

**T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
TUBA ELER**

GAZİANTEP - 2019

**T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
TUBA ELER**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ÖMER ÖZKAN**

GAZİANTEP-2019



**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
YÜKSEK LİSANS KABUL VE ONAY FORMU**

Özel Hukuk Anabilim Dalı **Özel Hukuk** Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi **Tuba ELER** tarafından hazırlanan “**Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**” başlıklı tez, **03 / 07 / 2019** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Görevi

Unvanı, Adı ve Soyadı

İmzası:

Kurumu/Üniversitesi

Jüri Başkanı

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN

Tez Danışmanı

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Aksoy YAVAŞ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Tayfun ERCAN

Gaziantep Üniversitesi

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. Mazlum ÇELİK
Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk” başlıklı çalışmanın tarafımca, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım.02/08/2019

Tuba ELER



ÖNSÖZ

Günümüzde artan teknoloji ve iletişim ticari ilişkilerin de hızla gelişmesini sağlamış, bu da beraberinde uyuşmazlıkları getirmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde yargısal çözüm yollarına nefes aldırarak dostane çözüm yollarına ihtiyaç duyulmuştur. Yargısal çözüm yollarını saf dışı bırakmadan, hatta birlikte kullanıldığında uyuşmazlıkları daha etkili şekilde çözen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılmaya başlamıştır. Ticari uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolu olarak öncelikle tahkim, sonrasında ise dava şartı olarak arabuluculuk çözüm yolu uygulanmaya başlanmıştır. Bu çalışmada ise uygulanması henüz çok yeni olan ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk süreci anlatılmaya çalışılmıştır. Bu çalışmayı sonuçlandırmamda yardımlarını esirgemeyen, bilgi ve deneyimleri ile katkıda bulunan değerli tez danışmanım Prof. Dr. Ömer Özkan'a, değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal Ruhi'ye, Dr. Öğr. Üyesi Aksoy Yavaş'a, Dr. Öğr. Üyesi Tayfun Ercan'a, desteklerini ve fikirlerini esirgemeyen değerli Av. Ömür Taşar'a ve hayatım boyunca maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen aileme çok teşekkür eder, çalışmanın tüm ilgili kişilere yararlı olmasını dilerim.

Gaziantep, 2019

Tuba ELER

ÖZET

İnsanlar arasındaki etkileşim ve iletişimin hızla artması sonucu uyuşmazlıklar da artmış ve bu uyuşmazlıkların çözümü giderek karmaşık bir hal almıştır. Artan uyuşmazlıklar mahkemelerin iş yükünü de arttırmış, bu sebeple yargı yolu ile uyuşmazlıkların çözümü yetersiz kalmış ve bu durum insanları başka çözüm yolları aramaya yönlendirmiştir. Geçmişten beri insanlar uyuşmazlık çözümünde bilge, güvenilir, objektif ve tarafsız üçüncü kişiler aracılığıyla uyuşmazlık çözümünü benimsemiş ancak bu durum kurumsallaşmamıştır. Nihayet günümüzde, zaten insanlık tarihi kadar eski olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kurumsallaşmaya başlamıştır. Türk hukuk sistemimizde ilk kez 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile arabuluculuk, bir "*alternatif uyuşmazlık çözüm*" yolu olarak uygulanmaya başlanmıştır. Sonrasında bu kurum 12.10.2017 tarihinde kabul edilen ve 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku alanında "zorunlu" olarak uygulanmaya başlanmıştır. Alınan neticeler sonucu 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi gereğince 01.01.2019 tarihi itibarıyla çalışmamızın konusu olan "ticari uyuşmazlıklarda" zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmamızda ticari uyuşmazlıklar için zorunlu hale gelen arabuluculuk kurumuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ticaret Hukuku, Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlık.

ABSTRACT

Disputes have increased and solution for them has turned into a complex structure as interaction and communication rapidly have increased. Increasing disputes have increased the work load of courts, and thus judicial remedy has become insufficient for the solution of disputes, and this fact directed people to seek for other methods of solution. People have adopted the solution of disputes through wise, trustworthy, objective and impartial third parties, but this situation has not been institutionalized. Finally, now alternative dispute solution methods that are as old as the history of humanity began to institutionalize. Mediation was promulgated as an “*alternative method of solution*” for the first time in our legal system by the Law No. 6325 on Mediation in Legal Disputes. Then, this institution was transferred into practice “mandatory” in the field of labour law by the Law of Labour Courts number 7036, which was accepted on 12.10.2017 and entered in force on 25.10.2017. As a result, in accordance with Article 20 of Money Receivables From The Subscription Agreement Law On The Process Of The Follow-Up Process number 7155, and Article 5/A, which was added to Turkish Trade Law number 6102, it became compulsory on “commercial disputes”, which is the subject of our study, on 01.01.2019. Explanations were discussed about the institution of mediation that became compulsory for commercial disputes in our study.

Key Words: Alternative Dispute Resolution, Commercial Law, Mediation, Mandatory Mediation, Commercial Disputes.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ.....	1
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK	3
1.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Türleri	5
1.1.2.1. Müzakere (<i>Negotiation</i>)	6
1.1.2.2. Uzlaştırma (<i>Conciliation</i>)	7
1.1.2.3. Tahkim (<i>Arbitration</i>)	9
1.1.2.4. Arabuluculuk- Tahkim (<i>Mediation- Arbitration</i>)	12
1.1.2.5. Tahkim- Arabuluculuk (<i>Arbitration- Mediation</i>)	13
1.1.2.6. Kısa Duruşma (<i>Mini Trial</i>)	14
1.1.2.7. Vakıaların Saptanması (<i>Fact Finding</i>).....	15
1.1.2.8. Kısa Jüri Yargılaması (<i>Summary Jury Trial</i>).....	16
1.1.2.9. Tarafsız Ön Değerlendirme (<i>Early Neutral Evaluation, ENE</i>).....	16
1.1.2.10. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 35/A Uzlaştırması	17
1.2. Arabuluculuk Kavramı, İlkeleri ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri.....	18
1.2.1. Arabuluculuk Kavramı	18
1.2.2. Arabuluculuğun İlkeleri.....	20
1.2.2.1. İradi Olma	20
1.2.2.2. Eşitlik	24

1.2.2.3. Tarafsızlık	25
1.2.2.4. Gizlilik	26
1.2.3. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri	29
1.2.3.1. Genel Olarak	29
1.2.3.2. Arabulucunun Hakları.....	30
1.2.3.3. Arabulucunun Yükümlülükleri	33
1.3. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabulucular Sicili ve Arabuluculuk Eğitimi	39
1.3.1. Arabuluculuk Daire Başkanlığı	39
1.3.2. Arabulucular Sicili ve Sicilden Silinme	40
1.3.2.1. Arabulucular Sicili	40
1.3.2.2. Arabulucular Sicilinden Silinme.....	42
1.3.3. Arabuluculuk Eğitimi ve Sınavı	43

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK ÇÖZÜM YOLU.... 45

2.1. Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü Hakkında Genel Bilgiler . 45

2.1.1. Ticari İş ve Ticari Uyuşmazlık Kavramı	45
2.1.1.1. Genel Olarak	45
2.1.1.2. Ticari İş Kavramı	46
2.1.1.3. Ticari Uyuşmazlık Kavramı.....	50
2.1.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yollarının Uygulanması	51
2.1.3. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olması.....	55

2.2. Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Olan Ticari Uyuşmazlıklar

2.2.1. Genel Olarak.....	56
2.2.2. Mutlak Ticari Davalar	57
2.2.2.1. Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Mutlak Ticari Davalar.....	57
2.2.2.2. Özel Kanun Hükümlerine Göre Mutlak Ticari Davalar.....	62
2.2.3. Nispi Ticari Davalar	62
2.2.3.1. Her İki Tarafın Ticari İşletmesini İlgilendiren Davalar	62
2.2.3.2. Bir Ticari İşletmeyle İlgili Davalar	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİ, SONA ERMESİ VE ÖNEM ARZ EDEN HUSUSLAR..... 65

3.1. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Süreci 65

3.1.1. Arabuluculukta Yetki ve Temsil..... 65

3.1.2. Arabulucunun Seçimi, Süresi, Ücreti ve Yapılan Giderler 66

3.1.2.1. Arabulucunun Seçimi..... 66

3.1.2.2. Arabulucunun Süresi ve Ücreti 68

3.1.2.3. Arabuluculukta Yapılan Giderler..... 69

3.1.3. İlk Toplantıya Davet 69

3.1.4. İlk Toplantıya Katılım ve Katılımın Önemi 71

3.1.5. Görüşmelerin Yürütülmesi 72

3.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi 73

3.2.1. Genel Olarak..... 73

3.2.2. Tarafların Anlaşmaya Varması Halinde 74

3.2.3. Tarafların Anlaşmaya Varamaması Halinde 76

3.3. Önem Arz Eden Hususlar..... 77

3.3.1. Genel Olarak..... 77

3.3.2. Kısmi Dava ve Belirsiz Alacak Talepleri 77

3.3.3. Karşı Dava 79

3.3.4. Terditli Davalar ve Davaların Yığılması 80

3.3.5. Dava Arkadaşlığı 82

3.3.6. İlamsız İcra 84

3.3.7. İtirazın Kaldırılması Talebi 84

3.3.8. Borçtan Kurtulma ve Menfi Tespit Davası..... 84

3.3.9. İtirazın İptali Davası 86

3.3.10. İflas Davaları 86

3.3.11. Tasarrufun İptali 87

3.3.12. Sıra Cetveline İtiraz/Şikayet..... 87

3.3.13. Sigorta Davaları 88

3.3.14. Tüketici Davaları 89

3.3.15. İmza Sorunu..... 89

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ..... 91

KAYNAKÇA 93



KISALTMALAR

AAÜT	:	Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AÇÜ	:	Artvin Çoruh Üniversitesi
ADR	:	Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AUÇ	:	Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	:	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ay.	:	Anayasa
Aym	:	Anayasa Mahkemesi
bkz.	:	Bakınız
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	:	Cilt
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
eTK	:	6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
HAD	:	Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	:	6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	:	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
HUMK	:	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICSID	:	International Center for Settlement Of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi)

K.	:	Karar
MİHBİR	:	Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MTK	:	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHF	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SMS	:	Kısa Mesaj Servisi
TAEK	:	Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TFF	:	Türkiye Futbol Federasyonu
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	:	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd	:	Ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay
Y.	:	Yıl

GİRİŞ

Toplumların gelişmesi, insan ilişkilerinin giderek artması ve daha karmaşık bir yapıya bürünmesi sonucu ortaya uyuşmazlıkların çıkması doğaldır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde taraflar uyuşmazlığı en kısa, en ucuz ve en az yıpranacak şekilde çözmek ister. Uyuşmazlık çözümünde akla gelen ilk yol mahkemelere giderek dava açılması yani yargısal çözüm yoludur. Ancak yargısal çözüm yolu gerek zaman gerek masraf bakımından taraflar için yıpratıcı bir süreç olabilmektedir. Taraflar yargısal yolla çözüme başvurduğu zaman sorunun çözülmesi yerine, yenileri eklenmekte ve çoğu zaman her iki taraf da kaybetmektedir. Uyuşmazlıkların engellenmesi mümkün olmasa da çözüm yollarının geliştirilmesi mümkündür. İşte bu nedenlerle yargısal çözüm yolunun yanında başka çözüm yolları aranmış ve dostane çözüm yolları olarak da bilinen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ön plana çıkmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözümünde amaç yargı sistemi ile rekabet değil, devletin sahip olduğu yargı yetkisine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve hızlı çözümüdür.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları öncelikle ABD’de uygulanmaya başlanmış ve sonrasında diğer Anglosakson ülkelerine de yayılmıştır. Sonrasında ise küreselleşme etkisiyle Kara Avrupası hukukunda ve nihayet ülkemizde de uygulanmaya başlanmıştır. Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tartışılmaya 2000’li yıllarda başlanmış, ilk bilimsel çalışmalara ise 2006 tarihinde başlanmıştır. Sonrasında bir Bilim Komisyonu oluşturulmasıyla hazırlanan kanun tasarısı, 07.06.2012 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilip yasalaşmıştır. Bu sayede 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile arabuluculuk, ülkemizde "*alternatif uyuşmazlık çözüm*" yolu olarak uygulanmaya başlamıştır.

Bu gelişmeler ışığında “alternatif” olarak uygulanan arabuluculuk 12.10.2017 tarihinde kabul edilen ve 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku alanında “zorunlu” olarak uygulanmaya başlanmıştır. Burada zorunlu arabuluculuk kavramıyla anlatılmak istenen arabuluculuğa başvurunun dava şartı olmasıdır. Çünkü her ne kadar arabuluculuğa başvuru zorunlu olsa da devam ettirmek ve anlaşmaya varmak gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Çalışmamızda ise dava şartı olarak arabuluculuk terimi yerine zorunlu arabuluculuk terimi tercih edilmiştir.

İş hukukunun ardından zorunlu arabuluculuk kurumu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi gereğince 01.01.2019 tarihi itibariyle ticari uyuşmazlıklarda zorunlu hale gelmiştir. Yargının iş yükü, davaların uzun yıllar sürmesi ve ticari uyuşmazlıkların da önemi göz önüne alındığında ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk taraflar için hem zaman hem masraf bakımından oldukça kolaylık sağlayacaktır.

Bu çalışmamızda ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kurumu incelenecektir. Çalışmamızın birinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı açıklanmış, sık rastlanan türlerine değinilmiş ve ardından arabuluculuk kavramına yer verilmiştir. Arabuluculuk kavramının ardından, arabuluculuğun ilkeleri olan iradi olma, eşitlik, tarafsızlık ve gizlilik konularına yer verilmiş, arabulucunun hak ve yükümlülükleri açıklanmıştır. Bununla beraber arabuluculuk müessesesi ile ilgili olarak ve konunun daha iyi özümsebilmesi için Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk eğitimi ve sınavı hakkında bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde ise ticari uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuğun uygulanmasına yer verilmiş ve kapsamı belirlenmiştir. Böylece çalışmamızda ticari iş ve uyuşmazlık kavramlarının farkı açıklanmış ve zorunlu arabuluculuğun uygulanacak olduğu ticari davalar ayrıntısıyla yer bulmuştur. Son bölümde ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk süreci yer almış, arabuluculuk sürecinin sonlanmasına değinilmiş ve son olarak kanunda açık düzenlenme bulunmamasından dolayı karışıklığa yol açan bazı dava türlerine yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK

1.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

1.1.1. Genel Olarak

Bilim ve teknolojinin gelişmesi, sosyal, siyasal, ekonomik ilişkilerin farklılaşması, iletişimdeki hızlı büyüme, kişiler arasındaki etkileşimin artmasına ve dolayısıyla birçok sorun ve uyuşmazlığın doğmasına neden olmuştur¹. Uyuşmazlık, bir hakkın varolup olmadığı, kapsamı veya sonuçları üzerinde ortaya çıkan anlaşmazlıktır ve hak olarak hukuk düzenince korunan mevcut menfaat dengesinin bozulmasıyla ortaya çıkmaktadır². Uyuşmazlık; ihtilafa konu olan meseleler üzerinde müzakere, arabuluculuk veya bunun gibi tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla çözülmesi veya değerlendirilmesi mümkün olan anlaşmazlıklar olarak da tanımlanabilir³. Kısacası uyuşmazlık; hukuk düzeninin koruduğu menfaat çatışmalarının giderilemediği veya göz ardı edilemediği durumlarda doğan ve böylece uyuşmazlık çözüm yollarının konusunu oluşturan bir ihtilaf⁴.

Uyuşmazlık çözümünde akla ilk gelen yol yargılama yapılmasıdır. Bu “*yargısal veya geleneksel usul*” olarak da adlandırılır⁵. Ancak toplum, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yalnızca mahkemelere güvenemez ve güvenmemelidir; çünkü diğer mekanizmalar çeşitli tartışmalarda üstün yani daha ucuz, daha hızlı ve daha az korkutucu olabilir⁶. Gerek yargılama sürecinin bir hayli uzun sürmesi gerekse de tarafların bu süreçte pasif kalması, sonucunu kestirememesi ve yargılamanın masraflı olması tarafları alternatif bir yol aramaya yönlendirmiştir. Burada ise alternatif çözüm yolları devreye girmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları öğretide "Alternative Dispute Resolution (ADR)" olarak da

¹ Ekmekçi, Ömer/ Özkes, Muhammet/ Atalı, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 6 vd.

² Özkes/ Muhammed, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, Cilt 3, İstanbul 2017, s. 2803.

³ Kekeç, Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2016, s. 5.

⁴ Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 22.

⁵ Warbeck, Johannes, “*Alternative dispute resolution in the World of business; a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany*”, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, Part 2, June 1998, s. 108.

⁶ Kanowits, Leo, Alternative Dispute Resolution Cases and Materials, American Casebook Series, West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1985, s. 3.

isimlendirilir. Alternatif uyuşmazlık çözümü, geleneksel yargılama yolları haricindeki uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tanımlar⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, 1978 yılı başında, Ford firması tarafından yapılan bir programla geliştirilmiştir⁸. "Uyuşmazlık çözümünde yeni yaklaşımlar" adlı kapsamlı bir araştırma neticesinde, toplum ve kamu düzenini ilgilendiren birçok uyuşmazlıkta usuli yargılama sisteminin dışında uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli yollar aranması amaçlanmıştır. Bu gelişmeler sonucunda ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözümü "ihtilafların mahkemelerde görülmesi" fikrini değiştirmiş ve uyuşmazlıkların dava yolu dışında da çözülebilmesi fikrini güçlendirmiştir⁹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve uygulanabilirlikleri, mevzuatta, hukukun uygulanmasında ve hukuk bilimlerinde giderek daha önemli bir konu haline gelmekte¹⁰ ve örneğin bugün, ABD'de birçok ticari şirket alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaktadır¹¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mevcut uyuşmazlığı yargısal yollar dışında; tatmin ve tazmini hedefleyerek, iradi ve çoğunlukla tarafsız bir üçüncü katılımı ile çözmeye yarayan her türlü yolu ifade eder¹². Bu çözüm yolları yargılamaya göre daha kısa, ucuz ve tarafların kontrolündedir. Tarafların çözüm sürecinde daha aktif olması, sonucun tahmin edilebilir olması ve özellikle de yargılama yoluna herhangi bir engel olmaması alternatif çözüm yolunu cazip kılan nedenler arasındadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının pek çok çeşidi olsa da bunlar arasında temel uyuşmazlık çözüm yolları çok sık rastlanması sebebiyle müzakere, tahkim ve arabuluculuktur.

En sık kullanılan alternatif çözüm yollarından biri olan müzakere, ortak bir karara ulaşmak amacıyla, iki farklı menfaat sahibinin azami faydayı elde etmek amacıyla söz hakkı sahibi olduğu eşit bir iletişimi ifade eder¹³. Başka bir ifadeyle, farklı ihtiyaçlar ya da fikirler konusunda ortak bir anlaşmaya varmak suretiyle yapılan ileri geri bir iletişim sürecidir¹⁴.

⁷ Liebscher, Christoph, Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması, , Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Çev: Mustafa Göksu, Ankara 2010, s. 51.

⁸ Özbek, Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", AÜHFD, 2002, C.51, S.2, s.135.

⁹ Özbek, Adalete Ulaşma, s. 136.

¹⁰ Hohmann, Balázs, "Possibilities for the Application of Alternative Dispute Resolution Methods in the Administrative Procedure", European Journal of Multidisciplinary Studies, C. 3, S. 4, Eylül- Ekim 2018, s. 92.

¹¹ Kekeç, s. 13.

¹² Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2807. Benzer tanımlar için bkz. Ildır, s. 26; Özbek, Adalete Ulaşma, s. 137-138.

¹³ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 11.

¹⁴ Acuff, Frank L., Uluslararası Müzakere, Çev: Serpil Demirci, Ankara 2005, s.16.

Müzakerenin bu denli sık kullanılma nedeni olarak, üçüncü bir kişinin çözümde yer almaması, tarafların kendi iradeleriyle sorunu masrafsız ve kısa sürede çözebilmesi sayılabilir.

Tahkim konusunda, “taraflar arasında doğmuş ve doğacak uyuşmazlıkların çözümünün özel kişilere bırakılması” veya “uyuşmazlıkların çözümünün havale edildiği kişilerle ihtilafli taraflar arasında yapılan anlaşmayı” ya da “uyuşmazlığın hakemlerce karara bağlanması işlemlerinin bütünü” şeklinde birçok tanım mevcuttur¹⁵. Tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmaması tartışmalı olmakla birlikte, taraflar arasında doğmuş ve doğacak bir uyuşmazlığın, hakem adı verilen özel kişilerce karara bağlanması şeklinde de tanımlanabilir¹⁶. Tahkim yoluyla uyuşmazlık çözümünde de, uyuşmazlığın devlet yargısına göre daha hızlı çözümlenmesi, tahkim yargılamasının aleniyet gerektirmemesi ve hakemlerin uzman kişilerden oluşması gibi üstünlükler bu yolun tercih edilmesini sağlar¹⁷.

Esas konumuz olan arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin, tarafların anlaşmasıyla çözüme ulaşma çabasıyla, anlaşmazlıklar konusunda taraflar arasındaki iletişimi ve müzakereleri kolaylaştırdığı bir süreçtir¹⁸. Daha kapsamlı olarak, “*Arbuluculuk, tarafların serbest iradeleriyle başvurduğu, uyuşmazlık konusu hakkında verdiği kararı taraflara zorla kabul ettirme yetkisi bulunmayan veya sınırlı olarak zorla kabul ettirme yetkisi olan, bir üçüncü kişinin desteği ile uyuşmazlıkların her iki tarafça kabul edilebilir bir şekilde sulh ile sonlandırılmasını amaçlayan bir yöntem olarak da tanımlanabilir*”¹⁹.

Arbuluculuk çözüm yolunda amaç, uyuşmazlığın taraflarının bir araya gelerek, anlaşmazlık konusunun belirlenmesi ve her iki tarafın da menfaati gözetilerek sorunun ortadan kaldırılmasıdır.

1.1.2. Türleri

Uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan alternatif çözüm yolları oldukça çeşitlidir. Bunlar çözüme üçüncü bir kişinin katılımı katılmamasına, çözümün bağlayıcı olup

¹⁵ Balcı, Muharrem, İhtilafın Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 103.

¹⁶ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 647.

¹⁷ İldır, s. 26.

¹⁸ Stone, Katherine V.W., Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution, University Casebook Series, New York, New York, Foundation Press 2000, s. 33.

¹⁹ Taşpolat Tuğsavul, Melis, Arbuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arbuluculuk, Ankara 2012, s. 27.

olmamasına²⁰ göre çeşitlilik kazanır. Örneğin, uzlaştırmada üçüncü bir kişi çözüme dahil olurken, müzakere sadece anlaşmazlığa düşen iki taraf bulunur. Bunun gibi, yargılamada taraflar sonuca bağlı kalmak zorundayken, arabuluculukta taraflar sonuçla bağlı değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları oldukça çeşitlidir. Bunlardan bazıları; müzakere, uzlaşma, uzlaştırma, tahkim, arabuluculuk-tahkim, tahkim-arabuluculuk, mini yargılama, kısa jüri yargılaması, yargıç kiralama, hüküm, tarafsız ön değerlendirme, son teklif, yüksek-alçak tahkim, kamu denetçisi, Michigan arabuluculuğu, vakıaların saptanması, online uyuşmazlık çözümü olarak sayılabilir²¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bu kadar çok çeşidi varken hepsine değinmek mümkün olmasa da uygulamada daha sık karşılaşılan başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına kısaca değineceğiz. Bunlar müzakere, uzlaştırma, tahkim, arabuluculuk-tahkim, tahkim-arabuluculuk, kısa duruşma, vakıaların rastlanması, kısa jüri yargılaması, tarafsız ön değerlendirme, Avukatlık Kanunu 35/A uzlaştırması olarak sınıflandırılabilir.

1.1.2.1. Müzakere (Negotiation)

Taraflara uyuşmazlığı çözüme konusunda yardımcı olan üçüncü bir kişinin bulunmadığı tek çözüm yolu olan müzakere, elde edilmek istenilen bir şey üzerinde, tartışma ve ikna yoluyla karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaya çalışılan iletişim ve karar verme süreci olarak tanımlanır ve müzakere anlaşmaya dayanan bütün alternatif çözüm yollarının temelidir²².

Müzakere aslında, çok büyük farklılıkların bulunmadığı konularda anlaşmaya varmada ya da uyuşmazlık veya anlaşmazlığın çözümünde kullanılan yapılandırılmış iletişim ve pazarlık sürecidir²³. Müzakere hayatın her anında varlığını gösteren bir çözüm yoludur; gerek hukuksal uyuşmazlıklarda gerekse sosyal yaşantımızda, iş veya aile konularında kullanılır. Müzakere bu bakımdan sadece uyuşmazlık sahiplerinin, avukatların veya şirketlerin

²⁰ “Bağlayıcı olmayan ADR yöntemlerinin temelinde yatan mantıksal gerekçe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafların iddia ve savunmalarının, gerçek durumları hakkında çarpık bir algıya sahip olmalarına dayanması ve tarafsız üçüncü kişinin fikrinin, tarafların uyuşmazlığı daha doğru şekilde görmelerine ve bu sayede uzlaşmayı kabul etmelerine etki etmesi düşüncesidir.” (Liebscher, s. 54).

²¹ Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2018, s. 32 vd.

²² Cohen, Herb, Her Konuyu Müzakere Edebilirsiniz, Çev: Şahin Cüceoğlu, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 3; Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016, s. 201; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2810; Kaplan, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni C. 28, S. 1-2, Haziran 2011, s. 117; Kekeç, s. 44.

²³ Moore, Christopher, Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, Çev: Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan, Ankara 2016, s. 8.

kullandığı bir yol değildir. Deyim yerindeyse, “herkes birer müzakerecidir”²⁴. Müzakere çözüm yolunda, taraflar veya temsilcileri dışında üçüncü bir kişinin çözüme katılmaması, tarafların kendi iradelerini doğrudan kullanmalarını, böylece kendi istekleri doğrultusunda karar vermelerini sağlar. Müzakere, bütün anlaşmaya dayalı çözüm yollarının temel taşıdır²⁵. Başarılı müzakerelerin anahtarı da hazırlıktır²⁶.

Her ne kadar tarafların dışındaki kişiler müzakereye katılmasa da avukatların da katıldığı müzakere vardır ve bu “uzlaşma müzakeresi” olarak adlandırılır²⁷. Bu müzakere türünde, uyuşmazlık konusu hakkındaki davada verilebilecek bir karar sonucu ve emsal içtihatlar tarafların uzlaşma sonucundaki beklentilerini etkiler²⁸.

1.1.2.2. Uzlaştırma (Conciliation)

Müzakereler diğer hangi amaçlara hizmet ederse etsin, asıl amaçlarından biri, ihtilafların veya çatışmaların gönüllü olarak çözümüne ulaşmaktır. Ancak, çoğu zaman, ciddi engeller müzakerelerin ilerlemesini veya hatta ilk denemede yapılmasını önlemektedir. Örneğin; iş hukuku alanındaki müzakerelerde, bir işveren ile çalışanlarını işleyen sendika arasındaki öfke, yeni veya yenilenmiş bir toplu iş sözleşmesi anlaşması için farklı tekliflerinin çözümünü engelleyebilir²⁹. Bu tür durumlarda, üçüncü tarafların, özellikle uzlaşma sanatında becerikli olanların, tarafları konumlarını yeniden gözden geçirmeleri ve sorunlarını çözebilecekleri hatlar boyunca çözüme çabalarını sürdürmeleri için teşvik edebilirler³⁰. Böylece bir mahkeme veya tarafsız bir üçüncü kişinin öneri sunması veya dava konusunu değerlendirmesi ile bir çözümün hedeflendiği bu tür uyuşmazlık çözüm yoluna uzlaştırma adı verilir.

Ülkemizde ceza hukuku alanında uygulanmaya başlanan uzlaştırma 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaştırma kurumu gerek Türk Ceza Kanunu’nda gerekse Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda “uzlaşma” olarak düzenlenmiştir. Uzlaşma kavramının arabuluculuk yerine kullanılması sebebiyle doktrinde bir

²⁴ Cohen, s. 3.

²⁵ Kekeç, s. 43.

²⁶ Carver, Todd B./ Vondra, Alberta A., “*Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does*”, Harvard Business Review, 1994, s. 7.

²⁷ Dür, s.34.

²⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 151.

²⁹ Kanowits, s. 77.

³⁰ Kanowits, s. 77.

görüş birliği bulunmamaktadır³¹. Uzlaşma, tarafların sulh olarak sorunlarını barış içinde çözümlenmesi anlamında kullanılır³². Uzlaşmada, taraflar, herhangi bir üçüncü kişi katılmaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmek ve bir anlaşmaya varabilmek amacıyla görüşmeler yapar³³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen uyuşmazlık çözüm yolunda, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm sürecine tarafsız bir üçüncü kişi de dahil olur. Dolayısıyla, Ceza Muhakemesi Kanununda “uzlaşma” ile ifade edilmek istenen usul aslında “uzlaştırma” olduğu anlaşılacaktır³⁴.

