

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

TİCARİ DAVALARDA ARABULUCULUK

Doktora Tezi

Hakan YILDIRIMOĞLU

İstanbul, 2023

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

TİCARİ DAVALARDA ARABULUCULUK

Doktora Tezi

Hakan YILDIRIMOĞLU

100051489

Danışman: Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ

İstanbul, 2023

ETİK BEYAN SAYFASI

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyle uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

Hakan Yıldırımöğlu

ÖZET

Dünya genelinde, uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözülmesi konusunda artan bir eğilim bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri de arabuluculuktur. Arabuluculuk gönüllülük esasına dayanan bir uyuşmazlık çözme biçimidir. Arabuluculuk sistemi, AB'ye üye bazı ülkeler başta olmak üzere birçok ülkede özellikle ticari uyuşmazlıklarda uygulanmakta ve sonuçları itibarıyla tarafları memnun etmekte, yargının yükünün de ciddi şekilde azaltılmasına destek olmaktadır. Yargının iş yükünün hızla arttığı, yargılamadaki gecikmeler nedeniyle adalete duyulan güvenin azaldığı bir ortamda arabuluculuk uygulamaları birçok ülkeye örnek olmaktadır. Ülkemizde de arabuluculuk uygulanmaya başlanmış; hatta en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardan iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Ticari davaların zorunlu arabuluculuk yoluyla çözülmesi uygulamada bazı sorunlara ve çelişkili yargı kararlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Arabuluculuk, Ticari Davalar, Ticari Davalarda Arabuluculuk, Avrupa Birliği, Zorunlu Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Dava Şartı Arabuluculuk, Uzlaşma

ABSTRACT

There is an increasing trend around the world related with the resolution of disputes through alternative dispute resolution methods out of court. One of the alternative dispute resolution methods' is mediation. Mediation is a form of dispute resolution on a voluntary basis. The mediation system is applied especially in commercial disputes in many countries, also in some member countries of European Union. The mediation not only satisfies the parties in terms of its results but also helps to reduce the burden of the judiciary. In a world where the workload of the judiciary increases rapidly and trust in justice decreases due to delays in the trial, commercial mediation practices in European countries set an example for many other countries. Mediation is not also practised in Turkiye but also mandatory in labor disputes, commercial disputes and consumer disputes. Contradiction and discrepancy between the court decisions and other judicial problems arised as a result of mandatory mediation.

Mediation, Commercial Disputes, Mediation in Commercial Disputes, European Union, Mandatory Mediation, Alternative Dispute Resolution, Condition of Litigation, Commercial Mediation. Reconciliation, Voluntary Mediation

KISALTMALAR

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
AB	: Avrupa Birliği
ADR	: Alternative Dispute Resolution
a.g.e	: Adı geçen eser
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AUÇ	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUK	: Hukuk Usul Kuralları
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar
md.	: Madde
MTK	: 7983 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
s.	: Sayfa
sy.	: sayılı
TAEK	: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

UNCITRAL : Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vb. : ve benzeri

vd. : ve diğerleri

WIPO : World Intellectual Property Organisation



İÇİNDEKİLER

ETİK BEYAN SAYFASI.....	ii
ÖZET... ..	iii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	9
Genel Olarak Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	9
1. Mahkeme Kanalıyla Uzlaşma (Litigation).....	13
2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	14
2.1. Tahkim (Arbitration).....	14
2.2. Uzlaştırma (Conciliation).....	16
2.3. Avukatlık Kanunu md. 35/A Uzlaşması.....	17
2.4. Uzman Görüşü (Learned Opinion).....	20
2.5. Vakıaların Saptanması (Fact Finding).....	20
2.6. Kısa Duruşma (Mini Trial).....	21
2.7. Ombudsmanlık	22
2.8. Arabuluculuk (Mediation).....	26
3. Arabuluculuk Kavramının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	28
3.1. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı.....	28
3.2. Tarihsel Gelişimi.....	31
3.3. Arabuluculuğun Temel Özellikleri.....	36
3.3.1. Devlet Yargısına Alternatif Olması.....	36
3.3.2. Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Mevcudiyeti.....	38
3.3.2.1. Arabulucunun Üçüncü Kişi Olması.....	38
3.3.2.2. Arabulucunun Tarafsız ve Bağımsız Olması.....	39
3.3.3. Arabulucunun Bağlayıcı Karar Verememesi.....	43

3.3.4.	Gönüllülük.....	44
3.3.5.	Arbulucunun Yetkisini Taraflardan Alması.....	46
3.3.6.	Gizlilik.....	46
3.4.	Arbuluculuğun Tercih Sebepleri ve Yararları.....	49
3.4.1.	Zamandan Tasarruf Edilmesi.....	49
3.4.2.	Masraftan Tasarruf Edilmesi.....	51
3.4.3.	Uyuşmazlık Konusuyla İlgili Uzman Kişilerin Arbulucu Olması.....	52
3.4.4.	Tarafların Kendilerini Daha İyi İfade Etme İmkânı Bulması.....	53
3.4.5.	Kontrolün Taraflarda Olması.....	54
3.4.6.	Mahkemelerin Yükünü Azaltması.....	56
3.5.	Arbuluculuk Yöntemleri.....	57
3.5.1.	Kolaylaştırıcı Arbuluculuk.....	57
3.5.2.	Değerlendirmeci Arbuluculuk.....	58
3.5.3.	Dönüşümsel Arbuluculuk.....	60
4.	Arbuluculuğa Elverişli Alanlar.....	63
4.1.	Arbuluculuk Yöntemleri ve Diğer Alternatif Çözüm Yolları ile Müştereken Kullanılması.....	68
4.2.	Uyuşmazlığın Arbuluculuk-Tahkim Yöntemiyle Çözülmesi.....	69
4.3.	Med-Arb.....	71
4.4.	Arb-Med-Arb.....	72
4.5.	Medola.....	72
4.6.	Arb-Med.....	73
II)	Örnek Ülkelerde Ticari Hayat ve Arbuluculuk İlişkisi.....	74
1.	Avrupa Birliği Mevzuatındaki Durum ve Bazı Avrupa Birliği Ülkelerindeki Ticari Arbuluculuk Uygulamaları.....	74
1.1.	Avrupa Birliği Hukuku Bakımından Değerlendirme.....	74
1.1.1.	Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararları.....	75

1.1.2.	2008/52 sayılı Hukuki ve Ticari Direktifi.....	76
1.1.3.	Zorunlu Arabuluculuk Modelleri.....	77
1.1.4.	Bazı Avrupa Birliği Ülkelerindeki Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Arabuluculuk Uygulamaları.....	82
1.1.4.1	Almanya.....	82
1.1.4.2	Fransa.....	86
1.1.4.3	İsviçre.....	88
1.1.4.4	İtalya.....	89
1.1.4.5	Belçika.....	92
1.1.4.6	Avusturya.....	93
1.1.4.7	Hollanda.....	96
2.	Diğer Ülkelerdeki Ticari Arabuluculuk Uygulamaları.....	97
2.1.	Amerika Birleşik Devletleri.....	97
2.2.	İngiltere.....	102
2.3.	Avustralya.....	105
2.4.	Japonya.....	107
2.5.	Endonezya.....	109
2.6.	Çin Halk Cumhuriyeti.....	110
3.	Ticari Arabuluculuğa İlişkin Uluslararası Hukuk Kaynaklı Gelişmeler....	113
3.1.	Singapur Arabuluculuk Konvansiyonu.....	113
3.1.1.	Genel Olarak.....	113
3.1.2.	Singapur Konvansiyonunun Kapsamı.....	116
3.1.3.	Hukuki Yollara Başvurunun Reddi Sebepleri.....	121
3.1.4.	Çekinceler.....	122
3.2.	Uluslararası Ticarî Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Elde Edilen Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu.....	123
3.2.1.	Genel Olarak.....	123

3.2.2.	Ticari İlişki Şartı.....	125
3.2.3.	Yabancılık (Uluslararası Nitelik) Şartı.....	125
3.3.	UNCITRAL Model Kanunu'nda Öngörülen Arabuluculuk Usulü.....	127
3.3.1.	Süre.....	127
3.3.2.	Arabulucu Atanması.....	128
3.3.3.	Arabuluculuğu Yürütme Usulü.....	129
3.3.4.	Arabuluculuk Sırasında Ortaya Çıkan Bilgi ve Belgelerin Gizliliği.....	129
3.3.5.	Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapamaması.....	130
3.3.6.	Arabuluculuk Sonrası Dava Açılması.....	130
3.3.7.	Sulh Anlaşmasının İcrası.....	131
III)	Türkiye’de Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculukla Çözülmesi... ..	133
1.	6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması.....	133
1.1.	Kapsam.....	133
1.2.	Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler.....	134
1.2.1.	İradilik.....	134
1.2.2.	Eşitlik.....	135
1.2.3.	Gizlilik.....	136
1.2.4.	Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması.....	138
1.3.	Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri	140
1.3.1.	Unvanın Kullanılması.....	140
1.3.2.	Ücret ve Masrafların İstenmesi.....	141
1.3.3.	Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurulması.....	142
1.3.4.	Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi.....	144
1.3.5.	Reklam Yasağı.....	145
1.3.6.	Tarafların Aydınlatılması.....	146
1.3.7.	Aidat Ödenmesi.....	147

2.	İhtiyari Arabuluculuk.....	147
2.1.	Arabulucuya Başvuru, Arabulucunun Seçilmesi, Arabuluculuk Sürecinin	
2.2.	Başlaması ve Sürelere Etkisi	148
2.3.	Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi	150
2.4.	Arabuluculuğun Sona Ermesi.....	152
2.5.	Tarafların Anlaşması.....	153
3.	Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk.....	155
3.1.	Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru.....	159
3.2.	Dava Şartı Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi ve Yetki.....	161
3.3.	Dava Şartı Arabuluculukta Arabuluculuk Faaliyeti ve Sürelere Etkisi.....	162
3.4.	Dava Şartı Arabuluculukta Arabuluculuk Ücreti ve Giderler.....	163
3.5.	Dava Şartı Arabuluculuğun İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacze Etkisi.....	165
3.6.	Dava Şartı Arabuluculuğun Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Etkisi.....	167
3.7.	Dava Şartı Arabuluculuğun İcra ve İflâs Hukukuna Etkisi	167
3.8.	Dava Şartı Arabuluculuğun Medeni Usul Hukukuna ve Dava Çeşitlerine Etkisi.....	168
4.	Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması.....	171
4.1.	Genel Olarak.....	171
4.2.	Mutlak Ticari Uyuşmazlıklar.....	175
4.2.1.	Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar.....	175
4.2.1.1.	Ticarî İşletme Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Birinci Kitap).....	177
4.2.1.2.	Türk Ticaret Kanunu'nun Ticaret Şirketleri Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (İkinci Kitap).....	193
4.2.1.3.	Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Üçüncü Kitap).....	203

4.2.1.4. Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma İşleri Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Dördüncü Kitap).....	209
4.2.1.5. Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Ticareti Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Beşinci Kitap).....	214
4.2.1.6. Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Altıncı Kitap).....	217
4.2.2. Türk Ticaret Kanunu'nda Ticari Dava Olarak Sayılan ve Diğer Kanunlarda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar.....	225
4.2.2.1. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Ticari Davalar.....	225
4.2.2.2. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar.....	226
4.2.2.3. Bankalara, Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kurumlara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Ticari Davalar	235
4.2.2.4. Borsa, Sergi, Panayır ve Pazarlar ile Antrepo ve Ticarete Özgü Diğer Yerlere İlişkin Ticari Davalar.....	248
4.2.2.5. Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuatta Yer Alan Hususlardan Kaynaklanan Ticari Uyuşmazlıklar.....	249
4.2.3. TTK Dışındaki Özel Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar.....	259
4.3. İcra İflas Kanunu'nda Düzenlenen Uyuşmazlıklar.....	263
4.3.1. Genel Olarak.....	263
4.3.2. İtirazın İptali Davaları.....	271
4.3.3. Menfi Tespit Davaları.....	278
4.4. Nispi Ticari Uyuşmazlıklar.....	286
4.4.1. Genel Olarak.....	286
4.4.2. Nisbi Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk.....	288
SONUÇ/ÖNERİ.....	293

GİRİŞ

Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk kurumu, ticari uyuşmazlıkların kendine has özelliklerine ve ihtiyaçlarına en iyi şekilde yanıt verebilecek mahiyete sahiptir. Süratli çözüme kavuşturma potansiyeli ve yargılama giderlerinin düşük olmasının yanı sıra, uyuşmazlığın taraflarına sürece dahil olma ve süreci başından sonuna kadar kontrol etme imkanının tanınması, bağımsız uzman kişi veya kişilerin görüşlerinin alınabilmesi, sürecin gizliliğinin temin edilmesi ve baştan sona kadar tüm sürecin iradi olması arabuluculuğun avantajları olarak ön plana çıkmaktadır. Ayrıca arabuluculuğun esnek yapısı nedeniyle istenildiğinde diğer çözüm yolları ile birlikte devreye alınabilmesi de diğer önemli avantajını teşkil etmektedir.

Arabuluculuk sistemi Avrupa Birliği'ne üye ülkeler başta olmak üzere bir çok ülkede özellikle ticari uyuşmazlıklarda uygulanmakta ve sonuçları itibariyle tarafları memnun etmekte, yargının yükünün de ciddi şekilde azaltılmasına destek olmaktadır. Yargının iş yükünün hızla arttığı, yargılamadaki gecikmeler nedeniyle adalete duyulan güvenin azaldığı bir ortamda ülkemizin de bu hukuksal gelişme imkanından istifade etmesi hiç kuşkusuz yararlı ve gereklidir.

Nitekim ülkemizde öncelikle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hazırlanarak 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe alınmıştır. Ülkemizde adli sistemi en çok iş davalarının meşgul ettiği gerçeğinden hareketle 01.01.2018 tarihinden geçerli olmak üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile “iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların” arabuluculuk yoluyla çözülmesi dava şartı haline getirilmiştir. Aradan bir yıllık süre geçmeden bu kez 01.01.2019 tarihinden geçerli olmak üzere 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile “ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların” arabuluculuk yoluyla çözülmesi dava şartı haline getirilmiştir. Bu gelişmeleri takiben 28.07.2020 tarihinden geçerli olmak üzere 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında

Kanun’da yapılan değişiklikle “tüketici mahkemelerinin görev alanında kalan uyuşmazlıklarda” dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Ancak özellikle ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak öngörölmesinin getirdiğı birtakım sıkıntıların olduğı ve uyuşmazlıkların çözümlenmesinin hızlanması beklenirken adalete erişimde gecikmelerin yaşandığı da bilinmektedir. Zira, ticari uyuşmazlıkların dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında tereddütler ortaya çıkmış, bölge istinaf mahkemelerinin ve hatta Yargıtay özel hukuk dairelerinin birbiriyle çelişen farklı kararlar vermesi nedeniyle de kısılması beklenen yargılama süreçleri maalesef uzamış, davalar esasına dahi girilmeden usul tartışmaları nedeniyle yığılmış ve maalesef ticari hayatın gereklerine aykırı bir sonuç ortaya çıkmıştır. Ülkemizde arabuluculuğun mevzuata dahil olmasının ilk 10 yılı içinde olduğumuz bu süreçte, ticari uyuşmazlıkların dava şartı olarak kabul edilmesinin üstünden de 4 yıl geçtikten sonra arabuluculuk hakkındaki düzenlemelerde değişiklik yapılması muhtemel ve bir o kadar da elzemdir.

Bu kapsamda, başarılı ticari arabuluculuk uygulamaları gerçekleştiren başta Avrupa Birliği’ne üye ülkeler olmak üzere diğler ülkelerden mukayeseye imkan veren örnekler sunulmasının, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk bakımından 4 yıllık süre içerisinde verilen yargı kararlarının değerlendirilmesinin, uygulamaya yönelik önerilerde bulunulmasının ülkemizde ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine dair sisteminin gelişmesine, adalete erişimin hızlanmasına ve dolayısı ile yatırım ikliminin iyileştirilmesine büyük katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Çalışma kapsamında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelere göre avantajları ortaya konacak, akabinde alternatif çözüm yollarının birbirlerine avantajları irdelenecek, ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik uygulanan yöntemler

incelenecek, AB'ye üye ülkelerin bazıları ile hem ticari hayatın hem de arabuluculuk sisteminin gelişmiş olduğu diğer ülkelerin arabuluculuk yöntemleri incelenecek, Türkiye'de yürürlüğe giren uygulamalarla bunların mukayesesi yapılacak ve ticari hayatın gelişimini teşvik eden başarılı bir arabuluculuk sistemi oluşturulmasına yönelik önerilerde bulunulacaktır.

Çalışmada uyuşmazlık konularına genel olarak değinilse dahi ağırlıklı olarak ticari uyuşmazlık konularına odaklanılacak ve ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk konusunda verilen bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay kararları ile doktrin görüşleri hakkında değerlendirmeler yapılacaktır. Ayrıca mukayese amaçlı yabancı ülkelerle ilgili arabuluculuk örnekleri incelenirken, bugün itibarıyla sayısı 28 olan Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkeler değil, arabuluculuk uygulamasının gelişmiş olduğu örnek teşkil edebilecek mahiyette ülkeler inceleme konusu yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I) Genel Olarak Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Uyuşmazlık çözüm yöntemlerini temelde iki başlık altında sınıflandırabiliriz. İlk sınıflandırma; bir dış otorite tarafından karar verilmesiyle oluşan çözümdür. İkincisi ise uyuşmazlığın taraflarınca oluşturulan çözümdür.¹ Tahkim ve mahkeme yargısı, bir dış otorite tarafından çeşitli usul hukuku ve maddi hukuk kuralları esas alınarak yapılan yargılamalar sonucu uyuşmazlığın tarafları dışındaki bir otoritenin verdiği karar ile çözümün oluşturulduğu ilk gruba girmektedir. Müzakere, uzlaştırma ve arabuluculuk gibi taraflarca bir araya gelinerek yapılan görüşmeler neticesinde yine taraflarca oluşturulan, kuralları ve neticede elde edilen çözümü taraflarca belirlenen dostane çözüm yolları ise ikinci gruba girmektedir. Birinci grupta karar üçüncü bir kişi yahut otorite tarafından verilir ve ulaşılan sonuca “hüküm” denirken, ikinci grupta ise bizzat uyuşmazlığın taraflarının ortak iradesi ile karar verilir ve sonuca “çözüm”² denir.³

Mahkeme eliyle yapılan yargılamalara zarar vermeyen, bu asli çözüm yoluna ilave veya tali nitelikte olan, mahkeme yargısı dışında kalan sair uyuşmazlık çözüm yolları dostane uyuşmazlık çözüm yolları olarak tanımlanmaktadır⁴. Geniş tanımıyla dostane uyuşmazlık çözümü; uyuşmazlığın taraflarının gerek yargılama sürecinde gerekse yargılama süreci

¹ Uyuşmazlık çözümleri benzer şekilde yargılama yapılarak uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve yargılama yapılmaksızın uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak da ikiye ayrılabilir, Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeken, Murat Atalı, Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 5.; Melis Taşpolat Tuğsavul, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 6.

² Şamil Demir, **Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 6.

³ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 6.

⁴ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **TBB Dergisi**, S. 2006/64, s. 155; Mehmet Doğan, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008 Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 4.; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 7.

dışında, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, zorunlu veya ihtiyari biçimde bir araya gelerek ortak bir çözüme ulaşmak adına yürüttükleri çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları topluluğudur.⁵

Adalet erişimi geliştirmek ve hızlandırmak amacıyla, modern bir adalet sistemi, çözümü tartışmak için çeşitli yaklaşımlar ve seçenekler sunmalıdır. Vatandaşların karşılaştığı sorunlarına tatmin edici bir çözüm bulabileceği, mahkemeye dayalı dava seçeneğini de içeren fakat daha geniş seçeneklerin de olduğu bir ortama sahip olması gerekir. Bu bağlamda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternative Dispute Resolution), hukuk davalarında tarafların resmi bir yargılamadan önce uyuşmazlıklarını çözmek için kullanabilecekleri çeşitli prosedürlere verilen genel isimdir.⁶ Alternatif çözüm yollarının asıl hedefi küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden süratle çözümünü tarafların inisiyatifiyle gerçekleştirmektir.⁷

Dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri ifadesi yerine doktrinde çoğunlukla “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak dostane uyuşmazlık çözüm yollarına genel olarak verilen bu isimdeki “alternatif” sözcüğü sebebiyle dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri kimi zaman yanlış anlaşılmaktadır. Doktrinde genel olarak

⁵ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 151.; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetkin Yayınları, 2022, Ankara, s. 191.; Orhan Dür, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, 2.b., Ankara: Adalet Yayınevi, s. 6. ; İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **EÜHFD**, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 460. (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri); Şamil Demir, **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, 2.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 7. (Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi) , Kurtuluş Tayanç Çalışır, **Arabuluculuk**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 8. ; Alper Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, **ABD**, S. 2007/4, s. 31. (Arabuluculuk); Murat Serhat Sarisözen, *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010 (Yayımlanmış Doktora Tezi), s. 10. (Uzlaştırma), Demir, Müzakere Yetenekleri, s. 7.

⁶ The Reporters Committee For Freedom Of The Press, Secret Justice: Alternative Dispute Resolution, 2001, <https://www.rcfp.org/wp-content/uploads/imported/SJADR.pdf>

⁷ Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, On İki Levha, 2013, s.7.

yanlış anlaşılmalara mahal vermemek adına alternatif kelimesi yerine dostane kelimesinin kullanılması önerilmektedir.⁸

Dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkeme yargısına muhalif olmadığı gibi, mahkeme yargılamasını dışlamamaktadır. Dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkeme yargılamasına ek olarak ortaya çıkmış, tali nitelikte, çoğu zaman seçimlik uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Zira dostane uyuşmazlık çözüm yolu kullanılmış ve çözüm sağlanamamış olsa bile tarafların yargıya başvuru hakkı korunmakta ve diledikleri zaman tarafların kullanabilmelerine imkan tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında; "...Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen alternatif terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. ...alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir... Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır." şeklinde isabetli bir sonuca varılmıştır⁹. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, arabuluculuğun ve diğer dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mahkeme yargısına alternatif olarak düzenlenmediğini, mahkeme yargısına zarar vermeden, ona ilave olarak tarafların tercihiyle uygulanması mümkün olan çözüm yolları olduğunu açıklamaktadır.

Aslında alternatif demek de doğru bir ifade olmayacaktır. Çünkü yerleşik yargı sistemi ile rekabet halinde olan bir sistem söz konusu değildir. Zira, mahkeme sisteminin egemen otoritesine hiçbir şey alternatif olamaz. Bununla birlikte, devletin adaletin tecelli ettirilmesine dair sorumluluğunun yerine getirilmesinde ek ya da ikincil süreçler olarak

⁸ Özbek, **a.g.e.**, s. 198-210; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 152; Özbay, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, s. 460. ; Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 6. ; Aksu, s. 48.

¹⁰ 25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih ve 2012/94 E. – 2013/89 K. sayılı kararından. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (E.T.: 21.11.2022)

alışan mekanizmaların da bulunmasında yarar vardır. Bunlar, mahkeme sisteminin değerli zamanını ve kaynaklarını, devlet adına adaleti idare etme gevine daha etkin şekilde adamalarını sağlar.¹⁰ Bu nedenle alternatif yerine “uygun (appropriate)” veya “etkili (effective)” terimleri de kullanılmaya başlanmıştır.¹¹

Alternatif uyuşmazlık çözümü, devletlerin egemenlik hakkına dayanarak kullandığı yargılama yetkisinin veya hak arama hürriyetinin ortadan kaldırılması için değil, tam tersine yargının iş yükünün azaltılması, tarafların asgari düzeyde de olsa tatmin olacağı bir çözümde uzlaşması, hak sahiplerinin daha hızlı ve ucuz bir şekilde haklarına kavuşabilmesi için geliştirilen usullerdir. Bu usuller, yargısal yollara nazaran tarafların süreç ve sonuç üzerinde çok daha etkili olabildikleri ve sadece taraflardan birinin değil gorece olarak tüm tarafların tatmin oldukları sonuçların ortaya çıkmasına imkan verecek potansiyele sahiptir.

Çok yakın zamana kadar, iş dünyasında yasal anlaşmazlıklar ortaya çıktığında, danışmanlık ve/veya avukatlık hizmeti almak ve çoğu zaman anlamadıkları detaylı kurallarla sonuçların belirlendiği bir yargılama sistemine pasif bir şekilde katılmak dışında işverenlerin ve yöneticilerin gerçek bir tercihi bulunmuyordu. Bu durum son dönemdeki alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin yaygınlaşması ile değiştirdi. Böylece inisiyatifin bizzat iş dünyası tarafından ele geçirildiği ve on yıl öncesine kadar sadece avukatlara, hâkimlere ait olan dünyaya gizlice girilip tartışmaların kontrol altına alınabilmesi için taraflara da benzersiz bir fırsat sunulmaya başlandı.¹²

¹⁰ Laurence Street, "The Language of Alternative Dispute Resolution." **Australian Law Journal** 66.4 (1992): s. 194-198.

¹¹ Kadriye Bakırcı, “Alternatif Bir Uyuşmazlık özüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru”, **TBB Dergisi**, (Ocak-Şubat 2019), S.140, 3., s. 360.

¹² Stephen L. Hayford, Alternative Dispute Resolution, **Business Horizons**, 2000, 43.1: 2-4, s. 2.

1. Mahkeme Kanalıyla Uzlaşma (Litigation)

Dava bir hâkimin, mahkeme önünde taraflar veya vekilleri tarafından ortaya konulan iddialara ve delillere dayanarak bir uyuşmazlık hakkında karar vereceği, özel olmayan, yapılandırılmış, pahalı ve çekişmeli bir süreçtir. Tarafların her biri durumlarını resmi olarak belgelere, tanık beyanlarına ve uzman raporlarına dayandırmalıdır. Davanın yürütülmesi belirli prosedürlere tabi özel bir süreç olup esnek bir yapıya sahip değildir. Kanıtlar ve tanıklar, avukatlar tarafından çapraz inceleme ile sorgulanacak ve hâkim tüm delilleri inceleyerek uyuşmazlık hakkında yasalar ve diğer kurallar çerçevesinde kesin karar verecektir. Bir kazananın olduğu bu süreçte kaybeden taraf, genellikle kendi masraflarını ve karşı tarafın yargılama giderlerini de üstlenmektedir.

2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

2.1. Tahkim (Arbitration)

Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarının tamamının veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları yazılı anlaşma olarak tanımlanmıştır (HMK md. 412/1, 413, 422).

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığı tahkime elverişlilik kavramı ile açıklanabilir. Mevzuatımızda konusu itibarıyla hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli oldukları tek tek sayılmamış, ancak tahkime ilişkin düzenlemeler içeren 6100 sayılı HMK md. 408 hükmü ve 4686 sayılı MTK md.1/4 hükümlerinde tahkime

elverişlilik kavramı ile ilgili genel bir düzenleme yapılmıştır.¹³ HMK md. 408 hükmünde tahkime elverişliliğe ilişkin sınır, “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı” ifade edilerek çizilmiştir. Benzer mahiyette düzenleme MTK md. 1/4 hükmünde “Bu kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴

Tahkimin tercih edilmesinin temel gerekçeleri, yargılamanın adli mahkemelere nispetle daha hızlı sonuçlanması ve yargılama sürecinin gizli olmasıdır. Bu kapsamda tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları;¹⁵

- i) Sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılması,
- ii) Tahkim sözleşmesinin üzerinde serbest bir şekilde tasarruf edilebilecek bir uyuşmazlığın çözümü için akdedilmiş olması,
- iii) Sözleşmenin belirli bir uyuşmazlık hakkında yapılmış olması,

şeklinde tasnif edilebilir.

Tahkim, işveren-işveren, işveren-çalışan ve işveren-tüketici uyuşmazlıklarının taraflarına aralarındaki ihtilafın bağlayıcı bir kararla sonuçlandırılması için geleneksel mahkemeye göre daha düşük maliyetli, daha az karmaşık ve daha hızlı bir alternatif sunmaktadır. Tahkim süreci, keşif, hareket pratiği ve mahkemedeki duruşmaların zamanını, masrafını

¹³ Ebru Şensöz Malkoç, Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşması İflas Davaları Bakımından Etkileri, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.179-180, (Temmuz-Ağustos 2018) s. 1385.

¹⁴ Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s.1387.

¹⁵ Buğra Kesici, **Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Lehva Yayıncılık, 2017, s. 522.

ve sarsıntısını uzatan diğer ön karşılaşmalar ile ilgili olarak ön duruşma işlemlerini asgariye indirmektedir. Buna karşılık, sözleşmeye bağlı bir tahkim kararına muhatap olan taraflar, kendileri bakımından kabul edilemez bir karar çıkma riskini kabul etmeyi en baştan göze alırlar.¹⁶

Yargılama gibi, tahkim de süreci yürütmekten ve anlaşmazlığı çözmek için gerekli kararları almaktan sorumlu olan tarafsız bir üçüncü tarafın yani hakemin varlığını içerir. Hâkimin aksine hakem tipik olarak taraflarca seçilen özel bir kişidir. Uyuşmazlığı tahkim etmek üzere seçilen kişinin genellikle uyuşmazlık konusunda uzmanlığı vardır; yasal eğitim almış olması ancak tarafların belirttiği hallerde gereklidir. Aksi takdirde mahkemeye gidebilecek bir anlaşmazlık yalnızca tarafların sözleşmesiyle bağlayıcı bir hakeme tabi olacaktır. Herhangi bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasından önce, taraflar sıklıkla karşılaşabilecekleri anlaşmazlıkları çözmek için aralarındaki sözleşmeye tahkim şartı koyarlar. Tahkim hükümleri, mal ve hizmet satışı için düzenlenen ticari sözleşmelerde ve ortak girişim sözleşmelerinde sıklıkla yer bulur. Tahkim sözleşmesi ise, anlaşmazlığın ortaya çıkmasından sonra, hâlihazırda uyuşmazlıkta olan taraflar arasındaki müzakerelerin bir sonucu olarak anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda mutabakat şeklinde yapılmaktadır.¹⁷

2.2. Uzlaştırma (Conciliation)

Uzlaştırma, genellikle uluslararası anlaşmazlıklarda kullanılan bir başka alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemidir. Uzlaştırma yönteminde, uzlaştırıcı denilen tarafsız üçüncü kişi, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre hukuki uyuşmazlığın çözümü

¹⁶ Hayford, **a.g.e.**, s. 2.

¹⁷ Robert Mnookin, "Alternative Dispute Resolution" Harvard Law School John M. Olin Center for Law, **Economics and Business Discussion Paper Series**, (1998), s. 122.

konusunda sadece tavsiyelerde bulunur veya değerlendirmeleri sonucunda bir karar verir.¹⁸ Uzlaştırma genellikle arabuluculuk kavramı ile karıştırılmaktadır. Gerçekten de birbirine çok benzeyen bu iki alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminde üçüncü kişinin taraflara çözüm önerisi sunma imkanının olduğu kabul edilmektedir.¹⁹

Uzlaştırma usulünün başarısı uzlaştırıcının vasıflarına ve tarafların niyetlerine bağlıdır. Her iki taraf da menfaatler dengesi dikkate alınarak uyuşmazlığın çözömlenmesini iyi niyetli olarak arzu ediyorsa, iş hayatında saygın ve iş dünyasının sosyo-ekonomik ve mali şartlarını bilen ve buna göre önerilerde bulunan bir uzlaştırıcı tarafından uyuşmazlığın uzlaştırma yolu ile çözölməsi olasıdır.²⁰

Uzlaştırma, (i) tarafların sulh anlaşması akdetmesi halinde anlaşma tarihinde; (ii) uzlaştırıcının tarafların da görüşünü alarak uzlaştırma çabalarının sonuçsuz kalacağını yazılı olarak taraflara bildirmesi halinde bildirim tarihinde; (iii) tarafların uzlaştırıcıya uzlaştırmanın sona erdiğini yazılı olarak bildirmeleri halinde, bildirim tarihinde; (iv) taraflardan birinin diğer tarafa ve uzlaştırıcıya uzlaştırmanın sona erdiğini yazılı olarak bildirmesi halinde ise bildirim tarihinde sona erer.²¹

2.3. Avukatlık Kanunu md. 35/A Uzlaşması

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi ile avukatlara mahkeme dışı uzlaşma sağlama imkânı verilmiştir. "Uzlaşma sağlama" başlığını taşıyan 35/A hükmü incelendiğinde, aslen hukukumuzda uygulanan uzlaştırma ve uzlaşma niteliğinde olmadığı, arabuluculuk benzeri bir anlam ve amaç ihtiva ettiği, arabuluculuğa çok sayıda benzer yönünün olduğu

¹⁸ Ersen Perçin, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri," **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**; C. 31, S. 2 (2011); 177-201,2012, s. 181.

¹⁹ H. Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul: On İki Lehva Yayıncılık, 2017, s. 522.

²⁰ Tuğçem şahin, Yasin Çelik, Ahmet Cemal Ruhi, **İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi**, s.16.

²¹ Erdem, **a.g.e.**, s. 687.

ancak bir üst kavram olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim maddenin gerekçesinde yer alan, “Maddeyle getirilen düzenlemeyle mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır.” ifadesi düzenleniş amacını ve arabuluculuğa benzerliğini ortaya koymaktadır. Doktrinde ise 35/A uzlaştırmasının, Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen haliyle dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden “müzakere” usulü içerisinde yer aldığı, mahkeme öncesi sulhün bir çeşidi olduğu veya sui generis bir dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu dile getirilmektedir.

Arabuluculuk kurallarından daha az ve detaysız düzenlenen bu hüküm, yürürlüğe girdiği 2001 yılından bu yana dostane uyuşmazlık çözümünde avukatlara uzlaşma sağlama yetkisi vermiştir.²² Arabuluculuk kurumu kanunda düzenlenene kadar avukatlar, 35/A maddesi ile mahkeme dışı uyuşmazlık çözme yetkisini kullanmıştır ve halen de kullanmaya devam etmektedirler. Avukatlar, 35/A maddesi ile kendilerine gelen iş ve uyuşmazlıklardan tarafların kendi iradeleriyle sonuç elde edebilecekleri konularda tarafları uzlaşmaya davet ederek ve hatta özendirerek²³ uzlaşma olmasına yardımcı olabilmektedir. Uzlaşma yoluna giden avukat süreç, sürecin işleyişi, uzlaştırmamanın faydalı yanları ve uzlaşmanın olası sonuçları hakkında müvekkilini aydınlatmakla yükümlüdür. Avukat, müvekkili aydınlattığını ve olası sonuçlardan bahsettiğini ispatlayabilmek adına görüşmesini tutanak altına alır. Bu tutanak hem avukat hem de müvekkili tarafından imzalanır.²⁴ Yasa, 35/A uzlaşması yapma imkanını yalnızca avukatlara tanımıştır. Uyuşmazlığın tarafları kendi aralarında bir uzlaşma sağlasalar dahi üzerinde uzlaştıkları tutanak 35/A uzlaşması kapsamında kabul edilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle kendilerini

²³ Mustafa Serdar Özbek, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/3, s. 113-139. ; Özbay, *Uzlaştırma*; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 1010-1046.

²⁴ Muharrem Özen, *Uzlaştırma*, **Serdar Özersin’e Armağan**, Ankara 2017, s. 87-112.; Alper Bulur, Avukatlık Kanunu md. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Çözüm Önerisi, TBBD 2010/89, s. 197-241.

²⁴ a.g.e.

avukatla temsil ettirmeyen taraflar bu imkandan yararlanamayacaklardır. Ayrıca 35/A uzlaşması, yalnızca uyuşmazlık mahkeme önüne gelmeden veya henüz ilk duruşma yapılmadan önce karşı tarafa teklif edilebilecek bir çözüm yoludur.

İlk duruşmadan önce karşı tarafa teklif sunulması şartıyla ilk duruşmada mahkemeden bu konuda süre istenerek ilk duruşma sonrasında da 35/A uzlaşmasının taraf vekillerince tamamlanması mümkündür.²⁵ Ancak ilk duruşma yapıldıktan sonra 35/A uzlaşması teklif edilerek taraf vekillerince bir anlaşma sağlansa ve bu anlaşma Avukatlık Kanunu md. 35/A'ya uygun biçimde tutanak altına alınsa dahi Kanun'un açık hükmü gereği tutanak, duruşmalar başladıktan sonra uzlaşma sağlandığı için Avukatlık Kanunu md. 35/A kapsamında ilam niteliğinde kabul edilemeyecektir.²⁶

Buna mukabil böyle bir anlaşma sağlanması halinde HMK'nda düzenlenen sulh kurumu gündeme gelebilecektir. Avukatlık Kanunu md. 35/A uzlaşmasında da arabuluculuktaki gibi taraflar ve vekillerinin birlikte imzaladıkları uzlaşma tutanağı İİK md. 38 anlamında ilam niteliğinde kabul edilmektedir.²⁷ Dostane uyuşmazlık çözüm yollarından müzakerenin özel bir çeşidini ihtiva eden Avukatlık Kanunu md. 35/A uzlaşmasına ilişkin ayrıntılı düzenleme, Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği²⁸ ile yapılmıştır. Uzlaşmadan geçen sürelerin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkisi bakımından bir düzenleme eksik olduğu gibi, duruşmalara başladıktan sonra md. 35/A

²⁵ Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 55.

²⁶ **a.g.e.**, s. 56.

²⁷ Serhat Sarisözen, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma**, İstanbul: Yetkin, 2011, s. 184-191.

²⁸ Ali Yeşilırmak, **Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, 2011, s.58., **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15.b., İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 13. ; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 171.; Dür, **a.g.e.**, s. 47. ; Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, s. 15. ; Demir, *Müzakere Yetenekleri*, s. 15.-160.

uzlaşmasına başvurulamaması da uygulamanın gelişmesine engel teşkil eden bir diğer hususu oluşturmaktadır.

2.4. Uzman Görüşü (Learned Opinion)

Ülkemiz uygulamasında yaygın olmamakla birlikte, uzlaştırma sürecinde ön adım olarak, taraflar bazen aralarındaki uyuşmazlığın detaylarını araştırmak ve raporlamak için bir uzmana başvurmayı hatta uzmanın görüşüne tamamen uymayı da kabul edebilirler.

Bir uzman değerlendirmesinde, seçilen uzman değerlendiricinin, teknik bir konudaki geleneksel uyuşmazlık çözümüne aşina olması da beklenir. Uzman görüşü alınırken, çapraz inceleme yapılması, yazılı veya sözlü bildirimlerle açıklamada bulunulması veya resmi duruşma yapılması gerekmez.

Taraflarca uzman görüşüne uyulacağı kararlaştırılmış ise işte bu durumda uzman tarafından verilen görüş taraflar bakımından bağlayıcı sonuçlar doğuracaktır. Bir uzman, bir hâkimden farklı olarak, bir ceza veya emir veremez.

Taraflar önceden kararlaştırmadıkça uzman görüşünün bağlayıcı bir karar haline gelmeyeceğine dikkat etmek önemlidir. Bu nedenle bir uyuşmazlık hakkında uzman görüşü alınmasına dair anlaşma mümkün olduğunca tarafları bağlayıcı olmalıdır.

2.5. Vakıaların Saptanması (Fact Finding)

Vakıaların saptanması, bağlayıcı olmayan ve uyuşmazlığın ilk aşamasında uygulanan bir yöntem olmakla birlikte; doğrudan bir uyuşmazlığı çözmekten daha çok, uyuşmazlığın

temelindeki vakıaların doğru tespitini, bu sayede tarafların doğru bir bakış açısı ile soruna yaklaşımlarını temin etmeyi amaçlamaktadır.

Vakıaların saptanması yöntemi çok büyük benzerlik gösterse de, yargılamadaki anlamıyla bilirkişilik değildir. Bilirkişilik teknik anlamda yargılama süreci içinde başvuru bir delildir, vakıaların saptanması ise bir delil değildir. Ayrıca bu yöntem hakem-bilirkişilik olarak da nitelendirilemez. Çünkü, bu yöntemin hakem-bilirkişilikteki gibi bağlayıcı niteliği yoktur ve yargılamada doğrudan sonuç doğurmaz.

Vakıaların saptanması ile taraflar bir delil elde etmekten çok çözüme katkı sağlayacak bir tespit elde etmeye çalışırlar. Vakıaların saptanmasına, genelde diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tamamlamak için ve vakıaların saptanmasına gerek duyulması halinde başvurulmaktadır. Vakıa saptayıcı, yapılan görüşmeler sonucunda vakıalara dayanan bir rapor hazırlar. Bu rapora, istenmesi halinde bağlayıcı olmayan bir çözüm önerisi de eklenebilir.²⁹

Hukukumuzda vakıaların saptanmasını açıkça düzenleyen hükümler olmasa da, uygulanmasına engel olan bir düzenleme de yoktur. Tarafların iradelerine uygun olarak bu yöntem tarafların mutabık kalması halinde uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamak maksadıyla kullanılabilir.

2.6. Kısa Duruşma (Mini Trial)

Kısa duruşma, taraflar veya temsilcileri ile tarafsız üçüncü kişinin yer aldığı, uyuşmazlığı gizlilik içinde ortadan kaldırmayı hedefleyen, arabuluculuk, uzlaştırma ve ihtiyari

²⁹ Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 80. ; Elif Kısmet Kekeç, **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016. s. 19.

tahkime ilişkin bazı özellikleri de içeren karma bir usuldür.³⁰ Bu yöntemde, taraflar, karşılıklı iddia ve savunmalarını gayriresmi yaptıkları duruşmada ileri sürerler. Bu duruşma, gerçek bir duruşma şeklinde değil, uyuşmazlık taraflarının veya temsilcilerinin uyuşmazlık konusu dosyanın temel noktalarını ortaya koymaları ve sunmaları şeklinde gerçekleşir.³¹

Bu yöntemin uygulandığı ülkelerde, tarafsız üçüncü kişinin emekli olmuş bir hâkim veya mesleğinde belli bir kıdeme sahip (örneğin onbeş yıl üstü) avukat olması, sık karşılaşılan bir durumdur. Bu halde çözüm yolu, emekli bir hakimin tıpkı bir hakem gibi uyuşmazlığı dinlemesi ve sanki mahkemedeymiş gibi karar vermesi şeklinde gerçekleşir ve "özel hâkim" adını alır. Ülkemizde bu yöntemin uygulanmasına engel bir durum olmamasına rağmen, gerek yargı sisteminizin buna çok uygun olmaması gerekse bu yönde bir alışkanlığın oluşmaması ve pratik sonucun elde edilmesinin mümkün olmaması sebebiyle pek uygulama alanı yoktur.³²

2.7. Ombudsmanlık

Ombudsmanlığın tarih sahnesine çıktığı ilk ülke İsveç olmuştur. Tam olarak bugünkü işlevini görmese de, bir ön aşama olarak sayılacak denetçinin atanması 18. yüzyıl başlarında gerçekleşmiştir. Seferci bir kral olan XII. Şarl, Ruslara yenilmesinin sonucu olarak Osmanlı topraklarına sığınmış, 1697-1718 yılları arasında bu topraklarda yaşamıştır. Kralın, 1713 yılında çıkardığı bir emirnameyle, yönetici ve yargıçların yasalara uyup uymadıklarını Kral adına denetleyecek Högste Ombudsmannen adında bir memur atanmıştır. Bu denetçi, yönetilenler için değil, bizzat yönetimin başı olan Kral için

³⁰ Kekeç, **a.g.e.**, s. 20. ; Bu türe doktrinde "Mini Yargılama" adı da verilmektedir. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 140.

³¹ Ildır, **a.g.e.**, s. 108 vd.; Kekeç, **a.g.e.**, s. 19; Biçkin s. 39.

³² Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 15.

etkinlik gösteren bir denetçiydi. Bununla birlikte idarenin ve yargının denetimi açısından ilk adımı oluşturmuştur.

Her ne kadar müzakere ve uyuşmazlıkların çözümü uygulaması son otuz yılda muazzam bir şekilde artmış olsa da, ombudsmanların rolü bu alanın en iyi anlaşılmış kısmını teşkil etmektedir.³³ Ombudsman, kamu çalışanları hakkındaki şikâyetleri alan, şikâyet üzerine veya kendi isteği doğrultusunda harekete geçen, araştırma yaparak ortaya çıkan sorunları çözebilmek için çeşitli fikirler geliştirerek önerilerde bulunan ve bağımsız rapor hazırlama yetkisi olan kişidir. Ombudsmana masrafsızca, kolayca ve doğrudan ulaşılabilir. Şikâyetin nedenini ve ilgili dokümanları içeren bir e-posta, telefon veya mektup yeterlidir. İngiltere ve Fransa’da ise kişiler doğrudan ombudsmana başvuramazlar, bir parlamenter aracılığı ile başvurulur; sonuç da aynı biçimde başvuruyu yapan yurttaşa iletilir.³⁴

Ombudsmanlar müzakereler ve uyuşmazlıkların çözüm teknikleri konusunda tam olarak eğitilmiş olmalı ve görevlerini yerine getirme konusunda çağrıldığında cesaretli davranmaya istekli olmalıdır.³⁵

2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize dâhil olan Kamu Denetçisine Başvuru Hakkı, Anayasanın “*Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı*” başlıklı 74. maddesinde; “...Herkes, öncelikle bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. Kamu Baş denetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt

³³ Howard Gadlin, "The Ombudsman: What's in a Name?", **Negotiation Journal** 16.1 (2000): 37-48. s. 38.

³⁴ H. Tahsin Fendoğlu, **Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 6-7.

³⁵ Stephen L. Hayford, "Alternative Dispute Resolution", **Business Horizons** 43.1 (2000): 2-4, s.4.

çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur. Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Baş denetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” hükmünü içermektedir.

Yukarıdaki Anayasa metni temel alınarak 2012 yılı haziran ayında kamu hizmetlerinin işleyişinde etkili ve bağımsız bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü işlem, eylem ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu çıkarılmıştır.

29 Haziran 2012 tarihli ve 28338 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan hakları ile uyumlu adalet anlayışı ile, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere TBMM’ye bağlı kamu tüzel kişiliğini haiz özel bütçeli Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuş olup, 29.3.2013 tarihi itibarıyla şikâyet başvuruları alınmaya başlanmıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü işlemleri ve eylemleriyle davranış ve tutumlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden araştırarak incelemekte ve İdareye karşı bu konuda belli önerilerde bulunmaktadır. 6328 Sayılı Kanun’un 5. maddesine göre; Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri kurumun görev alanı dışında tutulmuştur.

6328 Sayılı Kanun'un 17-22 maddelerine göre işleyiş prosedürü aşağıdaki gibidir:

- a. Şikâyetin Alınması:** Prosedürün ilk adımı şikâyetin alınmasıdır. Gerçek ve tüzel kişiler doğrudan şikâyetle bulunabilir. Başvuru sahibinin talebi üzerine başvuru gizli tutulur. Başvuru, yönetmelikte belirlenen şartlara uyulmak kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir. Kuruma, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da başvurulabilir. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz.
- b. Şikâyetin Değerlendirilmesi:** Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ve özel kanunlar uyarınca; kanunlarda yer alan zorunlu ve ihtiyari tüm idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. Bu kurala uymadan yani idari başvuru yolları bitmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Ancak Kurum, imkânsız ve telafisi güç olacak zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilir. Şikâyet belli bir konuyu içermiyorsa, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin ise yapılan başvurular incelenmez.
- c. Şikâyet Edilen Kurumun Bilgilendirilmesi:** Yapılan şikâyet soruşturma açılmaya değer görülürse şikâyet konusu olan kurumdan şikâyet ile ilgili bilgi ve belge istenerek şikâyet edilen kurum bilgilendirilmiş olur. Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında baş denetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açar. Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak, Devlet sırrı

niteliğindeki bilgi ve belgeler baş denetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebilir. Araştırma ve inceleme konusu ile ilgili olarak baş denetçi veya denetçiler bilirkişi görevlendirebilir ve gerektiğinde tanık veya ilgili kişileri dinleyebilir.

- d. Şikâyet Sahibinin Bilgilendirilmesi:** Kurum, şikâyet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve başvurana bildirir. Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da gösterir.
- e. İtiraz-Dava Açılması ve Öneride Bulunma:** Kötü yönetim örneğinin tespit edilmesi durumunda ilgili merci, kurumun önermiş olduğu çözümü uygun nitelikli görmediğinde, bu durumun gerekçesini de izah etmek şartı ile otuz gün içinde Kuruma bildirir. Başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi hâlinde, dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren artık kaldığı yerden işlemeye başlar. Başvurunun Kurum tarafından yerinde görülerek kabul edilmesi hâlinde; ilgili merci Kurumun önerisi üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmez veya eylemde bulunmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

Her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlanarak Komisyona sunulur. Komisyon, Genel Kurula sunulmak üzere hazırlanan raporu ara verme ve tatil dönemleri hariç olmak üzere iki ay içinde görüşüp kendi yorumlarını ve görüşlerini içerecek şekilde özetleyerek raporu Başkanlığa gönderir. Bu rapor Genel Kurulda ivedilikle görüşülür. Kurumun yıllık raporu, ayrıca Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulur. Kurum; açıklanması isabetli olan konuları yıllık raporun düzenlenmesi gibi işlemleri beklemeksizin paylaşabilir.

2.8. Arabuluculuk (Mediation)

Tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en çok başvurulan yöntem ise de, uyuşmazlığın çözüme ulaşma süresi, belirli prosedürel aşamalara tabi olması ve hakemin karar verirken pozitif düzenlemelerle bağlı olması bakımlarından ele alındığında dava yoluna göre çok belirgin avantajlara sahip değildir. Bu nedenlerle, arabuluculuk günümüzde giderek daha çok tercih edilen ve her yerde yaygın olarak kullanılan bir çözüm yöntemi olmaktadır. Arabuluculuk tarafların ihtiyari olarak uyuşmazlığı çözmek için seçtikleri bir yol olduğu gibi, ülkemizdekine benzer şekilde diğer bazı ülke iç hukuk düzenlemelerinde tarafların dava öncesi zorunlu olarak arabulucuya yönlendirildiğine de rastlanılmaktadır.³⁶

Dava ve tahkim gibi, arabuluculuk sürecinde de uyuşmazlığın tarafları dışında üçüncü bir tarafın kullanılması söz konusudur, ancak hakem veya hâkimin aksine arabulucu taraflar adına karar verme yetkisine sahip değildir. Bunun yerine, arabulucunun amacı müzakereyi kolaylaştırmak ve tarafların kendi anlaşmazlıkları hakkında karşılıklı olarak kabul edebilecekleri bir çözüme ulaşmalarına yardımcı olmaktır. Arabuluculuk tipik olarak, tarafların kendilerinin dış kolaylaştırıcı olarak hareket edecek kişiyi seçebilecekleri gönüllü bir süreçtir. Arabuluculuk süreci tamamen taraflara özel ve gizlidir, ayrıca yargılama gibi halka açık değildir.³⁷

Arabuluculuk, taraflarca seçilen ve tarafların kendi başlarına uzlaşma sağlayamadığı durumlarda müzakerelerin kolaylaştırılması rolü verilen, uzlaşmazlığın kaynağı olan temel sözleşmeye doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişiden uzlaşma sağlayabilmek adına yararlanılmasını içerir. Arabulucunun görevi, tarafların birbirleriyle açıkça iletişim kurmasını sağlamak, duygu, güvensizlik,

³⁶ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 8.

³⁷ Mnookin, **a.g.e.**, s. 34.

algısal hatalar ve rakiplerin görüşmelerde yolladığı mesajları bozabilecek diğer bütün faktörleri mümkün mertebe hafifletmektir. Dahası, anlayışlı bir arabulucu tarafları belli bir misyonda tutabilir, tartışma yaratan konulardaki konumlarından ziyade tarafları anlaşmazlığa iten konuların çözümüne odaklanmalarını sağlayabilir. Hiç şüphesiz bilgi paylaşımı arabulucunun zor olan görevini kolaylaştırabilir ve tarafları zorlu anlaşmazlıklara çözüm bulmak için kaçınılmaz olarak gereken riskleri almaya özenle teşvik edebilir.³⁸

Arabuluculuk, süre, maliyet, sürecin ve nihai sonucun taraflarca daha fazla kontrol edilmesi de dâhil olmak üzere anlaşmazlıkların çözümüne yönelik olarak diğer yöntemlere nazaran birçok avantaja sahiptir. Arabuluculuk, dava ile ilgili süreyi ve masrafları azaltmakla kalmaz, taraflara uyuşmazlık çözüm sürecinin idaresini de verir. Taraflar arabulucuyu, nerede ve ne zaman arabuluculuk yapacaklarını, arabulucu ile hangi bilgilerin paylaşılacağını ve arabuluculuk sürecinin sonucunu seçebilir. Arabuluculuk süreci sayesinde taraflar arasındaki iletişim geliştirilebilir, böylece güven inşa edilir ve uzlaşmaya giden adımlar daha kolay atılabilir.

Etkili arabuluculuk samimiyet gerektirir. Zorlayıcı bir güce sahip olmayan arabulucu, sorunları tespit ederek, anlaşma için olası temelleri keşfederek, tarafları birbirlerinin menfaatlerini karşılamaya teşvik ederek ve çatışmanın altında yatan asıl nedenleri ortaya çıkararak tarafların anlaşmaya ulaşmasına yardımcı olur. Uzlaşma müzakereleri çoğu zaman, ihtilafa düşenlerin asla başka türlü kabul edemeyecekleri gerçeklerin kabulünü gerektirir. Arabulucu sürecindeki gizlilik ise, tarafların sürece gönüllü olarak girmelerini

³⁸ Hayford, **a.g.e.** s. 6.

temin eder ve daha etkin ve başarılı bir şekilde uyuşmazlığın çözümüne yönelik çaba göstermelerini sağlar.³⁹

3. Arabuluculuk Kavramının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

3.1. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan ve Latince “mediare” kelimesinden türeyen arabuluculuk, sözcük anlamıyla ortada bulunma, tam olarak ikiye ayırma gibi anlamlara sahiptir.⁴⁰ Uluslararası literatürde ise “mediation” olarak ifade edilmiştir. Mediation kavramı İngilizce “to mediate” yani arabulmaktan gelmektedir.⁴¹

Goldberg ve diğerleri, arabuluculuk için “üçüncü bir tarafın yardımı ile yürütülen müzakeredir. Arabulucunun hakem veya hâkimin aksine, tartışmakta olan taraflara sonuç getirme yetkisi yoktur” ifadesini kullanmıştır. Brown ve Marriott ise arabuluculuğu “Arabuluculuk, ihtilafa düşen tarafların anlaşmazlıklarında arabulucu olarak hareket eden tarafsız ve bağımsız bir üçüncü tarafın yardıma katıldığı kolaylaştırıcı bir süreçtir.” şeklinde tanımlamaktadır.⁴²

Literatürde arabuluculuk, yardımcı ve önyargısız bir müzakere şekli olarak da tanımlanmaktadır.⁴³ Arabuluculuk, arabulucunun, anlaşmazlıkları konusunda gönüllü bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmak için taraflar arasında iletişimi ve müzakereyi

³⁹ Lawrence R. Freedman and Michael L. Prigoff, "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection" (1986), *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2, s. 38.

⁴⁰ Onur Utku Sevim, Avrupa Birliği Müktesabı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 98.

⁴¹ Yazıcı Tıktık, *a.g.e.*, s. 7.

⁴² Henry J. Brown, Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*, 1992: Sweet and Maxwell, London, s. 108.

⁴³ John K. Arthur, Confidentiality and Privilege in Mediation, *Australian Alternative Dispute Resolution Bulletin*, Lexis Nexis, 2015, s. 146.

kolaylaştırdığı bir süreçtir.⁴⁴ Arabuluculuk, bazen bir arabulucunun, uyuşmazlıkta adil bir sonucun ne olacağını taraflara bildireceği yüceltilmiş çözüm konferansları olarak da görülmektedir.⁴⁵

Arabuluculuğun tanımlanması yöntemlerinden biri de açıklayıcı tanım yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Açıklayıcı tanımda uygulamada arabuluculuk sürecinde gerçekleşenler esas alınarak arabuluculuk yöntemi tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Roberts arabuluculuğu “uyuşmazlığın taraflarının konuşmak ve karşılıklı farklılıklarını ortaya koymak amacıyla arabulucu ile görüşmeleri” olarak tanımlamıştır. Açıklayıcı tanımın, arabuluculuk yönteminin uygulanmasındaki çeşitlilik ve farklılıklar dikkate alındığında, arabuluculuğun temelinde yatan düşünce biçiminden uzak ve yetersiz bir ifade olduğu kanaatine varılabilir.⁴⁶

Genel kabul gören tüm tanımlar dikkate alındığında arabuluculuk, uyuşmazlıkların bağlayıcı bir karar vermeyen ve arabulucu olarak adlandırılan tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla çözümlenmesi sürecidir. Arabulucu, uygulanabilir, dostane veya tatmin edici bir çözüme ulaşmak için anlaşmazlığın taraflarının tamamını sürece dahil eder. Arabuluculuk çalışması yapmak için en önemli kıstas, ilgili tarafların sorunu şiddet içermeyen ve her iki tarafın da benimseyeceği yollarla çözme arzusudur. Arabulucuların kim olduğu ve anlaşmazlık çözümüne hangi yöntemleri ve becerileri dahil edecekleri de önemli olmakla birlikte, daha önemlisi, arabulucu olarak seçilecek kişinin tarafsız ve elbette her iki taraf için de kabul edilebilir olmasıdır.⁴⁷

⁴⁴ Paul Dayton Johnson Jr., "Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act." Fla. St. UL Rev. 30 (2002), s. 487.

⁴⁵ Robert Robinson, "Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution." **Clinical L. Rev.** 10 (2003), s. 846.

⁴⁶ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 10.

⁴⁷ Guo Rongxing, "Alternative Strategies for Dispute Resolution", Cross-border management: Theory, method and application, **Institute for Security and Development Policy**, (2011), s. 180.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternative Dispute Resolution) hareketinin başlarında; arabuluculuk, geniş ölçüde kolaylaştırıcı arabuluculuk şeklinde bir kapsamda uygulanmaya başlamıştır.⁴⁸ Bu uygulama, tarafsız şekilde arabuluculuğun yerine getirilmesi halinde uyuşmazlığın bizzat taraflarca çözülebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre, arabulucunun rolü arabuluculuk sürecinde böyle bir olanağı kolaylaştırmaktır. Kolaylaştırıcı arabuluculuğu benimseyenler, uyuşmazlığa düşen tarafların hukuk danışmanlarının yardımıyla, kendi durumlarını üçüncü kişiden daha iyi anlayabileceklerini ve bu sebeple, tarafların arabulucunun yaratabileceğinden daha iyi çözümler geliştirebileceklerini kabul etmektedir.⁴⁹

Güç eşitsizliğinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sakıncalarıyla ilgili ufuk açan ilk yazarlardan biri olan Owen Fiss, 1984 tarihli makalesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığı ile yoksul arasındaki güç eşitsizliğini artıracakını savunmuştur. Fiss'e göre taraflar arasındaki kaynak eşitsizliği, tarafların uzlaşmalarını üç şekilde etkileyebilir: Birincisi, yoksul taraflar daha az bilgilendirilmiş olabilirler ve dava yoluna başvurlarsa uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağı konusunda daha az öngörü sahibi olabilirler. İkincisi, yoksul tarafların acil paraya ihtiyacı olabilir ve bu durum uzlaşma konusunda üzerlerinde baskı yaratabilir. Üçüncüsü, yoksul taraf dava açmak konusunda yeterli kaynak sahibi olmadığı için aslında tercih etmese dahi uzlaşmak zorunda kalabilir. Fiss'e göre, güç eşitsizliği dava yoluna başvurulduğunda dava sonucunu da etkileyebilir, ancak formel yargısal süreç güç eşitsizliğinin etkilerini nispeten azaltabilir.⁵⁰

⁴⁸ Murray S. Levin, The Propriety of Evaluative Mediation: Concern about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, **Ohio State Journal of Dispute Resolution**, 2001, Vol.16, s. 268.

⁴⁹ Joseph B. Stulberg, Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock, **Florida State University Law Review**, 1997, Vol.24, s. 985.

⁵⁰ Bakırcı, **a.g.e.**, s. 358. , Stulberg, **a.g.e.**, s. 992.

3.2. Tarihsel Gelişimi

Eski çağlardan beri en çok kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin arabuluculuk olduğu bilinmektedir. Uzak doğu ülkelerinde ve özellikle Afrikada arabuluculuğun tarihinin eskiye uzandığı ve o dönemlerde de adından bahsedildiği bilinmektedir. Hatta pek çok kültürde arabuluculuk, alternatif değil, temel uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmıştır. Osmanlı'da ulemanın bazı faaliyetleri, modern anlamda arabuluculuğu çağrıştırmakta ve Anadolu kültürü içinde bu yöntemin aslında hiç yabancı olmadığını göstermektedir.⁵¹

Tarihi gelişim sürecinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dört temel amacı göze çarpmaktadır⁵²:

- ✓ Dava yolunun yol açtığı aşırı gecikme ve masrafları azaltarak, mahkemelerin tıkanıklığını gidermek,
- ✓ Uyuşmazlık çözüm usullerine toplumun katılımını arttırmak suretiyle, bireysel ve sosyal barışın tesisine katkıda bulunmak,
- ✓ Adalete erişimi daha da kolaylaştırmak,
- ✓ Mahkeme yargılamasına nazaran etkili bir süreç sağlamak.

Nitekim Anglo-Amerikan hukuk sistemini uygulayan ülkelerde yargılamaya alternatif farklı hukuki yöntemler aranması beraberinde "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları"

⁵¹ Mustafa Çiçek, **İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk**, Seçkin, 2019, 2. Basım, s. 24.

⁵² Resul Kurt, "İş Yargısında Arabuluculuk", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** (135) (2018): 405-444, s. 413.

kavramının ortaya çıkmasını sağlamıştır. 1964 yılında yürürlüğe giren Medeni Haklar Kanunu ile birlikte ırk ayrımcılığından doğan uyuşmazlıklar ile toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelere yardımcı olmak için, Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı bünyesinde, toplum ilişkileri servisi (Community Relations Service) kurulmuştur. Benzer şekilde Ford Firması da, uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerinde çalışması için, Ulusal Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü'nü ve Arabuluculuk ve Anlaşmazlık Çözüm Enstitüsü'nü kurmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde zamanla özellikle arabuluculuk ön plana çıkmış, 1970 yılından itibaren sıklıkla arabuluculuk ve tahkim programları uygulanmaya başlanmıştır.⁵³

1990'lı yıllarda başta Fransa ve İngiltere olmak üzere pek çok ülke, arabuluculuk kurumunu benimsemiş ve 2002 yılında UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu gelişmeler akabinde Avrupa Birliği de 2002 yılında Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitabı hazırlamıştır. Daha sonra 2004 yılında Arabuluculara İlişkin Etik Davranış Kuralları Kanunu (European Code of Conduct for Mediators) kabul edilmiştir. 2008 yılında ise adalete daha iyi ve kolay erişimi sağlamak amacıyla Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 tarihli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi kabul edilmiştir.

Türk hukuku açısından kurumsal olarak arabuluculuk, esasen ilk olarak toplu iş uyuşmazlıkları açısından uygulanmıştır. Buna yönelik ilk uygulama 12 Eylül 1980'den 7 Mayıs 1983'e kadar süren dönemde ara rejim özelliklerine uygun olarak toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu tahkim sistemi ile başlamıştır.

⁵³ Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 33.

1982 Anayasası ile ara rejim dönemi sonrasında toplu iş ilişkilerinin nasıl olacağına ilişkin anayasal çerçeve belirlenmiştir.⁵⁴ Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra çalışma hayatını düzenleyen yasalar birbiri ardına çıkarılmaya başlanmıştır. Bunlardan 7 Mayıs 1983'te yürürlüğe giren 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu tahkim uygulamasına son verilmiş ve karma sisteme yeniden dönülmüştür. Ancak 275 sayılı yasadaki farklı olarak ve 1982 Anayasasındaki çerçeveye uygun biçimde hem grev yasaklarının kapsamı genişletilmiş hem de grev ertelemesini takiben zorunlu tahkim esası getirilmiştir. 275 sayılı yasa, grev kararından önce başvurulması zorunlu barışçı yol olarak uzlaştırma kurulu benimsenmişken, 2822 sayılı yasanın 22 vd. maddelerinde resmi arabuluculuk kurumu tercih edilmiştir.⁵⁵

2821 ve 2822 sayılı yasaların tek bir metin haline getirilmesi sonucunda 07.11.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda arabuluculuk düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵⁶ Yasanın 50. maddesinde *“(1) Uyuşmazlık yazısını alan görevli makam altı iş günü içinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen, resmî listede bir arabulucu görevlendirir. Tarafların resmî arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir. (2) Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgililere önerilerde bulunur. (3) Arabulucunun görevi kendisine yapılacak bildirimden itibaren on beş gün sürer. Bu süre*

⁵⁴ A. Can Tuncay, "Yüksek Hakem Kurulu ve Yeni Bir Toplu Sözleşme Düzeni", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 55, S. 2 (Şubat 1981), s. 77-84.; Metin Kutal, "Türk Hukukunda 1980'den Sonra Toplu İş Uyuşmazlıkları Çözümü" **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. 34, S. 7, (Ekim 1987), s. 255-260.

⁵⁵ Mehmet Uçum, **Türkiye'de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Resmi Arabuluculuk**, İstanbul: Selüloz- İş Sendikası Eğitim Yayınları, 2000, s. 32.

⁵⁶ Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, 2022, İstanbul: On İki Levha, s. 503.

tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir. (4) Arabulucu, tarafların anlaşmasını sağlarsa 48 inci madde hükümleri uygulanır. (5) Arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu üç iş günü içinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek görevli makama tevdi eder. Görevli makam, tutanağı en geç üç iş günü içinde taraflara tebliğ eder. (6) Taraflar ve diğer bütün ilgililer, arabulucunun anlaşmazlık konusu ile ilgili istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. (7) Görevli makam, uyuşmazlığın kapsamını ve niteliğini de dikkate alarak arabulucuya ödenmesi gereken ücreti yönetmelikte belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde belirler.” düzenlemesi yer almaktadır.

Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya işverenin katılmaması veya gelmekle birlikte görüşmeye başlamaması, sonraki toplantılara iştirak etmemesi, 60 günlük toplu görüşme süresi henüz bitmeden tarafların uyuşmazlık tutanağı düzenlemesi veya 60 günlük azami toplu görüşme süresinin dolması hallerinde taraflardan birinin görevli makama müracaatı ile olağan resmi arabuluculuk süreci başlayacaktır.⁵⁷ Grev ve/veya lokavt uygulaması öncesinde tarafları tekrar iletişim içinde olmaya ve anlaşılabilen hususları yeniden müzakere etmeye yönlendiren resmi arabulucu toplu iş uyuşmazlığının çözümünde taraflara yardımcı olmaktadır.

Grev ve lokavtın ertelenmesi veya grev kararının alınması halinde Çalışma Bakanının veya görevlendireceği bir kişinin toplu iş uyuşmazlığını çözmek için arabuluculuk yapması öngörülmüştür ki bu süreç de doktrinde olağanüstü arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸

⁵⁷ Ekmekçi, **a.g.e.**, s. 504.

⁵⁸ **a.g.e.**, s. 506.

Genel olarak bütün hukuk uyuşmazlıkları açısından arabuluculuk ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun, 22 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 14 Kasım 2013 tarihinde ilk arabulucunun, arabuluculuk siciline kaydolması ile birlikte, hukuk uyuşmazlıklarının çözümü noktasında hukuken ve fiilen arabuluculuk bir seçenek olarak ortaya çıkmıştır. 25 Ekim 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile, iş uyuşmazlıkları açısından dava açmadan önce arabuluculuğun denenmesi, hem işçi hem de işveren bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Nihayet 19 Aralık 2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20'nci maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiştir. Buna göre, Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.⁵⁹

Son olarak 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile "73/A" maddesi eklenmiştir. Bu yeni maddeyle, parasal sınır olan 10.390 TL ve üzerindeki tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.

⁵⁹ Cafer Eminoğlu, Ersin Erdoğan, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk**, 1.b., Ankara: Adalet Yayınları, s. 32.

3.3. Arabuluculuğun Temel Özellikleri

3.3.1. Devlet Yargısına Alternatif Olması

Toplum büyümeye devam ettikçe suç ve uyuşmazlıklar çoğalmakta ve bu durum davaların sayısının artmasına ve ister istemez adli sistemin kaynaklarının daralmasına neden olmaktadır. Mahkemeler daha kalabalık hale geldiğinden davalar daha yavaş çözülmekte ve ihtilafın çözülmesinin maliyeti artmaktadır. Davalardaki bu artış ve yaşanan gecikmeler toplumu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını keşfetmeye yöneltmiştir. Bugün, alternatif uyuşmazlık çözümü, toplumun birçok yönünü kapsayan ve hızla gelişen bir çalışma alanıdır. Bilindiği üzere yargılama faaliyeti, aslen mahkemelerce ve şayet tahkim benimsenmiş ise hakemler tarafından yerine getirilmektedir. Mahkemeler, yargılama faaliyeti boyunca usul hukuku kurallarına bağlı kalmak zorundadırlar. İstisnaları olmakla birlikte yargılama uyuşmazlık çözümünde her zaman tek seçenek değildir. Bazı durumlarda mahkeme yerine “alternatif” uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilecektir. Bu sayede uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözüme kavuşturulması imkan dahilindedir.

