

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK

Bartuğ SAYIN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA/ 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİMDALI**

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK

Bartuğ SAYIN

**Danışman: Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK
Jüri Üyesi: Prof. Dr. Ömer KORKUT
Jüri Üyesi: Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2021

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK
(Danışman)

Üye: Prof. Dr. Ömer KORKUT

Üye: Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

.../.../2021

Prof. Dr. Serap ÇABUK
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. / / 2021

Bartuğ SAYIN

ÖZET

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK

Bartuğ SAYIN

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK

Haziran 2021, 273 sayfa

Dünya üzerinde yargı sistemleri ile ilgili sorunlar yaşayan bütün ülkeler kaliteli yargıya erişimi kolaylaştırmak, yargılama sürecini hızlandırmak için çözüm arayışı içindedir. Bu bağlamda arabuluculuk yargıda biriken yükleri azaltmak için önemli bir araç olarak birçok hukuk sisteminde ön plana çıkmıştır. Arabuluculuk, diğer bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gibi temelde gönüllülük esasına dayalıdır. İş yükü altında tıkanma noktasına gelen yargı sistemleri için arabuluculuğun çıkış yolu olarak görülmesiyle, ülkemizdeki gelişimine benzer şekilde ihtiyari olmaktan zorunluluğa geçen hızlı bir geçiş görülmüştür.

Son on yıl içinde arabuluculuk ile tanışan ülkemiz, bir kısım uyuşmazlıklarla sınırlı olarak dava şartı adı altında zorunlu arabuluculuk uygulamasının yürürlükte olduğu ülkeler arasına girmiştir. İhtiyari temelli olan bu uygulamanın zorunlu olarak uygulanması elbette bazı yenilikleri yanında getirmiştir. Bu bağlamda dava şartı arabuluculuğun medeni usul hukukunda getirdiği pek çok yenilik mevcuttur. Yargılamanın başlangıcından, yargılama giderlerinin paylaşımına kadar etkileri olan ve her geçen yıl farklı hukuk alanında dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk maddi hukuka da yenilikler getirmektedir.

Ticari davalar için dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının maddi ve usul hukukuna ilişkin etkilerini tartıştığımız bu çalışmada uygulamadaki yeni gelişmeler dikkate alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, dava şartı, dava şartı olan arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, Türk ticaret kanunu, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukuk muhakemeleri kanunu.

ABSTRACT

MEDIATION AS A CONDITION OF TRIAL IN COMMERCIAL CASES

Bartuğ SAYIN

Master Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Hakan ALBAYRAK

June 2021, 273 pages

Almost all nations having challenges with regards to their judicial systems are in search of solutions that will ease the access to the jurisdiction as well as those that will speed the process. Mediation, within this context, has come into prominence in a great number of systems as a significant medium that will relieve the burden of the judicial systems. The mediation, like all other alternative methods of settling disputes, mainly rests with the voluntary basis. Considering the mediation as a method of relieving the workload that will eventually terminate the whole system, the trend from being arbitrary to compulsory has been so swift in Turkey.

Having met the system of mediation last 10 years of period, Turkey is one of the countries in which the mandatory mediation as cause of action is practiced in several disputes in its limited forms. The transition from arbitrary to compulsory mediation has certainly brought upon several new implementations. In this context, there have been a number of new implementations and practices in Law of Civil Procedure due to the mediation as cause of action. Exerting impacts on commence of the lawsuits to the allocation of court expenses, etc. and being acknowledged as cause of action in many other fields of law, the mediation brings forth a number of new implementations in substantive law as well.

Our experience which we have gained from real life practices shall make difference in this study in which we have explored the impacts of mediation as cause of action for commercial cases with regards to substantive and procedural law.

Keywords: Mediation, mediation as a condition of trial, cause of action, compulsory mediation, Turkish code of commerce, alternative dispute resolution, code of civil procedure.

ÖN SÖZ

“*Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk*” isimli bu çalışma, Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK danışmanlığında Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve 02.06.2021 tarihinde, Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK başkanlığında, Prof. Dr. Ömer KORKUT, Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN’dan oluşan jüri üyeleri tarafından oy birliği ile başarılı kabul edilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bir tanesi olan arabuluculuk yöntemiyle ülkemiz yakın bir tarihte tanışmıştır. Medeni usul hukukunun temel kavramlarından birisi olan dava şartı kavramı altında ticaret hukukundan kaynaklı bazı uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu arabuluculuğun uygulamaya girmesi ile birlikte bir takım uygulama sorunlarını yanında getirdiği gözlenmiştir. Dava şartı olarak arabuluculuk başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları alanında yapılan çalışmalara öğretide ve uygulamada duyulan ihtiyaç çalışma konusunun belirlenmesinde etkili olmuştur. Benzer çalışmalar ile arabuluculuk uygulamasının sağlıklı bir gelişme ile yaygınlaşmasını ve uygulamadaki etkinliğinin artmasını umuyoruz.

Çalışmamız son derece verimli geçen yüksek lisans sürecinin son aşamasıdır. Bu nedenle bana güvenerek yüksek lisans programından ve derslerinden faydalanma fırsatını tanıyan Fakülte Dekanımız Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ başta olmak üzere değerli hocalarım Prof. Ömer KORKUT, Prof. Dr. Zeki OKUR ve Doç Dr. Hakan ALBAYRAK’a teşekkürlerimi sunmak isterim. Kıymetli hocalarım, öğrencilik hayatıma verdiğim 23 yıl aradan sonra bana ikinci bir öğrencilik imkânı tanıdılar ve önümde yeni ufuklar açtılar.

Pek çok yüksek lisans öğrencisi için tez yazım sürecinin zor bir süreç olduğunu, hele akademik hayatın dışından gelen benim gibi öğrenciler için ise çoğu kez yarım kalan bir arzuya dönüştüğünü gözlemlemiştim. Bu sürecin benim yönümden yarım kalmamasında en büyük pay kuşkusuz tez danışmanlığımı yapmayı kabul eden hocam Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK’a aittir. Bu süreçte kendisinin beni teşvik etmesinin önemini yadsıyamam, kendisinden öğrendiklerim ayrıca benim için çok değerli hazinedir. Hocamıza karşı, sabırla beni yönlendirdiği ve bütün bir süreç boyunca bana verdiği destekten dolayı teşekkürden çok fazlasını borçlu olmanın mahcubiyeti içinde olduğumu belirtmek isterim.

Tez jürimde bulunmayı kabul eden, önerileri ile bu çalışmanın son halini almasını sağlayan, yüksek lisans ders döneminde engin bilgisi ve tevazusu ile bize her zaman örnek olan hocamız Prof. Dr. Ömer KORKUT’a teşekkürlerimi borçluyum.

Yüksek lisans tez savunma jürimde yer almayı kabul eden, akademi ve uygulamadan gelen tecrübelerini benimle paylaşan, çalışmamızın zenginleşmesine katkı sağlayan Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN hocama teşekkür ederim.

Çalışma süreci boyunca arkadaşlığını benden esirgemeyen, sıkılmadan beni dinleyen ve sorunlarıma çözüm üretmek için yanımda olan Arş. Gör. Tahsin MAVZER’e teşekkür ederim.

Meslek hayatım boyunca hep yanımda olan eşim ve yoldaşıma, anneme ve babama, çoğu zaman bana danışmanlık da yapan kızım Elçin Ada SAYIN’a ve kıymetli yüksek lisans dönem arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunarım.

Bartuğ SAYIN
Adana / 2021

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ÖN SÖZ.....	vi
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	7
TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	7
I. DEVLET YARGISI DIŞINDA KALAN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	7
A. Uyuşmazlık ve Çözüm Süreci	7
B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	10
C. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı	15
1. Arabuluculuk ve Tanımı.....	15
2. Zorunlu Arabuluculuğun Tarihsel Gelişimi	18
a. Zorunlu Arabuluculuğun Mukayeseli Hukukta Gelişimi	20
b. Zorunlu Arabuluculuğun Ülkemizdeki Gelişimi	27
D. Arabuluculuk Uygulamasının Ülkemizdeki Kaynakları	28
1. Arabuluculuğun Yasal Kaynakları	28
2. Uygulamadan Gelen Kaynaklar	29
E. Arabuluculuk Dışındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	31
1. Müzakere	32
2. Tahkim	33
3. Ombudsman	35
4. Özel Yargılama	37
5. Uzlaştırma	37
6. Arabuluculuk-Tahkim	38
7. Tarafsız Ön Değerlendirme	41
F. Arabuluculuk Uygulamalarının Farklı Görünümleri	41
1. İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk	42
2. Mahkeme Bağlantılı ve Mahkeme Dışı Arabuluculuk.....	43
3. Kurumsal ve Ad Hoc Arabuluculuk, Eş Arabuluculuk.....	44

4. Dönüştürücü Arabuluculuk ve Problem Çözücü Arabuluculuk.....	48
5. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk ve Değerlendirici Arabuluculuk	49
6. Hak Temelli Arabuluculuk ve Menfaat Temelli Arabuluculuk	50
II. TİCARİ DAVA KAVRAMI	50
A. Ticari İşletme	52
B. Ticari İş Kavramı.....	53
C. Tacir.....	54
1. Gerçek Kişi Tacir	55
2. Tüzel Kişi Tacir.....	55
3. Adi Şirket, Donatma İştiraki ve Hâkim Teşebbüs.....	56
D. Ticari Davalar	56
1. Mutlak Ticari Davalar	57
2. Nispi Ticari Davalar	58
E. Ticari Yargı Teşkilatlanması	59
III. DAVA ŞARTI KAVRAMI	60
A. Dava Şartı Kavramı	61
B. İlk İtirazlar	62
C. Dava Şartlarının ve Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi.....	62
1. HMK Açısından Dava Şartlarının İncelenmesi	64
2. Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından İncelenmesi.....	65
3. Arabuluculuk Dava Şartı Eksikliğinin Diğer Dava Şartları ile Karşılaştırılması.....	66
4. Dava Şartı Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi.....	73
5. Dava Şartı Olan Arabuluculuk Açısından Bazı Özel Durumlar.....	74
a. Dava Şartı Arabuluculuk ve Davaların Yığılması	74
b. Dava Şartı Arabuluculuk ve Davaların Birleşmesi	75
c. Dava Şartı Arabuluculuk ve Karşı Dava	75
IV.DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN ARABULUCULUĞA HÂKİM İLKELER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	76
A. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler Açısından Dava Şartı Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	76
1. Gönüllü Olmak (Arabuluculuk Sürecinin İradi Olması).....	77
2. Gizlilik.....	78
3. Eşitlik	83

4. Tarafların Egemenliği	85
B. Arabulucuya İlişkin Temel İlkeler Açısından Dava Şartı Arabuluculuğın Değerlendirilmesi.....	86
1. Tarafsızlık İlkesi.....	86
2. Görevi Şahsen Yerine Getirme	88
3. Arabulucunun Aydınlatma Yükümlülüğü	90
4. Özenle Hareket Etme	91
5. Bilgi, Belgeleri Saklama ve Arabuluculuk Son Tutanağını Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne Göndermek	92
6. Sır Saklama	94
7. Sürecin Sevk ve İdaresinde Yeterlilik, Arabulucunun Seçilmesi	96
8. Arabuluculuk Ücreti ve Masraflar Açısından Dava Şartı Arabuluculuk	99
C. Zorunlu Arabuluculuk Modelleri	104
1. Dava Şartı Olarak Zorunlu Arabuluculuk	104
2. Mahkeme Bağlantılı Zorunlu Arabuluculuk	105
3. Yarı Zorunlu Arabuluculuk	106
D. Arabuluculuk Süresi Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuğın Değerlendirilmesi.....	106
E. Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Dava Şartı Olan Arabuluculuğın Değerlendirilmesi.....	107
V. ARABULUCULUK VE DAVA ŞARTI KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ	111
İKİNCİ BÖLÜM.....	115
TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK KAVRAMI	115
I. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK ve ARABULUCULUĞUN KAPSAMI.....	115
A. Genel Olarak	115
B. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculuğın Kapsamı	117
1. Ticari Davalarda Dava Şartı Olan Arabuluculuğın Konu Bakımından Kapsamı	119
2. Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğın Zaman Bakımından Kapsamı.....	125
C. Sözleşmeyle Kararlaştırılan Arabuluculuk	131
D. Tahkim ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğın Kapsamının Karşılaştırılması .	135

E. Sulh Sözleşmesi ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamının Karşılaştırılması.....	137
F. Avukat Uzlaşması ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamının Karşılaştırılması.....	138
1. Avukat Uzlaşmasının Zaman Sınırı	138
2. Avukat Uzlaşmasının Tarafları	139
3. Avukat Uzlaşmasının Konu Sınırı.....	140
II. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN KAPSAMI.....	140
III. YARGITAY'IN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUĞUN KAPSAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	146
A. Takip Hukukundan Kaynaklanan Davalar	148
1. Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası.....	148
2. İflas İdaresine Karşı Açılan Kayıt Kabul Davası	152
3. İtirazın İptali Davası.....	156
B. Ticaret Hukukundan Kaynaklı Bazı Davalar.....	158
C. Rekabet Hukukundan Kaynaklı Davalar	161
D. Kooperatif Hukukundan Kaynaklı Davalar	162
E. Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Davalar.....	162
F. Tüketici Hukukundan Kaynaklı Davalar	165
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	168
TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK FAALİYETİNİN AŞAMALARI	168
I. DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASI	168
A. Arabulucu Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ..	169
B. Arabulucunun Sorumluluğu	170
C. Taraflar Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Başlaması	172
1. Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecine Başvurunun Kapsamı ve Şekli.....	173
2. Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Hukuki Sürelere Etkisi	177
3. Geçici Hukuki Himayeler Kapsamındaki Sürelere Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Etkisi.....	180
D. Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Adliye Arabuluculuk Bürosu	183
E. Adli Yardım.....	185

II. DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN HAZIRLIK AŞAMASI.....	187
A. Arabulucunun Tarafları Daveti.....	187
B. Arabulucu Sözleşmesi	187
C. Dava Şartı Arabuluculukta Yer İtibariyle Yetki.....	189
D. Arabuluculuğa Elverişliliğin Değerlendirmesi ve Sonuçları.....	195
III. MÜZAKERE AŞAMASI.....	196
IV.DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI	198
A. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi.....	199
1. Tarafların Anlaşamaması	199
2. Anlaşma Sağlanamadığının Kabul Edildiği Haller	201
a. Kanunda Öngörülen Sürenin Sona Ermesi.....	201
b. Tarafların İlk Müzakere Toplantısına Mazeret Göstermeden Katılmaması.....	202
c. Taraflardan Birinin Ölümü, Kısıtlanması, Tasfiyesi, Fesih veya İflas Etmesi Hali	203
d. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespiti	208
e. Arabulucu Tarafından Sürecin Devamında Fayda Görülmemesi.....	209
f. Emredici Kanun Hükümlerine, Genel Ahlak ve Kamu Düzenine Aykırılık	209
g. Taraflara Ulaşılamaması.....	210
h. Taraflar Arasında Belirgin Güç Farklılığı Bulunması.....	212
i. HUKUKY’de Belirtilen Sona Erme Nedenleri	212
3. Başvurunun Yapılmamış Sayıldığı Haller.....	213
4. Tarafların Anlaşma Sağlaması	214
a. Anlaşma Belgesinin Şekli.....	215
b. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği.....	217
aa. İlam Mahiyetini Haiz Belge Kavramı	220
bb. İcra Edilebilirlik Şerhi	225
c. Dava Açma Yasağı	227
aa. Olumsuz Özel Bir Dava Şartı Olarak Dava Açma Yasağının İncelenmesi	232

bb. İlk İtirazlar ve Diğer Dava Şartları ile Dava Açma Yasağının Karşılaştırılması	236
B.Arabuluculuk Son Tutanağı ve Hazırlanması	240
C.Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Yargılama Giderlerine Etkisi	243
SONUÇ	246
KAYNAKÇA.....	250
ÖZGEÇMİŞ	273