Uzlaştırıcı, tarafları bağımsız ve tarafsız şekilde yönlendirerek, objektif, doğru ve adaletli davranma yükümlülüğü altında, tarafların isteklerini göz önünde bulundurarak, uyuşmazlığın çözümünde önerilerde bulunup, gerekli gördüğü takdirde tarafların anlaşması için çözüm yolları geliştirip, bu çözüm yollarını değişen durumlara göre yeniden düzenler³⁵.

Uzlaştırma ve arabuluculuk çözüm yolları da karıştırılan kavramlar olsa da ikisi arasındaki temel fark üçüncü kişinin üstlendiği roldür; bazı hukuk sistemlerinde uzlaştırıcının daha etkin rol oynadığı ve bu sürecin daha esnek olduğu kabul edilirken bazı hukuk sistemlerinde ise arabulucunun daha etkin olduğu ve bu sürecin daha az resmi olduğu kabul edilir³⁶. Çin hukuk sisteminde uzlaşma ve arabuluculuk kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır³⁷.

Türk hukuk sisteminde, hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yolu düzenlenmiş olmasına rağmen uzlaştırma yolu ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak, HUAK m. 2'deki arabuluculuk tanımının madde gerekçesinde, arabuluculuk ile uzlaştırmanın, farkı dile getirilmiştir. Buna göre, arabuluculuk ve uzlaştırma kavramının temel farklılıkları tespit edilmiş ve arabuluculuk; uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve bu suretle

³¹ Akıncı, Ziya, “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, BATİDER 1996, C. 18, S. 4, s. 103; Ildır, s. 141; Kekeç, s. 25; Özbek, AUÇ, s. 194-195; Polat, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 39; Taşpolat Tuğsavul, s. 30.

³² Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 1433-1434.

³³ Özbek, Mustafa, “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, AÜHFD 2005, C. 54, S. 3, s. 295.

³⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, s. 295.

³⁵ Aksu, Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Avrupa Birliği Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009, s. 66; Ildır, 141; Özmumcu, Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 261.

³⁶ Şahin, Tuğçem/ Çelik, Yasin/ Ruhi, A. Cemal, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018, s. 16.

³⁷ Özmumcu, Arabuluculuk Anlayışı, s. 19 vd.

“kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin katılımıyla birlikte, gönüllü olarak yapılan bir uyuşmazlık çözüme yöntemi olarak tanımlanmıştır. Gerekçede arabulucunun, uyuşmazlık ile ilgili bir karar veremeyeceği ve taraflara çözüm önerisinde bulunamayacağı dile getirilse de HUAK’da son yapılan değişiklikler ile arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için taraflara çözüm önerileri getirebileceği gözden kaçmamalıdır.

1.1.2.3. Tahkim (Arbitration)

Yaygın olarak ticaret hukuku ve iş hukuku anlaşmazlıklarında kullanılan tahkim, anlaşmazlığı, tartışmaları dinledikten ve delilleri gözden geçirdikten sonra karar veren üçüncü bir tarafın çözmesi olarak tanımlanabilir³⁸. Başka bir ifadeyle uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların anlaşmak suretiyle, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişiler olarak adlandırılan tarafsız üçüncü kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu kişilerce çözülmesidir³⁹. Başka bir tanıma göre ise tahkim, “*taraflar arasındaki bir hukuki uyuşmazlığın devlet mahkemelerine giden yolun kapanması şartı ile özel üçüncü kişiler tarafından halledilmesidir*”⁴⁰. Tahkim kararı kesin hüküm oluşturan; tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen, devlet denetimine tabi özel bir faaliyettir⁴¹. Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla, hakem adı verilen üçüncü kişilerce çözümlenmesinin tarihi oldukça eskiye dayanır. Bu çözüm yolu eski Mısır uygarlığı, eski Yunan ve Roma hukukuna dayandırılmaktadır⁴².

Türk hukukunda tahkim 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanun’un uygulama alanı dışında kalan tahkim bakımından ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu geçerlidir. Tahkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 407 ile 444. Maddeleri arasında yer bulmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü kendilerine bırakılan özel kişilere hakem denir⁴³. Tahkim, özel hukuk alanıyla ilgili uyuşmazlıkların taraflarca seçilen bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle çözüm yoludur. Taraflar birlikte veya ayrı ayrı hakemi belirleyip sonrasında bir tahkim sözleşmesi yaparlar. Tahkim sözleşmesi, tarafların, aralarında doğmuş

³⁸ Stone, s. 5.

³⁹ Alangoya, H. Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren –Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 595; Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 722; Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Ankara 1975, s. 783.

⁴⁰ Alangoya, H. Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 4.

⁴¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 647.

⁴² Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul 2013, s. 3, Ayrıca bkz. Balcı, s. 39 vd.; Dayınlarlı, Kemal, HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 7; Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 13.

⁴³ Altıntaş, Sümeyye, Tahkimin Geçersizliği, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2015, s. 33; Balcı, s. 107; Kuru, s. 723.

anlaşmazlık hakkında genel yargıya başvurmadan tahkim usulünü uygulayacaklarını kararlaştırdıkları anlaşmadır⁴⁴. Tahkim sözleşmesinin yerine getirilmesi için yapılan sözleşme ise hakem sözleşmesi olarak anılır. Daha ayrıntılı bir tanımla, “*Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir*”⁴⁵. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın devlet eliyle değil, seçilmiş hakemler aracılığıyla çözülmesini öngören bir kurumdur. Tahkim mecburi ve ihtiyari olmak üzere iki türlüdür. Mecburi tahkim, bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurmanın zorunlu olduğu tahkim türüdür. Bunun dışında kalanlar ise ihtiyari tahkime örnektir⁴⁶. Mecburi tahkime örnek olarak⁴⁷:

3533 sayılı Kanun m. 1 hükmü gereğince “*Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere aid olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler*”.

Tütün ekicisi ile alıcısı arasında yapılan sözleşmelerde, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Hakkında Kanun’a göre bu uyuşmazlıklarda tahkim zorunludur.

6502 sayılı TKHK m. 66’da, tüketici hukukuna ilişkin işlemlerde, tüketiciyi ilgilendiren konulardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine gidilmesi zorunludur. 3039 sayılı Çeltik Ekim Kanunu m. 14’te mecburi tahkim söz konusudur. Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar açısından mecburi tahkim merci, Borsa Yönetim Kurulu’dur. 1615 sayılı Gümrük Kanunu’nda Gümrük Hakem Kurulu’nda bakılacak işler açısından bu kurul, mecburi tahkim merciidir.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 4. maddesinde merkez teşkilatı içinde hukuk kurullarına yer verilmiş; 6. maddesinde Tahkim Kurulu düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında tahkim kurulu, “*bu kanun uyarınca*

⁴⁴ Balcı, s. 118.

⁴⁵ Taşkın, Âlim, Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 8.

⁴⁶ Toplu iş uyuşmazlıklarında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 51’de tahkime başvurma zorunluluğu vardı ancak bu uyuşmazlıklarda taraflar, mutlaka kanuni hakeme başvurmak zorunda değildirler; ihtiyari tahkime de gidebilirler.

⁴⁷ Kuru, s. 723.

bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim merci olup TFF'nin en üst hukuk kuruludur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir" ifadesi ile düzenleme altına alınmıştır. Bu Kanun kapsamında öngörülen tahkim de mecburi niteliktedir.

TFF Statüsü'nün 62. maddesine göre, Tahkim Kurulu'nun verdiği kararlar kesindir ve bu kararlar, idari ve yargısal makamların onayına tabi olmamakla, bu kararlara karşı idari ve yargısal makamlara da başvurulamaz. Bunun yanı sıra 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında da benzer bir düzenleme yapılmış; fakat bu düzenleme 2011 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴⁸.

İhtiyari tahkim ise, istisnai haller dışında kalan uyuşmazlıklarda, tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığı çözmek için kendi aralarında hakem seçerek uyuşmazlığın çözülmesine karar verilmesidir⁴⁹. İhtiyari tahkim Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁵⁰ ile yukarıda değindiğimiz üzere HMK'da düzenlenmiştir.

Tahkimin bir yargılama yöntemi olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Yargılama ile benzerliği açısından; her iki yolda da yargılama yapılır; yargılama sırasında hakemler de hakimler de bağımsız ve tarafsızdırlar ve ayrıca bu kişilerin yaptıkları yargılamaya ve verecekleri karar müdahale mümkün değildir⁵¹.

Tahkimin yargılama açısından farkları ise şu şekilde sıralanabilir⁵²: Taraflar yargı yolunda mahkemeyi ve hakimi seçemezken, tahkimde hakemleri seçme imkanları vardır. Yargı yolunda, uygulanacak yargı usulünü kanunlarla belirlenmiştir ancak tahkimde bu usulün taraflarca belirlenmesi mümkündür. Yargı yolunda hangi maddi hukuk kurallarının uygulanacağı önceden belirliyen, tahkimde taraflar bunu da seçebilirler.

Tahkim kurumunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı da tartışmalıdır. Tahkim önceleri alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde yer alırken, zamanla alternatif

⁴⁸ AYM, E. 2010/61, K. 2011/7, T. 06.01.2011 (RG, 26.02.2011, S.27858).

⁴⁹ Kuru, s. 724.

⁵⁰ Milletlerarası Tahkim Kanunu hazırlanırken temel olarak UNCITRAL Model Kanun ve UNCITRAL Tahkim Kuralları hükümleri esas alınmış, ICSID tahkim hükümlerinden de yararlanılmıştır. (Altıntaş, s. 28).

⁵¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 647.

⁵² Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 647 vd.

uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır⁵³. Tahkim şu sebeplerden dolayı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılır⁵⁴:

Tahkim yargılamasında iki taraf birden vazgeçmedikçe bu yoldan feragat imkânı yokken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise taraflardan biri istemez ise sürece devam etmek mümkün değildir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olması halinde, taraflardan biri tahkim itirazı ile yargılamanın hakemlerce yapılmasını sağlayabilirken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında devama zorlamak mümkün değildir. Tahkim sonucu taraflar bağlayıcı ve icra edilebilir bir karara sahip olurken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında sürecin başlangıcı, devamı, sona ermesi ve alınan kararlar tamamen taraf iradesine tabidir. Tahkimde haklılık ön plandayken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında tarafların menfaati ön plandadır. Tahkimde yargılamanın sonunda hakem kararı verilirken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflar anlaşığı takdirde sulh anlaşması yapılır. Tahkim sözleşmesi sonrası verilen hakem kararı iptale tabi, bağlayıcı ve icra edilebilir olduğu halde sulh anlaşması ancak genel hükümlere göre icrası istenebilir.

1.1.2.4. Arabuluculuk- Tahkim (Mediation- Arbitration)

Arabuluculuk- tahkim yolu, arabulucunun, arabuluculuk yoluyla çözülemeyen herhangi bir konuda karar vermeye yetkili bir hakem olarak hizmet vermeye devam ettiği, uyuşmazlık çözümünde bir yeniliktir⁵⁵.

Arabuluculuk ve tahkimden oluşan bu yöntemde, taraflar önce arabulucuya başvururlar, arabuluculuk süreci istenen başarıyı sağlamazsa, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilir⁵⁶. Arabuluculuk ve tahkim yolunun sırayla kullanılması, birçok uyuşmazlıkta başarı sağlayan, ekonomik ve giderek daha fazla tercih edilen bir yöntemdir⁵⁷. Uyuşmazlığın çözümünde arabulucu görevini üstlenen kişi, tahkim sırasında hakem olarak uyuşmazlık hakkında karar verebilir⁵⁸.

⁵³ Dür, s.48.

⁵⁴ Pekcanitez/ Yeşilirmak, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, Cilt 3, İstanbul 2017, s. 2600 vd.

⁵⁵ Stone, s. 6 vd.

⁵⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 14.

⁵⁷ Özbek, Mustafa, "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk- Tahkim", Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S. 1, s. 18.

⁵⁸ İldır, s. 102.

Arabuluculuk-tahkim karma alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun iki farklı uygulama şekli vardır⁵⁹: İlk uygulama şeklinde ihtilaflı konular en baştan ikiye ayrılır ve taraflar belirli konuları arabuluculuğa, diğerlerini tahkime sunmayı en baştan kararlaştırır. İkinci uygulama şeklinde ise arabuluculuk ve tahkim sırayla uygulanır ve taraflar ilk önce arabuluculuğa başvurur ve anlaşmaya varamazlarsa ihtilaflı konulardan sâdece çözülemeyenler tahkim yoluna götürülür.

Bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun avantajı, arabuluculuk aşamasında tarafların uyuşmazlıkla ilgili durumu, bakış açıları tam olarak belli olacağından, tahkimde zaman kaybı yaşanmayacaktır⁶⁰. Dezavantajı ise, arabuluculuk sürecinde kabul edilen vakıa ve iddiaların daha sonra tahkim yargılamasında hakemi etkileyeceğini düşünen taraflar, söylediklerinin aleyhlerine kullanılma ihtimalini düşünerek arabuluculuk aşamasında çok dikkatli davranacak ve bu sebeple arabuluculuk aşamasında sağlıklı sonuç alınmasına engel olacaktır⁶¹.

Bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu mevzuatımızda doğrudan düzenlenmese de HUAK m. 5 “*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahi üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz*” hükmü ile arabuluculuktan sonra tahkime başvurulabileceğini ortaya koymuştur⁶². Görüldüğü üzere ülkemizde kullanılmasına engel olmayan bu yöntemin uygulanabilmesi için taraflar bu konuda ya sözleşme yapmalı ya da mevcut sözleşmeye ek bir hüküm koymalıdır⁶³.

1.1.2.5. Tahkim- Arabuluculuk (Arbitration- Mediation)

Arabuluculuk-tahkimin diğer birleşimi olan tahkim-arabuluculukta uyuşmazlığın çözülmesi için taraflarca atanan hakem, tahkim yargılaması sırasında konum değiştirip arabuluculuk yaparak tarafları uzlaştırmaya çalışır, fakat sonuç alınamazsa hakem olarak yapmayı sürdürür⁶⁴. Taraflar hakeme görüşlerini ve taleplerini bildirir, hakem ise tahkim kurallarına göre uyuşmazlık hakkında bağlayıcı olmayan bir karar verir⁶⁵.

⁵⁹ Özbek, Arabuluculuk- Tahkim, s. 19.

⁶⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 15.

⁶¹ Özbek, Arabuluculuk- Tahkim, s. 34.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Arabuluculuk- Tahkim, s. 77 vd.

⁶³ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 15.

⁶⁴ Özbek, Arabuluculuk- Tahkim, s. 20.

⁶⁵ Dür, s.52.

1.1.2.6. Kısa Duruşma (Mini Trial)

Mini yargılama olarak da bilinen ve bağlayıcılığı bulunmayan⁶⁶ kısa duruşma, tarafsız bir üçüncü kişinin yönetiminde mahkeme sürecini canlandırma şeklinde problemi gizli bir biçimde çözmeyi hedefleyen⁶⁷ uyuşmazlık konusunun değerlendirilmesidir⁶⁸. Kısa duruşma, özel olarak geliştirilen ve kurumsal dava yerine müzakere edilen anlaşmanın yapılmasına yardımcı olan bir yöntemdir⁶⁹. Genellikle kapsamlı ve karmaşık ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir yoldur⁷⁰.

Taraflar, bu süreçte temel bir takım kurula sadık kalmak suretiyle izlenecek yöntemin kapsamını, aşamalarını ve kimlerin sürece katılacağını, bir anlaşma ile serbestçe takdir edebilir, hatta yeni yöntemler de geliştirebilir⁷¹.

Mini yargılama, iş anlaşmazlıklarının çözülmesini teşvik etmek için geliştirilmiştir; aylar veya yıllar sürece davalar, birkaç ay içinde bir mini davada gerçekleşebilir⁷². Şöyle ki; 1977 senesinde ABD’de görülen bir davanın, üzerinden üç yıl geçmesine rağmen henüz yargılamanın başında ve usuli formalitelerin ikmali ile meşgul olmasından dolayı, taraflar mahkemeyi kendi haline bırakıp, taraf şirketlerin üst düzey yetkilileriyle bir mini yargılama oluşturmuşlardır. Mini yargılama neticesinde ihtilaf yarım saat içerisinde çözümlenmiş, bu olay ABD’de büyük yankı uyandırmıştır. Bu tarihten sonra Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ABD’de hukuk kültürünün bir parçası haline gelmiştir⁷³.

Bu çözüm yolunun kısa duruşma olarak anılmasının nedeni; tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilmeleri için gerçekten de duruşma yapılmasıdır⁷⁴. Kısa duruşmada tarafsız üçüncü kişilerin arabuluculuk yapmaları, tavsiye kararı vermeleri ya da yapılan bir anlaşma ile çözüm önerilerinin bağlayıcı olmasını kararlaştırmak mümkündür⁷⁵. Taraflar bir

⁶⁶ Kurula bağlayıcı karar alma yetkisi de tanınabilir. Ancak bunun için, kısa duruşma anlaşmasında bir hüküm olmalı ya da şirket temsilcileri çözüm için bunu kararlaştırmış olmalıdır. Bkz. Kekeç, s. 19 dn. 63.

⁶⁷ Ildır, 108; Tanrıver, Süha, “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, TBB Dergisi, S. 64 Yıl. 19, Mayıs- Haziran 2006, s. 164.

⁶⁸ Dür, s. 53.

⁶⁹ Stone, s. 7.

⁷⁰ Demir, Şamil, *Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri*, Ankara 2015, s. 30.

⁷¹ Tanrıver, Arabuluculuk, s.164.

⁷² <https://friearndt.com/mediationarbitration/alternative-dispute-resolution-mini-trial/> (E.T.07.04.2019)

⁷³ Şanlı, Cemal, “*Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözülmesi ve MTO'nun ADR Kuralları*”, MHB Prof Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22 S. 2, 2002, s. 61.

⁷⁴ Kekeç, s 19.

⁷⁵ Akıncı, Alternatif, s. 106; Ildır, 108 vd; Özbek, Adalete Ulaşma, s. 140.

anlaşmaya varamadığı takdirde, danışman, benzer bir olayda mahkemenin ihtilafı konu üzerinde nasıl bir karar verebileceğine yönelik olarak taraflara bilgi verir⁷⁶. Canlandırılan bu yargılama, gerçek mahkeme yargılama usulünden bağımsız, esnek, kısa ve gayri resmidir⁷⁷. Jüri ile yargılama yapılan ülkelerde kullanılan bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ülkemizde uygulanmamaktadır.

1.1.2.7. Vakıaların Saptanması (Fact Finding)

Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın kapsamının belli edilip; özellikle uyuşmazlığın temelini oluşturan olayların, tarafların üzerinde anlaşmaları çoğu zaman uzman, tarafsız, bağımsız ve tecrübeli üçüncü bir kişi aracılığıyla açıklığa kavuşturulmasını amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁷⁸.

Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın ilk aşamalarında kullanılırken, uyuşmazlığı doğrudan çözmekten çok, uyuşmazlığın temelindeki vakıaların doğru tespitini sağlar⁷⁹. Vakıaların saptanması, gönüllü ya da zorunlu şekilde sınıflandırılabilir. Ayrıca, vakıa saptayıcının bulduğu olguların anlaşmazlığın taraflarınca bağlayıcı olup olmasına göre de sınıflandırılabilir ancak, bununla birlikte, vakıaların saptanması uyuşmazlık çözüm yolu genellikle bağlayıcı olmayan niteliktedir⁸⁰. Bağlayıcı olmayan vakıa saptanması danışma hakemliğine benzese de temel fark, danışmanlık tahkim sonuçlarının açıklanmaması, bağlayıcı olmayan vakıa saptanmasının ise açıklanmasıdır⁸¹.

Vakıaların saptanmasına, başvuruda amaç genellikle, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tamamlamaktır⁸². Bu yöntemde vakıa saptayıcı, yapılan görüşmeler neticesinde bir rapor hazırlayarak, istendiğinde bağlayıcı olmayan çözüm önerileri de sunabilir⁸³. Hukukumuzda açıkça düzenleyen hükümler olmasa da vakıaların saptanması yolunun kullanılmasına bir engel yoktur⁸⁴.

⁷⁶ Özbek, Adalet Ulaşma, s. 140.

⁷⁷ Dür, s.53.

⁷⁸ Tanrıver, Arabuluculuk, s.161 vd; Demir, Müzakere Yetenekleri, s. 29

⁷⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 12.

⁸⁰ Kanowits, s. 112.

⁸¹ Kanowits, s. 113.

⁸² Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2810.

⁸³ İldır, s. 80-81; Tanrıver, Arabuluculuk, s.161.

⁸⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 12.

1.1.2.8. Kısa Jüri Yargılaması (Summary Jury Trial)

Kısa jüri yargılaması, hâkimin başkanlık ettiği, yazılı delillerin kullanıldığı, uyuşmazlık hakkında yargılama yapılmasına hazır olan davaların çözümlenmesini kolaylaştırmak için getirilmiş bir yoldur⁸⁵. Bu yolda jürinin kararı bağlayıcı değildir ancak; bu karar, yargılama sonrası yapılacak olan müzakereler esnasında varılacak anlaşmada her iki taraf için de rehber olabilir⁸⁶. Gerçeğe çok yakın şekilde karar verildiğinden, bu yol tarafları anlaşma hususunda ikna etmek suretiyle yargılamadan vazgeçirmek için kullanılır⁸⁷. Bir jüri yerine hâkimin tavsiye niteliğindeki görüşünü açıkladığı şekline ise kısa mahkeme yargılaması denir⁸⁸.

1.1.2.9. Tarafsız Ön Değerlendirme (Early Neutral Evaluation, ENE)

“Tarafların, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususunda karar almak amacıyla, daha işin başında, uyuşmazlığın oluşumu, gelişimi ve bundan sonra kaydedeceği seyir hakkında, objektif, bağımsız ve deneyimli üçüncü bir kişi aracılığıyla bilgilendirilmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi” tarafsız ön değerlendirme yöntemi olarak adlandırılır⁸⁹. Uyuşmazlık sürecinin başlangıcında fayda görülecek bu yöntemde⁹⁰, uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve sonuçları hakkında tarafların uyuşmazlıkla ilgili yaptıkları açıklama ve sundukları evraka dayanarak değerlendirmeler yapılır ve sonrasında çözüme dair rapor hazırlanır⁹¹. Böylece taraflar uyuşmazlık konusunda yeni bir bakış açısına ulaşırken, izlemeleri gereken yol ve faydalanmaları gereken yöntem hakkında kolaylıkla karara varır⁹². Bu uyuşmazlık çözüm yolunda tarafların dinlendiği duruşmalar ve ihtilafı tespit etmeyi amaçlayan görüşmeler bulunmaz⁹³; kısa zamanda ve az delille sonuca varılmaya çalışılır.⁹⁴

⁸⁵ Dür, s. 54.

⁸⁶ Özbek, Adalet Ulaşma, s. 141.

⁸⁷ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2811.

⁸⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 432.

⁸⁹ Tanrıver, Arabuluculuk, s.161.

⁹⁰ İldır, s. 83 vd; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2811.

⁹¹ Özekes, s. 2811.

⁹² İldır, s. 83; Özbek, Adalet Ulaşma, s. 141; Tanrıver, Arabuluculuk, s.161.

⁹³ Özbek, Adalet Ulaşma, s. 141.

⁹⁴ Dür, s. 56.

1.1.2.10. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 35/A Uzlaştırması

Avukatlık Kanunu 35/A maddesi, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın uzlaşma yöntemiyle daha süratli ve masrafsız çözmek için uygulanacak usul ve esasları belirlemek üzere tertip edilmiştir. Buna göre:

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

Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen bu kurum ile avukatların adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunmaları amaçlanmış ve avukatlara taraflar arasındaki uyuşmazlıkları uzlaştırma yolu ile ortadan kaldırma imkânı verilmiştir⁹⁵. Bu uzlaştırmanın şartları şunlardır⁹⁶:

Uyuşmazlık hukuki nitelikte olmalı; uzlaştırmaya dava açmadan veya en geç ilk duruşmadan önce başvurulmalı; uzlaştırma sadece tarafların iradelerinin hukuki sonuç doğurmasının yasal olarak olanaklı bulunduğu bir konuda olmalı; uzlaştırma teklifi müvekkil ile birlikte yapılmalı ve uzlaştırma tutanağa bağlanmalıdır.

Avukatlık Kanunu’nda öngörülen bu çözüm yolunun amacı, avukatların bu yolla adaletin daha çabuk ve az giderle gerçekleşmesini sağlamaktır. Bu durum, aynı zamanda usul ekonomisinin de bir gereğidir⁹⁷. Uzlaştırma faaliyeti ile avukatlar, sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler değil, aynı zamanda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamakla da yetkilendirilmiştir⁹⁸.

⁹⁵ Aras, Bahattin, “Avukatlık Kanunu 35/a Maddesi Uyarınca Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi ve Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 128.

⁹⁶ Gökcan, Hasan Tahsin, *Avukatlık Yasası*, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 847 vd.

⁹⁷ Aras, s. 131.

⁹⁸ Bulur, Alper, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi Ve Bir Düzenleme Önerisi”, *TBB Dergisi*, 2010/89, s. 238.

Burada önem arz eden husus, avukatların bu yetkilerini ancak dava açılmadan önce veya sonrasında henüz duruşma başlamadan önce; tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konularda kullanabilecek olmalarıdır⁹⁹. Yalnızca avukatların başvurabilmesi ve verilen kararın ilam niteliğinde olması bu çözüm yolunu oldukça güçlü kılar.

1.2. Arabuluculuk Kavramı, İlkeleri ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

1.2.1. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk kurumu 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile hukuk sistemimize girmiştir.

Arabuluculuk¹⁰⁰, “*taraflarca kabul edilen, onlar adına bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip olmayan, üçüncü bir kişinin anlaşmazlığın taraflarına ilişkilerini ve aralarındaki iletişimi geliştirmelerinde ve ayrıca anlaşmazlığa yol açan konularda her iki tarafın da gönüllü bir şekilde kabul edebileceği anlaşma ve çözümlere ulaşabilmeleri için etkili sorun çözme ve müzakere yöntemlerini kullanabilmelerine yardımcı olmak üzere anlaşmazlık ya da uyuşmazlığa müdahale ettiği süreç*” olarak tanımlanabilir¹⁰¹. Arabuluculukta çözüm sürecine katılan üçüncü kişinin temel fonksiyonu, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında sağlıklı bir iletişim ortamı oluşturmak ve onların menfaatlerine en uygun çözümü bulmalarına katkı sağlamaktır¹⁰².

Arabuluculuk, uzlaşma gibi, tartışmakta olan taraflara kendi ihtilaflarının çözülmesine karar vermede yardım eden bir süreçtir¹⁰³. Diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi arabuluculukta da asıl amaç uyuşmazlığı çözmektir, ancak diğer çözüm yollarından farklı olarak burada iki tarafın da kazanacağı şekilde çözümler üretmek amaçlanır¹⁰⁴. Şunu da belirtmek gerekir ki; arabuluculuk kurumunun işletilebilmesi için öncelikle hakkın cezai

⁹⁹ Çalışır, K. Tayanç, Arabuluculuk, Ankara 2015, s. 18.

¹⁰⁰ Arabuluculuk, HUAK m. 2/1-b ve HUAK Yönetmeliği m. 4/1-b bendinde ise şu şekilde tanımlanmıştır: “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*”.

¹⁰¹ Moore, s. 8.

¹⁰² Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015, s. 556.

¹⁰³ Kanowits, s. 83.

¹⁰⁴ Özekes, s. 2815; Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 19.

değil, hukuki sonuçlarının bulunması; kamu düzenini ilgilendirmemesi, emredici kurallarla düzenlenmemiş olması ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olmaması gerekir¹⁰⁵.

Arbuluculukta ne şekli ne de organik anlamda bir yargılama kesinlikle yapılmaz¹⁰⁶. Arbuluculukta yargılama yapılmadığından; bağlayıcı bir karar verilmez ve tahkikat aşaması yoktur. Bu nedenle tanık dinlenmez, delil ibrazı, keşif, bilirkişi incelemesi gibi delile ulaşma faaliyetleri yer almaz¹⁰⁷. Arbulucu dolaylı da olsa, yargı yetkisini kullanamaz çünkü hakim veya hakem sıfatı bulunmamaktadır¹⁰⁸.

Arbuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümünün, yargılama ile uyuşmazlık çözümü arasında temel farklar vardır. Bunlar¹⁰⁹:

Arbuluculukta sorunlar ile kişiler ayrılır. Tarafların hukuki ve kişisel durumu değil, menfaat merkezlidir. Farklı çözüm yollarının bulunmasına imkân verir ve böylece farklı çözüm seçenekleri yaratılabilir. Tarafların anlaşmaya vardıkları esasa göre çözüm aranır. Sürecin yönetilmesi ve sonuç tarafların hâkimiyetindedir. Her iki tarafın kazanması amaçlanırken taraflar arasındaki ortak menfaat dengesi de korunur. İletişimin ve karşılıklı ilişkinin korunması ve geliştirilmesi ile çözüme ulaşılr. Gizlilik ve güvenilirlik yargılama yolunun aksine çözüme ulaşmada oldukça önem taşır.