"Alternatif uyuşmazlık çözümü" terimi, çoğu zaman tam ölçekli yargılama süreçlerine göre daha kısa ya da alternatif olan çok çeşitli uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını tanımlamak için kullanılır. Terim, uyuşmazlığa düşen tarafların diğer bazı yasal işlemlerden önce birbirleriyle doğrudan müzakere etmelerinin teşvik edildiği kolaylaştırılmış çözüm müzakerelerinden, yargılama sürecine çok benzeyen tahkim yargılamasına kadar her şeyi ifade edebilir. Bu sistemler genellikle müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk veya tahkim olarak sınıflandırılabilir.⁶⁰ Gerçekten de, alternatif terimi ile ilişkili eleştiri, bu süreçler ile geleneksel davalar arasında kesin bir ayrım olduğunu öne

⁶⁰Scott Brown, Christine Cervenak and David Fairman, **Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide**, Center for Democracy and Government, 1998, s. 4.

süren “alternatif” kelimesinin kullanılmasına dayanmaktadır. Alternatif kelimesinin, sadece anlam karmaşası yaratması ve aynı zamanda olumsuz bir şekilde yanıltıcı olabileceği endişeleri de dile getirilmiştir. Aslında burada var olan yargı sistemi ile rekabet içinde bir yapıdan bahsedilmemektedir. Yargılama sisteminin egemen otoritesine hiçbir şey alternatif olamaz. Bununla birlikte, sorunların çözümüne yardımcı olacak ek faaliyet gösteren mekanizmaları mevcut yargı sisteminin barındırabilmesine de engel bulunmamaktadır.⁶¹

İşte arabuluculuk, bu kapsamda değerlendirilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bir diğer ifade ile bu yöntem, mahkeme veya tahkimin yargılama yapan, tarafların rolü ve etkinliğini azaltan ve uyuşmazlık çözümünde söz hakkını yargılama makamına veren yapısı yerine ve buna alternatif olarak, kontrolün taraflarda olduğu, söz hakkının taraflara ait bulunduğu, yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen bir süreçtir. Yargılama yapan diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dışlamaması, onların yanında uyuşmazlık çözümüne yardımcı olması nedeniyle de arabuluculuk alternatif niteliklidir.⁶²

3.3.2. Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Mevcudiyeti

Bir uyuşmazlığın çözümünde iyi ve kalıcı olan yöntem, hiç şüphesiz ki iki tarafın karşılıklı görüşerek uyuşmazlığı gidermeleridir. Ancak, bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra iki tarafın doğrudan bir araya gelmesi ve sakin şekilde görüşme masasında kalması, farklı sebeplerle her zaman kolay olmayabilir. Taraflar çoğu kez onların arasında ilişki ve iletişimi ayakta tutacak, tansiyonun yükselmesini önleyecek tarafsız bir üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duyarlar. Devlet veya tahkim yargılamasında da bir üçüncü kişi söz konusudur; ancak, bu üçüncü kişi veya kişiler, tarafların kontrolü dışında süreci yönetip

⁶¹ Law Reform Commission Report, "Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation" Law Reform Commission, Dublin (2010), s. 14.

⁶² Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 42.

karar verme durumundadır. Arabuluculukta ise, süreç tarafların kontrolünde olduğundan, onların iradesi dışında ilişki ve iletişim oluşması veya bir karar verilmesi riski ortaya çıkmaz. Oysa yargılamada, yargılama yapan üçüncü kişinin iletişimdeki etkinliği ve kararın tarafların iradesi dışında oluşması riski mevcuttur. Doğru uygulanan bir arabuluculukta, bir karar yerine iki tarafın ortak menfaati esas alındığı için iki farklı çözümün olumsuzlukları, tarafların mutabık kaldığı deyim yerindeyse en ortadaki çözüm yoluyla giderilebilmektedir.⁶³

3.3.2.1. Arabulucunun Üçüncü Kişi Olması

6234 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci maddesinde arabuluculuk tanımı yapılırken kullanılan “*uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla*” ifadesinde, arabulucunun uzlaşmazlık konusuyla ilgili olmayan, taraflar ile bağı bulunmayan bir üçüncü kişi olması gerekliliği vurgulanmıştır.

Bu üçüncü kişiden beklenti, tarafları müzakere masasında bir araya getirmesi, uyuşmazlığı özetlemesi, uyuşmazlığın dostane şekilde müzakere edilmesine uygun ortam hazırlaması ve tarafların müşterek bir çözüme ulaşmasına aracılık etmesidir.⁶⁴

3.3.2.2. Arabulucunun Tarafsız ve Bağımsız Olması

Sözlükte tarafsız kelimesi “İki tarafa da tartışma ya da görüş bakımından aynı mesafede olma, kayıtsız, yansız, önyargısız, adil” olarak ifade edilmiştir.⁶⁵ Türk Dil Kurumu ise tarafsızlığı “yansızlık” olarak tanımlamaktadır.⁶⁶ Hukuk sisteminde tarafsızlık, hâkimin

⁶³ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 18.

⁶⁴ Kekeç, **a.g.e.**, s. 58.

⁶⁵ The Concise Oxford Dictionary, (Çevrimiçi) <https://archive.org/> (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

⁶⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

yargılama sürecinde taraf tutmamasını, her iki tarafa karşı da objektif olmasını ve kişiliğini müzakere dışında bırakabilmesini ifade eder. Aslında tarafsızlık bağımsızlıktan daha önce ortaya çıkmış olup bağımsızlık tarafsızlığın sağlanabilmesinin bir aracı olarak değerlendirilmiştir.⁶⁷ Arabulucunun gücü ve etkisinin, onun devamlı ve değişmez olarak kabullendiği tarafsızlığından kaynaklandığı ve tarafsızlık kavramının “impartiality” ve “neutrality” olarak açıklanan iki kavramdan oluştuğu, ayrıca içsel ve dışsal tarafsızlık olarak iki farklı görünüşü bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁸. Buna göre; arabulucunun tarafların çözüm önerilerine ve tarafların menfaatine karşı da önyargısız olması (impartiality), taraflara eşit mesafede yaklaşması ve asıl olarak ortak menfaatin nasıl temin edileceği ile ilgilenmesi gerekir. Nötr olunması (neutrality) ise taraflar ve arabulucu arasındaki ilişki hakkındadır. Arabulucunun taraflardan birine karşı önyargılı olması veya bir taraf lehine sempati duyması, diğer taraf nezdinde güven kaybına yol açar ve sağlıklı müzakere ortamı sağlanamaz. İçsel tarafsızlık arabulucunun duygu ve düşüncelerinde önyargısız olmasını, dışsal tarafsızlık ise söz ve davranışlarında bir taraf lehine eğilimli görünmemesini ifade eder⁶⁹.

HUAK’da yer alan arabuluculuk tanımında da özellikle, “uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi” şeklinde arabulucunun tarafsız ve bağımsız olmasına vurgu yapılmıştır. Arabulucu, taraflardan birinin süreçle ilgili yeterli derecede bilgi sahibi olmadığını veya taraflardan birinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde doğabilecek sonuçların farkında olmadığını düşündüğünde, tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedelemeyen bu konuda açıklama yapabilecektir. Çünkü çözüm ile ilgili doğrudan ya da

⁶⁷ Fatih Özkul, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı" **Ankara Barosu Dergisi** (Mayıs 2016): 201-263., s. 254.

⁶⁸ Kekeç, **a.g.e.**, s. 60-62.

⁶⁹ **a.g.e.**, s. 65.

dolaylı herhangi bir menfaatinin bulunması, arabulucunun bağımsızlığını ve tarafsızlığını yitirmesine yol açabilmektedir.

Arabulucu gerçekte ve algıda tarafsız kalmalıdır. Arabulucunun daha sonraki bir yasal işlemde rakip olma potansiyeli, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sırasında arabulucuya olan güven duygularını azaltacaktır. Bir arabulucu tarafından mahkemede verilecek ifade, ne kadar dikkatli bir şekilde sunulmuş olursa olsun, kaçınılmaz olarak, bir tarafın ya da diğerinin lehine olacak şekilde nitelendirilebilecektir. Bu, arabulucunun tarafsız bir aracı olarak etkinliğini de yok edebilecektir.⁷⁰

Tarafsızlık, arabulucunun, anlaşmazlık yaşayan kişiler ile olan ilişkisini ifade eder. Bir veya daha fazla tarafla olan ilişkilerinden dolayı, bir tarafa karşı önyargılı olabilecek bir arabulucunun yürüteceği sürecin arzu edilen anlamda ideal bir arabuluculuk olmayacağı ifade edilerek tarafsızlık hususunda çıkar çatışması konusundaki endişeler dile getirilmektedir.

Birçok akademisyen, arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin kötü niyetli davranışına ilişkin resmi bir otoriteye haber verilip verilmeyeceğini ve bildirimde bulunulmasının arabulucunun tarafsızlığını ihlal edip etmeyeceğini tartışmaktadır. Arabulucu tarafından yapılacak bu tür bildirimler ayrıca bir arabuluculukta adalet duygusunu etkileyebilir, tarafların sonuçla ilgili beklentilerini azaltabilir.⁷¹ Arabulucunun tarafsızlığı, özellikle anlaşmazlıktaki taraflar arasında net bir güç dengesizliği olduğu durumlarda daha fazla önem arzetmekte ve haklı olarak taraflarca sorgulanmaktadır. Moore bunu “asimetrik güç” olarak adlandırmaktadır. Arabulucuların eşitsiz gücün olumsuz etkilerini en aza

⁷⁰Freedman and Prigoff, **a.g.e.**, s. 39.

⁷¹Susan Nauss Exon, “The Effects That Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation” **USFL Rev.** 42 (2007): 577-620, s. 581.

indirmek için hem daha zayıf hem de daha güçlü taraflarla çalışabileceği ifade edilmiştir.⁷²

Öte yandan Cobb arabuluculuğu uyuşmazlığın taraflarının katılımını artıran bir dizi söylemsel uygulama olarak tanımlamaktadır. Bu tür uygulamaların, katılımcıların birleşik bir hikâye inşa etmelerine izin verdiğini ve kendileri için olumlu pozisyonlar oluşturmalarını sağladığını savunmuştur.⁷³ Cobb ile aynı fikirde olan Cloke ise ihtilaf söz konusu olduğunda gerçek tarafsızlık diye bir şey olmadığına vurgu yapmakta ve arabuluculuğu herkesin algılarını, tutumlarını ve beklentilerini değiştiren çatışma deneyimleri yaşadığı ve başkalarının deneyimleriyle empati kurma yeteneği veren deneyimler dizisi olarak tanımlamaktadır.⁷⁴

Arbulucunun, arabuluculuk görüşmelerini olumlu şekilde gerçekleştirebilmesi, tarafsız ve bağımsız duruşunu korumasına bağlıdır. Arbulucunun uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit uzaklıkta durması oldukça önemlidir. Bu kapsamda arabulucu tarafsızlığından şüphe duyulacak, menfaat temini oluşturabilecek her türlü ilişkiden ve iletişimden kaçınmalıdır. Tarafsız olmayan bir arabulucuya tarafların güvenemeyeceği, güven içinde müzakerelere devam edemeyeceği ve onun çözüm yöntemlerini benimsemeyeceği açıktır.

Arbulucunun tarafsızlığının en önemli yanı, taraflara arabulucuyu reddetme imkânının tanınmış olmasıdır. Arbulucunun taraflı davrandığı sonucuna varan taraf, arabulucunun görevini sonlandırabilecektir. Arbuluculuğa ilişkin pozitif düzenlemelerde, arabulucunun tarafsızlığından şüpheyi düşürecek hallerden biri varsa, arabulucunun bu

⁷² Christopher W. Moore, **The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict**, 3rd Edition, San Francisco: Jossey-Bass, 2003, s. 122.

⁷³ Sara Cobb, "Empowerment and mediation: A narrative perspective." **Negotiation Journal** 9.3 (1993): 245-259, s.142.

⁷⁴ Kenneth Cloke, **Mediating Dangerously: The Frontiers of Conflict Resolution**, John Wiley & Sons, 2002, s. 12.

konuda ivedilikle tarafları bilgilendirmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu hususta Amerika Birleşik Devletleri'nde Arabuluculuk Kanunu'na göre, bir kimse arabuluculuğu kabul etmeden önce uyuşmazlığın taraflarından birisi ile devam eden veya önceden kurulmuş olan şahsi bir ilişkisi olup olmadığını, uyuşmazlık konusu üzerinde şahsi veya ekonomik herhangi bir menfaati bulunup bulunmadığını kontrol etmelidir. Böyle bir durumun varlığı veya varlığına dair şüphe uyandıracak bir halin varlığı durumunda ise kendisine başvurulmuş arabulucu, arabuluculuğu kabul etmeden önce derhal tarafları bilgilendirmelidir.⁷⁵

Arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, arabuluculuk sürecinin bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirildiği anlamına gelir. Bu ilkeye göre, arabulucu taraflara eşit davranacak ve bu sürecin sonunda yapılacak anlaşmanın maddi sonuçlarına ilgi duymayacaktır. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak, arabulucunun taraflarca diskalifiye edilmesi imkanı ve arabulucunun, bu ilkeye aykırı bir halinin ortaya çıkması durumunda tarafları derhal bilgilendirme yükümlülüğü yasada yer almaktadır. Bilgilendirmeyi takiben hala tarafların rızası var ise arabulucu o zaman görevine devam edebilecektir.

Nitekim HUAK md. 9 uyarınca; “(1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. (2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. (3) Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. (4) Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.” HUAKY md.12 f.4'te ise, avukatlığa ilaveten aynı

⁷⁵ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 46-47.

yasak hakimlik, hakemlik ve bilirkişilik görevlerini deruhte etmek bakımından da getirilmiş bulunmaktadır.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını tartışmalı hale getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu sebeple, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyeceğine kanaat getirdiği takdirde de hangi aşamada olursa olsun arabulucu derhal bu süreçten çekilmelidir.⁷⁶

3.3.3. Arabulucunun Karar Verememesi

Arabuluculuk tanımlarında da ifade edildiği üzere arabulucular uyuşmazlıkların çözümü hakkında bağlayıcı bir karar vermeyen tarafsız ve bağımsız üçüncü kişilerdir. Yerleşik yargı sisteminde hâkimlerin verdiği kararların bağlayıcılığı bulunmakla birlikte arabuluculukta bağlayıcılıktan söz edebilmek için tarafların öncelikle anlaşmaya gönüllü olması ve sonrasında da anlaşması gerekmektedir.

Arabulucunun, hâkim veya hakemden farkı, karar veren değil, tarafların vereceği karara yardımcı olan, karara ulaşmak için uygun müzakere ortamı hazırlayan kişi olmasıdır. Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti de değildir. Yargısal yollarda amaç, tarafların uzlaşması veya aralarında anlaşması değil, uyuşmazlığın çözülmesi ve bunun için taraflardan hangisinin haklı olduğunu belirleyen tek taraflı bir karara varılmasıdır. Yargısal süreçte, geçmiş duruma bakılır, maddi vakıalar ve hukuki dayanaklar değerlendirilir, tarafların sunmuş oldukları bilgi ve belgeler incelenerek, tanıklar

⁷⁶ Ferhat Yıldırım, *Avusturya ve Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu*, 2015, On İki Levha, s. 72.

dinlenerek kimin haklı kimin haksız olduğuna, belli kurallar çerçevesinde ve gerekçeli olarak karar verilir.⁷⁷

Uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi arabulucuya devredilmemiştir. Bununla birlikte arabulucunun adaleti sağlama veya adaleti dağıtma gibi bir görevi de yoktur. Arabuluculukta taraflar menfaatlerine odaklanarak kendilerine en uygun anlaşma zemini arayışı içerisinde olduklarıdır. Bu arayışta arabulucu tarafları aydınlatmakta ve onlara alternatif bir çözüm yolu sunmaktadır. Üstelik taraflar diledikleri zaman arabuluculuk sürecinden vazgeçme hakkına sahip olduklarından arabuluculuk sürecini anlaşılmaya varmadan bitirip mahkemeler nezdinde her zaman haklarını arayabileceklerdir.

3.3.4. Gönüllülük

Hukuksal bir uyuşmazlığın, müzakere ve sulh yöntemiyle çözümlenebilmesinin, ancak ve sadece tarafların gönüllülüğü esasına dayalı olarak ve özgür iradeleri uyarınca gerçekleştirilebileceği kurumun doğası gereğidir. Tarafların iradeleri dışında baskı ve zorlama ile onayladığı anlaşma sonucuna mutabakat diyebilmek olanaksızdır. Bu nedenle arabuluculuğun doğasında gönüllülük esastır.⁷⁸

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasında *"Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler."* ifadesi kullanılarak arabuluculukta gönüllülük esası vurgulanmıştır.

⁷⁷ Ekmekçi, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁸ Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi** 1 (2016), s. 126.

Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülebilmesi için hem kanuni düzenlemeler vasıtasıyla hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilir. Ancak tarafları mutlak manada anlaşmaya zorlamak arabuluculuğun niteliğine tamamen aykırıdır.

Gönüllülükte üç husus özellikle önemlidir. Öncelikle, arabuluculuğa başvurmak veya arabuluculuk sürecine katılmak tarafların iradesine bağlı olmalıdır. Ayrıca gerektiğinde sürecin belli bir aşamasında taraflardan birinin talebiyle arabuluculuk süreci sona erebilir. Yani taraflar arabuluculuk faaliyetini devam ettirme konusunda özgür olmalıdır. En önemlisi de taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmak veya süreçten vazgeçmek hususunda da serbestçe hareket edebilmelidirler. Bu üç unsur tam olarak var oldukça arabuluculuktaki gönüllülük gerçekleşmiş, bu unsurlardan uzaklaşıldıkça veya bunlardan biri konusunda istisna getirildikçe bu ilke zedelenmiş olacaktır. Arabuluculuğun temelinde yatan gönüllülük sebebiyle taraflara dayatmada bulunmak söz konusu değildir.⁷⁹

Arabuluculuğun en göze çarpan özelliği, zorlayıcı olmayan doğasıdır. Ayrıca bir sonuç elde edilemediğinde, tarafların kendilerinin de bu uyuşmazlığı, hâkimlerin veya hakemlerin karar vereceği hukuki bir başka zemine taşımaları mümkündür.⁸⁰ Şayet arabuluculuk süreci tamamlandıktan sonra anlaşma sağlanamadı ise tarafların mahkemeye gitme özgürlükleri vardır.

3.3.5. Arabulucunun Yetkisini Taraflardan Alması

Bir uyuşmazlık çözümünde iyi ve kalıcı olan yöntem iki tarafın karşılıklı görüşerek uyuşmazlığı çözmeleridir. Ancak bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra iki tarafın

⁷⁹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 25-26.

⁸⁰ Moore, **a.g.e.**, s. 125.

doğrudan bir araya gelmesi ve görüşme masasında kalması, farklı sebeplerden dolayı her zaman kolay olmayabilir. Taraflar çoğu kez ilişki ve iletişimi ayakta tutacak üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duyarlar. Yargılamada bir üçüncü kişi yani hâkim mevcuttur ve tarafların kontrolü dışında süreci yönetip karar verir. Ancak arabuluculuk sisteminde taraflar doğrudan kendileri arabulucuya sürece dahil olma konusunda yetki vermektedir.

Arbuluculukta, uyuşmazlığın sahibi olan tarafların iradesi dışında bir karar verilmesi riski mevcut değildir. Adil bir karardan daha çok iki tarafın ortak menfaati esas alındığı için genellikle iki farklı çözümün yani olumluyla olumsuz arasında en ortadaki çözümün benimsenmesi yoluyla uyuşmazlık giderilebilmektedir. Alternatif olarak kabul edilen uyuşmazlık çözüm yollarının birçoğunun temelinde, uyuşmazlığı ortaya çıkaranların, yine kendilerinin bu uyuşmazlığı çözmesi veya çözüme katkı sağlaması anlayışı yatmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığın tarafları doğrudan görüşerek sorunu çözebilecekleri gibi, çoğunlukla bu oldukça güç olduğundan, bir üçüncü kişinin yardımıyla ancak yine kendileri arabulucuya yetki vermek suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözebilirler.

3.3.6. Gizlilik

Gizlilik, kimsenin bilmediği ve eğer biliniyorsa sahibinin kişisel haklarına, ticaretine ve sosyal hayatına zarar verebilecek hiçbir risk almadığı bir durum anlamına gelmektedir.⁸¹ Gizlilik, mahremiyeti ve genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin kişisel hak ve çıkarlarına zarar verme tehlikesi gösteren durumu ifade eder. Yani bir durumun gizli olması onun açıklanmamasına bağlı olduğu için, gizlilik yükümlülüğü sır saklamayı da kapsamaktadır.⁸²

⁸¹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 20.

⁸² Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 53.

Anlaşmazlıkların çözümü de adalet ve gizlilik gerektirir. Arabuluculuk sürecinde gizlilik, hem taraflar arasında hem de taraflar ile arabulucu arasında gizli olan anlamına gelir. Arabuluculuk bağlamında, gizliliğin temeli sözleşmedir, gizliliğin hak ve yükümlülükleri sadece arabuluculuk sözleşmesinin kendisinden değil aynı zamanda yasa ve eşitlik ilkelerinden kaynaklanmaktadır. En azından sözleşme hak ve yükümlülükleri üçlü niteliktedir. Tahkim sözleşmesinde olduğu gibi, arabuluculuk sözleşmesinin şartları da tarafları ve buna uygun olarak atanmış olan üçüncü kişiyi yani arabulucuyu bağlayacaktır.⁸³ Muhalif tarafların bu süreç içinde beyan ettikleri bilgilerin ve sundukları belgelerin gelecekte kendileri ile ilgili yasal sonuçlara yol açacağını düşünmeleri, sürecin daha en başında olumsuz sonuçlanmasına neden olacaktır. Bu nedenle, gizlilik ilkesini sağlam bir temel oluşturarak, taraflarla güvene dayalı iletişim kurmak ve mahremiyetle ilgili çekincelerden uzaklaşmak mümkün olacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.*” ifadeleri kullanılmıştır. Gizlilik esası kanun ile korumaya alınmıştır.

Arabuluculuk süreci tipik olarak kesin gizlilik ile karakterize edilir. Arabulucuya duyulan güven, samimiyete ve açık bir bilgi alışverişine yol açtığı gibi, gizlilik de sürece olan güveni artırır.⁸⁴ Gerçekten de, gizlilik, arabuluculuğun olmazsa olmazı olarak tanımlanmıştır.⁸⁵

⁸³ Arthur, **a.g.e.**, s. 9.

⁸⁴ Moore, **a.g.e.**, s. 127.

⁸⁵ Arthur, **a.g.e.**, s. 10.

Örneğin yasal işlemlerde yer alan güvenlik önlemleri, bilirkişi ve keşif incelemeleri belirli delil ve prosedür kuralları arabuluculukta yoktur. Arabuluculukta, geleneksel adalet sisteminden farklı olarak, taraflar daha sonra aleyhlerine delil teşkil edebilecek bir durum yaşamayacaklarını bilerek serbestçe iletişim kurarlar. Bu nedenle, arabuluculuk sürecindeki iletişimler esnasında elde edilen bilgiler sonraki adli işlemlerde delil kabul edilirse, arabuluculuk sürecine inanan açık sözlü ve saf kişilere karşı bir keşif aracı olarak kullanılabilir. Arabuluculuk sürecindeki gizlilik bu açıdan özellikle önemlidir.⁸⁶

Arabuluculuk mahkeme yargılamasının tam aksine gizli yürütülen bir faaliyettir. Yukarıda açıklandığı üzere gizlilik hem arabuluculuk sürecinin gizliliğini, hem arabuluculuk sürecine katılanların sır saklama yükümlülüğünü hem de bu süreçte arabuluculuk dolayısıyla düzenlenen veya ortaya konan bilgi ve belgelerin yargılama aşamasında delil olarak kullanılamamasını ifade eder. Ancak arabuluculuk yöntemi bir yargılama faaliyeti olmadığından arabuluculuğun gizli şekilde yürütülmesi yargılama hukuku bakımından temel ilke olarak kabul edilen ve Anayasamızda da teminat altına alınan aleniyet ilkesine aykırılık teşkil etmez.⁸⁷

Gizlilik arabuluculuğun en temel prensibi olup tarafların arabuluculuk sürecini tercih etmelerinin başlıca nedenidir. Arabulucunun, gizlilik ilkesi çerçevesinde taraflara herhangi bir şekilde fikir beyan etmeden, onları yönlendirmeden, tarafları görüştürüp anlaşmalarını sağlaması esasına dayanmaktadır. Arabuluculuk yöntemi gizliliğin korunmasını sağlamak bakımından diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kıyasla önemli avantaja sahiptir.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin dışında yer alan üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlüğü altında olup bunun aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak arabulucu, faaliyet

⁸⁶ Freedman and Prigoff, **a.g.e.**, s. 38.

⁸⁷ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 78.

esnasında taraflardan birinden edindiği bilgiyi diğerine aktarmama konusunda sürecin dışındaki üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğünü devam ettirmek zorundadır. Bu durum arabulucunun sır saklama yükümlülüğünde tarafların rızasının bir istisnasını teşkil etmektedir.⁸⁸

Taraflara arabuluculuk süreci esnasında, içinde bulundukları durumu ve olası bir yargılama aşamasındaki pozisyonlarını mukayese etmeleri için sorulan sorular esnasında öğrenilen detaylı bilgilerin diğer taraf için avantaja çevrilmesine izin verilmemelidir.

3.4. Arabuluculuğun Tercih Sebepleri ve Yararları

3.4.1. Zamandan Tasarruf Edilmesi

Anayasamız başta olmak üzere kanunlarda, davaları süratle ve düzgün bir şekilde sonuçlandırma ödevi yargıya verilmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (6. madde) ve Anayasa'da (36. madde) adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makul sürede yargılanma ilkesi yer almaktadır. Ancak çoğu davada mahkemeler, yoğunluk nedeniyle görevlerini makul bir süre içinde yerine getirememektedir. Fakat, çoğu zaman mahkemeler, yoğunluktan dolayı bu ödevlerini makul süre içinde yerine getirememektedir. Oysa davalar, taraflarca uğranılan haksızlığın giderilebilmesi için açılmaktadır ve doğru olan, haksızlığın mümkün olan en kısa zamanda ortadan kaldırılmasıdır. Yargının geciktiği bir ülkede gerçek bir hukukî korumanın varlığından söz etmek mümkün değildir.

Devlet yargısında yer alan gecikmenin pek çok nedeni vardır. En başta gelen neden, mahkemelerdeki aşırı iş yüküdür. Bunun yanında, yargılama ayrıntılı bir prosedürü

⁸⁸ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 79.

gerektirmektedir. Hâkim davanın tüm ayrıntıları ile aydınlatılmasıyla ödevlidir ve bunu yaparken dikkat etmesi gereken pek çok hukukî ilke ve ayrıntılı süreç bulunmaktadır.⁸⁹ Daha hızlı karara varılması için bu prosedürün ihmal edilmesi halinde karar üst mahkeme tarafından usulden bozulacak, yargılamanın yenilenmesi ve daha fazla zaman kaybedilmesi gündeme gelecektir.

Bu durum, zaten aşırı iş yükü altında bulunan mahkemelerin yükünü biraz daha artırmaktadır. Bunun dışında, yargılamada yaşanan gecikmeler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı zamanla düşmanlık boyutuna ulaştırabildiği gibi, bu uyuşmazlığın tarafların yakınlarını da içine katacak şekilde büyümesine ve çoğu zaman içinden çıkılmaz hale gelmesine de neden olabilmektedir.⁹⁰ Hatta uyuşmazlığın çözülmemesi ve yargılamanın zaman almasından dolayı taraflar arasındaki husumet nedeniyle yeni uyuşmazlıkların yaşandığı da bilinmektedir.

Uyuşmazlıkların yargılama yöntemiyle çözümünde zaman bakımından yaşanan sorunlar açısından arabuluculuk iyi bir alternatif oluşturmaktadır. Bu yönetime başvurulması ile kişi ve kurumlar, çok değerli olan zaman konusunda fazla bir kayba uğramayacak ve kıymetli zamanlarını işlerine ayırabileceklerdir.⁹¹

Bunun gibi, davadan önce veya dava devam ederken çözüme kavuşan bir uyuşmazlık mahkemeye taşınmayacağı veya yargılama sona ereceği için, mahkemelerin iş yükü bakımından da azalma sağlanabilecektir. Kaldı ki, uyuşmazlığın sonunda arabuluculukla taraflar herhangi bir anlaşmaya varmasa bile, ileride yargılama aşamasında aralarındaki ihtilaf daha belirgin hale geleceğinden yargılamaya hazırlanmış ve konuya vakıf

⁸⁹ Özbek, **a.g.e.**, s. 186-187.

⁹⁰ Cemal Şanlı, **Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler**, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz- Ağustos 1996, Y. 2, S. 10, s. (461-465), s. 461.

⁹¹ Özbek, **a.g.e.**, s. 208.

olacaklardır. Bu nedenle arabuluculuk yargılamaya ilişkin bir süreç olmadığı halde, dolaylı olarak makul sürede yargılamanın gerçekleşmesine de hizmet etmiş olunacaktır.

3.4.2. Masraftan Tasarruf Edilmesi

Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde etkili olmakla birlikte yargılamada bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybetmesi sonucunun doğması, usul kuralları ve dava şartları gibi detaylı prosedürlerin bulunması, yargılama sürelerinin adli tatil, idari izin ve iş yoğunlukları nedeni ile uzaması gibi nedenlerden dolayı oldukça masraflı olmaktadır⁹². Hatta yargılama sürecinin masraflı olması, özellikle davayı kaybeden taraf açısından oldukça külfetli sonuçlar doğurması bakımından kişilerin hak arama özgürlüğüne engel olduğu dile getirilmektedir. Zira davayı kaybetmesi durumunda, kendisi için ciddi anlamda masrafla karşı karşıya kalabileceğini düşünen kişiler, çoğu kez hakkını aramaktan geri durabileceklerdir.

Bu nedenle günümüzde yargılama hizmetlerinin etkin şekilde yürütülmesine dönük usul ekonomisi ilkesine ilaveten uyuşmazlığın mümkün olabildiğince az masrafla çözüme kavuşmasını sağlamak için, taraflara uyuşmazlıkların çözümünde yargılamaya nazaran daha az masraflı olan alternatif uyuşmazlık yollarına dava öncesi veya sonrasında ulaşılabilme imkânının sağlanması da önem taşımaktadır.⁹³

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk, yargılama ile kıyaslandığında taraflara zamandan tasarruf sağladığı gibi maddi anlamda da daha az

⁹² Özbek, **a.g.e.**, s. 285. ; Kekeç, **a.g.e.**, s. 89. ; Alkan, **a.g.e.**, s. 34.

⁹³ Peter Gottwald, “Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz”, Çevirmen: Sema Taşpınar, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1, (2002), s. 1- 17., s. 4.,Özbek, a.g.e., s. 284-285. ; Kekeç, **a.g.e.**, s. 89.

masraflı bir yöntemdir⁹⁴. Taraflar bilirkişi incelemesi, keşif, tanık dinleme, tebligat ve harç ile avukatlık ücretleri gibi yargılama masrafları ile karşılaşmazlar. Arabuluculuğun tek masrafı arabuluculuk ücreti ve idari masraflardır. Bu masraflar da ülkemiz bakımından yargılama masraflarına kıyasla oldukça makul düzeyde kalmaktadır.

3.4.3. Uyuşmazlık Konusuyla İlgili Uzman Kişilerin Arabulucu Olması

Uyuşmazlığın, konunun uzmanı kişiler tarafından değerlendirilmesi kalıcı bir çözüme ulaşmak adına önem taşımaktadır.⁹⁵ Arabuluculukta herhangi bir sonuca ulaşılmasından da önemlisi iki tarafın da tatmin olduğu ve ihtilafı kati surette çözen bir mutabakat sağlanması olacaktır. Bu nedenle konunun uzmanı olan arabulucunun sürece dahil olması ve tarafların etkin şekilde arabuluculuk görüşmelerinde rol alması arabuluculuğun pozitif yanları arasında bulunmaktadır. Teknik bilgi gerektiren bir ihtilafın çözümünde tarafların en büyük korkularından biri, hâkimlerin uyuşmazlığın temel nedenini, ulaşılacak istenilen hedefi görmede güçlük çekmeleri ve talebi tam olarak karşılamayan ve hatta yeni ihtilaflara neden olan bir hüküm ile tarafları karşı karşıya bırakmalarıdır.

Bu düşünceden hareketle, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 6. maddesi ile Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na, arabuluculuk uzmanlık alanları ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Arabuluculuk Daire Başkanlığınca, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku, genel uzmanlık alanları olarak belirlenmiş, ayrıca banka ve finans hukuku, sigorta hukuku, inşaat hukuku, fikri ve sınai haklar hukuku, enerji hukuku ve spor hukukuna yönelik özel uzmanlık alanları oluşturulmuştur.

⁹⁴ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 118. ; Kekeç, **a.g.e.**, s. 89-90. ; Dür, **a.g.e.**, s. 21 vd.; Alkan, **a.g.e.**, s. 34. ; Özbek, **a.g.e.**, s. 597.; Özbay, **a.g.e.**, s. 407.

⁹⁵ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 64.19 (2006): 151-177, s. 10.

Arabulucular iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku genel uzmanlık alanlarının herhangi biri veya tamamında eğitim alıp uzman arabulucu olabilecekleri gibi belirtilen üç genel 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.

3.4.4. Tarafların Kendilerini Daha İyi İfade Etme İmkânı Bulması

Yargılama yolu oldukça resmî ve genellikle katı kuralların yer aldığı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Cübbe giymiş bir hâkim ve resmî personelin bulunmadığı, hakemin taraflarca seçilebileceği tahkimde, bu sertlik biraz daha yumuşamakta, taraflar biraz daha serbest bırakılmaktadır. Ancak arabuluculuk, resmiyetin olmadığı, önceden belirlenen hükümlere katı şekilde bağlı olmayan, deliller ve iddiaların ileri sürülmesi bakımından mahkeme yargılaması ile tahkime göre daha serbest bir süreçtir.⁹⁶

Bu sebeple arabuluculuk, tarafların etkin olarak rol aldıkları ve kendilerini daha iyi ifade etme imkânı bulabildikleri bir ihtilaf çözüm yoludur. Tarafların rahat olması ve kendilerini daha iyi ifade edebilmeleri konusunda arabuluculuğun diğer ilkeleri yardımcı olmaktadır. Örneğin, gizlilik ilkesi, bunlardan biridir. Arabuluculuk sürecinde gerek uyuşmazlığın tespiti ve analizi maksadıyla dile getirilen hususların gerekse çözüm

⁹⁶ Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes**, Aspen, 2020, s. 4.; Ekmekçi vd. **a.g.e.**, s. 44.

önerileri ile tekliflerin ileride aleyhine olumsuz biçimde delil teşkil etmeyeceği düşüncesi tarafların kendilerini özgürce ifade edebilmelerine zemin oluşturmaktadır.

Bunun gibi, arabulucunun bağımsız ve tarafsız olduğunu bilmek, tarafların daha rahat hareket etmelerini kolaylaştırmaktadır. Hatta bu özellikler, tarafların kendilerini daha iyi bir şekilde ifade edebilmelerini sağlarken, aynı zamanda içlerinde bastırmış oldukları duyguların ortaya çıkmasına ve gereksiz düşmanlıkların azaltılmasına da yardımcı olmaktadır. Tarafların uyuşmazlığı çözerek bir anlaşmaya varmalarının önündeki en büyük engellerden biri uyuşmazlığın altında yatan duygular olduğu için, bunların kontrol altına alınması ile çözüme giden yol da önemli ölçüde açılacaktır.⁹⁷ Bunun dışında, duyguların rahatlıkla ifade edilebilmesi, mahkemelerde pek rastlanmayan duygusal boşalma ve rahatlamalara imkân sağlamaktadır.⁹⁸ Üstelik, böyle bir ifade ortamında ve yüz yüze yapılan oturumlarda, tarafların abartılı isteklerde bulunması zorlaşmakta ve göz temasından karşı tarafın teklifinde ne kadar samimi olduğunu anlamak daha kolay hale gelmektedir.

3.4.5. Kontrolün Taraflarda Olması

Mahkeme yargılamasında, üçüncü bir kişi yani hakim veya hakem ihtilafın sonucunda nihai bir karar verecektir. Yani taraflar çözüm üzerinde anlaşamayacak, hakim veya hakem kararını taraflara açıklayacaktır. Uyuşmazlığı sona erdirmek için yapılan görüşmelere yönelik son ve emredici nitelikteki kararı, daha öncesinde ihtilaf hakkında bilgi sahibi olmayan tarafsız bir üçüncü kişi, yargılama prosedürü uyarınca delilleri dikkate alarak sebebe dayalı bir şekilde vermektedir.

⁹⁷ Bates and Edwards, **a.g.e.**, s. 38.; Wulff, **a.g.e.**, s. 125.

⁹⁸ Bates and Edwards, **a.g.e.**, s. 39.

Ayrıca, mahkeme ve tahkimde taraflar yargılamaya dolaylı olarak katılırlar ve sürece tam olarak kontrol imkânı bulamadıkları bu usûl içinde birbirleriyle ve hâkimle-hakemle genelde avukatları aracılığıyla iletişim kurabilirler. Arabuluculukta ise, asla tek taraflı olarak ve tarafların iradesi dışında onları bağlayıcı bir karar verilemez. Arabulucu sadece tarafları bir araya getiren, onların anlaşma sağlayabilmeleri için çaba gösteren bir pozisyonudur, bunun dışında kontrol tamamen taraflardadır.

Aralarındaki uyuşmazlığı çözüp çözmemeye veya çözümde anlaşmışlarsa bunun hangi şartlarla gerçekleşeceğine taraflar karar verirler. Nasıl bir anlaşma şartlarına uyabileceklerini, bir diğer tabirle anlaşma şartlarına katlanıp katlanamayacaklarını, bir ödeme yapılacak ise bunun vadesini hâkim veya hakem gibi dış bir otorite değil, bizzat tarafların kendileri en iyi şekilde belirleyebilirler. Tıpkı sözleşme müzakeresi yapan iki tarafın sahip olduğu gibi akit yapıp yapmama özgürlüğüne⁹⁹ sahiptirler.

Arabuluculukta taraflar beklenmeyen veya kabul edilemeyecek sürpriz bir sonuçla karşılaşmayacaktır. Zira çözüm yöntemlerini ve anlaşma prosedürünü kendileri belirlemektedirler. Anlaşmanın taraflar arasında müzakere edilerek oluşturulması, anlaşmanın icra edilebilirlik ihtimalini de artırmaktadır. Bu sebeple dış bir otoritenin veya tarafların arasındaki uyuşmazlık konusu ilişkiye yabancı bir kişinin değil, bizzat ilişkinin taraflarının ellerinde şekil kazanan bir anlaşma sürecini ve sonucu içeren yöntem, pek çok kişi için câzip hale gelmektedir.

⁹⁹ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 60.

3.4.6. Mahkemelerin Yükünü Azaltması

Mahkemeler, devlete ait çok önemli bir fonksiyonun ifa edildiği bir diğer ifadeyle adaletin tecelli ettirilmesinin gerektiği yerlerdir. Yargıdan beklentilerin tam olarak karşılanmamasına, hukuk ve adalet sisteminin işlevselliği ile ilgili sorunlar da eklenince, vatandaşların adâlete olan inancının yara almasına sebep olunabilir. Hatta, adalete erişimde karşılaşılan aksaklıklar, devlete olan güveni bile ortadan kaldırabilir. Çünkü, adâleti sağlama devletin aslî görevlerinden biridir.

Yargılama sürecindeki sorunların ve davaların gecikmeyle sonuçlanmasının ana nedenlerinden biri; kişilerin mahkemelere daha sık başvurusu ve buna bağlı olarak iş yükünde meydana gelen artıştır. Geçmişte ülkemizde yargılama öncesi bir uzlaşma sisteminin olmamasının da tarafları doğrudan dava açmak zorunda bıraktığı ve bu nedenle, dava sayısının arttığı ifade edilmektedir. Arzu edilen, iş yükündeki artışın, adalet arzı ile dengelenmesidir. Ancak bu denge kendiliğinden sağlanamazsa müdahale etmek gerekebilir. Bu müdahale, ya mahkeme sistemi yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları teşvik edilerek veya ek mahkemeler kurularak veya yeni kadrolar ihdas edilerek adalete olan ihtiyacın azaltılması şeklinde olabilir.¹⁰⁰ Ancak, adalete yönelik talebi azaltmak kolay olmadığı için, yargı sistemi dışında arayışlar denenmesinin daha uygun bir yol olduğu söylenebilir.¹⁰¹ Bunun yanında, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleyecek ve uyuşmazlıkları çözebilecek alternatif yollar oluşturulmadan, sadece yargı örgütünün genişletilmesi, daha çok mahkeme, hakim ve adliye personeline yer verilmesi, bu kişilerin aylıklarının artırılarak daha istekli çalışmalarının sağlanması gibi çözüm çabaları, hiç şüphesiz beklenen sonuçları vermekte yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla

¹⁰⁰ Ejder Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler SÜHFD, **Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan**, 1996/1-2, s. 54-7.6; Saim Üstündağ, Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri (İBD 2010/5-8, s. 270-289), s. 275.

¹⁰¹ Hakan Pekcanıtez, Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İBD 1995/2, s.13-113), s. 109.

arabuluculuk sadece uygulandığı uyuşmazlığın taraflarının çıkarlarına hizmet etmekle kalmayacak, yargının iş yükünün azaltılmasına yardımcı olduğu ölçüde diğer uyuşmazlıkların Mahkemelerde daha hızlı çözülmesine de katkı vermiş olacaktır.

3.5. Arabuluculuk Yöntemleri

3.5.1. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli 1960 ve 1970’li yıllarda geliştirilmiş, hala ana akım olarak kabul edilen ve yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntemde, arabulucu aktif dinleme tekniklerini kullanarak tarafları dinlemek, taraflara doğrudan sorular sormak, onların ortak menfaatlerini tespit etmek, tarafların bakış açılarını onaylamak, uyuşmazlığın tarafları arasındaki gerilimi gidermek ve uyuşmazlık için alternatif çözüm geliştirmede taraflara yardım etmek suretiyle, ihtilafı çözüme kavuşturmayı amaçlamaktadır.¹⁰²

Aslında arabulucu süreçten sorumludur, içerikten sorumlu olanlar ise taraflardır. Bu yaklaşıma bazen "menfaat temelli arabuluculuk" da denir. Bu süreçte, sonucun kontrolü tamamen tarafların ve/veya tarafların temsilcilerinin elindedir. Arabulucu iletişimi teşvik etmek suretiyle uyuşmazlıkla ilgili tüm bilgilerin paylaşılmasını sağlayarak, çözüm için seçenekler oluşturulmasına yardım eder. Arabulucu aynı zamanda, tarafların sorunlarıyla menfaatlerini ayırt etmeleri bir diğer tabirle uyuşmazlığın çözümüne odaklanarak duygularından arınmaları için de rehberlikte bulunur.¹⁰³

¹⁰² Seda Özümucu, Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, **İÜHF**M, C.73, S.2, (8 Kasım 2016), s. 328.

¹⁰³ Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, (Çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi:24.11.2022), s. 236.

Burada kolaylaştırma, arabuluculuk sürecinin kalbidir. Kolaylaştırma, sürece yardım eden ve sürece dâhil olan kişilerin karşılıklı olarak kabul edilebilir bir sonuç elde etmelerine yardımcı olmak anlamına gelmektedir. Kolaylaştırıcı arabuluculuk, bir arabulucunun tarafların arasındaki müzakereye rehberlik ettiği bir süreçtir. Bu yöntemde arabulucu taleplerin yerine getirilmesinden biraz daha fazlasını yapmakla yükümlü olup, taraflar arasında anlaşmayı sağlayacak teklifler sunar. Bir kolaylaştırıcı arabulucunun hedefi, tarafların pazarlık etmelerine bitaraf şekilde yardımcı olmaktır. Bununla beraber etkili de olan kolaylaştırıcı arabulucuların yalnızca pasif katılımcılar olmadığı gerçeği değişmeyecektir.¹⁰⁴

Arbuluculuk süreci üzerinde olumlu bir etkiye sahip olmak için, kolaylaştırıcı bir yaklaşım uygulayan vasıflı bir arabulucu, tarafların güvenini kazanmayı, onlara umut vermeyi, gizliliği sağlamayı, süreç boyunca taraflara bilgi vermeyi, zekice gözlemler yapmayı, sorunları ve ilgi alanlarını tanımlamayı içeren oldukça aktif ve bütünleştirici bir sürece katılır. Müzakereye katılan taraflar, kolaylaştırıcı arabulucunun yaptıklarını ve uyuşmazlığın çözümü için katkılarını müzakere ilerledikçe algılar ve takdir ederler.

3.5.2. Değerlendirmeci Arabuluculuk

Bu yöntem, tarafların hakları üzerine kurulu bir arabuluculuk modelini esas almaktadır. Arabulucu öneride bulunur, uyuşmazlığın taraflarına zayıf ve güçlü yanlarından bahseder ve ihtilafın içeriğini değerlendirerek teknik veya hukuki bilgi sağlar. Hatta bu modelde arabulucu, taraflara tavsiyelerde de bulunabilmekte, hukuki değerlendirme yapmakta, arabulucu sürecinde anlaşılabilir ise dava açılması halinde dava masrafları ve davanın

¹⁰⁴ DeVries, Doug. "Mediation: Understanding Facilitative." Evaluative and Directive Approaches (2013), <http://www.dkdresolution.com/articles/Mediation.Understanding.3.1.pdf>, s.1.

muhtemel süresi hakkında bilgi vererek tarafları etkileyebilmekte, somut olaya ilişkin olarak olası bir yargılamada hâkimin nasıl karar verebileceği hakkında görüşünü dahi ifade edebilmektedir.¹⁰⁵

Arabulucu, tarafların talebi üzerine, uyuşmazlığın esası veya taraflar arasındaki belirli sorunlar hakkında önerilerde bulunmak veya görüşlerini bildirmek suretiyle, nispeten aktif veya müdahaleci bir rol üstlenebilir. Bu sayede taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın ileride dönüşeceği bir davanın muhtemel sonuçlarını daha yakından test edebilirler. Arabulucu, bunu takiben, yargılama sonucu hakkında kendi değerlendirmelerini veya tahminlerini de taraflarla paylaşabilir. Bu yöntem genellikle, taraflar arasındaki uçuşumun büyük, sorunların nispeten karmaşık ve risklerin yüksek olduğu daha zor uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır.¹⁰⁶

Değerlendirmeci arabuluculuk yaklaşımı, hem stil olarak hem de özünde kolaylaştırıcı arabuluculuk yaklaşımından farklıdır. Teorik olarak, kolaylaştırıcı bir arabulucu, rollerini çıkarlara dayanan ihtilaflarla taraflara yardım etmek veya yönlendirmek olarak görürken, değerlendirmeci bir arabulucu rolünü hak temelli konumsal çatışmaların değerlendirmesini doğrudan etkilemek olarak görür. Her iki yöntem de, tarafların pozisyonlarındaki belirsizlik, kırılganlık veya zayıflık ile yüzleşip onaylamalarını ve buna bağılı olarak müzakere duruşlarını yumuşatmayı, başlangıçtaki beklentilerinden daha farklı bir uzlaşya razı olmayı sağlamakta faydalı olmaktadır. Değerlendirmeci arabulucu, gerçekleri, sorunları ve yasayı ayrıntılı olarak ele almaya hazırlanır ve tarafları konumlarını gözden geçirmeye zorlar.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Özmmucu, **a.g.e.**, s. 328.

¹⁰⁶ Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁰⁷ Devries, **a.g.e.**, s. 6.

3.5.3. Dönüşümsel Arabuluculuk

Dönüşümsel (transformativ) arabuluculuk, tarafların güçlendirme ve tanıma deneyimlerini teşvik etmek suretiyle kendi bakış açılarından durumlarını anlamayı ve beklentileriyle ilgili nasıl değişiklikler yapmaları gerektiğini bulmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk genellikle anlaşma ve çözüm ile sonuçlanmaktadır. Ancak bunlar, tarafların güçlendirme ve tanıma deneyimleri ile meydana gelen ilişkisinde dönüşüme ikincil olan etkiler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁸ İyi eğitim görmüş arabulucular tarafından yönlendirildiğinde insanların ihtilafın ötesinde hareket etmelerine yardımcı olan bu felsefe, özellikle büyük şirketler tarafından kabul edilmiştir.

Robert A. Baruch Bush ve Joseph Folger, dönüşümsel yaklaşımın uygulanmasında dikkat edilmesi gereken on husus olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁹ Bunlar:

- 1- Yetki ve onay verme hususları temel alınarak arabulucunun rolünün ve amacının ne olduğunu içeren bir açılış konuşması. "Sonuçta açılış konuşması her şeyi ifade etmektedir." Dönüşümsel yaklaşımı tercih eden arabulucular açılış konuşmalarında, öncelikle amaçlarının tarafların kendi hedeflerini, imkânlarını, tercihlerini aydınlatmaya ve içinde bulundukları durum hakkında net kararlar almalarına yardımcı olmanın yanısıra karşı tarafın da bakış açısını anlama ve göz önüne almalarına yardım etmeye çalıştıklarını ifade ederler.
- 2- Sonucun tüm sorumluluğunu taraflara bırakmak. "Sonuç tamamen tarafların seçimidir." Dönüşümsel yaklaşımı kullanan arabulucu, sadece tarafların kendi durumları hakkında ne yapmaları gerektiği veya birbirlerini nasıl gördükleri

¹⁰⁸ Özsumcu, **a.g.e.**, s. 329.

¹⁰⁹ Robert A. Baruch Bush ve Joseph Folger; **Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı**, Çevirmen: Gamze Sart, Nobel Akademik Yayıncılık, 2013, s. 143.

- hakkında serbestçe yaptıkları tercihlerin ve değişikliklerin gerçek ve kalıcı bir değeri olacağına inanmaktadır.
- 3- Tarafların görüşleri ve kararları hakkında önyargılı olmayı vicdanen reddetmek. "Sonuçta en iyi taraflar bilir." Dönüşümsel yaklaşımın temelindeki değer, tarafların görüşleri, tercihleri ya da kararları hakkında önyargılı olmaktan kaçınmaktır.
 - 4- Tarafların yeterliliği ve azmi hakkında iyimser olmak. "Sonuçta gereken her şey taraflarda vardır." Dönüşümsel yaklaşım, dışardan nasıl görünürse görünsün, tarafların kendi şartları uyarınca içinde bulundukları durumla başa çıkabilme becerisi, azmi ve iyi niyeti hakkında iyimser olmayı gerektirir.
 - 5- Tarafların duygularını göstermesine izin verilmesi ve bu anlamda hassas olunması. "Sonuçta işin içinde duygular da vardır." Bu tür arabuluculuğun uygulanmasında tarafların süreç boyunca kızgınlık, kırgınlık, öfke, üzüntü vb. duyguları izlendiğinden arabulucular da taraflara ne hissettikleri hakkında sorular sorarak onlardan duygularını göstermelerini beklerler.
 - 6- Tarafların şüphelerini keşfetmek. "Sonuçta karışıklığın ardından mutlaka berraklık ortaya çıkar." Dönüşümsel yaklaşımı benimseyen arabulucular tarafların genelde uyuşmazlığın altında yatan hususlar, karşı taraftan beklentileri ile kendileri için doğru tercihin ne olacağı konusunda karışık ve kararsız oldukları; bu belirsizliğin de güç elde etme bakımından olumlu bir imkan olduğunu düşüncesindedirler.
 - 7- Uyuşmazlığın etkileşimine karşı bugüne odaklı kalmak. "Sonuçta süreçte heyecan vardır." Arabulucular tarafların tüm müzakerelerde dinleyici olarak yer alırlar. Ancak bu müzakereleri uyuşmazlığın çözümüne odaklı bir gözle izlemeyip bilakis tarafların vücut dilini de gözlemleyerek onlar için önemli olan ya da onları şüpheyne düşüren hususlar veya yapmak istedikleri tercihler gibi konulardaki ifadelerini dikkatle dinlerler.

- 8- Tarafların geçmişe yönelik ifadelerine karşı hassas olmak. "Sonuçta geçmişti tartışmak geleceğe etkilidir." Tarafların geçmişe yönelik yaptıkları yorumlar günümüz için de geçerli olabileceğinden uyuşmazlığın tarihini dinlemek hatta gerekirse geçmişti deşmek bu arabuluculuk türünü tercih eden için oldukça faydalı olacaktır.
- 9- Uyuşmazlığın birbirini izleyen etkileşimine bir noktada müdahaleyi gözlemlemek. "Sonuçta çekişme uzun vadeli ilişki olabilir." Dönüşümsel yaklaşım seçen bir arabulucu tek bir müdahalenin uyuşmazlığın tüm boyutlarını gösterme açısından yeterli olmayacağını bilir. Bu da arabulucunun, başarının sadece uzlaşma ile ölçüldüğü bir tutumdan kaçınmasına imkan sağlar.
- 10- Az da olsa güç vermek ve onaylama oluştuğunda başarıyı hissetmek. "Sonuçta küçük adımlar önemlidir."

Riskin, dönüşümsel arabuluculuğun kolaylaştırıcı arabuluculuğun geniş kategorisi içinde görülebileceğini öne sürmektedir. Ayrıca bu modelin savunucularının böyle bir kategorileşme konusunda rahat olamayacağını da kabul etmektedir.¹¹⁰

Dönüşümsel arabuluculuğun aşağıdaki uyuşmazlıklarda daha yararlı bir yöntem olduğu uygulamada ve teoride ileri sürülmektedir¹¹¹:

- Anlaşmazlığın temel bir çatışmanın tekrarlayan bir semptom olduğu ve taraflar anlaşmazlığın kendisi hakkında karar vermeden önce bu sorunu ele almaya hazırlandığı uyuşmazlıklar,

¹¹⁰ Leonard L.Riskin, "Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System" **Notre Dame Law Review**, 2003, 79 (1), 1–53, s. 24.

¹¹¹ Alexander Nadja, "The Mediation Metamodel: Understanding Practice", **Conflict Resolution Quarterly** 26.1 (2008): 97-123., s. 117.

- Kişisel, profesyonel veya ticari nitelikte de olsa, tarafların ilişkileriyle ilgili uyuşmazlıklar,
- Önemli duygusal veya davranışsal sorunların veya her ikisinin de devrede olduğu uyuşmazlıklar,
- Tarafların değerler ve prensipler temelinde savundukları uyuşmazlıklar,
- Tarafların kişisel gelişim fırsatlarından yararlanabileceği uyuşmazlıklar.

Tüm bu yarar ve avantajlara rağmen dönüşümsel arabuluculuk aşağıdaki gerekçelerle eleştirilmektedir. Zira, arabuluculuğun dönüştürücü yöntemle uygulanması, diğer arabuluculuk modellerinden daha fazla zaman harcanmasını gerektirmektedir. Bu da zamandan tasarruf etmeyi ilke edinen arabuluculuk çözüm yöntemini yavaşlatmakta ve sekteye uğratmaktadır. Ayrıca dönüştürücü arabuluculuk yönteminde arabulucunun ortaya çıkabilecek sorunları ve tarafların endişeleriyle başa çıkmak için yeterince yetenekli olmadığı alanlara da girilebilir. Bu nedenle anlaşmazlığı altta yatan ihtilaftan farklı olarak çözüme kavuşturmayı zorlaştırabilir çünkü temel uyuşmazlık dışındaki diğer konular da arabuluculuk masasında gündeme dahil edilmektedir.

4. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar

Kural olarak her türlü uyuşmazlık için mahkemeye başvurma imkanı bulunmakla birlikte, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri kamu düzenini ilgilendirmeyen bir konuya ilişkin olması gerekmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde bu konu açıkça ifade edilmiştir. Buna göre arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere,

ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulama alanı bulacaktır. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı da açıkça belirtilmiştir (HUAK md. 1/2). Kanunda, arabuluculuğa elverişli alanlar ve konular tek tek sayılmamış, genel bir çerçeve çizilmiştir. Bu çerçeve içinde ikisi genel biri özel olmak üzere, üç hususa yer verilmiştir.

İlk olarak yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulabilir. Arabuluculuğun kapsamında esasen özel hukuk uyuşmazlıkları yer almaktadır. Bilindiği üzere kanunun ismi de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur. Burada hukuk özel anlamıyla kamu hukuku karşıt kavramı olarak özel hukuk anlamında kullanılmıştır. Özel hukuk kapsamında olmak kaydıyla uyuşmazlığın içinde yabancılık unsurunun bulunup bulunmaması da önemli değildir. Yabancılık unsuru taşısa dahi özel hukuk niteliğindeki bir uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

İkinci olarak özel hukuka ait tüm uyuşmazlıklar için değil, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları için taraflarca arabuluculuk yoluna başvurulabilecektir. Son olarak da daha açık ve özel bir sınırlama getirilmiş, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Özel hukuk alanında uyuşmazlık çıktığında taraflara tanınan serbestlik geniş olmakla birlikte, düzenlemelerden anlaşılacağı üzere mutlak ve sınırsız değildir. Özel hukuk alanında da kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular vardır. Bu sebeple tüm özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu özel hukuk alanında taraf iradelerinin geçerli olduğu ve serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabuluculuğa imkan tanımıştır. Tarafların serbestçe tasarruf

edemeyecekleri uyuşmazlıklarda esasen; kamu düzeninin korunması, zayıfların korunması, hukuk güvenliği sebebiyle mahkeme kararına ihtiyaç duyulması gibi sebepler söz konusudur¹¹². Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuları tek tek sıralamak mümkün değildir. Ancak, özel hukuk içindeki her bir alana ve somut olayın özelliğine göre bunları belirlemek yerinde olacaktır. Maddenin gerekçesinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan söz edilirken "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları" şeklinde genel bir çerçeve çizilmiştir. Taraflar sulh olabildikleri konularda arabulucuya da başvurabilirler. Çünkü, arabuluculuk müzakere temelli üçüncü kişinin kolaylaştırıcı olarak yer aldığı bir tür sulh müzakeresidir. Bu bakış açısı çerçevesinde örneğin, çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda yargılamanın taraflarının hatta daha doğrusu ilgililerin uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkileri olmadığından, arabuluculuğun uygulanması mümkün olmayacaktır.

Arabuluculuğa elverişliliğin tespitinde özellikle kamu düzeni kavramına dikkat etmek gerekmektedir. Zira bazı konularda doğrudan kamu düzeni kavramı devreye girmese de, kanunlarımız gereği bazı iş veya işlemlerin yargı sürecinden geçirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır, ki bu işler arabuluculuğa elverişli değildir. Kamu düzeni ile ilgili ve tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri iş ve işlemlere örnek olarak, evliliğin feshi davası, evlat edinmeye ilişkin davalar, nüfus kayıt davaları, hizmet tespit davaları, sosyal güvenlik davaları, iflâs davası, taşınmazın aynıyla ilgili hususlar sayılabilir¹¹³.

Tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler, Yargıtay kararlarında çoğunlukla kamu düzenine dahil olmayan işler olarak kabul edilmektedir. Yargıtay'ın 10.2.2012 tarihli ve E. 2010/1, K. 2012/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında; kamu düzenine ilişkin olarak "...O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine,

¹¹² Muhammet Özkes, Hakan Pekcanıtez, **Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15.b. İstanbul: On İki Levha, s. 2829.; Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 109. ; Çelikoğlu, **a.g.e.**, s. 687 vd.

¹¹³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1185.

Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.” sonucuna varılmıştır¹¹⁴. Kamu düzeni kavramı hukukta tam olarak tanımlanamayan, takdire açık, zamana, yere ve sosyal şartların değişmesine bağlı olarak değişebilen bir kavramdır¹¹⁵. Bu açıdan kamu düzeni, tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer şartlara bağlıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, bir kararında (28.01.1964 T., 63/128 E., 64/8 K.) kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiğini, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığını belirtmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (T. 12.12.1990, 1990/527 E. 1990/627 K.) kamu düzeninin, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiğini; bu gerçeklerin kuralın vazgeçilmezliği ve toplumsal yararı ortaya koyduğu ölçüde kamu düzeniyle ilgisi bulunduğunu belirtmiştir.

¹¹⁴ (Kazancı İçtihat Bankası). Örneğin, "Nesebin reddi ve babalık gibi konular ise, kamu düzenine ilişkin olup, bu tür davalarda sadece karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyecektir." 18. HD, T. 18.6.2012, E. 2012/6541, K. 2012/7308 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁵ Aynı yönde Tuğsavul, **a.g.e.**,s. 109., Örneğin, "...Bu davalar, tarafların sulh olamayacakları ve üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır. İflas davaları ticaret mahkemesi bakımından münhasıran iki tarafın arzusuna tâbi olmayan davalardandır." 20. HD, T. 16.2.2017, E. 2016/14432, K. 2017/1206 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 26.11.2022).

Bununla birlikte kamusal her işlemin, kamu düzeninden olduğu ve tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği alan olduğu da düşünülmemelidir. Örneğin kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıkların kamusal bir tarafı vardır. Bununla birlikte kanunların izin verdiği ölçü ve çerçevede sulh olmak, anlaşma yoluyla uyuşmazlığı çözmek mümkündür. Hatta 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre bu öncelikli bir zorunluluktur. Devlet en temel hakkı ve alacağı olan, mutlak kamusal bir işlem niteliğindeki vergi alacakları konusunda dahi uzlaşmaya gidebilmektedir.

Bir dava türünün içindeki tüm hususlar veya talepler kamu düzeninden olmayabilir. Örneğin, boşanma kararı ve buna bağlı velayet konusu üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezken, bu konularda yargı kararı gerekmemekte ve hâkimin takdiri önem taşımakta iken, malvarlığı, tazminat, nafaka gibi hususlarda tarafların anlaşması mümkündür.

Özellikle ticari uyuşmazlıklar başta olmak üzere, işçi-işveren uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, alacak-borç ilişkileri, aile uyuşmazlıkları, komşuluk uyuşmazlıkları, ilişkilerin sürekliliği, menfaatin kaynağı vs. sebeplerle arabuluculuğa elverişlidir. Ancak bu alanlar genel olarak arabuluculuğa elverişli olsa da, bu alanlardaki tüm uyuşmazlıklar için aynı şey söylenemez. Bunların içeriğinde kamu düzenine ilişkin hususlara, tarafların serbestçe tasarruf edip edemeyeceği konulara, emredici kurallara ayrıca dikkat edilmeli, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, mutlaka yargı kararı gerekenler ayrıca göz önünde tutulmalıdır. Bazılarında oldukça geniş kapsamlı alanlar arabuluculuğa uygun değildir. Örneğin, iş hukukunun içindeki sosyal güvenlik uyuşmazlıkları böyledir. Bunun yanında iş hukukunun emredici kuralları karşısında tarafların arabuluculuk sürecinde her konuyu istedikleri gibi düzenlemeleri ve anlaşmaları da söz konusu olamaz; çoğunlukla işçiyi korumaya yönelik bazı içerik ve şekil sınırlamaları getirilmiştir. Bu konularda özellikle Yargıtay kararlarına dikkat etmek gerekir. Zira, Yargıtay bazı konuların anlaşma olsa dahi mahkeme tarafından incelenebileceği yönünde kararlar verebilmektedir. Yine

yukarıda belirtilen ticaret hukuku içinde iflâs davası, aile hukukunda boşanma, velayet, ailenin ve çocuğun korunmasına yönelik konular arabuluculuk kapsamının dışındadır.

Düzenleme ve uygulama açısından yasal sınırlama bu şekilde olmakla beraber, arabuluculuk açısından tarafların uyuşmazlığı çözme amacının gerçekte varlığı ve taraflar arasındaki ilişkinin ileride devam edecek olması yöntemin başarısını doğrudan etkileyecektir ve kanuni olarak arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların çözümü konusunda önemli bir ipucu verecektir. Özel hukukta asıl olan irade serbestisi olduğundan, mümkün olduğunca bu yönde yorum yapılması doğru bir yaklaşım olacak ancak her durumda yasa koyucunun iradesine ve yargı kararlarındaki yoruma dikkat etmek gerekecektir.

Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı da Kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Aslında bu düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira, bu husus zaten tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir konu değildir. Ayrıca şiddet ve cezai yaptırımın söz konusu olduğu, böyle bir durumda tarafların serbest iradesinden de söz edilemeyecektir. Ancak zayıf bir ihtimal de olsa böyle önemli ve sosyal bir konuda boşluk bırakmak istemeyen kanun koyucu açık bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. Madde gerekçesinde, arabuluculuğun tarafların kendilerini güvende hissetmeleri ve eşitlik prensibine dayandığı, aile içi şiddetin olduğu durumlarda tarafların kendilerini güvende hissedemeyecekleri ve dolayısı ile eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceği ifade edilmiş ve bu nedenle söz konusu uyuşmazlıklar Kanun'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Şüphesiz bu konuda ailenin ve çocukların korunmasına yönelik özel hükümler de dikkate alınmalıdır. Aile içi şiddet iddiası söz konusu olduğunda, bunun gerçekliğinin araştırılması gerekmemektedir. Çünkü, kanun "şiddet iddiası" ifadesi ile bu konuda bir iddiayı yeterli görmüş, böyle bir iddia söz konusu olduğunda, arabuluculuk yoluna başvurulamayacağını kabul etmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus,

arabuluculuğa elverişli olmayan alan, aile hukukuna ilişkin olan her husus değil, aile içi şiddet iddiası olan veya mutlaka mahkemenin kararı gereken aile uyuşmazlıklarıdır.

5. Arabuluculuk Yöntemleri ve Diğer Alternatif Çözüm Yolları ile Müştereken Kullanılması

5.1. Uyuşmazlığın Arabuluculuk-Tahkim Yöntemiyle Çözülmesi

Türkiye’de taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmeden veya başka bir hukukî ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıktığında, taraflar genellikle birbirlerine karşı hukukî haklarını dava açmak yöntemiyle ileri sürmektedirler. Bu dava, taraflar arasında yetki anlaşması veya tahkim anlaşması bulunmuyorsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yetkili ve görevli mahkemede açılacaktır.

Mahkeme veya hakem kararları bir uyuşmazlığı nihaî olarak çözerler. Taraflar bir uyuşmazlığın nihaî olarak mahkeme veya hakemler tarafından çözümlenmesinden evvel, kendi aralarında müzakere de yapabilirler. Ancak uyuşmazlığın taraflar üzerinde yarattığı psikolojik gerginlik, tarafların müzakereye girişmesine veya müzakere sonucunda çözüme ulaşmasına engel olabilir. Bu ihtimalde bağımsız üçüncü bir kişinin taraflar arasındaki müzakereyi desteklemesi faydalı olabilir.

İşte bu gerekçeyle, tarafların karşılıklı yaptıkları müzakerelerin sonuçsuz kalması ihtimali gözetilerek, taraflarca seçilecek bir arabulucu vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözülmesi sağlanmaya çalışılabilir. Arabulucu, tarafları dinler, tarafları anlamaya çalışır, uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesi durumunda ortaya çıkacak muhtemel sonuçlar konusunda tarafları uyarır, taraflara karşı tarafın pozisyonunun güçlü olduğu noktaları vurgulayabilir, tarafların birbirini anlamasını sağlar ve taraflara her iki tarafın da kabul

edebileceği çözüm önerileri getirir veya tarafların birbirine çözüm sunması konusunda aracılık yapar. Ancak arabulucunun çözüm önerileri, bir mahkeme veya hakem kararı gibi tarafları bağlayan bir nitelik taşımaz. Çünkü arabuluculuk yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm faaliyetidir.¹¹⁶

Tarafların aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra herhangi bir dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaları hukuken veya sözleşmesel olarak zorunlu olabilir. Örneğin bu çalışmanın son bölümünde detaylı şekilde incelenecek olan; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 5/A(I) 'deki düzenlemeye göre, “TTK md. 4 ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”. Bu durum uygulamada "zorunlu arabuluculuk” olarak bilinmektedir. Öte yandan, taraflar arasında herhangi bir arabuluculuk anlaşması olmadığı ve tarafların arabuluculuğa gitmek zorunda olmadığı ihtimallerde de tarafların bağlayıcı ve nihaî karar veren yargılama mekanizmalarına başvurmadan önce, ihtiyarî olarak arabuluculuk yöntemini denemeleri mümkündür.

Yapılan bu arabuluculuk faaliyeti, tarafların sulh olmasını sağlayabilir. Tarafların yaptığı sulh anlaşması -eğer taraflar arasında tahkim anlaşması varsa- bir hakem kararı olarak tespit edilebilir. Taraflar sulh olmazsa, bu durumda uyuşmazlığın nihaî olarak çözüleceği mahkemeye veya tahkime başvurulabilecektir. Bu davanın sonucunda uyuşmazlık taraflar açısından bağlayıcı bir kararla ve kesin olarak çözülmüş olacaktır.

Tarafların aralarında doğan uyuşmazlığı önce arabuluculuk ile çözmeye çalışıp bu yöntemden sonuç alamamaları durumunda tahkim yoluna başvurabilmeleri, tarafların böyle bir uyuşmazlık çözüm yöntemi konusunda anlaşmalarına bağlıdır. Ancak belirtildiği üzere, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürmesini gerektiren

¹¹⁶ Yeşilırmak, **a.g.e.**, s. 32.

anlaşma veya şart ile tarafların uyuşmazlıklarını nihaî olarak tahkim yöntemiyle çözmelerini gerektiren anlaşma aynı anda ve aynı hukukî metin içinde yer almayabilir.

Tarafların tahkim yargılaması ile birlikte başka alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruyu öngördüğü tahkim anlaşmaları, kombine “combined processes” veya karma tahkim anlaşmaları “hybrid proses” olarak adlandırılmaktadır. Hibrit tahkim ile ifade edilmek istenen; tahkim ve başkaca çözüm yollarının birlikte sentezlenerek kullanılmasıdır.¹¹⁷

5.2. Med-Arb

Taraflar, aralarındaki hukukî ilişki nedeniyle gelecekte ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlığın önce arabuluculuk yöntemiyle çözülmeye çalışılması, bu yöntemin başarılı olmaması durumunda ise uyuşmazlığın tahkim yöntemiyle nihaî ve bağlayıcı olarak çözüleceği konusunda baştan anlaşabilir. Bu uyuşmazlık çözüm yöntemine "med-arb", bu yöntemi öngören uyuşmazlık çözüm yöntemi anlaşmalarına ise "med-arb şartı" denmektedir.¹¹⁸

En bilinen kademeli hibrit tahkim prosedürü, med-arb başka bir ifadeyle arabuluculuk – tahkimdir. Kademeli hibrit tahkim anlaşmalarından med-arb da arabuluculuğun dostane niteliği ve tahkimin bağlayıcılık niteliğinin birleştirilmesi amaçlanmıştır. Med-Arb prosedüründe, öncelikli olarak arabuluculuk çözüm yolu tüketilir. Bu yol ile çözüme ulaşılamaması halinde, tahkim yoluna gidilir. Hakem olarak seçilen kişi, öncelikle arabuluculuk yapar, arabuluculuğun başarısız olması durumunda ise tahkim aşamasına geçilir. Hakem ve arabulucunun aynı kişi olması önünde aslında engel bulunmamakla

¹¹⁷ Ebru Şensöz Malkoç ve Müge Değirmencioğlu, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Kızlarının Geçerliliği, **MÜHF-HAD**, (2021), S. 1, s. 608.