KISALTMALAR

ABAD	:Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADB	:Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AUÇY	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu/Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
Av. K	: 19.03.1969 tarihli, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
DHKK	: 01.11.1984 tarihli, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun
Dn. (dn.)	: Dipnot
E.	: Esas numarası
e.t.	: Erişim Tarihi
eTTK	: 29.06.1956 tarihli, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
FSEK	:05.12.1951 tarihli, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HK	: 492 sayılı, 02.07.1964 tarihli Harçlar Kanunu
HMK	: 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	:07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
HUMK	: 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İMK	: 12.10.2017 tarih, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
K.	: Karar Numarası
Karş. (karş.)	: Karşılaştırınız
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KTk	: 2918 sayılı, 13.10.1983 tarihli Karayolları Trafik Kanunu
NK	: 18.01.1972 tarihli, 1512 sayılı Noterlik Kanunu

MÖHUK	: 27.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG	:Resmi Gazete
RKHK	:07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SK	: 03.06.2007 tarih 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
SMK	:22.12.2016 tarihli, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Karar tarihi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanunun
TMK	: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	:Yargıtay

GİRİŞ

Arabuluculuk, devlet yargısı dışında, uyuşmazlıklarını barışçı yollarla çözmeyi hedefleyen, devlet yargısının uygulamadan gelen sakıncalarından kaçınmayı amaçlayan tarafların tercih edebileceği¹ alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından (AUÇY) sadece bir tanesidir². Arabuluculuğun ülkemiz açısından öne çıkan yönü, pozitif hukukumuzda özel bir kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca arabuluculuğun kamu otoritesinin denetiminde icra edilmesi, idare tarafından teşvik edilmesi, gün geçtikçe yeni uzmanlık alanları oluşturulması ve farklı hukuk alanlarında dava şartı adı altında zorunlu hale gelmesi hukuk çevrelerinde sürekli olarak gündemde kalmasına yol açmıştır. Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi ile ilamlı icra yoluna başvurma mümkün olması arabuluculuğu hukuk çevrelerinde güncel bir konu haline getirmiştir.

Modern anlamda hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik arabuluculuk uygulamaları uzak doğuda belirlemekle birlikte ülkemiz ve Kıta Avrupası'nı etkileyen şekli ile Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) uygulanmaya başlamıştır³. Anglo-Amerikan hukukunun olaylara özgü çözüm sunan, pratik ve esnek yapısının uygulamanın gelişmesinde etkili olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında ABD'nin yargılama usul sistemi, yargılama giderleri ve yargılama giderlerinin uyuşmazlığın çözümü sonunda paylaşılma şeklinin de arabuluculuk ve diğer AUÇY'nin gelişmesinde etkili olmuştur⁴.

Anglo-Amerikan hukukundan Kıta Avrupası ülkelerine geçerek yaygınlık kazanmaya başlayan arabuluculuk uygulamaları ülkemizde 07.06.2012 tarih, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulü ile ilk olarak pozitif hukukta düzenlenmiştir. İhtiyari arabuluculuğa beklenen oranda katılım sağlanamamış olmasından, iş hukuku alanında, bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden kaynaklı işçi ve işverenin karşılıklı alacakları, tazminat talepleri ve işe iade talebiyle işçi tarafından açılan davalar için 01.01.2018 tarihinden itibaren dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurmak 12.10.2017 tarih, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) ile "dava şartı" haline getirilmiştir. Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne (HİGM) bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı (ADB) tarafından yönetilen ve takip edilen arabuluculuk sürecin başarılı olduğu düşüncesi

¹ (DURAK, 2013, s. 59).

² (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 3).

³ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 653).

⁴ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 654), (YILDIRIM N. D., 2020, s. 291).

oluşmuştur⁵. Bir kısım ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı olması ise 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) 06.12.2018 tarihli, 7155 sayılı Kanunun 20. maddesi ile eklenen 5/A maddesi ile sağlanmıştır. Ticari uyuşmazlıklarda “konusu bir miktar paranın istenmesi veya tazminat talebi” ile sınırlı olmak kaydıyla 01.01.2019 tarihinden itibaren arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ticaret hukuku sistemimiz açısından arabuluculuk ihtiyari olmanın yanında artık dava şartı olarak da yerini almıştır.

Tezimizin yazımı aşamasında 7251 sayılı, 22.07.2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna (TKHK) eklenen 73/A maddesi ile bir kısım tüketici hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yoluna başvurmuş olmak dava şartı haline gelmiştir.

Arbuluculuk yoluna başvurmayı dava şartı olarak öngören yasal düzenlemeler ve uygulamalar, uzun süre öğreti ve uygulamayı meşgul edecek gibi durmaktadır. Arabuluculuk uygulamasının en temel özelliklerinden birisi ihtiyari olmasıdır. Bu özelliğini ortadan kaldırdığı ileri sürülen dava şartı nitelendirilmesi uygulayıcılar ve yazarlar arasında tartışmaya neden olmuştur. İdarenin⁶ de içinde bulunduğu bir görüş arabuluculuğun dava şartı olması halini zorunluluk olarak görmemekte, ayrıca bu şekilde toplumun ve uygulamacıların arabuluculuğa alıştırmaya çalıştığını, arabuluculuk bir dava şartı olsa bile sonunda tarafları anlaşmaya zorlamanın söz konusu olmadığını ve arabuluculuğun özelliklerinden bir şey kaybetmediğini ileri sürmektedir. Bir kısım yazar ise başvuru aşamasından sonuna kadar iradi ve gönüllü olma özelliği ortadan kalkan uygulamanın arabuluculuk olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu tartışmalara ileride tezimizde değinilecektir.

Bu çalışmada hem kanun koyucunun kullandığı kavram olması hem de incelememizin dava şartı kavramını esas alması nedeniyle dava şartı arabuluculuk terimi kullanılmıştır. Bununla birlikte ticari uyuşmazlıkların tarafları için yüklediği mecburiyet göz ardı edilmesi mümkün olmadığından zorunlu arabuluculuk kavramı da dava şartı kavramının yanında kullanılmıştır. Zorunlu arabuluculuk kavramı ise dava şartı

⁵ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 12).

⁶ Bir yargı faaliyeti olmayan arabuluculuk ülkemizde, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın (ADB) denetimi altında yürütülmektedir. Bağımsız bir meslek örgütü kuruluşu olmayan arabuluculuğun başta mesleğe kabul olmak üzere, ücret tarifesini, etik kuralları, disiplin ve uzmanlık alanlarının tespiti gibi konular idarenin hâkimiyeti altında yürütülmektedir.

arabuluculuk kavramına göre daha geniş bir anlam taşır. Çalışmada açıklanacağı üzere, dava şartı arabuluculuk zorunlu arabuluculuğun uygulama şekillerinden bir tanesidir.

Dava şartı arabuluculuk uygulaması açısından zorunluluk kavramı üst kavram olarak belirlemektedir. Bu çalışmaya konu olan arabuluculuk, dava şartı adı altında zorunlu kılınmıştır. Aynı hukuki kavramı tek bir çalışmada iki farklı terimle ifade etmek bir çelişki olarak algılanmamalıdır. Çünkü zorunluluk unsuru baskın olarak ortaya çıksa bile kanunun ifadesi ile artık arabuluculuk bir dava şartıdır.

Diğer bir kavram karışıklığı ticari davalar ve asliye ticaret mahkemelerinde görülen davaların ayrımıdır. Asliye ticaret mahkemelerinde görülen bütün davalar ticari dava niteliğindedir. Ancak bütün ticari davalar asliye ticaret mahkemelerinde görülmemektedir. Bu nedenle ticari davaların kapsamının araştırılması konumuzun sınırları içinde kalmaktadır.

Bu çalışmada HUAK kapsamında, ülkemizdeki zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk uygulamaları karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir. Uygulamadaki benzerliği nedeniyle, sadece zorunlu arabuluculuk uygulamaları ile aralarındaki farkların belirginleştirilmesi amacıyla ihtiyari arabuluculuk uygulamasına değinilmeye çalışılmıştır.

Arabuluculuk hukuk yaşamımıza yeni bir dil ile girmiştir. Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde bulunan ülkemize, Anglo-Amerikan hukuk sisteminden gelen uzlaştırma ve arabuluculuk kurumu, tercüme eserle birlikte kendi dilini oluşturmaya başlamıştır. Düşünce ve bilim dünyasında dilin önemi dikkate alındığında kavramların doğru kullanılması henüz doğmakta olan arabuluculuk kurumunun gelişmesi için önem taşımaktadır.

AUÇY'leri tasnif etmek için çok sayıda kıstas kullanmak mümkündür. Bu nedenle arabuluculuğun diğer AUÇY'ler arasındaki yerini tayin etmek açısından başlıca AUÇY'ler ve tasnif şekillerine değinmek zorunludur.

Arabuluculuk konusunun tarafımızca araştırma amacıyla seçilmesinde, arabuluculuğun ülkemizde önemli bir gündem konusu teşkil etmesi, gittikçe genişleyen hukuk alanlarında dava şartı olarak zorunlu hale gelmesi veya gelmesinin beklenmesi gibi sebepler etkili olmuştur.

Dava şartı veya zorunlu arabuluculuk olarak hangi ismi kullanırsak kullanalım yeni yasal düzenlemeler ile uygulama alanı genişledikçe arabuluculuğun hukuk sistemimize etkileri artacaktır.

Arabuluculuk ile diğer AUÇY'ler arasında ayırım yapmak doğru olmayacaktır. AUÇY'lerin her birinin kendi karakterine uygun kullanımı ayrı ayrı hukuki barışı tesiste

etkili olacaktır. Bununla birlikte siyasi irade dünya genelinde yargı yükünü azalttığı ve çözüm konusunda etkili olduğu düşünülen, denetimi kolay olan, yasalaşma açısından düzenlemeye diğer alternatif sayılan yollara göre daha uygun olan arabuluculuktan yana tercihini kullanmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde arabuluculuk ve arabuluculuğun AUÇY'ler içindeki yerinin açıklanmasına gayret gösterilmiştir. Ayrıca dava şartı kavramı ve ticari yargı sistemi de arabuluculuk kurumu ile ilişkilerini tespit açısından incelemek uygun bulunmuştur. Böylece çalışma konusunun temel kavramları arabuluculuk açısından çerçevelenmiştir.

İkinci bölüm yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere arabuluculuk ve zorunluluk ilişkisine ayrılmıştır. Bu bölümde arabuluculuğa ve arabulucuya hâkim ilkeler açısından dava şartı veya zorunluluk kavramları ortaya koymaya çalışılmıştır. Ayrıca arabuluculuğa elverişlilik ile birlikte dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan ticari konuların değerlendirmesini bu bölümde yapmaya çalışacağız.

Son bölümde dava şartı arabuluculuk yoluna başvurudan sürecin sonuna kadar arabuluculuk uygulaması incelenmiştir. Adliye arabuluculuk bürosuna (ADB) başvurmak ile başlayan sürecin sonlanmasından, yargılama sürecine, yargı giderlerine etkisine kadar uygulama sırasıyla ve mümkün olduğunca mevcut uygulamadan da örnekler verilerek incelenmeye çalışılmıştır.

Modern arabuluculuğun tanımından ve geleneksel uygulamasından kaynaklı olarak arabuluculuk denilince akla ilk olarak ihtiyari arabuluculuk gelmektedir. Ancak ülkemizde ihtiyari arabuluculuk, pozitif hukukta düzenlenmesine rağmen dava şartı olan arabuluculuktan önceki dönemde etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılmadığı görülmüştür. Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak uygulanmaya başlaması, arabuluculuk ücretinin bir kısmının idare tarafından ödenmesi ile birlikte gündemde önemli yer işgal etmeye başlamıştır. Arabuluculuk eğitime yönelik kursların artış sayısından bu ilgi gözlenmektedir⁷. Zorunluluğun ortaya çıkması ile arabuluculuk konulu çok sayıda bilimsel çalışmanın yanı sıra azımsanmayacak miktarda arabuluculuk sınavına hazırlık kitabı yayımlanmıştır. Buradan idarenin dava şartı olan arabuluculuk uygulaması ile hedeflediği amaca yaklaştığı, arabuluculuğun bilinirliğinin arttığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁷ (PASLI, 2019, s. 15).

Bu çalışma ticari davalarda dava şartı olan zorunlu arabuluculuk konusu ile sınırlıdır. Bununla birlikte yeri geldiğinde ihtiyari arabuluculuk yolu ile dava şartı arabuluculuk arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu şekilde konunun daha belirgin olarak ortaya konulması amaçlanmaktadır. İhtiyari arabuluculuk uygulaması ile dava şartı arabuluculuk uygulaması arasında fark bulunmayan konulara, kısaca dava şartı arabuluculuk ile doğrudan bağlantısı bulunmayan arabuluculuk uygulaması konularına mecbur kalınmadıkça değinilmeyecektir.

Bu çalışmada dava şartı olan arabuluculuğun başta dava şartı müessesesi olmak üzere usul hukuku üzerindeki etkilerine yoğunlaşmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla arabuluculuk yolunda kullanılan müzakere yöntemleri, iletişim ve taktikler olarak anılan yolların incelenmesi araştırma kapsamının dışındadır.

Dava şartı arabuluculuk sürecinin maddi hukuka ilişkin etkileri de çalışma konusunun bir parçası olarak görülmektedir. Arabuluculuk yolunun başarısının temel nedeni müzakere için masaya oturan tarafların adeta anlaşmak için hazır olarak, anlaşmak amacıyla bir araya gelmeleridir⁸. Sürecin amacı bir maddi hukuk sözleşmesi ile uyumsuzluğu sonlandırmaktır.

Bu çalışmada mümkün olduğu kadar uygulamacı olarak deneyimlerimiz de eklenerek ticari hayatın taraflarının ve ticari hayatın gereklerinin arabuluculuk ile olumlu veya olumsuz ilişkisi tartışılmıştır. Gerçekten de ticari hayatın sükreleri arabuluculuk uygulamasının başarıya ulaşması için bütün donanıma sahiptir.

Kamu otoritesi arabuluculuk yolunun yaygınlaşması için ciddi yatırımlar yapmaktadır. Bunlar reklam, afiş çalışması şeklinde bilinirlik artırma yolları yanında arabuluculuk eğitimi konusunda yapılan çabalarla da ön plana çıkmaktadır. Ancak kabul edilmelidir ki arabuluculuk yoluna başvurmaın dava şartı olarak öngörölmesi ve arabulucuya ödenecek ücretin idare tarafından üstlenilmesi sadece bilinirliğin artışına değil tercihlerin de değışmesine neden olmuştur⁹. İdarenin arabuluculuk kurumunun gelişmesi amaçlı yoğun çalışmasının sonuçlarının olumlu olup olmayacağını ileriki günler gösterecektir.