Yukarıda bahsedilenler neticesinde daha iyi anlaşılması açısından arbuluculuğun yargısal yolla çözüm karşısındaki faydalarını şu şekilde sıralayabiliriz¹¹⁰:

Arbuluculuk yargısal çözüme göre daha süratlidir. Yargısal çözümün pahalı olmasına karşın; arbuluculuk daha az masraflıdır. Yargısal çözümde karar yetkisi üçüncü kişidedir. Bu sebeple sonuç belirsiz olup tahmin edilemez. Oysaki arbuluculukta süreç tarafların

¹⁰⁵ Semizoğlu, Hakan, “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları*”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 5, Eylül 2008, s. 2411.

¹⁰⁶ Arslan, Ramazan/ Tanrıver, Süha, *Yargı Örgütü Hukuku*, Ankara 2001, s. 35.

¹⁰⁷ Özbek, Mustafa, *Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arbuluculuk, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk*, Ankara 2010, s. 128.

¹⁰⁸ Tanrıver, Süha, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi*, Ankara 2009, s. 651.

¹⁰⁹ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2816 vd.; Ayrıca bkz. Kaplan, s. 126 vd.

¹¹⁰ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2823.

kontrolündedir. Yargısal çözüm yolunda, kural olarak alenilik ilkesi geçerliken; arabuluculukta gizlilik ilkesi esastır ve bu ilke sonuca varma açısından önem taşır. Yargısal çözümde iletişim daha çok, yargılama makamı aracılığıyla ve onun kontrolünde kurulurken; arabuluculukta, taraflar doğrudan iletişime geçebilirler. Arabulucu bu iletişime yardımcı olarak katkı sağlar. Yargısal çözümde gerginlik ve çatışma ihtimali daha fazladır; çözüm yeni sorunlar doğurabilir. Arabuluculukta ise yeni başka sorun doğurma ihtimali daha düşüktür. Yargısal çözüm yolunda kesin kurallar mevcuttur. Arabuluculukta ise tarafların anlaşmaları esas olduğundan, seçilen yöntem katı olmayıp ve çözüme en uygun olanıdır. Yargısal çözüm sonunda verilen kararlar tarafların her ikisi birden kaybedebilir. Bunun sonucunda ise tarafların ekonomik ve sosyal ilişkileri bozulabilir. Arabuluculukta ise, çözüm anlaşmaya dayandığından, her iki taraf da kazanır, tarafların ekonomik ve sosyal ilişkileri devam eder.

1.2.2. Arabuluculuğun İlkeleri

Medeni yargıda, yargılama sürecinin icrasını, tarafların ve hâkimlerin rollerini, mahkeme ile tarafların ilişkilerini belirleyen bir takım ilkeler olduğu gibi, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolunda da sürecin işleyişini, arabulucuları ve tarafların rollerini belirleyen ilkeler vardır¹¹¹.

Arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlık konularını belirleme, bunları açıklığa kavuşturma, farklı bakış açılarını benimseme, menfaatlerini tanımlama, çeşitli çözümleri ortaya koyma, değerlendirme ve istendiğinde de karşılıklı tatminkâr anlaşmalara varma gibi taraflara birçok fırsat sunar ve tarafların arabuluculuk faaliyetinden beklediği bu sonuçları alabilmesi için HUAK ve HUAK Yönetmeliği'nde arabuluculuk faaliyetinin temel ilkeleri düzenlenmiştir¹¹². Bu ilkeleri iradilik, eşitlik, tarafsızlık ve gizlilik olarak sınıflandırabiliriz.

1.2.2.1. İradî Olma

1.2.2.1.1. Genel Olarak İradî Olma

Arabuluculukta başarı şartı, tarafların gönüllü ve istekli olarak bu işi yapmalarına bağlıdır. Bu nedenle tarafların sürece başvurmaları, sürece katılmaları, süreci sürdürmeleri ve süreç sonrası bir anlaşmaya varmaları konusunda gönüllü olmaları gerekir¹¹³. HUAK'ın ikinci bölümünde “*Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler*” başlığı altında düzenlenen m. 3'e göre,

¹¹¹ Dür, s. 249.

¹¹² Şahin/ Çelik/ Ruhi, s. 75.

¹¹³ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 25; Kekeç, s. 70; Özbek, Alternatif, s. 165; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2818.

taraf lar, arabulucuya başvuru, sürecin devam ı, sonlandırılması veya süreçten vazgeçme konularında özgürdür. Bu nedenle arabuluculuk süreç taraf lar için ihtiyari niteliktedir.

İradilikte şu üç husus önemlidir; arabuluculuğa başvurmak ve sürece katılmak taraf ların iradesinde olmalı taraf lar bu konuda zorlanmamalıdır; taraf lar arabuluculuk faaliyetine devam edip etmemekte serbest olmalıdır; taraf lar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmak veya süreçten vazgeçmek konusunda serbest olmalıdır¹¹⁴.

Arabuluculuk sürecinin ön şartı, taraf ların her hangi bir zorunluluğa maruz kalmaksızın bu sürecin gerçekleşmesini serbest iradeleriyle istemeleri ve böylece taraf lar arasında serbest ve açık bir müzakere atmosferinin sağlanmasıdır¹¹⁵.

İradilikten bahsedebilmek için bu konudaki rıza, gönüllü verilmiş olmalı ve sürecin getireceği sonuçların bilinmesi gerekir¹¹⁶. Burada arabulucunun taraf ları aydınlatma yükümlülüğü devreye girmektedir. HUAK m. 11' e göre, “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, taraf ları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatma yükümlülüğü altındadır*”.

Doktrinde arabuluculuğun Anayasa'daki hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini öne süren görüşler varsa da Anayasa mahkemesi verilen karar ile arabuluculuğun ihtiyari olduğunu dolayısıyla gönüllülük esasına dayandığını böylece hak arama özgürlüğüne engel teşkil etmediğini açıkça göstermiştir¹¹⁷.

Arabuluculuğa katılımın ihtiyari veya zorunlu olması konusunda bazı ülkelerde farklı uygulamalar varsa da her koşulda, taraf lar anlaşmaya varıp varmama konusunda özgürdür. Taraf lar arasında yapılan sözleşmelere eklenen hükümle uyuşmazlık çıkması durumunda arabuluculuğa başvurulacağının kararlaştırılmış olması, arabuluculuğun gönüllü olma

¹¹⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 25; Benzer yönde Kekeç, s.71; Taşpolat Tuğsavul, s. 126-127.

¹¹⁵ Dür, s. 251.

¹¹⁶ Kekeç, s. 72.

¹¹⁷ “...Taraf lar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın Anayasa'nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur...”. AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07 2013, RG, 25.01.2014, S. 28893.

özelliğini ortadan kaldırmaz, sadece arabuluculuğa başvurma konusundaki rıza önceden verilmiş olur¹¹⁸.

1.2.2.1.2. Zorunlu Arabuluculukta İradeli Olma

Arabuluculuk, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerinin çoğu gibi, "gönüllü" veya "zorunlu" olarak sınıflandırılabilir¹¹⁹. Arabuluculuğun zorunlu olarak uygulanması birçok yazar tarafından arabuluculuğun temel mantığıyla ters düştüğü kabul edilir. Çünkü bu yazarlara göre arabuluculuk süreci yalnızca gönüllü olarak katılım sağlandığında başarı gösterebilir¹²⁰. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etkili olması için tarafların bunu gönülden benimsemesi gerekir¹²¹.

Psikolojinin temsilcilerinden çeşitli görüşler ile zorunlu arabuluculukta iradilik konusuna değinmeye çalışacağız. *Balloff/Walter'e* göre, tarafların sürece zorla katılımı, sadece tarafların arabuluculuğun gönüllü kullanımını motive edecek değişikliği kabul etmelerini sağlayabilir. Arabuluculuğun özellikle daha sonra başarılı olma ihtimali varsa, bu ihtimal dahi zorunlu arabuluculuğun uygulanması için tek başına yeterlidir¹²².

Yine *Bühren*, bir tarafın veya her iki tarafın arzusu hilafına başlatılan zorunlu sulh sürecinin baştan itibaren başarısızlığa mahkûm olduğunu ifade etmiş ve bu sürecin başarılı olma şansını ancak tarafların tamamının bu anlaşma konusunda menfaatlerinin olmasına bağlamıştır¹²³.

Heintel'e göre ise, uyuşmazlığın taraflarının arasında bariyerler ve yok etme arzusu gibi negatif duyguların söz konusu olduğunu, bu olumsuzluklara rağmen arabuluculuğun başarısı için taraflarda birlikte süreci devam ettirme arzusunun bulunması gerekmektedir ve tabii ki bundan dolayı tarafların yapılan tekliflere açık olabilmesi, tarafların gönüllü olarak sürece katılmaları mümkün olabilir¹²⁴.

¹¹⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 28; Özekes, s. 2819; Kekeç, s. 71.

¹¹⁹ Kanowits, s. 83.

¹²⁰ Dür, s. 254.

¹²¹ Carver/ Vondra, s. 3.

¹²² Balloff, Rainer, Dieausergerichtliche Familien in strittigen Umgans und Sorgerechtsfallennach Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform am 1.7.1998 in Abgrenzung zur Beratung und Psychotherapie, Praxis der Rechtspsychologie 2000, s. 58 (Dür'den naklen s. 255).

¹²³ Van Bühren, Hubert W., Zwangsschlichtung Neindanke!, AnwBI 1998, s.582-583 (Dür'den naklen s. 255).

¹²⁴ Heintel, Peter, "Veränderung in der Konfliktkultur", Falk/Heintel/Pelikann, Die Welt der Mediation, Entwicklung und Anwendungsgebiete eines interdisziplinären Konfliktregelungsverfahrens, Klagenfuhr 1998, s. 23 (Dür'den naklen s. 256).

Böttger ise, uyuşmazlığın tarafların kendi arzularıyla arabuluculuk sürecine katılmaları halinde bir başarı elde edilebileceğini, bu isteğin başarıyı arttıracığını ve aynı zamanda tarafların süreçte daha fazla aktif olmalarını sağlayacağını vurgulamıştır¹²⁵.

Doktrinde bizimde katıldığımız bir görüş, yukarıda değindiğimiz Anayasa mahkemesi kararında her ne kadar arabuluculuğun ihtiyarilik özelliğine değinilse de zorunlu arabuluculuk kurumu açısından bu kararın hem genel düzenlemede hem de Anayasa mahkemesi gerekçeleri karşısında kabul edilebilirliği bulunmadığı kanaatindedir¹²⁶. Gerek TTK ile ticari işlere getirilen dava şartı olarak arabuluculuk, gerekse İş Kanunu'nda düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk halleri bu karar ile çelişmektedir¹²⁷. Bilindiği gibi dava şartı; bir davanın esasına girilebilmesi için mevcudiyeti yahut mevcut olması zorunlu olan şartlardır¹²⁸. HMK m. 115/2'ye göre dava şartları tamamlanmadan davanın açılmış olması halinde; dava şartı noksanlığın giderilmesi mümkünse bu noksanlığın giderilmesi için süre verilir, aksi halde dava usulden reddedilir.

Tartışmalı olan diğer bir husus olan hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”*.

Hak arama özürlüğü açısından; arabuluculuğa başvuru gönüllü de olsa zorunlu da olsa, arabuluculuk süreci sonunda dava yoluna her zaman gidilebilmesi sebebiyle, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma ilkesiyle ters düşmez. Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi'nin 5.2. maddesinde, arabuluculuğa başvuru hususunda şu hükme yer verilmiştir¹²⁹: *“Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez”*.

¹²⁵ Böttger, Andreas/ Hupfeld, Jörg, “Mediatoren im Dienste der Justiz-Begleitforschung zum Modellprojekt “Schlichten statt richten”, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2004, s. 155 (Dür'den naklen s. 256).

¹²⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 27.

¹²⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 27. Zorunlu arabuluculuk modeline olumlu ve olumsuz yaklaşımlar için ayrıca bkz. Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, Journal of Istanbul University Law Faculty C. 74, S. 2, Aralık 2017, s. 825 vd.

¹²⁸ Ulukapı, s. 235.

¹²⁹ Özbek, İlkeler, s. 140.

Benzer şekilde AYM bir kararında¹³⁰ belli bir değerin altındaki tüketici uyuşmazlıklarında, tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma zorunluluğuna ilişkin olarak, TKHK m. 22/5 ve son fıkrasının iptaline ilişkin başvuruyu, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bulmayarak reddetmiştir¹³¹.

1.2.2.2. Eşitlik

Eşitlik ilkesi, HUAK m. 3/2'de şöyle düzenlenmiştir: *“Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler”*. Yine, arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 9. madde 2. fıkra ile *“Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür”* diyerek eşitlik ilkesine değinilmiştir. Bu maddelerden yola çıkarak, taraflar arabuluculuğun her aşamasında eşit haklara sahiptir ve arabulucunun yükümlülüklerinden biri de bu eşitliği sağlamaktır. Eşitlik ilkesi yalnızca HUAK kapsamı bakımından değil, bütün uyuşmazlıkların yargılama usulüyle veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözüme kavuşturulmasında uyulması gereken evrensel ve anayasal bir ilkedir¹³².

Yargılamadaki eşitlik ilkesi ile arabuluculukta eşitlik ilkesi aynı değildir; yargılamadaki eşitlik, adil yargılanmanın gereği olarak kendini daha somut usuli eşitlik ve silahların eşitliği şeklinde doğru ve adil bir karar verilmesi için gösterirken; arabuluculuk yönteminde amaç, sürecin dengeli ve sağlıklı yürütülmesi, her iki tarafın müzakere zeminini koruyup kendilerini gerçekten eşit hissederek sağlıklı ve her iki tarafın da menfaatini koruyan bir anlaşmaya varmaları şeklinde kendini gösterir¹³³.

¹³⁰ *“Anayasanın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti Adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.’ Denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerin altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur. Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değerin altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların icrası hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceğinin öngörülmesi, bu kararların ilam niteliğinde olduğunu değil ilamlar gibi infaz olunacağını göstermektedir. Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”*. (AYM, E. 78, K. 84, T. 20.03.2008, RG, 01.07.2008, S. 226923).

¹³¹ Dür, s. 259.

¹³² Dür, s. 262.

¹³³ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 28.

1.2.2.3. Tarafsızlık

Arabuluculuk çözüm yolunun en önemli özelliklerinden biri de üçüncü kişinin tarafsız olmasıdır. Tarafsızlık HUAK m. 9 ‘da düzenlenmiştir. Buna göre arabulucu görevini tarafsız bir biçimde yerine getirmelidir. Kanun gerekçesinde tarafsızlık: “*Arabuluculuk faaliyeti her iki tarafın güvenini korumayı gerekli kılmaktadır ve bu da ancak, arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkündür; aksi hâlde, sürecin sağlıklı işlemesi söz konusu olamaz*” şeklinde tanımlanmıştır.

HUAK m. 9’un ikinci fıkrasında ise tarafsızlığın ve dolayısıyla güven ortamının korunabilmesi için şu şart eklenmiştir: “*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*”. Burada yargısal yollara yönelik olarak hakim ve hakem için getirilmiş düzenlemelerden farklı olarak¹³⁴, arabuluculukta tarafların üçüncü kişinin tarafsızlığını kabul etmelerine öncelik verilmiştir¹³⁵.

Tarafsızlık, arabulucunun kendisini taraflardan birine daha yakın hissedemeyeceği veya varılacak sonuç hakkında bir kanaati olmayacağı anlamına gelmez. Burada tarafsız olmaktan kasıt, arabulucunun vardığı bu uyuşmazlığın çözüm sonucu ile ilgili şahsi kanaatinin sonuca veya kişilere yansımaması; bu süreçte görev ve yükümlülüklerini etkilememesi hususudur¹³⁶.

Tarafsızlık ilkesi, Türkiye Arabulucular Etik Kuralları’nda da düzenlenmiştir. TAEK m. 3’e göre; “*Arabulucu, taraflardan birinin kişiliğine, geçmişine, inanç ve değerlerine ve arabuluculuk sürecindeki tutum ve davranışlarına veya başka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı ve önyargılı davranmamalıdır. Arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Arabulucu, kendisinin davranış ve görünüşteki tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir. Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise*

¹³⁴ Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 35, 36, 37 ve hakem için 417.

¹³⁵ Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2817.

¹³⁶ Kekeç, s. 65.

arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir. Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığının söz konusu olması veya sonradan ortaya çıkması hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmesine rağmen, taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir”.

1.2.2.4. Gizlilik

1.2.2.4.1. Genel Olarak

Arabuluculuk görüşmeleri, “İhtilafi kimsenin bilmesine gerek yok” mantığıyla gizli yürütülmektedir¹³⁷. Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması, tarafların süreç içerisinde edindikleri bilgi ve belgelerin sır saklama yükümlülüğü altında olması, yargılama aşamasında arabulucu, taraflar ve üçüncü kişiler dahil hiç kimsenin kanunda belirtilen emredici hususlar ile ilgili bilgi ve belgeleri delil niteliğinde sunamaması ve bunlar hakkında tanıklık yapamaması arabuluculukta gizliliğin önemini¹³⁸ ve arabuluculuk alternatif çözüm yolunun tercih edilmesinin sebebini açıklar. Bu ilke HUAK 4. madde 1. fıkrada “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası ise “*Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar*” şeklindedir. Gizlilik, arabuluculuğu devlet yargılamasından ayıran ve arabuluculuğa avantaj sağlayan bir ilkedir. Çünkü devlet yargılamasında aleniyet ilkesi¹³⁹ esassen, arabuluculukta gizlilik ilkesi esastır¹⁴⁰. Aleniyet ilkesi gereğince yargılama herkese açıktır ve kural olarak gizli yapılmaz. Alenilik ya da başka bir ifadeyle yargılamanın açıklığı prensibi, duruşmalara yargılama ile ilgili olsun veya olmasın herkesin katılabilmesi anlamına gelir¹⁴¹. Yargılamada, davacının kötü niyetli olması halinde, mesleki sırlar ve özel bilgilerin açıklanması ve hatta medya tarafından geniş kitlelere sunulması mümkün olduğundan, bu ilke kişilerin zararına sonuçlar doğurabilir¹⁴².

¹³⁷ Akan, Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara 2013, s. 15.

¹³⁸ Erginer, Umut O., “*Arabuluculuk ve Gizlilik*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, Haziran 2017, s. 74. Ayrıca bkz. Atış, İrfan, “*Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi*”, Sakarya İktisat Dergisi, C. 8, S. 1, Mart 2019, s. 74-84.

¹³⁹ Bkz. Ay. m. 141; HMK m. 28; AİHS m. 6.

¹⁴⁰ HUAK m. 4; HUAKY m. 6.

¹⁴¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 230.

¹⁴² Kekeç, s. 77 vd.

Gizlilik ilkesi tarafların şu üç konuda beklentilerinin sağlanması amacıyla hizmet eder¹⁴³: Tarafların birinci beklentisi, arabuluculuk sürecinin ve dolayısıyla uyuşmazlığın gizli kalmasıdır. Bu şekilde tarafların kişisel ve ticari itibarlarının tehlikeye girmesi önlenir ve ilişkilerinin devamı garanti altına alınır. Diğer bir beklenti ise, tarafların arabuluculuk yoluna başvurdukları ve süreç sonunda bir anlaşmaya varamadıkları takdirde, arabuluculuk yoluna başvurmadan önceki hallerine göre daha avantajlı bir hale düşmemektir. Tarafların üçüncü beklentisi, arabulucunun müzakerelerde edindiği bilgiyi üçüncü kişilere ifşa etmemesi, hatta arabulucu özel ve ayrı oturumlarda taraflardan edindiği bilgileri açık bir rıza yoksa karşı tarafa açıklamaması şeklindedir.

Arabulucu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin faaliyet başlamadan evvel uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk kurumu ile ilgili açıklama yapacağı esnada güven ve samimiyet oluşması amacıyla arabulucuya sunulacak belge ve bilgilerin saklı tutulması dolayısıyla gizlilik ilkesi hakkında bilgi vermesi gerekir¹⁴⁴. Kişiler kendileri için önem arz eden hususların aleni bir şekilde tartışılmasını istemezler. Örneğin, önemli ticari ilişkilerin, yüksek meblağlara varan iş ilişkilerinin, ticari sırların aleni biçimde geri dönülemez bir kavga ortamında tartışılması, ilişkilerin onarılamaz ve sürdürülemez hale gelmesine sebep olur¹⁴⁵. Taraflar, arabulucuya başvurduklarında, bu başvurudan daha kötü duruma düşmek istemez ve bu sebeple arabuluculukta öğrenilen bilgilerin aleyhlerine ya da açılacak olan davada kullanılmasını istemez¹⁴⁶.

Ticari uyuşmazlıklar için de gizlilik ilkesi bilhassa önemlidir. Ticari hayatta varlık gösteren kişiler için yoğun uğraşlar sonucunda elde edilen ticari imaj ve itibar ticari hayatlarının devamını sağlayacak en önemli unsurlardan biridir ve bu imaj ve itibarın korunmasının en önemli yollarından biri ise muhtemel bir ticari uyuşmazlık halinde, bunun gizli kalabilmesi ve üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesidir¹⁴⁷.

¹⁴³ Dür, s. 275.

¹⁴⁴ Kor, Mustafa, Türk Hukukunda Toplu İş Uyuşmazlıklarında Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma İktisadı Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tekirdağ 2018, s. 74.

¹⁴⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 30.

¹⁴⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 30.

¹⁴⁷ Tuncer, Zeynep, "Arabuluculuğun Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne Sunduğu Avantajlar ve Bu Avantajların Etkin Kullanımına İlişkin Öneriler", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Aralık 2016, s. 77.

1.2.2.4.2. Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması

Beyan ve belgelerin kullanılmamasını düzenleyen HUAK m. 5, gizlilik ilkesini düzenleyen HUAK m. 4'ün devamı niteliğindedir. Buna göre:

Taraflar anlaşmaya varılmayan hallerde arabuluculuk sürecinde hazırlanan belgeler ile bu sürete yapılan açıklamaları, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurduğunda şu beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremeyecek ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacaktır. Bunlar: *“Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”* şeklinde sayılmıştır. Ayrıca m. 5/2'ye göre, gizliliği düzenleyen söz konusu hüküm, ilgili beyan veya belgelerin şekline bakılmaksızın uygulanır.

Madde ve gerekçesinden¹⁴⁸ anlaşılacağı üzere, gizlilik konusu özel olarak kararlaştırılmasa da, maddede belirtilen beyan ve belgelere delil olarak dayanmanın ve delil olarak dikkate alınmasının önüne geçilmiştir¹⁴⁹. Taraflar ve arabulucu ile sürece katılanların bu belge ve bilgileri daha sonradan açılan davada delil olarak kullanmaları mümkün olmadığı gibi, bu belgeler mahkeme hakem ya da herhangi bir idari makam tarafından da istenemeyecektir¹⁵⁰.

Hakkaniyete aykırı bir sonuca sebebiyet vermemek, tarafların hak arama özgürlüğünü orantısız şekilde engellemek için belge, bilgi ve beyanlarla ilgili yasağa makul bir sınırlama da getirilmiştir. Şöyle ki; bir delil arabuluculuk süreci olmasaydı dahi bir hukuk

¹⁴⁸ *“Arabuluculuk konusundaki temel ilke olan gizlilik, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın kendisinin, içeriğinin ve uyuşmazlık içinde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalmasını gerektirir. Bu gizliliğin korunacağına olan güven, tarafları arabulucuya başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir. Bu sebeple, maddede, gizlilik ilkesine ilişkin olarak arabuluculuk faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı haller, kapsamı çizilerek belirtilmiş, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmek istenmiştir. Bu madde, gizlilikle ilgili genel hükümden daha özel bir düzenlemeyi içermekte olup, tarafların gizlilik konusunu özel olarak kararlaştırmamış olmaları hâlinde dahi, maddede belirtilen beyan ve belgelere delil olarak dayanmanın ve delil olarak dikkate alınmasının önüne geçmektedir. Şüphesiz tarafların karşılıklı açık iradeleri ile bu beyan ve belgeler delil olarak kullanılabilir”*
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=95754&pkanunnumarasi=6325>.
(E.T. 19.03.2019).

¹⁴⁹ Dür, s. 282.

¹⁵⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 33.

davası veya tahkimde kullanılıp ileri sürülebiliyorsa, sadece arabuluculukta sunulması sebebiyle kabul edilemeyecek delil haline gelmemektedir¹⁵¹.

Gizlilik ilkesi mutlak değildir; taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Bununla birlikte gizlilik ilkesinin madde hükmüne göre iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi; söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesi, ikincisi ise; arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olmasıdır.

Ayrıca gerek iş hukukunda zorunlu arabuluculuk gerekse de sistemimize yeni girmiş olan ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculukta, “*Davacı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır*”. Söz konusu hüküm, gizlilik ilkesinin bir diğer istisnasını oluşturur¹⁵².

Görüldüğü gibi gizlilik konusu, arabuluculukla ilgili bütün önemli düzenlemelerde yer bulacak kadar titizlik gösterilen bir konudur¹⁵³. Öyle ki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “Ceza Hükümleri” başlıklı bölümde düzenlenen tek hüküm gizliliğin ihlalidir. HUAK m.33’teki düzenlemeye göre, “Gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi şikâyetin varlığı halinde altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”¹⁵⁴.

1.2.3. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

1.2.3.1. Genel Olarak

Arabulucu sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi olarak görüldüğünden¹⁵⁵, Türk Borçlar Kanunu’ndaki vekilin hakları, borçları ve sorumluluğuna ilişkin hükümler ve buna ilişkin açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde arabulucunun hak ve yükümlülükleri için de uygulama alanı bulur¹⁵⁶. Vekâlet sözleşmesi, TBK m. 502/1’ de “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanırken, esasen, “*vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil vekâlet veren ile*

¹⁵¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 33.

¹⁵² Dür, s. 282.

¹⁵³ Özekes, Pekcantez Usul, s. 2821; Kekeç, s. 83.

¹⁵⁴ Gizlilik ilkesinin ihlaliyle ilgili geniş bilgi için bkz. Gedik, Doğan, “Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 148, Aralık 2018, s. 98-208.

¹⁵⁵ Dür, s. 395; Kekeç, s. 152; Taşpolat Tuğsavul, s. 145.

¹⁵⁶ Dür, s. 395.

arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde vekâlet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal ve maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır”¹⁵⁷.

HUAK'ta arabulucuların hak ve yükümlülükleri TBK'daki vekilin yükümlülüklerinden daha ayrıntılıdır; HUAK özel nitelikli kanun olduğundan, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bir hüküm bulunmadığı halde niteliğine uygun düştükçe TBK'nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilir¹⁵⁸.

Arabulucunun hak ve yükümlülükleri, HUAK, HUAKY ve ayrıca TAEK'te yer almaktadır. Arabulucunun hak ve yükümlülükleri HUAK'ın üçüncü bölümünde “*Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*” başlığı altında; arabulucu unvanının kullanılması, ücret ve masrafların istenmesi, taraflarla görüşme ve iletişimin kurulması, görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi, reklam yasağı, tarafların aydınlatılması ve aidat ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Bunlardan unvan kullanma, ücret ve masraf isteme, taraflarla görüşme ve iletişimin kurulması arabulucunun hakları iken, görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi, reklam yasağı, tarafların aydınlatılması ve aidat ödenmesi ise yükümlülükleridir.

1.2.3.2. Arabulucunun Hakları

1.2.3.2.1. Arabulucu Unvanının Kullanılması Hakkı

Arabulucu unvanının kullanılması hakkı HUAK m. 6'da, “*Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler*” şeklinde düzenlenmiştir. Taraflar uyuşmazlıklarını sicile kaydı olmayan üçüncü bir kişi aracılığıyla çözmeyi tercih edebilir. Bu durumda, üçüncü kişi unvan kullanma hakkından faydalanamaz. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere bu hakkı yalnızca sicile kayıtlı arabulucular kullanabilmektedir. Madde gerekçesinde resmi olmayan arabuluculuktan da bahsedilmiş ve bunların unvan kullanamayacağına değinmiştir. Buna göre, taraflar, eğer güveniyorlar ve uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olacağına inanıyorlarsa, sicile kayıtlı olmayan, bu konuda eğitim almamış bir kimse üzerinde de arabulucu olarak anlaşabilirler ancak arızî olarak arabuluculuk faaliyetini yerine getiren arabulucular, bu unvanı resmî olarak

¹⁵⁷ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C. 2, İstanbul 2014, s. 122.

¹⁵⁸ Dür, s. 395.

kullanamazlar. Ayrıca sicile kayıtlı olmayan üçüncü kişiler bu unvanın sağlamış olduğu arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk mevzuatından doğan yetkileri de kullanamaz.