¹¹⁸ Cemile Demir Gökyayla, Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu (2019) 77(2) **İHFM** 575, s. 579.

birlikte, tartışmaları önlemek bakımından taraflar aksini kararlaştırmadıkça, arabulucunun hakem olarak görev yapamayacağı kabul edilmektedir.¹¹⁹

Tarafların "med-arb" olarak bilinen uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmaları için en klasik yöntem, tarafların hukukî ilişkilerini düzenleyen sözleşmelerinde böyle bir anlaşmanın yani "med-arb klozunun" bulunmasıdır.¹²⁰ Bu anlaşmada, tahkime gitmeden önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu veya ihtiyarî bir mekanizma olarak kararlaştırılmış olabilir. Bununla birlikte uyuşmazlık çıktıktan sonra da bu konuda tarafların anlaşmaya varması mümkündür.

5.3. Arb-Med-Arb

Taraflarca evvelce düzenlenmiş bir tahkim anlaşmasının söz konusu olduğu durumlarda, bu kez tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürme hususunda anlaşmaları ile Arb-Med-Arb prosedürü oluşmaktadır. Taraflar, henüz tahkim yargılaması başlamadan önce, arabuluculuk yoluna başvurma hususunda mutabakat sağlayabileceklerdir. Hatta tahkim yargılaması başladıktan sonra, yargılamanın devam ettiği aşamada dahi arabulucuya gitmeyi kararlaştırabilirler¹²¹.

5.4. MEDOLA

Med-arb'ın farklı bir türü olarak ifade edilen MEDOLA, arabuluculuk ile last offer arbitration sistemlerinin hibrit olarak sentezlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Taraflar arabuluculuğun başarısız olması ihtimalinde, tahkim yargılamasında hakeme son tekliflerini sunarlar ve hakem, bu teklifler arasında bir tercih yapmak suretiyle

¹¹⁹ Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 610.

¹²⁰ Rabia Eda Giray, "İTOTAM Bünyesinde Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk ile Çözümü" İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, 2019

¹²¹ **a.g.e.**, s. 611.

uyuşmazlığı çözüme bağlamaktadır. Tahkim yargılamasında hakemlerin tarafların teklifleri ile bağlı olması nedeniyle, arabuluculuk aşamasında tarafların aralarında özgürce müzakere gerçekleştirebilmeleri mümkün kılınmaktadır.¹²²

5.5. Arb-Med

Arb-Med (arbitration-mediation) yani tahkim-arabuluculuk ise, kademeli hibrit tahkim anlaşmalarının bir başka şekli olmakla birlikte, tahkim yargılamasında hakem karar verdikten sonra ancak henüz kararın taraflara açıklanmasından evvel arabuluculuğa başvurulmasıdır. Taraflara son bir fırsat tanınmış olur, şayet arabuluculuk sürecinden olumlu bir netice alınamaz ise, bu kez hakem, önceden varmış olduğu kararı taraflara açıklamak suretiyle uyuşmazlığı çözmektedir.¹²³

¹²² a.g.e., s. 612.

¹²³ a.g.e.

İKİNCİ BÖLÜM

II) Örnek Ülkelerde Ticari Hayat ve Arabuluculuk İlişkisi

1. Avrupa Birliği Mevzuatındaki Durum ve Bazı Avrupa Birliği Ülkelerindeki Ticari Arabuluculuk Uygulamaları

1.1. Avrupa Birliği Hukuku Bakımından Değerlendirme

Avrupa Birliği'nde 1998 yılından itibaren uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümüne ilişkin çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. 1999 yılının Ekim ayında Tampere'de bir Avrupa Birliği zirvesi düzenlenmiş ve bu zirvede üye ülkeler, uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne ilişkin çalışmalarda bulunmaya davet edilmiştir. Bu çalışmaların başlamasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adalete erişimi kolaylaştırıcı etkisinin anlaşılması ve bazı Avrupa Birliği üyesi ülkelerin alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerini kendi iç mevzuatlarında yasalaştırması etken rol oynamıştır.¹²⁴

2002 yılının Nisan ayında Avrupa Komisyonu, özel hukuk ile ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü yollarına ilişkin “Yeşil Kitap” adı verilen bir rapor yayınlamıştır. Yeşil Kitap hem mevcut durumu değerlendirmek, hem de Avrupa Birliği Hukuku paydaşlarını alternatif uyuşmazlık çözümü yollarını tartışmaya teşvik etmek amacıyla hazırlanmış ve üye devletler, arabuluculuk kurumları, meslek örgütleri gibi çeşitli kişi ve kurumlardan 160'ı aşkın katkı ve eleştiri alınmasını sağlamıştır.¹²⁵

¹²⁴ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 265.

¹²⁵ Phillipe Billiet and Ewa Kurlanda, “An Introduction to The Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”, **The New EU Directive on Mediation: First Insights**, 2008, s. 10.

Yeşil Kitap'ın yayınlanmasının akabinde Avrupa Birliği ülkelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili yasal bir düzenlemenin oluşturulması beklenmiş, ancak bu düzenlemelerin yapılması zaman almıştır. Avrupa Komisyonu, 2004 yılında Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları adlı düzenlemelerin hazırlanması için çalışmalarına başlamıştır. Bu davranış kuralları, arabuluculuk süreçlerinde arabulucuların bazı etik ilkelere riayet ederek bağımsız şekilde davranmalarını sağlama amacı taşımakta olup kuralların uygulanması ise arabulucuların takdirine bırakılmıştır. Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları, Yeşil Kitap'a karşı yapılan eleştirileri de dikkate alarak, takdir yetkisine imkan verecek şekilde 2004 yılında hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kurallarının Avrupa Birliğine üye devletler tarafından uygulanma zorunluluğu olmasa da çoğu arabuluculuk kurumu tarafından onaylanmış ve uygulamaya koyulmuştur.

1.1.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bağlı olduğu Avrupa Konseyi (Council of Europe), insan hakları ve hukukun üstünlüğünü savunmak amacıyla 1949'da kurulmuştur. Avrupa Konseyi'ne Vatikan, Beyaz Rusya ve Kazakistan hariç tüm Avrupa ülkeleri üyedir.

Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi ise Avrupa Konseyinden farklı bir kuruluş olup, Avrupa Birliği'nin karar verme kuruluşudur. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, üye devletler arasında siyasi ve ekonomik kararların yerine getirilmesini sağlamaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi Avrupa Birliği'nin yürütme organlarıdır. Avrupa Birliği Komisyonu tasarıları yasalaştırır. 6 aylık dönemler için başkanlık üye ülkeler tarafından üstlenilir. Kararlar oybirliği, basit çoğunluk ve nitelikli çoğunluk ile alınmakta olup Birliğin Resmi Gazetesinde yayınlanır.

Ortak kararlar; yerleşme hakkı, kamu sağlığı, tüketici hakları, yabancılar hukuku, işçi dolaşımı, diploma eşdeğerliği, eğitim, kültür, tek pazar, araştırma ve geliştirme alanlarında uygulanmaktadır. Yönetmelikler, tüzükler ve tavsiyeler bütün üye ülkeler için bağlayıcıdır.

1.1.2. 2008/52 sayılı Hukuki ve Ticari Direktifi

Yeşil Kitap ve Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları'nın yayınlanmasının akabinde, Avrupa Birliği'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk dikkat çekmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, Avrupa Komisyonu tarafından, adalete daha iyi erişimi kolaylaştırmak amacıyla 21 Mayıs 2008 tarihinde, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi yayınlanmıştır.¹²⁶ Bu direktifin Avrupa Birliği üyesi ülkeler tarafından en geç 3 yıl içerisinde uygulanma zorunluluğu bulunmaktadır.

Direktifin amacı; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması ve geliştirilmesidir. Direktifin kapsamı, medeni hukuk ve ticari hukuk uyuşmazlıklarıdır. İlgili uyuşmazlıklarda, alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuk prosedürüne başvurmak tarafların isteğine bırakılmıştır.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin iç hukuklarında arabuluculuğu zorunlu kılmaları inisiyatiflerine bırakılarak, Direktif'in 5/2. maddesinde; üye ülkelerde mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi koşuluyla arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin ve yaptırım uygulanmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir.

¹²⁶ Rabia Eda Giray , "Dış Ticarete Arabuluculuk Webinarı", 2021, OAİB.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile getirilen en önemli düzenlemeler ise;

- Arabuluculuk hizmetinin geliştirilmesi adına yapılacak olan eğitimlerin artırılması,
 - Yargılama sürecinde hakimin davanın koşullarına dikkat ederek tarafları arabuluculuğa yönlendirebileceği,
 - Arabuluculuk sürecinin sonunda yapılacak olan anlaşmaların ilam niteliği kazanmasının, her devletin kendi iç hukuk düzenine göre mümkün olabileceği,
 - Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanmaması halinde, süreç içerisindeki görüşler ve belgelerin diğer taraf aleyhine yargılama sürecinde delil olarak kullanılamayacağı,
 - Arabulucunun tanık olarak yargılama sürecine katılamayacağı,
- şeklindedir.

Bu rapor, arabuluculuk ile yargısal süreçler arasında dengeli bir ilişki kurmuştur. Bununla birlikte, vatandaşlar için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını güvenilir ve erişebilir kılmıştır.

21 Mayıs 2021'e kadar Direktife ilişkin hükümlerin yürürlüğe konulması hususu düzenlenmiştir. Buna rağmen, hükümlerin yürürlüğe konulması konusunda bilgilendirmede bulunmayan; Fransa, Hollanda, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs, ve Lüksemburg'a karşı Avrupa Komisyonu yasal yollara başvurmuştur. Avrupa Parlamentosu tarafından 2011 tarihli uygulama raporunda, bazı üye devletlerin Direktifin ötesinde yasal düzenlemeleri kabul ettikleri bildirilmiştir.

1.1.3. Zorunlu Arabuluculuk Modelleri

Zorunlu arabuluculuk modelleri Dünyada ve Avrupa’da genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. İlk kategori; Amerikan Hukukçusu Frank E.A. Sander tarafından isteğe bağlı, yani ihtiyari (discretionary) olarak tanımlanan ve çoğu kez mahkeme tarafından sevk edilen arabuluculuk modelidir. Bu modele en çok Avustralya’daki sistemde rastlanmaktadır. Burada sistem, hakime, tarafların rızası ile veya tarafların rızası olmaksızın onların arabuluculuğa sevk edilmesini sağlayacak bir yetki vermektedir. Ancak Avrupa ülkelerinde bu sisteme pek rastlanmamaktadır.¹²⁷

İkinci kategori zorunlu arabuluculuk modeli ise, belli konularda zorunlu olarak arabuluculuğa başvuru sistemidir. Bu tür sistemlerde arabuluculuğa başvurulması, dava açılmadan önce zorunlu bir ön şart olarak öngörülmektedir. Örnek olarak, Avustralya’da New South Wales (Yeni Güney Galler) eyaletinde tarım borçları hakkındaki uyuşmazlıklarda, devlet yargılaması yoluna gitmeden arabuluculuk usulüne başvurulması gerekmektedir.¹²⁸ Bunun dışında İtalya’da da zorunlu arabuluculuk uygulamalarına rastlanmaktadır.¹²⁹ Frank E.A. Sander, zorunlu arabuluculuğun bu modelini kategorik yaklaşım olarak tanımlamaktadır.¹³⁰ Ancak bununla beraber, Sander, kategorik yaklaşıma karşı, buna göre hazırlanan kanunların arabuluculuğa başvuran taraflara, istisnadan yararlanma hükmü şeklinde bir hüküm içermesi gerektiği noktasında uyarıda bulunmaktadır.¹³¹ Bu model, Avustralya’da aile hukuku arabuluculuğu alanında ve son yıllarda İngiltere’de istinaf mahkemelerinde pilot projelerde uygulama alanı

¹²⁷ Hanks, **a.g.e.**, s. 930.

¹²⁸ Seda Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, **İÜHFM**, 2016, C. 74, S. 2, s. 809.

¹²⁹ Hanks, **a.g.e.**, s. 930.

¹³⁰ Frank E. A. Sander, “Another View of Mandatory Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13 (2), 2007, s.16.

¹³¹ **a.g.e.**

bulmaktadır.¹³² Buna benzer bir uygulamaya, arabuluculuğun yanında tahkim usulünün de dahil olduğu “med-arb” örnek verilebilir. Med-Arb prosedüründe, öncelikli olarak arabuluculuk çözüm yolu tüketilir. Bu yol ile çözüme ulaşılamaması halinde ise tahkim yoluna gidilir.

Son kategori, yarı mecburi (quasi compulsory) zorunlu arabuluculuk modelidir. Bu sistemde alternatif uyuşmazlık çözümleri zorunlu olmasa da, dava açılmadan önce bu yönteme başvurulmaması yargılama masraflarıyla ilişkilendirilmiştir. Bu olumsuz etkiden kaçınmak isteyen taraflar önce arabuluculuk yolunu denemeye teşvik edilmektedir. Avustralya’da 2011 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarını Çözüm Kanunu (Civil Dispute Resolution Act) ve İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) yarı mecburi sistemin örneklerini içermektedir. Her iki kanun da, uyuşmazlığı bir anlaşmayla sonuçlandırmak için uygun şekilde davranmayan taraflara, yargılama masraflarının yükletilmesini bir yaptırım olarak öngörmektedir.

Avrupa’da zorunlu arabuluculuk sistemine bakış açısı farklı bir görünüm seyretmektedir. İlk olarak, konuya tek bir ekonomik bölge yaratmak ve Avrupa hukuk sistemlerinin birleşmesini sağlamak bakımından yaklaşılmıştır. Nitekim, serbest ticaret bölgesinde ortaya çıkan sınır ötesi tüketici uyuşmazlıklarının sayısının artması alternatif uyuşmazlık çözümleri alanında önemli gelişmelere yol açmıştır.¹³³ Bu kapsamda, tüketici hukuku alanında Avrupa Birliği’nin 1998¹³⁴ ve 2001¹³⁵ yıllarında yayımladığı iki önemli tavsiye

¹³² Hanks, **a.g.e.**, s. 931.

¹³³ Hanks, **a.g.e.**, s. 932.

¹³⁴ Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes, (Erişim Tarihi: 20.10.2022)

¹³⁵ Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Outof-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, (Erişim Tarihi: 20.10.2022)

kararı bulunmaktadır. Avrupa Birliği genelde tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözümleri faaliyetine erişimini kolaylaştırmak için destek vermektedir.¹³⁶

İkinci olarak ve daha önemlisi Avrupa Birliği'ne üyeliğin, üye devletlerin arabuluculuk ile ilgili iç politikalarının üzerine etkisi bulunmaktadır. Buradan da görüleceği üzere İngiltere ve Avusturya'nın zorunlu arabuluculuğa yönelik tutumları arasındaki önemli farklar Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulamasına dayanmaktadır.¹³⁷

Bu düzenlemeye göre, herkes, gerek medeni hak ve yükümlölükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görölmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görölmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. Özellikle arabuluculuk konusunda, Avrupa Komisyonu tarafından 2004 yılında "Arabulucular için Etik Davranış Kuralları" (European Code of Conduct for Mediators) yayımlanmıştır. Arabulucular için Etik Davranış Kuralları ile Avrupa Birliği genelinde yüksek düzeyde arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması hedef edilmiştir. Sınır ötesi hukuki uyuşmazlıklar çerçevesinde, Avrupa Birliği'nde 1990'lı yılların sonunda arabuluculuk hakkında Yeşil Kitap'ta yayınlanmak için alınmış karar bulunmaktadır.¹³⁸

¹³⁶ Hanks, **a.g.e.**, s. 932.

¹³⁷ Hanks, **a.g.e.**, s. 933.

¹³⁸ Jacqueline Nolan-Haley, Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation, **Fordham University School of Law**, 2012, (1-31), s. 9.

Bu kararlar, 2002 yılının Nisan ayında Yeşil Kitap'ta yanıtlanmıştır.¹³⁹ Buna göre, alternatif uyuşmazlık çözümleri üç faktör sebebiyle birçok ülkede vatandaşların karşı karşıya kaldıkları adalete erişim sorununa bir çözüm önermektedir. Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkların sayısı artmakta, bu işlemlerin çoğalması suretiyle yargılamada zaman ve masraf bakımından da önemli bir artış meydana gelmektedir. Bu sebeple Yeşil Kitap, alternatif uyuşmazlık çözümlerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi gereğince kabul edilen adalete erişim hakkının geliştirilmesinin bir yolu olarak değerlendirmektedir. Aynı zamanda, arabuluculuk gibi bu çeşit faaliyetlerin, adli sürecin tamamlayıcısı (complement judicial processes) olarak kullanılabileceğine de işaret etmektedir.¹⁴⁰

2008/52/EC sayılı¹⁴¹ Yönerge'yi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin kabul edilip edilmemesi hususunu üye devletlerin kendisine bırakmıştır.¹⁴² Nitekim Yönerge'nin 3. ve 5. maddesinin 2. fıkrası zorunlu arabuluculuğun geçerliliğini kabul etmektedir. Bu noktadan hareketle, bu husus Avrupa Adalet Divanı'nın 18.03.2010 tarihli kararı ile de desteklenmiştir. Avrupa Adalet Divanı, zorunlu arabuluculuğun, makul süreyi aşarak davada önemli bir gecikmeye sebep olmadığı, bağlayıcı bir karar ile sonuçlanmadığı, mahkemenin yargı yetkisini zamanaşımı süreleri sebebiyle devre dışında bırakmadığı ve aşırı masraflı olmadığı sürece, Avrupa Birliği Hukukuna aykırı olmadığını açıklamıştır. Avrupa Adalet Divanı'nın kararı; yargılamadan önce bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna ihtiyaç duyulan davalar bakımından, bu prosedürlerin yardım sağlayıp sağlamadığı ve gerçekten alternatif bir yola ihtiyaç olup olmadığı konusunda bazı sorunlara sebebiyet vermiştir. Diğer taraftan, zorunlu

¹³⁹ Hanks, **a.g.e.**, s. 933. ; Mustafa Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **AÜHFD**, C.56, S.1, (2007), (s.185-231), s. 207.

¹⁴⁰ Hanks, **a.g.e.**, s. 933.

¹⁴¹ Hanks, **a.g.e.**, s. 933. ; Giorgio Fabio Colombo, Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems, **Ritsumeikan Law Review**. No:29. **a.g.e.**, s. 73-74.

¹⁴² Hanks, **a.g.e.**, s. 934.

arabuluculuk sistemlerinin, yalnızca arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanmadığı hallerde mahkemelere başvurulmasına imkan vermesi sebebiyle, mahkemelerin yargılama yükünü azaltacağı değerlendirilmektedir.

Avrupa Adalet Divanı, mahkeme dışı zorunlu arabuluculuğun, bağlayıcı bir karar ile sonuçlanmadığı, davada önemli bir gecikmeye sebep olmadığı, mahkemenin yargı yetkisini zamanaşımı süreleri sebebiyle devre dışında bırakmadığı, aşırı masraflı olmadığı sürece, Avrupa hukukuna aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu konuda özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın desteği genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adalete erişim hakkını anlamak için önem taşımaktadır. Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı'nın kararı, adalete erişimi oluşturan şey konusunda, makul süre içinde yargılamadan önce duyulan böyle ihtiyaçların olduğu davalar için, diğer prosedürlerin yardım sağlayıp sağlayamadığı ve mahkeme yoluna başvurma derhal mevcut olup olmadığı hususlarını içeren bazı sorunların doğmasına neden olmuştur. Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuk sistemleri, bir çözüm anlaşmasına ulaşamadığı takdirde, mahkemeye başvurma tarafların haklarını elde tutmak bakımından, mahkemelerin dava yükünü azaltarak, makul süre içinde uygun alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarına erişimi uyuşmazlığa düşenlere sağlamada potansiyel olarak desteklemektedir. Yönerge'nin diğer bazı hükümleri de eleştiriye konu olmuştur. Bunlar, arabuluculuğa zorlamadan elde edilen anlaşmaların ortak standartlarının yokluğu ve büyük ölçüde arabuluculuğa teşvik etmekten ziyade arabuluculuğun niteliğini (kalitesini) desteklemeye odaklı, gizlilik hükmünde boşluklar olarak görülen, sınır ötesi uygulamaların sınırlanması üzerine odaklanmaktadır.¹⁴³

¹⁴³ Hanks, **a.g.e.**, s. 935., Öznumcu, **a.g.e.**, s. 811.

1.1.4. Bazı Avrupa Birliği Ülkelerindeki Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Arabuluculuk Uygulamaları

1.1.4.1 Almanya

Almanya’da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çeşitli kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat kanuni düzenlemelerden de önce Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda uyuşmazlıkların öncelikle mahkeme dışı uzlaşma yoluyla çözümlenmesinin tercih edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (BVerfG v. 14.02.2007-1BvR 1351/01).

Alman arabuluculuk uygulamasındaki gelişmeler ise tıpkı diğer AB ülkelerinde olduğu gibi, 1990’larda şekillenmeye başladı. Her ülkenin arabuluculuk hareketi farklı geliştirse de, medeni hukuk yapısı birbirine yakın ülkeler arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır. Almanya, orta Avrupa’da yer almaktadır ve diğer Avrupa ülkelerinin medeni hukuk gelenekleri ile çevrilidir. Terminoloji açısından Almanca resmi olarak beş Avrupa ülkesinde ve prensliğinde konuşulmaktadır: Almanya, Avusturya, İsviçre, Lüksemburg ve Lichtenstein. Buna göre, bu ülkeler arasında karşılaştırmalı olarak belirli bir dereceye kadar hukuki bakımdan da terminolojik tutarlılık bulunmaktadır.¹⁴⁴

Almanya’da, uygulamanın başlangıç tarihi 15. yüzyıla dayanan ve gerçekçi yaşam anlayışının tesiri ile eski Roma’daki medeni usul hukukunda yargısal arabuluculuğa atfedilen önem sebebiyle yasalarca tatbiki zorunlu kılınan bir arabuluculuk modeli bulunmaktadır. Ülkede arabuluculuk sistemi uzlaştırma olarak da adlandırılmakta olup; bu açıdan klasik arabuluculuk yöntemine nazaran uzlaştırıcının hak ve yetkilerinin nispeten daha geniş olduğu ifade edilebilir. Bu yönde Alman hukuk sistemi içinde Alman

¹⁴⁴ Alexander, Nadja.;What’s Law Got to Do with It-Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions, **Bond L. Rev.** 13 (2001). s. 3.

Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO-Zivilprozessordnung); 1950 yılında kabul edilen zorunlu sulh prosedürü, 1990 yılında avukatlara tanınan icra kabiliyetini haiz sulh olma yetkisi ve tarafların sulh olmasını kolaylaştırıcı bir işleve sahip olan delil tespiti usulü gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımını teşvik eden düzenlemeler yoluyla yargısal iş yükü azaltılmaya çalışılmış ise de beklenen başarı sağlanamamıştır.¹⁴⁵

1 Ocak 2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, Almanya Federal Hükümeti, tüm Alman eyaletlerinin (Länder) belirli mahkemelere ve belirli uyuşmazlıklara ilişkin rutin zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını (aussergerichtliche Streitschlichtung) tanımalarına izin veren usul hukukuna ilişkin düzenlemeyi kabul etmiştir.¹⁴⁶ Uyuşmazlıkların dava yoluna gidilmeden evvel arabuluculuk metoduyla çözülebileceği hususu kabul edilerek, federal devlet yapısına sahip Almanya'da her eyalete mahkeme dışı arabuluculuğun uygulanması noktasında serbestlik sağlanmıştır. Bunun üzerine Almanya'nın Nordrhein-Westfalen, Bavyera ve Baden-Württemberg gibi eyaletlerinde mahkeme dışı ve mahkeme içi arabuluculuğa dair farklı yasal düzenlemeler yapılmıştır.¹⁴⁷

Almanya, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu'nu 2002 yılında kabul etmiştir. Hukuk uyuşmazlıklarının mahkeme dışı yollarla çözümlenmesine ilişkin 21.07.2012 tarihli Alman Arabuluculuk Kanunu mevcuttur. Anılan kanunda arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemelere yer verilmekle yetinilmiştir. Arabuluculuk Kanunu md. 1'deki tanıma göre arabuluculuk; tarafların bir veya birden fazla arabulucu yardımıyla uyuşmazlıklarını kendi iradeleri ve sorumlulukları çerçevesinde çözümleyecekleri bir usul olarak öngörülmüştür. Maddenin devamında

¹⁴⁵ Sevim, **a.g.e.**, s.61.

¹⁴⁶ Nadja, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁴⁷ Sevim, **a.g.e.**, s. 62.

arabulucu, bağımsız, tarafsız ve karar verme yetkisi olmayan, arabuluculuk faaliyetini yerine getiren kişi olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuğun temel ilkeleri, uyuşmazlık çözme teknikleri, iletişim teknikleri, hukuktaki arabuluculuğun yeri gibi konularda hem teorik hem de uygulamalı eğitim görenlerin arabuluculuk yapabileceği düzenlenmiştir.¹⁴⁸

Alman Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabuluculuk süreci başladıktan sonra; taraflarca seçilecek olan arabulucu, öncelikle tarafların gönüllü olarak katıldıkları arabuluculuk sürecinin ne şekilde yürütüldüğünü ve bu sürecin temel prensiplerini tam olarak anladıklarından emin olmalıdır. Arabulucu tüm taraflara eşit davranmalıdır. Taraflar arasındaki iletişimi teşvik ederek, onların arabuluculuk sürecine adil ve uygun bir şekilde entegre olmalarını sağlamalıdır. Arabulucu dışındaki üçüncü kişiler ise ancak tarafların rızası halinde sürece dâhil olabilmektedir. Taraflar diledikleri herhangi bir zaman arabuluculuk sürecini sonlandırma hakkına sahiptir. Arabulucu ise taraflar arasında iletişimin veya uzlaşmanın sağlanamayacağı düşüncesinde ise süreci sonlandırabilir.¹⁴⁹

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yasası'nın 15/a maddesine göre, bazı uyuşmazlıklarda dava açmadan önce alternatif çözüm yoluna başvurmak zorunludur. Bu madde 2012 yılından itibaren Aşağı Saksonya Eyaleti'nde uygulanmaya başlanmıştır. Eyaletlerin, söz konusu maddenin uygulanması konusunda takdir yetkileri bulunmaktadır. Almanya'daki 16 eyaletten 12'si söz konusu maddeyi uygulamaktadır. Bazı eyaletler ise bu maddeyi kısmen uygulamaktadır.

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yasasının 15/a maddesine göre;

- Hakarete ilişkin tazminat davalarında,

¹⁴⁸ Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 47.

¹⁴⁹ Onur Utku Sevim, **Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk**, 2016, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 63.

- Komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda,
- Eşitlik ilkesine aykırılığa ilişkin tazminat davalarında,
- Dava değeri 750 Avroya kadar olan uyuşmazlıklarda,

yargılama dışında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun uygulanması mecburidir.

Yukarıda sayılan durumlarda mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu olarak en fazla arabuluculuk yönteminin tercih edildiği bilinmektedir. Hakarete ilişkin tazminat davalarına örnek olarak; onur kırıcı, küçük düşürücü olaylar, komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara örnek olarak; evde gürültü yapılarak çevreye rahatsızlık verilmesi, araziye ağaç taşması, eşitlik ilkesine aykırılığa ilişkin tazminat davalarına örnek olarak ise; ev sahibinin sadece Alman vatandaşına evini kiralaması verilebilir.¹⁵⁰

1.1.4.2. Fransa

Avrupa Birliği'nin lokomotif üye ülkelerinden Fransa'nın hukuk sistemi içinde arabuluculuk, zorunlu veya gönüllü olmak üzere dava açılmadan önce başvurulabilecek bir yöntem olarak kabul edilmektedir.

Nitekim çıkarılan bir kararname gereğince ilk derece mahkemelerinin görevi kapsamındaki tüm uyuşmazlıklar için sulh hakimleri tarafından zorunlu olarak yargısal arabuluculuk faaliyetinde bulunulmaktaydı. Sonrasında bu husus Fransız Usul Kanunu'nda yapılan yasal düzenleme ile de hükme bağlanmıştır. Ancak iradilik prensibinin hâkim olduğu bu sistemde, arabuluculuk sıfatı ile yargılama makamında yer alan hakim sıfatının aynı kişide toplanmış olması, mahkeme dışı arabuluculuğun

¹⁵⁰ Muammer Erol, **Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 37.

gelişimine zemin hazırlamıştır.¹⁵¹

2008/52 sayılı Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi, Fransa'da 17 Mayıs 2011 tarih ve 2011-525 Sayılı Kanun (Ordonnance) uyarınca kabul edilmiştir. Medeni hukuk ve ticari hukuktan kaynaklanan belirli anlaşmazlık türlerinin arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi için geçerli olan genel bir rejim yaratılmıştır. Mevzuatta yer alan arabuluculuk tanımı, Direktifin tanımına çok yakındır. Buna göre, arabuluculuk, adından bağımsız olarak, iki veya daha fazla tarafın anlaşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmek için bir anlaşmaya varmaya çalıştıkları yapılandırılmış bir süreç olarak tanımlanmaktadır.

Gizlilik, Fransa'da arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Buna göre AB Arabuluculuk Direktifi'nde öngörülen aynı istisnalara tabi olan genel bir gizlilik ilkesi benimsenmiştir. Arabulucu tarafından yapılan herhangi bir gözlemin, tespitin ve arabuluculuk sırasında yapılan açıklamaların gizliliğinin mutlaka korunacağını ve bunların üçüncü şahıslara ifşa edilemeyeceğini, ileride mahkeme veya tahkim yargılaması esnasında ileri sürülemeyeceğini veya bunlardan delil üretilmeyeceğini, garanti altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca arabulucunun bir yargıç tarafından atandığı durumlarda, arabulucu, tarafların anlaşmaya varmış olup olmadıkları konusunda hâkim veya mahkemeyi de sürecin sonunda bilgilendirecektir.

Son yıllarda Fransa'daki hakimler, avukatlar ve şirketler arasında arabuluculuğun yararları konusunda farkındalık giderek gelişmektedir. Mahkemeler artan sıklıkta taraflara arabuluculuk önermekte ve güncel mevzuatın da tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik ettiği görülmektedir.

Fransa'da ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması

¹⁵¹ Sevim, **a.g.e.**, s. 72-73.

bulunmamaktadır. Fakat taraflar, bir anlaşmazlığın yetkili bir mahkemeye sevk edilmesinden önce arabuluculuk yapmak için zorunlu bir girişim sağlayan bir sözleşmeyi aralarında imza ve kabul ettiyse artık taraflar bu sözleşmeye uymak ve öncelikle arabuluculuk sürecini işletmek zorundadır. İlaveten, 18 Kasım 2016 tarih ve 2016-1547 Sayılı Kanun ile anlaşmazlık konusu miktarın 4.000 Avroyu geçmediği durumlarda, mahkemede dava açmadan önce taraflara dostane bir çözüm bulma yükümlülüğü yani uzlaşma girişiminde bulunma mecburiyeti getirilmiştir. 23 Mart 2019 tarih ve 2019-222 sayılı yeni yasa ile de bu tutar 5.000 Avro olarak güncellenmiştir.¹⁵²

Bu uzlaşma girişimi, sıklıkla bir arabuluculuk girişimi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Uzlaştırma girişimi, ayrı bir uzman tarafından veya hakimin kendisi tarafından da yönetilebilecektir. 5.000 Avroyu geçmeyen ihtilaflarla ilgili olarak mahkemeye gitmeden önce uzlaştırma yoluna başvurulmamış ise, hakim talebin reddine karar verebilecektir.

1.1.4.3. İsviçre

İsviçre'de federal düzeyde bir arabuluculuk kanunu mevcut olmamakla birlikte 20 Aralık 1968 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 17 Haziran 2005 tarihli Kanunun 33/b maddesinde ve 20 Haziran 2003 tarihli Gençlik Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde arabuluculuk ile ilgili düzenlemeler mevcuttur.¹⁵³

Kantonal düzeyde hukuki düzenlemelerin yer aldığı İsviçre'de, Cenevre, Glarus, Waadt, Neuenburg ve Zürih kantonlarında özellikle aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözülmesi kabul edilmiştir.

¹⁵² Commercial Mediation in France, Linklaters, 1 April 2020, s. 167.

¹⁵³ Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 62-63.

İsviçre Hukuku'nda yer alan bu yapı, uyuşmazlıkların mahkemeye başvurmadan alternatif bir yolla çözülebileceğini göstermektedir. 01.01.2011'de yürürlüğe giren Federal Medeni Usul Kanunu da bu bakış açısı ile, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü sağlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına değinmiştir. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki; her ne kadar İsviçre Federal Usul Kanunu'nda uzlaşma ve arabuluculuğa ilişkin hükümler öngörülmüş olsa da, bu konuda kanton hukuklarında yer alan çeşitli mesleki kuruluşların uzlaştırma yetkisi geçerliliğini kaybetmemiştir. Nitekim kanton hukuklarında uzlaşmaya dair yetkili bulunan çeşitli birlikler, odalar ve mesleki kuruluşların tarafların uyuşmazlıklarını çözme görevlerine devam edeceği hükme bağlanmıştır.¹⁵⁴ Tarafların rağbet gösterdiği arabuluculuk enstitüleri arasında Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC) ve Batı İsveç Ticaret ve Sanayi Odası (WSCCI) bulunmaktadır.

Taraflar arabuluculuk uygulamasını kendi isteklerine göre seçebilir ve yasal işlem başlatılmadan önce uyuşmazlığa ilişkin arabulucu atayabilirler. Bu şekilde tarafların isteğine bağlı olarak seçilen arabuluculuk uygulaması, Arabuluculuk Yasası (Mediation Law) çerçevesinde yürütülür. Ayrıca arabuluculuğun bir Arabuluculuk Enstitüsünün kuralları altında yürütüleceğini öngören ticari sözleşmelere de sıklıkla rastlanmaktadır. Hem SCC hem de WSCCI, tarafların arabuluculuk süreçlerini yönetmek için kabul etmeyi seçtikleri bir dizi kurala sahiptir.

Arabuluculuk Yasası, tarafların dava açıldıktan sonra arabuluculuk yapmaya karar verdikleri durumlarda geçerli değildir. Bu durumlarda, Medeni Usul Kanunu'nda belirtildiği gibi (Sw. Rättegångsbalken), mahkeme her iki tarafın rızası ile bir arabulucu atayabilir. Bu bağlamda, mahkeme dışı arabuluculuk ile yargıcın tarafların bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmak için mahkemede yaptığı arabuluculuk girişimleri arasında

¹⁵⁴ Sevim, **a.g.e.**, s. 83.

prosedür bakımından farklılıklar bulunmaktadır.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuk, taraflar aralarında imzaladıkları sözleşme ile ayrıca zorunlu kılmadıkça gönüllü olarak uygulanmaktadır.

Tüm bunlara ek olarak İsviçre'nin Cenevre kentinde kurulan ve 1994 yılından beri faaliyet gösteren WIPO (World Intellectual Property Organisation) yani Dünya Fikri ve Sınai Haklar Teşkilatı'na ait, Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi'nden bahsetmek gerekmektedir. Bu merkezin temel amacı arabuluculuk konusunda belirlediği ilke ve yöntemler ışığında, taraflar arasındaki ticari uyuşmazlıklar ile fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının mahkeme yargılamalarına alternatif çözüm yöntemleri ile sonuçlandırılmasıdır. Merkez tüm dünya ölçeğinde kendisine özgü arabuluculuk kurallarını uygulaması yönüyle büyük bir önem arz etmektedir.¹⁵⁵

1.1.4.4. İtalya

İtalya'da arabuluculuk konusundaki ilk çalışmaların 1990'lı yılların başında yapılmaya başlandığı bilinmektedir. Bu kapsamda İtalyan parlamentosunca 1991 yılında yapılan düzenleme ile; hakimler bazı uyuşmazlıklarda örneğin miktarı belirli tutarın altında kalan alacak davalarında aynı zamanda arabulucu olarak görev yapmaları konusunda yetkilendirilmişlerdir. Akabinde 1993 yılında çıkarılan 580 sayılı yasa ile ticaret odalarına arabuluculuk yetkisi verilmiş, hemen ardından 192 sayılı 1998 tarihli yasa ile de bazı uyuşmazlıkların çözümü için ticaret odaları nezdinde arabulucuya müracaat etme hususu zorunlu hale getirilmiştir. Öncü nitelikli bu çalışmaların İtalya'da yargısal manada bir reformun yapılmasını tetiklemiş olduğu ifade edilebilir. Nitekim daha evvel İtalya'nın adalet sistemi içerisinde bir davanın karar aşamasına ancak 3 yılda gelebilmesi, asliye mahkemelerinde görülen davaların ortalama 427 gün sürmesi, temyiz aşamasının ise 555

¹⁵⁵ a.g.e., s. 84-85.

gün devam etmesi söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, İtalya’da yargı sisteminin ağır işlemesi ve davaların oldukça uzun sürmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile İtalya’nın tazminat ödemeye mahkum edilmiş olması, ülkeyi alternatif çözüm metotlarının uygulanması noktasında daha da istekli ve reformist hale getirmiştir. İtalya’da hükümet öncelikle tüketicilere yetki veren, alt sözleşme yapmayı gerektiren ve dava açmadan önce arabuluculuğa gitmeyi öngören işçi-işveren uyuşmazlıkları ile ilgili üç konuda zorunlu arabuluculuk uygulamasına başlamıştır.¹⁵⁶

Arabuluculuk ile ilgili mevzuat çalışmaları kapsamında, 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunlu olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁷ İtalyan Barolar Birliği tarafından 2012 yılında, zorunlu arabuluculuk sistemine ücretli olarak başvurulması ve sistemin eşitliğe aykırı olması sebepleriyle anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nce, başvuru nedenlerinden bağımsız olarak hükümete verilen yetki yasasına dayanarak kanun hükmünde kararname ile düzenlenmiş olması gerekçesiyle 2012/272 sayılı kararla zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamasının durdurulmasına karar verilmiştir.¹⁵⁸ 2013 yılında zorunlu arabuluculuk modelinde değişiklik yapılmış ve bazı katalog davalar ile gönüllü başvuru hallerinin de dahil olduğu yeni bir model oluşturulmuştur. 20 Eylül 2013 tarihinden itibaren arabuluculuk bazı uyuşmazlıklarda yargı yolu öncesi zorunlu bir başvuru yolu olarak düzenlenmiştir. Getirilen değişikliklerle çeşitli uyuşmazlıklarda zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir. Bunlardan biri, taraflar arasındaki sözleşmede veya ilgili kanunda arabuluculuğa dair bir hükmün bulunması halinde yapılan başvurudur. Bir diğeri, hakimin yargılama esnasında karar vererek

¹⁵⁶ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 812.

¹⁵⁷ **a.g.e.**, s. 85.

¹⁵⁸ Betül Azaklı Arslan, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara, 2018, s. 92.

tarafları zorunlu olarak arabuluculuğa yönlendirmesidir. Son olarak ise katalog davalarda zorunlu olarak başvuru arabuluculuk yoludur.¹⁵⁹ Arabuluculuğun zorunlu olduğu uyuşmazlıklar; taşınmazlara ilişkin davaları, iştirak halinde taşınmaz mülkiyeti davalarını, aile içi şirket anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıkları, malvarlığının paylaşılmasına ve mirasa ilişkin davaları, taşınmaz kiralari ve ticari kiraya ilişkin davaları, malpraktis davalarını, hakaret davalarını ve son olarak sigortacılık sözleşmelerini, bankacılık sözleşmelerini ve finansal kiralama sözleşmelerini kapsamaktadır.

Zorunlu arabuluculuk usulleri dışında, tarafların yasal temsilcilerinin de sürece katılımı İtalyan Barolar Birliği tarafından şiddetle tavsiye edildiği için, tarafların arabuluculuk sürecinde yasal olarak temsil edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Arabuluculuk talebinde bulunulduktan sonra, arabuluculuk işlemlerinin üç aylık bir süre içinde tamamlanması gerekmektedir. Arabulucunun, tarafların anlaşmaya varmalarına yardımcı olmak için elinden geleni yapmasına rağmen, şayet bir anlaşmaya varılamazsa arabulucu resen veya taraflar arabulucudan talep ederse, bir çözüm önerisi hazırlayabilir. Bu durumda tarafların, arabulucunun önerisini kabul edip etmemeye karar vermek için yedi günleri vardır.

İtalyan yargılama sisteminde genel kural davayı kaybeden tarafın, kazanan tarafın yargılama giderlerini ödemesidir. Ancak, yargıcın kararı arabulucunun önerisiyle fiilen aynıysa ve kazanan taraf daha evvel arabuluculuk sürecinde bu öneriyi kabul etmemişse, kaybeden tarafın masraflarını ödemek zorunda kalabilir. Yargıcın kararı arabulucunun önerisine tam olarak uymasa bile, hakimin bu yaklaşımı belirleme konusunda takdir

¹⁵⁹ Leonardo D'urso, "Italy's Required Initial Mediation Session: Bridging The Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation", **Alternatives To The High Cost of Litigation**, 2018, C.36, S.4, s. 1.

yetkisi bulunmaktadır.

İtalya uygulamasında arabuluculuk süreci gizlidir. İzin verilmedikçe, arabulucular taraflara yapılan özel ve ayrı oturumlarda açıklanan herhangi bir bilgiyi taraflardan herhangi birine açıklayamaz. Arabuluculuk başarısız olursa, süreç boyunca alınan tüm bilgiler gizli kabul edilecek ve sonraki çekişmeli yargılamalar esnasında taraflarca kullanılamayacaktır. Ayrıca arabuluculuk sırasında açıklanan bilgiler delil olarak kullanılamaz ve arabulucu herhangi bir adli merci önünde tanık olarak dinlenemez.

1.1.4.5. Belçika

Belçika'da arabuluculuğa ilişkin ilk olarak 2001 yılında aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüne dair Belçika Medeni Usul Kanun'unda bir düzenleme yapılmıştır. Başvuru sayısının artması ve zaman içinde uygulama sahasının genişlemesi sebebi ile bu kez 2005 yılında -Avrupa Birliği Direktifine uygun bir biçimde- aynı kanunda ayrı bir bölüm halinde düzenlemeye gidilmesi neticesinde arabuluculuk kurumsal bir niteliğe bürünmüştür. Belçika Medeni Usul Kanunu kapsamında, arabuluculuk iki başlık altında sınıflandırılmıştır. Bunlardan ilki gönüllü arabuluculuk, ikincisi ise mahkeme katımlı arabuluculuktur.

Gönüllü arabuluculukta taraflar henüz dava yoluna müracaat etmeden veya en geç dava aşamasında mutabık kalarak arabuluculuk metodunun uygulanmasını tercih edebileceklerdir. Mahkeme katımlı arabuluculukta ise uyuşmazlığın davaya dönüştüğü safhada, tarafların istemi ile arabuluculuk gündeme gelmektedir veya hâkimin inisiyatifi ile taraflara arabuluculuk teklif edilebilmektedir. Her iki arabuluculuk türünde de; akredite edilmiş arabulucuların sürece katılımı söz konusudur. Arabuluculuk süreci neticesinde imzalanan anlaşmaya ilam niteliği verilme imkânı bulunmaktadır. Ayrıca bu süreç boyunca zamanaşımı süreleri askıya alınmaktadır. Ancak her halükarda arabulucu

tarafarca veyahut onların yetkilendirdiği üçüncü bir şahıs tarafından belirlenecek olup, atanan arabulucunun herhangi bir aşamada taraflarca değiştirilmesi de mümkün bulunmaktadır.¹⁶⁰

Gönüllü arabuluculuk veya mahkeme katımlı arabuluculuk çerçevesinde taraflarca varılan mutabakat yetkili mahkeme tarafından onaylandıktan sonra, anlaşma nihai bir kararın gücüne ve etkisine sahiptir. Res judicata (kesin hüküm) ilkesine uygun olarak, taraflar arabuluculuk sürecinde uzlaşma sağlanan konularda daha fazlasını elde etmek için tekrar mahkemeye başvuramazlar.

Mahkemelerin arabuluculuk çerçevesinde de belirli yetkileri vardır. Taraflara arabuluculuk yapmaları ve arabulucunun atanmasıyla ilgili tavsiyelerde bulunulması ve arabuluculuk sürecinin denetlenmesi ve yönlendirilmeleri hakim yetkileri arasındadır. Bununla birlikte, çoğu durumda, mahkeme yalnızca tüm taraflar kabul ettiği takdirde destekleyici kararlar verebilecektir.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk uygulaması kural olarak bulunmamakla birlikte, sözleşme taraflarının, bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasından önce veya sonra arabulucuya başvurma zorunluluğu getirebilecekleri kabul edilmektedir¹⁶¹. Şayet böyle bir arabuluculuk şartı kararlaştırılmış ise, artık uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye değil zorunlu arabuluculuk sürecine başvurmak gerekmektedir.

1.1.4.6. Avusturya

Avusturya, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Zivilrechts-Mediations-Gesetz) ile Avrupa’da ayrıntılı olarak arabuluculuğu kanunlaştıran ilk ülke olmuştur. Bu kanunda arabuluculuk sürecinde arabulucunun yalnızca taraflar arasındaki

¹⁶⁰ Sevim, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁶¹ Commercial Mediation in Belgium, **Linklaters**, 2020, s. 89.

iletişimi sağlayan kişi olduğu belirtilmiş, uyuşmazlığın çözümlenmesi durumunda sonuçla ilgili sorumluluğun taraflarda olduğu vurgulanmıştır. Aynı yasada arabulucu olabilmek için; 28 yaşını doldurmuş olmak, uzmanlık bilgisine sahip olmak, güvenilir olmak, mesleki sorumluluk sigortası yaptırmış olmak şartları yer almaktadır.¹⁶² Bu düzenlemeye göre arabulucu uyuşmazlığın sonuçlandırılması için çözüm önerileri sunamaz. İhtilafın halline dair çözüm önerileri yalnızca taraflarca dile getirilebilecektir. Avusturya Hukuku'nda, arabuluculuk sürecinin işleyişi, arabuluculuk kurumunun yapısına uygun olarak tamamıyla tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflardan biri uyuşmazlığın arabulucuya götürülmesi konusunda diğerini zorlayamayacaktır. Taraflar, aralarındaki hukuki uyuşmazlığı kendi iradeleri ile doğrudan arabuluculuğa götürebilecekleri gibi, davanın açılmış olduğu mahkemenin teşvikiyle de arabuluculuğa başvurabileceklerdir.¹⁶³

Avusturya'nın arabuluculuk konusunda en kapsamlı yasal düzenlemeyi gerçekleştiren ilk Avrupa Birliği ülkesi olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda 2004 yılında Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu, Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi tasarısına uygun olarak kabul edilmiştir. Avusturya arabuluculuk mevzuatında, gönüllülük kavramı yargıç tarafından önerilen ve davanın askıya alınmasını gerektiren arabuluculuğu hariç tutmaktadır. Taraflardan biri mahkemenin arabuluculuğa gitme önerisini kabul etmediği takdirde bu reddin onun yargılama sürecindeki durumu üzerinde menfi bir tesiri olmayacaktır.¹⁶⁴

Avusturya uygulamasındaki bütün özel hukuk alanı ifadesi, asıl itibarı ile Türk hukukundan farklı olarak esası hakkında hukuk mahkemelerinin karar vermeye yetkili olduğu her türlü hukuk uyuşmazlığı anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle Avusturya

¹⁶² Sevim, **a.g.e.**, s. 66-67.

¹⁶³ Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁶⁴ Sevim, **a.g.e.**, s. 65-66.

hukukunda bizim hukukumuzun aksine sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular hakkında arabuluculuğun uygulanacağına dair bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak bununla birlikte Avusturya'da salt Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkisine giren anlaşmazlıkların arabuluculuğa konu edilebilmesi mümkündür. Konuya ilişkin serbesti alanına tezat oluşturan bu uygulamanın arabuluculuk metodunun uygulanmasına ve gelişimine olumsuz tesirde bulunabileceği gerekçesiyle, bu husus bir kısım Avusturyalı otoritelerce eleştirilmektedir.¹⁶⁵

Mayıs 2000'de düzenlenen Avusturya Beşinci Ulusal Arabuluculuk Konferansı'nda, Avusturya'da arabuluculuk veya arabuluculuk benzeri süreçlerle ilgili 104 yeni mevzuat tanımlanmış olduğu, bunların çoğunlukla son on yılda ortaya çıkmış olduğu ve sayının artmaya devam ettiği vurgulanmıştır. Bu mevzuatın bir kısmı yargılama aşaması başladıktan sonra mahkemenin arabuluculuğa teşviki hakkında olsa da, çoğunlukla, yargılama sürecini başlatmadan evvel belirli uyuşmazlık türlerinde öncelikle arabuluculuğun önerilmesiyle ilgilidir. Bu tür mevzuatın kapsadığı alanlar; göç, işçi-işveren ilişkileri, sağlık, telekomünikasyon, posta hizmetleri, çevre koruma, şeker endüstrisi, ticari kiralar ve diğer birçok alandır. Örneğin, 1991 tarihli Kooperatif ve Toplu Konut Yasası uyarınca ortaya çıkan ihtilafların, ilk önce arabuluculuk yoluyla çözülmesi için gerçek bir girişimde bulunulması halinde yargı mercii tarafından işleme alınacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde, 1994 tarihli Çiftlik Borçları Arabuluculuk Yasası, çiftlik ipoteği kapsamında, alacaklıya çiftçiye karşı icra davası açmadan önce arabuluculuk seçeneğine başvurma zorunluluğu getirilmiştir.¹⁶⁶ Her iki örnekte de Türkiye uygulamasına benzer şekilde arabuluculuk dava şartı olarak benimsenmiştir.

¹⁶⁵ **a.g.e.**, s.66-67.

¹⁶⁶ Alexander Nadja, "What's Law Got to Do with It-Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions" **Bond L. Rev.** 13 (2001), s. 12.

1.1.4.7. Hollanda

Arabuluculuk uygulaması ile ilgili olarak Hollanda, diğer AB ülkelerinden farklı bir biçimde; tarafların gönüllü başvurduğu arabuluculuk dışında, "mahkemeler tarafından teşvik edilen arabuluculuğun gerçekten işleyip işlemeyeceği" konusunda inceleme ve araştırma safahatından sonra yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir.¹⁶⁷

Hollanda Bilimsel Araştırma ve Belgeleme Merkezi'nin (Wtenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum WODC) 1999 yılında başlattığı çalışmalar sonucunda 2003 yılında düzenlenen arabuluculuk raporu, Hollanda'daki arabuluculuğun ilk adımları olarak değerlendirilmektedir.

Raporda; uyuşmazlığın taraflarını mahkemeye başvurmadan önce veya yargılama esnasında gönüllülük kaydıyla arabuluculuğa yönlendirmenin mümkün olduğuna dair tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır. Hollanda'da arabuluculuk, iki farklı yöntemle gelişmiştir. Bunlardan biri mahkemeye başvuru öncesi gönüllü arabuluculuk, diğeri ise yargılama sırasında ancak karardan önce mahkeme bağlantılı arabuluculuk şeklindedir. Hollanda'da 2005 yılından itibaren arabuluculuk yönlendirmeleri yapılmaya başlanmış, 2007 yılında ise mahkemelerin kendi inisiyatiflerine göre uygun buldukları davalar bakımından tarafları arabuluculuğa yönlendirebilmeleri şeklinde yayılmıştır.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk sürecinde arabuluculuk idari ofislerinin yetkililerince arabuluculuk seçeneği taraflara yazılı olarak veya yargılama esnasında hakim tarafından sözlü olarak bildirilir. Mahkeme ile taraflar arabuluculuk sürecine ilişkin iş ve işlemleri birlikte yürütürler. Bu işlemler, tarafların süreçle ilgili bilgilendirilmeleri ile

¹⁶⁹ Sevim, **a.g.e.**, s. 92.

başlamaktadır. Akabinde arabulucu seçilmekte olup, iki haftalık süre içerisinde ilk arabuluculuk toplantısının düzenlenmesi ile devam eden kolaylaştırıcı işlemler gerçekleştirilmektedir.¹⁶⁸ Genel olarak Hollanda'da uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulması için taraflar üzerinde herhangi bir yasal yükümlülük yoktur. Bu nedenle arabuluculuğun prensip itibarıyla gönüllü olarak uygulandığı kabul edilmektedir.

Tüm bunlara ilaveten Hollanda'da vatandaşlara, arabuluculuğu teşvik gayesiyle adli yardım kapsamında fiili ihtilafları çözmek üzere "Adaletin Yol Haritası" olarak adlandırılan çevrimiçi destek hizmeti verildiği belirtilmelidir. Tilburg Üniversitesi ile yakın işbirliği içerisinde Adli Yardım Kurulu tarafından geliştirilen bu çevrimiçi uygulama, bir dizi seçeneğe dayanarak, ihtilafın çözümüne yönelik yol haritasını göstermektedir. Yazılım konut, iş, aile, tüketici ve idare hukuku alanlarını kapsamaktadır. Bu çerçevede kullanıcıları, hukuki ihtilafları mahkemeye başvurmadan kendi aralarında çözmeleri için teşvik etmeyi amaçlayan arabuluculuk çevrimiçi uygulaması da sanal ortama eklenmiştir.¹⁶⁹ Muhatap olduğu uyuşmazlığın muhtemel bir yargılama sonucu nasıl sonuçlanabileceğini yazılım yardımıyla görme fırsatı bulan taraflar arabulucunun da yardımıyla aralarında daha kolay anlaşma zemini bulmaktadırlar.

2. Diğer Ülkelerdeki Ticari Arabuluculuk Uygulamaları

2.1. Amerika Birleşik Devletleri

Arabuluculuk yöntemi, Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk uygulanan ve en sık başvuru alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup, otuzbeşten fazla eyalette mahkemeler arabuluculuğu önermekte ve uyuşmazlığın taraflarını teşvik ederek hatta

¹⁶⁸ Erol, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁶⁹ Sevim, **a.g.e.**, s. 92.

kısmen zorlayarak tarafları aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere arabuluculuğa yönlendirmektedirler.

1976'da gerçekleştirilen Roscoe Pound Konferansı alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu konferansta, mahkemelerin sadece yargılama yerleri olmak yanında bazı uyuşmazlıklar için uygun çözüm usullerinin yönetilebileceği yerler olması fikri benimsenmiş, pilot programlarla arabuluculuk ve tahkimin uygulanmasının kamu kaynakları ile desteklenmesi ve çok seçenekli mahkeme teşkilatının yapılandırılması tavsiye ve teşvik edilmiştir.

1990 yılında Birleşik Devletler Kongresi tarafından kabul edilen Medeni Yargı Reform Kanunu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının federal bölge mahkemelerindeki yasal dayanağıdır. Federal Yargılama Kanunu'nun 651-658. maddelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açıklanmış ve hukuk davalarının tamamında arabuluculuk başta olmak üzere diğer alternatif çözüm yollarını kullanma konusunda federal bölge mahkemeleri yetkilendirilmiş ve mahkeme katılımlı arabuluculuk yeni bir usul olarak düzenlenmiştir. Bu Kanunun uygulanması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını yaygınlaştırmış ve mahkeme kökenli arabuluculuğun gelişmesini sağlamıştır.¹⁷⁰

Amerikan hukuk düşüncesinin genel yaklaşımında, kara Avrupasına göre teoriden çok uygulamanın gereklilikleri etkili olmakta, zamana ve şartlara uygun pratik çözümler ön plana çıkmaktadır. Yenilikçi ve değişken bu anlayışın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açısından yansması; mahkeme yargılamasına alternatiflerin oluşabilmesi için yasal altyapı ile ilgili şartların hazırlanması ve adalete erişme kaygısının teorik arayışların ve uygunluk değerlendirmelerinin önüne geçmesidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde

¹⁷⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 29-30.

Federal Hükümet, süreç içerisinde arabuluculuk merkezleri gibi maddi kazanç amacı gütmeyen hizmet veren semt adalet merkezlerini kurmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde hemen her alanda ve her konuda ortaya çıkan uyuşmazlıklar yargıya taşınmadan arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmekle birlikte, bu merkezler özellikle kiracı-ev sahibi, polis-vatandaş, aile bireyleri ve komşular arasındaki anlaşmazlıkların giderilmesine hizmet etmektedir.¹⁷¹

Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk da dahil olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözümünü destekleyen güçlü bir kamu politikası bulunmaktadır. Arabuluculuk süreci esasen karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüme ulaşmak için taraflar arasında yapılan kolaylaştırılmış bir müzakeredir. Mahkemeler nezdindeki uyuşmazlıkların yargılama yerine arabuluculuğa yönlendirilerek çözümlenmesine dair uygulama yaygın olmakla birlikte şayet taraflar önceden arabuluculuk şartı kararlaştırmamış ise, arabuluculuk uygulaması gönüllülük esasına dayanmaktadır. Mahkemeler ayrıca tarafları arabuluculuk yapmaya teşvik ederek arabuluculuğu destekleyebilmektedir. Arabuluculuk süreci gizli yürütülmekte ve görüşmeler sonucunda varılan anlaşma doğrudan taraflarca uygulanmaktadır. Arabuluculuk sırasında yapılan beyanlar da dahil olmak üzere uzlaşma görüşmeleri, ileride mahkemede gerçekleştirilecek yargılamada delil olarak kabul edilemeyecektir. Taraflardan her biri sürecin her aşamasında arabuluculuktan çekilme ve yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Ancak ülkemizdeki uygulamaya benzer şekilde taraflardan biri arabuluculuk sürecine kasten iştirak etmezse arabuluculuk masraflarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Her eyaletin arabuluculukla ilgili müstakil kuralları veya yönergeleri olsa da, Amerika Birleşik Devletleri'nde arabulucular için genel bir düzenleyici kurum bulunmamaktadır. 1979 yılında kurulan Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) ve 1926'da

¹⁷¹ a.g.e., s. 28.

kurulan American Arbitration Association (AAA), Alternative Dispute Resolution (ADR) gibi arabuluculuk kuruluşları, arabulucular için gerekli mesleki deneyim ve lisansları, arabuluculuk becerilerindeki eğitim süresi veya devam eden eğitim gereksinimleri dahil asgari nitelikleri belirlemektedir. Arabulucuların çoğu avukat veya eski yargıçtır. Ancak arabulucuların başka mesleki geçmişleri veya uzmanlıkları da olabilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk uygulaması genel olarak gönüllü olduğundan, arabuluculuk sürecini başlatmak için iki tarafın da bu hususu kabul etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte taraflar aralarında bir uyuşmazlığın çıkması halinde arabulucuya başvurulması konusunda önceden sözleşmeye hüküm konmasını kabul etmişlerse artık bu durumda taraflar sözleşmede yer alan arabuluculuk şartı ile bağlıdır.

Bununla birlikte zorunlu arabuluculuk kurallarının uygulandığı bazı eyaletler de bulunmaktadır.

Delaware eyaleti, “İhtiyari Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu” (Voluntary Alternative Dispute Resolution Act) olarak bilinen kendine özgü bir kanuna sahip bulunmaktadır.¹⁷² Ancak burada mevzuat, diğer eyaletlerde uygulanmakta olan arabuluculuk programlarından önemli ölçüde ayrılmaktadır. Çünkü Delaware’de, tarafların mahkemeye müracaat etmeden önce aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk usulüne başvurmaları gerekmektedir.¹⁷³ Bu bağlamda söz konusu düzenleme 100.000 ABD Doları veya daha fazla tutardaki talebi içeren davalarda, uyuşmazlığın taraflarını dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorlamaktadır.¹⁷⁴

¹⁷² Edward M. McNally, Barbara MacDonald, “The New Delaware”, **Del. Journal Corp. Law**, 1996, Vol.2 1, 7- 102, s. 8; Vanessa Mitchell, “Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?”, **Ky.L.Journal**, 1998-1999, Vol.87, 463-487, s. 471.

¹⁷³ McNally, MacDonald, **a.g.e.**, s. 87.

¹⁷⁴ McNally, MacDonald, **a.g.e.**, s. 95. ; Mitchell, **a.g.e.**, s. 479. ; Streeter-Schaefer, **a.g.e.**, s. 376.

Kısmen ülkemizdeki dava şartına benzer bu kural aynı zamanda, daha fazla ve yüksek masrafla sonuçlanan arabuluculuk oturumlarına, tarafların hazırlıklı olarak gelmelerini de gerektirmektedir. Delaware eyaletinde arabuluculuk sürecinde; tarafların oturum sırasında kullanmak istedikleri bir delil hakkında çapraz sorgulama yapabilmelerine ve hatta tanık dinletebilmelerine de izin verilmektedir.¹⁷⁵

Montana’da aile içi ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, para alacaklarından doğan ihtilaflar ve işçilerin tazminat alacaklarını içeren bütün hukuki uyuşmazlıklarda öncelikle arabuluculuk sürecinin işletilmesi zorunludur. Ancak bu eyalette arabuluculukta zaman sınırı bulunmaktadır. Tarafların ve arabulucunun başvuru tarihinden itibaren yetmiş beş gün içinde arabuluculuk faaliyetini tamamlamaları gerekmektedir. Ayrıca uyuşmazlığın taraflarına belirli bir süre içinde arabulucu seçme imkânı verilmektedir. Şayet taraflarca bu süre içinde bir arabulucu seçilememiş ise, bu durumda mahkeme, taraflar için resen arabulucu tayin etme yetkisine sahiptir.¹⁷⁶

Eyaletlerin bazılarında ise boşanma davalarının sayısı arttıkça, eşler arasında ortaya çıkan velayet uyuşmazlıkları için arabuluculuk usulünden fayda sağlanması gündeme gelmiştir. Aile arabuluculuğu uygulamasının geliştirilmesi birçok politikacı tarafından teşvik edilmiştir. Ancak çok sayıda davacı arabuluculuk sürecine gönüllü olarak katılmadığı için sadece bazı eyaletlerde aile hukukunda arabuluculuğa başvuruyu zorunlu hale getiren yasal düzenlemeleri kabul edilmiştir. Bu uygulamayı 1980 yılında ilk uygulayan Connecticut ve Massachusetts eyaletleri olmuştur. Bunu 1981 yılında takip eden bir diğer eyalet ise California olmuştur. Özellikle velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk

¹⁷⁵ Mitchell, **a.g.e.**, s. 480; Streeter-Schaefer, **a.g.e.**, s. 376.

¹⁷⁶ Streeter- Schaefer, **a.g.e.**, s. 377.

modelinin uygulanması, dava ile mukayese edildiğinde başta çocuklar olmak üzere aile bireyleri için daha az kaygı verici ve travmatik bir deneyim sağlamaktadır. Aynı zamanda velayet anlaşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, ebeveynlerin bir çözüme ulaşmak için uzlaşma ve işbirliği yapmalarını da sağlamaktadır.¹⁷⁷

Amerika Birleşik Devletleri'nde en çok ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulmakta, ikinci olarak ise aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk tercih edilmektedir. Güncel olarak Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tüm temyiz mahkemelerinde resmi arabuluculuk programları bulunmaktadır. Çoğu kadrolu bir kısmı da gönüllü olmak üzere, arabulucular istihdam edilmektedirler. Arabulucuya gidildiğinde anlaşma oranlarının yüzde 30 ile yüzde 70 arasında olduğu istatistiki olarak belirlenmiştir¹⁷⁸.

2.2. İngiltere

İngiltere'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve özellikle arabuluculuğa yönelik Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişmelerden sonra olmuştur. İngiltere'de hukuk sisteminin köklü ve geleneksel oluşunun etkisi altında, devletin yargısal anlamda otorite zaafiyetine uğrayacağı yönündeki genel kanaat ve endişe sebebiyle ilk etapta arabuluculuğa karşı çıkılmıştır. Ancak süreç içerisinde bu yöndeki anlayıştaki değişimin etkisiyle, 1970'li yıllarda finansal anlamda gelir elde etme amacını taşımayan özel kuruluşlar eliyle arabuluculuk faaliyetleri İngiltere'de yürütülmeye başlanmıştır. Arabuluculuğa ilişkin ilk örnekler 1970'li yıllarda görülmekle birlikte, mevzuat anlamında arabuluculuğu düzenlemeye dönük ciddi çalışmalar 1990'lı yıllardan itibaren yapılabilmektedir.¹⁷⁹ Arabuluculuk uygulamalarının yaygın olmasına rağmen

¹⁷⁷ Streeter-Schaefer, **a.g.e.**, s. 378.

¹⁷⁸ Dür, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁷⁹ Erol, **a.g.e.**, s. 31.

arabuluculuğun somutlaşması ve kurumsal alt yapıya kavuşması yönündeki yasama çalışmalarının, uygulamayla bağdaşmaz bir şekilde ancak 1990'larda yapılabildiği görülmektedir.¹⁸⁰

İngiliz hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (alternative dispute resolution) Normal yargılama prosedürü dışında uyuşmazlıkları çözen yöntemlerin müşterek adıdır. Arabuluculuk (mediation) ise uyuşmazlıkların özel eğitim almış tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla müzakere edildiği ve tarafların karşılıklı bir anlaşmaya vararak bunu yazılı hale getirmeleri ile sonuçlanan süreç olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan İngiltere'de uzlaştırma (conciliation) kavramı da bir arabuluculuk fonksiyonunu ifade ettiğinden arabuluculuk (mediation) ile aynı anlamda kullanılmaktadır.¹⁸¹

İngiltere'de gönüllülük ilkesi üzerine inşa edilen arabuluculuk metodik olarak pek tercih edilmemekle birlikte; tarafların, henüz uyuşmazlık ortaya çıkmadan, meydana gelmesi olası anlaşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesini kararlaştırmaları ihtimal dahilindedir. Tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce arabulucunun kimliği, arabuluculuk uygulamasının yeri ve süresi ile diğer hususları belirledikleri bir ön protokol yapmaları veya aralarındaki sözleşmeye bu yönde düzenleme eklemeleri daha sık karşılaşılan bir yöntemdir.¹⁸²

İngiltere'de, arabuluculuğun ve faydalarının farkında olan hükümetler ve hâkimler tarafları arabuluculuğa teşvik etmeye ve arabuluculuk uygulamasına yaygınlık kazandırmaya özen göstermektedirler. En sık rastlanılan durum, hâkimlerin yargılama esnasında arabuluculuk yoluna başvurmaları için taraflara tavsiyede bulunmaları ve arabulucuların arabuluculuk faaliyetleri için mahkeme binalarını kullanabilmeleridir. İngiltere genelinde

¹⁸⁰ Sevim, **a.g.e.**, s. 77.

¹⁸¹ **a.g.e.**, s. 79.

¹⁸² **a.g.e.**, s. 82.

ve yerelde mahkeme bağlantılı arabuluculuk programları ile Leeds Birleşik Mahkeme Merkezi Programı, Londra Merkez İlçe Yerel Mahkemesi Arabuluculuk Programı, Exeter Küçük Alacaklılar Programı ve her yerel mahkeme bölgesinde miktarı 5.000 Pound'un altında kalan alacaklar için öncelikle bir arabulucunun görevlendirildiği, “miktarı küçük alacaklar için arabuluculuk servisleri” kurulmuştur. Ticari uyuşmazlıklar için uzman hâkimlerden oluşan bir yüksek mahkeme olan Ticaret Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi de 1996 yılından itibaren arabuluculuk programlarını uygulamaktadır.¹⁸³

Güncel olarak, İngiltere’de çoğunlukla medeni hukuktan kaynaklanan ihtilaflar ve ticari uyuşmazlıklar mahkeme dışı anlaşmalarla sona ermektedir. Hatta bu alandaki ihtilafların hâlli için dava açılan uyuşmazlıklar bile yüzde 85 oranında daha sonra tarafların arabuluculuk yoluyla anlaşması ile sona ermektedir. Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi Medeni Usul Kanunu’nun (Civil Procedure Rules CPR) 36. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, taraflar davanın başında birbirlerine anlaşma önermekte, önerinin karşı tarafça kabul edilmemesine ise bazı hukuki sonuçlar bağlanmakta, anlaşmayı kabul etmeyen taraf, daha sonra yargılama gideri bakımından ağırlaşmış bir sonuçla karşılaşmaktadır. Arabuluculuğun dava şartı olması için, taraflar arasındaki sözleşmenin alternatif uyuşmazlık çözümü yollarına başvurulması yönünde bir yükümlülük taşınması ve bu yükümlülüğün mahkeme nezdinde dava açılması veya tahkime başvurulması için bir önkoşul olarak ifade edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁴

BREXIT (Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği’nden ayrılması) sürecinin İngiltere’deki arabuluculuk uygulamalarına yansımaları değerlendirecek olursak, Avrupa Birliği Direktifi uygulaması gerçekleştirilirken Adalet Bakanlığı, İngiltere’deki yasa ve

¹⁸³ Erol, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁸⁴ Hikmet Bilgin, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, Hukuk Gündemi II, 2009/2, s.9-21, s. 11.

uygulamanın halihazırda Avrupa Birliği Direktifi hükümlerine büyük ölçüde uygun olduğunu değerlendirmiştir. Direktifin yalnızca iki özel yönü (gizlilik ve sınır ötesi arabuluculuklar için zaman aşımı süresinin uzatılmasıyla ilgili) ek mevzuat gerektirmiştir. Bunlar, 20 Mayıs 2011'de yürürlüğe giren Sınır Ötesi Arabuluculuk Yönetmelikleri 2011 (2011 Yönetmelikleri) ve CPR Bölüm 78'deki ilgili değişikliklerle uygulamaya kazandırılmıştır.

Avrupa Birliği Direktifinin uygulanmasını “Sınır Ötesi Arabuluculuk Düzenlemeleri 2019” şeklinde tadil eden mevzuat, Birleşik Krallık 31 Ocak 2020 tarihinde Avrupa Birliği üyeliğini resmen terk ettiğinde yürürlüğe girmiştir. Gizlilikle ilgili ve sınır ötesi arabuluculuklar için zaman aşımı süresinin uzatılması bakımından 31 Ocak 2020'den sonra başlatılan arabuluculuk uygulamalarının, Birleşik Krallık'taki yerel arabuluculuk kurallarına tabi olacağı kabul edilmiştir.