Yargı gücünün, devletin paylaşmayı kabul etmediğı iktidar alanlarından birisi olduğu halde arabuluculuğun devlet eliyle teşvik edilmesi çelişki oluşturmamaktadır.

⁸ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 63), (OĞUZ A. , Arabuluculuk, 2019, s. 812).

⁹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 18).

Arabuluculuk uygulamasının yargılama faaliyeti olmadığı¹⁰, aksine devlet yargısını tamamlayan çözümler sistemi olduğu konusunda öğreti ve uygulamada fikir birliği vardır¹¹.



¹⁰ (ROTTLEUTHNER, 2012, s. 49), (LOPEZ, 2015, s. 80), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 22).

¹¹ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 192), (ASİLTÜRK, 2014, s. 35), Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94 K. 2013/89, RG, 25.01.2014, S. 28893. (KARACABEY, 2016, s. 457-489), Y. 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2019/3611 K. 2020/4734, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. DEVLET YARGISI DIŞINDA KALAN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A. Uyuşmazlık ve Çözüm Süreci

Uyuşmazlıklar, insanlık tarihi kadar eski, insanın geleceğe doğru yürüdüğü yolu ile arasında duran önemli engellerdir. Tanımından da anlaşılacağı üzere uyuşmazlıktan bahsedebilmemiz için bir diğerine talep ve itirazlarını yönelten en az iki taraf bulunmalıdır¹². İnsan ilişkileri sürdüğü sürece uyuşmazlıklar hayatımızın bir parçası olacaktır¹³. İnsan olmanın doğası gereği uyuşmazlıkları tamamen ortadan kaldırmamız mümkün olmadığına göre uyuşmazlıklardan kaçınmak veya uyuşmazlıkları çözmek için etkili yollar arayışımız sürmeye devam edecektir.

Bireylerin, insan topluluklarının ekonomik ve sosyal temelli, dışa dönük bütün hareketleri potansiyel uyuşmazlık nedenidir, bu nedenle “çatışma hayatın kendisidir” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴. Uyuşmazlık, taraflarının aralarındaki çatışmanın farkına varması ve çatışma nedeninde ısrar etmesi ile doğar. Çatışma kavramı uyuşmazlıktan önceki aşamada bireyler arasındaki menfaatlerin çakıştığı alanı belirtir. Yarışma ise birden fazla tarafın aynı hedefe ulaşmaya dönük çatışmalarını tanımlar¹⁵.

Bireyler arasında çatışma veya yarışma doğması için iletişim içinde olmalarına gerek yoktur. Çatışan veya yarışanların birbirlerinden haberdar olmalarına bile gerek olmadığı ileri sürülebilir. Uyuşmazlık için ise yarışan ve çatışan tarafların hem birbirinden haberdar olması hem de çatışmanın devam etmesine neden olan menfaatlerini ve iradelerini birbirlerine karşı ileri sürmesi gerekmektedir¹⁶. Öğretide çatışma ve

¹² “... uyuşmazlık, taraflarından birinin, bir olgu, hukuk kuralı ya da davranış biçimine ilişkin iddia veya talebinin, diğeri tarafından itiraz, karşı iddia ya da inkarla karşılandığı belirli bir anlaşmazlık durumunu ifade eder.” (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 75 vd.).

¹³ Uyuşmazlıklar ve etkileri bakımından değerlendirmeler için bkz. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 118 vd.), (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 1 vd.).

¹⁴ (ÖNER, 2017, s. 231).

¹⁵ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 22). Gerek Türkçemizde gerekse İngilizcede çatışma “conflict”, yarışma “competition” ve uyuşmazlık “dispute” kavramları karıştırılmakta, çoklukla birbiri yerine kullanılmaktadır. Bireylerin çıkarlarının yarışması, sınırlı kaynakların bölüşülme sorunu halinde çatışma ortaya çıkar, uyuşmazlık çatışmanın derinleşmesi sonucu hakların taraflarca birbirlerine karşı ileri sürülmesi sürecidir. Bu nedenle çatışma uyuşmazlığın bir aşaması olarak kabul edilmektedir (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 43-48).

¹⁶ (KEKEÇ, 2016, s. 5).

uyuşmazlık arasındaki farklılıklara değinen başkaca tanımlara rastlamak mümkündür. Bu tanımların ortak noktası bilinçli karşıtlık durumunu çatışma, çatışma konusunda çözüm yollarının aranması durumunu uyuşmazlık olarak nitelendirmeleridir¹⁷.

Öğretide çok farklı uyuşmazlık tanımlarına rastlamak mümkündür. ÖZBEK, uyuşmazlığı “dava konusu olabilecek hukuki meselelerde ortaya çıkan, görünür hale gelen bir anlaşmazlık türü” olarak tanımlamıştır¹⁸. Bu tanıma göre uyuşmazlık en az iki taraflı çatışmanın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. ŞAHİN CEYLAN, uyuşmazlığı “*taraflardan birinin, bir olgu, hukuk kuralı ya da davranış biçimine ilişkin iddia veya talebinin, diğeri tarafından itiraz, karşı iddia ya da inkârla karşılandığı belirli bir anlaşmazlık durumunu ifade eder*”¹⁹ şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi uyuşmazlıktan bahsedebilmek için birbirinden haberi olan en az iki kişi bulunmalıdır. Diğeri bir uyuşmazlık tarifi ise hukuki uyuşmazlığı tarif eder. Hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak ÖZEKES, “*hak olarak hukuk düzenince korunan bir menfaatin ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesinin bulunması veya hukuk düzenince kurulan menfaat dengesinin bozulması*”²⁰ şeklinde tanımlama yapmıştır.

Uyuşmazlık kısaca; çatışma durumunun dışa vurulması, anlaşmazlık konusunun diğeri taraftan talep edilmesi veya hukuk düzeni tarafından korunan hakkın ihlal edilmesidir²¹. Uyuşmazlığın tespit edilmesini ise çözümü gereken bir sürecin en son hali, çözüm aşamasının da ilk safhasıdır şeklinde ifade etmek mümkündür. Uyuşmazlığın hukuk kuralları dâhilinde ve barışçı yollarla giderilmesi amacıyla hukuk sistemi sınırları içindeki çözüm arayışı ise hukuki çözüm yollarını belirler²².

Devlet yargısı tekелci niteliktedir²³. Özellikle kamu düzeninin²⁴ hâkim olduğu alanda devlet yargısının tekелci niteliğı belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Yargı her ne kadar devletin egemenliğinin bütün unsurlarını arkasına alarak uyuşmazlık hakkında

¹⁷ (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 82).

¹⁸ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 118).

¹⁹ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 75).

²⁰ (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 135).

²¹ (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 83).

²² (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 111 vd.), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 28).

²³ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 23), (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 269), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 24).

²⁴ HUAK’ın 1. maddesinin gerekçesinden arabuluculuk anlaşma kararlarının yerine getirilmesi ve arabuluculuğa elverişlilik kapsamında kamu düzeni araştırması yapılmasının gerekliliğı ortaya çıkmaktadır. (ERKAN, 2020, s. 239,240). Bununla birlikte HUAK, arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınmasında veya icrası sırasında kamu düzeni yönünden uygunluk araştırması yapılmasına değinmemiştir. Kamu düzeni kavramına arabuluculuk ile yakın ilişkisi nedeniyle İkinci Bölüm III. Konu B. “Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik” ve Üçüncü Bölüm IV. Konu 2. f. “Emredici Kanun Hükümlerine, Genel Ahlak ve Kamu Düzenine Aykırılık” başlığı altında değinilecektir.

kesin çözüm iddiasında bulunsa da yargı kararlarının yerine getirilmesi aşamasında arkasında devlet gücü bulunmasına rağmen tarafların tatmininin söz konusu olmadığı durumlar ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda adaletin tam olarak tesisi, yargının etkinliği, yargının erişilebilir olması ve kararların infaz kabiliyetinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle adil yargılanma hakkı yargılamanın belli bir kesiti ile sınırlı değildir, davanın açılmasından icranın sona ermesine kadar devam eden geniş bir usul kesitini kapsar²⁵. Yargı kararlarının etkinliği, tarafları tatmini ile doğru orantılıdır²⁶. Yargılamanın sonucunda taraflardan birisi için kabul edilmeyen sonuçlar doğması, kararın infazı aşamasında aleyhine karar çıkan ve kararın adil olmadığını düşünen tarafın direncinin doğmasına da neden olabilecektir.

Devlet yargısı dışındaki diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri insanların hayat kalitelerini korumak amacıyla, şiddet içermeyen (barışçıl), tarafların birbirine en az zarar verecek şekilde (kazan/kazan), adaletin tesisini ve toplumsal barışı sağlama hedefine yönelik tatmin duygularını makul ölçülerde karşılamayı hedefleyen yollar olarak yine uyuşmazlıkların taraflarınca geliştirilir²⁷. Uyuşmazlığın taraflarının geliştirdiği çözüm yolları pek çok nedenden dolayı çözüm yeteneğine sahiptir. İlk olarak taraflar uyuşmazlığı çözme iradelerini ortaya koydukları için çözüm odaklı olmaları beklenir, bu şekilde tarafların uyuşmazlık içindeki rolleri ve ihtiyaçları ön plana çıkacaktır²⁸. İkinci olarak, uyuşmazlığın nedenlerini ve çözümünü yine en iyi taraflar bilir. Son olarak, eğer uyuşmazlık çözmek istediğimiz bir engelse ve farklı nedenlerle devlet yargısına gitmek son çare olarak düşünüyorsa AUÇY dışında elimizde başka bir barışçıl araç bulunmamaktadır²⁹.

Karmaşık uyuşmazlıkların çözümü, devlet yargısı dışında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ortaya çıkarmıştır³⁰. Bilimsel tasnif amacıyla yapılan isimlendirmelerle devlet yargısı dışındaki barışçıl uyuşmazlık çözüm yollarının çeşitliliğini ve sınırını çizebilmek mümkün değildir. Uyuşmazlıklar ortaya çıktığı sürece taraflar bu uyuşmazlığı çözmek için yeni yöntemler mutlaka geliştireceklerdir. İnsan hareketlerinin ve toplumun gelişmesi ile karmaşıklaşan ilişkiler ortaya çıkar, bunlar paralel şekilde karmaşık uyuşmazlıklar üretirler.

²⁵ (ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, 2010, s. 88).

²⁶ (ÖZBEK, İlamlı İcra, 2016, s. 169 vd.).

²⁷ (KEKEÇ, 2016, s. 12 vd.).

²⁸ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 17), (ÖZMUMCU, Arabuluculuk Modelleri, 2021, s. 6).

²⁹ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 259 vd.).

³⁰ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 21), (KEKEÇ, 2016, s. 1).

B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Uyuşmazlıklar var oldukça, taraflar başta olmak üzere uyuşmazlıktan olumsuz etkilenenler olacaktır. Tarafların yakın çevresinden başlayarak, devlete ve hatta devletlerarası alana kadar sürekli genişleyen bir daire şeklinde uyuşmazlıkların etkisi olacaktır. Uyuşmazlıklar nasıl insanlık tarihi kadar eski ise uyuşmazlığın çözümüne yönelik yaklaşımlar da o kadar eskidir. Çünkü uyuşmazlıklar tarafların, çevrelerinin ve toplumun yaşam konforunu bozar³¹. Bu nedenle uyuşmazlıkların çözümü, sadece uyuşmazlıkların taraflarını değil bulundukları toplumu da ilgilendirir.

Meşru olmak³², kamu otoritesi tarafından yasaklanmamak ve topluma hâkim değerlere aykırı olmamak, anlaşma yöntemi tercihlerinin en önemli belirleyicileridir³³. Diğer bir anlatımla kamu otoritesinin yasakladığı yöntemlerle kişilerin uyuşmazlık çözüm yolları denemesi gayri meşru olarak kabul edilecektir. Yasalara aykırı yöntemler geçersizlik yaptırımları ile karşılaşabilecek, suç olarak bile nitelendirilebilecektir. Toplum tarafından benimsenmeyen yöntemler ise toplumun tepkisine ve tarafların toplumdan dışlanmasına neden olabilecektir³⁴. Bu nedenle taraflar açısından olağan olan toplum kurallarının ve yasaların benimsediği, izin verdiği hatta ayrıntılı olarak yasalarla düzenlenen yöntemlerin uyuşmazlık çözümünde tercih edilmesidir.

Özel hukuk alanında uyuşmazlığın türüne bağlı olmakla birlikte, genellikle uyuşmazlık çözümünde sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında hareket etmek mümkündür³⁵. Sözleşme özgürlüğü kapsamında, aralarındaki uyuşmazlıklarını taraflar belirledikleri yöntemlerle çözebilir³⁶. En önemli hukuki sınır olan kamu düzeni kavramı bu çerçeveyi belirleyecektir³⁷. Kamu düzeni kavramının, hukukun her alanında

³¹ (KEKEÇ, 2016, s. 1).

³² Modern hukuk hakların hak sahibi tarafından bizzat ve fiilen korunmasını veya yerine getirmesine müsaade etmez, meşru müdafaa, zorunluluk hali gibi istisnalar ancak kanunda sayılan haller ve sınırlar içinde kalmak koşuluyla söz konusu olabilir. (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 129-132). Meşru yoldan hak aramak kavramı, Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan hak arama hürriyetinin ilk sınır taşıdır. Hakların korunması için yargı organlarına müracaat edilir ve buradan alınan kararlar devlet eliyle yerine getirilir. (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 134).

³³ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 290).

³⁴ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 110).

³⁵ Borçlar hukukuna hâkim ilkelerden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi kişinin dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapması kadar, sözleşme yapmama özgürlüğünü de kapsamaktadır. (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 23 vd.). Sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir, kişilik haklarının, ekonomik kamu düzeninin ve işlem güvenliğinin korunması amacıyla sınırlandırılabilir. (ATASOY, 2020, s. 111-118), (TİLE, 2021, s. 6).

³⁶ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 2004, s. 390).

³⁷ ŞAHİN CEYLAN, salt devletin yargılama faaliyeti dışında olmanın bütün uyuşmazlık yöntemlerinin AUÇY olarak nitelendirilmesine esas teşkil edemeyeceğini isabetli olarak belirtmiştir. “Böyle kapsamlı bir yaklaşım, insanlığın bildiği en eski usul olan ve halen kullanılan şiddetin bile yargı alternatifi sayılmasını gerektirir.” (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 171). Bu şekli ile barışçıl olmayan, dostane olarak

gözetilmesi gereken sınır olduğu, hangi hukuk alanı ile ilgili olarak uygulanması söz konusu ise o hukuk alanının özelliklerine göre uygulanması gerektiği öğretide isabetli olarak ileri sürülmüştür³⁸. Bu durumda birden fazla disiplini ilgilendiren arabuluculuk uygulaması için her bir işlem yönünden kamu düzeni kavramının ayrı gözetilmesi gerekmektedir.