1.2.3.2.2. Ücret ve Masrafların İstenmesi Hakkı

Ücret ve masrafların istenmesi hakkı HUAK m. 7'de düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Ayrıca arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Arabulucunun ücreti, aksi kararlaştırılmadıkça, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabuluculuk ücretine ilişkin hükümler HUAK, HUAKY¹⁵⁹, AAÜT ve TAEK'te mevcut bulunmaktadır.

AAÜT m. 1/1'e göre, özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, 7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 2.6.2018 tarihli ve 30439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve bu Tarife hükümleri uygulanır. Buna göre, taraflar arasında bir anlaşma mevcutsa bu anlaşma hükümleri mevcut değilse HUAK, HUAKY, ve AAÜT hükümleri uygulanır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılamaz; aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır.

AAÜT m. 2'ye göre, arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamak amacıyla, arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucular siciline kayıtlı kişiye, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında, uyuşmazlığın taraflarınca yapılan parasal ödemenin karşılığıdır ve arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez.

Ayrıca yine AAÜT'e göre, arabulucu, ihtiyari arabuluculuk süreci başlamadan önce arabuluculuk teklifinde bulunan taraf veya taraflardan ücret ve masraf isteyebilir. Buna göre, alınan ücret arabuluculuk süreci sonunda arabuluculuk ücretinden mahsup edilir. Arabuluculuk sürecinin başlamaması halinde bu ücret ve masraf iade edilmeyecektir.

¹⁵⁹ Hüküm yönetmeliğe de aynen alınmıştır. Bkz. HUAKY m. 9. Ayrıca bkz. TAEK m. 9.

Zorunlu arabuluculukta ise AAÜT m.2/4'e göre, arabulucu taraflardan masraf isteyemez. Söz konusu maddenin devamına göre, arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler hükümsüzdür.

Arabuluculuk ücretinin sınırları olarak tarifede, “(1) Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir. Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin birinci kısmında belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, her bir arabulucuya bu Tarifede belirtilen ücret ayrı ayrı ödenir. (3) Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin ikinci kısmında belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, bu Tarifede birden fazla arabulucu için belirtilen orandaki ücret her bir arabulucuya eşit bölünerek ödenir” hükmü yer almaktadır.

Bununla birlikte AAÜT m. 4'e göre, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması veya taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi ya da taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi veya taraflardan birinin ölümü ya da iflası halinde veya tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi sebepleriyle sona ermesi hallerinde, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, ücretin tamamına hak kazanır.

Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, 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, bu durumda da ücretin tamamına hak kazanır.

Son olarak m. 8 hükmü gereğince, bu konusu tarifede düzenlenmeyen hallerde, söz konusu Tarifenin birinci kısmındaki diğer tür uyuşmazlıklar için belirlenen ücret ödenir. AAÜT m. 9'a göre ise, arabuluculuk ücretinin takdirinde, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır.

1.2.3.2.3. Taraflarla Görüşme ve İletişimin Kurulması Hakkı

Taraflarla görüşme ve iletişimin kurulması hakkı HUAK m. 8’de “*Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Gerekçede de açıklandığı üzere, arabuluculuk çözüm yolunun işlerlik kazanması açısından iletişimin sağlıklı şekilde yürütülmesi önemlidir¹⁶⁰.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarıyla yaptığı oturumlara ortak oturum, her biriyle ayrı yaptığı oturumlara özel oturum adı verilir; uyuşmazlığın niteliği ve tarafların özelliklerine göre bu görüşmelere ihtiyaç duyulabilir¹⁶¹. Özel oturum talebi taraflardan gelebileceği gibi arabulucu da talep edebilir¹⁶².

HUAKY taraflarla görüşme ve iletişimin kurulması başlığı altında m. 10/2’de, “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine ilişkin işlem ve eylemlerin doğru uygulandığına dair başlangıcından sona ermesine kadar sürece ilişkin önemli hususları belgelendirir. Belge, arabulucu, taraflar ile varsa tarafların kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmaz ise sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır*” şeklinde bir hüküm de yer almaktadır.

1.2.3.3. Arabulucunun Yükümlülükleri

1.2.3.3.1. Tarafların Aydınlatılması Yükümlülüğü

Tarafların aydınlatılması yükümlülüğü HUAK m. 11’de, “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü, arabulucu tarafından, arabuluculuk yönteminin ne olduğu, faaliyetin nasıl yapılacağı, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı, arabulucunun görevinin ne olduğu, arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin ne olduğu, tarafların bu süreçte hangi haklara sahip olduğu, arabuluculuk sürecinde veya sonunda anlaşıp anlaşamadıkları takdirde bunun

¹⁶⁰ HUAK m. 8 hükümet gerekçesi: “*Maddede, arabuluculuk faaliyetinde özel öneme sahip olan, arabulucunun taraflarla iletişiminin genel çerçevesi düzenlenmiştir. Arabulucu, taraflardan her biri ile ayrı ayrı ya da her ikisiyle birlikte görüşebilir veya iletişim kurabilir. Bu görüşme ve iletişimin birlikte mi ayrı ayrı mı gerçekleşeceği, 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*” şeklindedir.

¹⁶¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 85.

¹⁶² Kekeç, s. 183.

sonuçları ile ilgili kısacası tüm süreç hakkında tarafların bilgilendirilmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁶³.

HUAKY m. 13'te aydınlatma yükümlülüğü, “(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. (2) 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” şeklinde kaleme alınmıştır.

Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, uyuşmazlık çözümünün içeriğine ilişkin değildir. Arabulucunun uyuşmazlık hakkında ne karar verebilir ne de ve hüküm tesis edebilir¹⁶⁴. Ayrıca arabulucu taraflara re'sen çözüm önerileri de dayatamaz. Nitekim HUAK m. 15/7'ye göre, arabulucu çözüm sürecinde yalnızca, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde bir çözüm önerisinde bulunabilir. Arabulucunun getireceği çözüm önerisinin taraflar arasındaki çözümsüzlüğü giderecek, yani tarafların bu faaliyet sonucunda anlaşmaya varmalarını sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir¹⁶⁵. Ayrıca değinmek gerekir ki, arabulucunun temel çabası, öneriler getirmekten çok, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları saptamak ve ortak bir zemin üzerinde anlaşmanın doğmasına yardım etmek olmalıdır¹⁶⁶.

Arabuluculuk bir meslektir; arabulucu ticarî temelde hizmet verir ve süreci başarı ile tamamlamak için yeteneklerini müzakere için kullanır, taraflara ve vekillerine arabuluculuk sürecinin her aşamasında liderlik yapar¹⁶⁷ ve tarafları bilgilendirir. Arabulucu sürecin başında taraflara şu bilgiyi vermelidir: Arabulucunun görevi haklıyı veya haksızı bulmak, hakkaniyetli bir karar vermek değil; sürecin işlerliğini sağlamak, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırmak ve süreci en doğru şekilde yürüterek tarafların kendi çözümlerini bulmasına

¹⁶³ Dür, s. 437.

¹⁶⁴ Cebeci, İhsan, Cem, İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2018, s. 17.

¹⁶⁵ Akyol Aslan, Leyla, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15'inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 29 vd.

¹⁶⁶ Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 424.

¹⁶⁷ Öztürk Yılmaz, Necla, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, S. 2, Haziran 2015, s. 205.

yardımcı olmaktadır¹⁶⁸. Arabulucu taraflara ancak, bir çözüm bulma konusunda çıkmaza girdikleri takdirde bir çözüm önerisinde bulunma imkânının bulunduğunu bildirmelidir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü hakkında şahsi bir kanaate sahipse de bunu taraflara dayatmaktan kaçınmalıdır. Çünkü bahsettiğimiz üzere arabulucunun görevi, taraflara uyuşmazlık konusunda güçlü ve zayıf yönlerini bildirip, mevcut konumlarını objektif şekilde görmelerini sağlayarak tarafları çözüme varma konusunda özendirme¹⁶⁹.

TAEK m. 5/6, “ Arabulucu, arabuluculuk sürecinde arabuluculuktan başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemini yürütemez. Arabuluculuk mevzuatından kaynaklanan avantajları kullanmak amacıyla herhangi bir çözüm yolunu arabuluculuk olarak adlandıramaz. Ancak, arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözme düşüncelerini önerebilir” hükmünü içermektedir. Böylece arabulucu, taraflar arasındaki güç dengesizliği nedeniyle çözüm anlaşmasının hakkaniyetten uzak olduğunu görmesi halinde, aydınlatma ve özen yükümlülüğü çerçevesinde taraflara öneride bulunabilir¹⁷⁰.

Arabulucu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında tarafların arabuluculuk usulünü tam olarak anladıklarından ve yeterli bilgiye dayanarak anlaşmalarından emin olmalı ve bu nedenle arabulucu, tarafların uyuşmazlık çözümü sebebiyle ihtiyaç duydukları bilgiyi öğrenebilmeleri için taraflara gerekli olan zamanı tanımalıdır¹⁷¹.

1.2.3.3.2. Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü

Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi yükümlülüğü HUAK m. 9/1’de düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabuluculuk faaliyetinde her iki tarafın güvenini korunmalıdır. Bu husus gerekçede belirtildiği üzere, ancak arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkün olur; aksi hâlde, sürecin sağlıklı işlemesi söz konusu olmaz¹⁷². Arabulucu görevini sürecin her

¹⁶⁸ Dür, s. 439.

¹⁶⁹ Liebscher, s. 55.

¹⁷⁰ Dür, s. 440.

¹⁷¹ Dür, s. 441.

¹⁷² HUAK m. 9 gerekçesi, “Arabuluculuk faaliyeti her iki tarafın güvenini korumayı gerekli kılmaktadır. Bu da ancak, arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkündür; aksi hâlde, sürecin sağlıklı işlemesi söz konusu olamaz. Ayrıca, uyuşmazlık çözümünde arabulucu görevini özenle yürütmek durumundadır. Taraflar arasındaki iletişimin korunması, uyuşmazlığı çözecek ortamın yaratılması arabulucuya bağlıdır. Bu sebeple, arabulucu, bu özen yükümlülüğünü zedeleyecek, süreci zorlaştıracak tutum ve davranışlardan kaçınmak durumundadır. Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için bizzat yerine

aşamasında özenle yerine getirmeli, uyuşmazlığı çözecek uygun ortamı sağlamalı ve taraflar arasındaki iletişimin korumalıdır. Arabulucu, bu yükümlülüğünü zedeleyecek, her türlü tutum ve davranıştan kaçınmalıdır. Arabuluculuk görevinde, kişilik özellikleri ve güven ön plana çıktığından bu görev bizzat yerine getirilmelidir. Madde ve gerekçesinde arabulucuya, faaliyete başlarken, taraflar arasındaki iletişimi kurup bu iletişimin devamını korurken, uyuşmazlık ortamını hazırlarken ve arabuluculuk faaliyetini sonlandırırken yani tüm süreç aşamasında görevini özenle ifa etme görevi yüklenmiş ve arabulucunun edimini özenle ifa edebilmesi de basiretli ve tedbirli olmasına bağlanmıştır¹⁷³.

Arabuluculuk sürecinin başarılı bir şekilde devam etmesi ve her iki tarafında tatmin edilebileceği şekilde sonuçlanması, tarafların öncelikle arabulucuya güvenmesiyle ve böylece kurumdan fayda sağlanacağı beklentisiyle taraflar arasında iş birliği tutumu sergilenmesi sayesinde¹⁷⁴.

TAEK m. 5/1’de “*Özen Görevin Özenle Yerine Getirilmesi*” başlığı altında “*Arabulucu, görevini şahsen, özenle, makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirmelidir*” hükmü mevcuttur.

Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıkan bir görev olması sebebiyle bizzat yerine getirilmek zorundadır; bu görevin yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz. Bununla beraber, zorunlu arabuluculuk sürecinde, arabulucu görevini hukuki veya fiili sebeplerle yerine getiremeyecek duruma gelirse, tarafların bilgisi ve onayı dâhilinde eş arabuluculuk yönteminden yararlanılarak süreç eş arabulucu ile yürütülüp tamamlanabilir¹⁷⁵.

Arabulucunun, arabuluculuk sürecini yönetmesi, uyuşmazlığın taraflarına kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olma bir asli edim yükümlülüğü ve örneğin arabulucunun arabuluculuk oturumunun yapılacağı yeri belirlemesi bir yan edim yükümlülüğü iken özen borcu ne asli ne yan edim yükümlülüğüdür. Bu sebeple özen borcunun ihlali, asli edim ve yan

getirilmek zorundadır; bu görevin yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz.” şeklindedir.

¹⁷³ Dür, s. 443.

¹⁷⁴ Koçyiğit, İlker/ Bulur, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 27

¹⁷⁵ Koçyiğit/ Bulur, s. 27.

edim yükümlülüğünün kötü ifasına sebep olur ve bu nedenle, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlar TBK m. 112'ye göre talep edilebilir. Ancak, özen borcu gereği gibi yerine getirilememişse de, uyuşmazlık taraflarının beklediği ve onları tatmin eden bir sonuç gerçekleşmişse artık tarafların özen borcuna aykırılıktan dolayı tazminat talep edilmesi mümkün olmayacaktır¹⁷⁶.

Tarafsız olma yükümlülüğü de HUAK m. 9/1'de yer almıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, 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.

Bu yükümlülük TAEK m. 3'te de ayrıntılı şekilde yer bulmuştur. Buna göre, tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında önyargılı olmamasını kapsamaktadır. Arabulucu, taraflardan birinin kişiliğine, geçmişine, inanç ve değerlerine ve arabuluculuk sürecindeki tutum ve davranışlarına veya başka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı ve önyargılı davranmamalıdır. Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Arabulucu, kendisinin davranış ve görünüşteki tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir. Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir. Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığının söz konusu olması veya sonradan ortaya çıkması hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmesine rağmen, taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sürecini arabuluculuğa uygun tarafsız bir yerde yürütmelidir.

1.2.3.3.3. Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Aidat ödeme yükümlülüğü, HUAK m. 12'de düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır ve giriş aidatı ile yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir. HUAKY m. 13'te de aidat ödeme

¹⁷⁶ Dür, s. 444.

yükümlülüğü ile ilgili düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme ise, “(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. (2) 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” şeklindedir.

Arabulucuların, genel bütçeye gelir olacak şekilde arabuluculuk siciline kayıtlarında giriş aidatı ve yıllık aidat ödemeleri uygun olmadığı; arabulucuların devletten bir hizmet almadığından ve Adalet Bakanlığı da bir meslek odası olmadığından dolayı bu yükümlülük eleştirilmiştir¹⁷⁷. Arabulucuların sicile giriş ve yıllık aidat ödeme yükümlülüğü; arabulucularla aynı statüde olmasına rağmen bilirkişi veya hakemlerden alınmayıp arabuluculardan alınması haksız ve dayanaksız bir uygulama olarak görülmüştür¹⁷⁸. Kanımızca bu hususla ilgili düzenleme yapılmalı, en azından bu uygulamanın gerekçesi açıklanmalıdır. Aksi halde ortaya hakkaniyetsiz bir durum çıkmaktadır.

1.2.3.3.4. Reklam Yasağına Uyuma Yükümlülüğü

Reklam yasağına uyuma yükümlülüğü, HUAK m. 10’da düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucuların iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. HUAKY m. 12’ye göre ise, arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvan ile sicil numarası haricinde başka sıfat kullanmaları yasaktır.

TAEK m. 8’e göre, arabulucu, tabela ve basılı kâğıtlarının kullanımında arabuluculuk mevzuatına uygun hareket etmelidir. Arabulucu, reklam ve tanıtım yaparken dürüstlük kuralına uygun bir tutum ve davranış sergilemeli; arabulucunun, kendi nitelikleri, tecrübesi, hizmetleri ve ücreti konusunda vereceği bilgiler doğru olmalıdır. Bununla birlikte, arabulucu, tabela ve basılı kâğıtlarında veya elektronik ortamdaki reklam ve tanıtıma yönelik iletişimlerinde, arabuluculuk sürecinin sonucu ve başarısı hakkında kısmen de olsa söz veremez, hiçbir şekilde etik kurullarla çelişecek nitelikte reklam yapamaz.

¹⁷⁷ Dür, s. 463 vd.

¹⁷⁸ Özbek, Mustafa, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20 S. 1, 2014, s. 1150.

Arabulucular için Avrupa Etik Kuralları¹⁷⁹ m. 1.2 “Arabulucu, arabuluculuğun gerçekleştirilebileceği münasip tarihler hakkında taraflarla görüşecektir. Arabulucu, atanmayı kabul etmeden önce, arabuluculuğu yönetme tecrübesi ve yeterliliği konusunda kendinden emin olacaktır ve talep edilirse, geçmişteki eğitimi ve tecrübesiyle ilgili olarak bilgi verecektir” ve m. 1.3 “Arabulucular, uygulamalarını mesleki, güvenilir ve onurlu bir şekilde tanıtabilirler” hükümlerini içermektedir. Bu hükümler reklam yasağı ile çelişmez. Çünkü m. 1.2 arabulucunun eğitimi ve tecrübesi hakkında bilgi verme yükümlülüğü, m. 1.3 ise çalışmalarını dürüstlük kuralı çerçevesinde taraflara tanıtabilme hakkını içerir¹⁸⁰. TAEK m. 7/4’te de benzer bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, taraflar, arabulucunun eğitimi, tecrübesi ve arabuluculuk sürecini yürütmedeki mesleki yeterliliği ile ilgili bilgilere rahatça erişebilmelidir.

1.3. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Arabulucular Sicili ve Arabuluculuk Eğitimi

1.3.1. Arabuluculuk Daire Başkanlığı

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, HUAK’ta yer alan görevleri yerine getirmek üzere Genel Müdürlük bünyesinde kurulan bir birimdir. Başkanlık bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hakimi ve diğer personellerden oluşmaktadır¹⁸¹. Başkanlığın görevleri HUAK m. 30’da şöyle sayılmıştır:

- Arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak,
- Arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmalarını teşvik etmek ve desteklemek,
- Kurulun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemleri yürütmek ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki

¹⁷⁹ Arabuluculara yönelik Avrupa etik kuralları, Avrupa Komisyonu’nun desteğiyle, bir grup ADR uygulayıcısı tarafından geliştirilmiş ve 2 Temmuz 2004’te Brüksel’de yapılan bir konferansta uygulamaya konmuştur. Etik kuralları, arabuluculukta kalitenin ve güvenin artırılması için hazırlanmış, uyulması gönüllü olan ilkelerdir ve bu kuralları henüz gayri resmi olup, Avrupa Birliği’nin herhangi bir kurumunca henüz resmen kabul edilmemiştir. Bkz. Özbek, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB Dergisi 2007, S. 68, s. 317 dn. 199.

¹⁸⁰ Dür, s. 463.

¹⁸¹ Hükmün gerekçesi, “Maddede, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Daire Başkanlığı düzenlenmektedir. Arabuluculuk hizmetlerinin yürütülmesinde önemli olan hususlardan birisi de arabulucular ile özellikle arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşların denetlenmesidir. Bu hizmetin yerine getirilmesi amacıyla Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne bağlı olarak görev yapacak denetim görevlilerinin istihdam edilmesi öngörülmüş olup bu kapsamda buna ilişkin temel ilkeler tespit edilmiştir. Belirtmek gerekir ki denetim, özellikle arabuluculuğun mahkeme içi gerçekleşen kısmı ile uzlaşma sonucu düzenlenen anlaşma belgesinin icrası bakımından önem kazanmaktadır. Bu anlamda, yargı yetkisinin kullanılması çerçevesinde yürüyen işler bakımından denetim elemanlarının yetkileri bulunmamaktadır” şeklindedir.

meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapmak,

- Arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek,

- Ülke genelinde arabuluculuk uygulamalarını izlemek, ilgili istatistikleri tutmak ve yayımlamak,

- Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru ile sicildeki kaydın geçerlilik süresinin uzatılması talebinin karara bağlanmasını Bakanlığın onayına sunmak, arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak,

- Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, 21 inci maddenin birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak,

- Arabulucular tarafından arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak,

- Görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemler hakkında inceleme ve araştırma yaparak Genel Müdürlüğe öneride bulunmak,

- Yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak Kurulun bilgisine sunmak,

- Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini hazırlamaktır.

1.3.2. Arabulucular Sicili ve Sicilden Silinme

1.3.2.1. Arabulucular Sicili

Arabuluculuk mesleğinin icra edilebilmesi için ön şart arabulucular siciline kaydolmaktır. Arabulucu, HUAK m. 2’de “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmış ve bu hüküm dolayısıyla arabulucunun sicile kayıt zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Arabuluculuk sicilinin getirilmesindeki amaç, arabuluculuk unvanı ve bu unvandan kaynaklanan yetkilerin kullanımını belli bir düzene bağlamak ve arabulucuların denetlenebilmesini mümkün kılmaktır¹⁸². Bu sicili tutma görevi ise Kanun’un 19. maddesine göre Daire Başkanlığı’nındır.

¹⁸² <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=95754&pkanunnumarasi=6325> (E.T. 20.03.2019).

Arabulucular sicili Türkiye düzeyinde tek sicille tutulur ve bütün arabuluculara ilişkin bilgiler bir arada bulunur. Ayrıca yönetmelikle¹⁸³ belirlenen esaslar çerçevesindeki bu bilgiler internet ortamında genel erişime açıktır. Böylece arabulucularla ilgili kayıtlar ulaşmak isteyenler tarafından kolaylıkla bulunacaktır.

HUAK m. 20'ye göre arabuluculuk siciline kaydolmak için bir takım şartların varlığı gerekir. Bu şartlar ise Kanun'da şöyle sayılmıştır:

- Türk vatandaşı olmak,
- Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,
- Tam ehliyetli olmak,
- TCK'nın 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,
- Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,
- Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekir.

Her ne kadar sicile kayıtlı arabuluculuktan bahsedilse de uyumsuzluk taraflarının uyumsuzluğu mutlaka sicile kayıtlı bir arabulucu ile çözmeleri zorunlu değildir. Şöyle ki; arabuluculuk eğitimi almamış ve sicile kayıtlı olmayan bir kişi de çözüme yardımcı olabilir¹⁸⁴. Ancak böyle bir durumda, yardımcı olan kişi arabulucu sıfatını taşımaz ve yapılan faaliyet sırasında tasarıda belirtilen sonuçlar doğmaz¹⁸⁵.

¹⁸³ HUAKY m. 29'a göre, sicilde kişinin ad ve soyadı, uzmanlık alanı, varsa diğer mesleği, iş adresi ve akademik unvanı gibi şahsi bilgileri yer alır. Bu bilgiler, Daire Başkanlığı internet sitesinde duyurulur. Arabulucu, sicilde yer alan kendisine ait bilgilerde meydana gelen her türlü değişikliği bir ay içinde varsa belgesi ile birlikte Genel Müdürlüğe bildirmek zorundadır. Bu değişiklikler ile ilgili olarak Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda gerekli düzeltmeler yapılır. Daire Başkanlığı, arabulucular hakkında elektronik ortamda şahsi sicil dosyası tutar. Şahsi sicil dosyasına arabulucunun kimliği, öğrenim ve meslek durumu, bildiği yabancı dil, meslekî eserleri ve yazıları, disiplin ve ceza soruşturması ve sonuçları, başka görevlerde geçen hizmet gibi hususlara ilişkin belgeler konulur.

¹⁸⁴ Kekeç, s. 124.

¹⁸⁵ Bu durum HUAK 6. maddenin gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: "Taraflar, aralarındaki uyumsuzluğu çözmek için üzerinde anlaştıkları bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak görevlendirebilirler. Ancak, bu kişiler arzî olarak

1.3.2.2. Arabulucular Sicilinden Silinme

HUAK m. 21’de düzenlenen bazı hallerin gerçekleşmesi halinde arabulucu sicilden silinebilir. Bu hallerden ilki maddenin 1. fıkrasına göre, arabuluculuk için aranan koşulların bulunmamasına rağmen sicile kaydedilmiş olan veya daha sonra bu koşulların kaybedilmesi durumunda sicilden silinmesidir. Maddenin gerekçesine göre, 20. maddede yazılı koşulların tamamını taşımadığı halde, arabulucular sicilinde kaydedilmiş olan kişinin bu durumunun anlaşılması üzerine, ilgilinin adı sicilden silinecektir. Ayrıca, bir arabulucunun Türk vatandaşlığını kaybetmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya kısıtlanması hâlinde ya da diğer bentte sayılan bir suçtan mahkûm olup mahkûmiyet kararının kesinleşmesi hâlinde sicil kaydı silinecektir.

Sicilden silinmeyi gerektiren diğer bir hal ise 2. fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre, Daire Başkanlığı, Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen arabulucuyu tespit ettiği halde öncelikle yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder. Yine maddenin gerekçesine göre, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde, kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğünü yerine getirmemişse, görevini özenle, tarafsız bir biçimde sürdürmemişse, reklam yasağına aykırı davranışlarda bulunmuşsa, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmamışsa veya yıllık aidatını ödememiş ise ve yapılan yazılı uyarıya rağmen bu tür yükümlülüklerini yerine getirmemeyi sürdürmüşse ve özellikle bu tür davranışlar birden çok arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak tespit edilmişse, savunması alındıktan sonra söz konusu fiillerin sabit sayılması hâlinde sicilden silinebilecektir.

HUAK’ta sicilden silinmeyi gerektiren son hal ise arabulucunun isteğidir. Bu durum 3. fıkrada düzenlenmiştir. Bu kurala göre, arabulucular sicilinde kayıtlı olan bir kişi, bu

arabuluculuk faaliyetini yerine getiriyorlarsa, bu unvanı resmî olarak kullanamazlar. Taraflar, eğer güveniyorlar ve uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olacağına inanıyorlarsa, sicile kayıtlı olmayan, bu konuda eğitim almamış bir kimse üzerinde de arabulucu olarak anlaşabilirler. Ancak, arızî olarak ve tarafların isteğine uygun yürütülen bu faaliyet, o kimseye arabulucu sıfatını kazandırmaz ve bu Kanunda belirtilen yetkileri vermez. Sadece o uyuşmazlığa münhasır olarak faaliyette bulunabilir. Böyle bir arabuluculuk faaliyeti, bu Kanunda belirtilen diğer sonuçları da doğurmaz. Bir kimsenin arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı hak ve yetkileri kullanabilmesi için sicile kayıtlı olması gerekir. Ayrıca, arabulucunun sicile kayıtlı arabulucu olduğunun anlaşılabilmesi için arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını da açıkça belirtmesi aranmıştır. Zira, bu sayede arabulucunun faaliyeti takip ve kontrol edilebilecektir. Bu düzenleme ile arabuluculuk faaliyetinin bir güven ve düzen içinde yürütülmesi, karar verici konumunda olmasa da çözüme ulaşmada önemli rol oynayan, kendi başlarına çözüm üretemeyen taraflara yardımcı olan ve arabuluculuk kurumunun gelişmesi ve sağlıklı işlemesi bakımından çok önemli olan arabulucuların niteliğinin artırılması sağlanacaktır”.

faaliyetini her zaman sora erdirebilecektir. Ancak, arabuluculuğu terk eden kimse 17. madde gereği saklamakla yükümlü olduğu tutanak ve belgeleri öngörülen süre sonuna kadar muhafaza etmek zorundadır. Bu süre ise HUAK m. 17/4 gereğince beş yıldır.

1.3.3. Arabuluculuk Eğitimi ve Sınavı

HUAK m. 20’de sayılan sicile kayıt için gerekli şartlardan biri de Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmaktır. Kanun’un 22. maddesine göre, arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder¹⁸⁶.

Arabuluculuk eğitimin ayrıntıları HUAKY’de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 32. maddesine göre, arabulucu olacak kişilere altmış sekiz saati teorik ve on altı saati uygulamalı olmak üzere asgari toplam seksen dört saat arabuluculuk eğitimi verilir. Teorik ve uygulamalı eğitimin verilmesinde, eğitim modülü esas alınır. Eğitime katılanların, belgeye dayalı ve eğitim kuruluşlarınca kabul edilen haklı bir mazeretleri olmadıkça arabuluculuk eğitimi süresince verilen ders ve çalışmalara katılımları zorunludur. Eğitim kuruluşlarınca, adayların derslere devam durumunu gösteren çizelge düzenlenir ve derslerin 1/12’sine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilir. Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Arabuluculara, arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşlarca teorik ve uygulamalı, toplam sekiz saatten az olmamak üzere üç yılda bir defa yenileme eğitimi verilir. Arabulucular yenileme eğitimine sicile kaydedildiği tarihten itibaren üçüncü yılın içinde katılmak zorundadır. Yenileme eğitiminde; arabuluculuğa ilişkin mevzuat ve içtihat değişiklikleri ile arabuluculuk becerilerinin geliştirilmesine yönelik eğitim verilir.