2.3. Avustralya

Avustralya'da zorunlu arabuluculuk programlarının uygulanması, özellikle İngiltere ile mukayese edildiğinde, ki bu iki ülke arasında hukuk gelenekleri arasında birlik olmasına rağmen, farklı şekilde gelişme göstermiştir. Zira, Avustralya uygulaması üzerinde dış faktörlerin etkisi daha az olmuştur. Bununla beraber, eyaletten eyalete farklı yasal düzenlemelerin olması ve mahkemelerin girişimlerinin büyük ölçüde değişiklik göstermesi, federal sisteminin bir tezahürü olarak ifade edilmektedir. Avustralya hukuk sisteminde özellikle avukatlar arasında arabuluculuk sistemine oldukça geniş bir destek verilmekte olup, bu alandaki çalışmalar için oldukça önemli dayanak sağlamaktadır.

Nitekim Avustralya bu alanda çok sayıda başarılı zorunlu arabuluculuk deneyimlerine sahip bir ülkedir.¹⁸⁵

Avustralya’da 1980’li yılların başlarında, belirli uyuşmazlık konularında isteğe bağlı arabuluculuk hizmetlerini sağlamak için, New South Wales eyaletinde Topluluk Adalet Merkezleri (Community Justice Centres) kurulmuştur. Bu program, vaat ettiği sonuçları gösterdikten sonra 1983 yılında daimi hale getirilmiştir. O zamandan bu yana arabuluculuk hizmetleri sunan kuruluşların sayısında önemli ölçüde artış kaydedilmiş ve Avustralya zorunlu arabuluculuk programlarının kurulmasında ön sırada yer almıştır.

Avustralya’da arabuluculuk yöntemleri iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; özel arabuluculuk ve mahkeme bağlantılı arabuluculuktur. Avustralya mahkemeleri, taraflar önceden aralarında arabuluculuk yoluna başvurmaya kabul etmemiş olsa bile, tarafları öncelikle arabuluculuğa yönlendirme yetkisine sahiptir. Özel arabuluculuk yoluna yargılama öncesi bir yöntem olarak başvurulur. Genellikle arabulucular taraflarca sözleşme ile seçilmektedir. Bununla birlikte mahkemece de uyuşmazlığı çözmek üzere uyuşmazlığın niteliğine uygun bir arabulucu tayin edilebilecektir. Şayet taraflar aralarında uzlaşma sağlayamazlarsa, hakim veya bağımsız kurum tarafından arabulucu seçilerek atanabilecektir. Genellikle uyuşmazlık konusu ile ilgili özel bir uzmanlığı olan emekli hakimler, kıdemli avukatlar veya diğer uzman bilirkişiler arabuluculuk sürecini yürütmektedirler. Tarafların durumlarını özetleyen yazılı raporları arabuluculuk başlamadan önce birbirlerine teslim etmeleri yaygın bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk süreci sıklıkla arabuluculuk merkezlerinin kurallarına yapılan atıflar çerçevesinde yürütülürken, tarafların uyuşmazlık hakkındaki temel görüş ve

¹⁸⁵ Hanks, **a.g.e.**, s. 944; Özbek, **a.g.e.**, s. 342.

beklentilerini ortaya koydukları süreçte arabulucunun davanın esası hakkında görüş vermesi beklenmemektedir.¹⁸⁶

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta ise genellikle mahkeme yazı işleri görevlileri veya uzman arabulucular süreci yürütmek üzere arabulucu olabilmektedir. Tarafları bağlayan bir arabuluculuk yöntemi belirlenmediyse genel uygulama, arabulucunun taraflarla yapacağı bağımsız görüşmeler ve tüm tarafların birlikte katıldığı görüşmelerden oluşan bir sürecin işletilmesidir.

Tarım borçları kanunu, avukatlık kanunu gibi bazı kanunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kategorik olarak zorunlu arabuluculuk uygulanmaktadır. Avustralya Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi'nin arabuluculuk kuralları yaygın olarak kullanılmakta olup en iyi uygulamaların ışığında yapılan güncellemeler de kısa süre içerisinde gerek kurallara gerekse uygulamaya yansıtılmaktadır.

2.4. Japonya

Japonya'da arabuluculuğun, alternatif uyuşmazlık çözümü kapsamında süreç içerisinde Konfüçyüs'ün ahlaki değerleri ve öğretilerinden hareketle, büyük ölçüde Çin kültürünün etkisi altında kaldığını görmek mümkündür. Bununla birlikte Japonya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Hong Kong'dan daha farklı toplumsal ve siyasal olaylar yaşadığından, bu ülkede arabuluculuk anlayışı, Çin Halk Cumhuriyeti'nin ideolojik arabuluculuk yaklaşımlarından ve Hong Kong'un İngiliz hukuk sistemini kabul ettiği örf ve adet hukuku (common law) etkisi altında cereyan eden arabuluculuk yöntemlerinden ayrı bir seyir takip etmiştir. Japonya, Tokugawa döneminden Meiji dönemine ve Meiji döneminden İkinci Dünya Savaşına ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında günümüze kadar

¹⁸⁶ Özsumcu, **a.g.e.**, s. 812.

gelen süreçte benimsediği arabuluculuk yöntemleriyle kademe kademe çok önemli gelişmeler kaydetmiştir. Japonya son yıllarda gerçekleştirdiği adalet sisteminde reform çalışmalarıyla, geleneksel adalet sisteminin aksayan yönlerini revize etmeye gayret etmektedir. Japonların kültürel tercihlerinin sonucu olarak ortaya çıkan ve dava açmaktan kaçınmaya yönelik toplumsal yaklaşımları artık neredeyse herkes tarafından bilinmektedir. Japonların, diğer gelişmiş endüstriyel toplumların vatandaşlarından daha az oranda dava açmaları, bazı bilim adamları tarafından kökeninde Konfüçyüs'ün ahlaki öğretilerine dayalı kültürel değerleriyle açıklanmaktadır. Japonya, ırk, dil, din, yönetim ve kültür bakımından Batılı ülkelerle mukayese edildiğinde daha homojen bir toplumdan oluşmaktadır. Japonlar, toplumsal olarak örf ve adetlerle hareket etmeyi ve ortak kültürlerini derin bir şekilde hissederek paylaşmayı tercih ettikleri için uyuşmazlıkları da arabuluculuk başta olmak üzere mahkeme dışı yöntemlerle çözmeyi benimsemektedirler.¹⁸⁷

Alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının günümüzdeki manasıyla öğrenilmesi 1980'li yılların başında üniversitelerin müfredatında, özellikle hukuk sosyolojisi ve uyuşmazlık çözümü üzerine eğitimler verilmesi ile başlamıştır. Başlangıçta alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, Japon hukuk eğitiminde önemsiz bir konu olarak ele alınmıştır. Fakat bu anlayış, 1990'lı yıllardan itibaren ticari ilişkilerin giderek gelişmesi ve gerçekleştirilen hukuk reformları sayesinde değişim göstermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukuk fakülteleri için, başlangıçta model eğitim olarak öngörüldüğünde, medeni yargılama kanununda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin tek bir madde olarak yer almakta iken, bugün Japonya'da yakın zamanlarda

¹⁸⁷ Özsumcu, **a.g.e.**, s. 389.

gerçekleştirilen hukuk reformu sayesinde, alternatif uyuşmazlık çözümü hukuk eğitiminde, değişimin prizması olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁸⁸

Japonya’da dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk uygulaması ise belirli ihtilaflar bakımından uygulanmaktadır. Bunlar; arazi ve ev kirası, evlilik, boşanma, velayet ve evlat edinme ile ilgili uyuşmazlıklardır. Taraflar sayılan bu uyuşmazlıklara ilişkin olarak, arabuluculuğa başvurmadan doğrudan yargı yoluna başvurlarsa, mahkeme öncelikle tarafları arabulucuya yönlendirecektir. Kural olarak arabulucu sürecini işletmek için iki tarafın rızası gerekir. Bununla birlikte mahkeme uygun gördüğü takdirde, tarafların rızası olmasa dahi medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda görülmekte olan davayı arabulucuya devretme yetkisine sahiptir.

Ayrıca tarafların kendi aralarında düzenlemiş olduğu arabuluculuk şartı içeren sözleşmeler tarafları mutlak şekilde bağlayacak, arabulucuya başvurmak artık dava şartı olarak kabul edilecektir. Nitekin son yıllarda ticari alanda akdedilen sözleşmelerde detaylı şekilde arabuluculuk şartı yer almakta ve taraflarca ileride çıkması muhtemel uyuşmazlığın arabulucu nezdinde çözülmesi en baştan mutabakatla belirlenmektedir.

2.5. Endonezya

Endonezya’da, alternatif uyuşmazlık çözümüne tabi olan uyuşmazlıklar ve davaya konu olan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak yasal düzenleme bulunmaktadır. Davaya konu olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunludur ve bu zorunluluk sınırlı istisnalara tabidir.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne tabi uyuşmazlıklarda ise arabuluculuk imkânı da yasal olarak seçimlik hak şeklinde sağlanmıştır ve arabuluculuk bu yollar içerisinde isteğe bağlı olarak taraflarca tercih edilebilir. Alternatif uyuşmazlık çözümüne tabi uyuşmazlıklar

¹⁸⁸ Seda Özümücü, **Uzak Doğuda Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış**, 2. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 70.

bakımından, 1999 tarihli ve 30 sayılı Tahkim ve Uyuşmazlık Çözümü Yasası'nda, üçüncü taraf müdahalesi ile aşamalı bir arabuluculuk süreci düzenlenmektedir. Yasaya göre arabuluculuk süreci 30 gün içinde tamamlanmalıdır. Bu süre ancak tarafların anlaşması ile maksimum 30 gün daha uzatılabilmektedir. Arabuluculuk süresinin daha fazla uzatılması, ancak süreci denetleyen hakimin onayı ile mümkün olabilmektedir. Ayrıca ilgili kanunun 6. maddesinde anlaşmazlıkların veya fikir ayrılıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesi çabalarının gizlilik içinde yürütüleceği düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar aksini talep etmedikçe arabuluculuk süreci gizlidir.¹⁸⁹

Alternatif uyuşmazlık çözümüne (tahkim, müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma veya uzman değerlendirmesi yoluyla mahkemeler dışında çözüm) tabi uyuşmazlıklarda tarafların arabuluculuğa başvurma zorunluluğu yoktur. Yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birini uygulamak mecburi olsa da bu yargılama öncesi dava şartı olarak anlaşılmamalıdır. Taraflar arabuluculuk dışındaki alternatif çözüm yollarından birini örneğin tahkimi de tercih edebilmektedir. Ancak uygulamada zamandan ve masraftan tasarruf avantajları nedeniyle sıklıkla arabuluculuğun tercih edildiği bilinmektedir.

Bununla birlikte, davaya konu olan uyuşmazlıklarda sınırlı istisnalar dışında taraflar öncelikle arabulucuya başvurmakla yükümlüdür. Bu istisnalar; özellikle tasfiye ve iflas uyuşmazlıkları, tahkim kararlarının iptali, rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları ve kamu idaresinin kararlarına itirazlardır. Genel olarak, Bölge Mahkemesinde başlatılan davalarda, davaya ilişkin ilk incelemeyi yapan hakim, tarafların önce arabuluculuk sürecine katılmasını talep etme hakkına sahiptir. Hatta taraflarca öncelikle arabuluculuk süreci işletilmemiş ise mahkemenin davanın reddine karar vermesi gerekecektir.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Özsumcu, **a.g.e.**,s. 75.

¹⁹⁰ Sevim, **a.g.e.**,s.52.

2.6. Çin Halk Cumhuriyeti

Çin Halk Cumhuriyeti'nde uyuşmazlık çözümlerinin temelinde Konfüçyüs öğretilerinin ve prensiplerinin derin etkisi olduğu görülmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti'nde iki tür arabuluculuk uygulaması yapılmaktadır. Bunlar; geleneksel arabuluculuk ve yargısal arabuluculuktur. 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulması ile yürürlüğe giren mevzuat çerçevesinde, uyuşmazlıkların öncelikle yargı aracılığıyla çözülmesi prensibi benimsenmiştir. Geleneksel arabuluculuk yönteminde ise arabuluculuk görevini bir komite yürütmekte olup bu komite küçük boyutta sorunları çözmekle görevlidir. 1966-1976 yılları arasındaki Kültür Devrimi Dönemi, pozitif hukukun yıkıldığı, avukatlar, savcılar ve hakimlere şiddet uygulandığı, yargı organlarının işgal edildiği ve hukuk fakültelerinin kapatıldığı, arabuluculuğun öncelikle devletin menfaatlerine hizmet ettiği, uyuşmazlık taraflarının menfaatlerinin ihmal edildiği bir dönem olmuştur. Mao'nun ölümünden sonra Deng Xiaoping'in yerine geçtiği 1974-1990 yılları arasındaki dönemde, sanayi, teknoloji, savunma ve tarım alanlarındaki modernleşme, hukuk sisteminin de yenilenmesini ve güçlendirilmesini gerektirmiştir. Hukuk fakülteleri ve barolar yeniden açılmış, 1982 yılında yeni bir Anayasa ve Medeni Usul Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Anayasada öngörülen ilçe ve belediye halk arabuluculuk komitelerinin ne şekilde çalışacağı Medeni Usul Kanunu ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁹¹

Çin'de ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapma konusunda yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca, bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi için taraflar arasında önceden yapılmış bir anlaşma olsa bile, taraflardan biri arabuluculuğa gitmeden doğrudan mahkemeye veya tahkime başvurabilecektir.¹⁹² Teknik olarak, yargıya başvurma hakkının anlaşma ile engellenemeyeceği kabul edilmektedir. Bunun yanında

¹⁹¹ Sevim, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁹² Commercial Mediation in the People's Republic of China, Linklaters, s. 125.

arabuluculuk usulüne başvurmamak yaptırım olarak yargılama masraflarına da neden olmamaktadır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi halinde ise yargılama masrafları yüzde 50 indirimli olarak ödenecektir.

Çin’de arabuluculuk, bir mahkeme veya hakem heyeti tarafından yürütülmekte olup, bu durumda bir hakim veya hakem tarafından arabuluculuk yapılacaktır. Mahkeme veya hakem heyeti tarafından yürütülen arabuluculuk yoluyla varılan uzlaşmalar, mahkeme kararı veya hakem kararı gibi icra edilebilecektir.¹⁹³

Çin Yüksek Halk Mahkemesi’nin (SPC) 2016 Haziranda arabuluculuk hakkında yayınladığı raporda; Çin mahkemelerinin, halk arabuluculuk kuruluşları, ticari arabuluculuk kuruluşları ve endüstri arabuluculuk kuruluşları gibi arabuluculuk kurumlarıyla işbirliği yapması gerektiği ve bu konuda bir platform oluşturulmasının yararı vurgulanmıştır.¹⁹⁴

Taraflarca dava açıldığında, mahkeme davanın arabuluculuğa uygun olduğuna karar verirse, taraflara arabuluculuk kurumları nezdinde arabuluculuk yöntemini kabul etmeleri önerilmektedir. Taraflar arabuluculuğu kabul etmezlerse, mahkeme dava açma başvurusunu kabul etmekte ve adli işlemleri başlatmaktadır. Ancak, tarafların dava açma başvurusu kabul edildikten sonra, hakim hala davanın arabuluculuk yoluyla çözülebileceğini düşünürse, taraflara arabuluculuğu kabul etmelerini tavsiye etmeye devam edebilir. Taraflar arabuluculuğu kabul etmezse veya arabuluculuk süreci başarısız olursa, mahkeme davayı görmeye devam edecektir. Davanın mahkeme tarafından görülmesi sürecinde ise taraflara, duruşma öncesinde hâkimin veya hâkimin yetkilendirdiği bir yardımcısının yaptığı arabuluculuğu kabul etmeleri de tavsiye

¹⁹³ Sevim, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁹⁴ Commercial Mediation in the People’s Republic of China, Linklaters, s. 126.

edilebilir.

2019 yılında Çin Yüksek Halk Mahkemesi (SPC), ülke çapındaki tüm mahkemelerin 2020'nin sonuna kadar uyuşmazlık çözümü için tek noktadan çoklu mekanizma ve tek noktadan dava hizmet merkezi kurmasını gerektiğine dair bir rapor yayınlamıştır. Bunun akabinde, 5 Ekim 2020'de Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Önleme ve Uzlaştırma Kurulu (ICDPASO) Pekin'de kurulmuştur. Uluslararası bir sivil toplum örgütü olarak ICDPASO tarafından, ticari tahkim, ticari arabuluculuk, yatırım tahkimi ve dünyanın dört bir yanındaki ülkeler ve bölgeler için ihtilafların önlenmesi dahil olmak üzere yasal hizmetlerin sağlanacağı açıklanmış ve arabuluculuk için önemli bir adım atılmıştır.¹⁹⁵

3. Ticari Arabuluculuğa İlişkin Uluslararası Hukuk Kaynaklı Gelişmeler

Arabuluculuğun global seviyede yaygınlaşmasının bir sonucu olarak, arabuluculuğa ilişkin çeşitli uluslararası düzeyde metinler ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen Singapur Arabuluculuk Konvansiyonu, bir diğeri ise Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Elde Edilen Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Model Kanunu'dur.

¹⁹⁵ Özsumcu, **a.g.e.**, s. 40 vd.

3.1. Singapur Arabuluculuk Konvansiyonu

3.1.1. Genel Olarak

Arabuluculuk, tahkim yoluna benzemesi yanında, tahkimden daha ucuz ve bazı noktalarda daha kolay ve hatta hızlı olması nedeniyle gelişim seyretmektedir. Ancak hızlı, kolay ve ucuz bir uyuşmazlık çözüm yönteminin yaygın ve etkin kullanımı ancak uyuşmazlığın sonlandırılması yanında, varılan sulh anlaşmasının kolayca icra edilebilmesi ile mümkündür. Zira anlaşmaya varan taraflar yaptıkları sulhun gereğini elde ettiklerinde gerçekten bir sonuca ulaşılmış olur ve çözüme ulaşmakta kullanılan yöntemin, en etkili alternatif çözüm yöntemi olduğundan söz edilebilir. Taraflardan biri sulh anlaşmasında yükümlü olduğu borcunu kendiliğinden ifa etmediğinde sulh anlaşmasının zorla yerine getirilmesi için gereken prosedür devreye girmelidir.

Bu noktada milletlerarası tahkimin arabuluculuk karşısındaki üstünlüğü hemen ortaya çıkmaktadır. Zira milletlerarası tahkim prosedürü sonucu verilen hakem kararı tahkim yeri ülkesinin kanunları uyarınca, tahkim yeri dışındaki ülkelerde ise 1958 tarihli New York Konvansiyonu'na göre daha rahat icra kabiliyetine sahiptir. Oysa milletlerarası arabuluculuk sonucunda yapılmış olan sulh anlaşmaları, tâbi olduğu arabuluculuk kanunu çerçevesinde icra edilme imkânı bulsa bile başka bir ülkede icrası, o ülkenin kanunlarına göre bir düzenleme olmadığı sürece mümkün olmayacak; icranın istendiği ülkede ayrıca bir yargı kararı alınması zorunlu olacaktır. Dolayısıyla sözleşmesel bir ihtilafın çözümü için arabuluculuğa başvuran taraf, harcanan zaman, para ve emeğin ardından elde ettiği sulh anlaşması yerine getirilmediğinde, bu kez sulh anlaşmasının icrası için yeniden mahkemeye veya şartları varsa tahkime müracaat etmek zorunda kalacaktır.

Bu nedenle sulh anlaşmalarının sınır ötesinde icrasını gerçekleştirecek bir düzenleme yapılması önerisinde bulunulmuştur. Bu bağlamda UNCITRAL Çalışma Grubu konuya ilişkin uluslararası bir sözleşme yapmaya odaklanmıştır. 2014'de başlayan çalışma

UNCITRAL'in 25 Haziran 2018'de yapılan 51. toplantısında Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Sözleşme metnini onaylaması ile sonuçlanmıştır.¹⁹⁶ Bu çalışma sürecinde Avrupa Birliği konuya ilişkin milletlerarası sözleşme yapılmasını gerekli görmediğini, sulh anlaşmalarının icrasını iç hukuka bırakan model kanunun ötesinde uyumlaştırma çabalarının gerçekçi olmadığını açıklamıştır. Ancak çalışma grubu model kanun ile konvansiyon çalışmalarını birlikte yürütmüştür. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında üzerine anlaşılamayan konulardan biri de sadece parasal içerikteki sulh anlaşmalarının icrası için düzenleme yapılması düşüncesidir. Avrupa Birliği tarafından talep edilmiş olan bu sınırlama çalışma grubu tarafından reddedilmiştir. Sulh anlaşmalarının; parasal olan veya parasal olmayan unsurları kapsamı mümkündür. Dolayısıyla konvansiyon, ayırım yapmaksızın her iki türde borcun icrasını da kapsamaktadır.

Singapur Konvansiyonu çifte exequatur'a müsaade etmeyecek bir düzenleme getirmiştir. Bir başka ifadeyle sulh anlaşmaları ulusal mahkeme veya noter onayı olmadan doğrudan icraya konu olabilecektir. Singapur Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 New York Konvansiyonu ile aynı ilkelere hizmet etse de iki nokta açısından aradaki farklılığın vurgulanması gerekmektedir¹⁹⁷:

- (i) New York Konvansiyonu yabancı hakem kararlarını esas aldığı için tahkim yeri hakem kararına yabancılık kistası vermesi açısından önemlidir. Ancak Singapur Konvansiyonu bakımından arabuluculukta arabuluculuk yeri yoktur; arabuluculuğun yabancı bir ülkede gerçekleşmesi gerekmez.

¹⁹⁶ Ergun Özsunay, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 93, S. 3, (Mayıs-Haziran 2019), s. 31 vd.

¹⁹⁷ Güven Yazar, **Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 153 vd.

- (ii) New York Konvansiyonu tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarını da düzenlemişken, Singapur Konvansiyonu arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir hüküm getirmemiş sadece arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmaları ile ilgili düzenleme yapmıştır. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk anlaşması yapmadan sadece sulh anlaşması yapmışlarsa, bu sulh anlaşmasının icrası da Singapur Konvansiyonu kapsamındadır.

7 Ağustos 2019’da imzaya açılan Singapur Konvansiyonu, 2002 tarihli Model Kanunun da revize edilmesini sağlamış böylelikle hem Model Kanun hem de Singapur Konvansiyonu sulh anlaşmalarının sınır ötesi icrasında paralel hükümler ihtiva eder hale gelmiştir. Singapur Konvansiyonu ile arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının sınır ötesi icrası mümkün olacak, dolayısıyla bir maddi hukuk sözleşmesi yeni bir statü kazanarak rahat şekilde icra edilebilir hale gelecektir. Sulh anlaşmalarının icrasının kolaylaştırılması aynı zamanda ticari arabuluculuğun gelişmesine de katkıda bulunacaktır.

20 Aralık 2018 tarihli Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Singapur Konvansiyonu 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılmış ve ilk gün 46 ülke tarafından imzalanmıştır.¹⁹⁸

7282 sayılı ve 25 Şubat 2021 tarihli Kanun ile Singapur Konvansiyonu’nun Türkiye tarafından onaylanması uygun bulunmuştur. Bu gelişmeyi takiben Singapur Konvansiyonu’nun onaylanması hakkında 21 Nisan 2021 tarihli ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı yürürlüğe girmiştir. Son olarak, 24 Şubat 2022 tarihli ve 5235

¹⁹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/session/51st-session/Annex_II.pdf (Erişim Tarihi:9.10.2021)

sayılı Cumhurbaşkanı Kararı uyarınca, Singapur Konvansiyonu'nun ülkemiz bakımından yürürlük tarihi 11 Nisan 2022 olarak tespit edilmiştir. Böylece, ticari bir uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sonucunda taraflarca yazılı olarak akdedilen ve anlaşmanın kurulması anında uluslararası nitelikte olan sulh sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan Singapur Konvansiyonu, Türkiye'de 11 Nisan 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

3.1.2. Singapur Konvansiyonunun Kapsamı

Singapur Konvansiyonu'na göre sulh anlaşmalarının icra edilebilmesi için arabuluculuk süreci sonucunda yapılmış olması, milletlerarası nitelik taşıması, ticari olması ve açıkça kapsam dışı bırakılan konulara ilişkin olmaması gerekmektedir (md.1).¹⁹⁹

a) Arabuluculuk süreci sonunda olması

İcrası istenen sulh anlaşması arabuluculuk sonucu yapılan bir sulh anlaşması olmalıdır. Bu noktada arabuluculuk tanımı md. 2'de yapılmıştır. Arabuluculuk, tarafların ihtilaflarını onlara bir sonuç veya çözüm dayatma yetkisi olmayan üçüncü bir kişi veya kişilerin (arabulucu) yardımıyla dostane çözüme ulaşmak için çaba gösterdikleri bir süreç anlamına gelir. Bu süreç gerçekleştirilirken sürece yüklenen anlamın veya kullanılan terimlerin herhangi bir önemi yoktur. Konvansiyon sürecin ana unsurlarının önemli olduğunu ancak sürece verilen ismin önemli olmadığını açıklamıştır. Buna göre arabuluculuk, uzlaştırma veya başka bir isimle adlandırılan süreç, Konvansiyon kapsamında arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır.

Konvansiyon çerçevesinde arabuluculuğun bir mahkeme veya hakem heyetinin talimatı veya tavsiyesi ile olması ya da ihtiyari veya zorunlu olması arasında fark

¹⁹⁹ Singapur Konvansiyonu (adalet.gov.tr <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/singapur-konvansiyonu06012021021352.tr>), s.1, (E.T. 08.06.2021)

bulunmamaktadır. Önemli olan nokta tarafların kendi istekleriyle sulh anlaşması yapmasıdır. Bu bağlamda arabuluculuğun bir kurum aracılığıyla gerçekleştirilmesi de zorunlu değildir.

Konvansiyon arabulucuğu, tarafların bir üçüncü kişi yardımıyla aralarındaki ihtilafı bir sonuca bağlamaları olarak açıklamıştır. Burada üçüncü kişinin yani arabulucunun sunduğu çözüm önerisini taraflara zorla uygulatma yetkisi yoktur. Aksi halde bu durum arabuluculuk olarak nitelendirilemeyecektir. Bununla birlikte üçüncü kişinin çözüm önerisi getirme yetkisinin olması Konvansiyonun uygulanmasını engellemeyecektir. Zira tarafların bu öneriyi kabul etme zorunluluğu yoktur.

b) Milletlerarası nitelik taşıması

Singapur Konvansiyonu uygulama alanını milletlerarası sulh anlaşmaları ile sınırlamıştır. Burada kullanılan milletlerarası terimi yabancılık unsurunu içermektedir. Sulh anlaşmalarının hangi durumda milletlerarası nitelik kazandığı md. 1’de açıklanmıştır.²⁰⁰ Buna göre;

(a) Sulh anlaşmasının taraflarından en az ikisinin işyerleri birbirinden farklı ülkede ise;
veya

(b) Sulh anlaşmasının taraflarının işyerlerinin bulunduğu ülke,

(i) Sulh anlaşmasına göre borçların esaslı bir bölümünün ifa edileceği ülkeden farklı ise;
veya

(ii) Sulh anlaşmasının konusunun en yakın ilişkide olduğu ülkeden farklı ise,

²⁰² Singapur Konvansiyonu, **a.g.e.**, s. 1.

anlaşma Konvansiyon kapsamında milletlerarası niteliktedir.

Sulh anlaşmasının yapılması anında milletlerarası niteliğin mevcut olması gerekmektedir. Arabuluculukta her iki tarafın işyeri aynı ülkede olsa da yapılan sulh anlaşmasında borcun ifa yeri farklı bir ülkeyi işaret ediyorsa veya sulh anlaşmasının konusunun en sıkı bağlantıda olduğu ülke bir başka ülke ise sulh anlaşması milletlerarası nitelik kazanmıştır.²⁰¹

Birden fazla işyeri olan taraf açısından işyeri, arabuluculuk sözleşmesiyle en yakın bağlantısı olan işyeri anlamına gelmektedir (md. 2/1-a). İşyeri olmayan taraf açısından ise işyeri kavramı onun mutlak meskenini ifade etmektedir (md. 2/1-b).²⁰²

Singapur Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu'nu örnek almasına rağmen yukarıda açıklandığı üzere tahkimde geçerli olan bazı kavramlardan uzak durmuştur. Arabuluculukta hakem kararlarının yabancılığının tespitinde kullanılan “tahkim yeri” kavramı yoktur. Bu kapsamda Singapur Konvansiyonu'nda “arabuluculuk yeri” terimi yer almamaktadır. Özellikle elektronik ortamda yapılan arabuluculuk sürecinde arabuluculuk yerinin tespiti mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla sulh anlaşmasının yapıldığı yerin de önemi yoktur. Bu sebeple Singapur Konvansiyonu'nda milletlerarası nitelik bu unsurlar dikkate alınarak belirlenmemiştir. Bunun doğal sonucu arabuluculuk prosedürünün veya sulh anlaşmasının belirli bir ülke mevzuatına uygun olmaması (örneğin Türkiye bakımından sadece sicile kayıtlı arabulucuların faaliyet göstermesi vb.) sulh anlaşmasının icrasında önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla Türkiye'de arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan bir Türk vatandaşının, Türkiye'de gerçekleştirdiği ve aslında HUAK hükümlerine uygun

²⁰¹ Timoty Schnabel, (2019) “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement”, 19 **Pepp. Disp. Resolve. L. J.1.**, s. 20.

²⁰² Singapur Konvansiyonu, **a.g.e.**, s. 1.

olmayan arabuluculuk faaliyeti sonucu yapılan sulh anlaşması diğer şartları taşımak koşuluyla Türkiye’de Konvansiyon kapsamında icra edilebilecektir.

c) Ticari olması

Milletlerarası sulh anlaşmasının ticari uyuşmazlıkları çözümleyen bir anlaşma olması gerekmektedir (md. 1/1). Ticari tanımı Konvansiyonda yapılmamıştır. Bu kapsamda ticari olma kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. İnşaat ve doğal kaynakların çıkarılmasında devlet-yatırımcı uyuşmazlıkları da ticari uyuşmazlık kavramına girmektedir. Ancak sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği ülkede ticari olarak vasıflandırılan bir uyuşmazlık aşağıda belirtildiği üzere Konvansiyonun kapsamı dışında tutulmuşsa, o tür uyuşmazlıkların çözümü için yapılan sulh anlaşmaları artık Konvansiyon kapsamında icra edilmeyecektir.²⁰³

d) Kapsam dışı olmaması

Yukarda belirtildiği üzere Konvansiyon sadece ticari uyuşmazlıkları çözüme bağlayan sulh anlaşmaları için uygulanacaktır. Bu konudaki vasıflandırma Konvansiyonda açık bir tanım olmadığı için sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği ülke hukukuna göre (lex fori) yapılacaktır. Ancak Konvansiyon açık bir şekilde, taraflardan birinin (tüketicinin) kişisel veya ailesel nitelikte yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan ihtilafları çözümleyen sulh anlaşmalarını kapsam dışı bırakmıştır (md. 1/2-a). Dolayısıyla kişisel, ailevi veya evle ilgili işlemlerden kaynaklanan ihtilaflar hiçbir şekilde ticari ihtilaf olarak sınıflandırılmayacak ve bu kapsamda varılan sulh anlaşmalarının icrası Konvansiyon kapsamında istenemeyecektir.

²⁰³ Schnabel, **a.g.e.**, s. 22-23.

Konvansiyon miras, aile ve iş hukukundan kaynaklanan ihtilafların çözümlendiği sulh anlaşmalarını da kapsam dışı bırakmıştır.

Konvansiyon, bir mahkeme tarafından onaylanan veya mahkeme prosedürü sonucu yapılan sulh anlaşmaları ile, taraf ülkede mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmalarına da uygulanamayacaktır.

Bir mahkeme kararı haline gelmiş sulh anlaşmalarıyla mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmalarının kapsam dışında bırakılması söz konusu sulh anlaşmalarının Lahey Konvansiyonları çerçevesinde değerlendirilebilmelerinden kaynaklanmaktadır.²⁰⁴ Zira mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmaları yabancı ülkelerde de yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi hükümlerine göre hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu kapsamda sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu kapsamının dışında kalması için o ülkede mahkeme kararı olarak icra edilebilir olması yeterlidir. Zira, Singapur Konvansiyonu, milletlerarası sulh anlaşmalarının mahkeme kararları gibi icra edilemeyeceği ülkelerde de icra edilmesini sağlamak amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.

HUAK hükümlerine göre yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan sulh anlaşması, milletlerarası ticari sulh anlaşması olsa bile HUAK md. 18'e göre ilam niteliğinde belge olduğu ve Türkiye'de icra kabiliyetine sahip olduğu için Konvansiyon kapsamında değildir. Ancak Türkiye'de ilâm niteliğinde belge olarak icra edilebilen sulh anlaşması yabancı ülkede bu nitelikte olmadığı için, Singapur Konvansiyonu kapsamına girecektir. Diğer yandan Türkiye'de HUAK hükümlerine göre gerçekleşmeyen bir arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının Türkiye'de icrası da Konvansiyon hükümlerine tâbi olabilecektir. Aynı şekilde başka bir ülkede ulusal bir arabuluculuk kanununa göre veya bir kuruma bağlı olarak yürütülen arabuluculuk sonucunda yapılan

²⁰⁴ Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements www.hcch.net; Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters www.hcch.net. Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. Schnabel, **a.g.e.**, s. 25.

sulh anlaşması da yabancı ülkede ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilse bile, Türkiye’de ilam niteliğinde belge olarak icra edilemeyeceği için Singapur Konvansiyonu çerçevesinde icra edilebilecektir.

Konvansiyon bir hakem kararı olarak kaydedilen veya icra edilebilen hakem kararları için de uygulanmayacaktır (md. 1/3b). Hakem kararlarının icrası da New York Konvansiyonu’na göre gerçekleşebileceği için Singapur Konvansiyonu’nun kapsamı dışında tutulmuştur.

3.1.3. Hukuki Yollara Başvurunun Reddi Sebepleri

Singapur Konvansiyonu’nun 5. maddesine göre,²⁰⁵ sulh anlaşmasına dayanmak isteyen tarafın diğer bir akit devletin yetkili makamı nezdinde hukuki yollara başvurusu halinde, başvuruda bulunulan yetkili makam, aleyhine hukuki yola başvuru alan tarafın istemi üzerine ve aşağıdaki hususların ispatlanması kaydıyla, söz konusu talebi reddedebilir:

- Sulh anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması,
- Sulh anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka veya taraflarca tabi kılınan bir hukuk yoksa talebin yapıldığı yetkili makamın ait olduğu devletin hukukuna göre geçersiz ve hükümsüz olması veya işlerlik kazanmamış olması veya ifa edilebilir olmaması,
- Sulh anlaşmasının hükümlerine göre bağlayıcı veya nihai olmaması veya sonradan tadil edilmesi,
- Sulh anlaşmasına konu borcun ifa edilmiş olması veya açık ya da anlaşılabilir olmaması,
- Talebin kabul edilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması,

²⁰⁵ Singapur Konvansiyonu, **a.g.e.**, s. 2.

- Arabulucuya veya arabuluculuğa uygulanabilir standartların arabulucu tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması,
- Arabulucunun tarafsızlığına veya bağımsızlığına ilişkin haklı şüphe uyandıracak durumları arabulucunun, taraflara ifşa etmemesi ve bu ifşayı yapmamasının taraf üzerinde önemli veya haksız bir etki oluşturması, öyle ki, bu kusur olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması.

Başvurunun yapıldığı akit devletin yetkili makamı aynı zamanda aşağıdaki hususlardan birini tespit ederse de talebi reddedebilir:

- Talebin, başvuru devletin kamu düzenine aykırı olması,
- Uyuşmazlığın konusunun başvuru devletin hukukuna göre arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olmaması.

3.1.4. Çekinceler

Devletler, Singapur Konvansiyonu'na iki durumda çekince koyabilecektir.²⁰⁶ Bunlar;

- a) Taraf devlet kendisinin veya hükümet kuruluşlarının veya hükümet kuruluşları adına hareket eden bir kişinin taraf olduğu sulh anlaşmalarının icrasına ilişkin olarak bu Konvansiyonu uygulamayacağını bildirebilir (md. 8/1a). Bu çekince ile taraf devlet ulusal hukuka göre yetkilendirilmemiş bir kişinin ya da kuruluşun yaptığı sulh anlaşmasının resmi anlamda yol açabileceği problemlerden kaçınmış olacaktır.

²⁰⁶ Singapur Konvansiyonu, **a.g.e.**, s. 3.

- b) Taraf devlet sulh anlaşmasında tarafların Konvansiyonun uygulanmasını öngörmeleri halinde Konvansiyonu uygulayacağını bildirebilir (md. 8/1b). Çalışma Grubunda Konvansiyonun taraflarca seçilmesi halinde uygulanması önerisi yapılmış ancak bu öneri, tarafların sulh anlaşması yapması halinde karine olarak bunun sınır ötesi icrasını da öngördüklerini ayrıca icrayı mümkün kılmak için böyle bir açıklama yapmak zorunda olmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla taraflar Konvansiyonun uygulanması konusunda hiçbir açıklama yapmadığında, onların borçlarını ifa etmek istemediklerine ilişkin hiçbir varsayım kabul edilmeyecektir.

Bu kapsamda tarafların Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmamasını açıkça kararlaştırdıkları sulh anlaşmaları hariç, Konvansiyon kapsamı dahilindeki bütün sulh anlaşmalarına uygulanacaktır. Ancak md. 8/1b'deki deklarasyonu yapan devlet, sadece tarafların Singapur Konvansiyonunun uygulanmasını kararlaştırdıkları sulh anlaşmaları için Konvansiyonu uygulayacaktır. Tarafların bu seçimi sulh anlaşmasından önce, arabuluculuk anlaşmasında yapmaları mümkündür.

3.2. Uluslararası Ticarî Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Elde Edilen Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu

3.2.1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, UNCITRAL, başka işlevlerinin yanı sıra, karşılaştırmalı hukukta çeşitli konulardaki mevzuatın yeknesaklaştırılması için model kanunlar hazırlamakta ve devletlere bu metinleri aynı şekilde veya çeşitli değişikliklerle kabul edip kanunlaştırma imkanı tanımaktadır. UNCITRAL'in bu çerçevede hazırladığı en önemli metinlerden biri

tahkime ilişkin model kanundur.²⁰⁷ Türkiye'de yürürlükte olan Milletlerarası Tahkim Kanunu da, bu model kanun dikkate alınarak hazırlanmıştır. UNCITRAL'in hazırladığı bir diğer model ise uluslararası ticarî arabuluculuğa ilişkindir.

Uluslararası ticarî arabuluculuk ve arabuluculuk sonucu elde edilen uluslararası sulh anlaşmalarına ilişkin 2018'de hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu'nda, Singapur Konvansiyonu'nda ortaya konan düzenlemeleri içeren bir bölüm de bulunmaktadır. UNCITRAL Model Kanunu, Singapur Konvansiyonu'ndan farklı olarak, arabuluculuk usulünün nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin kuralları da ortaya koymaktadır. Hatta UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenlemede arabuluculuk usulüne ayrılan kısmın daha ağırlıkta olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu açıdan, UNCITRAL Model Kanunu'nun düzenleme alanı, HUAK kapsamı ile kısmen örtüşmektedir; her iki metin de arabuluculuk usulüne ilişkin kuralları tanzim etmiştir.

2018 yılında hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu, 2002'de hazırlanan UNCITRAL Uluslararası Ticarî Uzlaştırma Hakkında Model Kanun'u revize etmiş ve o metnin yerini almıştır.²⁰⁸ Bu iki metin arasında en çok dikkat çeken farklardan biri, 2018 Model Kanunu'nun başlığında conciliation (uzlaştırma) yerine mediation (arabuluculuk) teriminin kullanılmasıdır. Ancak UNCITRAL bu terimleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmıştır. Yeni model kanun hazırlanırken, güncel uygulamadaki yaygınlık da dikkate alınarak mediation terimi tercih edilmiştir. Böylece yeni Model Kanun güncel uygulama ile uyumlu hâle getirilmiştir. Ancak tarafların arabuluculuk sürecini hangi isim altında yaptığının bir önemi yoktur; uyuşmazlık çözüm süreci taraflarca arabuluculuk terimi dışında, örneğin uzlaştırma veya başka bir isimle adlandırıldığında bile,

²⁰⁷ (Çevrimiçi) <https://www.uncitral.org/> (Erişim Tarihi: 25.06.2020)

²⁰⁸ Ergun Özsunay, Uluslararası Ticarî Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu 2002'yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen ‘‘Uluslararası Ticarî Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018’’, (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, **İBD** 93, (6), (2019)

UNCITRAL Model Kanunu uygulama alanı bulabilecektir. UNCITRAL Model Kanunu'nun uygulama alanı, uluslararası ticarî arabuluculuk ve uluslararası sulh anlaşmalarıdır.

3.2.2. Ticari İlişki Şartı

Model Kanunda yer alan ticarî ibaresinden sözleşmesel olsun olmasın her tür ticarî nitelikteki ilişkinin anlaşılması gerektiği ve bunların mal veya hizmet tedariki, dağıtıcılık, acentelik, faktöring, leasing, inşaat, danışmanlık, mühendislik, lisanslama, yatırım, finansman, bankacılık, sigortacılık, maden işletme, imtiyaz, joint venture ve diğer formdaki iş ilişkileri, eşya veya yolcu taşımacılığı ilişkileri olabileceği belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında HUAK'ın kapsamının daha geniş olduğu ortadadır. HUAK'ın kapsamına sadece ticarî nitelikte olan uyuşmazlıklar değil, üzerinde serbestçe tasarruf yapılabilecek tüm özel hukuk ilişkileri girmektedir. Zira, HUAK md. 1/2'ye göre, "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır". Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, HUAK örneğin iş hukuku uyuşmazlıklarına da uygulanabilirken, UNCITRAL Model Kanunu'nun bu tip uyuşmazlıklara uygulanması söz konusu olamayacaktır.

3.2.3. Yabancılık (Uluslararası Nitelik) Şartı

UNCITRAL Model Kanunu md.1/1'de,²⁰⁹ uygulama alanı ile ilgili belirtilen önemli kısıtlardan bir diğeri de, Model Kanun'un uluslararası arabuluculuklara uygulanacak

²⁰⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Çevrimiçi, https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation, s. 1, (Erişim Tarihi: 25.06.2020)

olmasıdır. Ancak UNCITRAL Model Kanunu'nu örnek alan devletler, eğer bu kuralların yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara da uygulanmasını istiyorlarsa, md. 1/1'deki uluslararası terimini çıkartarak uygulama alanını genişletebileceklerdir. Böylece, getirilen düzenleme yerel arabuluculuklara da uygulanabilecektir.

HUAK, bu konuda net bir şekilde, Kanun'un "yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere" uygulanacağını belirtmiştir. Bu belirlemeye göre, HUAK yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara da uygulanıyor olmaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu md. 3/2, arabuluculuğun ne zaman uluslararası olacağını tanımlamıştır. Getirilen tanım Singapur Konvansiyonu'nda kullanılan uluslararasılık tanımını ile uyumludur. Bu iki düzenlemedeki tek fark, uluslararası olması gereken hukukî ilişki noktasındadır. Singapur Konvansiyonu'nda sulh anlaşmasının bu özelliği taşıması gerekirken, UNCITRAL Model Kanunu'nda, arabuluculuğun uluslararası olması aranmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlığın taraflarının farklı ülkelerde işyeri olması veya söz konusu ticarî ilişkiden doğan borçların önemli bir bölümünün ifa edileceği ülkenin veya uyuşmazlığın en sıkı ilişkili olduğu ülkenin tarafların işyerinden farklı olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, hem UNCITRAL Model Kanunu'nda hem de Singapur Konvansiyonu'nda uluslararası nitelik şartı için aynı kriterler uygulanmaktadır; fakat Model Kanun tarafların uyuşmazlığının ve dolayısıyla bu uyuşmazlığı çözecek olan arabuluculuğun uluslararası olmasını aramakta, Singapur Konvansiyonu ise taraflar arasındaki temel uyuşmazlığa bakmamakta, tarafların akdettikleri sulh anlaşması ilişkisinin uluslararası olmasını sorgulamaktadır.²¹⁰

İlk bakışta, böyle bir farkın hiçbir sonucunun olmayabileceği düşünülebilir. Gerçekten de, özellikle uluslararası niteliği ortaya koyan ilk kriter olan tarafların işyerlerinin farklı

²¹⁰ UNCITRAL Model Law, **a.g.e.**

ülkelerde olması şartı, arabuluculuk ile sulh anlaşmalarının aynı taraflar arasında yapılıyor olması nedeniyle, her iki metnin uygulamasında herhangi bir farklılık göstermeyecektir. Öte yandan, arabuluculuğa sunulan uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkiden doğan borçların önemli bir bölümünün ifa edileceği ülke ile sulh anlaşmasında yer verilen borçların önemli bir bölümünün ifa edileceği ülke farklı olabilir. Gerçekten de, sulh anlaşması uyuşmazlığın sona ermesini sağlarken, tarafların bambaşka bir hukukî ilişkiye girmelerini sağlamış olabilecektir. Bu ihtimalde uyuşmazlık tamamen ulusal nitelikteyken, sulh anlaşması yabancı bir ülkede ortak iş yapılmasını öngörebilecek ve bu sayede uluslararası niteliği haiz olacaktır.

UNCITRAL Model Kanunu ile Singapur Konvansiyonu'ndaki uluslararası nitelik şartına ilişkin bir önemli fark da, UNCITRAL Model Kanunu md. 3/4 uyarınca, tarafların uluslararası olarak nitelendirdikleri bir arabuluculuğun UNCITRAL Model Kanunu açısından uluslararası niteliği taşıdığı kabul edilecektir. Bunun tersine, taraflar, UNCITRAL Model Kanunu'ndaki uluslararası ticarî arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin uygulanmamasını da kararlaştırabilirler (md. 3/5).²¹¹

3.3. UNCITRAL Model Kanunu'nda Öngörülen Arabuluculuk Usulü

3.3.1. Süre

UNCITRAL Model Kanunu altında arabuluculuk, tarafların uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla arabuluculuk sürecini başlatma konusunda anlaştıkları günde başlar (md. 5/1). Eğer arabuluculuk sürecini başlatmak isteyen taraf, karşı taraftan 30 gün (veya süreci başlatmak isteyen tarafın davetinde yer alan süre) içinde bu davetine ilişkin bir kabul

²¹¹ UNCITRAL Model Law, **a.g.e.**

almazsa, bu durumda daveti gönderen taraf, uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmesine yönelik davetinin reddedilmiş olduğunu varsayabilir (md. 5/2).

UNCITRAL Model Kanunu, bu metni kabul eden devletlerin, arabuluculuk süreci başladığında zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin duracağına ve arabuluculuk süreci sulh anlaşması ile sona ermezse bu sürelerin arabuluculuğun sona ermesiyle yeniden işlemeye başlayacağına ilişkin bir hüküm getirebileceklerini belirtmiştir.

Arbuluculuk süreci, tarafların sulh anlaşması akdetmesi ile, arabulucunun taraflara danıştıktan sonra yapacağı bir bildirim ile, tarafların arabulucuya yönelik yapacağı sona erme bildirimi ile veya bir tarafın diğer tarafa ve arabulucuya yapacağı bir bildirim ile sona erdirilebilir.

3.3.2. Arabulucu Atanması

UNCITRAL Model Kanunu md. 6/1'e göre, taraflar arabulucu sayısına ilişkin aksi yönde bir belirleme yapmadıysalar, arabuluculuk bir arabulucu ile yürütülecektir. Tahkim yargılamalarından farklı olarak, taraflar arabuluculuğun çift sayıda arabulucu ile yürütülmesini de kararlaştırabilirler. Dolayısıyla, UNCITRAL Model Kanunu'nda arabulucu sayısına ilişkin bir üst sınırlama getirilmemiştir.

Öte yandan, arabulucular atanırken, hakem atamasında olduğu gibi arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili haklı kuşku uyandırabilecek hususların açıklanması gerekmektedir (md. 6/5).²¹²

²¹² UNCITRAL Model Law, a.g.e.

3.3.3. Arabuluculuğu Yürütme Usulü

Arabuluculuğun nasıl yürütüleceğine ilişkin tarafların herhangi bir anlaşması yoksa, arabulucu, arabuluculuk sürecini, uygun gördüğü biçimde yürütecektir. Bu noktada tarafların istekleri ve olası bir sulh anlaşmasına ivedî bir ihtiyacın var olup olmamasına özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir (md. 7/2). Arabulucu, uygun gördüğü herhangi bir aşamada taraflara uyuşmazlığın çözümüne ilişkin önerilerde bulunabilir (md. 7/4).

Arabuluculuğun, tahkim yargılamasından önemli bir farkı da, taraflarla arabulucunun ayrı ayrı buluşabilmesi ve iletişimde olabilmesidir (md. 8). Oysa, tahkim yargılamasında, taraflar, karşı taraf olmaksızın hakemlerle iletişime geçemezler.

Ayrıca arabuluculuk sürecinde taraflar, arabulucuya, karşı tarafa açıklanmaması üzerine çeşitli bilgiler verebilir. Bu durumda söz konusu taraf, arabulucudan bu bilginin gizli tutulmasını talep edebilecektir (md. 9).²¹³

3.3.4. Arabuluculuk Sırasında Ortaya Çıkan Bilgi ve Belgelerin Gizliliği

UNCITRAL Model Kanunu md. 11'de arabuluculuk sırasında ortaya çıkan kimi bilgi ve belgelerin ne taraflar ne de arabulucu gibi bu sürece katılan diğer kişiler tarafından olası bir tahkim veya devlet mahkemesi yargılamasında delil olarak sunulamayacağı ve bu bilgi ve belgelerle ilgili tanıklık yapılamayacağı belirtilmiştir. Böyle bir bilginin açıklanması hakem heyetleri veya mahkemeler tarafından da talep edilemez ve bu bilgi delil olarak sunulursa, bu delil kabul edilemez (inadmissible) olacaktır (md. 11/3). Ancak,

²¹³ UNCITRAL Model Law, a.g.e.

tahkim veya mahkeme yargılamasında kabul edilebilen bir delil, sırf arabuluculuk sırasında kullanılmakla kabul edilemez hâle gelmemektedir (md.11/5).

3.3.5. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapamaması

UNCITRAL Model Kanunu'nda getirilen önemli bir düzenleme de, taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça, arabulucunun, arabuluculuk sürecinin başarısız sonuçlanmasının ardından açılacak olası bir tahkim davasında hakem olarak görev yapamayacağına ilişkindir (md. 13). Bu düzenlemeye göre, arabulucu -taraflarca aksi kararlaştırılmadıysa- sadece arabuluculuğa konu olan uyuşmazlıkta değil, aynı sözleşme veya hukukî ilişkiden, hatta ilişkili başka bir sözleşme veya hukukî ilişkiden doğan başka bir uyuşmazlıkta da hakem olarak görev yapamaz.²¹⁴

Arabulucunun, hakem olarak görev yapamaması, sadece uyuşmazlığın tek hakemi veya üç hakemli tahkimlerde baş hakemi olarak atanamayacağı anlamına gelmemektedir; aynı zamanda taraflardan biri de söz konusu arabulucuyu kendi hakemi olarak atayamayacaktır.

3.3.6. Arabuluculuk Sonrası Dava Açılması

UNCITRAL Model Kanunu md. 14, arabuluculuk anlaşması yapan tarafların tahkim veya mahkeme yargılamasına başvurması ile ilgili özel bir durum öngörmektedir. Eğer taraflar, arabuluculuğa başvurduktan sonra belli bir süre boyunca veya belirlenmiş bir durum ortaya çıkana kadar yargılama süreçlerine başvurmayacakları konusunda anlaştı ise, davanın açıldığı hakem heyeti veya mahkeme bu düzenlemeye etki tanınmalıdır.

²¹⁴ UNCITRAL Model Law, **a.g.e.**

Taraflardan biri, haklarının korunması için bu yola başvurusu gerektiğini ispat etmediği sürece (örneğin hızlı bir şekilde bağlayıcı kararın alınması veya arabuluculuk sürecinde alınamayacak geçici korunma tedbirlerine başvuru ihtiyacı gibi), hakem heyeti veya mahkeme, dava açılmasının şartları olarak arabuluculuk anlaşmasında gösterilen hususlara uyulup uyulmadığını kontrol etmelidir. Örneğin arabuluculuk anlaşmasında tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra en az iki ay müzakerelere devam etmedikçe dava açamayacakları belirtildiyse, bu süreye uyulmadan açılacak davalarda hakem heyeti veya mahkeme ya konuyu bekletici sorun yapacak ya da açılan davayı esasa girmeden ilk itirazlar çerçevesinde reddedecektir.

3.3.7. Sulh Anlaşmasının İcrası

Eğer arabuluculuk sonucunda taraflar sulh anlaşması akdederlerse, bu anlaşma bağlayıcı ve icra edilebilir etkiye sahiptir (md. 15). UNCITRAL Model Kanunu md. 16 ilâ md. 20 arasında öngörülen düzenlemeler ise, uluslararası sulh anlaşmalarına ilişkindir ve Singapur Konvansiyonu md. 1 ilâ md. 6 arasındaki düzenlemelere paralel denk gelmektedir. UNCITRAL Model Kanunu md. 16, Model Kanun'daki uluslararası sulh anlaşmalarına ilişkin kısmın uygulama alanını belirlemiş; daha sonra da Singapur Konvansiyonu md. 3 ilâ md. 6 arasında olduğu gibi, genel ilkeler, sulh anlaşmasına dayanılması için şartlar, sulh anlaşmasına dayanan bir talebin reddedilebilme sebepleri ve paralel başvurular veya davalar konularında düzenlemeler getirmiştir.²¹⁵

UNCITRAL Model Kanunu md. 17 ilâ md. 20 arasındaki düzenlemeler, Singapur Konvansiyonu md. 3 ilâ md. 6 arasındaki düzenlemelerle birebir aynıdır. Tek fark

²¹⁵215 UNCITRAL Model Law, **a.g.e.**

metinlerden birinin uluslararası konvansiyon, diğzerinin ise model kanun olmasından kaynaklanmaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu'nun bu kısmı, Singapur Konvansiyonu ile bire bir denktir. Bununla birlikte, UNCITRAL, metne eklediğı notlarla, bu düzenlemenin uygulama alanının, Model Kanun'u benimseyip kanunlaştıracak devletlerce genişletilebileceğini öngörmüştür. Örneğın, UNCITRAL, metni kanunlaştıracak devletin, sulh anlaşması arabuluculuk sonucu ortaya çıkmamış olsa bile, bu kısımdaki hükümlerin uygulanabileceğine karar verebileceğini belirtmiştir. Bir diğzer örnek ise, bir sulh anlaşması, Singapur Konvansiyonu'nda tanımlanan şartları karşılamasa bile, Model Kanun'u benimseyen devletin, bu kanunu, tarafların uluslararası olarak nitelendirdiğı sulh anlaşmalarına da uygulayabileceğini belirleyebilmesine imkan tanınmasıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III) Türkiye’de Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculukla Çözülmesi

1. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması

1.1. Kapsam

Genel olarak bakıldığında ilişkilerin sürekliliği, menfaatin kaynağı ve devamlılığı vb. sebeplerle özellikle ticari uyuşmazlıklar, işçi-işveren uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, aile uyuşmazlıkları ve komşuluk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Ancak bu alanlar prensip itibariyle arabuluculuğa elverişli olsa dahi bu alanlardaki tüm uyuşmazlıklar için aynı şey söylenemez. Bunların içeriğinde kamu düzenine ilişkin hususlara, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceği konulara ayrıca dikkat edilmeli, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, mutlaka yargı kararı gerekenler arabuluculuk uygulaması öncesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim bazı uyuşmazlık türlerinin arabuluculuk kapsamına dahil olmasına hatta oldukça geniş kapsamlı alt başlık olarak nitelendirilmesine rağmen bazı uyuşmazlık türleri arabuluculuğa elverişli ve uygun değildir. Örneğin, iş hukuku uyuşmazlıklarının içindeki sosyal güvenlik uyuşmazlıkları böyledir. Benzer şekilde ticaret hukuku uyuşmazlıkları içinde iflas davası, aile hukuku uyuşmazlıkları içinde boşanma, velayet, ailenin ve çocukların korunmasına yönelik konu ve uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamı dışındadır.²¹⁶ Dolayısıyla, kapsam belirlenirken öncelikle mevzuata daha sonra da uygulamaya ve Yargıtay kararlarına dikkat etmek gerekmektedir. Zira Yargıtay, taraflar arasında önceden anlaşma yapılmış olsa dahi bazı

²¹⁶ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 47.

uyuşmazlıkların sadece mahkeme tarafından çözülebileceği yönünde kararlar verebilmektedir.

1.2. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler

1.2.1. İradilik

İradilik ilkesi 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, "Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler." şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda diğer ülke uygulamalarına benzer mahiyette arabuluculuk sürecinin tüm aşamalarında iradilik temel bir ilke olarak korunmuş ve benimsenmiştir. Bu ilkenin amacı, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması hususunda taraflara özgür ve ferah bir müzakere ortamı sağlayarak tarafları tatmin edecek şekilde uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasını sağlamaktır.

Nitekim arabulucu sadece tarafların iletişim kurmalarını ve birbirlerini anlamalarını sağlamak için sürece dahil olmaktadır. Şu halde anlaşmak istemeyen tarafın, buna zorlanması arabuluculuk kurumu ile kavramsal olarak örtüşmemektedir.

Kural olarak arabulucunun taraflara bir çözüm dayatması mümkün değildir. Arabulucu yalnızca müzakere sürecini etkin bir şekilde yürüterek tarafların kendi çözümlerini bulmasına yardımcı olmaktadır. Hatta arabulucuya, tarafların anlaşma imkanının kalmadığının tespit edildiği hallerde, yine taraflara danışmak suretiyle arabuluculuk görüşmelerini sona erdirmeye yetkisi tanınmıştır. 706 sayılı Kanun ile 6325 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle, Türk hukukunda arabulucunun taraflara çözüm önermesine de imkan tanınmıştır. Ancak arabulucuların bu yetkileri kullanırken, kanunun lafzına uygun olarak davranmaları ve tarafların anlaşamayacaklarının ortaya çıktığı anda, görüşmeleri sona

erdirmek yerine müzakereyi sürdürebilmek maksadıyla son bir öneri ileri sürmeleri beklenmektedir.

Bu noktada taraflara hukuki tavsiyede bulunulması ile soyut hukuki bilgi verilmesi de birbirinde ayrılmalıdır. Arabulucu taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz. Ancak somut uyuşmazlık konusuyla ilgili genel bir hukuki bilgi verilmesinin önünde bir engel de yoktur. Örneğin, vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle bir maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin arabuluculuk müzakeresinde, arabulucu, genel olarak tazminat miktarlarının hesaplanmasında hangi ölçütlerin geçerli olduğunu, bilirkişilerin ve yüksek mahkemenin konuya yaklaşımını genel itibariyle ortaya koyabilir. Buna karşılık, vermiş olduğu bu bilgilere dayalı olarak tarafların iddialarını ve pozisyonlarını değerlendiremez.²¹⁷

1.2.2. Eşitlik

Arabuluculuğa ilişkin bir diğer ilke eşitliktir. Eşitlik ilkesi, tüm uyuşmazlıkların gerek yargı yoluyla gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sonuca bağlanmasında, öncelikli olarak riayet edilmesi gereken evrensel hukuk sisteminde benimsenmiş temel bir ilkedir.²¹⁸ Geçerliliği sadece yargılama süreci ile sınırlı olmayan bu ilke, yargılamanın hukuk çizgisinde yürütülmesinde önem arz eden adil yargılanma hakkı ve hukuki

²¹⁷ Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 125, Kekeç, **a.g.e.**, s. 132.

²¹⁸ Dür, **a.g.e.**, s. 262.

dinlenilme hakkı²¹⁹ gibi anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri de bünyesinde barındıracak şekilde Anayasanın 36. maddesinde teminat altına alınmıştır.²²⁰

Eşitlik ilkesi; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasında, “Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, taraflar arabuluculuk sürecinin başvuru aşamasından itibaren tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Ayrıca söz konusu maddenin gerekçesinde, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olan eşitlik ilkesinin, yargılama veya yargılama dışı tüm çözüm yöntemlerinde geçerli ortak bir ilke olduğu, kendisini diğer tarafla eşit konumda hissetmeyen veya diğer tarafla eşit muamele görmeyen tarafın, anlaşmasından ziyade zorunlu olarak bir sürece katlanmasından söz edilebileceğine yer verilmiştir. Süreç boyunca taraflar arasında gerek kendilerini ifade etme noktasında, gerek sürece katılım noktasında gerekse üçüncü kişi pozisyonundaki arabulucunun tarafları eşit işleme tabi tutması bakımından, bu ilkenin gözetilmesi gerekmektedir.²²¹

Zira arabuluculukta amaç, tarafları arabulucu nezdinde bir araya getirerek iletişim ve işbirliği içinde olmalarını temin etmek, her iki tarafın da tatmin olabileceği bir çözümde uzlaşmalarını sağlamaktır.²²² Aksi takdirde tarafların eşit muameleye maruz kalmamaları, eşit söz hakkına sahip olmamaları veya bir tarafın diğer tarafa nazaran ön planda tutulması gibi durumlarda, arabuluculuk kurumunun amacı olan tatmin edici bir çözüme ulaşmak mümkün olmayacaktır. Yine aynı Kanunun arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrasında da arabulucunun yükümlülükleri arasında taraflar

²¹⁹ Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara -2003; Hakan Pekcanıtez: Hukuki Dinlenilme Hakkı, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000, s. 753-791.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, **a.g.e.**, s. 323 vd.

²²⁰ Dür, **a.g.e.**, s. 263.

²²¹ Kekeç, **a.g.e.**, s. 133.

²²² Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 134.

arasında eşitliği gözetmesi gerektiği sayılarak eşitlik ilkesine açıkça vurgu yapılmıştır. Tüm arabuluculuk süreci eşitlik ilkesi gözetilerek hassasiyetle yürütülmelidir.

1.2.3. Gizlilik

Arabuluculuk kurumu için özel öneme sahip olan gizlilik ilkesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”* şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, arabulucu, arabuluculuk süresi boyunca taraflarca sunulan veya süreç içerisinde temin ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmalıdır. Ancak taraflarca bu durumun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da aksi kararlaştırılmadığı sürece ihtilafın tarafı olan kişiler ile arabuluculuk sürecinde rol alan üçüncü kişiler de gizliliğe uymakla yükümlü kılınmıştır.²²³ Hatta bu sorumluluk, arabulucunun yanında çalışan kişileri, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanları, Adalet Bakanlığı ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı görevlilerini de kapsamaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan gizliliğin ihlali hususunda uygulanacak yaptırım aynı kanunun 33. maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre gizlilik ihlali olduğuna dair bir şikâyetin bildirilmesi üzerine gizliliğin ihlal edildiğinin belirlenmesi sonucunda bu kurala aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile

²²³ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 640; Özbek, **a.g.e.**, s. 303.

cezalandırılır. Tarafların gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemelerin içeriği konusundaki beklentilerini üç başlık altında toplamak mümkündür:²²⁴

- Taraflar uyuşmazlığın kendisinin ve arabuluculuk sürecinin gizli kalmasını ve bu sayede kişisel ve ticari itibarlarının sarsılmamasını ve ilişkilerin devamını teminat altına almak isterler.
- Taraflar arabuluculuk yoluna başvurmakla, başvurudan öncesine oranla daha elverişsiz duruma düşmeme beklentisindedirler. Bu nedenle taraflar, müzakereler esnasında karşı tarafça edinilen ve başka şekilde ulaşılması ve ispatlanması mümkün olmayan bilgileri, uyuşmazlığa ilişkin detayları, anlaşma tekliflerini ve arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla düzenlenen belgeleri gizlilik kapsamında düzenleme ve gelecekte yargılama organları önüne taşınmasını önleme eğilimi içerisindedirler.
- Taraflar, arabulucunun müzakerelerde edindiği bilgilerin üçüncü kişilere ifşa edilmemesini güvence altına almak isterler. Ayrıca arabulucunun taraflarla özel oturumlar yapması halinde taraflar, arabulucunun özel oturumlar esnasında edindiği bilgilerin, tarafın açık rızası olmadıkça diğer tarafa açıklanmamasını da önemserler.

1.2.4. Beyan veya Belgelerin Kullanılmaması

Esasında gizlilik ilkesinin bir uzantısı niteliğinde olan beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkesi, arabuluculuk sürecinin olumsuz sona ermesi halinde açılacak hukuk davasında veya tahkim yoluna gidildiğinde geçerli olacak bir ilkedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 5. maddesinin 1. fıkrasında; “Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla

²²⁴ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 55.

ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.” hükmü yer almaktadır.

Bu ilke, arabuluculuk sürecindeki toplantılar ve müzakereler esnasında taraflarca sunulan görüş ve teklifler ile bu süreçte taraflarca kabul edilen iddia veya vakıalar ve yalnızca arabuluculuk metodu için hazırlanmış belgeler için şekline bakılmaksızın uygulama alanı bulacaktır. Madde gerekçesi göz önüne alındığında, tarafların kendilerini güvende hissetmelerini ve samimiyetle sürece katılmalarını sağlamak için bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hususa benzer bir uygulama da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda sulh görüşmeleri sırasında ikrarın tarafları bağlamayacağı şeklinde görülmektedir (HMK md. 188/3). Her iki düzenleme de bireyleri mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında güvende hissettirme amacını taşımaktadır. Maddenin 2. fıkrasında yer alan “Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.” düzenlemesi ile, yazılı ve sözlü tüm beyan ve belgeler koruma altına alınmıştır.

Arabuluculuk süreciyle alakalı kanunda belirtilen bilgilerin açıklanması, belgelerin ibraz edilmesi veya bunlar hakkında tanıklık yapılması herhangi bir yargılama aşamasında mahkeme, hakem veya bir idari kurum tarafından talep dahi edilemeyecektir.²²⁵ Hatta taraflardan biri bu yasağa aykırı davranarak söz konusu belgeleri yargılama sırasında mahkemeye delil olarak sunarsa, söz konusu belgelerin mevcut yargılamada hükme esas

²²⁵ Mert Namlı, “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, **TİSK**, 2016, s. 156.; Şahin, Çelik ve Ruhi, **a.g.e.**, s. 50.; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 29.

alınamayacağı da ilaveten Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, arabuluculuk toplantıları sürecinde ortaya konulan hiçbir belge veya beyanın, ileride tarafların aleyhine kullanılamayacağını garanti altına almaktadır.²²⁶

Söz konusu kanun maddesinin bir istisnası da mevcuttur. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.²²⁷

Bununla birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, birinci fıkroda belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyecektir.

1.3. Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri

1.3.1. Unvanın Kullanılması

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 6. maddesine göre, arabuluculuk siciline kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler. Arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri sadece sicile kayıtlı arabulucular kullanabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında, hukuk uyuşmazlıklarında arabulucular haricinde, taraflar arasında iletişim ve müzakere sürecini yürütmek üzere bir üçüncü kişinin görevlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti

²²⁶ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 31.

²²⁷ Özgür Oğuz, **Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul: Legal Yayınları, 2016, s. 3.; Kekeç, **a.g.e.**, s. 77.; Kaplan, **a.g.e.**, s. 137.

sırasında bu unvanını açıkça taraflara belirtmek zorundadır (HUAK md. 6/2). Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir (HUAK md. 6/3).²²⁸

Taraflar, aralarındaki ihtilafı çözme amacıyla aralarında anlaştıkları bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak görevlendirebilirler. Bir kimsenin arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı hak ve yetkileri kullanabilmesi için, Adalet Bakanlığı nezdindeki arabulucular siciline kayıtlı olması gerekir.

1.3.2. Ücret ve Masrafların İstenmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, arabulucu ücret ve masraflar için avans da talep edebilecektir. Arabulucu, arabuluculuk ücreti ve arabuluculuk süreciyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek diğer masraflar hakkında mümkün olan en kısa sürede tarafları bilgilendirmelidir. (TAEK md. 9/2).²²⁹ Bununla birlikte, şayet arabulucuk dava şartı olarak yürütülmekte ise taraflardan masraf talep edilemeyecektir (AAÜT md. 2/4).

Arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce arabuluculuk teklifinde bulunan taraf veya taraflardan ücret ve masraflar için avans isteyebilir. Bu çerçevede alınmış olan ücret arabuluculuk süreci sonunda alınacak arabuluculuk ücretinden mahsup edilecektir. Ancak arabuluculuk sürecinin başlamaması durumunda bu ücret iade edilmeyecektir. Arabulucu tarafından kullanılmayan masraf miktarı ise arabuluculuk süreci sonunda iade edilir

²²⁸ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete, Çevrimiçi, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622.htm>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

²²⁹ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, Çevrimiçi, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

(HUAK Yönetmeliği md. 9/2). Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır (HUAK md. 7/2).

Taraflar, arabuluculuk ücreti ve avanstan hangi ölçüde sorumlu olacaklarını kendileri de kararlaştırabilirler. Ancak, böyle bir kararlaştırma söz konusu değilse, ücret ve masraflara taraflar eşit şekilde katlanacaktır. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, ücret ve masrafa eşit katlanmaları arabuluculuğun amacına da uygundur. Zira, bu uyuşmazlık çözüm yolunda, bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybetmesi değil, her iki tarafın kazançlı çıkması ve ortak menfaatlerin korunması amaçlanmaktadır. Arabulucu, tarafların kendi aralarında eşit olmayan miktarda ücret ödemesini kabul ettiği hâllerde; tarafsızlığından ödün vermemeli, fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır (TAEK m. 9/5).

Arabuluculuk faaliyetine başladıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı hususu ortaya çıkar ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise, sonradan ortaya çıkan bu durumla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, aksi kararlaştırılmadıkça, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır (AAÜT m. 4/2).²³⁰

1.3.3. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurulması

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında, arabulucuya, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşme ve iletişim kurma hak ve yetkisi verilmiştir. Bu görüşme ve iletişimin birlikte mi, ayrı ayrı mı gerçekleşeceği,

²³⁰ Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, Çevrimiçi, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/15120210754222020%20Y%C4%B1%C4%B1%20Arabuluculuk%20Asgari%20%C3%9Ccret%20Tarifesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.09.2020)

yürütülen faaliyetin özelliği ve tarafların durumu ile ilgili olacaktır. Sadece görüşme değil, ondan daha geniş olan iletişim kurma ifadesine özellikle yer verilmiştir. Çünkü, sağlıklı iletişim, arabuluculuk yönteminin temelinde yatan anlayışı ifade etmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre arabulucu bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir. Özellikle tarafların yüz yüze süreci yürütmelerinin mümkün olmadığı veya menfaatlerinin gerektirdiği hallerde arabuluculuk süreci telekonferans aracılığı ile yürütülebilecektir. Bunun yanında telekonferans yöntemi arabuluculuk sürecini bir formaliteye dönüştürmek amacıyla kullanılmamalı ve süreç yönetiminden sorumlu olan arabulucu da tarafların bu yöndeki taleplerini irdeleyerek kabul etmelidir.