Yukarıda yaptığımız girişten de anlaşılacağı gibi yargılama dışındaki dostane bütün uyuşmazlık çözüm yolları AUÇY içinde tasnif edilebilir³⁹. Bununla birlikte AUÇY için genel kabul gören bir tanım bulunmamaktadır. AUÇY’yi en kısa şekilde, *“uyuşmazlığın dava aşamasına dönüşmeden ve hatta dava aşamasında dahi mahkemeleri devre dışı bırakarak çözümlenmesini sağlayan her türlü yöntem”*⁴⁰ olarak tanımlamak mümkündür⁴¹. Bu tanımdan yola çıkarak mevcut bir uyuşmazlığın herhangi bir safhasında devlet yargısı dışında çözüm yolu olarak seçilen, ihtiyari olan ve uygulamanın sonunda ortaya çıkan sonucun bağlayıcılığına da yine tarafların karar verdiği⁴², hukuk düzeni tarafından meşru kabul edilen uyuşmazlık çözüm yollarının tamamı AUÇY olarak kabul edilebilir⁴³. Görüldüğü gibi tanımların tümü devlet yargısını temel almaktadır. Bu görüş dostane olmak koşulu ile devlet yargısı dışındaki bütün çözüm yöntemlerini AUÇY olarak kabul etme sonucunu doğurur⁴⁴. HUAK’ın 18/A maddesinin kabul ettiği kıstas da devlet yargısıdır. Örneğin, dava şartı arabuluculuk yönünden arabuluculuk yoluna başvuru zorunluluğu sadece devlet yargısı yönünden düzenlendiğine göre, tahkim yargılamasının HUAK’ın bakış açısıyla AUÇY kapsamında kaldığı söylenebilir. Ancak tahkimin, taraf hâkimiyetinde cereyan eden uyuşmazlık çözüm yolu olmadığını kabul eden bazı yazarlar tahkimi devlet yargısı ile birlikte tasnif etmektedir⁴⁵.

Bir diğer önemli konu ise AUÇY’nin özel yasalarla düzenlemeye ihtiyaç duyup duymadığı konusudur. AUÇY’ler tarafların serbestçe tasarrufta bulunabildiği uyuşmazlıklar ve sözleşme serbestisi içinde özgürce sonlandırılacak uyuşmazlıklara

nitelendirilmeyen çözüm yollarının AUÇY kapsamında kabul edilmemesi gerekmektedir. (KEKEÇ, 2016, s. 13), (KAŞAK, 2019, s. 74 vd.), (ASİLTÜRK, 2014, s. 37), (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 134).

³⁸ (ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, 2010, s. 150).

³⁹ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 25).

⁴⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 22).

⁴¹ Farklı AUÇY tanımları için bkz. (KONURALP, 2011, s. 7), (KEKEÇ, 2016, s. 13), (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 343).

⁴² (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 30,63). Uyuşmazlık taraflarının karar etkileri ve uygulama içindeki serbestliklerine göre uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sıralaması için bkz. (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 138).

⁴³ (YAKICI, 2019, s. 17).

⁴⁴ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 343), (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 71).

⁴⁵ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 9). Tahkimin, AUÇY ve arabuluculuk ile ilişkisi bu bölümde I. Konu E. “Arabuluculuk Dışındaki AUÇY” başlığı altında tartışılacaktır.

yönelik olduğu için pozitif hukukta ayrıca düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı söylenebilir⁴⁶. Hatta bu konuda sulh⁴⁷ müessesesinin hukukumuzdaki gelişimi güzel bir örnektir.

Bununla birlikte AUÇY'lere yönelik olarak pozitif hukuk alanında düzenleme yapılması, yöntemlerin bilinirliğini, güvenilirliğini artıracaktır⁴⁸. Arabuluculuk uygulamasında sonuç olarak ortaya çıkan anlaşma belgesine ilam mahiyetinde belge niteliğinin sağlanması ancak yasa ile mümkün olabilir. Arabuluculuk sürecinin sonucunun özel bir niteliği olmaması halinde taraflar yönünden bu yöntemin uygulanmasından somut bir fayda beklenmeyecektir⁴⁹. Bu şekilde yapılabilecek özel düzenlemeler, tarafları sözleşmenin yerine getirilmesinin sağlanması sırasında ikinci bir uyuşmazlık sürecinden veya dava yoluna başvuru külfetinden kurtaracaktır⁵⁰. Böylece uyuşmazlık çözümü için seçilen yolun bir başka uyuşmazlığa neden olmasının ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkta cephelerin genişlemesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece sözleşme serbestliği ilkesinin hâkim olduğu özel hukuk alanında uyuşmazlığın çözülmesi yine tarafların ihtiyarındadır. Özel hukuk alanında kimse kendi lehine dava açmaya veya hak talep etmeye zorlanamaz⁵¹. Bu nedenle özel hukuk alanında pek çok konuda tarafların aralarındaki uyuşmazlığı gidermesi için girişimde bulunması zorunlu değildir.

Tarafların uyuşmazlığı gidermek için tercih edebileceği yöntemler çok farklı olabilir. Bunlar arasında seçim yaparken birçok faktörü değerlendiren taraflar, genellikle tercihlerini devlet yargısından yana kullanmaktadır. Devlet yargısı temel uyuşmazlık çözüm yolları içinde akla gelen ilk yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun birçok nedeni vardır. Bunların başında alışılmış olanın, konforlu olarak kabul edilmesi gelmektedir⁵². Hukuk fakültelerinde alınan eğitimin devlet yargısına yönelik olması da, uyuşmazlık çözümünde ilk tercihin dava yolundan yana yapılmasına neden olabilmektedir⁵³. Devlet yargısı süreci, kararların devlet gücü ile yerine getirilebilmesi de dâhil olmak üzere birçok etken bu dava açma alışkanlığına neden olmaktadır⁵⁴. Ayrıca

⁴⁶ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 43). Bkz. krş. (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 31).

⁴⁷ (HIZIR ASRAV, Sulh Sözleşmesi, 2019, s. 22-24).

⁴⁸ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 55), (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 172).

⁴⁹ (BÜYÜKAY, 2018, s. 16).

⁵⁰ (BÜYÜKAY, 2018, s. 107).

⁵¹ (TANGAL, 2016, s. 31).

⁵² (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 259).

⁵³ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 158).

⁵⁴ Toplumda dava alışkanlığı ile ilgili olarak ayrıntılı inceleme için bkz. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 140 vd.)

devletlerin yönetim sistemleri ve uyuşmazlık çözüm yollarının geçirdiği evrim de bu sonuca etki eder⁵⁵.

Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin seçimi açısından alışılmış olanın konforlu olması çözüm yollarının tercihinde devlet yargısı lehine döngü oluşturmuştur⁵⁶. Bu nedenle yasal dayanakları, uygulama giderleri yönüyle arabuluculuk yoluna göre avantaja sahip avukat uzlaşması adı altındaki müzakere⁵⁷ veya yargılama giderleri⁵⁸ yönünden her zaman avantajlı olmamakla birlikte tahkim⁵⁹ yolu ülkemizde yeterli uygulama alanı bulamamıştır. Çalışma konusunu doğrudan ilgilendirmemekle birlikte genel olarak hukuk sistemlerinde uyuşmazlık çözüm yolu tercihinin avukatlar belirlemektedir. Avukatlar iyi bildikleri ve ekonomik olarak kendileri lehine olan yargılama sistemi içindeki alanlarından çıkmak istememektedir⁶⁰. Bu tercih ülkemizde arabuluculuk, müzakere ve tahkim gibi devlet yargısı dışındaki diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesinin önüne geçmiştir.

Menfaat temelli uyuşmazlık çözümü hakkında, tarafların çıkarlarının pozitif hukuk kurallarının önüne geçmesi ve taraf menfaatlerinin en iyi şekilde tatmin edilmesine yönelik anlayışın sonucu olduğunu söylemek mümkündür⁶¹. Bu yol esnek yaklaşımlar sunacağı için uyuşmazlığın çözümünde ortaya çıkacak varyasyonları artıracaktır⁶², doğal olarak uyuşmazlık çözümü bu esneklik oranında kolaylaşacaktır.

Hak⁶³ temelli uyuşmazlık çözüm yolu ise yasaların yani pozitif hukukun uygulanması sonucu ortaya çıkan çözüm olarak görülmektedir⁶⁴. ÖZBEK, hak temelli

⁵⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 12). Devletin yargı alanındaki tek elci niteliği Anayasa'nın 9. maddesinde “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” ifadesiyle şekil bulmuştur.

⁵⁶ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 337), (KOÇYİĞİT, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk, 2017, s. 86).

⁵⁷ (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 330 vd.).

⁵⁸ Tahkim masrafları açısından bir örnek vermek gerekirse, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) uyuşmazlığın değeri 40.000 Türk Lirasına kadar olan tahkim hizmetinden 2.000 TL maktu ve net hakem ücreti talep etmektedir. Bu nedenle 40.000 Türk Lirası değerindeki uyuşmazlıkta, ISTAC'ın yayımladığı hesaplama aracına göre, 500 Türk Lirası “başvurma harcı”, 600 Türk Lirası idari masraf, 2.000 Türk Lirası net hakem ücreti olmak üzere 3.100 Türk Lirası toplam masraf çıkmaktadır. ISTAC Hesaplayıcı, www.istac.org.tr, e.t. 22.03.2021. Yargılama harçlarını düzenleyen 492 sayılı, 02.07.1964 tarihli Harçlar Kanunu'na (HK) ek 1 Sayılı Tarifeye 15.07.2016 tarihli, 6728 sayılı Kanun'un 36 madde ile eklenen “*Tahkim yargılamasında bu bent hükümlerine göre harç alınmaz.*” düzenlemesi uyarınca tahkim yargılaması harçtan muaftır.

⁵⁹ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 12-13).

⁶⁰ (ALBAYRAK, Avukatlık Ücreti, 2018, s. 187,188).

⁶¹ (DÜR, 2018, s. 116), (YARAR, 2019, s. 18).

⁶² (ÖZMUMCU, Arabuluculuk Modelleri, 2021, s. 6).

⁶³ Hak kavramı öğretide, “*hukukten korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi veren menfaat*” olarak tanımlanmıştır. (BÜYÜK, 2021, s. 7).

⁶⁴ (YARAR, 2019, s. 17).

uyuşmazlığın çözüm sonucunun tahminine dayalı olduğuna değinmiştir⁶⁵. ÖZMUMCU, “hak merkezli” yaklaşımı, tarafların hukuki haklarını ön plana alan ve geleneksel mahkeme yoluyla çözüme odaklı olarak tanımlamıştır⁶⁶. Gerçekten hak temelli çözüm arayışları mahkeme veya tahkim yolunda ortaya çıkması ihtimal olan sonuçların araştırılması şeklinde belirecektir⁶⁷.

Uyuşmazlık çözüm yönteminin tercihinde etki eden diğer faktörler süre ve maliyet⁶⁸ yönü ile de dikkat çekmektedir. Bu sadece kısa süreli veya düşük maliyetli olan yolun seçilmesi değil, aynı zamanda taraf lehine olan çözüm yolunun seçilmesidir. Uyuşmazlığın diğer tarafını zor duruma sokmak için daha maliyetli yolun seçilebilmesi mümkün olduğu gibi, bazen uyuşmazlığın çözümünün uzaması taraflardan birinin lehine de olabilir. Benzer olarak, açık şekilde ve risk almadan yargı önünde haklılığını ispatlayacağından emin tarafın başka bir çözüm arayışı içine girmesi her zaman beklenmeyecektir. Yani tarafların uyuşmazlığın çözümü için kullanılacak yöntem açısından bir birlerine karşı konumu da uyuşmazlık çözüm yöntemi tercihlerini belirleyen unsurlardandır⁶⁹. Ayrıca yargı yolu ile alınacak kararın kendilerini tatmin etmeyeceğini düşünen taraflar AUÇY’i tercih edebilecektir⁷⁰.

Uyuşmazlık çözüm yollarının seçimine etkili nedenler çalışma konusunun dışında olduğu için bu kadar açıklama yeterli görülmüştür. Bu bağlamda çalışmanın konusu açısından çözümün arandığı alan olarak kabul edilebilecek hak ve menfaat kavramları, uyuşmazlığın çözüm yönteminin belirlenmesi için önemli bir tercih nedeni oluşturabilecektir.

Karar verme gücünün tarafların elinde bulunduğu arabuluculuk yolu için doğru uygulama yöntemi menfaat temelli çözüm arayışı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak

⁶⁵ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 736).

⁶⁶ (ÖZMUMCU, Arabuluculuk Modelleri, 2021, s. 6).

⁶⁷ Tahkim ve arabuluculuk ilişkisi aşağıda bu bölümde I. Konu E. 2. “Tahkim” başlığı altında incelenmiştir.

⁶⁸ Uyuşmazlığın çözümü için yapılacak masraflardan tasarruf edilmek, arabuluculuk başta olmak üzere AUÇY’lerin tercih edilme nedenidir. (KEKEÇ, 2016, s. 89). AUÇY yargılama olmadığı için taraflar açısından yargılama gideri söz konusu olmayacaktır. Uyuşmazlığın çözümü sürecinin taraflardan her birisi ve bütün tarafları yönünden toplam maliyeti bulunmaktadır. Bu maliyet AUÇY son aşaması olan yerine getirme aşamasını da kapsayacak şekilde hesaplanabilir. Karşılıklı talepler, bu maliyetlere göre belirlenecektir.

⁶⁹ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 165).

⁷⁰ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 597,598), (KEKEÇ, 2016, s. 94). Hak temelli taleplerde direkt talep eden taraf yönünden kayıplara neden olabilir. Yargılama sonucunda haklı çıkacağından ve taleplerinin tamamının mahkeme kararı ile yerine getirileceğinden emin olan taraf ancak yargılama süresi, yargılama giderleri ve teminatlar gibi kaygılarla daha ağır sonuçlarla karşılaşacağına inanmaktaysa hak temelli taleplerinden fedakârlık yapmayı tercih edebilecektir.

unutulmamalıdır ki arabuluculuk görüşmeleri sonunda tarafların menfaatleri ile hak temelli bir uzlaşma çakışabilir veya taraflar hak temelli bir çözümde anlaşabilir⁷¹.

Çatışmalar ve özellikle uyuşmazlıklar hukukun uğraş alanındadır. Uyuşmazlığın belirlenmesi ve çözüm yollarını hukukun dışında tutmak hukuk bilimi ve modern devlet ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu nedenle yargı dışında pek çok uyuşmazlık çözüm yolu mevcut olmasına rağmen bunların hepsine hukukun cevaz verdiğiinden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin bir aile meclisinin hukuk dışı kararının sadece yargı dışında cereyan etmesi bu yolun AUÇY olduğunu göstermez⁷². Bu nedenle günümüzde modern toplumlarda AUÇY tanımlanırken ayrıca meşruiyet vurgusu yapılması gerekli değildir⁷³.

Başka bir AUÇY tanımına göre de arabuluculuk menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilir. Bunda arabuluculuğun birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanmasının da etkisi bulunmaktadır. Uyuşmazlığın tarafları arasında AUÇY ile çözilememesi halinde hak temelli olarak genel mahkemelerde çözümleneceği düşünülürse, menfaat temelli çözüm arama gereğinin anlamı ortaya çıkacaktır⁷⁴. Öğretide bazı yazarlar “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” deyimi yerine “dostane” veya “kişiye özel” gibi tanımlar kullanmaktadır⁷⁵.

C. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı

1. Arabuluculuk ve Tanımı

Arabuluculuk teriminin karşılığı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*bir anlaşmazlığın çözümünün üçüncü bir tarafsız kişi veya kuruma bırakılması*” olarak açıklanmıştır⁷⁶. İngilizce karşılığı “mediation” ise ortalama, ortada olma anlamına gelmektedir. Arabuluculuğun sözlük anlamı ile hukuki bir müessese olarak fonksiyonu

⁷¹ (DÜR, 2018, s. 117), (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 147).

⁷² (ROTTLEUTHNER, 2012, s. 55), ŞAHİN CEYLAN 'ın da belirttiği gibi, “*Hukuk kurallarının egemen olduğu bir toplumda, hangi çatışmaların uyuşmazlık olarak tanımlanacağı, bunların hangi usullerle ve hangi makamlar tarafından çözüleceği yine hukuk tarafından belirlenir*”, (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 3). Ayrıca bkz. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 162,163).

⁷³ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 166), DURAK, AUÇY'lerin üç unsurlardan oluştuğunu belirtmiştir. Üçüncü kişinin etkisi, iradi, AUÇY ile ulaşan sonucun bağlayıcı olmasıdır. (DURAK, 2013, s. 57,56). Çözümün taraflar yönünden bağlayıcı olması, konu, süreç ve sonuç anlamında meşruluğu yanında getirmektedir. Meşru bir temele dayanmayan yöntemin sayılan üç unsuru kapsamı mümkün olmayacaktır. Toplumlar tarih boyunca pek çok uyuşmazlık çözüm yöntemleri denemiştir. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 3, 123). Örneğin iradi olma unsurunu tartışmazsak, kumar veya bahis yoluyla anlaşmazlıklarını çözen taraflar çözüm sonucunun soyut bir borç olduğunu kararlaştırırsa bile ifasını talep edemeyeceklerdir. (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 551).

⁷⁴ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 736).

⁷⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 11 vd.), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 28).

⁷⁶ Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, e.t. 22.11.2020.

ve anlamı farklıdır. Arabuluculuk yolunun bir yargı faaliyeti olmadığı konusunda öğreti ve uygulamada fikir birliği bulunmaktadır⁷⁷. Arabuluculuk tanımı ile ilgili olarak öğretide çok sayıda kaynak ve fikre ulaşmak mümkündür⁷⁸. Öğretideki tanımlar genel olarak arabuluculuğun fonksiyonu ve unsurları konusundaki tartışmalara ışık tutacak niteliktedir⁷⁹. Ancak bütün unsurları ile herkesin görüş birliğine varacağı bir tanım yapmanın güçlüğü nedeniyle yasadaki tanım yeterli görülmüştür⁸⁰.

Ülkemizde arabuluculuğun temel hukuki kaynağı olan 07.06.2012 tarihli, 6325 sayılı HUAK'ın 2. maddesinde açık bir şekilde arabuluculuğun tanımı yapılmıştır⁸¹. Bu madde 12.10.2017 tarihli, 7036 sayılı Kanunun 17. maddesi ile eklenen ve arabulucuya çözüm önerisi sunmasına olanak tanıyan değişiklikle son halini almıştır. Kanunda yazılı tanıma uyan arabulucu tarafından yönetilmeyen süreç arabuluculuk olarak kabul edilmeyecektir⁸².

⁷⁷Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94 K. 2013/89, RG, 25.01.2014, S. 28893, (KARACABEY, 2016, s. 457-489), Y. 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2019/3611 K. 2020/4734, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁷⁸ ÖZBEK, arabuluculuğun tek bir tanımı olamayacağını belirtmiştir. Öğretide kabul gören ve örneklediği tanımların ortak noktasının uyuşmazlık çözümüne üçüncü kişinin müdahalesinin ölçüsünün arabuluculuğun tanımlanmasında belirleyici olduğudur. Bağlayıcı olmayan tahkimin de bir arabuluculuk yolu olduğunu belirtmiştir. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 591-594). TAŞPOLAT TUĞSAVUL, arabuluculuğun uluslararası uyuşmazlık çözümlerindeki rolünün de dikkate alınarak hukuki çerçevede dışında tanımlanması gerektiğini savunmuştur. Uyuşmazlığın taraflarının serbest iradesi ile başından sonuna kadar yürüttüğü, üçüncü kişinin zorlayıcı etkisinin olmadığı sürecin, uyuşmazlıkların tarafları açısından kabul edilebilir “sulh” ile bitmesini genel bir arabuluculuk tanımı olarak ortaya koymuştur. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 27). DÜR, HUAK'dan hareketle bir arabuluculuk tanımı yapmıştır. HUAK'ın 2. maddesi 1. fıkrası, b bendinde sayılan unsurları yönüyle arabuluculuğu tanımlamıştır. (DÜR, 2018, s. 11). TANRIVER, HUAK'ın arabuluculuk tanımına benzer şekilde bir tanımlama yapmıştır. Uyuşmazlık içinde bulunan taraflar arasındaki uyuşmazlığın bağımsız, tarafsız ve eğitim almış üçüncü kişi olan arabulucunun iletişim yöntemleri kullanarak tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasını sağlamak olarak arabuluculuğu tanımlamıştır. (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 39). Benzer arabuluculuk tanımları için bkz. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 298), (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 86), (KARACABEY, 2016, s. 451-453), (YAKICI, 2019, s. 21), (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 871).

⁷⁹ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 591-594), (KÖSE, 2013, s. 87).

⁸⁰ ÖZBEK, arabuluculuğun AUÇY açısından tasnifi yönünden taraflar dışında kalan üçüncü kişinin müdahalesinin kapsamına yönelik beş temel ölçüt sıralamıştır. Bunlar, tarafların müzakere sürecine alınmasını sağlama, müzakere sürecinde yapılan yardım, uyuşmazlık konusunda tarafsız değerlendirme yapılması ve çözüm önerisinde bulunulması arabuluculuğun tanımına yönelik kullanılabilecek unsurlardan kabul edilmiştir. Beşinci ölçüt olarak, üçüncü kişinin müdahalesinin bağlayıcı karar verme ölçüsünde olmasını tahkim olarak kabul etmiştir. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 591).

⁸¹ Arabuluculuğun genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. En kapsamlı ve açık tanımı yasal düzenlemede yapılan tanım olarak kabul etmek mümkündür; “Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakere bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder”. Arabuluculuğun bu tanımı 07.06.2012 tarihli, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2. maddesinin b bendinde kanun koyucu tarafından yapılmıştır. Ayrıca arabuluculuğun bir kamu hizmeti olduğu hususu 02.06.2018 tarihli 30439 numaralı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin (HUAKY) 4. maddesinin b bendinde yapılan arabuluculuk tanımına eklenmiştir.

⁸² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 26), (KEKEÇ, 2016, s. 148), (YAKICI, 2019, s. 21).

Arabuluculuk tanımı ile ilgili olarak çok sayıda kaynak ve fikre ulaşmak mümkündür⁸³. Öğretideki tanımlar genel olarak arabuluculuğun fonksiyonu ve unsurları konusundaki tartışmalara ışık tutacak niteliktedir. Ancak bütün unsurları ile çoğunluğun görüş birliğine varacağı bir tanım yapmanın güçlüğü⁸⁴ nedeniyle bu çalışmada yasadaki tanım yeterli görülmüştür.

Bununla birlikte arabuluculuk yolunun özellikle dava şartı olarak başvurusunun zorunlu olduğu haller için hem unsurlarının hem de niteliğinin ayrıntılı olarak araştırılması ve ihtiyari arabuluculuk ile karşılaştırılması gerekmektedir. Özellikle arabulucunun süreç içinde yüklendiği görev, yürüttüğü sürecin aşamaları ve sonuçları karşılaştırılmalı ve doğru olarak betimlenmelidir. İhtiyari veya zorunlu her türlü arabuluculuk faaliyetinin yargılama yöntemi olmadığı konusunda öğreti ve uygulamada tam bir görüş birliği vardır⁸⁵.

Günümüzde modern toplumlarda, yargı yolunun olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla, pozitif hukukta AUÇY'yi düzenleme altına almak, disiplin haline getirmek ve uygulama ile elde edilen sonucun yeni bir uyuşmazlığa neden olmasını önlemek yönünde bir eğilim gözlenmektedir⁸⁶.

Uyuşmazlıkların taraflarını yargı önüne götüren bir süreç bulunmaktadır. Bu süreç farklı aşamalardan geçerek nihai olarak uyuşmazlığın çözümü amaçlanarak yargı veya tahkimle son bulur. İlk aşama uyuşmazlık olduğunun farkına varmak ve uyuşmazlığın bileşenlerini yani nedenlerini algılamaya çalışmakla başlar⁸⁷. Taraf uyuşmazlığın ne olduğu, nedenleri ve nasıl çözüleceği konusunda fikir yürütür. Taraflar aralarında iletişim kanalları mevcut ise müzakere süreci başlatabilirler. Bu aşamaya kadar sorunun çözümü mümkün olmadıysa, dışarıdan bir uzmandan destek alma aşamasına geçilebilir. Müzakere veya uzman yardımı almak gibi AUÇY'lerin denenmesi fikri ancak gerçekten uyuşmazlığı yargı yoluna taşımadan sonlandırmak isteyen tarafların tercihi olabilir. Alternatif yollarla çözüm bulunması mümkün olmadıysa mahkeme yolunun denenmesinden başka çare kalmamıştır⁸⁸. Davacının uyuşmazlığın ortaya çıkmasından

⁸³ Singapur Konvansiyonu'nda arabuluculuk, "kullanılan ibareye bakılmaksızın ve sürecin yürütüldüğü temel gözonüne alınmaksızın, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, uyuşmazlığa taraf olanlara karşı bir çözümü zorla kabul ettirme yetkisi bulunmayan bir üçüncü kişinin veya kişilerin (arabulucu) yardımıyla 'dostane bir çözüm'e (amicable settlement) bağladıkları bir süreci ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. (ÖZSUNAY, 2021, s. 15).

⁸⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 27).

⁸⁵ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 12), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 122 vd.), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 30,31).

⁸⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 21).

⁸⁷ (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 17-23).

⁸⁸ (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 23).

sonra açacağı dava için de yaklaşık olarak aynı süreç işleyecektir. Taraflar AUÇY'den fayda sağlayamayacağını düşünürlerse yargı yolunu seçeceklerdir⁸⁹.

Yargı sürecinin sonunda yıllarca beklenen karar çıkmış ve taraflar yönünden kesin hüküm oluşmuşsa bile uyuşmazlık geride bırakılmadığı sürece, uyuşmazlığın çözüldüğü sonucu ortaya çıkmayabilir. Mahkeme kararının adil olmadığını düşünen taraf, kararın yerine getirilmesi aşamasında direnç göstermeye, uyuşmazlığın kendi yönünden sonuçlanmadığını savunmaya devam edebilir. Bu nedenle yargı sürecinden çıkan kararın tarafları ne ölçüde tatmin edeceği de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazen yargılama süreci tatmin edici şekilde bitmeyebilir. Kararın lehine olduğu düşünülen taraf bile kendisini zarar görmüş olarak hissedebilir. Kesinleşmiş yargı kararına rağmen taraflar arasındaki uyuşmazlık giderilmemiş ve hukuki barış sağlanmamış olabilir⁹⁰.

Verilen bu uç örnekte olduğu gibi her aşamada, hatta mahkeme kararı kesinleştikten ve yerine getirildikten sonra bile uyuşmazlığın devam etmesi mümkündür⁹¹. Modern arabuluculuk⁹² ise tarafların bir araya gelerek her tarafın kabul edebileceği sonuca ulaşmasını sağlayan, uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran en ekonomik ve efektif çözümdür⁹³.

Son olarak ülkemizde arabuluculuk bir kamu hizmetidir. Kamu hizmeti olması nedeniyle idarenin sıkı bir şekilde denetimi ve gözetimi altındadır. Bu nedenle yasal tanımını itibarı ile arabulucu, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan sicile kaydedilmiş gerçek kişidir⁹⁴.

2. Zorunlu Arabuluculuğun Tarihsel Gelişimi

İnsanın bulunduğu her yerde uyuşmazlık ve çatışmalar meydana gelecektir. Kaynaklar ne kadar geniş olursa olsun, insanın tatminsiz doğası uyuşmazlık ve çatışma

⁸⁹ Uyuşmazlık çözüm yöntemleri derecelendirmesi için bkz. (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 138).

⁹⁰ (ÖZTATAR, Arabuluculukta Geldiğimiz Nokta, 2020, s. 10). Tahkim hukukunda, nihai nitelikli hakem kararlarından sonra sulh olmanın mümkün olduğu, hatta karardan sonra tarafların uyuşmazlık ve sonuçları hakkında daha nesnel yaklaşımda bulunacağından sulh anlaşmasına varılmasının kolaylaşabileceği isabetli olarak belirtilmiştir. (ELÇİN, 2019, s. 13).

⁹¹ ŞAHİN CEYLAN, yargı ve AUÇY'nin kesin bir ayrıma tabi tutularak bir kısmının “*uyuşmazlıkları çözdüğü*” diğer kısım yöntemlerin “*uyuşmazlıkları sonlandırdığı*” iddiasının öznel bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 117).

⁹² Modern arabuluculuk, öne çıkan özellikleri açısından unsurlarına ayrılırsa; başvurunun iradi olması, arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması, tarafların anlaşmasını esas alması, görüşmelerin sistemli bir teknikle yapılması ve anlaşmak tamamen tarafların ihtiyarında olmasına karşın bağlayıcı anlaşma ile sona ermesi olarak nitelenebilir. (KÖSE, 2013, s. 87,88).

⁹³ (KEKEÇ, 2016, s. 26 vd.).

⁹⁴ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 23).

ortaya çıkarır. Bu nedenle geleneksel arabuluculuk ve tahkim uygulamaları insanlık tarihi kadar eskidir. Basit bir şekilde AUÇY açısından tasnif yaparsak sadece iki kişinin çözüm arayışı içinde bulunduğu bir ortamda arabuluculuğun mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. İki kişi ancak müzakere yolu ile uyuşmazlıklarını çözebilecektir. İki kişinin uyuşmazlığına üçüncü kişinin aktif veya pasif müdahalesi sonucu çözüm arama süreci tahkim veya arabuluculuk olarak nitelendirilebilecektir. Çözüme yönelik son kararı taraflar dışındaki üçüncü kişi veriyorsa, taraflar üçüncü kişinin verdiği karara herhangi bir nedenle örneğin kanunlardan doğan cebri icra, dini, ahlaki, toplumsal kurallar nedeniyle uyuyorsa hakem uygulaması söz konusu olacaktır⁹⁵.