Eğitim verecek olan kuruluşlar ile ilgili düzenleme ise HUAK m. 23’te karşımıza çıkar. Buna göre, arabuluculuk eğitimi, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin

¹⁸⁶ Maddenin gerekçesinde karşılaştırmalı hukuktan da bahsedilmiş, buna göre; karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde, bu konuda gerekli eğitimin temel hukuk bilgileri yanında iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve genel psikoloji alanlarını kapsadığı görülmektedir. Bu nedenle dört yıllık lisans eğitiminden sonra bu maddede sayılan konularda teorik ve pratik eğitimin alınması öngörülmüştür. Buna karşın hukuk lisans diplomasına sahip olan kişiler bakımından, temel hukuk bilgilerinin arabuluculuk eğitimi sırasında tekrar edilmesine gerek bulunmadığından bahsedilmiştir.

hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır. İzin için yazılı olarak başvurulur. Bu başvuruda eğitim programı, eğitimcilerin sayısı ve uzmanlıkları ile eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında gerekçeli bilgi verilir. Başvuruda sunulan belgelere dayalı olarak, eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanacağı tespit edilirse, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl için geçerli olmak üzere izin verilir.

HUAK m. 25 uyarınca, eğitimlerini başarıyla tamamlayan kişilere, eğitim kuruluşları tarafından arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair bir belge verilir. Arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisi, arabuluculuk eğitimi veren kuruluşlardan alınan bu "arabuluculuk yetki belgesi" ile kazanılır.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK ÇÖZÜM YOLU

2.1. Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü Hakkında Genel Bilgiler

2.1.1. Ticari İş ve Ticari Uyuşmazlık Kavramı

2.1.1.1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesi uyarınca Kanun'da belirtilen ticari uyuşmazlıklara dava şartı olarak (zorunlu) arabuluculuk getirilmiştir. Türk Ticaret Kanununda öncelikle ticari iş kavramı açıklanmış, ardından ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve ticaret mahkemelerinin iş sahası incelenmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerde; ticari işlerden hangilerinin ticari dava konusu olabileceğini, ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin hangi mahkemelerde görüleceğini ve ticari davalardaki deliller ile bunların sunulmasının tabi olduğu usulleri belirlemiştir¹⁸⁷.

Ticari iş ve ticari uyuşmazlık kavramları sıklıkla karıştırılmaktadır. Bu kavramlar aynı olmayıp mutlak olarak birbirinden ayırt edilmelidir¹⁸⁸. TTK'ya göre, ticari iş kavramına giren bütün meselelerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılan davalar değil, yalnızca niteliği itibariyle hâkimin özel uzmanlığına gereksinim duyan davalar “ticari dava” olarak nitelendirilir. Buna göre, ticari iş kavramı ve ölçütleri ile ticari dava ve türleri benzer kavramlar olmayıp, her iş niteliği gereği ticari davaya konu olmayabilir¹⁸⁹.

Bu bölümde, dava şartı olarak arabuluculuktan bahsetmeden önce “ticari uyuşmazlık” kavramı ile sıkça karıştırılan “ticari iş” kavramını açıklamanın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

¹⁸⁷ Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Ankara 2018, s. 65.

¹⁸⁸ Domaniç, Hayri/ Ulusoy, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Baskı, İstanbul 2007, s. 123; Deliduman, Seyithan/ Oruç, Yakup, “Ticari Davalar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD, C.18, S. 2, İstanbul 2012, s. 101 vd.

¹⁸⁹ Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker, Ticari Dava, Ankara 2013, s. 7.

2.1.1.2. Ticari İş Kavramı

Ticari iş, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemlerdir. Bir iş TTK tarafından düzenlenmiş ise ticari iştir; böylece ticari iş belirlenirken ilk planda işin özel niteliğine bakmak veya işi icra edenin veya işle ilgili olan kişinin sıfatını göz önüne almak söz konusu olmayacaktır¹⁹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki TTK'da düzenlenen hususlar ticari iş olduğu gibi TTK m. 4/1-a bendine göre aynı zamanda da ticari dava sayılır¹⁹¹.

Türk Ticaret Kanunu bakımından, kişilerin yaptığı iş ve işlemler “adi iş” ve “ticari iş”¹⁹² olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁹³. Bir işin, adi veya ticari iş olarak nitelendirilmesi, bu işe hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemesi açısından önemlidir¹⁹⁴. Bir işin ticari olup olmadığını kanundaki kıstaslar uyarınca tespit etmek ve eğer iş adi ise medeni hükümleri, ticari ise özel ticari hükümleri uygulamak gerekir; ancak bu tespit yalnızca uygulanacak özel hüküm açısından rol oynamayacaktır¹⁹⁵. Ticari işler, ticari borçlarda teselsül karinesinin uygulanması, ticari uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde çözümlenmesi, ticari alacaklara daha yüksek oranda faiz¹⁹⁶ uygulanabilmesi gibi adi işlerden farklı kurallara tabidir¹⁹⁷. Örneğin; ticaret hayatında kredinin büyük öneme sahip olması alacaklıya adi işlerdekine oranla daha fazla güvence tanınmasını gerektirmiş¹⁹⁸ ve TTK m.7/1'de Türk Borçlar Kanunu m. 162'den farklı olarak, “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar” denmiştir.

¹⁹⁰ Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 74.

¹⁹¹ Börü/ Koçyiğit, s. 374.

¹⁹² Türk hukukunda ticari iş hem günlük hem de hukuki anlamda kullanılır. Günlük anlamda, kazanç sağlamaya yönelik tüm faaliyetleri ifade ederken hukuki anlamda TTK m. 3 ve m. 19 anlamında ticari iş ifade edilir. (Ayhan/ Çağlar, s. 14 dn 21).

¹⁹³ Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Adana 2012, s. 57.

¹⁹⁴ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara 2014. s. 63.

¹⁹⁵ Poroy/ Yasaman, s. 71- 72.

¹⁹⁶ “Davacılar ile davalı TCDD arasındaki uyuşmazlık da mutlak ticari işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. O halde, davacı lehine takdir edilen manevi tazminata uygulanacak temerrüt faiz oranının buna göre belirlenmesi gerekirken yasal faize hükmedilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle de bozulmasına karar vermek gerekmiştir” Yarg. 11. HD, T. 10.12.2012, E. 2011/14244, K. 2012/ 20265 (Börü/ Koçyiğit, s. 384).

¹⁹⁷ Çeker, s. 57

¹⁹⁸ Arkan, s. 63.

Ticari işlerin belirlenmesinde 4 farklı ölçüt kullanılmaktadır¹⁹⁹: Bunlardan ilki Ticaret Kanununda düzenlenmiş işlerdir. TTK m. 3'e göre, Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan işler, ticari işletmeyi ilgilendirmese bile, ticari iş olarak kabul edilmektedir²⁰⁰. Bu hüküm, aksi iddia ve ispat edilemeyen bir ticari iş kriteri getirmekte ve buna da "mutlak ticari iş" denilmektedir²⁰¹. Kambiyo senetleri, taşıma²⁰² ve sigorta ilişkileri²⁰³ gibi konular TTK'da düzenlendiğinden mutlak ticari iş sayılır. Örneğin bono TTK'da düzenlenmiştir ve dolayısıyla iki memur arasında düzenlenen bono da ticari iş olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁴. İş kavramı, fiil, işlem ve dar anlamda işi kapsadığından, ticari işletmeyle ilgili bir haksız fiil²⁰⁵ de ticari iş sayılmaktadır²⁰⁶.

İkinci ölçüt ticari işletme ile ilgili olan işlem ve fiiller olarak karşımıza çıkar. TTK'da düzenlenmiş hususların yanında, bir ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ve fiiller de ticari iştir²⁰⁷. Örneğin, bir ticari işletmenin ihtiyacı için işyeri kiralaması veya alım satım işleri TBK'da düzenlenmiş olmasına rağmen, bir ticari işletmeyi ilgilendirdiğinden ticari iş olarak karşımıza çıkar²⁰⁸. Ticari işletmenin haksız fiili²⁰⁹ de ticari iş kapsamına girer; örneğin, bir ticari işletmeye ait aracın bir kaza sonucu insana veya eşyaya verdiği zarar ve yahut işletme sayılan bir fabrika bacasından çıkan dumanların çevredeki ekili tarlalarda oluşturduğu zarar da ticari iştir²¹⁰.

¹⁹⁹ Bkz. Çeker, s. 57 vd; Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 26. Baskı, Konya 2014, s. 50 vd.

²⁰⁰ Arkan, s. 64; Çeker, s. 57.

²⁰¹ Karahan, s. 50.

²⁰² "Dava yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davalı İETT de tacir olduğundan, davaya konu alacak ticari alacak niteliğinde bulunmaktadır." Yarg. 11. HD, T. 11.04.2011, E. 2010/8502, K. 2011/4146 (Karahan, s. 50, dn. 2).

²⁰³ "Dava, konut sigorta poliçesine dayalı tazminatın rucuen tahsili istemine ilişkindir. Bu dava, TTK'da mutlak ticari iş olarak düzenlenen sigorta işleminden kaynaklanmaktadır." Yarg. 11. HD, T. 21.11.2011, E. 2010/3647, K. 2011/15576 (Karahan, s. 51, dn. 1).

²⁰⁴ "Kambiyo senetlerinin tanzimi, ciro ve tediye edilmesine ilişkin hususlar da TTK' 583-735. Maddelerinde düzenlenmiş olmakla ticari iş sayılır." Yarg. 12. HD, T. 20.06.2011, E. 2010/31075, K. 2011/12490 (Karahan, s. 50, dn. 1).

²⁰⁵ Haksız fiile örnek olarak bkz. Haksız Rekabet TTK m. 54 vd, Çatma TTK m. 1286 vd.

²⁰⁶ Poroy/ Yasaman, s. 76.

²⁰⁷ Arkan, s. 64.

²⁰⁸ Karahan, s. 51.

²⁰⁹ "Bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir (TTK m. 3). Davalı şirkete ait araç, ticari işletmesine dâhil bir ticari araç olduğundan, olay haksız fiilden (trafik olayından) kaynaklansa bile oluşan zarar için ticari faiz istenilebilir" Yarg. 11. HD, T. 12.09.2000 E. 5681, K. 6666 (Eriş, Gönen, Gereççeli- Açıklamalı- İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1, 3. Baskı Ankara 2017, s. 344); "Tarafların tacir bulunmalarına ve TTK'nın 3, 4 ve 21. maddeleri uyarınca tacirler arası haksız fiillerin de ticari iş niteliğinde olmasına göre, talebe uygun olarak tazminat alacağıın ticari işlerde uygulanan temerrüt faiziyle tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yasal faize hükmedilmesi doğru değildir" Yarg. 11. HD, T. 08.11.2004, E. 2004/1846, K. 2004/10985 (Börü/ Koçyiğit, s. 421).

²¹⁰ Eriş, s. 324.

Bir diğ er ölçüt ise ticari iş karinesidir. TTK m. 19/1'e göre bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Tacirin yaptığı her türlü iş in ticari iş sayılmasına "ticaret karinesi" veya "ticari iş karinesi" denilmektedir²¹¹. Ticari iş karinesi, tüzel kişiler bakımından mutlak niteliktedir ve tüzel kişi tacirlerin bütün iş, fiil ve eylemleri ticari hükümlere tabidir²¹². Ancak tacir niteliğ i taşımayan dernek ve vakıf gibi tüzel kişilerde bu kuralın aksi söz konusu olabilir²¹³. Gerçek kişi tacirler bakımından bazı iş ler adi iş olarak nitelendirilebilir. Örneğ in, gerçek kişi tacirin kişisel ihtiyacı için satın alacağı bir otomobil için kullandığı taşıt kredisi adi iş sayılacak ve tüketici kredilerine ilişkin hükümler uygulanacaktır²¹⁴. TTK m.19/1'e göre gerçek kişi tacir iki yolla bu karineyi çürütebilir; işlem sırasında bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirmesi ve iş in ticari iş sayılmasına durumun elverişli olmaması²¹⁵.

Ticari iş in belirlenmesindeki son ölçüt ise taraflardan biri için ticari nitelik taşıyan sözleşmelerdir²¹⁶. TTK m. 19/2'ye göre bir işlemin taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte olan sözleşmeler, kanunda aksi hüküm olmadıkça diğ eri için de ticari iş sayılmaktadır. Ancak bu kural haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar için uygulanmaz, zira maddenin uygulanabilmesi için ön şart taraflar arasındaki borç ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklanmasıdır²¹⁷. Haksız fiilin varlığı halinde²¹⁸, iş bir taraf için ticari, diğ er taraf için adi iş sayılabilir²¹⁹. Örneğ in, bir pazarlama şirketine ait bir kamyonet, ticari faaliyeti esnasında kaza yaparak bir kişiyi yaraladığı takdirde, iş bir taraf için ticari diğ er taraf için adi iş sayılacaktır²²⁰.

Yukarıda bahsettiğ imiz üzere bir iş in ticari olması ona uygulanacak hükümler açısından önemlidir. Bir iş in ticari olmasının birden fazla sonucu vardır. Bunlardan ilki; ticari

²¹¹ Çeker, s. 58 vd; Karahan, s. 52.

²¹² "Ticaret şirketlerinin borçlarının ticari olması asıldır. Tüzel kişi tacirin barınma, ısınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların, gerçek kişiler gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilmelidir." Yarg. HGK, T. 11.10.2006, 2006/19684/647 (Karahan, s. 53, dn. 1).

²¹³ Çeker, s. 59 dn. 50.

²¹⁴ Çeker, s. 59.

²¹⁵ Karahan, s. 53.

²¹⁶ "Bir taraf için ticari sayılan husus sözleşme mahiyetini arz etmiyorsa karşı taraf için her halde ticari sayılmaz. 6102 sayılı TTK'nın 19/2. maddesinin uygulanabilmesi için aranan koşul, taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanmış olmasıdır." Yarg. 3. HD, T. 01.10.2014, E. 2014/14962, K. 2014/12857 (Ayhan/Çağlar, s. 22, dn. 34).

²¹⁷ Kayıhan, Şaban/ Yasan, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017, s. 64.

²¹⁸ "Davalı kurum, tacir olup davacı ile arasında haksız fiilden kaynaklanan davaya bakma görevi adli yargıya ait olduğundan, iş in esasına girilmesi, taraf delillerinin toplanarak hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir." Yarg. 11. HD, T. 01.12.2003, E. 2003/4584, K. 2003/11514 (Kayıhan/ Yasan, s. 64, dn. 87).

²¹⁹ Karahan, s. 54.

²²⁰ Karahan, s. 54.

işlerden kaynaklanan sorumluluğun müteselsil nitelikte olmasının karine olduğudur. Müteselsil borç, alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisi olarak tanımlanır²²¹. TTK m.7/1, “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar” şeklinde hükmetmiştir²²². Adi işlerde ise bu hükmün aksine adi işlerde adi sorumluluğun karine olduğu, ancak taraflarca aksi kararlaştırılmak suretiyle teselsülün benimsenebileceği kabul edilmiştir²²³.

Diğer bir sonuç ise ticari işlerde ticari faizin uygulanacağıdır²²⁴. Ticari işlere uygulanacak faiz hükümleri ile adi işlere uygulanacak faiz hükümleri farklıdır. Ticari işlerde kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir. TBK m.387/2 gereğince, “Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”. Adi iş niteliği taşıyan sözleşmelerde ise ancak kararlaştırılmışsa faiz istenebilir²²⁵. Burada kastedilen faiz kapital faizdir, zira temerrüt faizinin yürütülebilmesi için borcun ticari ya da adi olması fark etmediği gibi, temerrüt faizinin yürütülebilmesi için sözleşmede açıkça öngörülmüş olması gerekmez. TTK m. 8/1’ e göre, ticari işlerde kapital faizinin miktarı taraflarca serbest olarak kararlaştırılabilir. Ancak adi işlerde TBK m. 88 ve 120’ye göre sözleşme ile belirlenen kapital faiz oranı, kanuni faiz oranının %50’sinden, temerrüt faiz oranı ise %100’ünden daha yüksek olamaz. Dolayısıyla adi işlerde sözleşme ile faiz oranını belirleme yetkisi açısından kanun koyucu bir üst sınır tespit etmiş iken ticari işlerde böyle bir sınır mevcut değildir²²⁶.

Bir diğer sonuç zamanaşımı süresidir. TTK m. 6’ya göre ticari işler hakkında kanunla tayin edilmiş zamanaşımı süreleri kanununda aksine hüküm bulunmadıkça sözleşme ile değiştirilemez. Adi işlerde ise, sözleşme hükmü ile kanundan farklı zamanaşımı süreleri tayin edilebilmektedir²²⁷. Görüldüğü gibi, ticari işlerde ise, kanunla tayin edilmiş olan zamanaşımı süresinin sözleşme ile değiştirebilmesi ancak kanun ile karara bağlamışsa mümkündür²²⁸.

²²¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 1200.

²²² “Taraflardan biri veya hepsi için ticari olan bir borca kefalet halinde gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller kendi aralarında aksi kararlaştırılmamış olmadıkça müteselsilen sorumlu sayılırlar.” Yarg. HGK, T. 02.12.1967, E.66/347, K.67/584 (Kayıhan/ Yasan, s. 74, dn. 112).

²²³ Karahan, s. 55.

²²⁴ “Ticari faizin söz konusu olabilmesi için, asıl borcun bir ticari işten doğması gerekir. Ticari işte de ticari faiz uygulanır.” Yarg. 12. HD, T. 20.02.2007, 141/2756 (Karahan, s. 53, dn. 1).

²²⁵ Bkz. TBK m. 387/1.

²²⁶ Kayıhan/ Yasan, s. 70.

²²⁷ Çeker, s. 69.

²²⁸ Karahan, s. 55.

Görüldüğü gibi bir işin ticari veya adi olması uygulanacak sonuçlar bakımından önem taşımaktadır.

2.1.1.3. Ticari Uyuşmazlık Kavramı

Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi gereğince 01.01.2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. Maddede uyuşmazlıklar tek tek belirtilmemiş, atıf yapılmak suretiyle, 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 belirlenmiştir. Burada ticari uyuşmazlık kavramı ile anlatılmak istenen söz konusu maddedeki ticari davalardır. Ticari iş ve ticari uyuşmazlık kavramlarının karıştırılmaması gerekir. Şöyle ki; ticari iş TTK m.3'te düzenlenirken ticari uyuşmazlıklar TTK'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Ticari işten kasıt; bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemler iken, ticari uyuşmazlıktan kasıt; ticari davalardır. Türk Ticaret Kanunu m. 4/1'e göre ticari uyuşmazlığa konu olan davalar;

“Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir

ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır” şeklindedir.

TTK m. 4’e göre, bazı davalar tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari sayılırken (mutlak ticari dava); bazı davaların ticari sayılması, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğması, bazılarının ise en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi (nispi ticari davalar) şartına bağlıdır²²⁹. Burada ticari davalar belirlenirken, eski Türk Ticaret Kanunu m. 4/1’de ticari iş karinesini düzenleyen eTK’nın 21. maddesine yapılan ve karışıklığa sebep olan yollama, yeni düzenlemede kaldırılmış ve tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava olarak sayılanlar dışında, bir hukuk davasının ticari olarak nitelendirilebilmesi için her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır²³⁰.

2.1.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yollarının Uygulanması

İnsan nüfusu ve kişiler arası ulusal ve uluslararası etkileşim ve ticaret arttıkça, uyuşmazlık sayısı da giderek artmıştır²³¹. Hem uyuşmazlıkların çözümünde etkin olarak kullanılmak üzere hem de toplumsal barışın sağlanması için, uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü kültürü yaratmak amacıyla tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımı günümüzde oldukça yaygınlaşmıştır²³². Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin kullanılmasının temelleri geçmişe dayanır. Şöyle ki; özellikle Amerika Birleşik Devletleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortaya çıktığı ve geliştiği ülke olarak öne çıkmıştır. En başta ticari uyuşmazlıklar olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hayatın her alanında uygulanmıştır²³³.

Ticari uyuşmazlıkların kendine has yapısı ve özellikleri bulunmaktadır. Bu özellikleri şöyle sayılabilir²³⁴:

²²⁹ Ayhan/ Çağlar, s. 65.

²³⁰ Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve ilk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 46.

²³¹ Yeşilirmak, Ali, Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 155.

²³² Yeşilirmak, Kurumsal Arabuluculuk, s. 155.

²³³ Demir, Müzakere Yetenekleri, s. 9; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özbek, Mustafa, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 116 vd.

²³⁴ Antaki Nabil, N., Cultural Diversity and ADR Practices in the World, ADR in Business, Chapter 11, USA 2006, s.266 vd. (Aksu’dan naklen s. 31 vd).

Ticaret hukukunun gelişim süreci örf ve adet hukukuna önemli ölçüde bağlıdır. Bu nedenle bu alandaki uyumsuzluklar, yazılı hukuk kuralları ve prosedürel yaklaşımların ötesinde bir anlayış ve bakış açısını gerektirir; Bu uyumsuzluklarda, pratik, esnek ve hemen uygulamaya geçirilebilir çözümlere, çok daha fazla ihtiyaç duyulur; Zaman kaybı, telafisi mümkün olmayacak zararlara yol açabilir; Ticari bir işletmenin ya da ticaretle uğraşan bir kişinin, yıllardır süren çabası neticesinde elde ettiği ticari imaj, çoğu zaman uyumsuzluğun maddi değerine nazaran karşılaştırılamayacak düzeyde değer ifade eder; Uyuşmazlık çözümünün uzun yıllar sürmesi ve ayrıca gizlilik ilkesinin mevcut bulunmadığı bulunmadığı bir ortamda gerçekleşmesi, uyumsuzluğun taraflarının başkaca ticari ilişkilerini de zincirleme olarak olumsuz etkileyebilir.

Ticari uyumsuzluklar bakımından, doğru çözüm yolunu seçebilmek, ticari uyumsuzlukların kendine özgü yönleri göz önüne alındığında çok önemlidir. Bu aşamada ticari işletme ya da tacir, kendisini bu anlamda en doğru şekilde yönlendirebilecek bir hukuki danışmanın desteğine ihtiyaç duyar. Ticari uyumsuzluk bakımından gözetilecek en temel iki husus, zaman ve paradır; ticari işletme ya da tacirin, bir uyumsuzluğun çözümüne harcayacağı zamanın ve yapabileceği harcamaların daima bir limiti vardır; dolayısıyla, makul bir zaman dilimi içerisinde ve karşılayabileceği, makul ve oransal miktarda bir masraf ile uyumsuzluğu çözmeyi ister²³⁵.

Burada ise alternatif çözüm yolları devreye girmektedir. Çünkü yukarıda değindiğimiz üzere alternatif çözüm yollarının yargısal yollara göre birçok avantajı vardır²³⁶. Örneğin, bugün her şirket karmaşık ilişkiler ağı şeklinde varlığını sürdürmektedir ve bu ağın biçimi ilmik ilmik müzakereler aracılığıyla oluşmaktadır; tek bir müzakerenin sonucunun bir işletmenin kaderi üzerinde pek fazla etkisi olmayabilir ancak bir arada düşünüldüğünde bir şirketin yürüttüğü binlerce müzakerenin şirketin stratejisi ile kar ve zarar tablosu üzerinde muazzam etkisi vardır²³⁷.

Ticari uyumsuzluklar bakımından alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri, taraflar için²³⁸:

²³⁵ Aksu, s. 33.

²³⁶ Bkz. Yuk. 1.2.1. Arabuluculuk Kavramı, s. 19 vd.

²³⁷ Ertel, Danny, “Müzakereyi Bir Şirket Yeteneği Haline Getirmek”, Harvard Business Review, Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü, Çev: İbrahim Bingöl, İstanbul 2000, s. 108.

²³⁸ Aksu, s. 35 vd.

- Yargılama sürecinde doğacak ve artması muhtemel giderlerden korunmayı,
- Tarafların kontrolünde olmayan ve iletişimin daha zayıf olduğu yargılama süreci içerisinde, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları belirleme ve tanımlamalarına dair uzayacak süreci kısaltmayı,
- Ticari imajlarını ve ticari ilişkilerini muhafaza edebilmeyi,
- Yargılama süreci içerisinde söz konusu olamayacak çeşitlilik ve esneklikte farklı çözüm yöntemlerini uygulayabilmeyi,
- Yargı organları ve yargılama sürecine ilişkin kaynakları en verimli şekilde kullanabilmeyi sağlamaktadır.

Ticaret hayatının gerektirdiği sürat, güvenlik ve esneklik, ticari uyuşmazlıkların özel usuller içinde, uzman kişiler eliyle çözümlenmesinin daha uygun olacağını göstermektedir; bu ihtiyaca paralel olarak önemli ticari uyuşmazlıklar, devlet mahkemeleri önüne getirilmeyip, ticaret hayatını ve sorunlarını bilen hakemler kanalıyla da çözümlenmektedir²³⁹. Böylece tahkim yolu ile ticari uyuşmazlıklar için mahkeme dışında çözümün ilk adımları atılmıştır.

Tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözümüne başarılı bir örnek olarak, “1982’de IBM, Fujitsu’nun kendi ana işletim sistem yazılımını yasadışı olarak kopya etmiş olduğunu ileri sürdü. Her iki şirket 1983’te bir anlaşmaya vardılar, ama büyük ölçüde teknolojik karmaşıklıktan ve pek çok konudaki hukuki belirsizlikten ötürü yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkması sürüp gitti. 1985’te IBM, 1983’te varılan anlaşmaya uygun olarak tahkim talebinde bulundu. Heyet için iki hakem seçildi. Hakemlerden biri uyuşmazlık çözümünde deneyimli bir hukuk profesörüydü, diğeri ise bilgisayar sektöründen emekli olmuş bir yöneticiydi. Hakemler, bazı buluşçu yaklaşımlar olmaksızın, daha önce müzakere edilmiş olan çözümü bloke eden teknik ayrıntıların ve karşılıklı suçlamaların bataklığına gene saplanıp kalınacağını hemen gördüler. Daha başka özgül şikâyet dinlemeyi kabul etmediler. Bunun yerine yayımladıkları bir emirle, Fujitsu şirketinin 1983 anlaşmasında kapsanan programları kullanmasına ilişkin tam bir hesap çıkarmasını ve iki şirketin daha önceki anlaşmanın kapsamadığı programları için yeni bir arabuluculuk prosedürüne gitmesini talep ettiler. Ardından bu iki hakem arabulucu olarak iki yeni anlaşmanın müzakeresini yürüttüler. Anlaşmaların biri geçmiş kullanımla ilgili sorunların hemen hepsini karar bağlarken, diğeri gelecekteki ilişkileri yönlendirmeye yönelikti. Daha sonra heyet bu anlaşmaları bağlayıcı

²³⁹ Arkan, s. 96.

birer tahkim kararı haline getirerek rolünü bir kez daha değiştirdi. Fujitsu belli programların kullanımı için geriye dönük bir lisans satın aldı, IBM de telif haklarının ihlal edilmesine yönelik şikâyetinden vazgeçti. Ayrıca geleceğe yönelik olarak iki şirkete de müşteriler talep ettiğinde kendi işletim sistemlerinin diğerinin donanımında kullanılması için birbirlerine lisans verme zorunluluğu getirildi. Ödeme miktarı, düzenlemenin süresi ve diğer özgül sorunlar ortaya çıktığında bunlar bağlayıcı tahkime tabi olacaktı. Arabuluculuğun bu yaratıcı kullanımı taraflar üzerinde bir dereceye kadar zorlayıcı oldu, ama taraflar AUÇ'ye ve özellikle de hakemler emri yayımlandıktan sonra arabuluculuğa güvenmeselerdi, bu hiçbir işe yaramazdı” verilebilir.

Tahkim, Türk Hukukunda 6100 sayılı HMK m. 407-444 arasında düzenlenmiştir.²⁴⁰ Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesi için yaptıkları bir anlaşmadır²⁴¹. Özellikle uluslararası ticari ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından, devlet mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara göre hakem kararlarının daha kolay tenfiz edilmesi, tarafsızlığı, gizliliğe verdiği önem, hakem heyetlerinin konusunda uzman kişilerden oluşması ve süratli yargılama yapılması sebebiyle tahkim yargılaması sıklıkla tercih edilen bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu haline gelmiştir²⁴².

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ise taraflara kanuni haklarından ziyade, ticaret veya iş zihniyetini esas alarak, kendi aralarındaki uyuşmazlığı çözme imkânlarını araştırma fırsatı sunmaktadır; bu sebeple arabuluculuk, uyuşmazlık olmasaydı ve hatta uyuşmazlığa rağmen, uyuşmazlık tarafları arasında süregiden bir ilişkinin olduğu durumlarda özellikle önemlidir²⁴³.

Yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle, ticari uyuşmazlıklara ilişkin olarak, bu kendine özgü yapıya ve ihtiyaçlara yanıt verebilecek sistemlerin geliştirilmesi güncel bir tartışma

²⁴⁰ Allison, John R., “Uyuşmazlıkları Mahkeme Dışında Çözmenin Beş Yolu”, Harward Business Review, Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü, Çev: İbrahim Bingöl, İstanbul 2000, s. 173.

²⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 647.

²⁴² Yıldırım Ertütüncü, Duygu, Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 2, Mart 2013, s. 458.