Arabulucu, tarafların her biri ile özel oturum olarak da ifade edilen ayrı ayrı görüşmeyi genellikle üç durumda ve onların süreç içerisinde aktif rol almasını sağlamak amacıyla kullanır. Bu durumlardan birincisi, tarafların yaşanan olaya eşlik eden duygularını ortaya koyarken öfkelerini kontrol edememeleri ve aralarındaki tansiyonun yükselmesi durumunda, tansiyonu düşürmek ve tarafları arabuluculuk konusunda bilgilendirip cesaretlendirmek; ikincisi, tarafların mahkemedeki yargılama sürecinden beklentilerinin yeterli hukuki dayanak olmaksızın artması durumunda tarafları arabuluculuk konusunda bilgilendirip cesaretlendirmek; üçüncüsü, normal koşullarda tarafların birlikte görüşmelerde rahatsız olabilecekleri çıkarlarına odaklanmalarını sağlayan soruları sormak ve risk analizi yapabilmelerine yardımcı olmaktır.

Arabuluculuk sürecinde taraflardan biriyle özel olarak oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, tarafın rızası hilafında, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktarmamalıdır (TAEK md. 6/3). Bu bağlamda, arabulucu, özel oturumun sonunda hangi konu başlıklarının ortak oturumda paylaşılabileceğini sormalı ve bu konuda tarafın açık rızasını almalıdır. Arabulucu,

arabuluculuk faaliyetine ilişkin işlem ve eylemlerin doğru uygulandığına dair sürecin başlangıcından sona ermesine kadar önemli hususları belgelendirir. Arabuluculuk sürecinde düzenlenen tutanaklar ve belgeler arabulucu, taraflar ile varsa tarafların kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Şayet tutanak ve belgeler, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmaz ise sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır (HUAK Yönetmelik md. 10/2)²³¹

1.3.4. Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi

Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir (HUAK md. 9/1). Arabulucu görevini kısmen dahi olsa bir başkasına devredemez (HUAK Yönetmeliği md. 11/1). Arabulucu, görevini makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirmelidir (TAEK md. 5/1). Arabuluculuk faaliyeti her iki tarafın güvenliğini korumayı gerekli kılmaktadır. Bu da ancak, arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkündür. Aksi hâlde, sürecin sağlıklı işlemesi söz konusu olamaz.

Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Arabulucu, kendisinin davranış ve görüşündeki tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da bu tür şeyler kabul etmemelidir (TAEK md. 3/3). Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini en baştan reddetmeli veya sonradan ortaya

²³¹ 02.06.2018 tarih ve 30439 sayılı Resmî Gazete, Çevrimiçi, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602.htm>, (Erişim Tarihi: 12.08.2020)

çıkan durumlarda hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir (TAEK md. 3/4). Arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sürecini arabuluculuğa uygun tarafsız bir yerde yürütmelidir (TAEK md. 3/6).

Arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışması bulunmamalıdır. Arabulucu, taraflar ile arasında menfaat ilişkisi veya çatışması bulunduğu görünümü vermekten kaçınmalıdır (TAEK md. 4/1). Arabulucu ile taraflar arasındaki menfaat ilişkisi veya çatışması, tarafların arabuluculuğa başvurmasından sonra ortaya çıkabileceği gibi; arabulucu ile taraflar arasındaki mevcut veya geçmişteki, kişisel ya da mesleki herhangi bir ilişkiden dolayı önceden de var olabilir (TAEK md. 4/2). Arabulucu, kendisi tarafından makul koşullarda bilinebilecek ve tarafsızlığı hakkında şüphe uyandırabilecek, doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışmaları hakkında, mümkün olan en kısa sürede tarafları bilgilendirmelidir (TAEK md. 4/4).

Arabulucu, görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez (HUAİ md. 9/4). Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir (TAEK md. 4/6, c. 2).

1.3.5. Reklam Yasağı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaklanmıştır. Bununla birlikte, arabulucuların dürüstlük kuralına aykırı olmamak ve haksız rekabet oluşturmamak koşuluyla tanıtım yapmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Arabuluculuk, bağımsız bir meslek olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, bağımsız bir kanunu, yönetmeliği, etik kuralları, asgari ücret tarifesi olan arabuluculuk mesleği, avukatlık mesleğinden tamamen ayrı bir meslektir. Arabulucuların tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu ve avukat unvanlarını aynı anda kullanabiliyor olmaları, kendilerinin tanıtımı çerçevesinde mekândan ve zamandan tasarruf bakımından önem taşımaktadır.

1.3.6. Tarafların Aydınlatılması

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. Arabulucu, arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan anlaşma belgesi ile icra edilebilirliğin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında tarafları bilgilendirir.

Sicile kayıtlı olarak arabuluculuk faaliyetini yürüten ve bu unvanı kullanan arabulucu, yürüttüğü faaliyet konusunda önemli bilgi ve tecrübeye sahiptir. Bu sebeple arabulucu, tarafları faaliyetin başında aydınlatmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, arabuluculuğun esasları, sürecin işlemesi ve sonuçlarını kapsamaktadır. Faaliyet hakkında yeterince bilgi sahibi olan taraflar, bu süreci daha iyi kavrayacak ve bu faaliyet daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilecektir. Arabulucunun, aydınlatma yükümlülüğü, başlangıçta mutlaktır, ayrıca süreç içinde de gerekli durumlarda, bilgilendirme ve aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır. Özellikle, sürecin aksamaya başladığı anlarda ve durumlarda, bu husus daha da önem kazanmaktadır. Zira, arabulucunun en önemli görevi, anlaşma için diyalog zeminini korumak, tarafları müzakereye hazır şekilde masada tutmaktır.²³²

²³² Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 125.

Taraflar, arabulucunun eğitimi, tecrübesi ve arabuluculuk sürecini yürütmedeki mesleki yeterliliği ile ilgili bilgilere rahatça erişebilmelidir (TAEK m. 7/4).

1.3.7. Aidat Ödenmesi

Arabuluculardan Maliye Bakanlığı'na ödenecek şekilde, sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır (HUAK md. 12/1, HUAK Yönetmeliği md. 14/1, c. 2). Bu kapsamda alınan her iki aidat genel bütçeye gelir kaydedilir (HUAK md. 12/2). Aidat tutarları her yıl güncellenerek Kurul tarafından belirlenir ve yıllık aidat her yılın Haziran ayı sonuna kadar ödenir (HUAK Yönetmeliği md. 14/2, 14/4).

2. İhtiyari Arabuluculuk

Bilindiği üzere arabuluculuk temelde tarafların iradeleri²³³ doğrultusunda sonuca varmayı hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözümü olup 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu genel olarak ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin b bendinde arabuluculuğun ihtiyari²³⁴ olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiş ve Türk Hukuku açısından arabuluculuk temelinde tarafların iradeleri esas alınmıştır.²³⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında da arabuluculuktaki ihtiyarilik ilkesi tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest

²³³ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 186.

²³⁴ Orhan Dür, **a.g.e.**, s. 131.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 186-187; Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 126-127.

²³⁵ Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 201.

oldukları belirtilerek açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede tarafların iradesi ile başlatılan arabuluculuk süreci ihtiyari arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır.

Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olup bu kapsamda başlatılan ve sonuçlanan bir arabuluculuk sürecine ihtiyari arabuluculuk denir. Taraflar, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşmalıdırlar. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı bulunmaktadır. Nitekim yargılama esnasında kötü niyetle dava açan veya dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucunu doğurmamalıdır. Aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelebilir. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olunduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve anlaşmaya gidecek bir müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Taraflar, sürecin iradi olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler.²³⁶

Arbuluculuk faaliyetinin iradilik ilkesinin bir sonucu olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, zira tarafların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da tarafların isteğine bağlı olacaktır. Uyuşmazlık tamamen çözülebileceği gibi, kısmen de

²³⁶ İlker Koçyiğit, İzzet Yeşilkaya, **Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, 2020, s. 95.

hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (HUAK md.16/1; Yönetmelik md. 19/1).

İhtiyari arabuluculukta dava öncesi ve dava sırasında arabuluculuk sürecinin başlaması ile süreler durur. Arabuluculuk sürecinin başlamasından, sürecin sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK md.16/2; Yönetmelik md. 19/2). Sürecin sonra ermesinden itibaren duran süreler yeniden işlemeye başlar. Değişik bir ifade ile arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süreler, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesabında dikkate alınmayacaktır.

Sürenin başlangıç anı, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanması açısından önem arz eder. Zira arabuluculuk sürecinin başlaması ile birlikte zamanaşımı süresi durur; hak düşürücü süreler işlemez (HUAK md. 16/II). Davanın açılmasından sonra arabulucuya başvurulması halinde yargılama mahkemece 3 aya kadar ertelenir. Tarafların müştereken talep etmeleri halinde bu sürenin 3 ay daha uzatılabilmesi mümkündür (HUAK md. 15/V).

2.2. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

Arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği konusu ise tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15.

maddesi uyarınca taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usûlünü serbestçe kararlaştırabilirler. Arabulucu yahut tarafların herhangi bir usule bağlı olmaması da yine arabuluculuğun iradi ve tarafların tasarrufunda olması niteliği gereğidir. Bu sebeple görüşmelerin nerede, ne zaman, hangi süre içerisinde yapılacağı konusu da tamamen tarafların iradesine göre belirlenir. Şayet taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; tarafların taleplerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Ancak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme ile bir sınırlama getirilmiş *"Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz."* hükmüne yer verilmiştir. Bu sebeple örneğin, arabulucunun tanık dinlemesi, keşfe gitmesi, dosyanın bilirkişiye sevkine karar verebilmesi mümkün değildir.

Arabulucuya başvurudan başlayıp, arabuluculuğun sonuçlanmasına kadar yapılan tüm faaliyetlere arabuluculuk süreci denir. Arabuluculuk süreci bir yargılama süreci değildir. Ancak arabuluculuk süreci de yargılama sürecinde olduğu gibi belirli aşamalardan oluşur. Dava aşamaları, birbirini takip eden ve her bir aşama bir sonraki aşamaya hazırlık niteliğinde aşamalardır. Bir aşama tamamlanmadan diğer aşamaya geçilemez. Arabuluculuk süreci ise, dava aşamalarından farklı olup, kuralları olmakla birlikte daha esnek bir süreçtir. Taraflar arabuluculuk aşamalarında irade özgürlüğüne sahip olduğundan, aşamalar ve aşamaların yönetiminde taraf iradeleri esas alınır.

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar taraflara geniş bir özgürlük tanınmıştır. Özellikle tarafların amaçları, beklentileri, uyuşmazlığın kendine has özellikleri ile arabulucunun özel yetenekleri ve uyuşmazlık çözme becerisi, arabuluculuğa yön vermektedir. Arabuluculuk, her uyuşmazlıkta farklı bir yönde gelişir;

ancak yöntemin aşamaları ve süreçleri açıktır. Bu bağlamda arabulucu, sürecin yönetilmesinden, farklı aşamalarda tarafların yönlendirilmesinden, farklılıkların üstesinden gelinmesinden ve aralarındaki iletişimin olumlu bir şekilde kurulmasından sorumludur.

Arabuluculuk süreci yol haritası, hazırlık basamakları ve arabuluculuk oturum basamaklarından oluşur. Hazırlık basamakları kendi içinde, taraflarla ilk temas gerçekleştirme, geçmişe ait bilgileri toplama ve analiz etme, ön arabuluculuk planını düzenleme aşamalarından oluşur. Arabuluculuk oturum basamakları ise, arabuluculuğa başlama, tarafların başlangıç bakış açılarını sunma ve bir gündem oluşturma, sorunlar, çıkar ve gereksinimler hakkında eğitim ve çözümlenecek sorunların çerçevelendirilmesi, seçenek üretme ve sorun çözme, anlayış ve anlaşmalar için değerlendirme ve düzeltme anlayış ve anlaşmaları uygulama ve izleme, gelecekte ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözmek için yöntemler geliştirme, anlaşmaya varma ve müzakerelerin son aşamalarından oluşur. Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu taraflara bir çözüm önerisinde bulunabilecektir.

2.3. Arabuluculuğun Sona Ermesi

Arabuluculuk sözleşmesi ile tarafların istediği sonuç, mahkemede olduğundan daha barışçıl bir yöntemle mutabakata varmaktır. Yani, arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar karşılıklı olarak arabuluculuk sürecine başvuru ve bunu anlaşma veya anlaşmama şeklinde sonuçlandırma sorumluluğunun altına girmektedir.

Arabuluculuk sürecinin nasıl sona ereceği konusu ise yine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, aşağıda belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir:

- a) Tarafların anlaşmaya varması,
- b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi,
- c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi,
- ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi,
- d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi,

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimi, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, düzenlediği tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe göndermek zorundadır. Uygulamada dosyalar fiziken gönderilmemekte, UYAP sistemi üzerinden Arabulucu Portala yüklenmektedir.

2.4. Tarafların Anlaşması

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesi, arabuluculuk görüşmeleri sonunda tarafların anlaşmaya varmaları halinde, bir anlaşma belgesi hazırlanmasını öngörmektedir. Buna göre kapsamı tamamen tarafların iradelerine göre belirlenen söz konusu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir. Kanun koyucu, anlaşma belgesinin imzalanmasından söz ettiğine göre, anlaşma belgesinin yazılı şekilde yapılması gerekir.

Her iki taraf kendisini arabuluculuk sürecinde bir avukat aracılığı ile temsil ettirmişse, taraflar ile avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesi, başkaca bir şart aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır. Buna karşılık, taraflar bizzat arabuluculuk görüşmelerini yürütmüş ve anlaşma sağlanmışsa, söz konusu anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde kabul edilebilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Söz konusu şerh, henüz dava açılmamışsa, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden istenir. Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmuşsa şerh, davanın görüldüğü mahkemeden istenir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, anlaşma belgesinin kapsamına giren konularda tekrar dava açılmaz. Kazan-kazan temeli üzerine kurulu bir arabuluculuk görüşmesinde, mutlaka her iki tarafın da bir menfaati karşılanır. Bu takdirde imzalanan anlaşma belgesi kanaatimizce, bütün unsurları taşıması sebebiyle adi sulh sözleşmesi niteliğini haizdir. Zira, tarafların arasında belirli bir hukuki ilişki bulunmaktadır. İkincisi, tıpkı adi sulh sözleşmesinde olduğu gibi, arabulucunun önünde akdedilen ve anlaşma belgesi adı verilen bu sözleşmede de taraflar uyuşmazlığın çözümü için karşılıklı fedakârlıkta bulunmaktadır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, menfaatlerinin sağlanmasını isteyen her iki taraf da fedakârlıkta bulunmayı yani menfaatlerin dengelemesini göze alır. Keza Hukuk

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde, arabuluculuğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabileceğinin belirtilmesi de adi sulh sözleşmesi niteliği ile örtüşmektedir. Dolayısıyla, söz konusu anlaşma belgesi, maddi hukuk anlamında sulh sözleşmesi olup bunun kurulması ve geçerliliği Türk Borçlar Kanunu'na göre belirlenir.

Bu sözleşmenin arabulucunun huzurunda yapılıyor olması veya icra edilebilirlik şerhi ile birlikte ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tabi olması da onun hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Arabulucunun varlığı, bu sözleşmenin anlaşma belgesi olarak nitelendirilmesinde ve ileride bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmesinde önem taşır. Taraflar söz konusu anlaşma belgesini mahkemeye ibraz ederek buna göre hüküm kurulmasını isteyebilir veya anlaşma belgesi uyarınca karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini talep edebilir. Netice itibarıyla dava ve taraflar arasındaki uyuşmazlık kesin hüküm gibi sonuç doğuran belge ile sona ermiş olur. Bu aşamadan sonra icra edilebilirlik şerhi alınması da mümkün olamaz. Zira artık tarafların icra edilebilirlik şerhi talep etmek noktasında hukuki yararları yoktur.²³⁹

3. Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk

Dava şartı olarak arabuluculuk kavramı hukukumuzda ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile girmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava

²³⁹ Bu yönde ;Temyiz aşamasında davacı vekilinin arabuluculuk kapsamında davalıyla anlaştıklarını beyan eden dilekçeyi Dairemize gönderilmiş olup arabuluculuk tutanağının sulh sözleşmesi niteliği olduğundan ilgili tutanağın 6100 Sayılı 111 HIVİK;nun 314 315 maddeleri kapsamında değerlendirme olarak varsa tutanak getirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. 9. HD, 11.04.2018, E.2015/15597, K. 2018/8359.

şartı olarak kabul edilmiştir.²⁴⁰ Başlangıçta HUAK ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiş olup, daha sonra kabul edilerek yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile iş uyuşmazlıklarında, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi ile bazı ticari uyuşmazlıklarda ve son olarak 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hukuk sistemimize dâhil olmuştur.²⁴¹

7036 sayılı Kanunun arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra bu alandaki başarılı uygulama dikkate alınarak 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile benzer bir düzenleme yapılmış ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi uyarınca Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.²⁴² Bu düzenleme de 1.1.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru yapılmasına dair dava şartı incelemesi usulüne ilişkin düzenleme ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri usul hukukuna ilişkin olup,

²⁴⁰ İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (İMK md. 3/3). Ancak, taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilirler.

²⁴¹ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 93.

²⁴² İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları. 2019. s. 47.

arabuluculukla yakın ilişki içinde olmalarına rağmen bu yöndeki düzenlemelerin bir kısmı temel arabuluculuk kanunu olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bir kısmı ise maddi hukuka ilişkin düzenlemeler ile mahkeme kuruluş kanunlarında yer almaktadır.²⁴³ Bu dava şartına ilişkin incelemenin, temel arabuluculuk kanununa alınmasının nedeni, ileride dava şartı arabuluculuk kapsamının genişletilmesi amacı ile yapılacak yasama çalışmalarında, ilgili kanuna dava şartı olduğuna ilişkin bir ekleme yapılması ile yetinilmesi amacından kaynaklanmaktadır.²⁴⁴

Nitekim, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hukuk sistemimize dâhil olmuştur.

Görüleceği üzere kanun koyucu, arabuluculuk uygulamasının sonuçlarını, uyuşmazlıkların çözümüne etkisini, adliyelerin iş yükünü takip ederek arabuluculuğu yaygınlaştırmayı hedeflemektedir. Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması yönünde çalışmaların olduğu bilinmektedir.

Zorunlu arabuluculuk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 8/A maddesinde dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dava şartı, bir davanın mahkemeler tarafından incelenerek hükme bağlanmasını engelleyen, taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen ve mahkemeler tarafından yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gereken hususları ifade etmektedir.²⁴⁵ Dava şartı, mahkemenin

²⁴³ Bursa BAM 3.HD, 2018/4550, 2019/850, 15.4.2019 tarihli Kararı (Yayınlanmamıştır); İstanbul BAM 30.HD, 2018/1446, 2019/639, 12.4.2019 tarihli Kararı (Yayınlanmamıştır).

²⁴⁴ Koçyiğit, Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 103.

²⁴⁵ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.b., Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 202.; İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7.b., İstanbul

davayı esası bakımından değerlendirmesi ve yargılamayı yürütmesi için olması veya olmaması gereken hususlar olarak da ifade edilebilir. Dava şartlarının varlığı mahkeme tarafından resen dikkate alınır ve taraflar bir dava şartının bulunmamasına rıza gösterebilirler dahi mahkeme davanın esasını inceleyemez ve davayı usul yönünden reddeder.²⁴⁶ Dava şartı davanın açılabilmesine engel olmayıp bulunmadığı takdirde mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapmasını engellemektedir.

Dava şartlarının varlığı halinde mahkeme tarafından esasa geçilerek inceleme yapılabilir ve dava hakkında karar verilebilir. Genel dava şartları HMK md.114'te düzenlenmiştir. Bunun yanında bazı kanunlarda düzenlenmiş olan özel dava şartları da bulunmaktadır. Örneğin tasarrufun iptali davasında özel dava şartı olarak davanın esasının incelenmesi için davacının takip borçlusuna karşı geçici veya kesin aciz vesikası alması gerekmektedir. Dava şartının yanı sıra davanın esasının incelenmesini engelleme işlevi olan dava engelleri, bir diğer ifadeyle ilk itirazlar da bulunmaktadır. İlk itiraz gerçek anlamda dava şartı niteliğine sahip değildir.²⁴⁷ İlk itiraz; mahkeme tarafından resen dikkate alınmayan, davalı tarafından belirli bir cevap süresi içerisinde ileri sürüldüğü takdirde mahkeme tarafından dikkate alınan, belirli usul süreci dışında ileri sürülemeyen ve kanunda sınırlı olarak sayılan hallerden ibaret kavramdır. İlk itirazlar HMK'da sınırlı olarak belirtilmiştir. Buna göre, ilk itiraz halleri kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı ve iş bölümü itirazıdır. Zorunlu arabuluculuk kanunda dava şartı olarak nitelendirilmiştir. Bir görüşe göre arabulucuya başvuru; mahkemeye, taraflara veya dava konusuna ilişkin bir mesele değildir ve bunların içerisinde değerlendirilememesi gerekir ve bu doğrultuda

2015, s. 206. ; Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku**, 2.b., Ankara, 2018, s. 636. ; Ramazan Arslan vd., **Medeni Usul Hukuku**, 5.b., Ankara, 2019, s. 289.

²⁴⁶ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, 2001, s. 1344.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 637.

²⁴⁷ Kuru, **a.g.e.**

düzenlemenin yeniden ele alınması gerekir.²⁴⁸ Arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak değerlendirilmesinden ziyade dava engeli olması daha savunulabilir bir durumdur. Bunu en güzel açıklayan örnek ise ilk itiraz konusu olan tahkim şartıdır.²⁴⁹ Arabuluculukta da tahkim gibi ilk itiraz olarak arabuluculuğa başvurulmadığı ileri sürülebilirdi. Ancak bu halde de taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin varlığının aranması gerekeceği kanaatindeyiz. Zira tahkim bakımından ilk itirazda bulunulabilmesi için taraflar arasında münakit geçerli bir tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının varlığı aranmaktadır (HMK md.413). Ancak zorunlu arabuluculuk için arabuluculuk sözleşmesinin varlığı aranmamaktadır. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk ilk itiraz olarak ileri sürülen tahkim şartından ayrılmaktadır. Bununla birlikte kanunda da açıkça dava şartı olarak öngörüldüğünden zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi ve bu yönde uygulanması gerekmektedir.²⁵⁰

3.1. Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru

Bakanlık tarafından uygun görülen adliyelerde arabuluculuk büroları, arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuştur.²⁵¹ Adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından, sadece bu bürolarda çalışmak üzere bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel görevlendirilir. Arabuluculuk büroları, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece

²⁴⁸ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 154.

²⁴⁹ **a.g.e.**

²⁵⁰ Abdullah Berat Memiş, **Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Usulü**, İstanbul, Ocak 2020, s. 6.

²⁵¹ Güncel adliye arabuluculuk bürolarının listesine erişmek için (Çevrimiçi) <http://www.adb.adalet.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir.²⁵²

Başvuru, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Bu düzenlemeye göre başvuruyu yapan uyuşmazlığın tarafı, davada olduğu gibi arabulucu atamasını yapacak olan adliye arabuluculuk bürosu veya ilgili yazı işleri müdürlüğünü seçerken dikkatli davranmalı ve davaya ilişkin yetki düzenlemelerini dikkate alarak doğru yere başvuru yapmalıdır. Aksi halde uyuşmazlığın karşı tarafınca yetki itirazında bulunulması gündeme gelebilecektir.

Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna yapılır. Adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde, büronun görevini, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü yerine getirir. Tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvuru esas alınır. Başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir. Arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenir. Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

Arabulucu görevlendirilmesi için büroya müracaat eden tarafın, kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini büroya vermesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Özellikle başvuran tarafın, uyuşmazlığın diğer taraf ya da taraflarına

²⁵² Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 51.

ait iletişim bilgilerini tam olarak bilemeyecek durumda olması ihtimaline binaen büroya, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırma yetkisi de verilmiştir. Aksi takdirde süreç gereksiz yere uzayacağı gibi masrafların artması da söz konusu olacaktır.²⁵³ Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.²⁵⁴

3.2. Dava Şartı Arabuluculukta Arabulucunun Görevlendirilmesi ve Yetki

Dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucu ataması adliye arabuluculuk bürolarınca, büro bulunmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlerince yapılır. Arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir ve başvuru sonrası listeden bir arabulucu ataması yapılır.

Seri uyuşmazlıklar, adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanan aynı arabulucuya tevdi edilir. Seri uyuşmazlığın sayısı ve puanlama usulü Arabuluculuk Daire Başkanlığınca belirlenir. Adliye arabuluculuk bürosunca yapılan atamalarda her dosya için arabulucuya puan verilir, puanlama ve atama usulü ile performans kriterleri Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından belirlenir.²⁵⁵

Dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez. Arabulucu kural olarak, büro tarafından ve komisyon başkanlıklarına

²⁵³ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 103, 105.

²⁵⁴ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 164.

²⁵⁵ (Çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarbuluculuk.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

bildirilen listeden belirlenecektir. Ancak uyuşmazlığın, her iki tarafının birlikte belirlediği arabulucu huzurunda uyuşmazlığın müzakere edilmesinin, anlaşma ihtimalini artırması beklenmektedir. Tarafların büroya başvurmadan önce aralarında görüşüp listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmalarına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculuk kapsamında taraflar listede yer alan bir arabulucu üzerinde anlaşmış iseler iradelerine üstünlük tanınacak ve o kişi büro tarafından görevlendirilecektir.²⁵⁶ Bu durumda tarafların bizzat başvurusu veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla birlikte üzerinde anlaşılan arabulucunun, tarafların mutabakatını adliye arabuluculuk bürosuna bildirmesi yöntemiyle üzerinde anlaşma sağlanan arabulucu görevlendirilecektir. Taraflar birbirleri ile arabulucu seçimi konusunda hiçbir görüşme yapmadan doğrudan büroya müracaat edildiği takdirde, listeden bir arabulucu görevlendirilecektir.

Taraflarca aksi hakkında bir karar verilmedikçe, arabuluculuk süreci, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür (HUAK md. 18A/17). 6325 sayılı Kanunun 20. maddesinin dördüncü fıkrası ile Arabuluculuk Daire Başkanlığının, sicile kayıtlı arabulucuları, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeleyeceği ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına göndereceği, bir arabulucunun en fazla üç komisyon listesine kaydolabileceği hükme bağlanmıştır. Arabulucunun listesine kaydolduğu üç komisyonun, arabulucunun fiilen çalıştığı yerin dışında bir yer olması ihtimaline binaen görüşmelerin nerede yürütüleceği konusunda belirsizlik gündeme gelebilecektir. Bu düzenleme ile arabuluculuk görüşmelerinin yapılacağı yer konusundaki belirsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca tarafların arabulucunun fiilen görev yaptığı yere gitmek zorunda kalmasından kaynaklanabilecek sorunların da önüne geçilebilecektir. Bununla birlikte, görüşmeler

²⁵⁶ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 107,108.

devam ederken tarafların anlaşarak başka bir yerde görüşmeleri sürdürme kararı vermeleri de mümkündür.

3.3. Dava Şartı Arabuluculukta Arabuluculuk Faaliyeti ve Sürelere Etkisi

İhtiyari arabuluculuk süreci ile dava şartı arabuluculuk süreci aşamaları arasında genel anlamda bir fark yoktur. Tek fark sürecin başlatılması noktasındadır. Dava şartı arabuluculukta da arabuluculuk süreci, hazırlık, başlangıç, inceleme/araştırma, müzakere ve sonuç aşamalarından oluşur. Söz konusu aşamalara ilişkin daha önce izahat verilmiş olup ilaveten açıklama yapılmayacaktır. Bununla birlikte dava şartı arabuluculuk süreci, ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak azami bir süre ile sınırlandırılmıştır. Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulamasında arabulucunun görevlendirildiği tarihten başlayarak altı hafta içinde arabuluculuk faaliyetinin sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta daha uzatılabilecektir. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulamasında ise, arabulucunun görevlendirildiği tarihten başlayarak üç hafta içinde arabuluculuk faaliyetinin sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta daha uzatılabilmesi mümkündür.

Söz konusu sürelerin sonunda, taraflarca anlaşmaya varılmış veya taraflara ulaşılamamış veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamamış veya müzakerelere rağmen taraflar anlaşmamış ise arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyetine son verilir ve son tutanak düzenlenir. Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları hâlinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir. Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları

hâlinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir ve ücret taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınır.

Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda süreç arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması ile başlar. Adliye arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.²⁵⁷

3.4. Dava Şartı Arabuluculukta Arabuluculuk Ücreti ve Giderler

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ve aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, tarifenin birinci kısmında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz (HUAK md. 18A/12; HUAK Yönetmeliği md. 26/1).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı tarifenin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saate kadar olan ücret tutarı tarifenin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden, iki saati aşan kısma ilişkin ücret ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak tarifenin birinci kısmına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (HUAK md. 18 A/13). Bu tutar ileride açılacak davanın sonunda davayı kaybeden tarafa yargılama gideri olarak yüklenecektir. Şayet taraflardan

²⁵⁷ Koçyiğit, ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 117.

biri arabuluculuk sürecine hiç iştirak etmedi ise, davanın sonunda haklı çıksa dahi yargılama gideri olarak arabuluculuk ücretine katlanmak zorundadır.

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda kısmen anlaşmaları hâlinde, sadece anlaşma son tutanağı ve taraflar isterlerse anlaşma belgesi düzenlenir. Bu durumda, arabulucunun ücreti tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde ödenecek ücret uyarınca hesaplanır ve taraflarca karşılanır. Bununla birlikte, üzerinde anlaşma sağlanamayan hususları içerecek şekilde anlaşamama son tutanağı düzenlenmez ve Adalet Bakanlığı bütçesinden ödeme yapılmaz. Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334 ila 340. maddeleri kıyasen uygulanır.

3.5. Dava Şartı Arabuluculuğun İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacze Etkisi

Geçici hukuki koruma yöntemlerinden olan; ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz birbirinden farklı iki yöntemdir. İhtiyati tedbir, para dışındaki mal, hak ve alacaklar için kabul edilmiş bir geçici hukuki koruma olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389 vd. maddelerinde düzenlenmişken; ihtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin bir geçici hukuki koruma olup kural olarak İcra ve İflâs Kanunu’nun 257 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Dava Şartı Arabuluculukta dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 397. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen iki haftalık, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 264. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yedi günlük dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez. Bu düzenlemeye göre, ticari dava niteliğindeki bir uyuşmazlıkla ilgili dava

açılması gereken hallerde dava öncesi dava şartı arabuluculuk kapsamında adliye arabuluculuk bürosuna başvuru tarihinden son tutanağın düzenlendiği tarihe kadarki süreler, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararının uygulanmasından sonra, kararların ayakta kalabilmesi için zorunlu olan dava açılması için aranan sürelerin hesabında dikkate alınmaz.²⁵⁸

Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan herhangi bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, dava açılmadan önce değişik iş kayıtlarından yapılan geçici koruma niteliğinde olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri, dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talepleri, davadaki taleplerden bağımsız geçici koruma niteliğinde olmakla arabulucuya başvuru dava şartı aranmaksızın bu taleplerin incelenmesi gerekir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir ticari dava ile ilgili olarak davacı tarafça, 1.1.2019 tarihinden sonra, tutanağını dava dilekçesine ekleyerek dava açılabilir. Bu husus bir özel dava şartıdır. Ancak arabuluculuk sürecinde geçen zaman zarfında uyuşmazlığın taraflarının geçici korumaya ihtiyaçları gündeme gelebilecektir. Arabuluculuk sürecinde yargılama yapılmadığından ve bir yargısal yetki kullanımına ilişkin olan ihtiyati tedbir ve haciz kararları arabulucu tarafından verilemeyeceğinden dava açılmadan önceki süreçte bu tür talepler için mahkemelere başvuru yapılabilecektir. Ancak bilindiği üzere davadan önce mahkemelerce verilen geçici koruma tedbirlerinden olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmasından sonra kanun ile belirlenen süreler içinde dava açılmaması halinde tedbir ve haciz kararları kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bir taraftan uyuşmazlık ticari dava niteliğinde olduğu için dava açılmaması, diğer taraftan ise dava öncesi alınan geçici korumaların kendiliğinden

²⁵⁸ (Çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf> , (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

ortadan kalkması gibi, ciddi hak kayıplarına yol açacak bu durum HUAK md. 18A/16. düzenlemesi ile ortadan kaldırılmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus HUAK md.18A/16 düzenlemesi ile korunan süreler dava açılmasına ilişkin süreler olup kararların uygulanmasına ilişkin kanunda (HMK md.393/1 ve İİK md.261/1) yer alan sürelerle bir etkisi yoktur. Bir başka ifade ile korunan süreler ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarından sonra bu kararların uygulanmasına ilişkin süreler değildir. Bu sebeple bu kararların süresi içinde uygulaması gerekmektedir. Aksi halde süresi içinde dava açılabilir kararların kendiliğinden ortadan kalkması gündeme gelebilir.

Geçici koruma tedbirlerinden olan delil tespiti halinde ise tespit edilen delille ilgili kanunla belirlenen bir dava açma süresi bulunmadığından benzer bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır. Tespit edilen delile, bir ispat vasıtası olmakla ilerde açılacak davada, herhangi bir süre sınırlaması olmadan her zaman dayanılması mümkündür.²⁵⁹

3.6. Dava Şartı Arabuluculuğun Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Etkisi

HUAK md. 18/A fıkra 18 düzenlemesine göre, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 413. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim

²⁵⁹ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.** s. 113, 114, 115.

itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler de uygulanmaz. Ancak, taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilirler.

3.7. Dava Şartı Arabuluculuğun İcra ve İflâs Hukukuna Etkisi

Konusu para veya teminattan başka bir şey olan alacaklar için ilâmlı icra yoluna başvurulması zorunludur. Konusu para veya teminat alacağı olan alacaklar için, ilâmsız icra yoluna başvurmak istemeyen alacaklı da önce mahkemeden bir ilâm alıp daha sonra ilâmlı icra takibi yapabilir. Ne var ki para veya teminat alacakları için ilâmlı icra takibi yapmak zorunlu değildir.

Genel haciz yoluyla takip (İİK md. 46-144), kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip (İİK md. 167-176) ve kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi (İİK md. 269-276) hükümleri uyarınca takip başlatmadan önce, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, arabuluculuğa başvuru bir takip şartı olarak düzenlenmemiştir. Kaldı ki ilâmsız icra yoluyla takibin aslında geniş anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu da ifade edilmektedir. Ancak, taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilirler.

Bununla birlikte, genel haciz yoluyla takipte ödeme emrine itiraz edildiğinde İİK md. 67 uyarınca itirazın iptali davası açılmadan önce, uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı değerlendirme aşağıda ayrı başlık altında yapılacaktır. İİK md. 68- 70 uyarınca icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talebinde bulunulması tercih edildiğinde ise, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Zira itirazın kaldırılması bir dava olmadığı gibi takip hukukuna özgü bir yoldur. Ayrıca itirazın

kaldırılması yolunda, sınırlı bir inceleme yapılmaktadır. Takip alacaklısı ve borçlusu, ispat faaliyetini belli belgelerle yerine getirir. Kapsamlı olmayan inceleme sonucunda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesinde ödeme emrine itiraz edildiğinde icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurulduğunda ve kiracının tahliyesi istendiğinde de aynı şekilde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

3.8. Dava Şartı Arabuluculuğun Medeni Usul Hukukuna ve Dava Çeşitlerine Etkisi

Aynı dava içinde birden fazla talebin birlikte ileri sürüldüğü durumlarda, şayet taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması halinde bir başka ifadeyle dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması durumunda nasıl hareket edileceği de belirsizlik içermektedir. Nitekim bu durumda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁶⁰ görüşünü paylaşılanlar olduğu gibi, Yargıtayca davaların yığılması durumunda, dava konularından birinin dava şartı kapsamında olmaması halinde artık birlikte de açılmış olsa arabuluculuğa ilişkin dava şartının aranmaması gerektiğine dair kararlar verilmektedir²⁶¹.

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesince verilen 2020/197 Esas 2020/1578 Karar sayılı 17.02.2020 tarihli kararda, *“Dava, geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili istemine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince, dava türü itibarıyla dava açılmadan önce arabulucuya müracaat edilmesinin dava şart*

²⁶⁰(Çevrimiçi) <https://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, (Erişim Tarihi:27.11.2022)

²⁶¹ Yargıtay 11. HD 2019/3611 E. 2020/4734 K. 04.11.2020 T., bkz. aynı yönde Yargıtay 11. HD. 2019/4851E.2020/2732K.10.06.2020T. (Çevrimiçi) <https://www.karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi:1.11.2022)

olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiş, karara karşı davacı tarafından yapılan istinaf başvurusu da bölge adliye mahkemesince aynı gerekçeyle esastan reddedilmiştir. Davanın 7115 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre, TTK'nin 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir." gerekçesiyle arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.

Bu kapsamda bir alacağa ilişkin kısmi dava açılması halinde ileride davanın ıslahı durumunda veya alacağa ilişkin ayrı bir ek dava açılması halinde tekrar arabuluculuğa başvurunun aranıp aranmayacağı, belirsiz alacak niteliğindeki talepler bakımından arabuluculuk sürecinde dile getirilen miktarın dava esnasında artması halinde başlangıçta yürütülen arabuluculuk sürecinin dava şartı bakımından yeterli sayılıp sayılmayacağı, karşı dava açmak isteyen tarafın ilk davada arabuluculuk sürecinin işletilmesi nedeniyle tekrar dava şartı kapsamında arabuluculuğa başvurusunun gerekip gerekmeyeceği, dava yığılması halinde arabuluculuk süreci işletilmeyen ancak dava konusunu doğrudan ilgilendiren talepler bakımından yeniden arabuluculuk sürecine başvurulmasının sorgulanıp sorgulanmayacağı, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan taleplerin aynı davada ileri sürülmesi halinde açılan bu dava bakımından dava şartı

arabuluculuğa başvurulmasının gerekip gerekmediği, dava arkadaşlığı durumunda tarafların biri açısından dava şartı arabuluculuk söz konusu ve diğeri için değilse nasıl hareket edileceği hususları da uygulamada tartışmalı konuları oluşturmakta olup, arabuluculuktan beklenen yararın sağlanabilmesi, gecikmelerin önlenebilmesi ve ek dava yükü oluşturulmaması açısından açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır.

Kanaatimizce, davanın tarafları bir kez arabuluculuk sürecinde karşı karşıya gelmişler ve bir uzlaşma temin edilmesi mümkün olmamışsa, artık konusu ve tarafları aynı olan davanın ıslahı, karşı dava vb. sonraki talepler bakımından arabuluculuk dava şartı olarak aranmamalıdır.

4. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması

4.1. Genel Olarak

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren uyuşmazlıkları bakımından kabul edilen ve 1 Ocak 2018 tarihinden bugüne kadar uygulanan "dava şartı arabuluculuk" kurumunun uygulamada sağladığı başarı ve fayda göz önünde bulundurularak bu kurumun ticari uyuşmazlıklara da teşmil edilmesi yönünde çalışmalar yapılmıştır.²⁶² Düzenleme ve genel gerekçeye baktığımızda kanun koyucunun, 2018 yılının başından beri iş mahkemelerinde açılan davalarda, dava şartı arabuluculuk uygulamalarındaki yüksek anlaşma oranlarını ve iyi uygulamaları dikkate alarak tüm ticari uyuşmazlıkları (ticari davaları) kapsayacak şekilde bir düzenleme yapmak isteği ortaya çıkmaktadır.²⁶³

²⁶² 7155 sayılı Kanunun genel gerekçesi, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr> (Erişim Tarihi:27.11.2022)

²⁶³ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 151.

7036 sayılı Kanun'un 3. maddesine benzer bir düzenleme yapılmış ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi uyarınca 1.1.2019 tarihi itibarıyla Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ve 6325 sayılı HUAK'nın 18/A maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, ticari davalarda, dava açmadan önce arabulucuya başvuru yapılması tek başına dava şartını sağlamaz. Dava şartının sağlanmış kabul edilebilmesi için arabulucuya başvuru yapılmış olması ve sürecin, uyuşmazlık konusu ya da konuları bakımından anlaşmazlık ile sonuçlanması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin 1. fıkrasına göre, bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak dava şartı olarak düzenlenen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi ile ilgili değerlendirmeler yapılırken, "davadan önce arabulucuya başvuru yapıp sürecin anlaşmazlıkla sona ermesi" hususunun dava şartı olarak kabul edilmesi sebebi ile arabuluculuğa ilişkin evrensel ilkelerin ve 6325 sayılı HUAK düzenlenmelerinin de dikkate alınması gerekir. Ticari davaların tümü için dava şartı arabuluculuk getirilmemiştir. Ticari davalardan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklara (sübjektif hak uyuşmazlıkları) konu olanlar yani arabuluculuğa elverişli olanlar kapsama alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi ile sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine ve diğer özel kanunlara göre ticari dava olarak belirlenen ticari uyuşmazlıklar kapsama alınmıştır. Ticari uyuşmazlık kavramının kapsamı, ticari davaya göre daha geniştir. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş (TTK md. 3) olup, aynı zamanda ticari işlerden kaynaklanan

uyuşmazlıklar da ticari uyuşmazlıklardır. Ancak her ticari işten kaynaklanan uyuşmazlık, ticari dava değildir. Bir uyuşmazlığın ticari dava olarak kabul edilebilmesi için o uyuşmazlığın Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi ile belirlenen unsurları taşıması ya da özel kanunlara göre ticari dava olarak belirlenmiş olması gerekir.

Ayrıca kapsam belirlenirken Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde kanun yapma tekniğine çok uygun olmayan ve tartışmalara açık bir biçimde, ancak esas itibari ile "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" şeklinde ifade edilmiştir. Nitekim hem öğretide bu düzenleme ile ilgili çok farklı görüşler ileri sürülmüş hem de yargı camiasında farklı kararlar ortaya çıkmıştır. Koçyiğit ve Bulur, TTK'nın 5/A maddesinin yürürlük amacından hareketle dava şartı arabuluculuk kapsamının belirlenmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın esas alınmasını ileri sürmüştür. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı'nın yayını olan ve yargı camiasını en çok etkileyen eserin²⁶⁴ yazarlarının "TTK'nın 5/A maddesini ihdas eden madde gerekçesinde kanun koyucunun sadece bir miktar para alacağının ödenmesi olan eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edip diğer tüm dava türlerini kapsam dışında tuttuğuna ilişkin açık bir gerekçe yoktur" şeklindeki görüşlerini kanunun ihdas amacına dayandırmayı tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Kurt Konca,²⁶⁵ ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun davaların konusu dikkate alınarak belirlenmelidir görüşünü benimsemiş olup itirazın iptali ve menfi tespit davalarının TTK'nın 5/A maddesi kapsamında dava şartına tabi olduğunu savunmaktadır. Toraman²⁶⁶ ise, davaların türüne göre değil her bir uyuşmazlığın kendine has içeriğine göre ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamına karar verilmesi gerektiğini ifade etmekte, uyuşmazlığın para borcuyla ilgili olması halinde dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacağını ve menfi

²⁶⁴ Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 140.

²⁶⁵ Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 2 vd.

²⁶⁶ Toraman, **a.g.e.**, s. 3166.

tespit davalarının da bu nedenle arabuluculuk dava şartının aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Akil²⁶⁷, TTK'nın 5/A maddesindeki “bir miktar paranın ödenmesi” kavramının dava konusu olarak kabul edilmesi gerektiğini, menfi tespit davaları da dâhil olmak üzere konusu bir miktar para olan bütün davaların ise davacının talep sonucuna bakılmaksızın dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu öne sürmektedir. Yılmaz²⁶⁸, dava şartı arabuluculukla ilgili TTK'nın 5/A maddesinin eda davaları ile sınırlı olmadığını, belirli bir miktardaki alacağın veya tazminatın ödenmesi ile doğrudan veya dolaylı ilgisi olan her türlü ticari davanın talep edilen hukuki korumadan bağımsız olarak, kapsam içinde kaldığı görüşündedir.

Ancak yazarların ileri sürdüğünün aksine kanunda açıkça “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” ifadesi yer almaktadır. Ayrıca TTK'nın 5/A maddesinin gerekçesinde tespit davaları dışında kalan tüm eda davalarının kapsama dâhil edilmesine yönelik açık bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle yazarların görüşüne iştirak etmediğimizi ifade etmek isteriz.

Diğer taraftan Ermenek, Azaklı Arslan²⁶⁹, mahkemelerin hala HUMK uygulamasından hareketle talep sonucundan değil uyuşmazlık konusu üzerinden davaları nitelendirdiklerini, HMK'nın mevcut sistemi uyarınca dava konusunun talep sonucuna göre belirlenmesi gerektiğini ve bu çerçevede talep sonucu dikkate alındığında ancak eda davaları için TTK'nın 5/A maddesinin uygulanabileceğini isabetli olarak ileri sürmüştür. Tanrıver²⁷⁰, tereddüde yer olmadığını ve dava şartının tüm ticari davalar için değil sadece bir miktar paranın ödenmesi talebini içeren ticari davalar yönünden söz konusu olduğunu belirtmektedir. Paslı²⁷¹, ticari dava kavramından hareket edilmesi ve lafza bağlı yorumla

²⁶⁷ Akil, **a.g.e.**, s. 321.

²⁶⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 235.

²⁶⁹ Ermenek, Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 143.

²⁷⁰ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 302.

²⁷¹ Paslı, **a.g.e.**, s. 15.

TTK'nın 5/A maddesinin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir. Yardım²⁷², düzenlemenin dilini eleştirmekte, dar ve lafzi yorumla değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekte, davaların nitelendirmesinde HMK'nın davacının talebine sonuç bağladığına işaret etmekte ve sadece eda davasına konu olabilecek talepleri kapsayan davaların dava şartı arabuluculuğun kapsamında kaldığını belirtmektedir. Eminoğlu ve Erdoğan²⁷³, arabuluculuk uygulamasının sonucunda ilamlı icraya konu olabilecek bir sonuç çıkması gerektiğini ve davaların nitelendirmesinde davanın talep sonucuna bakılması gerektiğini ve eda davaları dışındaki davalarda dava şartı arabuluculuğun söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Ekmekçi vd.²⁷⁴ ise, alacak ve tazminat talebinin maddi hukuk bakımından bir edimin yerine getirilmesini amaçlayan talep olduğunu, usul hukuku bakımından da eda amaçlı talep olduğunu, ödeme ve daha somut ifadeyle paranın ödenmesi kavramından farklı bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığını isabetle belirtmektedir.

Kanaatimizce, ticari uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk uygulamasını dava şartı olarak düzenleyen TTK 5/A maddesinde, konusu bir miktar paranın ödenmesi hükmü yer aldığına göre kanunun lafzından sadece eda davası ve alacak davası niteliğindeki ticari davaların zorunlu (dava şartı) arabuluculuk uygulaması kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. TTK'nın 5/A maddesindeki düzenlemenin HMK'nın davaları talep sonucuna göre tasnif eden sistemiyle paralel olduğu kabul edilmeli ve ticari davalarda, tazminat veya alacak adı altında bir miktar paranın ödenmesinin talep edilmesi halinde arabuluculuk dava şartı olarak incelenmelidir. Dolayısıyla, ticari uyuşmazlıkta para ödenmesinin talep edilmemesi halinde arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı olarak aranmamalıdır. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan kitapta, dava şartı arabuluculuğun kapsamı çok geniş olarak yorumlanmakta ve hatta tereddüt edilen

²⁷² Yardım, **a.g.e.**, s. 99.

²⁷³ Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 156.

²⁷⁴ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 130 vd.

konularda bile dava şartı arabuluculuk başvurusu yapılması tavsiye edilmektedir. Dava şartı kapsamında olmayan bir konuda, dava şartı olan arabuluculuğa müracaat nedeniyle oluşabilecek muhtemel sıkıntılardan dolayı bu görüşe iştirak edemediğimizi belirtmek isteriz. Ayrıca, dava şartı aynı zamanda hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelmekte olduğundan, dava şartı arabuluculuğun kapsamı dar yorumlanmalıdır kanaatindeyiz.

4.2. Mutlak Ticari Uyuşmazlıklar

4.2.1. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasında a ilâ f bentleri arasında sayılan hukuk davalarının yanında bazı özel kanunlarda sayılan ve ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava kabul edilen davalar, mutlak ticari dava olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada tarafların tacir olup olmadığına ve uyuşmazlık konusu borcun doğma sebebine bakılmamaktadır.²⁷⁵ O halde, mutlak ticari davaları kendi içinde ikiye ayırmak yerinde olacaktır. Bunlar Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında a ilâ f bentleri arasında düzenlenen uyuşmazlıklardan doğan hukuk davaları ve diğer kanunlarda düzenlenen uyuşmazlıklardan doğan hukuk davalarıdır.

TTK'nın md. 5/A 1. fıkrasına göre, bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Düzenlemenin içinde barındırdığı kelimeler dikkate alındığında sorunlu bir düzenleme olduğu ve tartışmalara yol açtığı aşikardır. Hükmün usule ilişkin olup, yorumunda

²⁷⁵ a.g.e., s. 291.

öncelikle lafzi yorum yönteminin kullanılması gerektiği düşünülebilirse de, kelimeler esas alınarak ve lafzi yorum yöntemi kullanılarak sonuca gidilmesi de tek başına yeterli ve isabetli değildir. Bu durumda sorunun amaçsal yorum yöntemi ile kanun koyucunun asıl amacının ortaya çıkarılması ile çözülmesi akla gelmektedir. Kanun koyucunun asıl amacının, iş uyuşmazlıklarına ilişkin başarılı dava şartı uygulamasını dikkate alarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği tüm ticari davaları kapsama almak olduğunun genel gerekçeden çıkarılabileceği ifade edilmektedir. Bu durum karşısında düzenlemenin, konusu para alacağı olan ve alacak ve/veya tazminat talebiyle açılan tüm uyuşmazlıkları kapsama aldığı kabulü gerektiği görüşünü benimseyenler bulunmaktadır. Buna göre, düzenleme ile davadan önceki aşama için ileride davaya konu olma ihtimali bulunan uyuşmazlığın konusuna "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan" ifadesine yer verilerek güçlü bir vurgu yapılmıştır. Bu sebeple de uyuşmazlığın konusuna odaklanıp, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ve henüz davaya konu olmamış (davaya dönüşmemiş) tüm uyuşmazlıkların kapsamda kaldığının kabulü gerekir. Bu durumda konusu para alacağı olan itirazın iptali, menfi tespit, alacak ve/veya tazminat davalarının, ticari dava olmak ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olmak şartı ile TTK 5/A maddesi kapsamında kaldığı ileri sürülmektedir.²⁷⁶

6102 sayılı TTK başlangıç hükümleri, altı kitap ve son hükümlerden oluşmaktadır. Kitaplar kendi içinde kısımlardan, kısımlar da kendi içinde bölümlerden, bölümler de kendi içinde ayrımlardan oluşmaktadır. Birinci kitap "Ticari işletme" başlıklı olup, 11-123. maddelerden, ikinci kitap "Ticari Şirketler" başlıklı olup, 124-644. maddelerden, üçüncü kitap "Kıymetli Evrak" başlıklı olup, 645-849. maddelerden, dördüncü kitap "Taşıma İşleri" başlıklı olup, 850-930. maddelerden, beşinci kitap "Deniz Ticareti" başlıklı olup, 931-1400. maddelerden, altıncı kitap ise "Sigorta Hukuku" başlıklı olup,

²⁷⁶ Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 169.

1401-1520. maddelerden oluşmaktadır. TTK'nın altı kitabında yer alan düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari davadır ve kural olarak TTK 5/A maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamında kalır.

4.2.1.1.Ticarî İşletme Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Birinci Kitap)

TTK'nın birinci kitabında düzenlenen ticari işletme (TTK md. 11-123) ile ilgili uyuşmazlıklardan uygulamada en çok karşılaşılanlar, ticaret unvanı (TTK md. 39 vd), haksız rekabet (TTK md. 54 vd), cari hesap (TTK md. 89 vd) ve acentelikle (TTK md. 102 vd) ilgili uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıkların konusu genellikle bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Çoğunlukla da dava açıldığında, talep sonuçları, tazminat ve/veya alacak olmaktadır. Açılan davalardaki talep sonuçları dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bu uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişlidir. Ayrıca, bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadırlar.

Talep sonuçları olumlu veya olumsuz tespiti ilişkin olsa bile, bu uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar ticari dava olmakla ve şayet uyuşmazlık konusu da bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ise yine bu uyuşmazlıklar, TTK 5/A maddesi kapsamında kalmaktadır.

Ancak ilgililerce, tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak, sicil müdürlüğünce verilecek kararlara ilişkin talepler (TTK md. 39/1), ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibince ileri sürülen, bunun tespitine, yasaklanmasına; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesine veya silinmesine, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasına ilişkin talepler (TTK md. 52/1) ve sadece haksız rekabetin tespiti talepleri (TTK md. 56/1,a) gibi

uyuşmazlık konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmayan talepler dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Bu uyuşmazlıklarla ilgili TTK 5/A maddesi uygulamalarına ilişkin bölge adliye mahkemeleri kararlarına bu kısım sonunda ayrıca yer verilmekle detaylı açıklama yapılmamıştır.

a. Ticaret Unvanının Korunmasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Ticaret unvanı tacirlerin ticarî işletmeleriyle ilgili iş ve işlemleri yaparken ve bunlarla ilgili senet ve belgeleri imzalarken kullandıkları isimdir.²⁷⁷ Bu yönüyle ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan tanıtmaya vasıtasıdır. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir. Tacir olmayan kişiler ise ticaret unvanı kullanamaz. Bu tacirler bakımından bir hak olduğu gibi sorumluluk da içermektedir. Nitekim TTK md. 39/1'e göre her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanı ile yapmak ve işletmesiyle ilgili senetleri ve diğer belgeleri ticaret unvanı altında imzalamak zorundadır. Ayrıca ticari işletmenin açıldığı günden itibaren 15 gün içinde seçilen ticaret unvanı işletme merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmelidir.

TTK md. 50/1 hükmü uyarınca, usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir. Dolayısıyla ticaret unvanının tescil edilmesiyle birlikte tacir, herkese karşı ileri sürebileceği bir mutlak hakka sahip olur ve TTK'nın 52. maddesinde düzenlenen özel korumadan istifade edebilir. Buna karşılık tacir tarafından tescil edilmemiş olan unvanın, şayet ortada bir zarar var ise sadece haksız rekabet hükümleri dairesinde korunması söz konusu olabilir.²⁷⁸

²⁷⁷ M. Fatih Cengil vd., **Şematik Ticari İşletme Hukuku**, 4.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 36.

²⁷⁸ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 307.

Tescilli ticaret unvanına tecavüz edilen tacirin hakları TTK'nın 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması halinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedebilir. Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir. Bu çerçevede, ticaret unvanının sahibinden izin almadan, ticaret unvanının aynısının veya benzerinin kullanılması yahut işletme adı, marka, FSEK anlamında eser veya internet alan adı olarak kullanılması hâlinde de tecavüz gerçekleşecektir. TTK md. 52 hükmünde belirtilen “ticaret unvanının ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması” ibaresinden ticaret unvanının aynısının veya üçüncü kişilerce karıştırılma ihtimalini oluşturacak derecede benzerinin bir başkası tarafından kullanılmasının anlaşılması gerekir.²⁷⁹ Ticaret unvanını önceden tescil ettiren tacir, yasa hükmü gereğince kendisinininkinden daha sonra tescil ettirilen ve haksız olarak kullanılan ticaret unvanına dair ticaret sicildeki kaydın değiştirilmesini veya silinmesini dava edebilir.²⁸⁰

Söz konusu hükümler çerçevesinde, bir tacir tarafından usulüne uygun olarak ticaret siciline tescil edilmiş ticaret unvanından doğan hakkın ihlal edilmesinden kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu,

²⁷⁹ Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 236.

²⁸⁰ HGK, 21.03.2019, 2017/11-1298, K. 2019/335 (Çevrimiçi) <https://www.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Ancak söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, bir tacir tarafından usulüne uygun olarak ticaret siciline tescil edilmiş ticaret unvanına vaki tecavüzün tespitine ilişkin uyuşmazlıklar, ticaret unvanının kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin uyuşmazlıklar, haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesine veya silinmesine ilişkin uyuşmazlıklar, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar, gereğinde ticaret unvanından doğan hakkın ihlal edilmesiyle bağlantılı araçların ve ilgili malların imhasına dair taleplere ilişkin uyuşmazlıklar, ticaret unvanından doğan hakkın ihlal edildiğine ilişkin kararın gazetede yayımlanmasına dair taleplere ilişkin uyuşmazlıklar,

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- büyük kısmının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı,
- esas olarak da TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim ticaret unvanına tecavüz nedeniyle davalıya ait ticaret unvanının değiştirilmesi veya terkini istemine ilişkin açılan davada, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi, Esas 2019/3143, Karar 2019/1902 26.12.2019 tarihli kararında, “*Yukarıda anılan hükümler uyarınca, bir tacirin ticaret unvanının korunmasına yönelik olarak açacağı dava TTK md. 4(1)-a hükmü uyarınca mutlak ticarî dava niteliğinde ise de, dava*

konusu (istem sonucu) itibariyle dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen ve 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak düzenlemiştir. Somut olayda, ticaret unvanına tecavüz nedeniyle davalıya ait ticaret unvanının değiştirilmesi veya terkin talebi edilmiş olmakla, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi bulunmadığından dolayı, dava zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığından, mahkemece yargılamaya devam edilmesi gerekirken, arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiş olması isabetsizdir.” sonucuna ulaşılmıştır.²⁸¹

Ayrıca TTK md. 53/1'de, ticaret unvanından farklı olarak işletme adının da kullanılabileceği düzenlenmiştir. Tacirlerce işletme adının kullanılmasına dair bir zorunluluk olmamakla beraber, kullanılması halinde tescil edilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. İşte tıpkı ticaret unvanı gibi usulüne uygun olarak tescil edilen işletme adı da hukuki koruma statüsü altında olacaktır. İşletme adına ilişkin hakkın ihlali halinde başvurulacak hukuki yöntemlerle ilgili uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hakkında da yukarıda açıklamalar geçerli olacaktır.

b. Haksız Rekabetten Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Haksız rekabet, TTK md. 54/2'de “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” olarak tanımlanmıştır.²⁸² TTK md. 54 vd.

²⁸¹ İlhan Dinç, **Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2021, s. 25.

²⁸² Cengil vd. **a.g.e.**, s. 105.

hükümlerinde düzenlenmiş olması hasebiyle, haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklar tarafların tacir olup olmadığına veya uyuşmazlığın ticari işletmeleriyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, aynı kanunun md. 4/1-a hükmü uyarınca mutlak ticarî dava olarak kabul edilmiştir.

Başlıca haksız rekabet halleri sınırlayıcı olmamakla birlikte TTK md. 55’de sayılmış olup; dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelik davranışlar, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmaya yönelik davranışlar, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, iş şartlarına uyulmaması ve dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanılması başlıkları altında örnekler de verilerek düzenleme yapılmıştır.

Yasada sayılan haksız rekabete dair bu davranışların ortaya çıkması halinde açılacak davalar ise TTK md. 56’da sayılmıştır. Haksız rekabete muhatap olan kişilerce ileri sürülebilecek, fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitine ilişkin uyuşmazlıklar, haksız rekabetin menedilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesine ve şayet tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imha edilmesine ilişkin uyuşmazlıklar,

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- büyük kısmının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı, özellikle tespite yönelik arabuluculuk kararlarının 3. kişiler aleyhine de sonuç doğurma ihtimali bulunduğu,
- esas olarak da TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Ayrıca TTK md. 59/1’de haksız rekabet davalarında elde edilen hükmün talep üzerine mahkemece ilan edilebileceği düzenlenmiştir. Kanunda hakimin takdirine bırakılmış bir konu olması nedeniyle, buna dair bir talebin de arabuluculuğa elverişsiz olduğu ve dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı değerlendirilmektedir.

Ancak haksız rekabet nedeniyle maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin uyumsuzluklar;

- hem TTK md. 4. de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyumsuzluklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, Esas 2022/215, Karar 2022/278 05.03.2020 tarihli kararında, “*Dava, haksız rekabet iddiasından kaynaklanan maddi manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen ... 5/A maddesi ile getirilen ... hükmü uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Somut olayda, dava bir miktar para alacağının tahsiline ilişkin olup, davanın arabuluculuk dava şartına tabi olduğu açıktır.*” sonucuna ulaşmıştır.

Benzer şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, Esas 2019/2278, Karar 2019/1817 18.12.2019 tarihli kararında, “*Dava, TTK 56. maddesine dayalı haksız rekabetin önlenmesi ve tazminat talebine ilişkin olup, mahkemece TTK 5/A maddesinde öngörülen arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar*

verilmiş, davacı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Talep, TTK 56. maddesi kapsamında haksız rekabete dayalı tazminat davası olduğundan, taraflar arasında ticari ilişki olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Uyuşmazlık TTK 54 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan haksız rekabetten kaynaklandığından TTK 4/1-a. maddesine göre mutlak ticari davadır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan TTK 5/A maddesine göre bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olduğundan ve dava arabulucuya başvurulmadan açıldığından” davacının istinaf talebinin yerinde olmadığına hükmetmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, Esas 2019/1038, Karar 2019/869 20.06.2019 tarihli kararında, “Dava; hukuki niteliği itibariyle haksız rekabetten kaynaklanan alacak davasıdır. Anılan düzenlemeler karşısında somut olayda uyuşmazlığın haksız rekabetten kaynaklı tazminat davası olduğu, TTK 5/A maddesi 1. fıkrasında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak düzenlendiği, davanın arabulucuya başvurulmadan açıldığı ve arabulucuya başvuru şartı mahiyeti gereği sonradan tamamlanamayan özel dava şartlarından olduğu anlaşılmakla, mahkemece verilen dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı usul ve yasaya uygundur.” gerekçesiyle dava şartı nedeniyle davanın usulden reddini uygun bulmuştur.

c. Cari Hesap Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TTK md. 89/1’de, iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı hükme bağlanan cari hesap sözleşmesinde,

tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça, cari hesaba alacak veya borç kaydedilmesi, tarafların, alacağı veya borcu doğuran sözleşme veya işleme ilişkin dava ve savunma haklarını düşürmeyecektir. Şayet sözleşme veya işlem iptal edilirse bunlardan kaynaklanan kalemler hesaptan çıkarılacaktır.²⁸³

Cari hesap sözleşmesinin taraflar arasında borç doğuran, satım sözleşmesi, acentelik sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi veya franchise sözleşmesi gibi bir asıl borç sözleşmesi ile birlikte yapılması gerekmektedir.

TTK md. 97/1’de cari hesap bütünlük ilkesi çerçevesinde tasarlanmış olup, cari hesaba geçirilen alacak ve borç kalemlerinin ayrılmaz bir bütün oluşturacağı, cari hesabın kesilmesinden önce taraflardan hiçbirinin, alacaklı veya borçlu sayılamayacağı ve tarafların hukuki durumunun ancak sözleşmenin sonundaki hesabın kesilmesi ile belirleneceğı hükme bağlanmıştır.

TTK’da düzenlenmiş olması nedeniyle cari hesap sözleşmesi ticari iş, bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklar ise mutlak ticari dava niteliğindedir. Bununla birlikte cari hesap sözleşmesi tacir olmayanlar arasında da yapılabilir.²⁸⁴ Zira TTK hükümlerinde sözleşmenin taraflarına dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.²⁸⁵ Bu nedenle cari hesap sözleşmesinin taraflarının ikisi de tacir olabileceğı gibi taraflardan birinin tacir olması ve hatta taraflardan hiçbirinin tacir olmaması da mümkündür.

Cari hesaba alacak veya borç kaydedilmesi, tarafların, alacağı veya borcu doğuran sözleşme veya işleme ilişkin dava ve savunma haklarını düşürmez. Ancak sözleşmede bu kuralın aksine düzenleme yapılabilir (TTK md. 90/1-a). Cari hesap sözleşmesinin

²⁸³ Cengil vd. **a.g.e.**, s. 123.

²⁸⁴ Arkan, **a.g.e.**, s. 400.

²⁸⁵ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 313, Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 252 vd.

yapılmasından önce doğmuş bulunan bir alacak, tarafların onayıyla cari hesaba kaydedilirse, aksi kararlaştırılmamışsa bu alacak yenilenmiş olmaz (TTK md. 90/1-b).

Cari hesapta her hesap devresi sonunda alacak ve borcu oluşturan tutarlar birbirinden çıkarıldıktan sonra tanınan veya hükmen belirlenen bakiye, yeni hesap devresine ait bir kalem olmak üzere hesaba geçirilir. Sözleşme sona ermiş veya artan tutar haczedilmiş ise onun ödenmesi gerekir (TTK md. 90/1-d). Cari hesabın alacak sütununa yazılan tutarlar için sözleşme veya ticari teamüller gereğince, kaydolundukları tarihten itibaren faiz işler. Taraflar, üç aydan aşağı olmamak şartıyla, diledikleri andan başlamak üzere faizlerin ana paraya eklenmesini kararlaştırabilecekleri gibi hesap devreleri ile faiz ve komisyon miktarlarını da sözleşme ile belirleyebilirler (TTK md. 96/1).

Sözleşme veya ticari teamül uyarınca, belirli hesap devreleri sonunda devre hesabı kapatılır ve alacak ile borç kalemleri arasındaki fark belirlenir (TTK md. 94/1). Hesap devresi hakkında sözleşme veya ticari teamül yoksa, her takvim yılının son günü taraflarca hesabın kapatılması günü olarak kabul edilmiş sayılır. Saptanan artan tutarı gösteren cetveli alan taraf, aldığı tarihten itibaren bir ay içinde noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza içeren bir yazıyla itirazda bulunmamışsa, bakiyeyi kabul etmiş sayılır (TTK md. 94/2).

Taraflarından birinin iflas etmesi, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesi ya da herhangi bir süre kararlaştırılmadığı takdirde taraflarından birinin fesih ihbarında bulunması ile cari hesap sözleşmesi sona erer. Sözleşme süreli olup da taraflardan biri bu süre içinde ölür veya kısıtlanırsa her iki taraf ve kanuni temsilcileriyle halefleri on gün önceden haber vermek şartıyla cari hesap sözleşmesini feshedebilir (TTK md. 99/1).

Cari hesabın tasfiyesine, kabul edilen veya mahkeme kararıyla saptanan artan tutara ya da faiz alacaklarına, hesap hata ve yanlışlarına, cari hesabın dışında tutulması gereken veya haksız olarak cari hesaba geçirilmiş olan kalemlere veya tekrarlanan kayıtlara ilişkin

bulunan dava hakları, cari hesap sözleşmesinin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrarlar (TTK md. 101/1).

Bu çerçevede taraflar arasında yazılı olarak akdedilmiş cari hesap sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4. de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Ancak cari hesap sözleşmesinden kaynaklanmakla birlikte para alacağına ilişkin olmayan örneğin tespit talebine yönelik uyuşmazlıklar,

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

d. Acentelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TTK md. 102/1’de, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse acente olarak tanımlanmıştır. Acente bağımsız statüdeki tacir yardımcılarında biri olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, acentelik ilişkisinin bir sözleşmeye dayanması ve aracılık

yapılan sözleşmelerin bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi, dolayısıyla sözleşmelerine aracılık yapılan kişinin yani müvekkilin tacir olması hususu şart koşulmuştur. Aksi takdirde acentelik sözleşmesinden ve acenteden bahsedilemeyecektir.

Acentelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar TTK'da düzenlenmiş olmaları nedeniyle mutlak ticari dava olarak kabul edilmektedir. TTK'nın genel düzenlemelerinin yanında taşıma, deniz ticareti, sigorta, turizm gibi alanlardaki faaliyetlere ilişkin acentelik ilişkilerine münhasır özel düzenlemeler de mevcuttur.

TTK md. 104/1'de inhisar başlığı altında düzenlendiği üzere, yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamayacaktır. Acente, aracılıkta bulunduğu veya müvekkil adına yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Ancak sözleşme yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmeler hariç olmak üzere bunun aksi kararlaştırılabilir (TTK md. 105/2).

Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz. Müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez (TTK md. 106).

Acente kural olarak ancak özel ve yazılı bir yetki alarak müvekkili adına sözleşme yapabilir (TTK md. 107/1). Yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili

adına bir sözleşme yaparsa müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur (TTK md. 108). Acentelere müvekkilleri adına sözleşme yapma yetkisi veren belgelerin, acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur (TTK md. 107/1).

Acentelik sözleşmesinin taraflarının Kanundan doğan çeşitli yükümlülükleri mevcuttur. Acentenin kendisine bırakılan bölgede müvekkilinin menfaatlerini korumak, iş ve işlemlere ilişkin olarak onu bilgilendirmek ve müvekkiline ait olan parayı göndermekle veya teslim etmekle yükümlüdür. Benzer şekilde, başta acenteye avans ve ücret ödemek olmak üzere müvekkile de kanun koyucu çeşitli borçlar yüklemiştir.

Acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki işlemler için kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için ücret isteyebilir. Acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebilir (TTK md. 113/2). Bunun dışında acente belirli şartlarda acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra da ücrete hak kazanabilir. Belirsiz süreli acentelik sözleşmesi üç ay önceden ihbarda bulunularak, belirli süreli acentelik sözleşmesi ise sürenin bitiminde ya da haklı nedenle her zaman feshedilebilir (TTK md. 121/1). Haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır (TTK md. 121/4).

Müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesi sona ererse, işlerin tamamlanması hâlinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına oranlanarak belirlenecek uygun bir tazminat acenteye ya da bu maddede yazılı hâllere göre onun yerine geçenlere verilir (TTK md. 121/5).