Bir uyuşmazlığın çözümü için taraflar arasında eşitliğin sağlanması ancak kurallar ve özel teknikler üretilerek oluşturulmuş uygulamalar yolu ile yapılacak dengeleme sayesinde mümkün olacaktır⁹⁶. Taraflar arasında mutlak eşitliğin olmadığı uyuşmazlık çözümü için izlenen yolda üçüncü kişinin hem tarafsız kalıp hem de tarafların kararına doğrudan etki yapmadan uyuşmazlığın taraflarca çözümünü sağlaması ancak modern arabuluculuk ile sağlanabilir. Bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunda karar verme yetkisi olmadan, tarafları bir araya getirerek uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlanması faaliyetini geleneksel ve modern arabuluculuk olarak ikiye ayırmak mümkündür. Arabuluculuk ile tahkim arasındaki fark uyuşmazlığın çözümü konusunda kimin karar verdiği noktasında belirginlik kazanır⁹⁷. Diğer yandan uyuşmazlığın taraflarının sürece olan etkisi ve çözüm üretmekteki aktif rolü de arabuluculuğun nitelendirilmesinde rol oynayacaktır⁹⁸. Tarafların süreci yönetmesi, eşitlik, iradi olmak ve arabulucunun tarafsızlığı gibi ilkelerin ön plana çıkması modern arabuluculuğun sonucudur⁹⁹.

Arabuluculuk veya AUÇY'lere eserlerinde yer veren yazarlar sürecin gelişimini açıklayabilmek için tarihsel araştırmalarını eserlerinde paylaşmışlardır. Bu çalışmanın sınırlarını aşmamak amacıyla bu değerli eserlerin bir kısmına atıf yapmakla yetinilmiştir¹⁰⁰. Bu bölümde ülkemiz hukuk sisteminin, yakın ilişki içinde olduğu ve

⁹⁵ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 27), (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 593), (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 148), (DÜR, 2018, s. 49).

⁹⁶ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 172).

⁹⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 32).

⁹⁸ (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 145,146).

⁹⁹ (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 47).

¹⁰⁰ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 9 vd.), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 32 vd.), (DÜR, 2018, s. 113 vd.), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 85 vd.).

etkilendiği Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukundaki zorunlu arabuluculuk uygulamalarının gelişimine kısaca yer verilmiştir.

Arabuluculuğun yaygın ve etkin olarak uygulandığı ülkeler bakımından gelişimi izlendiğinde toplumun uzlaşma kültürüne yatkınlığı¹⁰¹ ve sistemin hukuk devleti ile bağlantısı görülecektir¹⁰². Tahkimin aksine arabuluculuk yargı sistemine veya yasalara güvensizlikten değil, iyi işleyen ve sağlıklı adalet sistemlerinde hızlı gelişmektedir¹⁰³. Bunun en önemli nedeni arabuluculuğun devlet yargılamasına alternatif getirmemesi¹⁰⁴, sorunları erteleme işlevi görmemesi ve uyuşmazlıkların çözümünü hızlı bir şekilde sonuçlandırmasıdır¹⁰⁵. Bu durum modern arabuluculuğun gelişme süreci içinde uygulandığı hukuk sistemlerinde belirgin bir şekilde gözlemlenmektedir. Bu nedenle arabuluculuğu uyuşmazlığı çözmek isteyenlerin yöntemi olarak nitelemek mümkündür¹⁰⁶.

Ekonomik faktörler de arabuluculuğun gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Ekonomik ilişkilerin artması, sürekliliği ve karmaşıklığı uyuşmazlıkların hızlı çözümüne ve arabuluculuğa olan ihtiyacı da yanında getirmiştir. Elbette gelişmiş ülkelerde arabuluculuğun yaygınlığı sadece ekonomik ilişkilerinin yoğunluğu ile açıklanamaz. Gelişmişlik adalet sistemine mutlaka yansıtacak ve etkili, hızlı ve uygulanabilir adalet olarak karşımıza çıkacaktır. Bunun yanında düşük enflasyon veya düşük faizler gibi ekonomik nedenler de arabuluculuk uygulamasının yaygınlaşmasına katkı sağlayacaktır. Arabuluculuk uygulamasında anlaşma alanına taraf maliyetleri açısından yaklaşmak mümkündür¹⁰⁷.

a. Zorunlu Arabuluculuğun Mukayeseli Hukukta Gelişimi

Ülkemizde arabuluculuğun gelişimini ve geldiği yeri doğru tahlil edebilmek için hukuk sistemimizin etkileşim içinde olduğu Kıta Avrupası arabuluculuk sistemini incelemek gerekmektedir. Kıta Avrupası ülkemize görece daha önce arabuluculuk yolu ile tanışmış olsa dahi ABD modern arabuluculuğun doğduğu ve geliştiği ülke olarak

¹⁰¹ (ROTTLEUTHNER, 2012, s. 47).

¹⁰² (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 192 vd.).

¹⁰³ (KORAL, İç Hukukumuzda Tahkim, 1947).

¹⁰⁴ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020).

¹⁰⁵ (DÜR, 2018, s. 30-32).

¹⁰⁶ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 140 vd.), (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2818), (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 28), (YILDIRIM N. D., 2020, s. 299).

¹⁰⁷ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 332 vd.).

dikkat çekmektedir¹⁰⁸. Modern arabuluculuğun ABD’den başlayarak İngiltere¹⁰⁹ ve İskandinav ülkeleri üzerinden Kıta Avrupası Hukuku’na geçişi gözlenmektedir¹¹⁰.

Hem meslek hem de uygulanan yöntemler açısından modern arabuluculuğun kaynağı olarak ABD’yi göstermek yanlış bir teşhis olmayacaktır¹¹¹. Bu ülkede arabuluculuğun doğması ve gelişmesi için birçok neden bir arada bulunmaktadır¹¹². ABD’nin dâhil olduğu hukuk sisteminin yapısı, ülkenin gelir durumu ve anlaşmazlık çözümüne yönelik kültür birikimi bu süreci desteklemektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercihi genellikle devlet yargısına olan itimadın kaybolmasıyla doğru orantılıdır. Devlet yargısının güvenilirmezliği birçok şekilde ortaya çıkabilir. Bunların başında uzun yargılama süreci, konusunda uzman olmayan veya güvenilmeyen yargı mensupları, yüksek yargı maliyetleri gelir. Yargı mensupları geniş anlamda düşünülmelidir, bunlar karar veren hâkimler olabileceği gibi avukatlar da olabilir. Örneğin, koloni dönemi Amerika’ında avukatlara olan güvensizlik nedeniyle Virginia’da mahkemelerde avukatın ücret karşılığı müvekkilini temsili yasaklanmıştır¹¹³.

Amerika Birleşik Devletleri’nde federal anlamda düzenlenen ve kongre tarafından onaylanan 1990 tarihli idari uyuşmazlıklar hakkında çözüm yasası ve bu yasaya dayanak olarak “Administrative Dispute Resolution Act of 1996” isimli düzenleme ile hukuk sisteminde AUÇY kavramları belirlenmiştir¹¹⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumlu yönleri belirtilmiş arabulucunun ve ombudsmanın tanımlaması yapılmıştır. Alternatif olmanın ruhuna uygun görülen AUÇY’nin sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Açıklanan düzenlemelerin idari yargıya yönelik olması nedeniyle ombudsman ve arabulucu birlikte sayılmıştır.

Tarihsel olarak ABD’de özel hukuk alanında AUÇY’e yönelik 1998 tarihinde yapılan bir düzenleme ilk olarak yürürlüğe girmiştir. Özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin 28 numaralı Mahkemeler ve Yargılamaya İlişkin Kanunun 651. ve 658. maddeleri arasında yapılan düzenleme ile federal yasanın ülke genelinde uygulanması amacıyla

¹⁰⁸ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 31), (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 820).

¹⁰⁹ İngiltere’de arabuluculuk uygulamasına yönelik pozitif hukukta bir düzenleme bulunmamaktadır, davanın taraflarını arabuluculuğa teşvik etmez buna rağmen 1990’lı yılların başından beri arabuluculuk yaygın olarak uygulanmaktadır. (BRADBEER, 2017, s. 35,36).

¹¹⁰ (ROTTLEUTHNER, 2012, s. 47).

¹¹¹ (EROL, 2018, s. 28).

¹¹² (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 354 vd.), (YILDIRIM N. D., 2020, s. 291).

¹¹³ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 34).

¹¹⁴ ADR Act, Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736 sayılı yasa ve Administrative Dispute Resolution Act of 1996 ve ABD hukuk sistemi içindeki daha fazla AUÇY bilgisi için bkz. ADR.GOV, Office of Conflict Management and Prevention, www.adr.gov, e.t. 21.01.2021, (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 354 vd.).

yerel mahkemelere hem görev hem de yetki verilmiştir¹¹⁵. Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında ise ülkemizdekine benzer amaçların he deflendiği görülmektedir. Bunların başında yargı yükünü azaltmak, uyuşmazlıkların çözüm maliyetlerini azaltmak ve uyuşmazlıkların hızlı çözülmesi amacı gelmektedir¹¹⁶.

Federal yapısı nedeniyle ABD’de zorunlu arabuluculuk açısından her bir eyalet farklı gelişim yaşamıştır¹¹⁷. Başlarda arabuluculuk uygulamasından yana politikacıların ve uygulayıcıların ateşli taraftarlığı söz konusu olmuştur. Bununla birlikte gönüllü katılımın sınırlı kalması nedeniyle arabuluculuğun teşviki amacıyla zorunlu katılımın sağlanması çoğunlukla yargılama giderlerinin paylaşımı veya mahkeme içi arabuluculuk yolu ile sağlanmaya çalışılmıştır¹¹⁸. Özellikle mahkeme içi arabuluculuk konusunda bazı eyaletlerde hâkimin tarafları zorunlu arabuluculuk yoluna sevki yasa veya içtihat yolu ile önceden öngörülmüş olduğu için zorunlu arabuluculuk uygulaması olarak adlandırılmaktadır¹¹⁹. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk ilk olarak bir ABD uygulaması olarak ortaya çıkmış olduğu tespiti yanlış olmayacaktır.

Kıta Avrupa’ında arabuluculuğun gelişimi iki bölümde incelenmelidir. İç hukuk uygulamasında üye devletlerin arabuluculuğa yönelik yasalaşması ve yaygınlaştırmaya yönelik faaliyetleri, ikinci olarak da Avrupa Birliği Hukuku’nda arabuluculuğun gelişimi. Avrupa Birliği Hukuku’na arabuluculuk girmeden önce de birliğe üye devletler ve İsviçre’de arabuluculuk uygulamaları belirmeye başlamıştı¹²⁰. Bununla birlikte kanunlaşma hareketinin yaygınlaşması ve yeknesaklaşması yanında sınır ötesi arabuluculuk faaliyetleri açısından önemli düzenlemelerin başlangıcı Avrupa Birliği Hukuku ile ortaya çıkmıştır.

Almanya’da arabuluculuk ve sulhu teşvik amaçlı olarak 1999 yılında çıkan federal bir yasa ile eyaletlere bazı küçük uyuşmazlıkların dava edilebilmesi için öncelikle sulh yolunun denenmiş olmasının dava şartı olarak ön koşul niteliğinde kabulüne dair yetki verilmiştir¹²¹.

¹¹⁵ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 25), (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 52), tam metin için bkz. Alternative Dispute Resolution Act of 1998, www.transportation.gov, e.t. 28.12.2020.

¹¹⁶ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 441), (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 825).

¹¹⁷ (EROL, 2018, s. 29).

¹¹⁸ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 824), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 99).

¹¹⁹ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 425).

¹²⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 35).

¹²¹ (de CASTILLEJO y PEETSCH, 2018, s. 24).

Almanya’da arabuluculuk ile ilgili en önemli gelişmelerden birisi yine federal nitelikli olan, 2012 yılında yürürlüğe giren Arabuluculuk Kanunu’dur¹²². Bu kanunlaşma hareketinin ana nedeni aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek Avrupa Birliği 2008/52 EG sayılı “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesidir.

Almanya’da zorunlu arabuluculuk kapsamında eyaletlerin uygulaması arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Alman Medeni Usul Kanunu’nda arabuluculuğun düzenleniş şeklinin zorunlu arabuluculuğa imkân tanınması fakat uygulama şeklini eyaletlerin tercihinin bırakması bu farklılıkların temel nedeni olarak gösterilebilir. Özellikle Bavyera eyaletinde küçük kapsamlı, ilişkilerin devamında tarafların yüksek menfaati olan, dava değeri düşük uyuşmazlıklar için dava şartı olarak arabuluculuk yolunun denenmesi zorunlu tutulmuştur¹²³.

Avusturya’da 1999 yılında, gizlilik gibi temel arabuluculuk kurallarının uygulandığı, zamanaşımı sürelerine etki eden düzenlemelerin öngörüldüğü, evlilik hukukuna ilişkin konularda modern arabuluculuk uygulamasına yönelik ilk kanunlaşma hareketi gerçekleşmiştir¹²⁴.

İtalya ülkemize benzer şekilde adalet sisteminde yaşanan birikmiş yargı yükü nedeniyle Avrupa’da arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümünde en hızlı uygulama çalışmaları yapan ve kanunlaşma sağlayan ülkelerden birisi olmuştur¹²⁵. İtalyan Hükümeti, 1990 yılından başlayarak arabuluculuk müessesinin tanıtımını yapmaya başlamıştır. Bazı iş hukuku ve tüketici hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda 1998 yılından itibaren zorunlu arabuluculuk yoluna yönelik çalışmalar başlatılmıştır¹²⁶. Yargılama giderlerinde arabuluculuğun teşviki için kolaylıklar, arabuluculuğun kurumsallaşması gibi teşkilatlanma düzenlemeleriyle arabuluculuğun yaygınlaşması için çaba gösterilmiştir. Buna rağmen ülkemize olduğu gibi ihtiyari arabuluculuk yolu yargı yükünü azaltma konusunda beklenen sonucu sağlamamıştır¹²⁷.

İtalya’da arabuluculuğun etkin hale getirilmesi ve arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanabilmesi amacıyla arabuluculuğun zorunlu olarak düzenlenmesi yönünde adımlar atılmıştır¹²⁸. Basın ve yayım araçları ile yapılan hakaret, tıbbi ihmal, aile,

¹²² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 37).

¹²³ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 95-96).

¹²⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 37).

¹²⁵ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 89).

¹²⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 89).

¹²⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 89).

¹²⁸ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 89).

gayrimenkul ve bazı özel hukuk sözleşmelerinden doğan hukuki ihtilaflar 2011 yılı mart ayından itibaren zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır ancak düzenleme hükümete verilen yetkiye dayandığı ve yasa ile yapılmadığı gerekçesi ile İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından yetki aşımı nedeniyle 2012 yılında iptal edilmiştir¹²⁹. Anayasa mahkemesinin iptalinden sonra, 2013 yılında zorunlu arabuluculuk uygulamasında bazı alanlar daraltılarak, taraflara başlangıç aşamasında çekilme hakkı sağlanmak ve arabuluculuk faaliyetinde avukatla temsil zorunluluğu gibi değişiklikler de eklenerek bu sefer anayasaya uygun olarak İtalya’da kanunla yeniden zorunlu arabuluculuk uygulamasına dönmüştür¹³⁰.

İsviçre’de usul hukuku birliğini sağlamak amacıyla 2008 yılında yürürlüğe giren İsviçre Usul Kanunu’nun 197-207. maddelerinde uzlaşma, 213-218. maddelerinde arabuluculuk düzenlenmiştir¹³¹. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar uzlaşma kurumu içinde ele alınmış belirli bazı uyuşmazlıklarda uzlaşmaya gitmek zorunlu tutulmuştur¹³².