²⁴³ Goodman, Andrew, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber, Çev: Adnan Bıçaksız ve Zeynep Alkın, Ankara 2017, s. 12.

konusu olmuştur ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının doğuş ve gelişmesinde ticari uyuşmazlıkların önemi yadsınamayacak kadar büyüktür²⁴⁴.

2.1.3. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olması

6325 sayılı HUAK, 02.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandığı, 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıkları gönüllülük esasına dayalı şekilde uygulama alanı bulmuştur. Hukuk sistemimizde zorunlu arabuluculuk kurumu öncelikle 12.10.2017 tarihinde kabul edilen ve 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku alanında uygulanmaya başlanmıştır.

Zorunlu arabuluculuk iş hukuku alanında, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesi kapsamında, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi gemi adamları, 4857 sayılı İş Kanununa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ikinci kısmının 6. bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları için getirilmiş bir kurumdur²⁴⁵.

Ticari uyuşmazlıklarda ise yukarıda değindiğimiz gibi Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi gereğince 01.01.2019 tarihi itibariyle arabuluculuk kurumu zorunlu hale gelmiştir. Zorunlu arabuluculuk ticaret hukuku alanında, Kanun’un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalarda uygulanır.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk sürecinde uygulanacak kanun hükümleri normlar hiyerarşisi gereğince şu şekilde sıralanır²⁴⁶: Öncelikle Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi ve 12. maddesi hükümleri uygulanır. Burada bir düzenleme bulunmadığı takdirde sırasıyla; HUAK’ın 18/A maddesi, burada da düzenlenmeyen hallerde ve

²⁴⁴ Aksu, s. 32.

²⁴⁵ Demir, Cuma Arif, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 447.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Üstün, Yusuf, “Normlar Hiyerarşisi ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi”, Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi, S. 2, Y. 2014, s. 1-10; Kuluçlu, Erdal, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, S. 71, Y. 2008, s. 3-22.

uyuşmazlığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanun'un diğer hükümleri ve son olarak HUAKY hükümleri uygulanır.

Bu sıralama dikkate alındığında, ilk önce eldeki uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının anlaşılması bakımından 7155 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirme yapılır, sonra sırasıyla 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesi ve diğer maddeleri ile Yönetmelik hükümleri dikkate alınır.

2.2. Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Olan Ticari Uyuşmazlıklar

2.2.1. Genel Olarak

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi 1. fıkrasına göre, TTK m. 4 ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu hale gelmiştir.

Bir ticari uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı şu şekilde değerlendirilir²⁴⁷:

Uyuşmazlık konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk iş veya işlemlerinden olması gerekir; yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.

Uyuşmazlığın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olmalıdır; aksi halde, doğrudan dava açılacağı gibi konu elverişli ise ihtiyari olarak arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.

Uyuşmazlık konusu özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu durumların dışında olmalıdır.

²⁴⁷ Aslanpınar, Burak, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı, Ankara 2019, s. 8-9.

Uyuşmazlığın konusu 6102 sayılı TTK'nın 4. maddesinde sayılan ticari davaların konusuna girmeli veya TTK dışındaki kanunlarda belirtilen ticari davaların konusuna girmelidir.

Ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki davalarda tarafların tasarruf edeceği uyuşmazlık konusunun niteliği büyük önem taşır²⁴⁸. Örneğin, dava dışı ve 3. kişilerin hak ve menfaatlerinin zedelenmemesi ve etkilenmemesi gereklidir.

Aşağıdaki bölümde öncelikle ticari uyuşmazlıkta zorunlu arabuluculuk kapsamına giren TTK m. 4'te sayılan ticari davalar mutlak ve nispi davalar olmak üzere incelenecek, daha sonra diğer kanunlarda geçen ticari davalar incelenecektir.

Burada belirtmemiz gereken husus şudur ki; aşağıda sayılacak olan ticari davalar bakımından arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için, uyuşmazlığın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olması ön koşuldur ve yalnızca niteliği gereği tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularda arabuluculuk yapılabilir.

2.2.2. Mutlak Ticari Davalar

TTK'nın 4. maddesinde belirtilen ve aşağıdaki şekilde sayılan “Mutlak Ticari Davalar” dava şartı arabuluculuk kapsamına girer. Bazı yargı işleri, tarafların tacir olup olmadığına veya bir ticari işletmeyle ilgili olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari nitelikte sayılır²⁴⁹ ve bunlara mutlak ticari nitelikte davalar denilmektedir. Mutlak ticari davaları kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür. Bu davaların bir kısmı TTK 4/1'de sayılmışken, diğer kısmı TTK m. 4/1'de sayılmamış, bunların özel bazı kanun hükümlerinde ticari olduğu açıkça gösterilen uyuşmazlıklardan doğan davalar olduğu belirtilmiştir. Mutlak ticari nitelikteki davalar kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. TTK m.4'e göre bu davalar şunlardır:

2.2.2.1. Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu'nda, Türk Medenî Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, Türk Borçlar Kanunu'nun

²⁴⁸ Berberoğlu Yenipınar, Filiz, Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi, İstanbul 2019, s. 4.

²⁴⁹ Arkan, s. 98; Karahan, s. 80.

malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde yer alan davalar mutlak ticari davalar olarak tahdidi şekilde sayılmıştır.

2.2.2.1.1. *Türk Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Davalar*

TTK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, yukarıda belirttiğimiz gibi, tarafların sıfatına, uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari sayılmaktadır²⁵⁰. Örneğin, sahip olduğu at arabasıyla bir memurun ev eşyalarını taşıyan esnafın, taşıma ücretinin tahsili amacıyla bu memura karşı açacağı dava ticari dava sayılır²⁵¹. Taşıma işi TTK m. 850 ve devamında düzenlenmiştir²⁵². Bunun gibi örneğin TTK'nın üçüncü kitabı olan Kıymetli Evrak'tan kaynaklanan davalar da mutlak ticari niteliktedir²⁵³.

TTK'da düzenlenen bir konu, mutlak ticari hüküm sayılıp; bu işlerin “*ticari iş*” olduğu ve bu işlerden doğan davaların da *mutlak ticari dava* olduğu söylenebilir²⁵⁴.

2.2.2.1.2. *Türk Medeni Kanunu Madde 962-969'dan Kaynaklanan Davalar*

Taşınırların rehni karşılığında ödünç para verme işiyle uğraşanlarla yapılacak işlemleri düzenleyen TMK m. 962-969'dan doğan davaların ticari sayılması, rehin karşılığında ödünç

²⁵⁰ Arkan, s. 98; Karahan, s. 80.

²⁵¹ Arkan, s. 98.

²⁵² “Uyuşmazlık taşıma hukukunu ilgilendirmekte olup, TTK'nın 4. maddesinin 1. bendi uyarınca anılan yasada düzenlenmiş olan bütün hususlardan doğan hukuk davaları, mutlak ticari dava sayılır. Bu nitelikteki uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi'nin bakması doğru olmayıp...” Yarg. 11. HD. 29.09.2009, E. 2008/5221, K. 2009/9788 (Karahan, s. 80, dn. 1).

²⁵³ “Mahkemelerce, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda; uyuşmazlığın icra takibine konu bonolardan kaynaklandığı, bonoların yeni Türk Ticaret Kanunu'nda 776 ve devamı maddelerinde düzenlendiği, anılan kanunda düzenlenen hususların ticari dava olarak kabul edildiği, 6102 sayılı TTK'nın 5/3 maddesi uyarınca asliye ticaret ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkini görev ilişkisi olduğundan ve dava konusu uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olduğundan...” Yarg. 19. HD. E. 2014/19987, K. 2015/320 (Hür, Ali, “Ticari Davalarda Arabuluculuk”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93 S. 2019/1, s. 281).

²⁵⁴ Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018, s. 225.

para vermenin esas itibarıyla esnaf seviyesinin üzerinde, bir ticari işletme çerçevesinde yürütülecek olarak görülmesinden dolayıdır²⁵⁵.

2.2.2.1.3. *Türk Borçlar Kanunundan Kaynaklanan Davalar*

Bir malvarlığı veya işletmenin devralınması ve işletmelerin birleşmesi, şekil değiştirmesi ile ilgili hususları düzenleyen TBK m. 202-203'ten doğan davalar ticari niteliktedir. Örnek olarak, esnaf işletmesi veya ticari işletmenin devri söz konusu olduğunda, eski alacaklılar alacak davası açmaya yöneldiklerinde bu davada ticaret mahkemesinde görülür²⁵⁶. Hizmet sözleşmesiyle ilgili olarak TBK'nın 444-447. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağından doğan davalar da ticari niteliktedir.

Yayım sözleşmesi ile ilgili hükümleri düzenleyen TBK m. 487-501'den doğan davalar da ticari niteliktedir. TBK m. 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". Yayım sözleşmesi, eser sahibi ile eserden yararlanacaklar arasında bir köprü vazifesi gören bir sözleşme türüdür²⁵⁷. Yayım sözleşmesinde dikkat edilmesi gereken husus, yayım sözleşmesinin konusundan doğan eserlerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin davaların TTK m. 4-c gereğince mutlak ticari dava olmasına ve rağmen, TTK m. 5/1 "aksine hüküm bulunmadıkça" hükmü gereğince bir diğer ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olacağıdır²⁵⁸. Yayımcının, çoğu kez bir ticari işletme olacağı düşüncesi sebebiyle, yayım sözleşmesinden doğan davalar ticari sayılmıştır²⁵⁹.

Kredi mektubu ve kredi emri hakkındaki TBK m. 515-519'dan kaynaklanan davalar da ticari davadır. 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 belgedir. Kredi mektubu, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Uygulamada kredi mektubu, teminat mektubu olarak da anılır²⁶⁰. Teminat mektubu, lehtarın muhataba karşı yüklendiği bir

²⁵⁵ Arkan, s. 98.

²⁵⁶ Bozkurt, s. 226.

²⁵⁷ Gökyayla, Emre, "Yayım Sözleşmesinin Konusu", Marmara Üniversitesi HAD, C. 22, S. 3, Aralık 2016, s. 1133.

²⁵⁸ Börü/ Koçyiğit, s. 16.

²⁵⁹ Arkan, s. 99.

²⁶⁰ Börü/ Koçyiğit, s. 17.

edimin yerine getirilmesini garanti etmek amacıyla banka tarafından muhataba hitaben verilen mektup olarak da tanımlanabilir²⁶¹. Kredi mektubu, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Kredi emri ise öyle bir vekâlet çeşididir ki, vekil kredi emriyle vekâlet verenin, talimatına uygun olarak, kendi adına ve hesabına bir üçüncü kişiye kredi verme ya da bir krediyi yenileme, borcu altına girmeyi ve vekâlet veren de, vekilin üçüncü kişiye verdiği krediden kefil gibi sorumlu olmayı borçlanmaktadır²⁶².

Alım satım komisyonculuğunu düzenleyen TBK m.532-545. maddelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticaridir. Buna karşılık TBK m. 546'da düzenlenen "diğer komisyon işleri" ile ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar mutlak ticari sayılmaz; ancak taşıma işleri komisyonculuğu ise TTK m. 917 ve devamında düzenlendiğinden ticari dava sayılır²⁶³.

Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarını düzenleyen TBK m. 547-554'ten kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticari niteliktedir. Ticari temsilci, eski düzenlemede yer alan ticari mümessili ifade eden bir kurumdur²⁶⁴. Buna göre, 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 kişiye ticari temsilci denilmektedir. Tacir, ticari işletmesinin içinde bulunduğu duruma göre, yetkileri diğer tacir yardımcılarında nazaran daha geniş olan ticarî temsilciler yerine, kendisinin yetkilerini bizzat belirlediği daha sınırlı yetkilere sahip yardımcılara ihtiyaç duyabilmektedir²⁶⁵. İşte bu ihtiyaçları karşılayacak kişiler ise ticari vekil olarak adlandırılır. Diğer tacir yardımcılarını ise, TBK m. 551'e göre, toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri olup, o ticari işletme içinde çalışmakla görevli kimseler olarak tanımlanır²⁶⁶.

Son olarak, saklama sözleşmelerini düzenleyen TBK m. 561-580. maddelerinde vücut bulan uyuşmazlıklar da ticari sayılır.

²⁶¹ Çetin, Abdurrahman/ Dinç, Yusuf, "Türkiye'de Teminat Mektupları: Uygulamalar Ve Hukuki Sorunlar", Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 5, S. 9, Ocak 2014, s. 69.

²⁶² Börü/ Koçyiğit, s. 17.

²⁶³ Arkan, s. 101.

²⁶⁴ Demirkapı, Ertan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, s. 795.

²⁶⁵ Korucuoğlu Doğan, Özlem, "Ticari Vekil ve Ticari Vekilin Kanundan Doğan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü", AÇÜ Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2017, s. 3.

²⁶⁶ Börü/ Koçyiğit, s. 18.

2.2.2.1.4. *Fikri Mülkiyet Kanunundan Kaynaklanan Davalar*

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan²⁶⁷ doğan davalar da mutlak ticari davalardır. TTK m. 4'ün gerekçesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuat ifadesiyle bendin kapsamının geniş tutulduğundan bahsedilmiştir²⁶⁸. TTK m. 4'ün gerekçesinde ayrıca, bu konudaki davaların fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmesinin, davaların ticari olmadığı anlamına gelmeyeceği de açıklanmıştır.

2.2.2.1.5. *Borsa, Sergi, Panayır ve Pazarlar ile Antrepo ve Ticarete Özgü Diğer Yerlere İlişkin Hükümlerden Doğan Davalar*

Borsa, sergi panayır ve pazarlar ile antrepo gibi ticarete özgü yerlere ilişkin özel hükümlerde öngörülen uyuşmazlıklardan doğan davalar da mutlak ticari davalardandır. 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ve 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu ve bu Kanunlarla diğer düzenlemelerden doğan hukuk davaları da mutlak ticari davadır.

2.2.2.1.6. *Bankalara, Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kurumlara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Düzenlemelerden Kaynaklanan Davalar*

5411 sayılı Bankacılık Kanunu bankalarla ilgili temel düzenlemeleri içerir²⁶⁹. TTK m. 4/1'deki hüküm sebebiyle bankaya yatırılan mevduatın çekilmesi konusunda banka ile tasarruf sahibi bir memur arasında çıkacak uyuşmazlıklar da mutlak ticari davadır²⁷⁰. Buna ek olarak bazı bankalar hakkında çıkarılmış özel kanunlardan doğan hukuk davaları da ticari olarak kabul edilebilir; 1221 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 6107 sayılı

²⁶⁷ Örnek mevzuat: 551 sayılı Patent haklarının Korunması Hakkında KHK, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK. Dikkat edilmesi gereken husus: Bu KHK'lar 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK'nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden halen kullanılmaktadır.

²⁶⁸ TTK m. 4 Hükümet Gerekçesi: "*TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak "Fikri mülkiyet hukukuna" ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak inter alia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir. Açıklanmamış bilgiler hariç fikri mülkiyet kapsamına giren bütün konular Türk hukukunda düzenlendiği için, söz konusu bentte, sayma yöntemi yerine dalları ifade eden kavramın kullanılması gerekliydi*" şeklindedir.

²⁶⁹ "*Dava, davalı banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgi ve izni dışında internet yolu ile yapılan işlemler sonucu çekilmesi suretiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkin olup, davalı banka aleyhine açılan dava niteliği itibarıyla TTK'nin 4. maddesine göre mutlak ticari davalardandır. Davanın mahiyetine göre tüketici mahkemesinde de görülmesi mümkün değildir. Görev hususu resen ve davanın her aşamasında incelenmesi gereken hususlardan olduğundan...*" Yarg. 11. HD. 20.06.2011, E. 2009/15158, K. 2011/7472 (Karahana, s. 80, dn. 2).

²⁷⁰ Arkan, s. 102.

İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun örnek verilebilir²⁷¹.

6361 sayılı Kanun'da düzenlenen finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinde doğan uyuşmazlıklar da ticari niteliktedir.

2.2.2.2. Özel Kanun Hükümlerine Göre Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu'nda sayılanlar dışında diğer özel kanunlarla sevk edilen hükümler gereği, mutlak olarak nitelendirilebilecek, ticari yargı işleri de vardır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları²⁷² (m. 99), 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre "üreticiler ile meslek mensupları arasında veya meslek mensuplarının kendi aralarında Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar" dan belli miktarı aşanlar, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 62. maddesinden kaynaklanan davalar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

2.2.3. Nispi Ticari Davalar

"*Nispi Ticari Davalar*" olarak adlandırılan her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları da ticari dava olarak kabul edilir. Mutlak ticari davaların aksine, bir davanın nispi ticari dava olabilmesi için bazı şartların birlikte mevcut olması gerekir²⁷³. TTK'ya göre nispi ticari davadan söz edebilmek için "her iki tarafında tacir olması" ve uyuşmazlığın "her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması" şarttır. Bu şartlar mevcut ise, yukarıda sayılan mutlak ticari davalardan olmasa dahi, uyuşmazlık ticari dava konusudur ve dava şartı arabuluculuk kapsamındadır²⁷⁴.

2.2.3.1. Her İki Tarafın Ticari İşletmesini İlgilendiren Davalar

Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan davalar ticari nitelik taşır. Bu hükmün uygulanması için, uyuşmazlığın taraflarının tacir olması ve işin her iki tarafın

²⁷¹ Börü/ Koçyiğit, s. 21.

²⁷² "1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 99/1 hükmüne göre, bu kanunda 'Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır' hükmünü içermektedir. Kooperatife üye kaydı talebi de mutlak ticari davadır. Bu nitelikteki davaya bakma bakma görevi de ticaret mahkemelerine aittir" Y. 13. HD. E. 2009/13262, K. 2010/6216 (Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Mayıs 2013, s. 7).

²⁷³ Deliduman/ Oruç, s. 106.

²⁷⁴ Aslanpınar, s. 12.

ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekir. Taraflar tacir olmakla birlikte, sadece bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili olan davalar ticari nitelikte değildir; yani bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir²⁷⁵. Buna göre, bir tacirle tacir olmayan kimse arasında yapılan kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlık tacir olmayan taraf için ticari nitelik taşımadığından, bir ticari davadan da bahsedilemez²⁷⁶.

2.2.3.2. Bir Ticari İşletmeyle İlgili Davalar

Havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlığın ticari dava sayılabilmesi için, uyuşmazlığın taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olmalıdır.

TBK'nın 555-560. maddeleri arasında düzenlenen havale; havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir. Öyle bir işlemde doğan davanın ticari olabilmesi için, işlemin, en azından havale eden, havale ödeyicisi ya da havale alıcısından birinin ticari işletmesiyle ilgili olmalıdır. Örneğin, bir şirketin, ticari işletmesine ilişkin olarak tacir olmayan çiftçiden aldığı elmaların karşılığı ödeme yapmak amacıyla havaleden doğan uyuşmazlık ticari dava sayılırken, bir memurun, tacir olmayan çiftçiden evde tüketmek amacıyla aldığı elmaların karşılığını ödemek amacıyla yaptığı havaleden doğan uyuşmazlık ticari nitelikte değildir²⁷⁷.

Vedia (saklama) sözleşmesi TBK m. 561-580 arasında düzenlenmiş; saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmelerdir. Saklama sözleşmelerinin de ticari sayılabilmesi için uyuşmazlığın bir tarafın ticari işletmesinden kaynaklanması veya salt saklama sözleşmesinden kaynaklanması gerekir. Örneğin, otogarlarda saklama hizmetleri veren firmalar, ticari işletme olarak faaliyet gösterdiğinden bu saklama hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklarda taraflardan birisinin ticari işletmesi olması sebebiyle uyuşmazlık nispi ticari niteliktedir²⁷⁸.

Fikir ve sanat eserleri üzerinde eseri yaratanın sahip olduğu haklar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu Kanun'dan doğan davaların ticari sayılabilmesi için de, uyuşmazlığın bir ticari işletmeyle ilgili olması gerekir. Örneğin, bir

²⁷⁵ Karahan, s. 82.

²⁷⁶ Poroy/ Yasaman, s. 121.

²⁷⁷ Börü/ Koçyiğit, s. 25.

²⁷⁸ Börü/ Koçyiğit, s. 28.

piyesin, yazarının izni alınmadan temsil edilmesi dolayısıyla tiyatro sahibine açıklan davalar ticari iken; bir bilim adamının başka bir araştırmacı tarafından hazırlanan eseri kendi adı altında yayımlaması nedeniyle açılan tazminat davası ticari işletme ile ilgili olmadığından ticari dava niteliği yoktur²⁷⁹.

²⁷⁹ Arkan, s. 104.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK SÜRECİ, SONA ERMESİ VE ÖNEM ARZ EDEN HUSUSLAR

3.1. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Süreci

3.1.1. Arabuluculukta Yetki ve Temsil

Ticari uyuşmazlıklarda yetkili arabuluculuk bürosu HUAK m. 18/A-3'e göre, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adliyede o iş için görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüdür. Yetkili mahkeme ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6'ya göre, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir. O halde mahkeme evresinde başvuruda bulunacak taraf davacı olduğundan, yetkili arabuluculuk bürosu, davalının yerleşim yerindeki bürodur.

HUAK m. 18/A-8'e göre, *“Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, dosya üzerinden kesin nitelikte karar vererek dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir”*.

Arabuluculukta temsil açısından, HUAK m. 15/6'ya göre, arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir. Taraflar görüşmeye bizzat katılabilecekleri gibi, kanuni temsilcileri ya da avukatları tarafından da temsil edilebilirler.

HMK m. 74'e göre, açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, **alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz**, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.

Böylece bir avukatın arabuluculuğa başvurması ve tarafı temsil edebilmesi için, vekâletinde açıkça arabulucuya başvurma yetkisi bulunmalıdır. Aksi halde taraf avukat tarafından temsil edilemeyecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, iş uyuşmazlıklarında “işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı” da arabuluculuk görüşmelerinde temsilci olabilmekte iken, ticari uyuşmazlıklar için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

3.1.2. Arabulucunun Seçimi, Süresi, Ücreti ve Yapılan Giderler

3.1.2.1. Arabulucunun Seçimi

Arabulucu seçimini esasen taraflar yürütür. “*Taraflar, aralarında anlaşarak birlikte, arabuluculuk siciline²⁸⁰ kayıtlı belirli bir arabulucuya veya arabuluculuk merkezine²⁸¹ başvurabilir. Dava şartı kapsamında olup tarafların birlikte belirleyerek başvurduğu arabulucu, anlaşma olması halinde UYAP üzerinden dosya açarak işlemleri tamamlayabilir. Fakat süreç sonunda anlaşma olmaz ise, taraflar ve arabulucunun bir araya gelerek imza altına aldıkları arabulucu belirleme tutanağı, taraflar veya arabulucu tarafından adliye içerisinde bulunan arabuluculuk bürosuna sunulur ve sisteme kaydettirilir. Dava şartı arabuluculukta son tutanağın geçerli olması için arabuluculuk başvuru numarası ve dosya numarası olmak üzere iki numara taşınması gerekmektedir; bu numaralar, taraflar veya*

²⁸⁰ Sicile kayıtlı arabulucu listesine <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabulucu/> adresinden ulaşım sağlanabilir.

²⁸¹ “Arabuluculuk merkezi”, sicile kayıtlı arabulucuların bir araya gelerek arabuluculuk faaliyetlerini yürütmek üzere özel olarak kurmuş olduğu yerlerdir. Adliyedeki arabuluculuk bürosundan farklıdır.

arabulucu tarafından belirtildiği gibi arabuluculuk bürosu üzerinden sisteme kayıt yaptırılarak elde edilebilir”²⁸².

Taraflardan birinin seçeceği arabulucuyu diğer tarafın kabul etmesi halinde, taraflardan biri, seçeceği bir arabulucuya veya arabuluculuk merkezine başvurabilir; böylece seçilen arabulucunun başvuru hakkında bilgi vermesi üzerine diğer taraf seçilen arabulucunun süreci yürütmesini kabul ederse aynı şekilde süreç devam edip sonlandırılır.

Taraflar arabulucu seçimi hakkında aralarında anlaşamazsa, taraflardan biri uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adliyede o iş için görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvuru yapabilir. Bu halde, sistem üzerinden rastgele atanacak arabulucunun görevlendirmeyi kabul etmesiyle süreç başlar. Diğer tarafın/tarafların, özel nedenler dışında bu arabulucuya itiraz hakkı yoktur.

Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk sürecinin kilitlenmemesi için arabulucu seçimi konusunda bazı düzenlemeler ve farklılıklar bulunmaktadır. Arabulucunun seçiminde yukarıda bahsettiğimiz gibi seçim taraflara bırakılmıştır. Ancak tarafların sicile kayıtlı bir arabulucu ismi üzerinde anlaşamamaları halinde; arabulucunun seçiminin arabuluculuk bürosu tarafından yapılacağı öngörülmüştür²⁸³.

HUAK m. 18/A-3’e göre, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir.

HUAK m. 18/A-4’e göre, başvuru, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. HUAK m. 18/A-5 hükmü gereğince,

²⁸² Aslanpınar, s. 14.

²⁸³ Demir, İş Hukuku, s. 457.

arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir.

3.1.2.2. Arabulucunun Süresi ve Ücreti

Arabuluculuk süreci TTK m. 5/A hükmü gereğince kural olarak altı haftadır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir²⁸⁴. HUAK m. 18/A-8'e göre, yetki itirazı durumunda itirazın kabulü halinde kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir.

HUAK m. 18/A-15'e göre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Böylece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle geçirilen sürelerin taraflar açısından hak kaybına neden olması önlenmek istenmiştir.

Arabuluculuk ücreti tarafların faaliyet sonunda anlaşıp anlaşmamalarına göre farklılık gösterir. HUAK m. 18/A-12'ye göre, tarafların anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre ödenir. Bu durumda ücret Tarifesinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücretten az olamaz. Bu ücret kural olarak taraflarca eşit şekilde karşılanır; ancak ücreti taraflardan birinin karşılayabileceği ya da farklı oranlarda paylaşabileceği yönünde anlaşma sağlanabilir.

Faaliyetin anlaşma dışında sona ermesi halinde ise, HUAK m. 18/A-13'e göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifesinin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret taraflarca karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır. Bu itibarla, arabuluculuktan sonuç alınamayarak dava açılması halinde, Adalet Bakanlığı tarafından ödenen bu ücret yargılama giderlerine eklenir.

²⁸⁴ İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculukta ise süre kural olarak üç hafta olup, zorunlu hallerde en fazla bir hafta daha uzatılabilir.

3.1.2.3. Arabuluculukta Yapılan Giderler

HUAKY m. 26/4'e göre, arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Bu durumda yapılan giderleri hangi tarafın ödeyeceği, tarafların anlaşım anlaşmamalarına göre değişir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde yapılan zaruri giderleri taraflar öder. Anlaşmaya varılamaması halinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Burada belirtilmesi gereken husus, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması halinde Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan giderler söz konusu uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi durumunda haksız çıkacak taraftan tahsil edilecektir; ancak uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmemesi durumunda Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan giderler kendi üzerinde kalacaktır²⁸⁵.

Taraflar arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyabilir. 7155 sayılı Kanun'da adli yardım ile arabuluculuğa başvurma konusunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, HUAK m. 13/3'e göre, arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340. maddeleri kıyasen uygulanır.

3.1.3. İlk Toplantıya Davet

HUAK m. 18/A-6 hükmü gereğince, başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmî kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

HUAK m. 18/A-7'ye göre ise, taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç

²⁸⁵ Demir, İş Hukuku, s. 463.

duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda öncelikle taraflarla görüşerek kendini tanıtır, tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bu ilk toplantıya davet için bir davet mektubu hazırlayarak gönderir; bu davet mektubunun gönderimi için bir usul şartı bulunmamaktadır. Kargo, alma haberli posta, adi posta, kayıtlı elektronik posta, e-posta, SMS, telefon, görüntülü görüşme gibi yöntemlerin biri ya da birkaçı tercih edilebilir²⁸⁶.

HUAKY m. 25/2'ye göre arabulucu, adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirildikten sonra ilk önce başvuran taraftan başlamak üzere asiller ile ön görüşme yapar, başvuru ve diğer taraftan uyuşmazlığın esasını öğrenir. Arabulucu asilleri, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydalarının olduğunu hatırlatarak onları bilgilendirir. Asilleri ilk oturuma varsa vekilleri ile birlikte davet eder. Arabuluculuk bürosuna başvurulması ile bazı hukuki sonuçlar doğar²⁸⁷:

Büronun öncelikle yukarıda açıklanan işlemleri yapması ve süreci başlatması gerekir; büronun bu başvuru hakkında şekli hususlar dışında inceleme yapılması söz konusu olmaz; büro şekli hususlar yerine getirildiğinde, kendisinin yetkisi veya uyuşmazlığın niteliği, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ya da zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığı hususlarını inceleyemez.

Diğer bir sonuç; yukarıda da değindiğimiz gibi adliye arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, HUAK m. 16/1'e göre, arabuluculuk bürosuna başvurulması ile değil, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemeyeceğidir.

²⁸⁶ Aslanpınar, s. 15.

²⁸⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 161.