TTK'nın acentelik ilişkisi bağlamında düzenlediği önemli hususlar arasında uygulamada "denkleştirme tazminatı" veya "portföy tazminatı" olarak bilinen denkleştirme talebi yer alır. Hakkaniyete uygun olduğu müddetçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacak (TTK md. 122/5) olan düzenlemeye göre acentelik sözleşmesinin sonra ermesinden sonraki bir yıllık süre içerisinde acente müvekkilden, son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşmayacak tutarda bir tazminat isteyebilir.

Ancak ifade edilen tazminat acente tarafından ancak;²⁸⁶ müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler ediyorsa, acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa talep edilebilecektir. Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente bizzat kendisi acentelik sözleşmesini feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, bu durumda acente denkleştirme isteminde bulunamayacaktır (TTK md. 122/3).

TTK'nın acentelik ilişkisine ilişkin hükümleri, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da uygulanacaktır (TTK md. 103/1). Yabancılık unsuru taşıyan hukuk uyumsuzlukları da HUAK md. 1/2 hükmü çerçevesinde

²⁸⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 242.

arabuluculuk kapsamında olduğundan bu tür yabancılık unsuru taşıyan acentelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da arabuluculuk sürecine konu olabilirler.²⁸⁷

Tescil ve ilana bağlanan hukuki sonuçlar müstesna olmak üzere acentelik sözleşmesi kural olarak sadece tarafları arasında sonuç doğuran bir hukuki ilişki doğurmakla birlikte, acentenin müvekkil adına yaptığı ve üçüncü taraflara etkisi olan işlemler nedeniyle acentelik ilişkisinden doğan uyuşmazlıkları arabuluculuk açısından farklı şekilde değerlendirmek daha isabetli olacaktır kanaatindeyiz.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, TTK md. 105 kapsamında acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Ayrıca acentelik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece acentenin müvekkilini davada temsil etmeye yönelik yetkisi vardır. Bu durumda aracılık yapılan sözleşmelerde sözleşmenin diğer tarafı olan müşteri dilerse doğrudan müvekkile, dilerse müvekkile izafeten acenteye dava açılabilir.

Bu kapsamda; müvekkil ile acente arasında acentelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlık;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu konuda herhangi bir tereddüt mevcut değildir. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

²⁸⁷ Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 255 vd.

Müşteri ile müvekkil arasında acentelik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık ise;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu veya tarafların ticari işletmelerini ilgilendirdiği için nisbi ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava şartı arabuluculuk kapsamındadır yani dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmalıdır.

Müvekkilin temsilcisi sıfatıyla hareket eden acente ile müşteri arasında, aracılık yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlık;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu veya tarafların ticari işletmelerini ilgilendirdiği için nisbi ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

4.2.1.2. Türk Ticaret Kanunu’nun Ticaret Şirketleri Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (İkinci Kitap)

Ticaret şirketlerine ilişkin hususlar TTK’nın 124 ila 644. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yasada kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler ticaret şirketleri olarak tarif edilmiştir. Uygulamada ticaret şirketleri ile ilgili en çok davaya dönüşen uyuşmazlıklar TTK’nın kendi içinde altı kısımdan mütevellit ikinci kitabında düzenlenen uyuşmazlıklardır.

Genel hükümler başlıklı birinci kısım ile ilgili en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar; TTK md. 127 ile 132. maddeleri arasında düzenlenmiş olan sermaye koyma borcundan kaynaklanan alacak talepleri, TTK md. 133. maddesinde düzenlenmiş olan ortakların kişisel alacaklılarının şirket ortağına ait olan tasfiye payı veya kar payı üzerindeki alacak talepleri, TTK md. 134 ile 194. maddeleri arasında düzenlenmiş olan ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat talepleri ve TTK md. 195 ile 209. maddeleri arasında düzenlenmiş olan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat talepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

TTK ticaret şirketleri kitabının üçüncü, dördüncü ve beşinci kısmında ise sırasıyla kollektif şirket, komandit şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket türleri ile düzenlenmiştir. TTK md. 211 ile 303. maddeleri arasında düzenlenmiş olan kollektif şirketlerden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat talepleri, TTK md. 304 ile 328. maddeleri arasında düzenlenmiş olan komandit şirketlerden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat talepleri ile TTK md. 564 ile 572. maddeleri arasında düzenlenmiş olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat talepleri ile ilgili karşılaşılmaması muhtemel uyuşmazlıklar olmakla birlikte günümüzde söz konusu şirket türlerine olan ilginin fazla olmaması nedeniyle yargıya intikal eden uyuşmazlık sayısı da son derece azdır.

TTK'nın genel hükümler başlıklı birinci kısmı ile kollektif şirket, komandit şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci kısmında yer alan söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu takdirde,

➤ TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,
dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

TTK ticaret şirketleri kitabının md. 329 ila 563. maddeleri arasında düzenlenen anonim şirket başlıklı dördüncü kısımla ilgili en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar; kamu tüzel kişilerinin, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı ilgili şirketin, şirketin alacaklılarının ve pay sahiplerinin açacağı tazminat davaları (TTK md. 334), anonim şirket pay sahibinin bir kişiye düşmesine rağmen tescil ve ilan yaptırmayan yönetim kuruluna karşı açılacak tazminat davası (TTK md. 338), anonim şirkette nakdi payların karşılığının satıştan ödenmesinden kaynaklanan davalar (TTK md. 346), anonim şirket kurucu intifa senetlerinden doğan alacak davası (TTK md. 348), anonim şirketin tescilinden önce şirket adına yapılan işlemlerden dolayı iş yapan kişilere veya şirkete karşı açılacak davalar (TTK md. 355), görevden alınan anonim şirket yönetim kurulu üyesince açılacak tazminat davası (TTK md. 364), anonim şirketi temsile yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen işlemin ana sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olması veya görevlerini yaptıkları esnada işledikleri haksız fiiller nedeniyle açılacak tazminat ve alacak davaları (TTK md. 371/4,5), müzakereye katılma yasağına uymayan anonim şirket yönetim kurulu üyesine açılacak tazminat davası (TTK md. 393), anonim şirket yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim veya yıllık kâr payından kaynaklanan tazminat ve alacak davası (TTK md. 394), anonim şirket yönetim kurulu üyesinin veya yakınlarının şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK md. 395), rekabet yasağına aykırı davranan anonim şirket yönetim kurulu üyesine açılacak tazminat davası (TTK md. 396), sır saklama

yükümlülüğüne aykırı davranan anonim şirket denetçisine açılacak tazminat ve alacak davası (TTK md. 404), genel kurul toplantısına iştirak eden temsilciye karşı pay sahibince açılacak tazminat Davası (TTK md. 427), intifa hakkı sahibinin pay sahibine olan sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası (TTK md. 432), kötüniyetle genel kurulun kararının iptalini veya butlanını dava edenlere karşı açılacak tazminat davası (TTK md. 451), asgari itibar değerine aykırı çıkarılan anonim şirket payı nedeniyle açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK md. 476), pay sahibince pay bedelinin ödenmemesi nedeniyle açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK md.482), hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin sorumluluktan kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 484), tescilden önce pay senedi çıkarılmasından kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 486), borsa şirketince haksız yere tanınmayan pay sahibince açılacak tazminat davası (TTK md. 497), haksız yere kar payı ve hazırlık dönem faizi alan yönetim kurulu üyesine açılacak tazminat davası (TTK md. 512), görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK md.527), tasfiye memurunun görevi esnasındaki haksız fiilinden kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 539), anonim şirketle ilgili belgelerin ve beyanların kanuna aykırılığından kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesinden kaynaklanan tazminat ve alacak davaları (TTK md. 550), aynı sermayeye değer biçilmesinde gerçekleştirilen yolsuzluktan kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 551), kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 553-555) ve denetçinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 554) olarak sayılabilir.

TTK ticaret şirketleri kitabının md. 573 ila 644. maddeleri arasında düzenlenen limited şirket başlıklı altıncı kısmıyla ilgili en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar; limited şirketin tescilinden önce işlem yapanlara karşı açılacak tazminat davaları (TTK md. 588), limited

şirketin borçlarından kaynaklanan alacak davaları (TTK md. 602), paydaşların, ortağın veya şirketin ek ödeme ve yan edim yükümlülüğüne ilişkin alacak davaları (TTK md. 603, 606), intifa hakkı sahibinin ortağa karşı sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası (TTK md. 600), kâr payı alacağına ilişkin davalar (TTK md. 608), haksız yere alınan kâr paylarının iadesi nedeniyle açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK md. 611), bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı ihlali nedeniyle ortağa ve müdüre açılacak tazminat davaları (TTK md. 613, 626), görevden alınan, yönetim ve temsil yetkisi geri alınan veya sınırlandırılan müdürlerce açılacak tazminat davaları (TTK md. 630), temsil yetkisine sahip olanlara karşı haksız fiil sorumluluğu nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK md. 632), ortağın ayrılma akçesi talebine ilişkin alacak davaları (TTK md. 641), görevden alınan yöneticinin açacağı tazminat davaları (TTK md. 630/4) ve TTK md. 644 kapsamında anonim şirketlere atıf yapılan düzenlemeler nedeniyle açılacak tazminat ve alacak davaları olarak sıralanabilir.

TTK'da yer alan anonim ve limited şirketlerle ilgili söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğundan,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Nitekim, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, anonim şirket ortağı gerçek kişi tarafından yine şirket ortakları gerçek kişiler aleyhine açılan kâr payının tahsili talepli davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği, 02.11.2020 tarihli 2020/2459 Esas 2020/149 Karar sayılı kararında, *“Davacı vekili; müvekkili ...'un ... A.Ş.'de hissedar olduğunu, 2010 yılından bu yana geçersiz/hukuken hükümsüz hisse devri işlemlerine dayalı kâr payı alan davalılar ...'ndan fili olarak aldıkları kâr payı*

bedellerinin tarihleri itibari ile en yüksek ticari avans faizi ile birlikte alınarak, miras hissesi oranında müvekkiline ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece dava, dava özel şartlarından olan arabulucuya başvurulmadan açılmış olduğundan, 6325 sayılı kanunun 18/A-2 maddesi ve HMK'nın 115/2 maddesi gereğince dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verildiği görülmüştür. Dava; davacının, dava dışı ... A.Ş. ile ilgili davalılardan kar payı alacağının tahsili istemine ilişkindir. TTK 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen mutlak ticari davalardan, ticari şirket ile ilgili kar payı alacağına ilişkin açılan alacak davalarında, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edildiği, yine her iki tarafın tacir ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu davalar, nisbi ticari dava olup, nisbi ticari davalardan kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri de, zorunlu arabulucu kapsamında olup dava şartı olarak ticari davalarda zorunlu arabuluculuk söz konusu olduğu, bu itibarla, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olan arabuluculuk kuralının uygulanmadığından yapılan istinaf başvurusunun yerinde olmadığı anlaşılmıştır.” gerekçesiyle dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine dair kararın uygunluğuna hükmetmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesince, usülsüz olarak kâr payı dağıtımı yapıldığı gerekçesiyle limited şirketin ortakları aleyhine açılan davanın temyizen incelemesi sonucu verilen 04.03.2020 tarihli 2019/3656 Esas 2020/2359 Karar sayılı kararıyla onanan Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nin 03.07.2019 tarihli 2019/629 Esas ve 2019/872 Karar sayılı kararında, “Davacı vekili, davalıların ortağı olduğu ... San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca kapatıldığını, kapatılan şirketin her türlü mal varlığı, alacak ve hakları, hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayıldığının, davalı şirket ortaklarına dağıtılan kar payı tutarınca hazine zararı oluştuğunun tespit edildiğini ileri sürerek toplam ... TL alacağın davalılardan tahsilini talep etmiştir. Dava, KHK ile davacıya intikal eden şirket mal varlığının ...tarihli kar payı

dağıtım kararı davalı ortaklara kar dağıtım yapılmak sureti ile zarar uğratıldığı iddiası ile açılmış alacak davasıdır. Dava dışı şirket mal varlığı ve alacakları 667 sayılı KHK kapsamında davacıya bedelsiz devredilmiş sayılır. Davacının mal ve alacakların devir alanın Hazine olması davanın konusunu ve dayandığı hukuki sebebi değiştirmeyecektir. Davada iddia usulsüz kar payı dağıtımı ile ortaklara örtülü kazanç sağlanarak şirketin zarara uğratıldığına dayandığına göre ihtilaf şirketler hukukundan (kar payı dağıtımı, örtülü kazanç ve ortakların sorumluluğu) kaynaklanmaktadır. Limited şirketlere ilişkin düzenlemelerin de TTK'da öngörüldüğü tartışmasızdır. TTK 4/1 maddesine göre de TTK'da öngörülen hususlardan doğan davalar mutlak ticari davadır. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin davayı ticari dava olarak kabul etmesi hukuka uygun olduğundan davacının buna ilişkin istinaf sebebi yerinde değildir. Davanın ticari dava olması nedeniyle 6102 sayılı TTK 5/A ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Gerek 667 sayılı gerekse diğer KHK düzenlemelerinde Hazineye devredilen şirketlerin mal varlıklarına ilişkin davaların arabuluculuk sistemi dışında kalacağına dair ayrı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Davacının dayandığı 675 sayılı KHK Hazineye intikal eden şirket alacaklılarını açacağı davaya ilişkin süreci tanzim ettiğinden eldeki davada da uygulanma imkanı bulunmamaktadır.” gerekçesiyle ilk derece mahkemesince ticari davada arabuluculuk dava şartının aranması hukuka uygun bulunmuştur.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2020 tarihli 2020/2332 Esas 2020/146 Karar sayılı kararında, “Dava, tarafların kurdukları adi ortaklık bünyesindeki davalı anonim şirkete konulduğu belirtilen katkının alınması için açılan alacak davasıdır. Taraflar arasında kurulan adi ortaklığın mahiyeti davalı şirketten %49 payı davacı payı olduğu şeklinde de olup görünüşte şirket E.A.D.'ın eşi S.N.E.D. Adına %65 G.H. adına %35 pay olmak üzere düzenlenmiştir. Davacının protokol gereği yükümlülüğü şirketin finansmanını sağlamak, bankalardan uzun vadeli yatırım ve işletme kredileri temin etmek

olarak kararlaştırılmıştır. Tasfiye payı alma hakkı kavramı TTK m. 507/1 ile TTK m. 543/1 hükümleri kapsamında düzenlendiği, somut olay özelinde, taraflar arasındaki ilişkinin de kurulan adi ortaklığa konu pay karşılığın ödenmesi talebidir. Davanın temeli davalı anonim şirketi içerisindeki tasfiye payından kaynaklandığı” gerekçesiyle anonim şirket tasfiye payından kaynaklanan alacak davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 2020/772 Esas 2020/731 Karar sayılı ve 29.09.2020 tarihli kararında, limited şirket ortaklığından çıkmaya izin verilmesi ve çıkma payı alacağının tahsili istemine ilişkin açılan davanın, *“Dava, limited şirket ortaklığından çıkmaya izin ve çıkma payı alacağının tahsili istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden 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 niteliğine 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 görülmemiştir.”* gerekçesiyle zorunlu arabuluculuğa tabi olduğuna karar verilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi’nin 2021/360 Esas 2021/512 Karar sayılı ve 08.04.2021 tarihli kararında, “*Dava; TTK’nın 553. maddesi uyarınca alacak istemine ilişkindir. Davacı yanca, dava dışı şirketten danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan alacak bulunduğu, şirketin kurucusu ve yetkilisi olan davalıların eylemleri ile şirketin 670 ve 675 sayılı KHK kapsamında kapatılmasına sebebiyet verdikleri, bu nedenle TTK’nın 553. maddesi uyarınca danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan*

alacaktan davalıların sorumlu olduğu iddiasıyla davalılar aleyhine işbu alacak davası açılmıştır. Davanın tarafları danışmanlık sözleşmesi nedeniyle alacaklı olduğunu iddia eden şirket ile sözleşmenin diğer tarafı olan kapatılan şirketin kurucusu ve yetkilileridir. Bu durumda açılan dava mutlak ticari dava niteliğindedir. Bu durumda mahkemece usulüne uygun kesin süre ihtarını içerir tensip zaptının davacı vekiline usulüne uygun tebliğ edilmesine rağmen verilen 1 haftalık kesin süre içerisinde davacı vekilince arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin ibraz edilmediği gözetilerek davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” izahatıyla şirket alacaklısı tarafından yöneticilerin sorumluluğuna dayalı olarak yöneticiler aleyhine açılacak tazminat davasının, zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmıştır.

Ancak TTK’da yer alan anonim ve limited şirketlerle ilgili hükümlerden kaynaklanmakla birlikte para alacağına ilişkin olmayan örneğin şirketin feshi taleplerinden doğan uyuşmazlıklar (TTK md. 353, 530, 531, 636), yönetim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti davaları (TTK md. 391), genel kurul kararlarının iptali davaları (TTK md. 445 ve 446) ve genel kurul kararlarının batıl olduğunun tespiti davaları (TTK md. 447), ortaklıktan çıkma veya çıkarılma davaları (TTK md. 202, 208), özel denetçi tayinine ilişkin dava (TTK md. 207, 406, 438), azlık haklarının kullanılmasına dair davalar (TTK md. 411, 399/4, 486/3), şirket ile denetçi arasında görüş ayrılığı ve yorum davası (TTK md. 405/1), şirketin tasfiyesine ve iflas talebine ilişkin davalar, paydaşın veya ortağın yapma, katlanma, yapmama vb. şeklindeki para alacağı olmayan yan edim yükümlülüğüne ilişkin davalar (TTK md. 599/1);

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığından,

- kamu düzeni ilkesi gereği veya arabuluculuk anlaşmasının 3. şahısları da etkileyebilecek sonuçları nedeniyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığından,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 04.03.2021 tarihli, 2021/270 Esas, 2021/378 Karar sayılı kararda, *“Dava, 6102 sayılı TTK'nın geçici 7. maddesine göre ticaret sicilinden resen terkin edilen şirketin ihyası istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK'ye eklenen 5/A maddesinde, Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalarda, arabuluculuk dava şartı olarak belirlenmiş olup, eldeki dava, şirket ihyası istemine ilişkin olup, işbu davada alacak veya tazminat talebi bulunmadığından dava zorunlu arabuluculuğa tabi değildir.”* gerekçesiyle şirketin yeniden tescili-ihyası talebi ile dava açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığına yani şirketin ihyası davasının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına hükmedilmiştir.²⁸⁸

Limited şirket hisse devri sözleşmesinin iptali talebine ilişkin bir davada Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nce verilen 2019/770 Esas 2020/1545 Karar sayılı ve 24.12.2020 tarihli kararında, *“Dava, şirket hisse devri sözleşmesinin iptali talebine ilişkindir. Ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında uygulanacağı, davacının ise şirket işletme devri sözleşmelerinin iptalini talep ettiği, bu nedenle uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı, bu nedenle; davanın esasına ilişkin deliller toplanarak esastan değerlendirme yapılması gerekirken arabulucuya başvurulmadığı”* gerekçesiyle

²⁸⁸ Benzer şekilde Konya BAM 6. HD, 10.09.2020, E. 2020/1311, K. 2020/1168.

konusu bir miktar paranın ödenmesi olmayan davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine dair karar verilmesinin isabetli olmadığına hükmedilmiştir.

Anonim şirket hisse senetlerinin iptaline ilişkin talebin görüşüldüğü davada, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nce verilen 2019/1142 Esas 2019/1136 Karar sayılı ve 28.05.2019 tarihli kararda, *“Davacı vekili,... A.Ş'nin 27/03/2003 karar tarihli ve 2003/05 karar numaraları ile belirlenmiş hisselerinden toplam pay sayısı 182.500 olan, müvekkili S.B.'ya ait 12 adet nama yazılı hisse senedi bulunduğunu, davalının ise müvekkilinin evlat edindiği E.K.'ün 2019 yılı Ocak ayında boşandığı eski eşi ve nama yazılı hisse senetlerini elinde hukuka aykırı olarak tutarak iade etmeyen şahıs olduğunu, müvekkilinin işbu basılı ve nama yazılı hisse senetlerinde herhangi bir imzası ve cirosunun söz konusu olmadığını ileri sürerek, davanın kabulü ile müvekkiline ait 12 adet hisse senedinin davalıdan alınarak davacıya iade edilmesine, müvekkiline ait 12 adet hisse senedinin zayi olacağından kaynaklı olarak usuli ilan ve diğer işlemlerin tamamlanarak işbu hisse senetlerinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Dava, anonim şirket tarafından bastırılan nama yazılı hisse senetlerinin teslimi veya iptali istemine ilişkindir. Somut olayda ise, davacının talebi senetlerin teslimi veya olmadığı takdirde zayi nedeniyle iptalidir. Davacı davalıdan para veya tazminat talep etmemektedir. Davacının talepleri değerlendirildiğinde davasının zorunlu dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. İlk Derece Mahkemesinin yanlışlı gerekçeyle davanın usulden reddine karar vermesi doğru olmamıştır.”* izahatıyla ilk derece mahkemesinin arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönündeki değerlendirmesinin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

4.2.1.3. Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Üçüncü Kitap)

Kıymetli evrakla ilgili (poliçe, bono ve çek) hususlar TTK'nın üçüncü kitabında 645 ila 849. maddeleri arasında düzenlenmiş olup bu hususlardan kaynaklanan davalar, mutlak ticari dava niteliğindedir. Kıymetli evrakla ilgili davalar somut olayın özelliğine göre ticaret mahkemelerinde, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinde, iş mahkemelerinde ve tüketici mahkemelerinde görülmektedir.

Uygulamada en çok karşılaşılan mutlak ticari davalarından biri, kıymetli evrak ile ilgili davalardır. Kıymetli evrak ile ilgili uyuşmazlıklarda, taraflar arasında temel hukuki ilişki ve kıymetli evrak ilişkisi olmak üzere iki ayrı hukuki ilişki bulunmaktadır.²⁸⁹ Bu durumda, davanın ticari dava olup olmadığının belirlenebilmesi için, hangi ilişkinin esas alınması gerektiğinin belirlenmesi nitelendirme bakımından önem arz etmektedir.

Yargıtay kararlarında ticari dava nitelendirmesi yapılırken ve buna bağlı olarak görevin belirlenmesinde, kıymetli evrak ya da temel ilişkinin hangisinin esas alınması gerektiği konusunda tam bir uygulama birliği yoktur. Diğer yandan, hangi hallerde temel ilişki, hangi hallerde kıymetli evrak ilişkisinin esas alınacağına dair belirgin bir gerekçe de yoktur. Bir hukuk davasında, sadece kıymetli evrak metninden kaynaklanan bir iddia ile borçsuzluğun tespiti talep edilmiş ise; örneğin, imza inkârı ile borçsuzluğun tespiti talep edilmiş ise, bu dava mutlak ticari dava olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bir tüketici ilişkisinde, hem temel ilişkiye hem de kıymetli evrak ilişkisine dayalı satın alınan bir televizyon bedeline ilişkin olarak karşı tarafa verilen ve bedeli ödenen bonodan dolayı borçsuzluğun tespiti talep edilmiş ise, bu dava mutlak ticari dava olarak kabul edilemeyecektir. Bu ikinci durumda kıymetli evrak unsurlarına ilişkin bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi, ödeme iddiası ile hem temel ilişkiden hem de temel ilişki

²⁸⁹ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 165.

sebebi ile oluşan kıymetli evrak ilişkisinden borçsuzluğun tespiti talebi vardır. Temel hukuki ilişkiden kaynaklanan borç sona erdiğinde temel ilişki sebebi ile düzenlenen kıymetli evrak ilişkisi de sona ermektedir. Böyle bir uyumsuzlukta davacı tarafın asıl amacı da temel ilişki sebebi ile borcun sona erdiğine dair kesin koruma talebine yöneliktir. Sonuç olarak, temel ilişkiye dayanılmadan sadece kıymetli evrak ilişkisine dayalı iddialarda nitelendirme kıymetli evrak esas alınarak yapılmalıdır. Temel ilişki ve kıymetli evrak ilişkisine aynı anda dayanan taleplerde ise temel ilişki esas alınarak bir nitelendirme yapılması yerinde olacaktır.²⁹⁰

Çek ve bono ile ilgili olarak menfi tespit davalarının açıldığı sıklıkla görülmektedir. Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığı hususu hem doktrinde hem de yargı camiasında tartışmalıdır. Bu hususla ilgili olarak ileride ayrı bir başlık altında değerlendirme yapıldığından burada detaylı olarak bahsedilmeyecektir.

Police, bono ve çekle ilgili en çok karşılaşılan uyumsuzluklar; police, bono ve çek bedelinin ödenmemesinden kaynaklanan alacak davaları, TTK md. 723 uyarınca ihbar zorunluluğunu yerine getirmeyen cirantaya karşı açılacak tazminat davaları, bono unsurlarının eksikliği iddiasına dayanan menfi tespit davaları (TTK md.776,777), anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiası ile açılan menfi tespit davaları (TTK md. 778 yollaması ile md. 680), imzaların istiklali ilkesi kapsamında açılan menfi tespit ve alacak davaları (TTK md. 778 yollaması ile md. 677), şahsi defiler iddiasıyla açılan menfi tespit davaları (TTK md. 778 yollaması ile md. 687), aval verenler (kefiller) tarafından açılan menfi tespit davaları (TTK md. 778 yollaması ile md. 701/3, 702), sebepsiz zenginleşme iddiası ile açılan alacak davaları (TTK md. 778 yollaması ile md. 732), çek unsurlarının eksikliği iddiasına dayanan menfi tespit davaları (TTK md. 780,781), teminat çeki olarak verildiği iddiası ile açılan menfi tespit davaları, anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiası ile

²⁹⁰ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 165-166.

açılan menfi tespit davaları (TTK md. 818 yollaması ile md. 680), imzaların istiklali ilkesi kapsamında açılan menfi tespit ve alacak davaları (TTK md. 818 yollaması ile md. 677), şahsi defiler iddiası ile açılan menfi tespit davaları (TTK md. 818 yollaması ile md. 687), aval verenler (kefiller) tarafından açılan menfi tespit davaları (TTK md. 818 yollaması ile md. 701/3, 702), sebepsiz zenginleşme iddiası ile açılan alacak davaları (TTK md. 818 yollaması ile md. 732) olarak karşımıza çıkmaktadır.

TTK’da yer alan kıymetli evrakla ilgili söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğundan,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 31.01.2020 tarihli, 2019/1194 Esas, 2020/54 Karar sayılı kararda, “*Davacı vekili; müvekkilinin muhtelif tarih ve bedelli bonolara dayalı olarak davalıdan alacaklı olduğunu ve alacakla ilgili 26/02/2019 tarih ve 2019/2344 No ile arabuluculuk başvurusunda bulunduğunu, alacaklarının bugüne kadar ödenmediğini belirterek... TL bono bedelleri toplamının vade tarihinden işleyecek temerrüt faizi, toplam bono tutarının %0,3 oranında komisyon ve protesto masrafı ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece; dava tarihi ile aynı gün arabuluculuk başvurusu yapılmak sureti ile dava açıldığı*” gerekçesiyle 7155 sayılı

kanunla eklenen 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine dair kararın uygunluğuna hükmedilmiştir.²⁹¹

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, TTK md. 732 kapsamında ciro silsilesi bozuk ve zamanaşımına uğramış çekten dolayı sebepsiz zenginleşme iddiasıyla açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 27.04.2021 tarihli, 2021/604 Esas, 2021/552 Karar sayılı kararında; *“Dava, ciro silsilesi bozuk ve zamanaşımına uğramış çekten dolayı ilamsız takiplere yönelik olarak başlatılan icra takibine borçlu itirazının İİK 67. maddesi gereğince iptali istemine ilişkindir. TTK'nın 4. maddesi uyarınca tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın bu kanunda düzenlenen hususlardan çıkan uyuşmazlıklar mutlak ticari davayı teşkil eder. Somut olayda, davacı vekili davada davalı borçluların müvekkiline olan borcuna karşı vermiş olduğu çeke yönelik borcunun ödenmemesi üzerine başlatılan takibe yapılan itirazın iptalini talep etmiş, ayrıca dava dilekçesinde çekteki ciro silsilesinin bozuk olması nedeniyle bankaya ibrazında ödenmediğini ve TTK'nın 732. maddesi gereğince zamanaşımına uğrasa bile poliçenin hamiline karşı düzenleyen ve kabul edenin onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu olduğu sebebine dayanılmıştır. Davaya konu takibin konusunu oluşturan çekte davalı şirket keşideci, diğer davalı ise lehtar olup, davacı tarafça açıkça 6102 Sayılı TTK'nın 732. maddesine dayanılmıştır. Takibe konu ve buna bağlı olarak davaya konu olan çek her ne kadar ciro silsilesi bozuk ya da zamanaşımına uğramış olsa da davacı tarafça TTK 732. maddesine dayanılmış olup, açılan davada TTK'nın 3. kitabında 645 ve devamı maddelerinde düzenlenen kıymetli evrak hukukunda uygulanacak olup, zamanaşımı hususlarının da değerlendirilecek olduğundan davanın ve dayanağı olan çekin TTK'da düzenlenmiş*

²⁹¹ Ankara BAM 22. HD, 30.12.2019, E. 2019/1708, K. 2019/2184, Ankara BAM 22. HD, 22.10.2020, E. 2020/1179, K. 2020/1264, Ankara BAM 22.HD, 27.02.2020, E. 2019/1822, K. 2020/270. kararları da aynı yöndedir.

olması gereğince 6102 Sayılı TTK'nın 4. maddesi gereğince davanın mutlak ticari dava niteliğinde bulunduğunu değerlendirilmiştir. İtirazın iptali davası da mahiyeti itibariyle alacağın ödenmesi talebine yönelik olması sebebiyle dava tarihi itibariyle yürürlükte olan TTK'ya eklenen 5/A maddesi uyarınca dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasına dair dava şartına tabi olup, eldeki davada dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olmamasının sabit olması ve davadan önceki tarihi kapsayan herhangi bir arabuluculuk tutanağı da sunulmamış olması karşısında” davanın arabuluculuk dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Ancak TTK'da düzenlenen kıymetli evrakla ilgili hükümlerden kaynaklanmakla birlikte talep konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmayan örneğin poliçenin iptali taleplerinden (TTK md. 757-765), çek iptali taleplerinden (TTK md. 818 yollaması ile md.757-765) ve bono iptali taleplerinden (TTK md.778 yollaması ile md.757-765) kaynaklanan uyuşmazlıklar ile çek istirdadı davası (TTK md. 792),

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.02.2020 tarihli, 2019/3048 Esas, 2020/1093 Karar sayılı kararında, “*TTK'nın 792. maddesi hükmüne göre açılan davada davacının talebi, bir miktar paranın ödenmesi, alacak veya tazminat değil kıymetli evrak olarak çeki haksız olarak elinde bulundurduğu iddia edilen hamilden çekin iadesidir. Bu itibarla TTK'nın 792. maddesi kapsamında açılan çek istirdadı davasında arabulucuya başvurmak dava şartı değildir.*” izahatıyla ilk derece mahkemesinin ve bölge adliye

mahkemesinin çek istirdadı davasında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönündeki değerlendirmelerinin yerinde olmadığını içtihat etmiştir.

Benzer şekilde İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, TTK md. 792 kapsamında çek istirdadı talebiyle açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 15.11.2019 tarihli, 2019/2857 Esas, 2019/1697 Karar sayılı kararında; *“Bu hukuki açıklamalar ışığında, davacının işbu davadaki talebi dava konusu çekin davalıdan istirdadı, davacı şirketin haklı hamil olduğunun tespiti ve çekin teslimi istemine ilişkindir. Kambiyo senedi niteliğindeki çekin TTK'da düzenlenmesi nedeniyle çek istirdadı davası mutlak ticari dava niteliğinde ise de çek istirdadı davasında bir miktar paranın ödenmesine yönelik alacağın tahsili talebi yoktur. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır.”* gerekçesiyle çek istirdadı davası açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığına yani çek istirdadı davasının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına hükmetmiştir.²⁹²

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, TTK md. 757 kapsamında çek iptali talebiyle açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 19.02.2020 tarihli, 2019/1363 Esas, 2020/263 Karar sayılı kararında; *“Dava 6102 sayılı TTK'nın 818-(1)-(s) maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 757 vd. maddelerine dayalı çek iptali istemine ilişkindir. TTK'nın 818-(1)-(s) maddesi yollaması ile çekler hakkında uygulanacak olan TTK'nın 757-(1) maddesinde “İradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir.” hükmü düzenlenmiştir. Zayi nedeniyle çek iptali*

²⁹² Ankara BAM 22. HD,19.03.2021,E.2020/1300,K.2021/424 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022); Ankara BAM 22. HD 07.02.2020, E. 2019/2254,K.2020/124; Antalya BAM 11.HD,18.09.2019,E.2019/1545,K.2019/1703; İzmir BAM 11. HD,15.11.2019,E.2019/2857,K.2019/1697; İzmir BAM 11. HD,15.11.2019,E.2019/2857,K.2019/1697 kararları da aynı yöndedir.

davaları hasımsız olarak açılan davalardandır. Eldeki dava, 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'nın eklenen (5/A) maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayıldığı üzere konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden değildir.” gerekçesiyle zayi nedeniyle kıymetli evrak (çek) iptali davasının 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'nın eklenen (5/A) maddesi ile ticari davalarda düzenlenen dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kapsamındaki davalardan olmadığı sonucuna varmıştır.

4.2.1.4. Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma İşleri Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Dördüncü Kitap)

Kara taşıma işlerine ilişkin hususlar TTK'nın dördüncü kitabında 850 ila 930. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK'nın taşıma işleri kitabından kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olup, büyük bir çoğunluğu aynı zamanda tüketici işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıklardan tüketici işlemi olanlar bakımından görevli mahkemeler de tüketici mahkemeleri olacaktır (TKHK md.73). Ancak görevli mahkemelerin tüketici mahkemesi olması ve işlemin aynı zamanda tüketici işlemi olması bu uyuşmazlıkların ticari dava niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Taşıma işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle taşıyıcı ile gönderen, gönderilen veya yolcu arasında çıktığından tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.

TTK taşıma işleri kitabında düzenlenmiş olan hükümlerden kaynaklanan ve uygulamada en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar ise; taşıyıcının denetleme giderlerini talep hakkından kaynaklanan alacak davaları (TTK md. 858), refakat belgelerinin yanlış kullanımı veya ziyaından doğan zararların tazmini nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK md. 860, 864/1-d), tehlikeli eşya niteliğinin bildirilmemesi nedeniyle oluşacak giderlerden dolayı

gönderene açılacak alacak davası (TTK md. 861, 864/1-c), gönderenin eşyanın ambalajlanmasına ve işaret koyma yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK md. 862, 864/1-a), makul yükleme ve boşaltma süresini aşan bekleme ücretinden kaynaklanan alacak davaları (TTK md. 863), gönderenin kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 864), gönderenin taşıma sözleşmesini feshetmesinden kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 865), kısmî taşıma nedeniyle gönderene açılacak alacak ve tazminat davaları (TTK md. 866), gönderenin emir ve talimatları nedeniyle oluşan gider ve ücretten doğan alacak davaları (TTK md. 868), taşıma ücretinden ve eşya için sarfedilen giderlerden kaynaklanan alacak davaları (TTK md. 870), eşyada oluşan ziya veya hasar ile eşyanın teslimindeki gecikmeden kaynaklanan zarar nedeniyle taşıyıcıya açılacak tazminat davaları (TTK md. 875), taşıyıcının yardımcılarının kusuru nedeniyle açılacak tazminat davaları (TTK md. 879), eşyanın ziya veya hasar görmesi halinde zarar saptama giderleri ile diğer giderlerden sorumluluğu nedeniyle taşıyıcıya açılacak alacak davaları (TTK md. 881, 883), fiili taşıyıcıya karşı açılacak tazminat ve alacak davaları (TTK md. 888), taşınma eşyası taşınmasından kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 894-901), değişik tür araçlar ile taşımadan kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 902-905), yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında seferin yapılamamasından, seferin gecikmesinden, seferin duraklamasından kaynaklanan alacak ve tazminat davaları ile bagajda oluşan hasar ve ziya nedeniyle açılacak alacak ve tazminat davaları, taşıyıcının sorumluluğundan ve taşıma işleri komisyonculuğundan kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 906-917) olarak sıralanabilir.

TTK'da yer alan taşıma işlerine dair söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,

- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğundan,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Bunlara ilaveten TTK'da düzenlenmeyen uluslararası kara, hava, demiryolu araçları ile taşımalara ilişkin CMR sözleşmesi, Sivil Havacılık Kanunu, Varşova Montreal/Şikago Sözleşmeleri ve COTİF/CİM sözleşmelerinden kaynaklanan davalar da mutlak ticari davadır. Bu uyuşmazlıklardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olanlar da benzer şekilde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olup, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 27.03.2021 tarihli, 2021/288 Esas, 2021/311 Karar sayılı kararında; *“Taşıma işleri hakkındaki maddi hukuk normları ile ilgili düzenlemelerin de TTK'nın 4. kitabında yer aldığı, taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari iş ve ticari dava sayıldığı, somut uyuşmazlıktaki talebin kaynağının da taşıma sözleşmesi olduğu, davanın ticari dava olması ve bir miktar paranın ödenmesi talebini içermesi nedeniyle, 6102 sayılı TTK'nın 5/A ve 6325 sayılı Hu Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesi uyarınca, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı bulunduğu, uyuşmazlığın ticari dava niteliğinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 83/2. maddesi ile ortadan kaldırılmadığı, Dairemizin uygulamasının bu yönde olduğu gibi (Ankara BAM 20. H.D.'nin 22/01/2021 tarih ve 2020/1759 E.-32 K.) Tüketici Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli Ankara BAM 3. H.D.'nin uygulamasının da aynı yönde olduğu (Ankara BAM 3. H.D.'nin 30/12/2020 tarih ve 2020/2228 E.- 2027 K.), davanın 7155 sayılı Kanunun 20. maddesi ile değişik 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesinin yürürlüğe girdiği 01/01/2019 tarihinden sonra açıldığı ve*

davacı tarafça da mahkemece verilen karar tarihine kadar arabuluculuk tutanağının sunulmadığı anlaşılmakla, davacılar vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine” dair hüküm kurmuş davanın arabuluculuk dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.²⁹³

Taraflar arasındaki hava yolu ile yolcu taşımacılığı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 24.02.2021 tarihli, 2020/1209 Esas, 2021/176 Karar sayılı kararda, *“Taşıma işleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup, taraflar arasında hava yolu ile yolcu taşımacılığı sözleşmesinden kaynaklanan davanın ticari dava olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. TTK'nın 5/A maddesinde ticari dava niteliğindeki alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu kabul edilmiş olup, ayrıca 7155 sayılı Kanun'un 23'ncü maddesi ile eklenen 6325 sy m.18/A-2 maddesinde de, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılmaması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği düzenlenmiştir.”* gerekçesiyle 7155 sayılı kanunla eklenen 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine dair ilk derece mahkemesi kararının isabetli olduğuna karar verilmiştir.

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince, ilk derece mahkemesinin kararına itiraz üzerine yapılan inceleme sonucunda verilen 18.03.2021 tarihli, 2021/526 Esas 2021/487 Karar sayılı kararında; *"Buna göre somut olayda, dava, uluslararası hava yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkin olup TTK'nin 4/1-a maddesi gereğince ticari davadır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması işlemin tüketici işlemi*

²⁹³ Bkz. aynı yönde Ankara BAM 20. HD, 29.01.2021, E. 2020/1756. K. 2021/70.

niteliğini ve buna bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz. Tüketicinin taraf olduğu hava yolu taşımacılık sözleşmelerinden doğan davaların tüketici mahkemesinde görülmesi gerekmele birlikte TTK'nin 4/a maddesi gereğince ticari dava sayıldığından, 6325 sayılı Kanun'un 18/A-2. maddesi gereğince söz konusu davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Dosya kapsamından, davanın 09/07/2019 tarihinde açıldığı, davacı tarafça dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılmakta olup mahkemece, davanın arabulucuya başvurulmaması sebebiyle davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şeklinde karar verilmesi yerinde görülmemiştir.” gerekçesiyle dava şartının gözetilmemesini bozma sebebi sayılmıştır.²⁹⁴

Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesince, yük taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat davasında ilk derece mahkemesinin kararına itiraz üzerine yapılan inceleme sonucunda verilen 03.03.2020 tarihli, 2019/1538 Esas 2020/234 Karar sayılı kararda; *“Davacı vekili dava dilekçesi ile; müvekkili ile davalı borçlu taşıyıcı şirket arasında domates yükünün Polonya'ya taşınması hususunda anlaşıldığını, ... tarih ve ... numaralı fatura ile domates yükünün... plakalı araçlara yüklendiğini, söz konusu araçlar boşaltma noktasına vardığında bazı ürünlerde bozulmalar olduğu gözlemlendiğini, konu ile ilgili malların durumunun değerlendirilmesi hususunda eksper görevlendirildiğini, taşıma sırasındaki kusur sebebiyle malın bozulması sonucu müvekkilinin ... € tutarında zarara uğradığını beyan etmiştir. Somut dosyamızda dava konusu alacağın taşıma sözleşmesinden kaynaklandığı, taşımanın TTK'nın da düzenlendiği ve TTK'nın 4/1-a maddesi uyarınca uyuşmazlık konusu bakımından ticaret mahkemesinin görevli olduğu, ticari davalar 01.01.2019 tarihinden itibaren zorunlu arabuluculuğa tabi olup işbu*

²⁹⁴ Bkz. aynı yönde Diyarbakır BAM 6. HD, 25.02.2021, E. 2020/457, K. 2021/383; 25.02.2021 E. 2020/456, K.2021/382

davanın 25.04.2019 tarihinde açıldığı” ve zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu anlaşılmıştır.

Ancak TTK’da düzenlenen taşıma işleri ile ilgili hükümlerden kaynaklanmakla birlikte talep konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmayan tespit vb. talepli davalar,

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

4.2.1.5.Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticareti Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Beşinci Kitap)

Deniz ticaretine ilişkin hususlar TTK’nın beşinci kitabında; gemi, donatan ve donatma iştiraki, kaptan, deniz ticareti sözleşmeleri, deniz kazaları, gemi alacakları, sorumluluğun sınırlandırılması ve petrol kirliliği zararlarının tazmini, cebri icraya ilişkin özel hükümler başlıklı sekiz kısım altında 931 ila 1400. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Denizcilik sektöründe eskiden beri arabuluculuk metoduyla uyuşmazlıkların çözülmesine dair bir gelenek bulunmaktadır. Nitekim brokerlar, deniz hukukuyla ilgili sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabulucu gibi görev üstlenmektedirler.²⁹⁵

TTK deniz ticareti kitabında düzenlenmiş olan hükümlerden kaynaklanan ve uygulamada en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar ise; donatan ve donatma iştirakinden kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 1061-1087), kaptanın sorumluluğundan

²⁹⁵ Pınar Akan, *Arbuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 151.

kaynaklanan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 1088-1118), gemi kira sözleşmelerinden kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 1119-1130), zaman charteri sözleşmesinden kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 1131-1137), navlun sözleşmesinden kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 1138-1227), deniz yoluyla yolcu taşımacılığından kaynaklanan tazminat davaları (TTK md. 1247-1271), müşterek avaryadan doğan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 1274), çatmadan doğan alacak ve tazminat davaları (TTK md. 1288, 1289), kurtarma ücretinden kaynaklanan alacak davaları (TTK md. 1304) olarak sıralanabilir.

TTK’da yer alan deniz ticareti hukukuna dair söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğundan,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 16.01.2020 tarihli, 2020/25 Esas, 2020/40 Karar sayılı kararda, *“Davacı vekili, müvekkili ile tersane sahibi şirket aralarında aktetmiş olduğu sözleşmeye göre Türk Bayraklı ... isimli geminin boy uzatma ve tadilat işlerinin klas onaylı projeye uygun şekilde yapımı için aralarında anlaştığını, müvekkilinin tüm sözleşmesel edimlerini ifa etmesine rağmen davalı hem yükümlülüklerini yerine getirerek süresi içerisinde gemiyi teslim etmediğini hem de deniz alacağı olduğundan bahisle gemi davalı tersanesinin kendi yedindeyken söz konusu gemi üzerine ihtiyati haciz konulması için mahkemeye başvurduğunu, 19/11/2018 tarihinde ihtiyati haciz kararı aldığını ve...*

İcra Müdürlüğünün ... esas sayılı dosyası üzerinde seferden men kararını icraya koyduğunu, müvekkilinin ihtiyati haciz kararından dolayı büyük zararlara uğradığını belirterek haksız ihtiyati haciz kararı nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini amacıyla...TL zarar bedelinin ... tahsilini talep etmiştir. Dava; Türk Bayraklı ... isimli geminin üzerine konulan ihtiyati haciz kararından dolayı uğranılan zarar bedelinin tazmini istemine ilişkindir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi ile getirilen hüküm uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. O halde, dava öncesi arabuluculuğa başvuru şartı yerine getirilmemiş olup,” ilk derece mahkemesince davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Ancak TTK'da düzenlenen deniz ticareti ile ilgili hükümlerden kaynaklanmakla birlikte talep konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmayan örneğin gemi siciline ilişkin kayıtların tutulması, tescil, terkin ve tadil işlemlerinden (TTK md. 992-993), iştirakten çıkmasına izin verilmeyen paydaş donatanın açacağı iştirakin feshi davası (TTK md. 1083), dispeççi seçilmesine ve dispeç yaptırılmasına (TTK md. 1278-1284), çatmadan kaynaklı delil tespiti talebine (TTK md. 1291) ilişkin uyuşmazlıklar,

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı için,
- veya TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

4.2.1.6.Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku Kitabında Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Altıncı Kitap)

Sigorta hukukuna ilişkin hususlar TTK'nın altıncı kitabında; sigorta sözleşmesi, zarar sigortası ve can sigortalarının yer aldığı 1401 ila 1452 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK sigorta hukuku kitabında düzenlenmiş olan hükümlerden kaynaklanan ve uygulamada en çok karşılaşılan uyuşmazlıklar ise; zarar sigortalarından (mal ve sorumluluk sigortaları) kaynaklanan tazminat ve alacak davaları (TTK md. 1453-1486) ile can sigortalarından (hayat, kaza ve hastalık sigortaları) kaynaklanan tazminat ve alacak davalarıdır (TTK md. 1487-1520).

Sigorta sözleşmelerine ve sigortacılığa ilişkin TTK'nın 6. kitabındaki düzenlemelere ilaveten, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu'nda bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları da sigorta hukukuna ilişkin olup herhangi bir şart aranmaksızın TTK md. 4 kapsamında mutlak ticari dava sayılır.²⁹⁶

TTK'da, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu'nda yer alan sigorta hukukuna dair söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğundan,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

²⁹⁶ Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 390.

Aracın zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında tazminat talebiyle açılan davada, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 18.10.2019 tarihli, 2019/2622 Esas, 2019/1526 Karar sayılı kararda, “*Somut uyuşmazlıkta, aracı hasarlanan davacı, kazaya sebebiyet veren karşı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talebinde bulunmaktadır. Uyuşmazlığın temelinde 3. kişinin haksız fiili bulunmakta ise de zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan davalının sorumluluğu sigorta hukukundan kaynaklanmaktadır. Sigorta hukuku 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6. kitabında 1401 ve devamı maddelerinde düzenlendiğinden uyuşmazlık mutlak ticari dava kapsamında kalmaktadır. Buna göre 7155 sayılı Kanunun 20. maddesiyle TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesi uyarınca eldeki ticari dava için arabuluculuk dava şartı bulunmakta olup aynı yasanın 20. maddesiyle değişik 6325 sayılı Kanunun 18/A-2 maddesi uyarınca davacı vekili adına kesin süre ihtarathı muhtıra tebliğine rağmen kesin süre içerisinde davacı vekilince arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağı aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneği sunulamadığından anılan dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesinde*” bir isabetsizlik görülmediği sonucuna varılmıştır.²⁹⁷

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, tarım sigorta poliçesine dayanarak açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 04.12.2020 tarihli, 2020/2557 Esas, 2020/241 Karar sayılı kararda; “*Dava, tarım sigorta poliçesinden kaynaklı alacak davasıdır. Dava konusunun zarar sigortası olan tarım sigorta poliçesinden kaynaklı alacak davası olduğu, söz konusu poliçelerin TTK md. 1453-1486 hükümlerinde düzenlendiği dikkate alındığında, yukarıda açıklanan*

²⁹⁷ Ankara BAM 26. HD, 04.02.2021, E. 2021/169, K. 2021/174; Bursa BAM 5. HD, 08.04.2021, E. 2021/54, K. 2021/392; Diyarbakır BAM 3. HD 26.11.2019, E.2019/78, K. 2019/60; İzmir BAM 11. HD, 13.01.2021, E. 2021/28, K. 2021/31.kararları da aynı yöndedir.

gerekçeler ile ticari uyuşmazlık olduğu ve arabuluculuk dava şartı kapsamında olduğu düşünülmektedir. Bu davalar kanun gereği ticari dava sayılan davalar olup, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edildiği, hal böyle olunca eldeki davada TTK m. 1453 ve 1486 hükümlerinde düzenlendiği ve dava konusunun bir miktar alacağa ve tazminata ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında arabulucuya başvurmak dava şartıdır.” izahatıyla davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, trafik kazasında ölüm nedeniyle maddi tazminat talebiyle açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 09.07.2020 tarihli, 2020/768 Esas, 2020/995 Karar sayılı kararında; *“Dosyadaki belgelere, kararın dayandığı delillerle, usul ve yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle, dava istemine ilişkin olup, kazaya neden olan iş makinası (kepçe) olmakla murisin eşi ve oğlu tarafından inşaata ilişkin bütün riskleri ihtiva eden sigorta poliçesini düzenleyen sigorta şirketine karşı açılmış olup, 7155 sayılı yasa ile TTK'ya eklenen bir kısım ticari davalarda arabuluculuğa ilişkin dava şartının 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında 07.03.2019 tarihinde açılan işbu ticari davanın zorunlu arabuluculuk müessesine tabi olduğu, ancak dava açılmadan önce dava şartı olan arabuluculuk müessesine başvurulmadığı anlaşılmakla”* yerel mahkemece davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak TTK'da düzenlenen sigorta hukuku ile ilgili hükümlerden kaynaklanmakla birlikte talep konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmayan, örneğin aynen tazmin talebinden (TTK md. 1427, 1461) kaynaklanan uyuşmazlıklar,

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,

- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu halde,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 20.11.2020 tarihli, 2020/1437 Esas, 2020/1254 Karar sayılı kararda, *“Dava, davacı tarafından davalı sigorta şirketi nezdinde yapılan sağlık sigorta poliçesi kapsamında muafiyet ve sürpirim uygulamasının haksızlığının tespiti ile kaldırılması, fazla alınan pirim miktarının tespiti istemine ilişkindir. Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde; dava tarihinde davacının işbu davadaki talebi, davalı sigorta şirketi nezdinde yapılan sağlık sigorta poliçesi kapsamında muafiyet ve sür pirim uygulamasının haksızlığının tespiti ile kaldırılması ile fazla alınan pirim miktarının tespiti 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.....Yani, ticari dava niteliğindeki tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.”* gerekçesiyle arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığına yani sigorta hukukuna dair mutlak ticari dava olsa dahi para alacağına ilişkin olmayan tespit talebinin arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına hükmetmiştir.

Bazı bölge adliye mahkemeleri tüketici işlemi niteliğindeki uyuşmazlıkların, tüketici mahkemelerinde görüleceğinden ticari dava olarak kabulünün mümkün olmadığını, bir davanın ticari dava olarak kabulü için uyuşmazlık konusu işin her iki tarafın ticari

işletmesi ile ilgili olması gerektiği görüşündedirler.²⁹⁸ Ancak bu görüşün kabulü mümkün değildir. Ticari davaların en çok karşılaşılan türlerinden biri de nispi ticari davalar ise de, ticari davalar sadece nispi ticari davalardan ibaret değildir. Ayrıca tarafların sıfatına ve ticari işletme ile ilgisine bakılmaksızın bazı uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. Sigorta hukukundan doğan özel hukuk uyuşmazlıkları da mutlak ticari davadır.

Diğer yandan ticari davaları sadece ticaret mahkemelerinde görülen davalarla sınırlandırmak TTK 4. ve 5. maddelerine açık aykırılık oluşturmaktadır. Bazı bölge adliye mahkemeleri ise, 6502 sayılı yasanın 83/1 maddesindeki düzenleme karşısında bir tarafı tüketici olan ve tüketici işlemi sayılan davalara öncelikle 6502 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" hükümlerinin uygulanacağı, hüküm bulunmayan hallerde ise 6502 sayılı yasaya göre genel hüküm olan TTK ve TBK'nın ilgili hükümleri uygulanacağı, bu düzenlemeler nedeniyle bir tarafı tüketici olan ve tüketici işlemi sayılan davaların "mutlak ticari dava" şeklinde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı görüşündedir.²⁹⁹

Bu görüşün de kabulünün mümkün olmadığı doktrinde savunulmaktadır. Zira, bir özel uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olup olmadığı TTK'nın 4. maddesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Sigorta hukukundan kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları mutlak ticari davadır. İşlemin aynı zamanda tüketici işlemi olması bu uyuşmazlığı ticari olmaktan çıkarmaz. Görevli mahkemelerin tüketici mahkemeleri olması da uyuşmazlığın ticari dava fonksiyonunu ortadan kaldırmaz. Nitekim, 6502 sayılı TKHK'nın 83/1 maddesinde

²⁹⁸ Antalya BAM 3.HD 2019/1038E, 2019/1088K ve 5.7.2019 tarihli ve Antalya BAM 3.HD 2019/1029E, 2019/1029K ve 28.6.2019 tarihli kararlar; aksi yönde Ankara BAM 3.HD 2019/755E, 2019/83614 ve 3.5.2019 tarihli ve Ankara BAM 3.HD 2019/856E, 2019/834K ve 3.5.2019 tarihli kararları, Adana BAM 9.HD 2019/1427E, 2019/1103K ve 14.10.2019 tarihli kararı

²⁹⁹ Adana BAM 9.HD 2019/1427E, 2019/1103K ve 14.10.2019 tarihli kararı.

de işlemin tüketici işlemi olması halinde ticari dava fonksiyonun sona ereceğine dair bir açıklama bulunmamaktadır.

TTK'nın 1472, 1478 ve 1481. maddeleri gereğince, mal ve sorumluluk sigortalarında, sigortacının, sigorta tazminatını ödeyerek, halefiyete dayalı açacağı davalarda görevli mahkeme “zarar görenle zarar veren arasındaki temel ilişki” dikkate alınarak belirlenmelidir. Nitekim Yargıtay da, bu davaların, sigortalı kimsenin sorumlu kişiye karşı açmış olduğu bir dava gibi değerlendirilerek görevli mahkemenin belirlenmesi gerektiği (İBK 22/03/1944 tarih ve 1939/37 Esas, 1944/9 Karar) görüşündedir.³⁰⁰

Arabuluculuk yönünden yapılan değerlendirmede ise, İBK kararı gereğince halefiyete dayalı davanın bizzatı ticarî dava olmaması nedeniyle, sigortacının halefi olduğu sigortalının zarar verene karşı açacağı davanın ticarî dava niteliği taşıması halinde dava şartı arabuluculuğun uygulanması söz konusu olacaktır.³⁰¹

Nitekim İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 27.04.2021 tarihli, 2021/410 Esas, 2021/551 Karar sayılı kararda, “*Dava, davacı sigorta şirketinin kasko sigorta poliçesi kapsamında sigortaladığı akitine ait kamyonun için davalı Aydın Su ve Kanalizasyon İdaresinin (ASKİ) kusuru ile akitine ödenen sigorta tazminatının rücuen kusurlu bulunduğu iddia olunan davalıdan tahsili istemine ilişkindir. Dava konusu olayda, davacı taraf ile sigorta akiti tazminat ödenen dava dışı üçüncü kişi şirket olup, TTK hükümlerine göre tacirdir. Aynı zamanda sigortalanan aracın da kamyon olduğu ve ticari nitelik taşıdığı, ruhsatında kullanım amacının yük nakli-ticari olduğu belirlenmiştir. Davalı ASKİ de aynı şekilde tacir*

³⁰⁰Yargıtay 11. HD, 2016/10790 E, 2016/8148 K, 17.10.2016 tarihli kararı; 2016/11733 E, 2016/8549K, 31.10.2016 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022) ; Aynı yönde Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 390.

³⁰¹ Aynı yönde bkz. Aslıhan Erbaş Açık, “Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 47.

niteliğine haiz olup, davacı taraf ödeme yapmış olmakla akitinin yerine geçerek bu tazminatı rücuen talep ettiğine göre davacının akiti şirket ile davalı tacir arasındaki haksız fiilden kaynaklanan bu davanın tacirler arası bir işlemten kaynaklanmış olduğu, buna göre TTK'nın 4. maddesi gereğince her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan uyuşmazlık söz konusu olduğundan dava nispi ticari dava niteliğindedir. Somut olayda davacı vekili, sigorta poliçesi akitinin tazminatını ödedikten sonra onun yerine halef olarak davalı tacire karşı rücuen tazminat davası açmış olup, davacının yerine geçtiği akiti ile davalı arasındaki ilişki her iki tarafın ticari işletmesinden kaynaklandığından davanın açıldığı Aydın Asliye Hukuk Mahkemesinin olduğu yargı alanında ayrıca bir ticaret mahkemeleri bulunmayıp mahkemesince, davaya Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla devam olunup karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmamıştır. Somut olayda 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı yasanın 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A-1 maddesinde getirilen arabuluculuk dava şartına tabi olduğu” gerekçesiyle davadan önce arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği anlaşıldığından ilk derece mahkemesinin dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine dair kararı usul ve yasaya uygun bulunmuştur.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin, 21.12.2020 tarihli, 2020/466 Esas 2020/8778 Karar sayılı ilamında, “Yerel mahkemece, davanın ticari dava niteliğinde olduğu, bu nedenle 6102 sayılı Kanunun 5/A maddesi gereğince özel dava şartı olan arabuluculuğa başvuru şartı dava açılmadan önce yerine getirilmediğinden davanın usulden reddine, dair karar verilmiş, karara karşı davacı vekilinin istinaf yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi'nce davacı vekilinin istinaf isteminin 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiş, Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, trafik kazasında yaralanan üçüncü şahsa Güvence Hesabı tarafından ödenen tazminatın rücuen tahsili istemine ilişkindir. Somut olayda,

davacı Güvence Hesabı, Yönetmeliğin 16.maddesinde sayılan hallerde ödediği tazminatın yönetmelik düzenlemesine göre sorumlu davalıya rücu etmektedir. Davalı gerek kişidir. Bu durumda uyuşmazlığın mahkeme gerekçesinde yazılı olduğu gibi ticari dava niteliğinde olmadığı, 6102 sayılı Kanun gereğince arabuluculuğa başvuru şartının aranmayacağı” gerekçesiyle arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığına yani davanın arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına³⁰² hükmedilmiştir.

Bu davaların TTK’da düzenlenmekle birlikte her halükarda mutlak ticari dava olduğu görüşü de akademisyenlerce dile getirilmektedir.³⁰³ Diğer taraftan sigorta hukukundan doğan, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya hesaptan faydalanacak kişiler ile hesap arasında doğan uyuşmazlıklar için sigorta sözleşmesinde tahkim şartı olsun ya da olmasın Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılacak başvurularda, başvuru öncesi arabulucuya başvurulmasının şart olup olmadığına dair bir tereddüt oluşabilir.

HUAK'nın 18/A, 18. fıkrasında yer alan düzenlemeye 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. Düzenlemenin lafzına bakıldığında zorunlu tahkim halleri ile sözleşme ile tahkim şartının kararlaştırıldığı uyuşmazlıkların dava şartına ilişkin TTK 5/A maddesi kapsamı dışında kaldığı sonucu çıkarılabilirse de, düzenleme ile asıl amaçlananın zorunlu tahkim halinde ve tahkim şartının varlığı halinde tahkime başvuru hallerinin kapsam dışında bırakmak olduğu sonucu çıkmaktadır.³⁰⁴ Zorunlu tahkim dışında tahkim sözleşmesi varsa ve buna rağmen tahkime gidilmeyip dava açılmış ise,

³⁰² İstanbul BAM 9. HD, 21.10.2020, E. 2020/1404, K.2020/3711, Diyarbakır BAM 6. HD, 10.06.2020, E. 2020/471, K. 2020/398 aynı yöndedir.

³⁰³ Arkan, **a.g.e.**, s. 116. ; Levent Börü, İlker Koçyiğit, **a.g.e.**, s. 10-11.

³⁰⁴ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 397., Eminoglu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 392.

sırf sözleşme ile tahkim şartı kararlaştırılmış diye açılan ticari davanın dava şartı kapsamı dışında kaldığından bahsedilemez. Böyle bir kabul, kanun koyucunun iradesinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur ve işin doğasına da aykırıdır.

4.2.2. Türk Ticaret Kanunu'nda Ticari Dava Olarak Sayılan ve Diğer Kanunlarda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

4.2.2.1. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Ticari Davalar

Taşınırın rehni karşılığı ödünç para verme işiyle uğraşanlarla ilgili hüküm ve işlemleri düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 962 ila 969. maddelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar esasen esnaf seviyesinin üstünde bir ticari işletme faaliyeti çerçevesinde yürütülen faaliyet olarak kabul görmektedir.

Bu nedenle, taşınır malın rehni karşılığında ödünç para verme işiyle uğraşanların TMK md. 992-969 kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, tarafların sıfatına ve konunun taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın TTK md. 4/1-b kapsamında ticari dava olarak kabul edilmiştir. Ancak taşınmaz rehni karşılığında ödünç para verme işinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bu kapsamda değerlendirilmemekte; bu tür uyuşmazlıklarda görevli mahkeme göreve ilişkin genel hükümlere göre belirlenmektedir.

Söz konusu hükümler çerçevesinde, taşınırın rehni karşılığı ödünç para verme işinden kaynaklanan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Dolayısıyla taraflar uyuşmazlığın halli için dava açmadan önce arabuluculuk yolunu tüketmelidir.

4.2.2.2.Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

a. TBK'nın Madde 202-203 Hükümlerindeki Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TBK md. 202’de, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralanın, bu hususu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesinde, diğer işletmeler için ise Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten itibaren, onlara karşı malvarlığınaki veya işletmedeki borçlardan dolayı sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

TBK md. 203’de ise, şayet bir işletme başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse her iki işletmenin alacaklılarının, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Söz konusu hükümler çerçevesinde, bir malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesinden kaynaklanan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

b. TBK'nın Madde 444-447 Hükümlerindeki İşçinin Rekabet Yasağından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TBK md. 444'de, fiil ehliyetine sahip olan işçinin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebileceği düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz ki rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır.

Hizmet sözleşmeleri bakımından TBK md. 444 ilâ 447 hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağından doğan davaların niteliği ve yetkili mahkeme konusunda gerek doktrinde gerekse yargı camiasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Domaniç, bu bent gereğince ticarî dava sayılan BK md. 348-352 (TBK md. 444-447) hükümlerine dayalı rekabet yasağı davalarının da ticarî sayılması için işverenin tacir olması gerektiğini ifade etmektedir.³⁰⁵

Soyer de, rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki yakın ilişkinin, TTK'da yer alan bu hükmün isabet derecesi hakkında şüphe uyandırdığını; hizmet akdinin devamı sırasında meydana gelen rekabet uyuşmazlıkları iş mahkemelerince çözümlenirken, rekabet yasağı sözleşmelerinde ticaret mahkemelerini görevli kılmanın haklı gerekçelerle

³⁰⁵ Hayri Domaniç, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Genişletilmiş 4.b. İstanbul ,1988, s. 105. ; Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları TTK Tasarısı ve Gerekçeleri ile Birlikte**, 5.b., İstanbul, 2007, s. 127.

desteklenemeyecek bir ayrımı da ortaya çıkardığını ifade etmektedir. Yazara göre, rekabet yasağına ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesini mümkün kılan bir yasal düzenleme, uyuşmazlığın mahiyetine olduğu kadar, iş mahkemelerinin kuruluş gerekçesine de daha uygun düşecektir.³⁰⁶

Ekmekçi ise, işçinin rekabet yasağı borcundan kaynaklanan davaların TTK'nın 4(I)-c hükmündeki TBK md. 444 ilâ 447 hükümlerine yapılan atıf nedeniyle mutlak ticari olarak kabul edildiği ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde yapılan düzenlemenin, bu atfı ortadan kaldırdığı, bu nedenle sözü geçen hükümlerdeki rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu görüşündedir.³⁰⁷

Bu hükümlerden kaynaklanan davalardaki yetkili mahkeme konusunda yargı kararları da zaman içinde farklılık göstermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından, 2008³⁰⁸ ve 2011 yıllarında verilen kararlarda TBK md. 444 (mülga BK md. 348) vd. hükümlerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.12.2012 tarihli 2011/11-781 Esas, 2012/109 Karar, 21.09.2011 tarihli 2011/9-508 Esas, 2011/545 Karar ve 09.03.2016 tarihli 2014/11-866 Esas, 2016/289 Karar sayılı kararlarında ise; “....*Yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar göstermektedir ki, iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme*

³⁰⁶ Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994, s. 25. ; Polat Soyer, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat Şimdilik) Çözümlendi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İki Farklı Kararı Hakkında Not", Yıldırım Uler'e Armağan, **Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları**, Lefkoşa, 2014, s. 475.

³⁰⁷ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 305.

³⁰⁸ HGK, 22.09.2008, E. 2008/9-517; K. 2008/566.

iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibariyle 818 sayılı BK'nın 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK'nın 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir.” gerekçesiyle işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak açılacak tazminat davasında şayet iş akdi devam ediyorsa iş mahkemelerinin görevli olacağına; iş akdinin sona ermesinden sonra ise TTK md. 4(I)-c yollamasıyla TBK md. 444 vd. uyarınca tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticarî davalardan olması nedeniyle ticaret mahkemelerinin görevli olacağına dair içtihadı birleştirme kararı verilmiştir.

Kanaatimizce, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmesini takiben, TTK md. 4(I)-c hükmündeki yollama nedeniyle mutlak ticarî dava olduğu kabul edilen TBK md. 444 ilâ 447'deki rekabet yasağına ilişkin hükümlerden doğan davalarda artık iş mahkemeleri görevli olmalıdır. Zira, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri asliye ticaret mahkemelerine göre ihtisas mahkemesi niteliğini haizdir. İlaveten TTK md. 5'de yer alan “Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.” düzenlemesindeki “aksine hüküm bulunmadıkça” ibaresi de iş mahkemelerinin görevli olduğuna dair düzenlemeyi güçlendirmektedir. Buna göre, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle açılacak alacak veya tazminat davalarının, TTK md. 5/A hükmü uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı değerlendirilmektedir.

Ancak işçinin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle açılacak cezai şart veya tazminat talepli uyuşmazlıklar;

- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu,
- hem de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 3/1 hükmü kapsamında kaldığı, için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Bir diğer ifadeyle işçinin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle açılacak cezai şart veya tazminat davaları, ticari uyuşmazlık bakımından zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir ancak iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk kapsamındadır.

c. TBK'nın Madde 487 ilâ 501 Hükümlerinde Düzenlenen Yayım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TBK md. 487'ye göre, yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir. Yazılı şekilde yapıldığı takdirde geçerli olacak yayım sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçmektedir.

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin haklarından biri olan yayma hakkının yayımcıya devrini öngören ve bunun karşılığında da yayımcının eseri çoğaltarak halk arasında yaymayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Yayım sözleşmesinin konusu fikir ve sanat eserleri olup esasen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. FSEK md. 76 uyarınca da bu kanunun düzenlediği hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakma görevi fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerine aittir. Ancak yasadaki bu görevlendirme, yayım sözleşmesinden doğan davaların mutlak ticari dava olarak kabulünü engellemeyeceği gibi fikir ve sanat eserlerine ilişkin tüm

davaların da mutlak ticari dava olması sonucunu doğurmayacaktır.³⁰⁹ Fikir ve sanat eserlerine ilişkin davalar ancak taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili ise, o halde nispi ticari dava olarak kabul edilecektir.

Söz konusu hükümler çerçevesinde, yayım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

d. TBK'nın Madde 515 ilâ 519 Hükümlerindeki Kredi Mektubu ve Kredi Emrinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TBK md. 515/1 hükmü uyarınca kredi mektubu, mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye istemde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belge olup vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Kredi mektubu ilişkisinde üç kişi söz konusudur: Bunlardan mektubu düzenleyen, mektubun hitap ettiği kişiye (muhatap), mektup hamiline talep edeceği miktarda para (veya benzeri bir şeyin) verilmesini ister (BK 515/1).

TBK md. 516 hükmünde ise, kredi emri düzenlenmiş olup buna göre bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak

³⁰⁹ Arkan, **a.g.e.**, s. 109-111.

veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz. TBK md. 519 hükmü uyarınca kredi emri veren ile kredi emrinden yararlanan arasındaki ilişkiye, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler uygulanır. Kredi mektubunda muhatap ödemeyi, mektubu düzenleyenin hesabına yapar; dolayısıyla ödediği tutarı ve masraflarını mektubu düzenleyenden isteme hakkına sahiptir. Kredi emrinde de, kredi mektubunda olduğu gibi üç kişi vardır: Kredi emrini veren (âmir), emri alan (memur) ve kendisine ödeme yapılacak üçüncü kişi. Burada kredi mektubundan farklı olarak âmir, memura, memurun kendi ad ve hesabına üçüncü kişiye kredi vermesini veya açılmış bir krediyi yenilemesini emreder. Bu emre uyularak memur tarafından kredi verilirse (veya kredi yenilenirse) âmir, verilen bu krediden dolayı kefil gibi sorumlu olur. Amirin bu sorumluluğunun doğumu, emrin yazılı olmasına bağlıdır (BK 516).³¹⁰

Yukarıda bahsedilen hükümlerde düzenlenen kaynaklanan uyuşmazlıklar da TTK md. 4(I)-c hükmü uyarınca mutlak ticari dava olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hükümler çerçevesinde, kredi mektubu ve kredi emrinden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

³¹⁰ Bilge, **a.g.e.**, s. 306-307. ; Arkan, **a.g.e.**, s.110. ; Ülgen vd., **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 223.

e. TBK'nın Madde 532 ilâ 545 Hükümlerindeki Komisyon Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

TBK md. 532'ye göre, *"Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir"*.³¹¹ TBK md. 532 ilâ 545 hükümlerinde yer alan alım veya satım komisyonculuğu hükümlerinden kaynaklanan davalar TTK md. 4(I)-c hükmüne göre mutlak ticari dava sayılır. Bununla birlikte TTK md. 917 vd. hükümlerinde düzenlenen taşıma işleri komisyonculuğu ile ilgili davalar da TTK md. 4(I)-a hükmü gereği mutlak ticarî dava olarak kabul edilmektedir. Ancak, diğer komisyon işleri başlığı altında TTK md. 546'da düzenlenen komisyonculuğa ilişkin davalar mutlak ticari dava olmayacak, ancak taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili ise, o halde nispi ticari dava olarak kabul edilecektir.