İsviçre’de sulh, arabuluculuk ve diğer AUÇY geleneksel olarak uygulanagelmektedir. Bazı kantonlarda dava açmadan önce sulh yargılaması talep etmek zorunlu iken bazı kantonlarda sulh yargılaması talep etmek ihtiyari olarak kabul edilmektedir¹³³. İsviçre’de 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu arabuluculuk ile ilgili genel düzenlemeler öngörmüştür¹³⁴.

Avrupa Birliği Hukuku’nda arabuluculuğun gelişim süreci iki aşamalı incelenebilir. Bunlar bağlayıcı olmayan tavsiyeler ile bağlayıcı nitelikteki karar ve yönergelerin gelişimidir¹³⁵.

Avrupa Birliğinde, ABD’ye göre sonra gelişen arabuluculuk öncelikle tavsiye kararlarında belirlemiştir¹³⁶. Aile içi uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun tavsiyesi amacıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) sayılı tavsiye kararı¹³⁷ gündeme gelmiştir. Bu özellikle çocuğun menfaatini koruma amacıyla taraflar arasında diyalogun sürdürülmesi, boşanma veya ayrılık sürecinde

¹²⁹ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 812-815).

¹³⁰ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 812-815), İtalyan dava şartı arabuluculuk sisteminin ülkemizdeki dava şartı arabuluculuk sisteminden en önemli farkı avukatla temsil zorunluluğudur. (YILDIRIM N. D., 2020, s. 298).

¹³¹ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 15).

¹³² (KILIÇOĞLU, 2020, s. 15).

¹³³ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 38).

¹³⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 39).

¹³⁵ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 810).

¹³⁶ (YARAR, 2019, s. 42).

¹³⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) sayılı tavsiye kararı, www.arabuluculuk.adalet.gov.tr, e.t. 12.02.2021.

olumsuz etkilerin en aza indirilmesi amacına yönelik bir tavsiye kararıdır. Adından da anlaşıldığı üzere kararın bağlayıcılığı bulunmamaktadır, bununla birlikte Avrupa Birliği sisteminde modern arabuluculuk yöntemlerinin uygulanmasına dikkat çekilmesi açısından ilk olması nedeniyle önemlidir.

Üye ülkeler açısından tavsiye niteliğinde bir diğer düzenleme de yeşil kitaptır. Yeşil kitaplar Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanır, üye ülkelerin kitap konusuyla ilgili iç hukuka yönelik yasal düzenlemeleri için model teşkil ederler¹³⁸. Bununla birlikte Avrupa Birliği Komisyonunun tavsiye niteliğindeki görüşlerinin Avrupa Birliği Hukuku içindeki yeri tartışmalıdır¹³⁹. Üye devlerin iç hukuklarında oluşacak belirsizliklerin giderilmesi amaçlı oldukları söylenebilir¹⁴⁰.

Özel hukuktan kaynaklı uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümüne ilişkin olarak “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC)” Avrupa Birliği Hukuku’nda bir dönüm noktasıdır. Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümüne ilişkin olarak birlik üyesi devletlere sorumluluk yüklemesi anlamında önemlidir¹⁴¹. Bu yönerge, üye ülkelerde ticari uyuşmazlıklar ve özel hukuku ilgilendiren uyuşmazlıklar konusunda arabuluculuk uygulaması yasal düzenlemeler çerçevesinde uygulama imkânı bulmuştur¹⁴².

Yönergenin kabul şartlarının belirtildiği giriş kısmının 8. bendi “*bu Yönergenin hükümleri, sadece sınır ötesi uyuşmazlıklardaki arabuluculuklara uygulanmalıdır, fakat üye devletlerin bu hükümleri iç arabuluculuk yöntemlerine uygulamasına da bir engel yoktur*” hükmü ile Yönergenin üye devletlerin iç hukuklarında da kullanabilecekleri tavsiye niteliğine dikkat çekilmiştir. Yönerge, çekince koyan Danimarka dışındaki bütün Avrupa Birliği üyesi devletler açısından uygulanabilir niteliktedir. Yönergede belirtilen düzenlemelerin 21 Mayıs 2011 tarihine kadar imzalayan devletler tarafından uygulamaya konulması öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi Avrupa Birliği Hukuku açısından tavsiye niteliğinde kararlardan, uyulması zorunlu Avrupa Birliği yönergelerine geçmek açısından önem teşkil eden bu

¹³⁸ Green Paper, www.eur-lex.europa.eu, e.t. 27.11.2020.

¹³⁹ (YARAR, 2019, s. 38-42).

¹⁴⁰ (BOZKURT & KÖKTAŞ, 2018, s. 188)

¹⁴¹ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Proje Belgeleri, www.arabuluculuk.adalet.gov.tr, e.t. 22.03.2021.

¹⁴² Directive 2008/52/Ec of The European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil And Commercial Matters, bu direktif otuz paragraflık bir giriş bölümü ve ana metin olan on dört maddeden oluşur. Direktifin on dördüncü ve son maddesi uygulama alanı olarak üye devletleri işaret eder. (LOPEZ, 2015, s. 78)

belge, ülkemiz taraf olmasa bile HUAK'ı etkilenmiştir¹⁴³. Yönerge ile HUAK arasında paralel düzenlemeler vardır. Yönerge hakkında diğer önemli bir konu ise zorunlu arabuluculuğun üye ülkelerde iç hukuk kuralı haline gelmesi için hukuki bir dayanak oluşturmaktır. Yönergenin bağlayıcı etkisi nedeniyle zorunlu arabuluculuk uygulamalarına yönelik düzenlemelerin hak arama hürriyetinin engellenmesi gibi gerekçelerle anayasaya veya AB mevzuatına aykırılığı iddia edilemeyecektir¹⁴⁴.

Özellikle arabuluculuğa ilişkin sürecin usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin olduğu konusundaki tartışmalar açısından bu yönerge ayrıca önemlidir. Yabancılaşma unsuru içeren uyuşmazlıklar yönünden kanunlar ihtilafı kuralları maddi hukuk anlamında uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tayinine etki edecektir. Usul hukuku yönünden ise mahkeme tarafından milli hukuk uygulanacaktır. Uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukukta arabuluculuk yolunun tüketilmesine veya başvurulmasına yönelik dava şartı olmak gibi zorunlulukların bulunması halinde kendi usul hukukunda böyle bir hüküm bulunmayan mahkeme çelişkiye düşebilecektir. Üye ülkeler açısından böyle bir çelişkinin önüne geçilmesi açısından yönerge son derece isabetli bir düzenlemedir.

Arabuluculuk faaliyetinin, Avrupa Birliği hukuku tarafından yargı faaliyeti olarak görülmediği ve Avrupa Birliği uygulamasında genellikle tüketicilerin AUÇY'ye kolay ulaşmasının sağlanması hedeflendiği ileri sürülmüştür¹⁴⁵. Arabuluculuk, yargılama faaliyeti olarak kabul edilmeyen veya yargıyı tamamlayıcı bir niteliği olmayan bu nedenle idarenin (bakanlıkların) gözetimi ve denetimi altında yapılmasının mahsurlu görülmediği bir alan olarak kabul edilmektedir¹⁴⁶. Bu açıdan ülkemizdeki uygulamanın da benzer olduğu gözlemlenmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları ile 2008/52/EC sayılı Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi dışında başka hukuki kaynaklar da vardır. Bu çalışmayla doğrudan ilgili olmadığı için ilk niteliğinde olan düzenleme ve üye ülkeler açısından mükellefiyet getirmesi açısından 2008 yılında yürürlüğe giren hukuki kaynağa değinmekle yetinilmiştir.

¹⁴³ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 30,31).

¹⁴⁴ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 810-811), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 18.03.2010 bir kararında zorunlu arabuluculuğun, mahkemeye erişimi engellemediği, yüksek maliyetli olmadığı, hak arama hürriyetini geciktirmediği sürece Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

¹⁴⁵ (LOPEZ, 2015, s. 80).

¹⁴⁶ (LOPEZ, 2015, s. 80).

b. Zorunlu Arabuluculuğun Ülkemizdeki Gelişimi

Cumhuriyet yeni ve modern hukuk düzenini kurarken halefi olduğu Osmanlı İmparatorluğu'na özgü birçok uygulamayı ortadan kaldırmayı hedeflemiştir. Türkiye Cumhuriyeti üniter bir devlet olma kaygısıyla eski imparatorluğa tepki sonucu yargı birliğinin tesisini amaçlamıştır.

Sulh hukuk mahkemelerinin oluşturulma amacının adli yargılama yapmak dışında, asliye hukuk mahkemelerindeki işlerden daha az karmaşık, basit yargılamayı gerektirecek en önemlisi de miktar ve konu itibarı ile uzlaşmanın kolay olduğu işlerde tarafları sulhe yani uzlaşmaya teşvik olduğu kabul edilmekteydi¹⁴⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliği tartışmalı olan tahkime¹⁴⁸ yönelik hukuki düzenlemeler bir yana bırakılırsa ülkemizde AUÇY'e yaklaşım açısından en önemli gelişme 19.03.1936 tarih 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na (Av. K) 02.05.2001 tarihli 4667 sayılı Kanun ile eklenen 35/A maddesidir. Bu yöntem AUÇY arasında tasnif edilen müzakere olarak nitelendirilebilir. Av. K'da yapılan düzenleme ile uyuşmazlık tarafları arasında dava açılmamış veya dava açılmış olsa bile henüz ilk duruşma icra edilmemiş ise taraflar avukat ile temsil edilmeleri halinde ilam mahiyetinde belge oluşturabilmekte ve uyuşmazlığa son verebilmektedir¹⁴⁹.

Arabuluculuk uygulaması, taraflarının serbest bir şekilde tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlık alanı ile sınırlıdır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi mümkündür¹⁵⁰. Zorunlu arabuluculuğun ise ancak kanunla düzenlenmesi mümkün olabilir. Arabuluculuk faaliyeti ülkemizde ihtiyari arabuluculuk uygulamasının kanuni dayanağı olan HUAK ile başlamış, farklı kanunlarla bazı dava

¹⁴⁷ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 125), (TANRIVER S. , Sulh Hukuk Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Düşünceler, 2013, s. 38-39).

¹⁴⁸ (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 171), (EKŞİ, AUÇY, 2015, s. 2), (DÜR, 2018, s. 48).

¹⁴⁹ (KARACABEY, 2016, s. 454). HMK, İMK, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun gereği hâkimin sulh teşviki, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 50. maddesinde düzenlenen arabuluculuk, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 13. maddesinde düzenlenen satın alma usulü gibi arabuluculuğa benzer uygulamalar hukukumuzda HUAK'tan önce de mevcuttu. (KÖSE, 2013, s. 91), (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 28,29).

¹⁵⁰ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 122). Bu konudaki en iyi örneklerden bir tanesi hiçbir kanuni dayanağa tabi olmayan ve kendi kurumsal yapısı içinde, kendi kuralları ile yürütülen Uluslararası Ticaret Merkezinin arabuluculuk uygulamalarıdır. Süreç sonunda taraflar özel hukukun sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırları kapsamında uyuşmazlığa yön verebilmektedir. Internaional Chamber of Commerce Home Mediation Rules, www.iccwbo.org, e.t. 22.02.2021.

türleri için dava şartı haline getirilmiştir¹⁵¹. Bu nedenle zorunlu arabuluculuğun gelişimi ve zorunlu arabuluculuğun kaynakları ile paralellik arz etmektedir.

D. Arabuluculuk Uygulamasının Ülkemizdeki Kaynakları

1. Arabuluculuğun Yasal Kaynakları

Ülkemizde AUÇY'leri kapsayan genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Av. K'da müzakere, toplu iş ve sendika gibi çalışma hayatına yönelik düzenlemelerde, tüketiciyi korumaya yönelik olarak bir kısım kanunda AUÇY'ye yönelik düzenlemeler mevcuttur¹⁵².

Pozitif hukukta mevcut bir diğer AUÇY düzenlemesi yargı süreci içinde gerçekleşmesine rağmen HMK'nın 137. maddesinin 1. fıkrası ve 140. maddesinin 2. fıkrası hükmünce hâkimin tarafları sulh olmaya teşviki ve sulhtur¹⁵³. Her ne kadar yargılama süreci içinde olsa ve yasalarda kapsamı açık bir şekilde belirtilmese de hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuk yoluna teşvik etmesi yönündeki HMK'nın 137. ve 140. madde düzenlemeleri AUÇY yönünden pozitif hukuk normu niteliğindedir. Bu nedenle 22.07.2020 tarihli, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu mahkeme içi arabuluculuğa yaklaşılmıştır.

Ülkemizdeki arabuluculuk ile ilgili ilk pozitif hukuk düzenleme 07.06.2012 tarih, 6325 sayılı HUAK'dır. Kanun 22.06.2012 tarihli 28331 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmıştır¹⁵⁴. HUAK'a uygun olarak hazırlanan HUAKY 02.06.2018 tarihli 30439 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵¹ Avukatlık ücreti ve uyuşmazlık yolu seçiminde etkin rol oynayan avukatların vekâlet ücretine bağlı eğilimlerinin değerlendirilmesi yönünden bkz. (ALBAYRAK, Avukatlık Ücreti, 2018, s. 187 vd.).

¹⁵² Farklı kanunlarla düzenlenmiş AUÇY'ye yönelik mevzuatımız hakkında kapsamlı bilgi için bkz. (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 841 vd.), (EROL, 2018, s. 83 vd.).

¹⁵³ Uygulamada rutine bağlanan ve yetersiz görülen mahkemelerin sulhe ve arabuluculuğa teşviki, 22.07.2020 tarihli, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14. maddesi ile mahkemelere daha fazla sorumluluk ve ödev yüklenmiştir. “*Madde 14 – 6100 sayılı Kanunun 140 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘sulhe veya arabuluculuğa’ ibaresi ‘sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa’ ...*” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁵⁴ HUAK'ta 02.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı, 06.12.2018 tarih ve 7155 sayılı kanunlar, 05.06.2017 tarih ve 691 sayılı KHK (Kabul Kanunu: 31.01.2018 tarih ve 7069 sayı) ile üç kere değişiklik yapılmıştır.

Ülkemizde ilk olarak bazı iş hukuku davaları, 25.10.2017 tarihli 30221 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 7036 sayılı ve 12.10.2017 tarihli İş Mahkemeleri Kanunun 3. maddesi ile zorunlu arabuluculuk kapsamında, dava şartı olarak girmiştir¹⁵⁵.

Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk uygulaması 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 06.12.2018 tarih, 7155 sayılı Kanunla eklenen 5/A maddesi ile hukuk hayatımıza girmiştir¹⁵⁶. Son olarak 7251 sayılı, 22.07.2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanununa (TKHK) eklenen 73/A maddesi ile bir kısım tüketici hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yoluna başvurmuş olmak dava şartı haline gelmiştir.

2. Uygulamadan Gelen Kaynaklar

Dava şartı olan arabuluculuk, uygulamaya getirdiği yeniliklerle birlikte iş ve ticaret hukukunda çok sayıda uygulama sorununu beraberinde getirmiştir. Yeni bir sistem veya yöntem hayata geçirildiğinde eski uygulayıcılar tarafından hem eleştirilmesi hem de yeni kuruma direnç gösterilmesi gayet doğaldır¹⁵⁷. Yapıcı eleştirilerin yeni kurum veya sistemin hatalarının düzelmesi için olumlu katkıları olacaktır¹⁵⁸.