3.1.4. İlk Toplantıya Katılım ve Katılımın Önemi

Tarafların ilk toplantıya katılımı büyük önem taşımakta, aksi halde taraflar için çeşitli yaptırımlar bulunmaktadır. Bu yaptırımlar geçerli bir mazeret gösterilmediği takdirde uygulanır.

HUAK m. 18/A-11'e göre, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

Görüldüğü üzere burada üç ihtimal bulunmaktadır²⁸⁸: İlk durumda, taraflardan biri ilk toplantıya katılmazsa; bu sebeple arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. İkinci durumda, her iki taraf da ilk toplantıya katılmazsa; bu sebeple sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davada tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

Diğer bir durum ise, tarafların tamamı ilk toplantıya katılır ancak anlaşma olmaz ve dava açılırsa, yargılama gideri konusunda genel kurallar geçerli olup arabuluculuk sürecinin davadaki yargılama giderlerine etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda HMK m. 326'ya göre, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir. Ayrıca HMK m. 332 hükmü gereğince, yargılama giderlerine, mahkeme resen hükmeder; tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiğini ve dökümü hüküm altında gösterir. Hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceği, mahkemece ilamın altına yazılır. Böylece,

²⁸⁸ Aslanpınar, s. 15- 16.

tarafkların tamamı ilk toplantıya katılır ancak anlaşma olmaz ve dava açılırsa, yargılama gideri; aleyhine hüküm verilen taraftan istenir. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır²⁸⁹.

3.1.5. Görüşmelerin Yürütülmesi

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak bir süre ile sınırlandırılmıştır. Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır ve bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.

Arabulucu, ilk toplantıyla birlikte bir açılış konuşması yapar. Burada iradi olma, eşitlik, gizlilik gibi arabuluculuk ilkeleri, anlaşma ve anlaşmamanın sonuçları, düzenlenen belgelerin önemi ve gerekli diğer konularda taraflara bilgi verilir ve sonrasında müzakereler başlar. Arabulucu görüşmeleri ilk oturumda neticelendirmek zorunlu olmayıp ikinci, üçüncü oturumlar yapılabilir ve ticari uyuşmazlıkların özelliği sebebiyle bu durumun sıklıkla gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir²⁹⁰.

Bu sürecin yürütülmesinden öncelikle arabulucu sorumludur ve gerekli işlemleri zamanında yapmak bakımından çaba göstermeli, tarafları aydınlatmalı ve bilgilendirmelidir. Ancak arabulucunun çabasına rağmen taraflar süreci uzatan işlemler yapabilir ve bu nedenle süre geçirilebilir; bu durum taraflarca anlaşmaya varılmaması olarak kabul edilip arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalı ve son tutanağı düzenlemelidir. Çünkü tarafların anlaşmaya varması herhangi bir zamanda değil, kanunun öngördüğü zamanda gerçekleşmelidir²⁹¹.

Arabuluculuk görüşmeleri HUAK m. 18/A-17 hükmü gereğince, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür. Bu görüşmeler, kanunda açık düzenleme bulunmadığından, arabulucunun çalışma yeri olan bürosu veya tarafların ortak bir karara varmaları halinde başka bir yer ya da taraflardan birinin bulunduğu yer ve hatta mahkeme binalarında bu iş için ayrılmış yerlerde yapılabilir.

²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 606.

²⁹⁰ Aslanpınar, s. 17.

²⁹¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 167.

Arabuluculukta her türlü iletişim vasıtası kullanılabilir. Bununla birlikte hazır olmayanlar arasındaki görüşmelerde imzanın tamamlanmasında çeşitli sorunlar doğabilmektedir. Çünkü bu konuda mevzuatta açık bir düzenleme ve uygulama birliği bulunmamaktadır. Bazı arabulucular kargolama gibi yöntemlerle imzayı daha sonra tamamlatırken, bazı arabulucular hazır olunmadan katılım olduğunu tutanakta belirterek kendi imzasını atmaktadır²⁹².

Uygulamada yaşanan sorunlardan dolayı imza hususunda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin davacı taraf zorunlu arabuluculuk şartını yerine getirerek dava açtığı anda, davalı arabuluculuk tutanağını imzalamadığını iddia edebilmektedir. Bu durumda imzaların sıhhati araştırıldığında gerçekten de davalıya ait olmayan imza sebebiyle dava, dava şartı yokluğuyla usulden reddedilmekte ve ciddi hak kayıpları yaşanmaktadır. Bu durumun önüne geçilmesi için, gerekli düzenleme yapıncaya dek, gerekirse imzalar 4853 sayılı Noterlik Kanunu m. 32.'ye göre noter huzurunda atılmalı, bunun mümkün olmadığı hallerde geçici noter olarak adlandırılan Adalet Bakanlığınca görevlendirilecek icra müdürü, icra müdür yardımcısı veya kâtip sınıfından bir adalet memuru huzurunda atılmalıdır.

3.2. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

3.2.1. Genel Olarak

Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşmaya varması veya varamaması, taraflara ulaşılamaması ya da tarafları katılmaması sebebiyle görüşmenin yapılamaması sebebiyle sona erer. HUAK m. 18/A-10'a göre, arabulucu; taraflara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir. İlgili hükümde yalnızca bu ihtimaller belirtilmiş olmakla birlikte, HUAK'ın diğer hükümleri ve iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk uygulamaları dikkate alındığında bu ihtimallere "başvurucunun vazgeçmesi", "uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşılması" gibi diğer hususları da eklemek yerinde olacaktır²⁹³.

²⁹² Aslanpınar, s. 23.

²⁹³ Aslanpınar, s. 18, dn. 7.

Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı anlaşılması hali zorunlu arabuluculukta düzenlenmemiş, ihtiyari arabuluculukta düzenlenmiştir. Burada genel bir sınır ifade edilmekle birlikte, arabuluculuğa elverişli olmayan bir konu ne ihtiyari ne de zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilemez²⁹⁴.

3.2.2. Tarafların Anlaşmaya Varması Halinde

Tarafların anlaşmaya varması halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer. HUAK m. 17 hükmü gereğince, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştikları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtmek 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 faaliyeti ve görüşmeleri sonunda düzenlenen belgenin içeriğini taraf iradeleri belirler; belgenin mümkün olduğunca açık ve yeni bir ihtilafa yol açmayacak kadar net olması gerekir²⁹⁵. Anlaşma içeriğinde taraf iradelerine göre hukuki ihtilaf net bir şekilde tespit edilip, uyuşmazlığı sona erdiren hususlar da her türlü şüpheden uzak şekilde eda niteliği taşıyacak şekilde sonuca bağlanması gerekir²⁹⁶.

HUAK m. 18/2'ye göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Şerh talebi işlemi çekişmesiz yargı işidir ve inceleme dosya üzerinden yapılır²⁹⁷. Mahkeme icra edilebilirlik şerhi açısından inceleme yaparken; uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığı, anlaşmanın içeriğinin icra edilebilir mahiyette olup olmadığı, arabulucunun sicile kayıtlı olup olmadığı ve nihayetinde de anlaşmanın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanıp imzalanmadığını kontrol eder²⁹⁸.

²⁹⁴ Ekmekçi/Özkes/Atalı, s. 171.

²⁹⁵ Demir, İş Hukuku, s. 465; Benzer yönde bkz. Kekeç, s. 197 vd.

²⁹⁶ Demir, İş Hukuku, s. 465.

²⁹⁷ Ancak yasada aile hukukundan kaynaklanan ve arabuluculuğa elverişli ihtilafalarda, icra edilebilirlik şerhine ilişkin taleplerin mutlaka duruşmalı olarak görülmesi gerektiğini düzenlenmiştir.

²⁹⁸ Yıldırım, Ferhat, "Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", International Journal of Social Sciences and Education Research 2 / 3, Temmuz 2016, s. 760. Ayrıca bkz. Odaman, Serkan,

Zorunlu arabuluculukta, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Bu belgenin ilam niteliği taşımasının nedeni, daha sonraki uyuşmazlıkta veya sadece taraflardan birinin ödemeye isteksiz olması durumunda ek bir devlet yargılamasının önüne geçmek için karşılıklı anlaşmaya dayalı hükümlerin icra edilebilirlik olanağının yararlı ve arzu edilen bir değere sahip olması hususundan kaynaklanmaktadır²⁹⁹.

Anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge sayılabilmesi ve üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmaması nedeniyle son derece önemlidir; Bu nedenle, kapsamı taraflarca belirlenen bu belge dikkatle hazırlanmalıdır³⁰⁰. Belgenin icraya konulacağı zaman tereddüt taşınamaması oldukça önemli bir konudur.

Bu konuda HMK m. 297/2 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, *“Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir”*. Metinde uzlaşma sonucu olarak ifade edilecek bir kısım mutlaka yer almalı ve varılan anlaşmaya bağlı kalınmazsa icraya konulacak kısım, bir mahkeme hükmü gibi açık açık yazılmış olmalıdır³⁰¹. HUAK m. 18/3’e göre, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır³⁰². 12.10.2017 tarihli değişiklikten önceki HUAK m. 18’de, *“İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme doya üzerinden de yapılabilir”* hükmü yer almaktaydı. Bu değişiklikte birlikte sadece bir imkân olan dosya üzerinden inceleme hali, kural haline gelmiştir³⁰³. Ayrıca HUAKY m. 21/6’ya göre, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra

“Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 1753-1766.

²⁹⁹ Prütting, Hans, Arabuluculuk ve Hukuk Devleti, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 234.

³⁰⁰ Aslanpınar, s. 18.

³⁰¹ Kekeç, s. 201.

³⁰² *“İcra edilebilirlik talepleri üzerine yapılacak incelemenin bir dava olmayıp çekişmesiz yargı işi olduğu açıkça belirtilmişse de Yargıtay hala eski alışkanlıklara çekişmesiz yargı işini davaya benzetmeye çalışmakta, kararda davacı, davalı ve davanın reddi ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir”* Y. 9. HD. 8.12.2016 25300/21744 (Kazmaz Tepe, Büşra, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usulü”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 2018, s. 126 dn. 4).

³⁰³ Kazmaz Tepe, s. 128.

edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. 12.10.2017 tarihinde eklenen bu fıkra ile belge icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın taraflar ve avukatları ile birlikte arabulucunun imzaladığı belge İcra İflas Kanunu m. 38'e göre ilam niteliğinde sayılır³⁰⁴. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacaktır³⁰⁵.

3.2.3. Tarafların Anlaşmaya Varamaması Halinde

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varamayabilir. Bu anlaşmazlık farklı şekillerde kendisini gösterir. Örneğin, tarafların her ikisi veya biri arabuluculuk faaliyetine katılmaktan kaçınabilir veya taraflar arabuluculuk faaliyetine katılır, müzakere yapılır ancak arabuluculuk faaliyeti başarısızlıkla sonuçlanabilir.

Tarafların anlaşmaya varması dışındaki haller anlaşmanın olmamasının farklı şekillerde görünümüdür; çünkü tarafların açıkça anlaşamayacaklarını belirtmeleriyle görüşmelere katılmayarak anlaşmaya engel olmaları aynı sonucu doğurur. Arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmadığı ve hangi sebeple olursa olsun sona erdiği halde arabulucu bunu tespit eden tutanağı tutmakla yükümlüdür. Bu tutanağın arabuluculuk bürosuna teslim edilmesiyle arabuluculuk süreci sona ermiş olur. Anlaşmaya varılmadığını belirten son tutanakla birlikte, taraflar dava açma şartını yerine getirmiş olurlar ve böylece dava açma engeli ortadan kalkmış olur³⁰⁶. Böylece taraflar sürecin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından, ileri sürmek istedikleri hakkı dava yoluyla talep edebilir.

HUAK 18/A-2'ye göre, davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır aksi takdirde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi halde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir.

³⁰⁴ İlâm, bir davanın mahkeme tarafından nasıl hükme bağlandığını gösteren resmi belge; yargı belgesi; mahkemenin verdiği nihai kararın, iki taraftan her birine yöntemine göre verilen onamlı örnekleri; mahkeme kararı örneği şeklinde tanımlanır. (Ermek, İbrahim, “İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış”, MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği 14. Toplantı, İlamlı İcra, Ankara 2018, s. 16).

³⁰⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 20, S. 2, Aralık 2018, s. 1-31.

³⁰⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 173.

Arabulucu HUAK m. 18/A-10 gereğince, taraflara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir.

3.3. Önem Arz Eden Hususlar

3.3.1. Genel Olarak

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk faaliyeti uygulanırken bazı hususlarda düzenleme bulunmadığından bu konuda sorunlar ve belirsizlikler meydana gelmektedir. Örneğin kısmi ve belirsiz alacak talepleri konusunda arabuluculuk sürecinin nasıl uygulanacağı veya sonuçlarının ne olacağı hususunda bir düzenleme yoktur. Bunun dışında, karşı davalarda, davaların yığılması ve benzeri uygulamalarda zorunlu arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde olacağı açık ve net değildir. Aşağıda bu durumlara değinmeye çalışacağız.

3.3.2. Kısmi Dava ve Belirsiz Alacak Talepleri

Kısmi dava, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilen davalardır. Kısmi dava açılabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekir³⁰⁷: Alacağın tamamının aynı hukuksal ilişkiden doğmuş olmalı; istem konusu niteliği bakımından bölünebilir olmalı ve kısmi dava açılması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyamamalıdır. Kısmi davanın amacı doktrinde, “*ispat durumunun zorluğu ve hukuki durumun açık olmamasından kaynaklanan yargılama giderleri rizikosunun azaltılması*” şeklinde ifade edilir³⁰⁸. Kısmi dava açmanın çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Kısmi dava açılmasıyla, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan kesimi için zamanaşımı kesilir ve yalnızca kısmi dava konusu yapılan kesimi için hak düşürücü süre korunmuş olur³⁰⁹.

Mahkeme kısmi davanın haklı olduğu kanaatine varırsa, davalı alacağın ancak kısmi dava konusu yapılan bölümünü ödemeye kanaat ederken dava konusu dışında bırakılan saklı tutulan alacak hakkında karar veremez. HMK m. 26’ya göre, hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır ve talepten ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez.

³⁰⁷ Ercan, İsmail, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 201.

³⁰⁸ Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, Cilt 2, İstanbul 2017, s. 989.

³⁰⁹ Kuru, s. 146.

Zorunlu arabuluculuk kapsamındaki sorun, kısmi dava içinde ıslah veya ayrı ek dava söz konusu olduğu halde bunlar için yeniden arabuluculuk sürecinin işletilip işletilmeyeceği hususudur. Çünkü bilindiği gibi kalan kısım, karşı tarafın açık muvafakati, ıslah veya ek bir davayla talep edilebilir. Bu husus da tartışmalı olmakla birlikte, aynı alacak için bir kere arabuluculuk süreci işletildiğinde, bu alacağın kısmi veya tam olması önem taşımaması gerektiği; zaten kısmi talepte anlaşılmadığı zaman geriye kalan kısım için de anlaşılmayacağından, tekrar bir sürecin başlatılması gerekli olmadığı varsayılır³¹⁰. Benzer başka bir görüşe göre, kısmi davada talep konusu iddiayı genişletme yasağının istisnaları olan kısmen ıslah veya karşı tarafın açık rızası ile artırılırken, artırılan talep konusu bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bununla birlikte, kısmi dava sırasında talep konusu artırılmadığı, daha sonra fazlaya ilişkin haklarla ilgili talep konusunun geri kalan kısmı bakımından ek dava açıldığı hallerde, uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanabilir³¹¹.

Davanın tamamen ıslahı ile kısmi ıslahı arasında farklar bulunmaktadır. HMK m. 176/1'e göre, taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir. HMK m. 180 hükmü gereğince taraf, davasını tamamen ıslah ettiğini bildirdiği tarihten itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır. Aksi hâlde, ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir. Dava konusu tamamen ıslah edildiği takdirde, eğer ki yeni davanın konusu, TTK 5/A kapsamına giriyorsa, kanaatimizce zorunlu arabuluculuk kurumu işlerlik kazanacaktır. Burada özellik arz eden husus, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede hak düşürücü süre işlemeyeceğidir. Bu husus yalnızca maddi hukuktaki değil, usul hukukundaki hak düşürücü süreleri de etkilediğinden, davanın tamamen ıslah edildiği bildiriminden itibaren bir haftalık süre içinde arabuluculuk bürosuna başvurulmasıyla birlikte yeni dava dilekçesi verilmesi süresi de duracaktır³¹².

Belirsiz alacak talebi ise, HMK m. 107/1'de, "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da*

³¹⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 187.

³¹¹ Koçyiğit/ Bulur, s. 69.

³¹² Koçyiğit/ Bulur, s. 69-70.

değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir” şeklinde düzenlenmiştir. Belirsiz alacak talepleri bakımından zorunlu arabuluculukta ise, alacak tek olduğundan arabuluculuk müzakerelerinde tartışılan miktarın önemi olmaksızın, daha sonra dava açıldığında tüm alacak için dava şartı yerine getirildiği şeklinde bir görüş mevcuttur³¹³.

Başka bir görüşe göre ise, talep konusu iddiayı genişletme yasağına tâbi olmaksızın artırılırken, artırılan talep konusu bakımından zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacağı yönündedir. Ancak, belirsiz alacak davası sırasında talep konusu arttırılmaz, daha sonra ise fazlaya ilişkin haklarla ilgili talep konusunun geri kalan kısmı bakımından ek dava açılırsa, bu davanın TTK m. 5/A kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır³¹⁴. Kanaatimizce belirsiz alacak taleplerinde tek bir alacak dava konusu olduğundan, belirsiz olan kısmın istenmesi sebebiyle zorunlu arabuluculuk kurumun tekrar işletilmesi isabetli olmayacaktır.

3.3.3. Karşı Dava

Zorunlu arabuluculuk ile ilgili düzenleme yapılırken öngörülmeleyen bir diğer sorun ise karşı dava konusudur. Karşı dava HMK m. 132 ile 135 arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, *“açılmış ve görülmekte olan bir davada, davalının aynı mahkemede, davacıya karşı açtığı dava”* olarak tanımlanır³¹⁵. Davalı, bu halde davacının açmış olduğu davadaki iddialara karşı yalnızca savunma yapmakla yetinmemekte, ayrıca davacıdan olan bir hakkının da hüküm altına alınmasını ister³¹⁶. Karşı dava; doktrin ve uygulamada *“karşılık dava”*, *“mukabil dava”*, *“davayı mütekabile”* gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır³¹⁷.

Karşı dava açılabilmesi için HMK hükümlerine göre gerekli şartlar şunlardır: Asıl dava derdest olmalıdır, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunmalıdır, asıl dava ile karşı dava aynı yargı yoluna tabi olmalıdır. Karşı dava cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçeyle açılmalıdır.

³¹³ Ekmekçi/Özeker/Atalı, s. 188.

³¹⁴ Koçyiğit/ Bulur, s. 70.

³¹⁵ Kuru, s. 453; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1228; Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 2015, s. 454.

³¹⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1229; İyilikli, Ahmet Cahit, *“Mütekabil (Karşılık) Dava”*, Yargıtay Dergisi, C.30, S. 1-2, Ocak- Nisan 2004, s. 147.

³¹⁷ Küçükaydın, Emine Aslı, *“Karşı Dava”*, TBB Dergisi, Mart- Nisan 2016, S. 123, s. 211.

Bilindiği gibi karşı dava da asıl dava ile birlikte incelense de, asıl davaya oranla bağımsız ayrı bir davadır. HMK m. 134'e göre, asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz. Kanaatimizce karşı davada ileri sürülecek olan talep konusu TTK 5/A kapsamına giriyorsa, zorunlu arabuluculuk kurumu işlerlik kazanacaktır. Burada özellik arz eden husus, daha önce de belirtildiği gibi arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede hak düşürücü süre işlemeyeceğidir. Bu husus yalnızca maddi hukuktaki değil, usul hukukundaki hak düşürücü süreleri de etkilediğinden, esasa cevap süresi içinde arabuluculuk bürosuna başvurulmasıyla birlikte karşı dava açma süresi de duracaktır³¹⁸.

3.3.4. Terditli Davalar ve Davaların Yığılması

Davacı açtığı davada birden fazla talepte bulunuyor ve fakat asıl talebi kabul edilmediği takdirde yardımcı talebi hakkında karar verilmesini istiyorsa bu terditli dava olarak karşımıza çıkar. Terditli dava HMK m. 111'de düzenlenmiştir. Bu davanın açılmasının şartları; talepler arasında aslilik ferilik ilişkisi bulunmalı ve birlikte ileri sürülen bu talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağ bulunmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk kurumu hazırlanırken terditli davalarla ilgili bir düzenleme yapılmamış ve bu karışıklığa sebep olmuştur. HMK m.111/2 uyarınca hakim zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan esas talebi reddettikten sonra ferî talebe geçecektir. Ferî talep dava şartı arabuluculuğa tabi ise arabulucuya başvurması için davacıya HMK m.115 hükmüne göre bir haftalık süre vermelidir. Ancak başka bir görüşe göre, terditli davalarda da ferî talep, dava şartı arabuluculuğu gerektiren uyuşmazlığa ilişkin ise dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmalıdır³¹⁹. Başka bir görüşe göre ise, asli veya ferî taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması yeterlidir; bu durumda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır³²⁰.

Bir görüşe göre, talebin birden fazla olduğu ve bu taleplerden; bazılarının bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olduğu, bazılarının ise böyle olmadığı durumlarda yasal olarak düzenleninceye kadar öncelikle arabulucuya

³¹⁸ Koçyiğit/ Bulur, s. 71.

³¹⁹ <http://istanbulymmo.org.tr/dosyalar/sunumlar/20190131/2019RicariDavalardaDavaSarti.pdf>. (E.T.27.04.2019).

³²⁰ Koçyiğit/ Bulur, s. 69.

başvurulmasında fayda vardır³²¹. Aksi halde HUAK m. 18/A-2 “*Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği*” hükmü sebebiyle hak kaybı yaşanabilecektir. Ancak bu durumda da zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan bir uyuşmazlığa, kurum uygulandığı takdirde arabuluculuğun amacı dışına çıkılarak zaman ve masraf bakımından taraflar yine mağdur olabilecektir. Bunun da önüne geçilmek için kanaatimizce dava açmadan yerleşik uygulamalara bakmak, gerekli araştırmaları yapmak uygun olacaktır.

Davaların yığılması (objektif dava birleşmesi), HMK m. 110’da düzenlenmiştir. Buna göre, davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini tek bir davada istemesi davaların yığılması olarak nitelendirilir. Öğretide buna kümülatif yığılma da denilmektedir³²². Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede önemlidir³²³. Objektif dava birleşmesinin koşulları şunlardır³²⁴: Davacının aynı davalıya karşı ileri sürülebileceği birden fazla talebi olmalıdır. Talepler arasında aslilik- ferilik ilişkisi kurulmamış olmalıdır. Birlikte ileri sürülen taleplerin tümü aynı yargı çeşidi içinde olmalıdır. Taleplerin tümü bakımından geçerlilik taşıyan bir ortak yetkili mahkeme bulunmalıdır. Davanın açılacağı mahkemenin ileri sürülecek talepler hakkında aynı zamanda görevli de olmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk kurumu açısından ise, birlikte ileri sürülen taleplerden bir veya birkaçı hakkında zorunlu arabuluculuk söz konusu ise bu talepler bakımından arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu açıktır. Böyle bir durumda birlikte dava açılması mecburiyeti olmadığından bu talepler ayrı ayrı değerlendirilmeli, zorunlu arabuluculuk kapsamında olanlar için arabulucuya başvurulması gerekirken diğerleri için dava açılabilir. Ancak zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayan diğer talepler de tarafların anlaşmasıyla kapsam dahiline alınabilir. Bu taleplerin hepsi zorunlu arabuluculuk sürecine dahil edilmeyecekse zorunlu arabuluculuk kapsamında olanlar için bu süreç işletilir, diğer talepler içinse dava açılır. Böyle bir durumda bekletici mesele imkanı üzerinde durulmalı; dava konusu yapılan tüm talepler bakımından davaya devam edilmelidir. Çünkü, tarafların nasıl bir anlaşmaya vardığı diğer talepleri de etkileyecektir³²⁵.

³²¹ Aslanpınar, s. 21.

³²² Ercan, s. 198.

³²³ Yılmaz, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Getirdiği Yeni Hükümler, Ankara 2012, s. 424.

³²⁴ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1094 vd.

³²⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 193 vd.

3.3.5. Dava Arkadaşlığı

Dava arkadaşlığı HMK m. 57 ile 60 arasında düzenlenmiştir. Dava arkadaşlığında birden fazla davacı veya davalı vardır. Burada, ya birden fazla davacı, davalıya karşı birlikte dava açmakta ya da bir davacı birden fazla kişiye karşı dava açmaktadır. İşte bir tarafta bulunan birden fazla kişiye dava arkadaşları, bunlar arasındaki ilişkiye de dava arkadaşlığı denilmektedir³²⁶.

Dava arkadaşlığı ihtiyari ve mecburi olmak üzere iki türdür. İhtiyari dava arkadaşlığı, HMK m. 57/1' e göre şu haller, “a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması” şeklinde sayılmıştır. İhtiyari dava arkadaşlığında, taraflardan her bir diğer dava arkadaşlarından bağımsız olarak hareket eder. İhtiyari dava arkadaşlığı ile amaçlanan; usul ekonomisine uygun şekilde yargılama yapılması ve çelişik kararlar verilmesinin engellenmesidir³²⁷.

Maddi hukuktan kaynaklanan nedenlerle ihtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu hallerde, içinde buldukları uyumsuzluğun çözümü için arabulucuya başvurabilecek olanlar bakımından kıyasen ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı ortaya çıkar³²⁸. Zorunlu arabuluculuk kavramı açısından ihtiyari dava arkadaşlarının tümü yönünden arabuluculuğa başvurulması gerekmeyecektir. Çünkü ihtiyari dava arkadaşlığında birlikte hareket zorunlu değildir ve bu nedenle tüm işlemler ayrı ayrı da yapılabilir.

Mecburi dava arkadaşlığı ise HMK m. 59'da, “maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır” şeklinde açıklanmıştır. Mecburi dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburi ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere iki türdür. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortak olup da, bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir hüküm

³²⁶ Kuru, s. 367.

³²⁷ Erdönmez, Güray, “HMK m. 57/1-c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 699.

³²⁸ Demir, Şamil, “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2013, s. 295.

verilmesi gereken durum olarak açıklanabilir³²⁹. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığına örnek olarak, elbirliği ile mülkiyet, kira sözleşmesinde birden fazla kiralayan veya kiracı bulunması verilebilir. HMK m. 60'a göre, mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder. Bununla birlikte, mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde, taraflardan sadece bir kısmı dava açmış veya bir kısmına karşı dava açılmışsa, dava hemen reddedilmeyerek, eksikliğin giderilmesi için süre verilir. Bu süre zarfında, dava arkadaşlarının tamamının davada yer alması şart yerine getirilmezse, dava sıfat yokluğundan reddedilir³³⁰.

Maddi mecburi dava arkadaşlığı bakımından, arabuluculuk arkadaşlığında, yalnızca bir uyuşmazlık vardır. Bu sebeple arabuluculuk teklifini götüren taraf, karşı tarafa bu teklifi ancak birlikte götürebilir; teklifi alanlar ise ancak birlikte kabul edebilirler. Mecburi arabuluculuk arkadaşları ancak hep birlikte arabulucuya başvuru teklifinde bulunabilir³³¹.

Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde, kanunun, gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için, birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kıldığı hallerde ortaya çıkar³³². Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının varlığı nedeniyle birlikte dava açılması gereken haller, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıklar olmadıklarından mecburi arabuluculuk arkadaşlığına kıyasen uygulanamayacaktır³³³.

³²⁹ Kuru, s. 368.

³³⁰ Sarıözen, Serhat, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler", TBB Dergisi, S. 96, Y. 2011, s. 346.

³³¹ Demir, Arabuluculuk Arkadaşlığı, s. 300.

³³² Kuru, s. 370.

³³³ Şekli mecburi dava arkadaşlığına örnek olarak, "...Somut olay değerlendirildiğinde, kooperatif yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin davaların kooperatif aleyhine açılması zorunludur. Nitekim eldeki dava da kooperatif aleyhine açılmıştır. Ancak istem, dava dışı Sevim Ş.'e üyeliğin devrine dair kararın iptaline ilişkin olduğuna göre mahkemece verilen karardan Sevim Ş.'n haklarının da etkileneyeceği şüphesizdir. Bu durum Sevim Ş.'n de davada yer alması ve kendi hakkını koruyacak açıklama ve ispat haklarını kullanmasını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre somut olaya özgü olarak davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usul) bakımdan mecbur dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir...". Yarg. HGK, T. 28.02.2018, E. 2017/23-1911,

3.3.6. İlamsız İcra

Para ve teminat alacakları dışındaki alacaklar için, bir ilam olmaksızın icra dairesine başvurulamamasına rağmen, konusu para veya teminat olan alacaklar yönünden ilâm alınmadan da takip yapmak mümkün olduğundan, alacaklı para veya teminat alacağı için önce dava açmadan da takip yapabilir. Genel haciz yoluyla takip, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip ve kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi hükümleri uyarınca takip başlatmadan önce, arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir³³⁴. Ancak, taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurularının önünde bir engel yoktur.