Alım veya satım komisyonculuğu sözleşmesi kapsamında hem komisyoncunun ve hem de vekalet verenin hak ve sorumlulukları söz konusudur. İşte bu hak ve sorumluluklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

³¹¹ Cengil, a.g.e., s. 77.

f. TBK'nın Madde 547 ila 554'deki Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları İçin Öngörölmüş Bulunan Hükümlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir. İşletme sahibi, ticari temsilcilik yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır; ancak ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına bağlı değildir. (TBK md. 547)³¹²

Ticari vekil ise, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir. Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez. (TBK md. 551)

Ayrıca TBK md. 552'de, toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, yani diğer tacir yardımcıları o ticari işletme içinde, müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir biçimde, yazıyla aksine duyuru yapılmış olmadıkça, ticari işletmenin alışılmış bütün satış işlemlerini yapmak, yetkili oldukları işlemler hakkında faturaları imzalamak ve ticari işletmenin alışılmış işlemlerinden doğan borçların ifa edilmesine veya bunların hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin ihtar veya diğer açıklamaları işletme sahibi adına yapmak; bu nitelikteki ihtar veya diğer açıklamaları, özellikle alışılmış işlem dolayısıyla

³¹² Cengil, **a.g.e.**, s. 61.

teslim edilmiş mallara ilişkin ayıp bildirimlerini ticari işletme adına kabul etmek konusunda yetkilendirilmiştir.

Ticarî temsilciler, ticarî vekiller ve diğer tacir yardımcılara ilişkin TBK'nın md. 547 ilâ 554 hükümlerinden doğan davaların da TTK md. 4(I)-c hükmüne göre mutlak ticari dava olduğu kabul edilmiştir.

TBK'nın söz konusu hükümlerinde yer alan tacir yardımcılığı ile ilgili düzenlemelerden ortaya çıkacak uyuşmazlıklar;

- hem TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- hem tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

4.2.2.3.Bankalara, Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kurumlara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Ticari Davalar

TTK md. 4/1-f hükmü kapsamında bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. Anılan düzenleme çerçevesinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki bankalarla birlikte finansal kiralama şirketleri, finansman şirketleri, faktoring ve forfaiting şirketleri de bu kapsamda

değerlendirilmektedir.³¹³ Buna ilave olarak, tarafların sıfatından bağımsız olarak ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemeler de aynı kategoride kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44. Maddesi kapsamında bankalarca gerçek kişi kart hamillerine verilen banka ve kredi kartlarından doğan uyuşmazlıkların muhtevası konusunda farklı yargı kararları bulunmaktadır.³¹⁴

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; şayet banka veya kredi kartının hamili gerçek kişi yani tüketici değil de tüzel kişi veya tacir ise bu durumda kurumsal kredi ve banka kartları hakkında ortaya çıkacak uyuşmazlık;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu gibi,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu konuda herhangi bir tereddüt mevcut değildir. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, 24.03.2021 tarihli 2020/451 Esas, 2021/469 Karar sayılı kararında, isabetle uyuşmazlık konusu kredi kartının hamilinin şirket olduğuna vurgu yapmış ve *"Taraflar arası uyuşmazlık, davacının davalı bankadan almış olduğu kredi kartının bilgisi ve izni olmadan kullanıldığı iddiası ile kullanım harcaması . . . TL'nin . . . ticari faizi ile davalıdan tahsili istemine yöneliktir. Davaya konu edilen kredi kartının kullanıcısının İ. Y. olduğu, ancak kart sahibi firmanın . . . San. Tic. Ltd. Şti. olduğu, kredi kartının ticari niteliğe sahip olup, uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olduğu, 7155 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile 6102 Sayılı TTK'ya eklenen*

³¹³ Ülgen vd., **a.g.e.**, s. 228. ; Arkan, **a.g.e.**, s. 113.

³¹⁴ Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 422.

5/A maddesi uyarınca, 1.1.2019 tarihinden itibaren kanunun 4. maddesi ve diğer kanunlarla belirlenen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı kabul edilmiş olduğundan ve davacının dava açmadan önce arabuluculuğa başvurduğuna ilişkin beyan ve belge bulunmadığı” gerekçesiyle HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun md. 44/1 hükmü uyarınca, banka kartı veya kredi kartı hamilinin tüketici olması durumunda (4077 sayılı mülga) 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulanacaktır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un md. 3/1-1 hükmü ile, banka veya kredi kartının hamilinin gerçek kişi yani tüketici olduğu kabul edilerek, ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemesinin görevli olacağı düzenlenmiştir.

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59. maddesi ile "dava şartı olarak arabuluculuk" başlığıyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a md. 73/A hükmü eklenmiştir. Kanunun resmi gazetede yayımlandığı 28.07.2020 tarihinden geçerli olmak üzere, kanunda sayılan istisnalar hariç, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle 28.07.2020 tarihinden sonra tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olmadığı için tüketici tarafından açılacak davalar bakımından dava ister mutlak ticarî dava isterse tüketici işlemi olarak kabul edilsin, tüketici mahkemesinde açılması ve her halükârda öncesinde arabuluculuğa başvurulmuş olması zorunludur. Bir diğer tabirle söz konusu uyuşmazlıklar, ticari uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir ancak tüketici uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk yani dava şartı kapsamındadır.

Ancak, TTK md. 5/A hükmünün yürürlüğe girdiği 01.01.2019 ile 6502 sayılı Kanun'un md. 73/A hükmünün yürürlüğe girdiği 28.07.2020 tarihleri arasında açılan ve bireysel kredi sözleşmesi, bireysel kredi kartı üyelik sözleşmesi, kredili mevduat hesabı sözleşmesi, bireysel mevduat sözleşmesi gibi taraflarından birini bankanın, diğerini ise 6502 sayılı Kanun hükümleri kapsamında tüketicinin oluşturduğu alacak ve tazminat davaları bakımından farklı yargı kararlarıyla karşılaşılmaktadır. 01.01.2019-28.07.2020 tarihleri arasındaki dönem için bu tür davaların ticarî dava sayılıp sayılmayacağı ve TTK md. 5/A kapsamında ticari bakımdan dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağı konusunda bölge adliye mahkemeleri farklı sonuçlara ulaşmıştır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2020/439 Esas 2020/976 Karar sayılı 11.06.2020 tarihli kararında, *"Yukarıda açıklanan nedenlerle bireysel kredi kartı hamili tüketici olan dolayısıyla talep edilen alacak nedeniyle açılan davaların ticari dava olarak kabul edilmeyeceğine, bu kabul karşısında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabuluculuğa gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine oybirliğiyle ve 5235 sayılı kanunun 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi."* gerekçesiyle kredi kartı hamilinin tüketici olması nedeniyle TTK md. 5/A kapsamında dava şartının aranmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2020/237 Esas 2020/805 Karar sayılı 04.06.2020 tarihli kararında ise, *"tüketici mahkemelerinde görülen davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83/2 hükmü uyarınca ticari dava olarak değerlendirilemeyeceğine ve arabuluculuk yoluna başvurulmasına dair dava şartının aranmaması gerektiğine"* hükmedilmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2020/1167 Esas 2020/5321 Karar sayılı 25.06.2020 tarihli kararında; *"Davacı, davalıların murisi ile banka arasında imzalanan bireysel kredi sözleşmesine istinaden kullandırılan krediye ilişkin borcun davalılara*

gönderilen ihtara rağmen ödenmediğini, başlatılan icra takibinin davalıların itirazı üzerine durduğunu, ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına, davalılar aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir. İlk derece Mahkemesince, uyuşmazlığın mutlak ticari dava niteliğinde olduğu kabul edilerek, 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi I. bendi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesi 2. bendi uyarınca dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine, karar verilmiş; karara karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesince, davanın tüketici kredi sözleşmesinden kaynaklandığı ve taraflar arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olduğu, bu tür davaların Tüketici Mahkemelerinde görülecek olması nedeniyle eldeki davanın ticari dava olarak kabulünün mümkün olmadığı, bir tarafın tüketici olduğu davaların ticari dava sayılamayacağından dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmeyeceği, bu nedenle ilk derece mahkemesinin arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediğinden bahisle davanın usulden reddine karar verilmesinin hatalı olduğuna karar verilmiştir. Usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına karar verildi." gerekçesiyle TTK md. 4/1-f kapsamında banka ile yapılan bireysel kredi sözleşmesinde taraflardan birinin tüketici olduğu davaların ticarî dava sayılamayacağı, bu nedenle dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmeyeceği hükmüne varmıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ile 19. Hukuk Dairesi'nin yukarıda anılan kararlarından sonra, söz konusu kararlarda yer alan gerekçeler doğrultusunda bazı bölge adliye mahkemelerince, TTK md. 4 hükmü çerçevesinde mutlak ticarî dava olarak sayılmasına rağmen bir tarafı tüketici olan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun söz konusu olmadığına dair kararlar verilmiştir.

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 12.03.2021 tarihli, 2021/352 Esas, 2021/513 Karar sayılı kararında, "*Davanın tüketici kredi sözleşmesinden kaynaklandığı ve taraflar arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olduğu, bu tür davaların Tüketici*

Mahkemelerinde görülecek olması nedeniyle eldeki davanın ticari dava olarak kabulünün mümkün olmadığı, bir tarafın tüketici olduğu davaların ticari dava sayılamayacağından dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmeyeceği, arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabuluculuğa gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı, bu nedenle ilk derece mahkemesinin arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediğinden bahisle davanın usulden reddine karar verilmesinin hatalı olduğu anlaşılmakla davacının bu yönden istinaf isteminin kabulü gerekmiştir.” gerekçesiyle dava şartının aranmaması gerektiği sonucuna varmıştır.

Benzer şekilde Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi, 10.03.2021 tarihli, 2021/313 Esas, 2021/337 Karar sayılı kararında, "Somut uyuşmazlıkta dava tarihi, 02/07/2020 olup, söz konusu tarihte tüketici uyuşmazlıkta arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. 6325 sayılı kanunun dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinin tüketici uyuşmazlıklarına uygulanması yasa koyucunun amacını genişletmek suretiyle uygulamaya sebebiyet verecektir. Zira dava tarihinden sonra 7251 sayılı Yasa ile 6502 Sayılı Yasada yapılan değişiklik ile tüketici uyuşmazlıkları ile ilgili olarak da arabuluculuk dava şartı olarak getirilmiş, ancak arabuluculuk hususunda 6325 Sayılı yasadan farklı olarak tüketici lehine farklı düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 sayılı yasanın 5/A maddesindeki dava şartı arabuluculuğun somut olaydaki dava tarihi dikkate alındığında tüketici uyuşmazlıklarında uygulanma imkanı bulunmadığından ilk derece mahkemesince işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması yerinde görülmemiştir.” hükmüne varmıştır.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi’nce verilen 2019/2261 Esas, 2021/140 Karar sayılı 01.02.2021 tarihli kararda, "Dava konusu somut uyuşmazlık, tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu tür davalar tüketici mahkemelerinde görüleceğinden eldeki davanın ticari dava olarak kabulü mümkün

değildir. Davanın ticari dava olarak kabulü için uyuşmazlık konusu işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması zorunludur. Bu haliyle bir tarafın tüketici olduğu davalar ticari dava sayılamayacağından dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmez. TKHK'da açıkça tüketici işlemi olduğu düzenlenen tüketici kredisi ve bireysel kredi kartı verilmesi işleminden doğan davaları ticari dava olarak kabul etmek, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan bir dava şartının uygulama alanını Yasa Koyucu'nun iradesine aykırı olarak genişletmek olacaktır.” gerekçesiyle dava şartının aranmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Bazı mahkemeler ise görüş değişikliğine gitmişler ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 27.11.2020 tarihli, 2020/1167 Esas 2020/1274 Karar ve 19.11.2020 tarihli 2020/891 Esas 2020/1228 Karar sayılı kararlarında yer alan "Dava, davalı banka nezdindeki gerçek kişi davacıya ait hesaba usulsüz bloke uygulandığı iddiasıyla hesaptaki paranın tahsili amacıyla başlatılan ilamsız icra takibine vaki itirazın iptali davasıdır. Somut olayda söz konusu hesabın mesleki ya da ticari amaçla kullanıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamakla davanın tüketici sıfatıyla açıldığı ve bankacılık işleminden kaynaklı dava olduğu sonuçta ticari dava olarak kabul edilemeyeceği, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 19 HD'nin T: 11.06.2020, 2020/439 E, 2020/476 K sayılı kararında belirtilen gerekçelerle niteliği gereği tüketici işlemi sayılan ve bu nedenlerle tüketici mahkemesinin görev alanında kalan uyuşmazlıkların ticari dava kapsamında olduğundan bahsetmek mümkün kabul edilmemelidir. Bu sebeple, bu tür davaların TTK'nın 5/A maddesi uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olduğundan da söz edilemeyecektir. Dairemizin önceki kararı aksi yönde olmakla birlikte, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin az yukarıda bahsi geçen kararındaki gerekçeler dairemiz tarafından benimsenmekle dairemiz önceki görüşünü değiştirmiştir. 28.07.2020 tarihli 7251 sayılı kanun maddesi ile 6502 sayılı kanun maddesinde yapılan değişiklikle her türlü tüketici davaları için zorunlu arabuluculuk

koşulu getirilmiş ise de anılan düzenleme geçmişe yürümeyeceğinden eldeki davanın açılış tarihi itibarıyla olayın çözümünde uygulanması mümkün değildir.” gerekçesiyle arabuluculuğa gidilmiş olmasının dava şartı olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmişlerdir.

Kanun koyucunun 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenleme ile tüketici uyuşmazlıklarını dava şartı arabuluculuk kapsamına aldığına vurgu yapan Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi’nin 03.11.2020 tarihli 2020/827 Esas, 2020/1122 Karar sayılı kararında *"Somut olayda ise davacı tarafından banka hesabından bilgi ve rızası dışında internet bankacılığı yoluyla havale edilen bedelin davalılardan tahsili talep edilmiş olup, açılan davanın TTK'nın 4. madde anlamında ticari dava olması, 6502 sayılı yasanın 83. maddesi çerçevesinde tüketici işlemi olduğunu değiştirmez. Tüketici işlemi niteliği özel düzenleme olup tüketici hukukunun uygulanacağı anlamını taşımaktadır. Eş anlatımla TTK'nın 5/A maddesinin etki alanı 6502 sayılı yasada tanımlanan tüketici işlemleri ile sınırlanmakta, uygulanacak hukuk ve yargılama usulünün tespiti tüketici hukukuna göre belirlenmektedir”* gerekçesiyle dava tarihi itibarıyla mevcut yasal düzenlemeler karşısında tüketici uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı sonucuna varılmıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ile 19. Hukuk Dairesi'nin yukarıda anılan kararlarına rağmen bazı bölge adliye mahkemelerince, TTK md. 4/1-f hükmünde sayılan mutlak ticarî davaların 6502 sayılı Kanun'un md. 73/1 ve 83/2 hükümleri gözetilerek tüketici mahkemelerinde görülmesinin işbu davaların ticarî dava olma niteliğini değiştirmeyeceği gerekçesiyle işbu davalar açılmadan evvel davacıların arabulucuya başvurmasının dava şartı olduğuna dair kararlar verilmektedir.

Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2021 tarihli 2019/2503 E. 2021/239 K., 25.03.2021 tarihli 2021/654 E. 2021/742 K. sayılı kararlarında, *"Dava dosyası kapsamına, davacı ile davalı banka arasındaki kredi sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olsa da, aynı zamanda uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olduğu, davanın ticari dava niteliğinin TKFK'nın 83/2. maddesi ile ortadan kaldırılmadığı, davanın 01.01.2019 tarihinden sonra açıldığı ve arabuluculuk tutanağının bulunmadığı sabit olmakla, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine"* gerekçesiyle TTK md. 4/1-f hükmü kapsamında bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların her halükarda dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu vurgulanmıştır.

Önemle belirtmemiz gerekir ki, uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi ve yargı yükünün azaltılması temel hedefiyle yürürlüğe alınan arabuluculuk uygulamasında, daha esasa girilmeden dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair usul tartışmaları mevzuattaki belirsizlik yüzünden iki yıldan daha uzun sürmüştür. Tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte söz konusu belirsizlik ve mahkeme kararları arasındaki çelişki sona ermiş gibi görünmektedir.

Diğer taraftan tüketici uyuşmazlığı mahiyetinde olmayan TTK md. 4/1-f hükmü kapsamında bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlık;

- TTK md. 4'de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf ise,
- ve TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Nitekim, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi'nin 23.10.2020 tarihli 2020/1647 Esas 2020/195 Karar sayılı kararında, *"Davacı vekilince, TMSF'ye devredilen Bankadan fotokopi tarzındaki çoğaltılmış sahte imzalar ile üretilmiş talimatlarla davalı şirket çalışanı tarafından JFS firmasının banka hesabında bulunan paranın usulsüz olarak çekilmesi nedeniyle banka müşterisinin zarara uğradığını, davalı şirket ve ortakları olan davalıların bu usulsüz işlem neticesinde haksız kazanç sağladığını talep ve dava etmiştir. İlk derece mahkemesince, talebin konusunun bir miktar para ödenmesine dönük ve alacağa ilişkin olduğu, TMSF tarafından bu davaya konu edilen alacağın bankacılık faaliyetinden kaynaklandığı, arabuluculuk kapsamında kaldığı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmemiş olduğu, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığı gerekçesiyle 6102 sayılı Kanun 4. ve 5/A, 6325 sayılı Kanun 18/A-2, HMK'nın 114/2. ve 115/2. maddeleri gereğince davanın usulden reddine karar verilmiştir."* gerekçesiyle ilk derece mahkemesince yazılı gerekçe ile davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir halin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nce, 21.01.2021 tarihinde verilen 2020/1394 Esas 2021/114 Karar sayılı kararda, davacı tarafından mahkeme veznesine depo edilen önalım bedeli olarak banka şubesine yatırılan parayı bankanın nemalandırmamasından doğan alacağın tahsili talepli davada davacının söz konusu uyuşmazlıkta tüketici sıfatına haiz olmadığı vurgulanarak *"Dava; banka şubesi adli emanet hesabına yatırılan paranın nema alacağının tahsili istemine ilişkindir. Davacı yanca, şufa davasına bakan mahkemece verilen karar ile birlikte davalı banka hesabına yatırılan paranın faizsiz hesapta tutulması nedeniyle nema alacağı bulunduğu iddiasıyla davalı banka aleyhine işbu dava açılmıştır. Davanın niteliği itibarıyla bankacılık işleminden kaynaklanmış olmasına, davacının davalı banka ile aralarında akdedilmiş*

herhangi bir sözleşme bulunmamasına, davacının bu durum karşısında tüketici sıfatına haiz olmamasına göre bankacılık işleminden kaynaklanan işbu dava TTK'nın 4/1-f maddesi uyarınca mutlak ticari dava niteliğindedir. 7155 sayılı Kanun ile TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesiyle, TTK'nın 4. maddesinde ve diğer mevzuatta belirtilen ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiş olup, aynı yasal düzenlemenin 23. maddesinde 6325 sayılı Kanuna eklenen 18/A maddesiyle, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edildiğinden, davacının arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu” gerekçesiyle bu zorunluluğa uyulmaması halinde davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği düzenlendiğinden, ilk derece mahkemesince davanın arabuluculuğa ilişkin dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi’nce 24.09.2020 tarihinde verilen 2020/968 Esas 2020/867 Karar sayılı kararda, davanın bankacılık işleminden kaynaklı alacak istemine ilişkin olduğunun altı çizilerek “*Somut olayda, dava dışı adi ortaklığın hesabından adi ortaklık sözleşmesi kapsamında davalı Y. D. ’e verilen vekaletin dava dışı adi ortaklık ile davacı yönünden sona ermiş olmasına rağmen, davacı adına ve müşterek davalı bankada açılan hesaptan usulsüz para çekildiği iddia edilerek çekilen paranın tazmini istenmiş olmakla, açılan davanın bankacılık işleminden kaynaklı ticari dava niteliğinde olduğu”* gerekçesiyle davanın TTK'nın 5/A maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk sistemine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi’nce 06.10.2020 tarihinde verilen 2020/988 Esas 2020/959 Karar sayılı bir başka kararda ise, bankaya açılan davanın

teminat mektubu bedelinin tahsiline ilişkin olduğu vurgulanmış ve *"Dava; teminat mektubu bedelinin tazmini istemine ilişkindir. Davacı yanca, davalı tarafından verilen banka teminat mektubunun vadesi ve depo edilmesi istemiyle işbu dava açılmış olmakla 7155 sayılı Kanun ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesiyle, TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında yargılama yanş dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, dava şartı haline getirilmiş olup, aynı yasal düzenlemenin 23. maddesinde 6325 sayılı Kanuna eklenen 18/A maddesiyle, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edildiğinden, davacının arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu"* gerekçesiyle davacı tarafça arabuluculuk yolunun tüketilmesine dair zorunluluğa uyulmadan açılmış olan davanın usulden reddine ilişkin ilk derece mahkemesince verilen karar onanmıştır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nce davalı bankaya dava dışı kişiye çek karnesi verirken gerekli özeni göstermediği iddiasına dayalı olarak açılan tazminat davasına ilişkin 14.11.2019 tarihinde verilen 2019/2211 Esas 2019/1459 Karar sayılı kararda, *"Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkil şirketin giriştiği ticari ilişki sonucu emtia sattığını ve karşılığında bankaya ait çeki aldığını, çekin karşılıksız çıktığını, karşılıksız çek ile ilgili olarak icra takibine girildiğini, ancak borçlu şirkete ait hiçbir mal bulunamadığını, davalı bankanın çek karnesini vermeden önce yeterli araştırma yapmadığının anlaşıldığını, bu nedenle semeresiz kalan takip borcunun davalı banka tarafından karşılanması gerektiğini belirterek, şimdilik . . . TL tazminatın, davalı bankadan tahsiline karar verilmesini talep"* ettiği uyuşmazlıkta tazminat davalarında arabulucuya başvurulmasının TTK'nın 5/A maddesi uyarınca dava şartı olduğuna dair ilk derece mahkemesinin değerlendirmesinin isabetli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

TTK md. 4/1-f hükmü kapsamında bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan,

- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

durumlarda ise dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu değildir yani dava şartı bulunmamaktadır.

Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nce 19.02.2020 tarihinde verilen 2020/307 Esas 2020/313 Karar sayılı kararda, *"Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; davacı tarafça, konut kredi sözleşmesinin teminatı amacı ile tesis edilen taşınmaz üzerindeki ipoteğin, borcun sona erdiği gerekçesi ile fekki talep edilmiş olmakla, uyuşmazlık konusunun bir miktar paranın ödemesine ilişkin olduğundan ve davanın da TTK'nın 5/A maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığından bahsedilemez. Hal böyle olunca mahkemece, yargılamaya devam edilmesi gerekirken değişik gerekçelerle davanın, dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı gerekçesi ile usulden reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır."* gerekçesiyle banka ile akdedilen konut kredi sözleşmesinin teminatı olarak tesis edilen ipoteğin kaldırılması talebinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olmadığından, açılan davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığına hükmedilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nce 02.04.2021 tarihinde verilen 2021/128 Esas 2021/516 Karar sayılı kararda, *"Somut olayda ise uyuşmazlık banka hesabına konulan blokenin kaldırılması istemine ilişkin olup, konusu bir miktar para alacağının ödenmesi olmayıp, blokenin haksız konulduğunun tespiti ile kaldırılması talebine ilişkindir. Blokenin kaldırılması talebinin yanında faiz ve tazminat talepleri bir arada ileri sürüldüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına*

girilerek çözüme kavuşturulması gerekmektedir.” gerekçesiyle davacının asıl talebi olan hesaptaki blokenin kaldırılması talebinin 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak ilk derece mahkemesince işin esasına girilip bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Finansal kiralama sözleşmesinin konusu olan taşınmazların temerrüde düşülmesi nedeniyle boş olarak finansal kiralama şirketine teslimi ile taşınmazlar üzerindeki finansal kiralama şerhinin kaldırılması talebi ile açılan davada istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nce 15.04.2021 tarihinde verilen 2021/467 Esas 2021/457 Karar sayılı kararda, " *Dava, finansal kiralama sözleşmesinin konusu olan taşınmazların boş olarak davacıya teslimi ile taşınmazlar üzerindeki finansal kiralama şerhinin kaldırılması talebine ilişkindir. Davacı vekili dava dilekçesinde; taraflar arasında 6361 Sayılı Kanun kapsamında finansal kiralama sözleşmesi imzalandığını, sözleşme gereğince dava dilekçesinde ayrıntıları belirtilen 25 adet taşınmazın davalıya finansal kiralama yolu ile kiralandığını, davalı şirketin finansal kiralama sözleşmesinden doğan kira bedelleri ile temerrüt faizini vadesinde ödememesi nedeniyle temerrüde düştüğünü beyan ederek, sözleşmeye konu taşınmazların boş olarak davacıya iadesine ve taşınmazlar üzerinde bulunan kiralama şerhinin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.. 6102 Sayılı TTK'nın 5/A-1 maddesi gereğince bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Eldeki davada ise davanın konusunun, finansal kiralama sözleşmesinin konusu olan taşınmazların boş olarak davacıya teslimi ile taşınmazlar üzerindeki finansal kiralama şerhinin kaldırılması talebine ilişkin olduğu” vurgulanmış ortada alacak ve tazminat talebinin söz konusu olmadığı, bu nedenle eldeki dava bakımından arabulucuya başvurulması zorunluluğunun bulunmadığına hükmedilmiştir.*

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

TTK md. 4/1-e hükmü kapsamında taraflarının tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde öngörülen hususlardan doğan hukuk uyuşmazlıkları mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, ticaret borsalarını düzenleyen 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu ve bu kanunlarla ilgili diğer düzenlemelerden doğan hukuk davaları mutlak ticari davadır.³¹⁵ Bu davalar mutlak ticari dava olmakla, tarafların sıfatına, uyuşmazlığın niteliğine bakılmaksızın, borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerden kaynaklanan davalara, görevli mahkemeye bakılmaksızın ticari davaya bağlanan sonuçlar uygulanacaktır.

Söz konusu hükümler çerçevesinde, ticari yerlere ilişkin özel hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4/1-e’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- şayet uyuşmazlık konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf ise,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

³¹⁵ Börü ve Koçyiğit, **a.g.e.**, s. 20. ; Arkan, **a.g.e.**, s. 112, Ekmekçi vd. **a.g.e.** s. 296.

Bununla birlikte, yukarıda anılan ticari yerlere ilişkin özel hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar;

- TTK md. 4/1-e’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı takdirde, özellikle uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan 3. Şahısların haklarını da etkileyebilecek niteliğe sahip ise veya mahkemeye tarafların iradelerinden bağımsız bir denetleme, gözetleme ve koruma yükümlülüğü verilmiş ise,
- ve/veya TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, 2020/1375 Esas, 2020/1292 Karar, 08.12.2020 tarihli kararında, *"Davacı Sermaye Piyasası Kurulu, örtülü kazanç aktarımı yaptığı tespit olunan davalılardan yasal düzenlemeler gereği isteğe rağmen halka açık ortaklığa iade gerçekleşmemesi üzerine şirkete iade talebinde bulunmuştur. Davacı kurula dava açma yetkisi veren yasal düzenlemenin kamusal yönü gözetildiğinde davanın; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde olmadığı açıktır. Davanın niteliği itibariyle dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa başvuru şartı gerekmemektedir."* sonucuna ulaşmıştır.

4.2.2.5.Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuatta Yer Alan Hususlardan Kaynaklanan Ticari Uyuşmazlıklar

Fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan haklar temel olarak telif hakları ve sınai mülkiyet hakları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki eser sahibinin hakları bir diğer tabirle telif hakları 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sınai mülkiyet hakları ise, marka, işletme adı gibi ayırt edici işaret ve adları taşıyan hizmetleri sunmak, ürünleri üretmek ve satmak gibi yetkileri belirlenmiş süreler için hak sahiplerine, sanayi ve tarımdaki yenilik, buluş ve tasarım gibi özgün nitelik taşıyan fikri çalışmaları ise ilk uygulayıcılarının tekeline bırakan gayri maddi haklardır. Marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarına ilişkin hususları düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, yeni bitki çeşitlerine dair 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun ve entegre devre topoğrafyalarını düzenleyen 5147 Sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun fikri mülkiyet hukukuna ilişkin başlıca mevzuatı oluşturmaktadır. Ticaret unvanı ve işletme adı ise TTK'da düzenlenmiştir.

TTK md. 4/d hükmü uyarınca fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticarî dava olarak kabul edilmiştir. Bu davalar mutlak ticari dava olduğu için tarafların tacir sıfatı ve uyuşmazlığın ticari işletmelerine ilişkin olması ayrıca aranmayacaktır. Söz konusu maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuat kavramı sınaî mülkiyete ilişkin mevzuatı da kapsamaktadır. FSEK md. 76 ve 7251 sayılı Kanun'un 61. maddesi ile değişik SMK md. 156 hükmü uyarınca fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan hukuk davaları fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinde, bu mahkeme kurulmamış olan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesinde fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla görülmektedir.

FSEK md. 76 uyarınca bu kanunun düzenlediği hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakma görevi fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerine ait olmakla ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında olmakla birlikte; yasadaki bu görevlendirme, fikir ve sanat eserlerine ilişkin tüm davaların mutlak ticari dava olması sonucunu doğurmayacaktır.³¹⁶ Fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ancak taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili ise, o halde nispi ticari dava olarak kabul edilecektir.

Bu sebeple tüm fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan davaların mutlak ticari dava olarak kabul edildiğinden söz edilemez. 6769, 5042 ve 5147 sayılı kanun düzenlemelerinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları mutlak ticari davadır.³¹⁷ Fikri mülkiyet hukuku kapsamında kalan ve hatta fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinde görülecek olan fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan kaynaklanan davalar ise, ancak bir ticari işletmeye ilişkin olmak kaydıyla nispi ticari dava olarak kabul edilecektir. Aksi durumda ticari dava olarak da kabul edilemeyecektir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki eser sahibinin haklarına ilişkin olup bir ticari işletmeyi ilgilendiren özel hukuk uyuşmazlıkları nispi ticari davadır.³¹⁸

Kural olarak, FSEK ve SMK kapsamından doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa en elverişli uyuşmazlık türleri arasındadır. Nitekim, dava şartı olmadan evvelki ihtiyari arabuluculuk istatistiklerine göre, FSEK telif haklarından doğan uyuşmazlıklar ikinci sırada yer almaktadır.³¹⁹

³¹⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 109-111.

³¹⁷ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 175.

³¹⁸ **a.g.e.**, s. 173.

³¹⁹ Rabia Eda Giray, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 29-30.

Söz konusu açıklamalar çerçevesinde, fikri mülkiyet hukukuna dair 6769 sayılı kanun, 5042 sayılı kanun ve 5147 sayılı kanun düzenlemelerinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olduğu için,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu takdirde,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nce, 16.09.2020 tarihinde verilen 2020/1371 Esas 2020/1428 Karar sayılı kararda, *"Davacı vekili, taraflar arasında imzalanan marka lisans sözleşmesi nedeniyle cezai şart alacağı doğduğunu belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik . . . USD’sinin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Dava, marka lisans sözleşmesi nedeniyle alacak davasıdır. 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır."* gerekçesiyle taraflar arasında imzalanan marka lisans sözleşmesinde öngörülen cezaî şart alacağının tahsili için açılan alacak davasının TTK md. 4/I-d uyarınca mutlak ticarî dava olduğundan, zorunlu arabuluculuk kapsamına girdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi’nce, 13.07.2020 tarihinde verilen 2020/813 Esas 2020/653 Karar sayılı kararda, *"Dava, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında huzurdaki uyuşmazlıkta*

arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu ve bu şartın yerine gelmeden davanın açıldığı anlaşılmakla, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine dair hüküm kurmak gerekmiştir” gerekçesiyle bu zorunluluğa uyulmaması halinde davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği düzenlendiğinden, ilk derece mahkemesince davanın arabuluculuğa ilişkin dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik olmadığına karar verilmiştir.

Tescilli markalarının izin alınmadan kullanılması nedeniyle davalının fiilinin marka hakkına tecavüz olup olmadığının tespiti, marka hakkına tecavüz fiillerinin önlenmesine ve durdurulmasına ve kaldırılmasına, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünlere özellikle tabela, katalog vs. tanıtım malzemelerine el konulmasına, tescilli markanın taklit edilmesinden dolayı uğramış olduğu zararlar için maddi tazminat ve yoksun kalınan kazancın tahsili talebi ile açılan davada istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nce, 13.02.2020 tarihinde verilen 2020/221 Esas 2020/335 Karar sayılı kararda, *“İlk derece mahkemesinin 26.11.2019 tarihli ön inceleme duruşması ara kararıyla; davacı vekilinin maddi tazminat talepleri yönünden davasının tefrikine karar verilerek mahkemenin 2019/391 Esas sırasına kaydedilmiş olup tazminat talepleri yönünden dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Somut uyumsuzlukta; tefrik edilen maddi tazminat talepleri yönünden arabuluculuğa başvurulmadığı tarafların kabulünde olmakla ve dava şartı olan arabuluculuğa başvuru şartı resen nazara alınacak bir dava şartı olup sonradan giderilme olasılığı da bulunmadığından tefrik edilen tazminat talepleri yönünden davanın usulden reddine karar verilmesine ilişkin”* ilk derece mahkemesinin kararı yerinde bulunmuştur.

TSE logosunun Türk Standartları Enstitüsü’nün onayı olmaksızın kullanıldığı iddiasına dayalı olarak açılan tazminat davasında, davada istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nin, 01.10.2020 tarihinde verilen 2020/1680 Esas

2020/1542 Karar sayılı kararında, *‘Davacı vekili, istinaf sebebi olarak; talep ettikleri maddi ve manevi tazminat kalemlerinin TSE'nin 05.05.2014 tarihli belgelendirme yönergesi mevzuatına uymamaktan kaynaklanan para cezası niteliğinde olduğunu, dolayısıyla eldeki davanın arabuluculuk kapsamına girmediğini bildirmiştir. Dava, davacıya ait logonun davalı tarafından izinsiz olarak kullanılması nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasıdır. 7155 Sayılı Yasanın 20. maddesi ile eklenen TTK'nın 5/A-I maddesi kapsamında ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Huzurdaki dava da fikri mülkiyet hukukuna ilişkin olup 6102 Sayılı TTK'nın 4. maddesi uyarınca ticari dava niteliğindedir. Dolayısıyla işbu davanın açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı niteliğindedir’* hükmüne varılmıştır.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin olmasına rağmen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise,

- ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi halinde nisbi ticari davalardan olduğu için,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu takdirde,
- ve TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Bununla birlikte, FSEK’den kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü esnasında özellikle mali hak devri ve lisans sözleşmesi niteliğinde anlaşma belgelerinin

HUAK md. 18/5 kapsamında dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, FSEK md. 58’de yer alan cayma hakkından önceden vazgeçmenin caiz olmadığına dair düzenleme tazminat dışındaki anlaşma şartlarında kesinlik ihtiva etmeyen sonuçlar ortaya çıkarabilir.³²⁰

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nce verilen 16.03.2020 tarihli 2020/602 Esas 2020/692 Karar sayılı kararda, *"Davacı vekili dava dilekçesi ile, müvekkilinin tasarladığı "... logosunun, davalıların inşaat projesinin reklam panolarında izinsiz bir şekilde kullanıldığını, eser üzerinde izinsiz olarak değişiklik yaptıklarını ve bu durumun müvekkilinin manevi haklarını ihlal ettiğini iddia ederek, FSEK'in 70/1 maddesi gereği ihlalin geniş kapsamlı olmasından dolayı . . . TL manevi tazminatın tahsilini talep etmiştir. Dava FSEK kapsamında grafik tasarımın izinsiz kullanımı ve tahrif edilmesi iddiasına dayalı manevi tazminat davası olup; ticari mahiyette bu dava arabuluculuk dava şartına tabidir."* gerekçesiyle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlığın aynı zamanda ticari bir işletmeyi ilgilendirdiği ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat taleplerinden olduğu için nisbi ticari davalardan olduğuna ve zorunlu arabuluculuğa tabi olduğuna hükmetmiştir.

Benzer şekilde, bir mimari eserin izinsiz olarak uygulandığı iddiasıyla 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesi gereğince açılan tazminat talebi ile manevî tazminat talebine ilişkin davada, istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi’nce verilen 26.12.2019 tarihli 2019/2107 Esas 2019/2829 Karar sayılı kararda, *"Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkiline ait mimari eserin izinsiz olarak uygulanması nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile FSEK'in 68. maddesi*

³²⁰ Giray, a.g.e., s. 34.

gereğince müvekkilinin uğradığı zararın üç katı tutarında tazminatın en yüksek ticari faizi ile birlikte davalılardan tahsiline, müvekkilinin manevi haklarının ihlal edilmesi sebebiyle mağduriyetinin giderilmesi için toplam . . . TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. FSHHM'nin 2019/11 Esas sayılı dosyasında dava konusu; mimari eserin izinsiz olarak uygulandığı iddiasıyla FSEK'nin 68. maddesi gereğince tazminat talebi ile manevi tazminat talebi, tecavüzün ref'i, mimari projenin eski hale getirilmesi, hükmün ilanı istemlerine ilişkindir. İlk derece mahkemesinin 26/03/2019 tarihli ara kararıyla; davacı vekilinin maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden davasının tefrikine karar verilerek mahkemenin 2019/85 Esas sırasına kaydedilmiş olup tazminat talepleri yönünden dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta; asıl davadaki maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunduğundan davacı tarafa bu hususta süre verilmiştir. Davacı tarafça hüküm tarihine değin arabuluculuk anlaşmazlık tutanağı ibraz edilmemiş olmakla tefrik edilen tazminat talepleri yönünden davanın usulden reddine karar verilmesine ilişkin” ilk derece mahkemesinin kararı yerinde bulunmuştur.

Diğer taraftan, sınai hakların tesciline ilişkin talepler, tescil işlemine itirazdan doğan uyuşmazlıklar, sınai hakların hükümsüzlüğüne ve iptaline ilişkin uyuşmazlıklar, yeniden inceleme ve değerlendirme kurulu kararlarının iptaline ilişkin uyuşmazlıklar, fiilen tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüz oluşturan ürünlere ve bunların üretiminde kullanılan araçlara el konulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, kesinleşmiş kararın ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesine dair talepler ise, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin olmasına rağmen;

- TTK md. 4’de belirtilen mutlak ticari davalardan olmakla birlikte,
- büyük kısmının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı,

- bazı arabuluculuk kararlarının 3. kişiler aleyhine de sonuç doğurma ihtimali bulunduğu ve/veya niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemlere ilişkin olduğu,
- ayrıca TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı,

için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 10.06.2020 tarihli, 2019/4851 Esas 2020/2732 Karar sayılı kararında, *"Uyuşmazlık, marka hakkına dayalı olarak unvan terkinin, markaya tecavüzün tespiti, menin ve tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, unvan terkinine, markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir."* sonucuna ulaşılmıştır.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi'nin, 04.02.2021 tarihli 2021/95 Esas 2021/96 Karar sayılı kararında, *"Dava; marka hakkına tecavüz menin istemine ilişkindir. Somut olayda; fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davası olduğu ve ticari dava sayıldığından ve arabuluculuğa gidilmediğinden bahisle davanın usulden reddine karar verildiği, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat işlemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, unvan terkinin, markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi olmayacağından, yargılamaya devam olunarak taraf delilleri toplanıp davanın esasının incelenmesi gerekir."* gerekçesiyle alacak ve tazminat talebi içermeyen ticari davaların zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığını vurgulamıştır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca markaya vaki tecavüzün tespiti, durdurulması ve önlenmesi, ürünlerin imhası ile hükmün ilanı istemine dair açılan davada istinaf incelemesi yapan Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi 13.12.2019 tarihli 2019/862 Esas 2019/1136 Karar sayılı kararında, *“Davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat davası niteliğinde olmadığı, marka hakkının ihlali ile sınai mülkiyet hakkının ihlaline dayalı tespit niteliğinde olması karşısında 6102 sayılı TTK 5/A maddesi uyarınca dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı kabul edilerek davanın usulden reddine karar verilmesinde”* hukuka uygunluk görülmemiştir.

Markanın hükümsüzlüğü ve sicilden terkin talebiyle açılan davada³²¹, ilk derece mahkemesince verilen “arabuluculuğa ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden red” kararının istinaf edilmesi üzerine, incelemeyi yapan Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi’nce verilen 19.03.2020 tarihli 2019/2251 Esas 2020/327 Karar sayılı karar ile, *“Dava, markadan kaynaklanan hükümsüzlük ve terkin talebine ilişkindir. Somut olayda, davacı taraf, sektöründe dünya çapında tanınmış ve bulunduğu ülkedeki en büyük ve en tanınmış ihracatçı şirketlerden biri olduğunu, davacının davalı şirket adına sınıftaki emtiaları üzerinde tescil edilmiş olan marka tescilinden haberdar olduğunu, dava konusu markanın ayırt edilemeyecek ve karışıklığa neden olabilecek derecede benzer olduğunu, davacının önceki tarihli tescilli markalarına ayniyet derecesinde benzer olan dava konusu markanın 6769 sayılı SMK md. 6/1 uyarınca hükümsüz kılınması gerektiğini beyan ederek; davalı adına TPMK nezdinde sayı ile tescilli . . . ibareli markanın sınıfta yer alan emtiaları yönünden hükümsüz sayılmasına ve markalar sicilinden terkinine karar verilmesini dava ve talep etmiştir. Marka hükümsüzlüğü ile ilgili davanın konusu para alacağı olmadığı ve 6102 sayılı TTK'nın 5/A*

³²¹ R. Eda Giray vd., **Fikri Mülkiyet Hukuku Pratik Çalışmaları**, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 132-133.

maddesi gereğince arabuluculuğa başvurma dava şartına tabi olmadığından” ilk derece mahkemesince yazılı gerekçeyle davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu açıklamalara ilaveten, SMK md. 19/4’de yer alan “kurum (Türk Patent Enstitüsü) gerekli görmesi halinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda HUAK hükümleri uygulanır” düzenlemesine³²² değinmekte yarar bulunmaktadır. Her ne kadar söz konusu düzenlemede uzlaşma kavramı kullanılmış olsa da sürecin HUAK’ta yer alan arabuluculuk prosedürü çerçevesinde yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, internet alan adlarının marka ile aynı olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda bir ihlal oluşursa SMK md. 7/3(d) düzenlemesine göre, “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması halinde marka tescilinden doğan haklar kapsamında” yasaklanabilir.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği’nin 23. maddesine göre uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine ilişkin usul ve esasların BTK tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede BTK tarafından hazırlanan ve internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine, uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği 21 Ağustos 2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar arabuluculuk

³²² R. Eda Giray vd., **Gerekçeli Notlu İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Oniki Levha, 2021 s. 135-136.

kapsamında çözülebileceği gibi, İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği kapsamında da hakemler vasıtasıyla yargılamaya gidilmeden çözülebilmektedir.

4.2.3. TTK Dışındaki Özel Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu dışında, bazı özel kanunlarda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan davaların da ticari dava sayılacağı ve asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır.

Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca, bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır.

5957 sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un md. 10/5 hükmünde; değeri belli tutarın üstünde bulunan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği, değeri belli tutarın altında bulunan uyuşmazlıklarda ise öncelikle hal hakem heyetine başvurulacağı, akabinde hal hakem heyetince verilecek karara karşı itirazın asliye ticaret mahkemesine yapılacağı düzenlenmiştir.

5362 Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 62. maddesinde, esnaf ve sanatkârlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifelerini karara bağlayan komisyon kararına karşı, ilgililerin ticari davalarını görmeye yetkili mahkeme nezdinde itirazda bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır.

4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinde, ilgili maddede belirtilen varlık kiralama şirketlerinin yurt içinde ihraç

ettiği kira sertifikalarına ilişkin şirket ile gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda Ankara Asliye Ticaret Mahkemelerinin yetkili ve görevli olduğu açıkça belirtilmiştir.³²³

TTK dışında bazı özel kanunlarda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlık;

- ticari dava olduğu için,
- şayet uyuşmazlık konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf ise,
- ve TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi, istinaf incelemesi sonucu verdiği 2019/2420 Esas 2019/1789 Karar sayılı ve 06.11.2019 tarihli kararında, davanın 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'ndan kaynaklanan aidat alacağı ile ilgili olduğundan “*İlk Derece Mahkemesi'nce davanın zorunlu arabuluculuk şartına tabi olduğu, davacıya usulüne uygun olarak verilen sürede arabuluculuk son tutanağını dosyaya sunmadığı gibi esasen arabulucuya hiç müracaat etmediği gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir. Dava, kooperatif aidat alacağının tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesi gereğince dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı bulunmasına, ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin düzenlemenin 01.01.2019 tarihinden sonra açılan davalara uygulanmasının gerekmesine, görülmekte olan davanın 01.07.2019 tarihinde açılmasına göre davacı vekilinin tüm istinaf itirazları yerinde görülmediğinden*

³²³ Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 101.

istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerekmiştir.” gerekçesiyle arabuluculuk dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Bununla birlikte, TTK dışında bazı özel kanunlarda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlık;

- ticari dava olmakla birlikte,
- tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı takdirde, özellikle uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan 3. şahısların haklarını da etkileyebilecek niteliğe sahip ise veya mahkemeye tarafların iradelerinden bağımsız bir denetleme, gözetleme ve koruma yükümlülüğü verilmiş ise,
- ve/veya TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Nitekim Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, istinaf incelemesi sonucu verdiği 2020/350 Esas 2020/412 Karar sayılı ve 05.06.2020 tarihli kararında, dava 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'ndan kaynaklanan ticari dava olmakla beraber konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı için *"Dava, Kooperatifler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca ortaklıktan ihraç kararının iptali istemine ilişkindir. Bilindiği üzere; arabulucuya başvurulmuş olmasının kanunla dava şartı olarak düzenlendiği durumlarda davacı taraf dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda olup, somut davanın kooperatif üyeliğinden ihraç kararının iptali davası olduğu gözetildiğinde; TTK'nın 5/A ve 6325 sayılı yasanın 18/A maddesi kapsamında kanunen dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olan ticari*

davalardan olmadığı sabittir. İşbu eldeki dava yönünden” dava öncesinde zorunlu arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin dava şartı yoktur sonucuna varmıştır.

Benzer şekilde, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi 2020/567 Esas 2020/419 Karar sayılı ve 10.06.2020 tarihli kararında, *"Somut olayda, yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler uyarınca kooperatifin feshi ve tasfiyesi istemli açılan işbu dava bir ticari davadır. TTK'ya eklenen 5/A maddesi uyarınca da Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda arabuluculuk, dava şartıdır. Mahkemece davanın ticari dava olduğu belirtilerek davaya asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla bakılması doğru olmuştur. Ancak, dava kooperatifin feshi ve tasfiyesi talebine ilişkin olup bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi bulunmadığından arabuluculuk yoluna başvuru bu davada dava şartı değildir. Davacının, ortakların sermaye paylarının ödenmesine yönelik talebi ise yasada belirtilen bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak talebi niteliğinde olmayıp, kooperatifin feshi ve tasfiyesi İsteminin sonucuna bağlı bir taleptir ve davayı alacak davası haline getirmemektedir."* gerekçesiyle uyuşmazlığın Kooperatifler Kanunu'ndan kaynaklanan ticari dava olmasına rağmen TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığından zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı vurgulanmıştır.

4.3. İcra İflas Kanunu'nda Düzenlenen Uyuşmazlıklar

4.3.1. Genel Olarak

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu md. 154/4'de iflas davasının borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği, md.182'de iflâsın kaldırılmasına ve md. 254'de iflâsın kapanmasına asliye ticaret

mahkemesince karar verileceği, md. 235/1’de ise iflâsta sıra cetveline itiraz davalarının ve md. 308’de konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkındaki davanın da asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği düzenlenmiştir.

İflâs yoluyla takibe itirazın kaldırılması ve iflâs davası ticari dava olmakla beraber TTK 5/A maddesinde ifade edilen bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebini içermediğinden ve özellikle uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan 3. şahısların haklarını da etkileyebilecek niteliğe sahip olması hasebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olmadığı için dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmasına gerek olmadığına vurgu yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 45. Hukuk Dairesi, 2020/1590 Esas 2020/206 Karar sayılı ve 04.11.2020 tarihli kararında, *"Dava, İİK'nın 154 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan, iflas yoluyla takip sonucu, borçlunun icra takibine itirazı nedeniyle açılan itirazın kaldırılması ve iflas davasıdır. Somut dava, iflas yoluyla başlatılan adi takibe itiraza karşı itirazın kaldırılması ve iflas davasıdır. İşbu davada davacının talebi öncelikli olarak itirazın kaldırılması olup, borçlunun dava sırasında borcunu ödemesi ya da itirazın kaldırılması ve depo emrinin tebliği halinde, depo emri süresi içerisinde borcun ödemesi halinde dava konusuz kalacaktır. Bu yönden bakıldığında davacının talebinin belli bir miktar paranın ödenmesi olduğunun kabulü ile bu davanın arabuluculuk dava şartına tabi olduğu düşünülebilir ise de aksi durumda yani itirazın kaldırılması ve depo emrinin tebliğine rağmen depo emri süresi içerisinde borcun ödenmemesi halinde iflas prosedürü devreye girecek, verilecek olan iflâs kararı, salt iflası talep eden ve onun açılmasını sağlayan alacaklıyı değil, borçlunun tüm alacaklılarını, bu kişiler ile hukuki ve ekonomik ilişki içinde olan sair üçüncü kişileri ve nihayetinde kamusal menfaatleri doğrudan etkileyecektir. İtirazın kaldırılması ve borçluya gönderilecek depo kararı sonrasında borç ödenmediği takdirde borçlunun iflası sonucunda davacı alacağını iflas masasından tahsil edecektir. Yine işbu davada borçlunun itiraz ve defileri genel hükümlere göre incelenmekle birlikte, itirazının*

kaldırılması kararı ise esasa dair bir karar olmayıp ara karar niteliğindedir. Netice olarak işbu davada hüküm sonucu, depo kararı üzerine borcun ifa edilmesi halinde davanın konusuz kalması veya ifa edilmemesi halinde ise İİK 158. maddesi gereğince iflas kararı verilmesidir. İflas TTK 5/A maddesinde ifade edilen bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebi niteliğinde değildir. Ayrıca İİK 165/2 maddesi uyarınca iflasa karar verilmesinden sonra iflas davasından feragat geçersiz olup bu hüküm dahi tarafların serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte olması koşulunu sağlanmadığından, iflas davasının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığını göstermektedir. Yasanın açık hükmü ile birlikte iflas davasının kendine özgü nitelikleri dikkate alındığında, iflas davalarında arabuluculuğa başvurma dava şartı olarak kabulü mümkün değildir. Mahkemenin gerekçesi bu yönden yerindedir.” sonucuna ulaşmıştır.

Açılan bir başka iflas davasında aynı iki gerekçeyle Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nce verilen 2020/1275 Esas 2021/20 Karar sayılı ve 12.01.2021 tarihli kararda, *"Bir hukuk uyumsuzluğunun arabuluculuğa konu olabilmesi için uyumsuzluğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir iş ve işlem olması gerekir. İflas davaları kamu düzenine ilişkin davalar olup iflâsın hukukî sonuçları salt iflâsı talep eden ve onun açılmasını sağlayan alacaklıyı değil, borçlunun tüm alacaklılarının hak ve menfaatlerini etkilemektedir. Bu nedenle iflas davaları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalardan değildir. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 51A maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenleme gereğince bir ticari davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olması için dava konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ya da tazminat davası olması gerekmektedir. İflas davası sonucunda borçlunun iflasına karar verilmesi halinde bir miktar paranın davalıdan tahsiline karar verilmeyecek, borçlunun malvarlığının tamamı tasfiye edilecektir. Bu nedenle iflas davasının konusunun bir miktar paranın ödenmesi olarak kabulü mümkün değildir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirilerek"* iflas davalarında arabuluculuk yoluna

başvurmanın dava şartı olarak değerlendirilemeyeceği, mahkemece işin esasına girilmesi gerekirken davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Buna mukabil, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi'nin 2020/132 Esas 2020/262 Karar sayılı ve 09.03.2020 tarihli kararında, *“Dava, İİK 158 maddesine göre, iflas yolu ile takibe itirazın kaldırılması ve borçlunun iflası istemine ilişkindir. TTK. 5/A maddesi gereğince, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda, davacı/alacaklı, alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itirazın kaldırılmasını ve borçlu şirketin iflasını talep etmiştir. Dava, 03/01/2019 tarihinde açılmıştır. Dava, öncelikle itirazın kaldırılması davası olup arabuluculuğa tabiidir. Arabuluculuğa ilişkin dava şartı yerine getirilmesi için, kararın kaldırılmasına ve davanın usulden reddine karar vermek gerekmiştir.”* gerekçesiyle genel iflâs yoluyla takibe itirazın kaldırılması ve iflâs davası bakımından, itirazın kaldırılması talebinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi teşkil ettiğinden dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, iflâs davası, İİK md. 154/3 hükmü uyarınca mutlak ticarî davadır. Ancak, bu davanın TTK md. 5/A kapsamında dava şartı zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü öncelikle, iflâs davasının konusunun belirli bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesine ilişkin olmadığı aşıkardır. İkinci olarak, her ne kadar iflâs davası belirli ölçüde tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan (iflâsın açılması kararı verilene kadar davadan feragat edilebilmesi ve tarafların sadece takibe konu alacak üzerinde sulh olabilmesi vs.) davalardan olmakla birlikte, iflâs hukukunda üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından bu tür davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olmaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, iflâs

davasının kamu düzenini ilgilendiren yönleri (muhafaza tedbirleri, iflâs talebinin ilanı, ilgililerin davaya müdahale ve İtirazları, alacaklıların ve/veya borçlu ile işlem yapması muhtemel üçüncü kişilerin korunması vs.) nazara alındığında, bu davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmaması kanaatimizce daha isabetlidir. Nitekim doktrinde de ağırlıklı görüş iflas davasının dava şartı zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündedir.³²⁴

Alacaklı tarafından iflâs masasına karşı açılan sıra cetveline itiraz (kayıt kabul) davalarının ve bir alacaklı tarafından diğer alacaklıya karşı açılan sıra cetveline itiraz (kayıt terkin) davalarının asliye ticaret mahkemesinde görülmesine rağmen TTK md. 5/A hükmü çerçevesinde zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığına dair Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 2020/1866 Esas 2020/1597 Karar sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararında iki gerekçe ileri sürülmektedir; a) kayıt kabul davası konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olmadığı gibi b) iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil yetkisi bulunmamakta bir diğer tabirle kayıt kabul davası tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf değildir.

Söz konusu kararda, *"Somut olayda dava bir alacak ya da tazminat davası olmayıp masaya kayıt davasıdır. Bilindiği gibi kayıt kabul davası bir para alacağının tahsili amacını gütmeyiz; bu dava ile o alacağın o iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu*

³²⁴ Ekmekçi vd. **a.g.e.**, s. 399., Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 75.; Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.147, (Mart- Nisan 2020), s. 116-117.; İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı Arslan, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 148, (Mayıs-Haziran 2020), s. 177-178.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 136. Aksi yönde, genel (adi) iflas yoluyla takibe borçlunun itiraz etmesi halinde açılan iflas davasının HUAK m.1 hükmü çerçevesinde arabuluculuğa elverişli olduğu ve mutlak ticari dava olduğu için TTK m.5/A anlamında da dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu yönünde bkz. Barış Toraman, "İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 3. (2020), s. 1047.

belirlenir. Nitekim doktrinde de sıra cetveline itiraz davasının, iflas idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveline karşı tanınmış bir kanun yolu olduğu ve yalnızca sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşıdığı; bu dava ile alacaklının, iflas idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynî hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflas alacaklılarından birinin maddî hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç, alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkommentar, 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.l). Diğer bir ifade ile kayıt kabul davası subjektif bir hakkı konu almakta ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenmekle birlikte maksadı bu tutarın "tahsili" değildir. Yargıtay uygulaması da aynı yönde olup, bu tür davaların maddi hukuk ilişkilerine etkisi olan bir takip hukuku davası olduğu, alacaklı ile borçlu arasında geçen gerçek anlamda bir eda davası olmadığı, dava sonunda verilen hükmün, yalnız derdest iflas davası bakımından, alacağın müflisin aktifinin paylaştırılmasında hesaba katılıp katılmayacağı veya ne miktarda sıra cetveline dahil edileceğini belirlediği, davanın bu niteliği gereği alacak davalarından farklı olarak, alacak tutarı üzerinden nispi harç ve vekalet ücretine değil maktu harç ve vekalet ücretine hükmedileceği ilkesi benimsenmiştir. (Yargıtay 11. HD.'nin 08.02.1988 T., 1987/5894 E., 1988/605 K. sayılı kararı.) Benzer yönde 11. HD. 08.02.1988 T., 1987/5895 E., 1988/606 K.; 11. HD. 01.02.1988 T., 1987/7817 E., 1988/424 11. HD. 03.02.1988 T., 1987/7982 E., 1988/525 K. sayılı kararlar da mevcuttur. (Doç. Dr. Yavuz N. OKÇUOĞLU, Yargıtay Kararları ve Karşı oylarım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1991. Sayfa 431 ve 432) Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davası "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına

tâbi değildir. İkinci olarak dava öncesi sürecin de dikkate alınması gerekir İcra ve İflâs Kanunu'nun 226'ncı maddesine göre iflas idaresi masanın yasal temsilcisidir. Ancak bu temsil yetkisi masanın menfaatlerinin gözetilmesi ve tasfiye ile sınırlıdır. İflas idaresinin iki bin liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, "daha ziyade alacaklardan" alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceğine ve tahkim yapabileceğine ilişkin düzenleme ise masanın borçlu olduğu halleri değil, aksine masanın alacaklı olduğu halleri ifade etmek üzere yasaya konulmuştur (İİK m. 226/11). Bu nedenle masanın borçlu olduğu hallerde iflas idaresinin bir sulh ve tahkim yetkisi olduğu da düşünülemez. Bu yetkiyi haiz olmayan iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil etmesi ve uzlaşma suretiyle belirlenecek tutarı masaya kaydetmesi de mümkün değildir. Alacağı bir kez reddettikten sonra arabuluculuk sürecinde ve diğer alacaklıların katılımı olmaksızın alacağın kabulü, masanın menfaatine bir temsil biçimi olarak kabul edilemez. Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulmasının bir dava şartı olmadığı ve iflas idaresinin arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır." sonucuna ulaşılmıştır.

Konuyla ilgili olarak verilen çok sayıda bölge adliye mahkemesi kararında³²⁵ aynı iki gerekçe ile sıra cetveline itiraz (kayıt kabul ve kayıt terkin) davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı isabetle vurgulanmaktadır.

Konkordato davasında davalı tarafından itiraz edilen ve çekişmeli hale dönüşen miktarın konkordato nisabına dahil edilmesi talepli açılan alacak davasında istinaf incelemesi

³²⁵ İstanbul BAM 45. HD, 11.11.2020, E. 2020/1917, K. 2020/234; İstanbul BAM 17. HD, 21.01.2021, E. 2020/2342, K. 2021/65; Antalya BAM 11. HD, 02.02.2021, E. 2020/1437, K.2021/144; Sakarya BAM 7. HD, 09.09.2020, E. 2020/1291, K. 2020/866; Konya BAM 6. HD, 10.07.2020, E. 2020/1099, K. 2020/736; Gaziantep BAM 11. HD, 25.10.2019, E. 2019/1849, K. 2019/1239; Kayseri BAM 6. HD, 08.03.2021, E. 2021/314, K. 2021/468; Kayseri BAM 6. HD 04.03.2021, E. 2021/320, K. 2021/446; Konya BAM 6. HD, 10.09.2020, E. 2020/1122, K. 2020/1198; Konya BAM 6. HD 18.06.2020, E. 2020/527, K. 2020/546.

yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nce verilen 2020/1616 Esas 2020/1268 Karar sayılı ve 12.11.2020 tarihli kararda; *“Uyuşmazlık, İİK. 308/B maddesi uyarınca açılan alacak davasının arabuluculuğa tabi olup olmadığı, mahkemece verilen kararın usul ve yasaya, dosya kapsamına uygun olup olmadığı noktasındadır. Somut dava, davalı tarafından itiraz edilen ve çekişmeli hale dönüşen miktarın konkordato nisabına dahil edilmesi talepli İİK 308/B madde kapsamında açılan ve genel hükümlere göre görülmesi gereken ticari nitelikli alacak davası olduğundan”* TTK 5/A maddesi kapsamında arabuluculuk dava şartına tabi davalardandır sonucuna ulaşılmıştır.³²⁶

Konkordatonun kısmen feshine yönelik açılan davada, Yargıtay 23. Hukuk Dairesince verilen 2020/809 Esas 2020/2498 Karar sayılı 7.7.2020 tarihli kararda ise, *“Davacı vekili, davalılar tarafından açılan konkordato davasının kabul edildiğini, müvekkili bankanın konkordatoya kaydını yaptırdığını ve alacağın tamamının davalılar tarafından kabul edildiğini, konkordato talebinin mahkeme tarafından tasdik edildiğini, ancak müvekkili bankaya borçlu şirketler tarafından bir ödeme yapılmadığını belirterek, İİK'nun 308/e maddesi gereğince konkordatonun müvekkili banka yönünden feshine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk hükümleri uyarınca, davacının talebinin alacak istemli olduğunu, bu nedenle zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.”* gerekçesiyle tüm temyiz sebeplerinin reddiyle arabuluculuk dava şartına tabi olmayan davada usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir.

İİK md. 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası; kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak, iptal edilebilir

³²⁶ İzmir BAM 20. HD 04.12.2020, E. 2020/2531, K. 2020/228; 22.10.2020, E. 2020/2421, K. 2020/113 kararları da aynı yöndedir, Dinç, **a.g.e.**, s. 174.

olduğunu iddia ettiği tasarrufi işlem hiç yapılmamış gibi, sadece kendisi açısından ve aciz vesikasına bağlanmış alacağıyla fer'ileri nispetinde, bu işleme konu mal, hak ya da alacağın, alacaklının icra takip sahasına sokulmasını amaçlayan ve alacaklının, hem borçluya hem de lehine tasarrufi işlem yapılan üçüncü kişiye karşı açtığı, 5 yıllık hak düşürücü süreye tabi olan şahsi nitelikte bir eda davasıdır. Tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflâsından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz veya iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır.

Takibe konu edilen alacak, alacaklı ile takip borçlusu arasında ticari davaya vücut verecek bir borç ilişkisinden kaynaklansa bile, böyle bir takip ile bağlantılı olarak açılabilen bu tip davaların birer ticari dava olup olmadığı hususu hukukumuzda hem yargıda hem de doktrinde tartışmalıdır. Üstelik davanın her iki tarafının tacir olduğu ve dava sonunda verilecek hükmün her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirdiği haller de bu tartışmaya dâhildir.³²⁷ Benzer şekilde Yargıtay'ın özel dairelerince de tasarrufun iptali davası bir ticari dava olarak kabul edilmemektedir.

Bu nedenlerle kanaatimizce de, ticari dava niteliğinde olmayan, ayrıca ticari dava olarak kabul edilse bile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içermeyen tasarrufun iptali davaları TTK md. 5/A hükmündeki dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında değildir. Tasarrufun iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekmemektedir.

³²⁷ HGK, 10.02.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129; Ermenek, Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 165.

4.3.2. İtirazın İptali Davaları

İİK md. 67 hükmünde düzenlenen itirazın iptali davası, alacaklının icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK md. 66 hükmüne göre, itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Bir başka ifadeyle, itirazın iptali davaları yapılan takibe vaki itiraz üzerine duran takibin yeniden canlanmasını, devam etmesini sağlamak amacıyla açılan davalardır. Nitekim İİK’da düzenlenen davaların tamamı doğrudan veya dolaylı olarak bir icra takibi ile bağlantı kurularak açılmaktadır. Bu davaların düzenlenmesindeki temel amaç, taraflara bir kesin hüküm koruması sağlamaktan ziyade, takibin bir an önce ve sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektir. İcra ve iflâs hukuku kural olarak özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkları konu almakla birlikte, cebri icra işlemlerinin tarafları ile cebri icra organları arasındaki ilişki dikkate alındığında kamu hukuku karakteri de taşıyan bir hukuk alanıdır.³²⁸

İtirazın iptali davasının hukuki niteliği konusunda gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde birlikten söz etmek mümkün değildir. Çağa, itirazın iptali davasının hukuki niteliğinin tespit davası olduğunu savunmaktadır.³²⁹ Buna karşılık diğer bir görüş itirazın iptali davasının bir eda davası olduğu yönündedir.³³⁰ Öğretide savunulan üçüncü bir görüş ise, itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğu yönündedir.³³¹

Hukuk Genel Kurulu, 2019 tarihli bir kararında; *"Yasal dayanağını 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 67. maddesinden alan itirazın iptali davası, alacaklının icra*

³²⁸ Muhammet Özkes, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 26., Atalı, Ermenek ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 6.

³²⁹ Tahir Çağa, "Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair", **BATİDER**, C. VIII, S. 3,(1976) s. 25.

³³⁰ Arslan, vd., **a.g.e.**, s. 174.; Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, Ankara, 2016, s. 369. ; Kuru, **a.g.e.**, s. 248.; M. Kamil Yıldırım, N. Deren Yıldırım, **İcra Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 101.

³³¹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 152. ; Pekcanitez vd., **a.g.e.**, s. 108. ; Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 140 vd.

takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'nın 66. maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Takip hukukundan doğan bu davada belirlenecek husus, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazında haklı olup olmadığıdır.” gerekçesiyle, itirazın iptali davasının bu amacına işaret etmiştir.³³²

Bu çerçevede, itirazın iptali davasının dayanağı olan takibe konu uyuşmazlığın, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında yer alması durumunda, davacı tarafından dava açılmadan evvel arabulucuya başvurulması zorunlu mudur, yoksa değil midir. Bu konuda öğretide bir görüş birliği olduğundan söz edebilmek mümkün değildir. Buna göre bir görüş, itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü karakterinden hareket ederek, bu davaların dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündedir.³³³ İtirazın iptali davasının konusunun, takipte gerçekleştirilen itiraz olduğunu ve itiraz konusunda tarafların itirazın iptali davası dışında sulh olarak davaya devam edemeyeceklerinden hareket ederek, bu davaların arabuluculuğa elverişli olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir.³³⁴ Buna karşılık, bazı yazarlar ise itirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun, şayet uyuşmazlık da dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında ise dava şartı olduğunu savunmaktadır.³³⁵

³³² HGK, 04.07.2019, E. 2017/261, K. 2019/854 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022), HGK, 17.09.2019, E. 2019/918 K.2019/886

³³³ Süha Tanrıyer, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, **TBB D. 147**, (2020) s. 123.; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 196-197. ; Pekcanitez vd., **a.g.e.**, s. 108.

³³⁴ M. Ertan Yardım, “**Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru**”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk** (Ed.: Süral-Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan), Ankara, 2019, s. 103-104.

³³⁵ Nesibe Kurt Konca, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, **Seta Perspektif**, S. 225 (2018) s. 5.; Ali Pahlı, “**Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumu**”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk** (Ed.: Süral-Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan), Ankara, 2019, s. 22.; Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 67.

Keza mahkeme kararlarında da itirazın iptali davaları açısından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin bir görüş birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında, itirazın iptali davalarının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair kararlar verilmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi’nce verilen 2019/1248 Esas 2019/1197 Karar sayılı ve 11.07.2019 tarihli kararda; *“Her ne kadar 7155 sayılı yasa ile getirilen ticari davalardaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesinde, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bu kapsama alınmışsa da, itirazın iptali davalarının da, alacak talepleri kapsamında değerlendirileceği kabul edilmelidir. Yasanın amacı ve düzenleniş şeklinde, alacak ve tazminat davaları olarak değil talepleri olarak yazılmış olması da dikkate alındığında, somut davadaki gibi parasal alacağa ilişkin itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu değerlendirilmiştir.”* izahatıyla itirazın iptali davaları açılmadan önce arabuluculuk yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Benzer şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi’nce istinaf incelemesi sonrasında verilen 2019/861 Esas 2019/616 Karar sayılı ve 26.04.2019 tarihli kararda; *“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-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. İtirazın iptali davalarında da davacı, bir para alacağının tahsilini amaçladığından, itirazın iptali davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır.”* gerekçesiyle itirazın iptali

davalarında arabulucuya başvurulmasının TTK'nın 5/A maddesi uyarınca dava şartı olduğuna dair ilk derece mahkemesinin değerlendirmesi isabetli bulunmuştur.³³⁶

Buna mukabil, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nce istinaf incelemesi sonrasında verilen 2019/1075 Esas 2019/939 Karar sayılı ve 11.04.2019 tarihli kararında itirazın iptali davalarının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında yer almadığı isabetle vurgulanmıştır³³⁷; *“Kaldı ki TTK'nun 5/A maddesinin incelenmesinde “bu kanunun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” bu maddede sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa baş vurulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır.”*

Ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nce daha sonra görüş değiştirilerek, 10.01.2020 tarihli 2019/3780 Esas ve 2020/48 Karar sayılı kararındaki gibi ticarî nitelikteki itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğuna dair kararlar verilmiştir; *“Dava, bireysel müşteri sözleşmesi ve kredili mevduat hesabı sözleşmesi uyarınca oluşan alacağın tahsili için yapılan icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, banka tarafından bankacılık işleminden doğan alacağın tahsili isteği ile başlatılan takibe itirazın iptali istemi ile, 23/10/2019 tarihinde dava açılmış olmakla, 7155 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmünün 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe girdiği de dikkate alınarak, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığı*

³³⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. 15. ve 16. Hukuk Daireleri de, gerekçesini ayrıca tartışmaksızın, ticari dava niteliğinde olan itirazın iptali davalarını, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kabul ederek karar vermiştir. Bkz. İstanbul BAM, 14. HD, 20.03.2019, 545/417, İstanbul BAM, 15. HD, 04.02.2020, 234/163, İstanbul BAM, 16. HD, 31.01.2020, 159/235.