3.3.7. İtirazın Kaldırılması Talebi

İtirazın kaldırılması talebi , İİK m. 68 ile 70 arasında düzenlenmiş olup, borçlunun takibe itiraz etmesi üzerine durmuş olan ilamsız icra takibine devam edilmesini sağlayan yollardan biridir³³⁵. İtirazın kaldırılması, borca itiraz edilmiş olması hali için itirazın kesin kaldırılması ve imzaya itiraz edilmesi hali için itirazın geçici kaldırılması olmak üzere iki türdür. İtirazın kaldırılması takip hukukuna özgü bir yol olup, bir dava olarak nitelendirilemez. Ayrıca itirazın kaldırılması yolunda, sınırlı bir inceleme söz konusu olur. Alacaklı, alacağını yalnız İİK m. 68-68-a'da sayılan belgelerden biri ile ispat edebilir. İtirazın kaldırılmasında tanık ve yemin delillerine başvurulamaz ve bu nedenle icra mahkemesinin itirazın kaldırılması ile ilgili kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenlerdendir ki icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurulmadan önce, kanaatimizce zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

3.3.8. Borçtan Kurtulma ve Menfi Tespit Davası

İİK m. 69/2'de düzenlenen, borçlunun, itirazın geçici kaldırılması kararının kesin kaldırmaya dönüşmesini engellemek için geçici kaldırma kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde, genel mahkemede, açabildiği borçtan kurtulma davasında, İİK m. 72/1'de düzenlenen, maddi hukuk bakımından borçlu olunmadığı iddiası ile açabildiği menfi tespit davasında, İİK m. 72/4'e göre, cebrî icra tehdidi altında ödemek zorunda kaldığı paranın geri verilmesi için açabildiği istirdat davasında³³⁶ ve İİK m. 89/3'e göre, borçlunun

K. 2018/344. <http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/sekli-usuli-bakimdan-mecburi-dava-arkadasina-davanin-yoneltilmesi-gerekir> (E. T. 09.06.2019).

³³⁴ Koçyiğit/ Bulur, s. 67; Benzer yönde bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı, s. 194-195.

³³⁵ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Ankara 2014, s. 173.

³³⁶ Menfi tespit ve istirdat davalarında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Uyar, Talih, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2017.

üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczinde bildirim yani üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine açılacak menfi tespit davasında, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair bir görüş mevcuttur³³⁷.

Menfi tespit davasında arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmaması tartışmalıdır. Menfi tespit davasının sadece bir tespit hükmü içerdiğini savunan görüşe göre arabuluculuğa başvuru zorunlu olmayıp, ancak bu dava sonucunda bir miktar paranın ödenmesi gerektiğinden bahisle bir alacak davası gibi nitelendiren görüşe göre bu dava zorunlu arabuluculuğa tabidir. Ne doktrinde ne de uygulamada bu konu hakkında bir görüş birliği yoktur. Uygulama henüz çok yeni olmasına rağmen çelişik hükümler verilmeye başlanmıştır. Örneğin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi bir kararında, menfi tespit davalarında TTK m. 5/A kapsamında bir alacağın tahsili talebi olmadığından, sadece bir tespit hükmü içerdiğinden bahisle bu davaların zorunlu arabuluculuk kapsamına girmeyeceği yönünde karar vermiştir³³⁸. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi ise, TTK'nın 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını belirtmiştir³³⁹. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği bir kararda ise, kambiyo senedine dayalı alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibi nedeniyle açılan menfi tespit davasında, kambiyo senetlerinin TTK'da düzenlenmiş olması sebebiyle bu talebin de TTK m. 5/A kapsamında değerlendirileceğinden zorunlu arabuluculuk kapsamına gireceği şeklinde karar vermiştir³⁴⁰. Kanun'da bir an evvel yasal düzenleme yapılması kafa karışıklıklarını

³³⁷ Koçyiğit/ Bulur, s. 67-68.

³³⁸ "...Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır..." İstanbul BAM 14. HD. E. 2019/521, K. 2019/423, T. 21.03.2019. <https://www.adaletbiz.com/bam/istinaf-mahkemesi-menfi-tespit-davasi-zorunlu-arabuluculuk-kapsaminda-degil-h241545.html> (E.T. 09.06.2019).

³³⁹ İstanbul BAM 19. HD. E. 2019/1734, K. 2019/1521, T. 28.06.2019. (Karar elden alınmıştır).

³⁴⁰ "...Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK'nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup

giderecek ve zorunlu arabuluculuk kurumunun amacına uygun şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.

3.3.9. İtirazın İptali Davası

İtirazın iptali davası İİK m. 67’de düzenlenmiş olup, genel hükümler çerçevesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebildiği bir alacak davasıdır. İtirazın iptali davası neticesinde itirazın kaldırılması talebinden farklı olarak, esas hakkında hüküm verildiğinden, mahkemenin verdiği kabul veya ret kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle itirazın iptali davasına konu teşkil eden eğer uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklardan ise kanaatimizce dava açmadan evvel arabuluculuğa başvuru zorunludur³⁴¹.

3.3.10. İflas Davaları

İflasa tabi bir kimsenin iflas ettirilebilmesi için takip edilmesi gereken yola iflas yolu denilmektedir. İflas yolu ise takipli ve takipsiz iflas yolu olmak üzere ikiye ayrılır. Takipli iflas yolunda, alacaklının ticaret mahkemesine iflas davası açabilmesi için öncelikle iflas takibi yapması gerekir. Takipli iflas yolunda borçlu yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmişse, alacaklı iflas davası ile borçlunun itirazının kaldırılmasını ve borçlunun iflasına karar verilmesini ister. Buradaki itirazın kaldırılması genel haciz yolundaki itirazın kaldırılmasından tamamen farklıdır³⁴². Şöyle ki; genel haciz yolunda icra mahkemesinin incelemesi yalnız belgelere göre ve ilamsız icra kuralları çerçevesinde yapılmasına rağmen buradaki inceleme ticaret mahkemesince genel hükümlere göre yapılır³⁴³. Bu nedenle takipli iflasta borçlu alacağa itiraz etmişse, alacaklı itirazın kaldırılması ve iflas talebini beraber talep

tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan bu sebeplerle davalının yerinde bulunmayan istinaf kanun yolu başvurusunun HMK'nın 353/(1)-b-1. maddesi gereğince esastan reddine karar vermek gerekmiştir... ”. Erzurum Bam 3. HD. E. 2019/531, K. 2019/549, T. 27.03.2019. (Karar elden alınmıştır).

³⁴¹ Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında itirazın iptali davalarında arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğuna ilişkin karara imza atmıştır. Bu karara göre, “*Dava, kredi kartı kullanımı nedeni ile oluşan alacağın tahsili için yapılan icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Dosya kapsamındaki yazı, belge ve bilgilere, yasaya uygun gerektirici nedenlere, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinde dayanan delillerle, delillerin tartışılması sonucu maddi olay ve hukuki değerlendirmede usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapıлып, kamu düzenine herhangi bir aykırılığın da bulunmamasına, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan mahkemenin tüketici mahkemesi olması hususunun, davanın "ticari dava" niteliğini değiştirmeyeceğinin açık bulunmasına göre davacı vekilinin tüm istinaf itirazları yerinde görülmediğinden istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerekmiştir”.* Ankara Bam 23. HD. E. 2019/646, K. 2019/728, T. 02.05.2019. (Karar elden alınmıştır.).

³⁴² İflas davalarının hukuki mahiyeti ve çekişmesiz yargı işleriyle ilgili ayrıca bkz. Özbek, Mustafa, “*İflas Davasının Hukuki Mahiyeti*”, AÜHFD, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 201-274; Aras, Aslı, “*Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.7, S. 1 Y. 2016, s. 65-86.

³⁴³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 474.

edeceğinden; bu itirazın kaldırılması genel hükümlere tabi bir dava olarak değerlendirildiğinden diğer şartlar varsa arabuluculuğa başvuru zorunludur.

İİK m. 177’de tahdidi olarak sayılan doğrudan doğruya iflas yolunda yani, takipsiz iflasta, alacaklının borçluya karşı iflas davası açabilmesi için takipli iflas yolundan farklı olarak icra dairesinde bir iflas takibi yaptırmasına ve borçluya bir ödeme emri göndermesi gerekmez. Doğrudan doğruya iflas yolu HMK m. 382/2-f bendinde çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla çekişmesiz yargı işleri zorunlu arabuluculuk kapsamına girmediğinden bu yolda arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir.

3.3.11. Tasarrufun İptali

Tasarrufun iptali davası İİK m. 277 ile 284 arasında düzenlenmiş olup, bir borçlunun mallarının haczinden veya iflasına karar verilmeden önce, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu bağışlamalar ve hileli tasarrufların iptali için alacaklılara açma hakkı tanınan bir davadır³⁴⁴. Medeni hukuk alanındaki muvazaa davalarından farklı olarak, tasarrufun iptali davaları mutlak değil, nispi yani; malın aynına ilişkin sonuçlar doğurmayan şahsi bir davadır³⁴⁵. İptal davası ile maddi hukuka ilişkin yeni bir sonuç doğmamakta, sadece üçüncü kişiye takibe katılma yükümlülüğü getirilmektedir. Bununla birlikte, tasarrufun iptali davası temelinde alacak hakkı olan bir eda davası niteliğindedir ve uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde kanaatimizce dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanabilir³⁴⁶. Ancak bu konuda Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, “*tasarrufun iptali davasının ticari dava olarak değerlendirilemeyeceği ve bu davalarda arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmeyeceği*” şeklinde bir karar vermiştir.

3.3.12. Sıra Cetveline İtiraz/Şikayet

İİK m. 142/1-2’ye göre, hacizde alacaklının kendi alacağının esas ve miktarına veya sıra cetveline alınmış başka bir alacaklının alacağının esas ve miktarına veya onun sırasına karşı koyma sebebine dayanan ve İİK m. 235/1-3’e göre, iflasta sıra cetveline itiraz davasında, uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak, İİK m. 142/3’e göre,

³⁴⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 612.

³⁴⁵ Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim, İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I- Takip Hukuku II), Ankara 2018, s. 248.

³⁴⁶ Koçyiğit/ Bulur, s. 68.

alacaklının kendi alacağına sırasına karşı koyma sebebine dayanan, hacizde ve İİK m. 235/4'e göre, iflâsta sıra cetveline şikâyet yolunda, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz³⁴⁷. Çünkü şikâyet bir dava değil, takip hukukuna özgü hukuki bir çaredir.

3.3.13. Sigorta Davaları

Tüketici sözleşmesinden kaynaklanmayan sigorta uyuşmazlıkları TTK m. 4/1 hükmü gereğince mutlak ticari dava sayıldığından arabuluculuğa başvuru zorunludur. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 97 uyarınca, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir. Bu durumda, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde mahkemede dava yoluna gitmeden önce, ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması özel dava şartı yanında, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler de uygulama alanı bulur; bir başka ifadeyle, arabuluculuğa başvurulması zorunludur. Burada öncelik sonralık ilişkisi kurulmaksızın her iki özel dava şartının da birlikte sağlanması gerekmektedir. Her iki özel dava şartının sağlanması amacıyla eş zamanlı başvuru da yapılabilir³⁴⁸.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya hesaptan faydalanacak kişiler ile hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabilir. Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekmektedir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir. Açık hüküm bulunmamakla birlikte kanaatimizce, bu

³⁴⁷ Koçyiğit/ Bulur, s. 65-66.

³⁴⁸ Koçyiğit/ Bulur, s. 68.

durumda zorunlu arabuluculuk hükümleri uygulanmayacak, ancak taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilecektir³⁴⁹.

3.3.14. Tüketici Davaları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 68/1 uyarınca, değeri 5650 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, 8480 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise 5650 Türk Lirası ile 8480 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. 6502 sayılı TKHK m. 68/5 hükmünce taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilir. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki TKHK m. 70/3 gereğince, tarafların, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir, yapılan bu itiraz klasik anlamda bir dava olmadığı için zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz³⁵⁰. Bu bedelin üstündeki tüketici uyuşmazlıkları; TTK m. 4 ve özel kanunlara göre ticari dava sayılıyorsa zorunlu arabuluculuk kapsamına alınabilir³⁵¹.

3.3.15. İmza Sorunu

Arabuluculukta yasal mevzuatta açıkça düzenlenmediğinden taraflar yüz yüze görüşebileceği gibi, telefon, telgraf, faks, telekonferans gibi her türlü iletişim vasıtasını kullanabilir. Bununla birlikte hazır olmayanlar arasındaki görüşmelerde imzanın tamamlanmasında çeşitli sorunlar doğabilmektedir. Örneğin hazır olmayanlar arasında görüşme tutanağı taraflarca nasıl imzalanacaktır?

Karşımıza çıkan sorunlardan biri davacı taraf zorunlu arabuluculuk şartını yerine getirerek dava açtığında, davalı taraf arabuluculuk tutanağını imzalamadığını iddia edebilmektedir. Bu durumda imzaların sıhhati araştırıldığında gerçekten de davalıya ait olmayan imza sebebiyle dava, dava şartı yokluğuyla usulden reddedilmekte ve çeşitli hak kayıpları yaşanabilmektedir. Bu durumun önüne geçilmesi için gerekli yasal düzenleme bir an evvel yapılmalıdır. Çözüm önerisi olarak, gerekirse imzalar noter huzurunda atılmalı, bunun mümkün olmadığı hallerde geçici noter olarak adlandırılan Adalet Bakanlığınca

³⁴⁹ Koçyiğit/ Bulur, s. 66.

³⁵⁰ Koçyiğit/ Bulur, s. 65.

³⁵¹ <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1040>. (E.T. 01.05.2019).

görevlendirilecek icra müdürü, icra müdür yardımcısı veya kâtip sınıfından bir adalet memuru huzurunda atılabilir. (4853 sayılı Noterlik Kanunu m. 32)



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ

Geçmişten günümüze, iletişim, etkileşim ve sosyalleşmenin artması sonucu uyuşmazlıklar da artmış ve teknolojinin de gelişmesiyle birlikte oldukça karmaşık hale gelmiştir. Uyuşmazlık çözümünde akla ilk gelen yolun yargısal süreç olması yargının iş yükünü arttırmış; yargı yolu hem harcanılan zaman hem masraf sebebiyle yetersiz kalmıştır. Böylece taraflar uyuşmazlıkların çözümü için dostane çözüm yolları aramaya yönelmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aslında bir yenilik değil, aksine insanlık tarihi kadar eskidir. Şöyle ki, insanlar uyuşmazlıklarını her dönemde bilgili, tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi ile çözmeye aşinadır. Gerek iş yaşantısı gerek sosyal ilişkiler ve hatta aile içi uyuşmazlıklarda bile geçmişten bu yana sorunlar üçüncü bir kişinin yardımı ile çözülmüştür.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kurumsallaşması ise, 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayıp; küreselleşmenin de etkisiyle ülkemizde de yaygınlaşmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, uyuşmazlığın çözümünde hâkimiyet yargısal yolların aksine tarafların elindedir. Taraflar anlaşarak sonuca bizzat karar verebilir, uyuşmazlıklarını dilediği ölçüde gizli tutabilirler. Dahası masrafların azlığı, uyuşmazlıkların kısa sürede çözülmesi, her iki tarafın da kazanma ihtimali tarafları bu çözüm yollarını kullanmaya teşvik etmektedir.

Ülkemizde alternatif uyuşmazlık yolları öncelikle tahkim, sonrasında ise arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolu ile kurumsallaşmaya başlamıştır. Arabuluculuk çözüm yolu ihtiyari olarak uygulanmaya başlanmış sonrasında İş Hukuku alanında zorunlu hale gelmiştir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın resmi internet sitesinde yayınladığı veriye göre; 02.01 ile 27.05.2018 tarihinde zorunlu uyuşmazlık şartı getirilen davalarda arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşma oranı % 65 olarak belirlenmiştir. İş Hukuku'nda alınan başarı neticesinde, bu zorunluluk Ticaret Hukuku'na da sirayet etmiştir.

Elbette ki diğer tüm uyuşmazlıklar ticari uyuşmazlıklar kadar önemlidir. Ancak ticari uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu olan miktar nerdeyse bir tacirin ekonomik yıkımına sebep olabilecek kadar büyüklüğe ulaşabilmektedir. Ayrıca tacirin ticari hayatını devam ettirebilmesi çalışma hayatındaki çatışmaları en aza indirebilmesiyle mümkün olur. Aksi halde bu çatışmalar tacirin müşteri çevresine olumsuz şekilde yansıtacaktır. Tarafların

uyuşmazlık konusu üzerinde karşılıklı olarak konuşabilmesi ve birbirini anlayabilmesine imkân sağlaması bakımından arabuluculuk çözüm yolu bu konuda büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple ticari uyuşmazlıklarda yargı yoluna gidilmeden önce arabuluculuğa başvuru her iki taraf için de gerekli ve önemlidir. Böylece her iki tarafın kaybetmesi yerine arabuluculuk sürecinde anlaşarak her iki tarafında kazanması mümkündür. Bu sayede taraflar yargı yolunun aksine yeni çatışmalar yaşamayacak ve uyuşmazlıklarını dostane çözüm yollarıyla çözmüş olacaktır.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kurumun daha da başarı göstermesi için kuruma gereken önem verilmelidir. Öncelikle arabulucular yeterince iyi eğitim almış olmalı; tarafların soru işaretlerini ve korkularını gidermelidir. Arabulucuların iyi eğitilmiş olması, hatta bu eğitimin küçük yaşlardan itibaren verilmeye başlanması kurumu başarılı hale getirecek en önemli faktörlerden biridir. Şöyle ki, eğitim sayesinde kişiler çatışmadan çözüme konusunda yeteneklerini geliştirebilir, tarafların sorunlarını anlayabilir ve bu sorunlara göre tarafları çözüme hazırlayabilir. Uygulama henüz çok yeni olduğundan, zamanla ortaya çıkacak problemler göz ardı edilmemeli ve bu konuda iyileştirmeler yapılmalıdır. Çalışmamızın son bölümünde değerlendirilen sorunlarla ilgili gerekli düzenlemeler kanunda açıkça yer bulduğu takdirde süreç daha sağlıklı ve güçlü bir şekilde ilerleyecektir.

KAYNAKÇA

- Acuff, F. (2005). *Uluslararası Müzakere*. (S. Demirci, Çev.). Ankara: Elma Yayınevi.
- Akkan, M. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(3), 1-31.
- Alangoya, Y. (1973). *Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Alangoya, Yavuz., Yıldırım, K. ve Deren –Yıldırım, N. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. (7. Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Akan, P. (2013). *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akıncı, Z. (2013). *Milletlerarası Tahkim*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık. (Tahkim)
- Akıncı, Z. (1996). Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları. *Batider*, 18(4), 93-109. (Alternatif)
- Aksu, Ö. (2009). *Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.
- Akyol Aslan, L. (2018). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(145), 29-44.
- Allison, J., (2000). Uyuşmazlıkları Mahkeme Dışında Çözmenin Beş Yolu. F.Güloğlu. (Ed.), *Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü*. (İ. Bingöl, Çev.). İstanbul: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları.
- Aras, B. (2009). Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Uyarınca Avukatların Uzlaşma Sağlama Yetkisi ve Uygulanabilirliği. *Terazi Hukuk Dergisi*, 4(32), 127-143.
- Aras, A. (2016). Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 65-86.
- Arkan, S. (2014). *Ticari İşletme Hukuku*. (19. Baskı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arslan, R. ve Tanrıver, S. (2001). *Yargı Örgütü Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Aslanpınar, B. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Atalı, M. ve Ermenek, İ. (2018). *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Atış, İ. (2019). Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi. *Sakarya İktisat Dergisi*, 8(1), 74-84.
- Ayhan, R. ve Çağlar, H. (2018). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. (10. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Balcı, M. (1999). *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*. İstanbul: Danışman Yayınları.
- Berberoğlu Yenipınar, F. (2019). *Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi*. İstanbul: Aristo Hukuk Yayınevi.
- Bozkurt, T. (2018). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Legem Yayıncılık.
- Börü, L. ve Koçyiğit, İ. (2013). *Ticari Dava*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bulur, A. (2010). Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi. *TBB Dergisi*, 89, 196- 241.
- Carver, T. and Vondra, A. (1994). Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does. *Harvard Business Review*, 120-130.
- Cebeci, İ. (2018). *İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul.
- Cohen, H. (2008). *Her Konuyu Müzakere Edebilirsiniz*. (3. Baskı). (Ş. Cüceoğlu, Çev.). İstanbul: Sistem Yayıncılık.
- Çeker, M. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*. (4. Baskı). Adana: Karahan Kitabevi.
- Çetin, A. ve Dinç, Y. (2015). Türkiye'de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar. *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 5(9), 67-92.
- Çalışır, T. (2015). *Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Deliduman, S. ve Oruç Y. (2012). Ticari Davalar. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD*, 18(2), 99-109.
- Demir, C. (2018). *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayınevi. (İş Hukuku)

- Demir, Ş. (2015). *Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri*. Ankara 2015. (Müzakere Yetenekleri)
- Demir, Ş. (2013). Arabuluculuk Arkadaşlığı. *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 289-314. (Arabuluculuk Arkadaşlığı)
- Demirkapı, E. (2010). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi. *DEÜHFD*, 12(Özel Sayı), 795-872.
- Domaniç, H. ve Ulusoy, E. (2007). *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*. (4. Baskı). İstanbul: Arıkan Yayıncılık.
- Dür, O. (2018). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınları.
- Yılmaz, E. (2011). *Hukuk Sözlüğü*. (10. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (15. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ekmekçi, Ö., Özekes, M. ve Atalı, M. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Ercan, İ. (2017). *Medeni Usul Hukuku*. (14. Baskı). İstanbul: Kuram Kitap.
- Erdönmez, G. (2014). HMK m. 57/1-C Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller. *DEÜHFD*, 16(Özel Sayı). 695-755.
- Erginer, U. (2017). Arabuluculuk ve Gizlilik. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(9), 73-98.
- Eriş, G. (2017). *Ticari İşletme ve Şirketler*. (3. Baskı). C. 1, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Ermenek, İ. (2018). İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış. *İlamlı İcra*, Ankara.
- Ertel, D. (2000). Müzakereyi Bir Şirket Yeteneği Haline Getirmek. *Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü*. (İ. Bingöl, Çev.). İstanbul: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları.
- Gedik, D. (2018). Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu. *Terzi Hukuk Dergisi*, 13(148), 98-108.
- Goodman, A. (2017). *Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber*. (A. Bıçaksız ve Z. Alkın, Çev.). Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası.
- Gökcan, H. (2016). *Avukatlık Yasası*. (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Gökyayla, E. (2016). Yayımlı Sözleşmesinin Konusu. *Marmara Üniversitesi HAD*, 22(3), 1133- 1147.
- Gümüş, M. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (3. Baskı). C. 2, İstanbul 2014.
- Hohmann, B. (2018). Possibilities For The Application of Alternative Dispute Resolution Methods In The Administrative Procedure. *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 3(4), 90-98.
- Hür, A. (2019). Ticari Davalarda Arabuluculuk. *İstanbul Barosu Dergisi*, 93(1), 280-284.
- Ildır, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İyilikli, A. (2004). Mütakabil (Karşılık) Dava. *Yargıtay Dergisi*, 30,(1-2), 147-164.
- Kanowitz, L. (1985). *Alternative Dispute Resolution Cases And Materials*. America: West Publishing Co. St. Paul, Minn.
- Kaplan, Y. (2011). Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28(1-2), 115-146.
- Karahan, S. (2014). *Ticari İşletme Hukuku*. (26. Baskı), Konya: Mimoza Yayınevi.
- Kayıhan, Ş. ve Yasan, M. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kazmaz Tepe, B. (2018). Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*. 5(1), 125-150.
- Kekeç, E. (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Kendigelen, A. (2012). *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. (2. Baskı). İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Koçyiğit, İ. ve Bulur, A. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları.
- Kor, M. (2018). *Türk Hukukunda Toplu İş Uyuşmazlıklarında Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Namık Kemal Üniversitesi, Tekirdağ.

- Korucuoğlu Doğan, Ö. (2017). Ticarî Vekil ve Ticarî Vekilin Kanundan Doğan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü. *AÇÜ Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 3(1), 1- 25.
- Kuluçlu, E. (2008). Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri. *Sayıştay Dergisi*. 71, 3-22.
- Kuru, B. (2015). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (3. Baskı), İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. (28. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Küçükaydın, E. (2016). Karşı Dava. *TBB Dergisi*, 123, 209- 258.
- Liebscher, C. (2010). Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması. (M. Göksu, Çev.). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, (ss. 26-77). Ankara: TBB Yayınları.
- Moore, C. (2016). *Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler*. (T. Kaçmaz ve M. Tercan, Çev.). Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.
- Özbek, M. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları. (AUÇ)
- Özbek, M. (2017). Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim. *Yargıtay Dergisi*, 43(1), 15-106. (Arabuluculuk-Tahkim)
- Özbek, M. (2002). Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. *AÜHFD*, 51(2), 121-162. (Adalete Ulaşma)
- Özbek, M. (2005). Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma. *AÜHFD*, 54(3), 289-321. (Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma)
- Özbek, M. (2010). Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (ss. 107- 154). Ankara: TBB Yayınları (İlkeler)
- Özbek, M. (2007). Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. *TBB Dergisi*, 68, 265-320. (Avrupa Birliği)
- Özbek, M. (2014). Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili. *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(1), 1119-1156. (AAÜTT)
- Özbek, M. (2001). Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk. *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 113-139 (Özbek, m. 35/A).
- Özbek, M. (2012). İflas Davasının Hukuki Mahiyeti. *AÜHFD*, 61(1), 201-274.

- Özekes, M. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). C. 3, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Özmumcu, S. (2013). *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*. (3. Baskı). İstanbul: Onikilevha Yayınları. (Arabuluculuk Anlayışı)
- Özmumcu, S. (2017). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 74(2), 807-842.
- Pekcanitez, H. ve Yeşilirmak, A. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). C. 3, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2013). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). C. 2, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Polat, M. (2010). *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Poroy, Y. ve Yasaman, H. (2012). *Ticari İşletme Hukuku*. (14. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Postacıoğlu, İ. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. Ankara: Sulhi Garan Matbaası.
- Postacıoğlu, İ. ve Altay, S. (2015). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. (7. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Prütting, H. (2010). Arabuluculuk ve Hukuk Devleti. (P. Çiftçi, Çev.). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (ss. 216-255). Ankara: TBB Yayınları.
- Pulaşlı, H. (2013). *Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Sarıözen, S. (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler. *TBB Dergisi*, S. 96, 311-382.
- Semizoğlu, H. (2008). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları. *İstanbul Barosu Dergisi*, 82(5), 2411-2415.
- Stone, K. (2000). *Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution*. University Casebook Series, New York: New York Foundation Press.

- Şahin, T., Çelik, Y. ve Ruhi A. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Şanlı, C. (1986). *Milletlararası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. (Tahkim)
- Şanlı, C. (2002). Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR kuralları. *MHB Prof Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22(2), 57-67.
- Tanrıver, S. (2009). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, 637-656.
- Tanrıver, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. *TBB Dergisi*, S. 64, 151-177. (Arabuluculuk)
- Taşkın, A. (2005). *Hakem Sözleşmesi*. (2. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tuncer, Z. (2016). Arabuluculuğun Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne Sunduğu Avantajlar ve Bu Avantajların Etkin Kullanımına İlişkin Öneriler. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 69-102.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2018). *İş Hukukunun Esasları*. (9. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Ulukapı, Ö. (2015). *Medeni Usul Hukuku*. (3. Baskı). Konya: Mimoza Yayıncılık.
- Uyar, T. (2017). *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Üstün, Y. (2014). Normlar Hiyerarşisi ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi. *Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi*. 2, 1- 10.
- Warbeck, J. (1998). Alternative Dispute Resolution In The World of Business; A Comparative Analysis of The Use of ADR In The United Kingdom and Germany, *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 2, 104-131.
- Yeşilirmak, A. (2010). Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (ss. 155-182). Ankara: TBB Yayınları.

Yıldırım Ertütüncü, D. (2013). Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(2), 458-487.

Yıldırım, F. (2016). Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 2(3), 748-762.

Yılmaz, Z. (2012). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Getirdiği Yeni Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>.

<http://www.adb.adalet.gov.tr/>.

<http://istanbulymmo.org.tr/dosyalar/sunumlar/20190131/2019RicariDavalardaDavaSarti.pdf>.

<https://frieardt.com/mediationarbitration/alternative-dispute-resolution-mini-trial/>.

<https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1040>.

<http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/sekli-usuli-bakimdan-mecburi-dava-arkadasina-davanin-yoneltimesi-gerekir>.