³³⁷ Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 19. HD, 11.04.2019, 1062/937; İstanbul BAM, 19. HD, 08.04.2019, 956/925,

anlaşılacakla, 6325 sayılı Kanunun 18/A-2 maddesi hükmü gereğince herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın usulden reddine karar verilmiştir. Davacının istinaf dilekçesinde belirttiği gibi daha önce dairemizce verilmiş bir karar var ise de dairemizin kararı sonrasında Türkiye çapındaki diğer BAM hukuk daireleri kararları değerlendirilerek dairemiz tarafından da bu durum benimsenerek uygulamada birlik olması açısından usul ekonomisi ve yargılamanın ivediliği de göz önüne alınarak somut olayda da zorunlu arabuluculuk dava şartı bulunduğu kabul edilmiştir.”

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 04.12.2020 tarihli uyuşmazlığın giderilmesi kararına kadar, bölge adliye mahkemelerinin neredeyse tamamı tarafından itirazın iptali davası zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmiş, sadece Sakarya BAM 7. HD tarafından ve İstanbul BAM 19. HD'nin ilk kararlarında aksi yönde uygulama benimsenmiştir.³³⁸

Yargıtay (Kapatılan) 23. Hukuk Dairesi'nin 5235 sayılı Kanun'un 35/4 maddesi çerçevesinde bölge adliye mahkemeleri kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak verdiği 04.12.2020 tarihli 2020/1943 Esas ve 2020/4052 Karar sayılı kararda; “7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'na 5/A maddesi eklenerek, TTK'nun 4. maddesinde belirtilen davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilerek, bu uyuşmazlıkların temelinden çok daha kısa süre içinde daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi amaçlanmıştır. Kanun koyucunun bu amacı ilgili maddelerin gerekçesinde de açıklanmış bulunmaktadır. Kanun koyucunun getirmiş olduğu düzenlemenin yorumlanmasında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, "Kanun sözüyle ve özüyle değişmediği

³³⁸ Dinç, a.g.e., s. 461.

bütün konularda uygulanır” hükmü dikkate alınarak kanunun amaç, kapsam ve uygulama alanının belirlenmesinde sözü (lafzı) ve özü (amacı) göz önünde bulundurulmalıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, hem genel olarak arabuluculuğu düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hem de ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen ve 6102 sayılı Kanun'a 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen 51A maddesindeki düzenlemenin amacının kapsamının ve uygulama alanının itirazın iptali davalarının amacı ve hukuki niteliği göz önünde bulundurularak birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir menkul eşyanın teslimi, eserin tamir edilmesi, komşuluk hukuku kuralları gereği belirli saatler dışında gürültü yapılmaması yönünde karar verilmesi ya da bir kimsenin arazisine tecavüz edilmemesi için tecavüzün önlenmesine yönelik karar verilmesi de eda davalarının konusu olabilir. Bu nedenlerle itirazın iptali davasının bir eda davası olup olmadığı üzerinden değerlendirme yapılarak bir sonuca varılması ve buna göre arabuluculuğa tâbi olup olmadığının belirlenmesi doğru bir yöntem değildir. Zira az yukarıda örnekleri verilen eda davalarının konusunun 6502 sayılı Yasa'nın 5/A maddesi kapsamında bir miktar paranın ödenmesine (tahsiline) ilişkin olmadığı gözetildiğinde ticari nitelikteki arabuluculuk kapsamında olmadığı anlaşılabacaktır. İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılabacaktır. Yine itirazın iptali 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 tutarınca borcun

sona ereceği, borçlunun icra takibine yaptığı itirazdan kısmen veya tamamen vazgeçmek suretiyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen kabul edebileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun aradığı anlamda tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların dava konusu alacak hakkında serbestçe 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 serbestçe 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 serbestçe anlaşılabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve bu nedenle başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının ticari nitelikteki itirazın iptali 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.” izahatıyla ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğunu ve arabulucuya başvurulmuş olmasının HMK md. 114(2) ve TTK md. 5/A hükümleri gereği dava şartı olduğunu içtihat etmiştir.

Kanaatimizce itirazın iptali davası, icra hukukuna özgü koşulları ve sonuçları bulunan bir dava türüdür. İtirazın iptali davasının amacı, itiraz ile duran takibe devam edilmesini sağlamaktır. Bu dava türünde, mahkemeye yöneltilen hukuki himaye (esasen talep sonucu) talebi, eda davalarında olduğu gibi karşı tarafın belli bir miktar parayı ödemeye mahkum edilmesi değildir. Nitekim bu dava sonunda, karşı tarafın belli bir meblağı

ödemesine de karar verilemez. Bu davanın konusunu, esas itibariyle takibe yapılan itirazın haklı olup olmadığı oluşturur. Dolayısıyla bizim görüşümüze göre, itirazın iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı kapsamında değildir.

4.3.3. Menfi Tespit Davaları

6100 sayılı HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen ve İİK 72. maddesi kapsamında açılan menfi tespit davalarının ticari dava olarak dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alıp almadığı konusunda öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede Budak, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin dava sebebini esas aldığını belirterek menfi tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu belirtmektedir.³³⁹ Koçyiğit/Bulur da Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi yorumlanırken kanun koyucunun amacının da dikkate alınması gerektiğinden hareketle, dar yorum yapılamayacağını belirtmektedir.³⁴⁰ Keza Yılmaz da menfi tespit ve borçtan kurtulma davalarında, yargılama neticesinde alacağın varlığı ya da yokluğu kesin hüküm niteliğinde tespit altına alındığından menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer aldığını ifade etmektedir.³⁴¹ Benzer şekilde Saraç da menfi tespit davalarında ortada bir alacak talebi bulunduğunu, ancak alacak davalarından farklı olarak burada paranın ödenmesinin davalı tarafından istendiğini belirterek, menfi tespit

³³⁹ Ali Cem Budak, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", **MİHDER**, C. 42, 2019/1, s. 33.

³⁴⁰ Koçyiğit ve Bulur, **a.g.e.**, s. 141-142.

³⁴¹ Abdülhamit Yılmaz, "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", **AndHD**, S. 1 (2018) , s. 229., dn. 27. Kurt Konca da gerekçesini zikretmeksizin menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiğini belirtmiştir Bkz. Kurt-Konca, **a.g.e.**, s.5., (Çevrimiçi)<https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf> (Erişim Tarihi: 14.05.2022).

davalarının Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamında yer aldığını savunmaktadır.³⁴²

Buna karşılık, Atalı/Ermenek/Erdoğan ve Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven menfi tespit davalarının Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi kapsamında yer almadığını, zira menfi tespit davasında bir alacak veya tazminat talebinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.³⁴³ Keza Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin ve Özkan/Özekes de Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde dava şartı arabuluculuğun alacak ve tazminat davaları için öngörölmüş olması sebebiyle, menfi tespit davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunmadığını belirtmektedir.³⁴⁴ Paslı da, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin bir usûl hukuku normu olduğu ve burada lafzi yorumun esas alınacağı gerekçesiyle menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını savunmaktadır.³⁴⁵

Kanaatimize göre, menfi tespit davasının kabulü hâlinde verilecek hüküm, davayla ileri sürölmüş hakkın mevcut bulunmadığını; reddi hâlinde verilen hüküm ise söz konusu hakkın mevcut olduğunu tespit altına almaktadır. Her iki halde de, söz konusu hüküm eda emri içermediğinden ilâmlı icraya konu edilememektedir. Ayrıca yasa metninde açıkça “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalar” zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Halbuki menfi tespit davalarının davacısı tarafından ileri sürölen bir alacak veya tazminat talebi veya bu yönde bir istem sonucu yoktur. Davanın konusunu davacının istem sonucu belirlediğine göre, davalı açısından mahiyeti veya menfi tespit davasında davalının da alacaklı olup olmadığının incelenmesi

³⁴²Şükrü Saraç, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözömlenmesi", **İnşaat Sanayii Dergisi**, S. 173, s. 62.

³⁴³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 772-773. ; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 189 vd.

³⁴⁴ Pekcanıtez vd., **a.g.e.**, s. 131. Aynı yönde bkz. Yardım, **a.g.e.**, s. 99-100, Kuru, Budak, **a.g.e.**, s. 68.; Eminoğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 156.

³⁴⁵ Paslı, **a.g.e.**, s. 19.

bu manada önem teşkil etmez. Bu nedenlerle, menfi tespit davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Konuyla ilgili birbiriyle çelişen farklı BAM kararları verildiği gibi farklı yönde Yargıtay özel daire kararları da bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin oyçokluğu ile alınan 10.02.2020 tarihli 2019/3048 Esas, 2020/1093 Karar sayılı kararında³⁴⁶; *"Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığına tespiti talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığına tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığına tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığına tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartıdır"* sonucuna ulaşılmıştır.

Buna mukabil Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2020/85 E., 2020/454 K. sayılı ilamında menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun, dava şartı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu karar aynı zamanda 2016 yılında hukuk sistemimize giren istinaf mahkemelerince aynı konu hakkında birbirinden farklı ve çelişkili kararların verildiğini göstermektedir.

Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanlığı tarafından İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlığı'na yapılan 09.12.2019 tarihli başvuru ile; Antalya BAM 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/2414 esas, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi'nin 2019/907 esas, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 esas, Konya BAM 6. Hukuk Dairesi'nin

³⁴⁶ Cengil vd., **a.g.e.**, s. 36.

2019/1683 esas, İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 esas, İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 esas, Adana BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 esas, Erzurum BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 esas ve İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 2019/521 esas sayıları dosyalarında verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ticaret mahkemesinin görev alanına giren menfi tespit davalarında 7155 Sayılı kanunla 6102 Sayılı TTK'na eklenen 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı hususunda çelişki bulunduğu belirtilerek; bu çerçevede uyuşmazlığın giderilmesi ve içtihat birliğinin sağlanmasının gerektiği gerekçesiyle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nca uyuşmazlığın giderilmesi için Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nden karar alınması için gereğinin yapılması talep edilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nda yapılan oylama sonucunda Antalya BAM 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/2414 esas ve 2019/2226 karar, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi'nin 2019/907 esas ve 2019/1226 karar, İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 2019/521 esas ve 2019/423 karar, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 esas ve 2019/2485 karar sayılı kararlarında açıklanan gerekçelere iştirak edilerek ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı, bu tür davalar açılmadan önce TTK'nun 5/A maddesi uyarınca başvuru koşulunun bulunmadığı, yani menfi tespit davası açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olmadığı görüşünün benimsendiği belirtilerek 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/3-4 maddesi uyarınca değişik Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri arasında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi için dosyanın ilgili hukuk dairesi olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Söz konusu BAM kararlarında, TTK'nun 5/A maddesine göre konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu, davanın konusunun dava dilekçesindeki talep sonucu esas alınarak belirlendiği, talep sonucunun bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olmasının dava şartı olduğu, menfi tespit davalarının 6100 Sayılı HMK'nun 106. maddesi uyarınca tespit davası niteliğinde bulunduğu, dava sonucunda borçlunun borçlu olmadığına anlaşılmaması halinde bu hususta tespit hükmüne yer verildiği, menfi tespit davaları sonucunda verilecek kararlar eda hükmü içermeyeceğinden bu davaların açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı, bu nedenle TTK'nun 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olmadığı görüşü benimsenmiştir. Buna mukabil diğer BAM kararlarında³⁴⁷, menfi tespit davalarında öncelikle bir alacağın varlığının tartışıldığı, bu nedenle alacaklının alacağı için dava açarken arabulucuya başvuru dava şartına tabi tutulurken aynı alacakla ilgili borçlu tarafından açılacak menfi tespit davasında arabulucuya başvuru dava şartına tabi tutulmamasının hak arama yönünden eşitsizliğe yol açacağı gerekçesiyle ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu, bu nedenle TTK'nun 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olduğu görüşü benimsenerek karar verilmiştir.

Bahsi geçen başvuruyu inceleyen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2020/85 Esas, 2020/454 Karar sayılı ve 13.02.2020 tarihli kararında; *“Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli*

³⁴⁷ İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 E. ve 2019/836 K., Konya BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 2019/1683 E. ve 2019/837 K., Adana BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 E. ve 2019/605 K., Erzurum BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 E. ve 2019/549 K. ve İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 E. ve 2019/1521 K. sayılı kararları

değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. Hal böyle olunca, yukarıda mahiyeti açıklanan menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK'nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır. Yukarıda doktrinden yapılan alıntılarda da bu sakıncalara önemle işaret edilmektedir. Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelerle rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir. Böyle bir yaklaşım, özel bir dava şartı olan arabuluculuğa başvuru halini genel bir dava şartı haline getirecektir. HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılmaması halinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.” gerekçesiyle ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay 19. HD'nin yukarıda anılan 13.02.2020 tarihli ve E. 2020/85, K. 2020/454 sayılı kararından sonra bölge adliye mahkemelerinin çoğunluğu, bu içtihadı takip ederek, ticarî nitelikteki menfi tespit davalarının dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olmadığına karar vermektedir. Nitekim kararların gerekçelerinde de bu husus vurgulanmaktadır: “Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 13.02.2020 tarihli 2020/85-454 E.-K. sayılı kararı ile, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri arasındaki ticari mahiyetteki menfi tespit davalarının arabuluculuk dava şartına tabi olup-olmadığına ilişkin farklı kararların verilmesine yönelik uyuşmazlık giderilmiştir. Söz konusu Yargıtay 19. HD'nin kararı, uygulamada birliğin sağlanması için Dairemizce de benimsenmiştir. Buna göre ticari nitelikteki menfi tespit davalarında TTK'ya eklenen 5/A maddesi gereğince dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunlu olmadığından, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesi hatalı olmuştur.”³⁴⁸

Aradan geçen zaman içinde bu kez Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.04.2021 tarihli 2020/4396 Esas, 2021/3198 Karar sayılı kararıyla, “*HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK'nın 32. maddesi uyarınca doğrudan ilamların*

³⁴⁸ İstanbul BAM 13. HD, 18.03.2021, E. 2021/285, K. 2021/350; 19.03.2021, E. 2021/286, K. 2021/378; 12.11.2020, E. 2020/1567, K. 2020/1298; 22.10.2020, E. 2020/1194, K. 2020/1162.

icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece arabulucuya başvurulmadığından davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” içtihadına varmıştır. Bu kararıyla Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, daha önceden vermiş olduğu 10.02.2020 tarihli, E. 2019/3048, K. 2020/1093 kararındaki ticarî nitelikteki menfi tespit davasının TTK md. 5/A uyarınca zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğuna dair içtihadını değiştirmiş bulunmaktadır.

Bu gelişmeleri takiben son olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2021 tarihli 2020/3044 Esas ve 2021/996 Karar sayılı ilamında; “Davacı iş sahibi, davalı yüklenici ile aralarında 25.05.2018 tarihli eser sözleşmesi imzalandığını, bu sözleşme gereği yüklenici tarafından yapılacak elektrik işlerine karşılık davalıya 9 adet çek verildiğini, davalının işi yapmadığını belirterek çekler nedeni ile borçlu olmadıklarının tespitini ve çeklerin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. ...Bunun yanında İİK 89. maddesi ve HMK 211 vd. maddelerine istinaden açılan menfi tesbit davalarında arabulucuya gitme imkanının bulunmadığı da izahtan varestedir. TTK 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için (1) davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olmalı (2) bu talebin bir davada alacak ve tazminat olarak ileri sürülmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere menfi tesbit davalarında kanunda belirlenen şartların bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu menfi tesbit davalarını zorunlu arabuluculuğa tabi tutmak isteseydi bunu açık şekilde ifade ederdi. Yukarıda açıklandığı üzere yorum yoluyla menfi tesbit davalarını İİK 5/A maddesi kapsamına almak mümkün bulunmamaktadır.”

gerekçesiyle menfi tesbit davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurmanın dava şartı olmadığı sonucuna isabetli şekilde varılmıştır.

4.4. Nispi Ticari Uyuşmazlıklar

4.4.1. Genel Olarak

TTK'nın 4/1 maddesine göre; her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili durumlardan doğan hukuk davaları ticari dava niteliğindedir. Bu davalar doktrinde nispi ticari dava olarak anılmaktadır. Hiç şüphesiz ki, bu davaların mutlak ticari davalar dışında kalan hususlardan doğan davalar olması gerekir.³⁴⁹ Tarafların tacir sıfatına sahip olduğu ve tarafların ticari işletmesini ilgilendiren uyuşmazlıklardan kaynaklanan hukuk davaları nispi ticari davadır.³⁵⁰

TTK'da sayılan mutlak ticari davalar haricindeki bir uyuşmazlığın da nispi ticari dava olarak kabul edilebilmesi ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlenmektedir.³⁵¹ Hâl böyle olunca, işin ticari nitelik taşıması tek başına davayı ticari dava haline getirmemektedir. Bu bakımdan ticari işletmenin varlığının tespiti önem taşımaktadır. Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.³⁵² Esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınır henüz bu yönde

³⁴⁹ Ayşe Sümer, **Ticaret Hukuku**, 2.b. İstanbul: Beta, 2018, s.16., Cengil vd. **a.g.e.**, s. 35.

³⁵⁰ Ayhan, Çağlar, Özdamar, **a.g.e.**, s.76. ; Karslı, **a.g.e.**, Koçyiğit ve Börü, **a.g.e.**, s. 23. .; Kuru, a.g.e., s. 681., Bahtiyar, **a.g.e.** s. 95.

³⁵¹ Dinç, **a.g.e.** s. 209.

³⁵² Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 300.

yayımlanan bir Cumhurbaşkanlığı kararı olmadığı için³⁵³ Bakanlar Kurulu'na³⁵⁴ güncellenen Vergi Usul Kanunu md. 177'de yer alan limitlere göre tayin edilmektedir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.11.2017 tarihli, 2017/19-1658 Esas 2017/1464 Karar sayılı kararında, "ticari işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olduğu" içtihat edilmiştir.

TTK'nın 4/1. maddesi uyarınca, bir davanın nispi ticari dava olarak kabul edilebilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, tarafların tacir olması ve uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olması, davanın nispi ticari dava olarak nitelendirilmesi için aranan koşulları oluşturmaktadır.³⁵⁵ Bu şartlar gerçekleşmiş ise, ticari iş olmasa dahi taraflar arasındaki ticari işletmelerini ilgilendiren her türlü konuda çıkan uyuşmazlık (sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden) artık nispi ticari dava kabul edilecektir. Tarafların tacir olmasına rağmen, uyuşmazlığın konusunun tarafların ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili olmaması halinde, söz konusu dava TTK'nın 4/1. maddesi kapsamında nispi ticari dava olarak kabul edilmeyecektir.

Bununla birlikte TTK'nın 4/1. maddesinde havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna göre, havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıkların taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olması, davanın nispi dava olarak nitelendirilmesi için yeterli olacaktır.³⁵⁶

³⁵³ M. Fatih Pekdiğerengil, **a.g.e.**, s. 17.

³⁵⁴ 21.07.2007 tarih ve 26589 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Çevrimiçi) [T.C. Resmi Gazete \(resmigazete.gov.tr\)](http://resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

³⁵⁵ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 160. ; Kuru, **a.g.e.**, s.681. ; Deliduman, Oruç, **a.g.e.** s. 106.

³⁵⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 682. ; Pekcanitez, **a.g.e.**; Poroy ve Yasaman, **a.g.e.**, s. 140.; Deliduman ve Oruç, **a.g.e.**; Mustafa Çeker, **Ticaret Hukuku**, 5.b., Adana, 2012, s. 59.; Bilgili ve Demirkapı, **a.g.e.**

4.4.2. Nisbi Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan kaynaklanan ve konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan nispi ticari davalar veya taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilgili olsa dahi havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan nispi ticari davalar;

- TTK md. 4/1’de belirtilen nispi ticari davalardan olduğu gibi,
- uyuşmazlık konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte ihtilaf olduğu için,
- TTK md. 5/A uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden olduğu takdirde,

dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Bu uyuşmazlıklarla ilgili olarak borcun kaynağı sonuca etkili değildir. Uygulamada, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kira, satış, eser, abonelik, simsarlık, vekalet, kefalet başta olmak üzere sözleşmeden kaynaklanan alacak ve/veya tazminat davaları en çok karşılaşılan ve tarafları tacir olan nispi ticari davaları oluşturmaktadır.³⁵⁷

Nitekim Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 22.04.2021 tarihli, 2021/387 Esas, 2021/391 Karar sayılı kararda, “*Dava, araç tamirinden kaynaklı fatura alacağına ilişkin itirazın iptali davasıdır. Somut olayda uyuşmazlık, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Anılan bu tür uyuşmazlıklar 6102 sayılı TTK'nın 4. maddesinde tahdidi olarak sayılan mutlak ticari davalardan değildir. Dolayısıyla, bu türden uyuşmazlığın ticari dava sayılabilmesi*

³⁵⁷ Koçyiğit ve Yeşilkaya, **a.g.e.**, s. 232.

ve bu doğrultuda hem arabuluculuk koşulunun gerekip gerekmediği hem de davanın ticaret mahkemesinde görülebilmesi için tarafların her ikisinin de tacir ve dava konusunun tarafların ticari işletmeleriyle ilgili olması gerekir. Bu bakımdan, davanın taraflarından davacı . . . Ltd. Şti. tüzel kişi tacir ise de diğer taraf olan davalı . . . 'in tacir olup olmadığı dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Şayet, bu kişi tacir ise dava ticari dava sayılacağından 6102 sayılı yasanın 5/A maddesi kapsamında dava arabuluculuk kapsamında kalacağı gibi davaya da ticaret mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekmektedir. Dolayısıyla, mahkemece davanın diğer tarafı davalı . . . 'in tacir olup olmadığına ilişkin araştırma yapılmalı, araştırma sonucuna göre davanın ticari dava olup olmadığı tespit edilerek hem arabuluculuk dava şartı hem de görevli mahkemenin Ticaret Mahkemesi olup olmadığı hususundaki tereddüt giderilmelidir.” gerekçesiyle 7155 sayılı kanunla eklenen 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince nispi ticari davaya bağlı olarak arabuluculuk dava şartının dikkate alınması gerektiğine karar verilmiştir.

Benzer şekilde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 35. Hukuk Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen 23.03.2021 tarihli, 2021/1473 Esas, 2021/690 Karar sayılı kararda, "Dosya içerisinde bulunan taraflar arasında yapılan kira sözleşmesine göre davacının kiraya veren davalının kiracı olduğu, tarafların ticari şirket olup tacir sıfatının bulunduğu, ilk derece mahkemesince davanın açıldığı tarih, tarafların tacir oluşu nedeniyle 6325 sayılı kanunun 18/A-2 maddesine göre zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verildiği, TTK 5/A maddesine göre ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu” gerekçesiyle dava şartı yerine getirilmeden açılan davanın usulden reddine dair kararın uygunluğuna karar verilmiştir.

Diğer taraftan, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 20.05.2021 tarihli, 2021/705 Esas, 2021/792 Karar sayılı kararında; *“Somut olayda, davacının serbest mali müşavir olup tacir olmadığı, çalışmalarının da ticari işletme ile ilgili bir işlem sayılamayacağı anlaşılmakla, eldeki davanın nispi ticari dava sayılamayacağı, serbest mali müşavirlik sözleşmesinden kaynaklanan itirazın iptali davasının da kanunlarda ticari dava olduğu düzenlenmediğinden ortada mutlak ticari davanın da bulunmadığı, dolayısıyla eldeki davanın TTK'nın 5/A maddesi uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacağı anlaşılmıştır. Bu itibarla, mahkemece taraf delilleri toplanarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* izahatıyla ilk derece mahkemesinin arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönündeki değerlendirmesinin yerinde olmadığını içtihat etmiştir.

İzmir BAM 4. Hukuk Dairesi, haksız fiilden kaynaklanan alacak davasına dair ilk derece mahkemesince verilen karara itiraz üzerine verdiği 16.04.2021 tarihli, 2021/757 E., 2021/893 K. sayılı kararında; *“Somut olayda; davacı şirkete ait işyerine davalı şirket ve çalışanları tarafından davalı işyerinde gerçekleşen kaza sonrası verilen zararın tazmini istenildiğine göre; davalı çalışanlar dışında tarafların tacir olduğu ve bu davanın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bulunması nedeniyle TTK'nın 4/1 maddesine göre nisbi ticari dava niteliği taşıdığı tartışmasız olduğuna göre; davanın 6102 Sayılı Kanunun 5/A maddesi uyarınca zorunlu dava şartı olan arabuluculuğa tabi olduğu yönünde ilk derece mahkemesince yapılan belirlemede hukuka aykırılık görülmemiştir.”* izahatıyla tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olup tacirler arası haksız fiilden kaynaklanan nispi ticari davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

İzmir BAM 4. Hukuk Dairesi, sebepsiz zenginleşme iddiasıyla açılan davaya dair ilk derece mahkemesince verilen karara vaki itiraz üzerine verdiği 17.09.2019 tarihli, 2019/1603 E, 2019/1317 K. sayılı kararında; *“Somut olaya gelince; tarafların 6102 Sayılı TTK’ında düzenlenen ticari şirket olduğu, davacı şirketin hesabından davalı şirket hesabına yapılan ödemenin sehven yapıldığından bahisle icra takibine itirazına iptali yönünde süresinde eldeki davanın açıldığı; başka bir anlatımla her iki tarafın tacir olduğu bu davanın TTK’nın 4/1 maddesine göre her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğundan nisbi ticari dava niteliği taşıdığı tartışmasız olduğu halde, davacı tarafından dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucuya başvurulduğuna ilişkin son tutanağın dava dilekçesine eklenmediği, nitekim arabulucuya başvurmadan davanın açıldığı anlaşıldığına göre; ilk derece mahkemesince davanın 6102 sayılı TTK un 5/A ve 6102 sayılı HMK un 114/2 ve 115’inci maddesi uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.”* gerekçesiyle tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olup tacirler arası sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan nispi ticari davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu vurgulanmıştır.

Buna mukabil, Ankara BAM 22. Hukuk Dairesince, istinaf incelemesi sonucu verilen 25.10.2019 tarihli, 2019/1846 E., 2019/1680 K. sayılı kararda; *“Dava, taraflar arasında satım sözleşmesine konu olan iş makinesinin mülkiyetinin tespiti istemine ilişkindir. Somut uyuşmazlıktaki davanın hukuki niteliğine değinecek olursak, davacı yan, davalı ile aralarındaki satım sözleşmesine konu edilen iş makinesinin mülkiyetinin kendisinde olduğunun tespitini talep etmiş olup, TTK’nın 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi eldeki uyuşmazlığın TTK’nın 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa tabi tutulan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine yönelik olmadığı göz önüne alındığında mahkemece davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi doğru*

görülmemiştir.” gerekçesiyle tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olsa dahi konusu para alacağı olmayan tespit talebine ilişkin davada arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığına isabetli şekilde hükmetmiştir.

Benzer şekilde iki şirket arasındaki akaryakıt bayilik sözleşmesi kapsamında tesis edilen taşınmaz ipoteğinin fekki davasında öncelikle arabulucuya başvurulması gerektiğine dair ilk derece mahkemesi kararına itiraz üzerine, İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, 03.12.2020 tarihli, 2020/1804 E, 2020/1366 K. sayılı kararında; *"Dava, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi kapsamında davalı lehine tesis edilen taşınmaz ipoteğinin fekki İstemine ilişkindir. Davacının işbu davadaki talebi, taraflar arasındaki sözleşmenin feshi nedeniyle ipoteğin fekki 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, dava dilekçesindeki talep sonucuna, yani netice-i talebe göre belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. İpoteğin fekki talebi bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, ipoteğin fekki talepli davalarda, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki ipoteğin fekki davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır.”* izahatıyla tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olsa dahi konusu para alacağı olmayan ipoteğin fekki davasının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına isabetle hükmedilmiştir.

SONUÇ/ÖNERİ

Küreselleşen dünyada gerek ülkelerin kendi sınırları içindeki gerekse ülkeler arasındaki ticari ilişkiler giderek gelişmekte ve daha karmaşık bir yapıya kavuşmaktadır. Doğal olarak bu ticari ilişkilerden kaynaklanan ticari uyuşmazlıklar da giderek artmakta, daha geç ve daha güç çözüm bulunacak zorlukta olmaktadır. Mahkemelerin ağır iş yükü nedeniyle yaşanan gecikmeler ve yargılama giderlerinin yüksekliği de dikkate alındığında, ticari uyuşmazlıkların mahkeme dışı yollarla daha hızlı çözülmesinin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Hatta yabancı sermayeli şirketlerin yatırım yapma kararlarında, yatırım yapılması düşünülen ülkedeki yargılamanın ne ölçüde adil ve hızlı olduğu da dikkate alınan önemli kriterlerden birini oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, uyuşmazlığın çözümünün tarafların iradesi dışında mahkemeler nezdinde gerçekleştirilmesi, pratik ve yaratıcı çözümleri arayıp bulmakta mahir olan ticaret hayatının aktörlerini memnun etmekten uzak olduğu gibi, geç gelen adalet de tarafları tatmin etmemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk ise, menfaatlere odaklı ve yaratıcı çözümlere imkan sağlaması bakımından ticari uyuşmazlıkların tarafları bakımından ideale en yakın yöntem olarak nitelendirilmektedir.

Ülkemizde de öncelikle arabuluculuğun resmi anlamda uygulanabilmesine yönelik olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hazırlanarak 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe alınmıştır. Bu kapsamda 14.11.2013 tarihinden itibaren ihtiyari arabuluculuk uygulamaları gerçekleştirilmeye başlanmıştır. 6325 sy. HUAK'da ihtiyari arabuluculuk esas alınmışken 1.1.2018 tarihinden itibaren 7036 sy. İş Mahkemeleri Kanunu ile zorunlu arabuluculuk mevzuatımıza ve uygulamaya iş uyuşmazlıkları alanında girmiştir. İş hukuku uyuşmazlıklarından başlanarak birer yıl arayla önce ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk öngörölmüş ve son olarak da tüketici

uyuşmazlıklarının zorunlu arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi yani dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı haline getirilmiştir.

Kanun koyucu tarafından dava yükünün en yoğun olduğu uyuşmazlık alanlarının tercih edilmesi makul ve anlaşılır olmakla birlikte, bu kez 7155 sy. kanunla 6325 sy. HUAK'a eklenen 18/A maddesi ile dava şartı arabuluculuk ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise artık arabuluculuk sürecine md. 18/A hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, İMK md. 3'deki benzer hükümleri içeren düzenleme de yürürlükte bırakılmıştır. Kısa süre içinde gerçekleştirilen bu değişikliklere ilişkin eksikliklerin olduğunu ve maalesef kanun yapma tekniğine uyulmadığını ifade etmek isteriz.

Öncelikle, arabulucuya başvurmanın dava şartı hale getirilmesi müessesenin özüyle çelişmektedir. Zira, Avrupa hukuk sistemlerine bakıldığında, genel olarak arabuluculuk yöntemi, uyuşmazlığın tarafları arasında, karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşmada bağlayıcı olmayan tarafsız bir üçüncü kişi aracılığı ile yürütülen, uyuşmazlığa düşenler arasında yaratıcı çözümlerin ortaya çıkarılmasını teşvik etmeyi, karşılıklı anlayışı geliştirmeyi ve bilgi değişimini desteklemeyi amaçlayan gönüllülük esasına dayalı bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda düşündüğümüzde zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temelinde yer alan gönüllülük esası ile bir tezat teşkil etmektedir. Bu yaklaşımla, dava yükünün azaltılması maksadıyla bir devlet politikası olarak yasal düzenlemeyle, uyuşmazlığın taraflarının dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu sayılması endişelerin doğmasına sebep olmaktadır.

Adaletin kısa sürede ve etkin şekilde tecelli etmesi için yargı yükünün azaltılması şüphesiz çok önemlidir. Tarafların, arabuluculuk başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık

özüm yollarına yönlendirilmesi de bu kapsamda değeriendirilmektedir. Bununla birlikte; uygulamada arabuluculuğa teşvik anlamında bazı yönlendirmelerin yapılması kabul edilse de, genel itibariyle arabulucuya başvurudan anlaşmaya veya uzlaşmama beyanına kadar arabuluculuğa ilişkin tüm süreçlerin tamamen tarafların ihtiyarında olması ve tarafların kendi özgür iradeleri ile ve gönüllü olarak arabuluculuk sürecine katılım göstermesi şüphesiz çok daha kıymetli olduğu gibi sonuca da etkili olmaktadır. Aynı zamanda psikolojik bakımdan da kendi tercihiyle arabuluculuk yöntemini tercih ederek uzlaşmak amacıyla bir araya gelenlerle, dava şartı nedeniyle zorunluluk gereği karşı tarafla masaya oturanlar arasında yürütülecek müzakereler aynı olmayacaktır. Zira ikinci ihtimalde, asillerin müzakereye iştirak etmediklerine sıklıkla rastlanmakta ve tarafların vekille temsil edilerek sırf davanın açılması bakımından gerekli ön şartın oluşturulması için formalite gereği yürütölen bir arabulucu sürecine dönüştüğü gözlenmektedir.

Nitekim, başta Avrupa Birliğı ölkeleri olmak üzere ticari arabuluculuk uygulamasının tamamen tarafların tercihine bırakıldığı ölkelerin uygulamalarında, hem başarı oranının hem de ticari arabuluculuğa rağbetin daha fazla olduğu görölmektedir. Gönüllölük prensibiyle başlatılması, hızlı netice alınması ve yargılama giderleri bazında teşvik edilmesi sonucu artık genel uygulama tarafların aralarındaki ticari sözleşmelere en baştan arabuluculuk şartı koymaları yönünde gelişme göstermiştir. Ölkemizde ise başlangıçta ihtiyari temelde başlatılan arabuluculuk uygulaması yıllar içinde giderek zorunlu hale getirilmektedir.

Hiç kuşkusuz, tarafların henüz dava aşamasına geçip birbirini yıpratmadıkları erken bir süreçte biraraya gelmelerini temin etmek, yargılama gideri ve zaman yönetimi bakımından taraflara avantaj sağlayacak ve mutabakatı kolaylaştıracak bir husustur. Ayrıca, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yönteminin hukuk sistemimize katkı sunacak özelliklere sahip, uygulamada tarafların uyuşmazlıklarını mahkeme dışında çözüm

bulmasına yardımcı bir yol olduğu kanaatindeyiz. Özellikle ticari uyuşmazlıklarda tarafların tasarruf alanının daha geniş olduğu göz önüne alınırsa, ticari hayatın ihtiyaçları doğrultusunda hızlı ve güvenilir şekilde sonuca ulaşılması tercih sebebi olacaktır. Ancak ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak Türk hukuk sistemine girmesinin, uygulamada sorunlara yol açtığı gibi hak arama özgürlüğünü de belli nispette sınırlandırdığı görüşündeyiz.

Diğer taraftan ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunlu olsa dahi sürece iştirak bakımından bir mecburiyet bulunmamaktadır. Bu durumda sadece, teşvik maksadıyla, sürece iştirak etmeyen tarafın gelecekte açılacak davada haklı çıksa dahi arabuluculuk ücretinden sorumlu olacağına dair yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılmıştır. Burada en azından bir dengenin gözetilmiş olduğundan söz edebiliriz.

Nitekim, eleştirilen yönlerine rağmen Türkiye’de arabuluculuk uygulamasının başarılı olduğu -yayınlanan verilerin doğru olduğu kabul edildiğinde- istatistiki³⁵⁸ olarak da yadsınamayacak bir başka gerçektir. Adalet Bakanlığı’nın verilerine göre 14.11.2013 tarihinden beri uygulamada olan ihtiyari arabuluculuk kapsamında bugüne kadar toplam 963.090 dosya ihtiyari arabuluculuk sistemine dahil olmuştur. Görüşmeleri tamamlanan 844.667 dosyadan 833.667’si anlaşma ile sonuçlanmış ve bu suretle ihtiyari arabuluculuk uygulamasında başarı oranı yüzde 99’a ulaşmıştır. 1.1.2018 tarihinden beri iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak uygulanan arabuluculukta bugüne kadar 682.139 dosyadan %65’inin anlaşma ile sona ermiş olması, 1.1.2019 tarihinden beri ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak uygulanan arabuluculukta ise bugüne kadar 483.702 dosyadan %52’sinin anlaşma ile sona ermiş olması ve 28.07.2021 tarihinden beri tüketici

³⁵⁸ (Çevrimiçi) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.11.2022).

uyuşmazlıklarında dava şartı olarak uygulanan arabuluculukta bugüne kadar 150.297 dosyadan %52'sinin anlaşma ile sona ermiş olması bu sistemin ülkemizde benimsenmeye başlandığının göstergesi olarak kabul edilebilir.

Diğer taraftan aynı istatistik bize, ihtiyari uyuşmazlıklarda yani tarafların tamamen özgür davranabildikleri süreçte başarı oranının daha yüksek olduğunu göstermektedir. Özellikle ticari uyuşmazlıklarda, üzerinde anlaşma temin edilen dosya sayısı yıllar içinde hem oransal olarak hem de sayısal olarak azalma göstermiştir. Bakanlık tarafından arabuluculuk çözüm yönteminin, başta sanayi ve ticaret odaları, borsalar, belediyeler, STK'lar olmak üzere ticari ve kurumsal hayatın tüm aktörlerine tanıtılmasına yönelik faaliyetleri son derece başarılı ve önemli bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Arabuluculuk uygulamaları hakkında bilgilendirme ve yargı kararlarının yeknesak hale getirilmesine yönelik çalışmaları isabetli bulmakla beraber, mevzuattaki eksikliğin sadece bu suretle giderilemeyeceği kanaatindeyiz.

Uygulamadaki sorunların temelinde ticari bir uyuşmazlığa ilişkin dava açılırken dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının belirlenmesinin yarattığı zorluk, asliye ticaret mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay özel hukuk dairelerinin birbiriyle çelişen hatta zaman içinde değişen kararlarından anlaşılmaktadır. Hak arama özgürlüğünü şekli olarak da olsa geçici surette engelleyen bir düzenleme olduğu için dava şartı arabuluculuğa ilişkin TTK md. 5/A düzenlemesinin geniş şekilde değil dar olarak yorumlanması gerektiğine dair görüşlere iştirak etmekteyiz. Ruhunda uzlaşma olan bir müesseseye dair düzenlemenin yorumla veya içtihatla veya UYAP sistemi üzerinden hangi dava konusunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğuna dair sınırlandırma koyulması yöntemiyle değil ekseriyetin görüşleri çerçevesinde oluşturulacak mutabakata uygun düşecek yasal düzenleme ile revize edilmesi, sürecin gelişimi bakımından hiç kuşkusuz son derece kıymetli olacaktır. Ayrıca, dava şartı kapsamındaki uyuşmazlıklarda

ortak hususların tespiti de uygulama açısından önem taşımaktadır.

Zira, ticari uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesi ve yargının yükünün azaltılması temel hedefiyle yürürlüğe alınan arabuluculuk uygulamasında, daha esasa girilmeden dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair usul tartışmaları mevzuattaki belirsizlik yüzünden iki yıldan daha uzun sürmüştür. Hatta İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararına³⁵⁹ gerekçe teşkil ettiği üzere, dava şartı kapsamında olduğu düşünülerek arabulucu sürecinin işletilmesi bu kez hak düşürücü süre veya zamanaşımı nedeniyle hak kayıplarına neden olmaktadır.

Tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte söz konusu belirsizlik ve mahkeme kararları arasındaki çelişki en azından banka kredi kartları bakımından sona ermiş gibi görünmektedir. Ancak, bir davanın TTK dışındaki kanunlarda açıkça ticari dava veya ticari iş olarak belirtilmiş olmasının gerekli olup olmadığı veya davanın hangi mahkemede (asliye ticaret mahkemesi, tüketici mahkemesi veya fikri ve sınai haklar mahkemesi) görüleceğinin önemli olup olmadığı da belirsizlik içermektedir. Buradan hareketle asliye ticaret mahkemesinde veya ticaret mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülmeyen davaların dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında kalması gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu nedenle evvelemirde ilgili mevzuatta değişiklik yapılarak ticari uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk dava şartı hükümleri daha açık ifadelerle tereddüde mahal bırakılmayacak şekilde tekrar düzenlenmelidir. Bu kapsamda, önerimiz davacının talep sonucuna göre düzenleme yapılması, itirazın iptali ve menfi tespit

³⁵⁹ İstanbul BAM 45. HD E. 2020/1588 K. 2020/235 T.11.11.2020 “....Kaldı ki, dava şartı arabuluculuk konusunda uygulamanın yeni olması nedeniyle: Hangi hususların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu, hangilerinin olmadığı konusunda da uygulamada o tarihlerde henüz bir yeknesaklığın, içtihat birliğinin de sağlanamadığı, hal böyleyken, davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu düşüncesiyle davacı tarafça arabulucuya başvurulmuş olmasının kabulü halinde dahi bunun bir hata olduğu...”

davalarının bir diğ er tabirle eda davasına konu olabilecek talepleri kapsamayan davaların ve doğrudan ilamsız icra takibine başvurulmasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacağının açıkça ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde ifade edilmesidir.

Uzman arabuluculuk kavramı ile birlikte uyuşmazlıkların alanında daha yetkin arabulucular tarafından ele alınarak daha başarılı ve süratli şekilde c z mlenmesi fikrinden hareketle devreye alınmışsa da; uygulamada bazen uyuşmazlık türlerinin kesinleştirilmesinde problemler yaşanmaktadır. İş uyuşmazlığı olarak başlatılan bir ihtilafa ilişkin sürecin, mahkemelerce bilahare ticari uyuşmazlık olarak değerlendirildiğine rastlanılan örnekler bulunmaktadır. Dolayısı ile ihtilafın asıl alanına bakan uzman arabulucu tarafından sürecin yürütülmediğinden bahisle dava şartının gerçekleşip gerçekleşmemiş sayılması gerektiğine ilişkin usul tartışmaları yaşanması yerine, başlı başına arabulucu sürecinin işletilmesinin yeterli sayılacağına dair bir düzenleme yapılmasında yarar bulunmaktadır. Zira, netice itibariyle uyuşmazlığın taraflarına anlaşabilecekleri mahkeme dışı bir ortam hazırlanmış ve fakat onlar uzlaşmamayı tercih etmişlerdir.

Ayrıca bir alacağa ilişkin kısmi dava açılması halinde ileride davanın ıslahı durumunda veya alacağa ilişkin ayrı bir ek dava açılması halinde tekrar arabuluculuğa başvurunun aranıp aranmayacağı, belirsiz alacak niteliğindeki talepler bakımından arabuluculuk sürecinde dile getirilen miktarın dava esnasında artması halinde başlangıçta yürütülen arabuluculuk sürecinin dava şartı bakımından yeterli sayılıp sayılmayacağı, karşı dava açmak isteyen tarafın ilk davada arabuluculuk sürecinin işletilmesi nedeniyle tekrar dava şartı kapsamında arabuluculuğa başvurmasının gerekip gerekmeyeceği, dava yığılması halinde arabuluculuk süreci işletilmeyen ancak dava konusunu doğrudan ilgilendiren talepler bakımından yeniden arabuluculuk sürecine başvurulmasının sorgulanıp sorgulanmayacağı, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan taleplerin aynı

davada ileri sürülmesi halinde açılan bu dava bakımından dava şartı arabuluculuğa başvurulmasının gerekip gerekmediği, dava arkadaşlığı durumunda tarafların biri açısından dava şartı arabuluculuk söz konusu ve diğeri için değilse nasıl hareket edileceği hususları da uygulamada tartışmalı konuları oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda arabuluculuktan beklenen yararın sağlanabilmesi, adaletin temininde yaşanan gecikmelerin önlenebilmesi ve usul tartışmaları ile ek dava yükü oluşturulmaması açısından; doktrinde yapılan eleştiriler, yargı kararları ve önerilerimiz göz önünde bulundurularak, mevzuatta yapılması gereken bir takım değişikliklerle tartışmalı konuların açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır. Nitekim bu tezin teslim edildiği esnada arabuluculuk konusunda mevzuat değişikliklerinin de yer aldığı yeni bir yargı paketi hazırlığı yapıldığı kamuoyuna duyurulmuştur. Temennimiz, eleştirilerin ve görüşlerin objektif biçimde değerlendirilmesi sonucu yapılacak düzenlemelerle çelişkili yargı kararlarının önlenmesi ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasının geliştirilmesine katkıda bulunulmasıdır.

KAYNAKÇA

AKAN, Pınar. **Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması**. Ankara: Adalet Yayınları. 2013.

AKİL, Cenk. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun Kapsamı, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**. 75-138. C1- Ankara: Yetkin. 2014.

ANSAY, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usulleri**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 1960.

Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği. (Çevrimiçi) <https://adb.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24.11.2022)

ARSAN, Ramazan, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI **Medeni Usul Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları. 2019.

AŞIK, İbrahim. **İcra Sözleşmeleri**. Ankara: Turhan Kitapevi. 2006.

ARTHUR, John K. “Confidentiality and Privilege in Mediation”, Australian Alternative Dispute Resolution Bulletin, Lexis Nexis. ((November 2015).

AZAKLI ARSLAN, Betül. **Medeni Usulü Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara. 2018.

BAKIRCI, Kadriye. “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”. **TBB Dergisi**. S.140. (Ocak- Şubat 2019). ss.360.

BERKİN, M. Necmeddin. **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**. İstanbul: Filiz Kitapevi. 1980.

BERZEK, Ayşe Nur. **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**. İstanbul: Beta Yayınevi. 2020.

BİLGİLİ, Fatih, Ertan DEMİRKAPI. **Ticaret Hukuku Bilgisi**. Bursa: Dora Yayınları. 2020.

BİLGİN, HİKMET. Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, **Hukuk Gündemi II**, 2009/2, s.9-21.

BILLIET, Phillipe, Ewa KURLANDA. "An Introduction to The Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters". **The New EU Directive on Mediation: First Insights**, 2008. ss. 10.

BROWN, Henry J, Arthur L. MARRIOT. ADR Principles and Practice. **Sweet and Maxwell**. London.

BROWN, Scott, Christine CERVENAK and David FAIRMAN. Alternative Dispute Resolution Practitioners. **Guide, Center for Democracy and Government**. (1998). ss. 4.

BUDAK, Ali Cem. "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk". **MİHDER**. C. 42. (2019/1). ss. 33.

BULUR, Alper. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi". **ABD**. S. 2007/4. ss. 31.

BULUR, Alper. "Avukatlık Kanunu md.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi". **TBB Dergisi**. S. 89. (2010).

BUSH, Robert A. Baruch, Joseph FOLGER. Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı.(Çevirmen): Gamze Sart. Nobel Akademik Yayıncılık. 2013.

CENGİL, M. Fatih, Ömer KORKUT, Mehmet DURDU, İdil Nur GÜRBÜZ GÖKBERK ve M. Zahid DOĞANAY. **Şematik Ticari İşletme Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2022.

KURT KONCA, Nesibe. "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk". **Seta Perspektif**. S. 225. (2018). ss.5.

CLOKE, Kenneth. "Mediating Dangerously: The Frontiers of Conflict Resolution". John Wiley & Sons. 2002. ss. 12.

COBB, Sara. "Empowerment and Mediation: A narrative perspective." **Negotiation Journal** 9.3. (1993). : 245-259.

COLOMBO, Giorgio Fabio. "Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems". **Ritsumeikan Law Review**. No.29.

Commercial Mediation in Belgium. **Linklaters**. Nisan 2020.

Commercial Mediation in France. **Linklaters**. Nisan 2020

Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes.

Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Outof-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes.

Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements www.hcch.net; Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. (Çevrimiçi) www.hcch.net. (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

ÇAĞA, Tahir. “Ödeme Emrine İtirazın iptaline Dair”. **BATİDER**. C. VIII. S. 3. (1976). ss. 25.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç. **Arabuluculuk**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2015.

ÇEKER, Mustafa. **Ticaret Hukuku**. Adana: Karahan Yayınevi. 2014.

ÇİÇEK, Mustafa. **İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara: Seçkin Yayınları. 2019.

POLAT, Metin. “Dava Şartı Olarak Arabuluculukta Arabuluculuk Ücreti ve Giderler”. 2019. (Çevrimiçi) metinpolat.av.tr (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

DEMİR, Şamil. **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2014.

DEMİR, Şamil. **Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2016.

DEMİRKOL, Berk, Ural AKÜZÜM. **Türkiye’de MED- ARB (ARABULUCULUK-TAHKİM) Yapısı, Mevzuatı ve Uygulaması**. İstanbul: Onikilevha. 2020.

DEVRIES, Doug. "Mediation: Understanding Facilitative." **Evaluative and Directive Approaches**. 2013. (Çevrimiçi)

DİNÇ, İlhan. **Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2021.

DOĞAR, Mehmet. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi”. **İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi.** (2008).

DOMANIÇ, Hayri. **Ticaret Hukukunun Genel Esasları.** İstanbul. 1988.

DOMANIÇ, Hayri, Erol ULUSOY. **Ticaret Hukukunun Genel Esasları TTK Tasarısı ve Gerekçeleri ile Birlikte.** İstanbul: Arıkan Yayınları. 2007.

D’URSO, Leonardo, Italy’s Required Initial Mediation Session: Bridging The Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation. **Alternatives To The High Cost of Litigation.** 2018.

DÜR, Orhan. **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri.** Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.

EFEÇİNAR SÜRAL, Ceyda, Mehmet Ertan YARDIM. **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk.** Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2019.

EKMEKÇİ, Ömer. **Toplu İş Hukuku Dersleri.** İstanbul: On İki Levha. 2022.

EKMEKÇİ, Ömer, Muhammet ÖZEKES, Murat ATALI ve Vural SEVEN. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk.** İstanbul: On İki Levha. 2019.

EKMEKÇİ, Ömer, Muhammet ÖZEKES ve Murat ATALI. **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk.** İstanbul: On İki Levha. 2018.

EMİNOĞLU, Cafer, Ersin ERDOĞAN. **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk.** Ankara: Adalet Yayınevi. 2020.

ERDEM, H. Ercüment. **Milletlerarası Ticaret Hukuku.** İstanbul: On İki Levha. 2017.

ERMENEK, İbrahim, Betül AZAKLI ARSLAN. "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK md. 5/A)". **Türkiye Barolar Birliği Dergisi.** S. 148. (Mayıs- Haziran 2020). ss. 177-178.

EROL, Muammer. **Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması.** Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.

ERTEKİN, Erol, İzzet KARATAŞ. **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**. Ankara: Yetkin Yayınları. 1997.

EXON, Susan Nauss. "The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation". *USFL Rev.* (2007). 577-620. ss. 581.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin. **Kamu Denetçiliği**. Ankara: Yetkin Yayınları. 2011.

FREEDMAN, Lawrence R., PRIGOFF, Michael L. "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection". *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2. : 37-46. (1986). ss. 38.

GADLIN, Howard. "The Ombudsman: What's in a name?". *Negotiation Journal*. 16.1. (2000). 37-48.

GİRAY, Rabia Eda. **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2019.

GİRAY, Rabia Eda, Tamer PEKDİNÇER, Kadir BAŞ ve Gül BÜYÜKKILIÇ. **Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat**. İstanbul:Onikilevha. 2021.

GİRAY, Rabia Eda, Pelin KARAARSLAN, Elif KARA, Muharrem TÜTÜNCÜ ve Onur SARI. **Fikri Mülkiyet Hukuku Pratik Çalışmaları**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2023.

GİRAY, Rabia Eda. "İTOTAM Bünyesinde Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk ile Çözümü". **İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi**. 2019.

GİRAY, Rabia Eda. Dış Ticarete Arabuluculuk Webinarı. **OAİB**. 2021

GOLDBERG, Stephen B, Frank E.A. Sander, Nancy H. ROGERS, Sarah Rudolph COLE. **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes**. Aspen. 2020.

GOTTWALD, Peter. "Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz". Çevirmen: Sema Taşpınar. **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. 51, S. 1. 2002. ss. 1- 17.

GÖKYAYLA DEMİR, Cemile. "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu". İHFM 575. 77(2). (2019). ss.579.

HATEMİ, Hüseyin, Emre GÖKYAYLA. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2021.

HAYFORD, Stephen L. "Alternative Dispute Resolution". **Business Horizon**. (2000). 43.1: 2-4. s. 2.

ILDIR, Gülgün. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2003.

JR. JOHNSON, Paul Dayton. "Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act". **Fla. St. UL Rev**. 30 .(2002): 487-501. ss. 487.

KARACA, Osman Umut. "Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları". **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, C. 21. Y.20. S. 2019/1.

KARACABEY, Kürşat. "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar". **Ankara Barosu Dergisi** 1. 2016.

KESİCİ, Buğra. **Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**. İstanbul: On İki Lehva. 2017.

KEKEÇ, Kısmet Elif. **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2016.

KESER MELEKOĞLU, Burcu. **Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2019.

KOÇYİĞİT, İlker, İzzet YEŞİLKAYA. **Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2020.

KOÇYİĞİT, İlker, Alper BULUR. **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları. 2019.

KURT, Resul. "İş Yargısında Arabuluculuk". **TBB Dergisi** (135) (2018). : 405-444. ss. 413.

KURT- KONCA, Nesibe. “**Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk)**”. Seta Perspektif. 2018.

KURU, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü**. İstanbul: Yetkin. 2001.

KUTAL, Metin. "Türk Hukukunda 1980'den Sonra Toplu İş Uyuşmazlıkları Çözümü". **İktisat ve Maliye Dergisi**. C.XXXIV. S.7. (Ekim 1987). ss. 255-260.

Law Reform Commission. "Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation." Law Reform Commission. Dublin. 2010. ss.14.

LEVIN, Murray S. The Propriety of Evaluative Mediation : Concern about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion. **Ohio State Journal of Dispute Resolution**. 2001. Vol.16. ss. 268.

MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru. “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşması İflas Davaları Bakımından Etkileri”. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. S.179-180. (Temmuz- Ağustos 2018).

MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru, Müge DEĞİRMENCİOĞLU. Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotlarının Geçerliliği. **MÜHF-HAD**. S. 1. ss. 608.

MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru. “İTOTAM Bünyesinde Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk ile Çözümü”. **İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi**. 2019.

MCNALLY, Edward M., Barbara MacDonald. “The New Delaware”. **Del. Journal Corp. Law, Vol.2 1**. 1996. ss.8- 7- 102.

MEMİŞ, Abudllah Berat. **Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Usulü**. İstanbul: Seçkin Yayınevi. 2020.

MITCHELL, Vanessa. “Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?”. **Ky.L.Journal**, Vol.87. ss. 463-487.

MNOOKIN, Robert. "Alternative Dispute Resolution" Harvard Law School John M. Olin Center for Law. **Economics and Business Discussion Paper Series**. 1998.

MOORE, Christopher. W. "The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict" (3rd Edition). San Francisco: Jossey-Bass. 2003.

NADJA, Alexander. "What's Law Got to Do with It-Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions." **Bond L. Rev.** **13.** (2001). ss. 12.

NADJA, Alexander. "The Mediation Metamodel: Understanding Practice". **Conflict Resolution Quarterly** **26.1.** 97-123. (2008). ss. 117.

NAMLI, Mert. "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi". TİSK. (2016). ss. 156.

NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation. **Fordham University School of Law.** 2012. (1-31). ss. 9 (<http://ssrn.com/abstract=2010615>).

OĞUZ, Özgür. **Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.** İstanbul: Legal Yayınları. 2016.

ÖNEN Ergun, Necip BİLGE. **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri.** Ankara. 1978

ÖZBAY, İbrahim. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri". **EÜHFD.** C. 10. S. 3-4. (2006). ss. 460.

ÖZBEK, Mustafa Serdar. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.** Ankara: Yetkin Yayınları. 2022.

ÖZBEK, Mustafa Serdar. Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk. **ABD.** S. 2001/3. ss. 113-139.

ÖZEKES, Muhammet. **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler.** Ankara: Adalet Yayınevi. 2009.

ÖZEKES, Muhammet, Hakan PEKCANITEZ. **Medeni Usul Hukuku C. III.** İstanbul: On İki Levha.

ÖZKUL, Fatih. "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı". **Ankara Barosu Dergisi.** (Mayıs 2016). 201-263. ss. 254.

ÖZMUMCU, Seda. **Uzak Doğuda Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış**. İstanbul, On İki Levha Yayınları. 2012.

ÖZMUMCU, Seda. Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli. **İÜHFİM**. C.7. S.2. 8 Kasım 2016. ss. 328.

ÖZMUMCU, Seda. "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış". **İÜHFİM**. 2016. C. 74. S. 2. ss. 809.

ÖZSUNAY, Ergun. "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme". **İstanbul Barosu Dergisi**. C. 93. S. 3. ss. 31.

ÖZSUNAY, Ergun. "Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu 2002'yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018" **İstanbul Barosu Dergisi**, C.93, S.6 .(2019).

PASLI, Ali. "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: TTK 5/A maddesinin Yorumlanması". Ankara: Seçkin Yayınları. 2019.

PEKCANITEZ, Hakan. **Usul Medeni Usul Hukuku**. İstanbul: On İki Levha. 2017.

PEKCANITEZ, Hakan. Medeni Yargıda Adil Yargılanma. **İzmir Barosu Dergisi**. S. 2. (1997).

PEKCANITEZ, Hakan. Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan. 2000.

PEKCANITEZ, Hakan. Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler. **İBD**. (1995/2). ss.13-113.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES. **Medeni Usul Hukuku**. Ankara. 2012.

PERÇİN, Ersen. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri". **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**. C. 31. S. 2 (2011). ; 177-201. (2012). ss. 181.

POSTACIOĞLU, İlhan, Sümer ALTAY. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2015.

REİSOĞLU, Seza. ”2364 Sayılı Yasa Açısından. Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yeniden Yürürlüğe Konulması” **Dergisi**, C. 5. S.1. (Ocak 1981). ss. 7-15.

Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) (Çevrimiçi) [http:// www. Uncitral.org/ pdf/english/ commission/session/51 st- session/ Annex_ II.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/session/51st-session/Annex_II.pdf). (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

RISKIN, Leonard. L. “Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System”. *Notre Dame Law Review*. 79(1). (2003). ss. 1–53.

RONGXING, Guo. “Alternative Strategies for Dispute Resolution”. **Cross-border management: Theory, method and application, Institute for Security and Development Policy**. (2011). ss. 180.

RUBINSON, Robert. “Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution.” **Clinical L. Rev.** 10 (2003): 833-874. ss. 846.

SANDER, Frank E.A. “Another View of Mandatory Mediation”. **Dispute Resolution Magazine**. Vol. 13 (2). 2007. ss.16.

SARAÇ, Şükrü. "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi". **İnşaat Sanayii Dergisi**. S. 173. ss. 62.

SARISÖZEN, M. Serhat. **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma**. Ankara: Yetkin Yayınevi. 2011.

SCHNABEL, Timothy. “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement”. **19 Pepp. Disp. Resolve**. L. J. (2019).

SEVİM, Onur Utku. **Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2016.

SİĞRI, Ünsal, Kadir VAROĞLU. **Müzakere ve Arabuluculuk**. Ankara: Siyasal Kitabevi. 2013.

SOYER, Polat. Rekabet Yasağı Sözleşmesi. Ankara: Adalet Yayınevi. 1994.

SOYER, Polat. “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat Şimdilik) Çözümlendi-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İki Farklı Kararı Hakkında Not-". Yıldırım Uler'e Armağan. Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa (2014) ss. 475.

STREET, Laurance. "The language of Alternative Dispute Resolution" **Australian Law Journal** 66.4. (1992). 194-198.

STULBERG, Joseph B. Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the “Grid” Lock. **Florida State University Law Review**. 1997. Vol.24. ss. 985.

SÜMER, Ayşe. **Ticaret Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınları. 2018.

ŞAHİN, Tuğçem, Ahmet Cemal RUHİ, Yasin ÇELİK. **İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi**. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2018.

ŞAHİN vd. **Gerekçeli Anayasa Önerisi**. Ankara : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları. 1982.

ŞANLI, Cemal. “Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları Üzerine Düşünceler”. **Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı**. Y. 2, S. 10. (Temmuz- Ağustos 1996). Ss. 461-465.

TANRIVER, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”. **TBB Dergisi**. S. 2006/64. ss. 155.

TANRIVER Süha. Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. **TBB Dergisi**. (2014/53). ss.123.

TANRIVER, Süha. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. S.147, (Mart- Nisan 2020). ss. 116-117.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis. “Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk”. **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. (2009). ss. 6.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis. **Türk Hukukunda Arabuluculuk**. Ankara: Yetkin Yayınları. 2012.

TORAMAN, Barış. “İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.28. S. 3. (2020). ss. 1047.

The Reporters Committee For Freedom Of The Press, Secret Justice: Alternative Dispute Resolution. 2001. (Çevrimiçi) <https://www.rcfp.org/wp-content/uploads/imported/SJADR.pdf>. (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

TUNCAY, A. Can. "Yüksek Hakem Kurulu, ve Yeni Bir Toplu Sözleşme Düzeni" **İstanbul Barosu Dergisi**. C.55. S.2. (Şubat 1981). ss. 77-84.

UÇUM, Mehmet. Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Resmi Arabuluculuk. İstanbul. 2000.

UNCITRAL. Model Law on International Commercial Arbitration. (Çevrimiçi) www.uncitral.org. (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

ÜLGÜN, Hüseyin, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA, Abuzer KENDİGELEN, Füsun Nomer ERTAN. **Ticari İşletme Hukuku**. İstanbul: On İki Levha. 2015.

ÜSTÜNDAĞ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**. İstanbul. 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim. Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri. **İBD**. (2010/5-8). ss. 270-289.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York’ta Yapılan Sözleşme RG. 25.09.1991-21002, T.C. Resmî Gazete. (Çevrimiçi) resmigazete.gov.tr

YARAR, Güven. **Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk**. İstanbul: On İki Levha. 2019.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem. **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**. İstanbul: On İki Levha. 2013.

YENİPİNAR BERBEROĞLU, Filiz. **Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi**. İstanbul: Aristo Yayınevi. 2019.

YEŞİLIRMAK, Ali. **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk,**

Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri. İstanbul: On İki Levha. 2011.

YILDIRIM, Ferhat. (der.) Avusturya ve Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu. İstanbul: Onikilevha. 2012.

YILDIRIM, Mehmet Kamil, Nevhis Deren YILDIRIM. **İcra Hukuku.** İstanbul: Beta Yayınları. 2009.

YILMAZ, Ejder. Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler. (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan). (1996/1-2). ss. 54-76.

YILMAZ, Ejder. **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi.** Ankara: Yetkin Yayınları. 2016.

YILMAZ, Abdülhamit. "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”. **AndHD.** S. 1. (2018). ss. 229.

Adana BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 esas ve 2019/605 Kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Adana BAM 9.HD 2019/1427E, 2019/1103K ve 14.10.2019 tarihli kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Adana BAM 9.HD 2019/1427E, 2019/1103K ve 14.10.2019 tarihli kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 3.HD 2019/755E, 2019/83614 ve 3.5.2919 tarihli kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 3.HD 2019/856E, 2019/834K ve 3.5.2919 tarihli kararları. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 20. HD, 29.01.2021, E. 2020/1756. K. 2021/70. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 22. HD,19.03.2021,E.2020/1300,K.2021/424. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 22. HD 07.02.2020, E. 2019/2254,K.2020/124. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 26. HD, 04.02.2021, E. 2021/169, K. 2021/174. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 22. HD, 30.12.2019, E. 2019/1708, K. 2019/2184. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 22. HD, 22.10.2020, E. 2020/1179, K. 2020/1264. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Ankara BAM 22.HD, 27.02.2020, E. 2019/1822, K. 2020/270. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Antalya BAM 11. HD, 02.02.2021, E. 2020/1437, K.2021/144. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Antalya BAM 3.HD 2019/1038E, 2019/1088K ve 5.7.2919 tarihli kararı. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Antalya BAM 3.HD 2019/1029E, 2019/1029K ve 28.6.2919 tarihli kararları.
(Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Antalya BAM 11.HD,18.09.2019,E.2019/1545,K.2019/1703. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Bursa BAM 3.HD, 2018/4550, 2019/850, 15.4.2019 tarihli Kararı
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Bursa BAM 5. HD, 08.04.2021, E. 2021/54, K 2021/392. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Diyarbakır BAM 6. HD, 10.06.2020, E. 2020/471, K. 2020/398. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Diyarbakır BAM 3. HD 26.11.2019, E.2019/78, K. 2019/60. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Diyarbakır BAM 6. HD, 25.02.2021, E. 2020/457, K. 2021/383; 25.02.2021 E. 2020/456, K.2021/382. Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Erzurum BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 esas ve 2019/549 Kararı (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Gaziantep BAM 11. HD, 25.10.2019, E. 2019/1849, K. 2019/1239. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Güncel adliye arabuluculuk bürolarının listesi. (Çevrimiçi) <http://www.adb.adalet.gov.tr>. (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

HGK, 04.07.2019, E. 2017/261, K. 2019/854. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

HGK, 17.09.2019, E. 2019/918 K.2019/886. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

HGK, 10.02.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

HGK, 22.09.2008, E. 2008/9-517; K. 2008/566. Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

HGK, 21.03.2019, 2017/11-1298, K. 2019/335 (Çevrimiçi) <https://www.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

İstanbul BAM 9. HD, 21.10.2020, E. 2020/1404, K.2020/3711. Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 esas ve 2019/836 Kararı.(Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM, 15. HD, 04.02.2020, 234/163. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM, 16. HD, 31.01.2020, 159/235. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM 17. HD, 21.01.2021, E. 2020/2342, K. 2021/65. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 esas ve 2019/1521 karar sayılı kararları. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 26.11.2022)

İstanbul BAM, 19. HD, 11.04.2019, 1062/937 (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM, 19. HD, 08.04.2019, 956/925 (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

İstanbul BAM 30.HD, 2018/1446, 2019/639, 12.4.2019 tarihli Kararı. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com>. (Erişim Tarihi: 26.11.2022)

İstanbul BAM 45. HD E. 2020/1588 K. 2020/235 T.11.11.2020 (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

İstanbul BAM 45. HD, 11.11.2020, E. 2020/1917, K. 2020/234. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

İstanbul BAM 13. HD, 18.03.2021, E. 2021/285, K. 2021/350; 19.03.2021, E. 2021/286, K. 2021/378; 12.11.2020, E. 2020/1567, K. 2020/1298; 22.10.2020, E. 2020/1194, K. 2020/1162. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

İzmir BAM 11. HD, 13.01.2021, E. 2021/28, K. 2021/31. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

İzmir BAM 11. HD,15.11.2019,E.2019/2857,K.2019/1697; İzmir BAM 11. HD,15.11.2019,E.2019/2857,K.2019/1697. (Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

İzmir BAM 20. HD 04.12.2020, E. 2020/2531, K. 2020/228; 22.10.2020, E. 2020/2421, K. 2020/113. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Kayseri BAM 6. HD, 08.03.2021, E. 2021/314, K. 2021/468. Çevrimiçi)
<https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Kayseri BAM 6. HD 04.03.2021, E. 2021/320, K. 2021/446. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Konya BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 2019/1683 esas ve 2019/837 Kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Konya BAM 6. HD, 10.07.2020, E. 2020/1099, K. 2020/736. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Konya BAM 6. HD, 10.09.2020, E. 2020/1122, K. 2020/1198. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Konya BAM 6. HD 18.06.2020, E. 2020/527, K. 2020/546. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Konya BAM 6. HD, 10.09.2020, E. 2020/1311, K. 2020/1168. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Sakarya BAM 7. HD, 09.09.2020, E. 2020/1291, K. 2020/866. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Yargıtay 3. HD, 11.04.2017, E. 2016/17747, K. 2017/5059 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Yargıtay 9. HD, 11.04.2018, E. 2015/15597, K. 2018/8359(Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Yargıtay 9. HD, 13.01.2020, E. 2016/11073, K. 2020/32 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

Yargıtay 11. HD 2019/3611 E. 2020/4734 K. 04.11.2020 T., bkz. aynı yönde Yargıtay 11. HD. 2019/4851 E. 2020/2732 K. 10.06.2020 T. (Çevrimiçi) www.karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 1.11.2022)

Yargıtay 11. HD, 2016/10790 E, 2016/8148 K, 17.10.2016 tarihli kararı; 2016/11733 E, 2016/8549K, 31.10.2016 tarihli kararı. (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com/>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

Yargıtay 18. HD, T. 18.6.2012, E. 2012/6541, K. 2012/7308 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 26.11.2022)

Yargıtay 20. HD, T. 16.2.2017, E. 2016/14432, K. 2017/1206 (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 26.11.2022)

25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih ve 2012/94 E. – 2013/89 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com> (Erişim Tarihi: 21.11.2022)

T.C. Resmî Gazete.(Çevrimiçi) resmigazete.gov.tr. (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

The Concise Oxford Dictionary. (Çevrimiçi) <https://archive.org>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

Türk Dil Kurumu Sözlüğü. (Çevrimiçi) Türk Dil Kurumu Sözlükleri (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

Türkiye Noterler Birliği. (Çevrimiçi) Türkiye Noterler Birliği (turkiye.gov.tr) (Erişim Tarihi: 26.11.2022)

(Çevrimiçi) 1.5.6102-20130328.pdf (mevzuat.gov.tr). (Erişim Tarihi: 28.11.2022)

(Çevrimiçi)<https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf> (Erişim Tarihi: 27.11.2022)

(Çevrimiçi) <https://www.merriamwebster.com/dictionary/partial>. (Erişim Tarihi: 16.11.2022)

(Çevrimiçi) <http://www.dkdresolution.com/articles/Mediation.Understanding.3.1.pdf>. (Erişim Tarihi: 25.11.2022)