Sistemi yönetenler veya düzenleyenler tarafından da eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar takip edilerek yanlışların düzeltilmesi ile zaman içinde iyiye bir gelişim mutlaka oluşacaktır. Ancak sistemdeki hataların gizlenmesi başta olmak üzere, taşradan merkeze bilgi akışı olmaması gibi durumlar sistemin kendini onarmasına engel olacaktır. Bu nedenle hataların yapılması ve düzeltilmesi arabuluculuk uygulamasının gelişimi için onarıcı etki yapacakken, hataların üzerinin kapatılmasının yanında uygulamacıların inisiyatif kullanmalarına izin vermemesi hataların kalıcı olmasına neden olabilecektir.

Biz hukukçuların alışa geldiği yargısal uygulamaların yanında yürütme sıfatı ile idarenin etkin rol oynadığı yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile birlikte yeni kavramlar ve yöntemler her geçen gün karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁹. Bu idari yapılar özerk

¹⁵⁵ Kanun taslağında ve gerekçesinde zorunlu arabuluculuk kavramı kullanılırken, kanunlaşma sırasında dava şartı kavramının tercih edildiği görülmüştür. (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 75,76).

¹⁵⁶ Kanun yapma tekniği ve yasalaşma süreci hakkında bkz. (YARDIM, 2019, s. 90).

¹⁵⁷ (FEHGALI, 2017, s. 99-100), (KOÇYİĞİT, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk, 2017, s. 86).

¹⁵⁸ (TANRIVER S. , Makaleler II, 2001, s. 247 vd.).

¹⁵⁹ Günümüzde devletin merkez otoritesi içinde yetki paylaşımına konu olan bazı kurumlar genellikle özerk veya yarı bağımsız olarak kanunlarla ihdas edilen, idari yetkilerinin yanında düzenleme ve denetleme yapma yetkisi olan kurullar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Düzenleme ve denetleme yapma yetkileri nedeniyle öğretide “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları” olarak adlandırılan, ilişkili oldukları alanları etki altına alan bu idari yapıların (GÖZLER & KAPLAN, 2015, s. 243-250) kararları ve

veya merkez teşkilatı içinde görevlerini yerine getirirken aynı zamanda uygulayıcılara kaynak ve yol gösterici nitelikte bilgi sağlamaktadırlar.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanarak, Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilerek kabul edilen Türkiye Arabulucular Etik Kuralları¹⁶⁰ uygulamadan gelen kaynakların başında gelmektedir¹⁶¹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki idare arabuluculuk uygulamasını sosyal medya üzerinden yönetmektedir. Ülkemizde bazı arabulucular, adliye arabuluculuk bürosu personeli ve ADB arasında iletişimin ağırlıkla “whatsapp” uygulaması üzerinden yapıldığı bilinen bir olgudur. Whatsapp gruplarında paylaşılan bilgiler asıl, kanun ve yönetmelikler tali kaynak niteliğinde görülmektedir. Kanun ve yönetmeliklerin arabuluculuk uygulamasında esas alınmaması ve sosyal medyadan kapalı gruplar vasıtasıyla yönetilmesi ülke genelinde uygulama birliğinin oluşmasının ve kapsamlı bir gelişmenin önüne geçmektedir¹⁶².

Yürürlükteki son “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi” 31.12.2020 tarihinde 31351 sayılı Resmî Gazete’nin mükerrer sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiş, dava şartı arabuluculuk uygulamaları açısından önemli bir kaynak olarak mevzuatımızda yerini almıştır.

Ayrıca çevirim içi ulaşılması mümkün olan, ADB tarafından yayımlanan, uygulamadan gelen ve akademik uzmanlara hazırlanan, belirli dava türleri ile idare

uygulamalarının takibi uygulayıcılar için zorunluluk haline gelmiştir. Örnek vermek gerekirse, eskiden beri mevcut olan Basın İlan Kurumu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Koruma Bölge Kurulu Müdürlükleri bunlardan bazılarıdır. (GÖZLER & KAPLAN, 2015, s. 244). Denetim ve düzenleme yetkisi olan kurumlar bu yetkileri ile ikincil mevzuat oluştururlar. İkincil mevzuat bazen uygulamada temel mevzuatın bile önüne geçebilmektedir. Bu gibi kurullarla ilgili olarak çalışan hukukçular kurul karar ve uygulamalarını mesleklerinin gereği ikincil mevzuat olması nedeniyle takip etmektedir. Devletin merkez teşkilatı içinde Arabuluculuk Kurulu veya özerk yapıda Kişisel Verileri Koruma Kurumu gibi kanunla tespit edilmiş alanlarında düzenlemeye, denetlemeye yönelik görevler üstlenmektedir. (GÖZLER & KAPLAN, 2015, s. 245,246). Hukukçular için önceleri, sadece yüksek mahkeme kararlarını takip etmek yeterli olarak görülmekte iken günümüzde çok sayıda kurul kararı ve bu kararların yargı denetimlerinin de takip edilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu durum kısa süre içinde avukatlık mesleğinde iş bölümü sınırlarını daha da keskinleştirecek sonuçları yanında getirecek bir seviyeye ulaşacaktır.

¹⁶⁰ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 19.01.2021.

¹⁶¹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 13).

¹⁶² Tez yazım süreci sırasında iki ayrı dava şartı arabuluculuk uygulamasında yetki itirazı mahkeme tarafından yerinde bulunmamıştır. Mahkemenin yetkisizlik kararı üzenine ilk atanan arabulucuya dosyanın adliye arabuluculuk bürosu tarafından gönderilmesi gerekirken whatsapp grubundan alınan talimat gereği büro yazılı müracaat yapılmasını istenmiştir. Ayrıca bu gruplar kapalı olduğu için yapılan açıklamalar diğer uygulayıcılar tarafından öğrenilmemekte sadece uygulamaya etkisi gözlemlenmektedir. ADB yetkilileri tarafından bu gruplar vasıtasıyla arabuluculara talimat verildiği ileri sürülmektedir. Uygulamada ve konferanslarda benzer pek çok yakınma ile karşılaştığımızı belirtmek gerekir. Bu nedenle ikincil mevzuat niteliğinde olan kurul ve ADB uygulamalarının şeffaf ve sadece bir kısım arabuluculuğa yönelik olarak değil bütün uygulayıcılara açık olarak gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz.

tarafından belirlenen dava şartı arabuluculuk uzmanlık alanlarına yönelik arabuluculuk kitapları da dava şartı olan arabuluculuğun uygulanmasına ve çerçevesinin belirlenmesine kaynak teşkil etmektedir¹⁶³.

E. Arabuluculuk Dışındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

İnsan topluluklarının devlete dönüşme süreci dikkate alındığında ilk uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bugün alternatif olarak nitelendirilen müzakere veya tahkim gibi kamu otoritesi dışında cereyan eden yöntemler olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Modern anlamda devletlerin ortaya çıkması ile hukuki kaynağını nereden alırsa alsın devlet iktidarının paylaşılmaması güdüsü¹⁶⁵ içinde devlet yargısı gelişmiş ve günümüzde devlet yargısı asıl hale gelmiştir. Bununla birlikte devlet yargısı ve yargı süreci tarafları tatmin ettiği oranda ön plana çıkmış veya tatminsizlik sonucu alternatif uyuşmazlık çözümleri üretilmeye çalışılmıştır¹⁶⁶.

Alternatif olarak sayılan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sayısını veya isimlerini sınırlamak mümkün değildir¹⁶⁷. Uyuşmazlığın taraflarının her zaman yeni yollar üretmesi mümkündür. Bütün uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından en önemli sınır, yöntem ve sonuçlarının kamu otoritesi tarafından tanınmasıdır. Günümüzde dünyanın pek çok yerinde idam kararı bile verebilen aile meclislerinin olduğu bilinen bir gerçektir. Önemli olan uyuşmazlığa katılımın ihtiyari olması, çözüm yolunun barışçıl olması ve kamu otoritesinin uyuşmazlığın çözümünde alternatif yöntem ve sonucuna tanıdığı meşruiyet, çözüm sonucunun kamu otoritesi eliyle icra edilmesinin mümkün olmasıdır¹⁶⁸. Bu başlık altında sunulan AUÇY'lere sadece örneklemek ve arabuluculuk uygulamasının diğer AUÇY içindeki yerinin tespiti amacıyla değinilmiştir.

Aşağıda tasnif ve incelemesi yapılan bütün uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortak özelliği, ilgili yöntem başvurunun ve ortaya çıkan sonucun iradi olmasıdır¹⁶⁹. Taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları gidermek amacıyla bu çözüm yollarından kendileri

¹⁶³Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019), (NARBAY, ve diğerleri, 2020). Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (AKİPEK ÖCAL, YILDIRIM, ERMENEK, & KUTLA, 2020). Banka ve Finans Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (GÜNER, ve diğerleri, 2020). Enerji ve Maden Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (ALICA, ve diğerleri, 2020). İnşaat Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (AKİPEK ÖCAL, KUTLAY, BULUR, & ÇATALPINAR, 2020). Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk için bkz. (OĞUZ, YILMAZTEKİN, & ÜNER, Fikri Mülkiyet, 2020).

¹⁶⁴(ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 192).

¹⁶⁵(ÖZTÜRK, 2014, s. 102).

¹⁶⁶(KORAL, İç Hukukumuzda Tahkim, 1947).

¹⁶⁷(ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 222), (DÜR, 2018, s. 32).

¹⁶⁸(ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 2004, s. 392).

¹⁶⁹(ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 191 vd.).

için en uygun olanı ihtiyari olarak seçerler, asıl olan ise devlet yargısıdır. Arabuluculuk ve diğer AUÇY başvuran tarafların çoğunlukla iki ana nedenle hareket ettikleri söylenebilir. İlki devlet yargısı ve yargı sürecinden beklentilerinin karşılanmayacağı düşüncesidir¹⁷⁰. Bu nedenin altında devlet yargısına güvenin düşük olması, yargılamanın uzun sürmesi, yüksek yargı maliyetleri ve ortaya çıkacak sonucun belirsizliği gibi pek çok neden dâhil edilebilir¹⁷¹. İkinci neden ise AUÇY'nin denenmiş olması halinde taraf iradesi dışında sonuç çıkmaması, tarafların üçüncü kişinin verdiği karara katlanmak zorunda olunmamasıdır¹⁷². Uyuşmazlık taraflarının bilinç seviyeleri bu yolların tercihini kolaylaştırmaktadır. Gerçekten AUÇY'ye yönelen tarafların en önemli hedefi uyuşmazlığı kendi kararları ile çözmektir, bu nedenle çözüme odaklanırlar¹⁷³.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın türü, çözüm yönteminin belirlenmesi ve başvuru şekli, sürece tarafların etkisi, süreç sonucunun hukuki mahiyeti gibi pek çok farklı ölçüte göre tasnif edilebilecek AUÇY mevcuttur. Bu kısımda konu ile sınırlı olarak bazı AUÇY'lerin süreci, sonuçları, devlet yargısı ve arabuluculuk ile kısa bir karşılaştırması yapılmıştır.

1. Müzakere

Bilinen en eski ve en yaygın uyuşmazlık çözüm yolu olan müzakere hukuki dayanağını sözleşme yapma özgürlüğünden alır¹⁷⁴. Müzakere başta arabuluculuk olmak üzere bütün AUÇY'nin temelini oluşturur¹⁷⁵. Bir uyuşmazlık ortaya çıktığında özellikle geçmişe dönük bağları kuvvetli olan taraflar müzakere yöntemini dener veya müzakere yöntemini kapatarak diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvururlar¹⁷⁶. Müzakerenin en belirgin özelliği bir üçüncü kişinin görüşmelere katılmamasıdır. Bu nedenle müzakere “doğrudan görüşme” olarak da tanımlanabilir¹⁷⁷. Müzakerede esas olan karşı tarafın ikna edilmesidir. Taraflar her türlü iletişim becerisini kullanarak kendi taleplerini diğer tarafa kabul ettirmeye çalışırlar¹⁷⁸. İleri sürdükleri önerinin kabul edilmesinin diğer taraf veya her taraf için en iyi sonuç olduğu ikna sürecinin temelini oluşturur.

¹⁷⁰ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 140 vd.).

¹⁷¹ (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 141).

¹⁷² (ÖZEKES M. , Temel Hukuk, 2019, s. 140).

¹⁷³ (ERKAN, 2020, s. 39).

¹⁷⁴ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 51).

¹⁷⁵ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 11), (UYGUN, 2020, s. 475).

¹⁷⁶ (KEKEÇ, 2016, s. 44), (YARAR, 2019, s. 30).

¹⁷⁷ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 237), (YAKICI, 2019, s. 18).

¹⁷⁸ (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 24).

Müzakere sonucu ortaya çıkan anlaşma sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları içinde kaldığı sürece geçerli bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır¹⁷⁹. Yani müzakerenin sonucu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka aykırı değilse ve taraf iradeleri herhangi bir şekilde sakatlanmamışsa AUÇY kullanılmak sureti ile taraflar arasındaki uyuşmazlık giderilmiş olacaktır¹⁸⁰.

Müzakerenin bir türü Av. K 35/A maddesi kapsamında düzenlenen avukat uzlaşmasıdır. Avukat işi kabulü ile birlikte müvekkiline karşı sorumlu olduğu gibi temsil yetkisi ile müvekkilinin adına ve hesabına hareket etmektedir. Bir anlamda Av. K 35/A maddesinin uygulanabilmesi için her bir tarafın müzakerede avukat tarafından temsil edilmesi şart koşulmuştur. Görüşmelere sadece uyuşmazlığın taraflarının katılması nedeniyle avukatların uzlaşmasının müzakere niteliğinde olduğu düşünülmektedir¹⁸¹. Bunun yanında öğretide Av. K 35/A maddesinde avukatın rolünün arabulucu olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁸².

Müzakere yöntemi elverişlilik ve anlaşma belgesinin niteliği kapsamında arabuluculuk yolu ile benzerliklere sahiptir. Hatta arabuluculuk sürecinde tarafların arabulucu ile bir araya gelerek gerçekleştirdiği oturumlar “müzakere safhası” olarak adlandırılmaktadır. Ancak burada müzakerenin sözlük anlamı kullanılmaktadır. Bir AUÇY çeşidi olarak müzakerede taraflar dışında üçüncü bir kişinin etkin rol oynaması beklenmemektedir¹⁸³.

2. Tahkim

En kısa tanımı ile tahkim hukuki bir uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığın çözümü için üçüncü kişi veya kişileri görevlendirmeleri, çözümü hakemlere bırakmaları

¹⁷⁹ (UYGUN, 2020, s. 475).

¹⁸⁰ Hukukumuzda müzakere yönteminin en önemli örneği 19.03.1969 tarihli, 1136 sayılı Av. K’ya, 02.05.2001 tarihinde, 4667 sayılı yasa ile eklenen 35/A maddesidir. Bu düzenlemeye göre uzlaşma sağlama başlıklı madde 35/A; “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir” müzakere yönteminin sonucu olan anlaşma belgesine hukuki nitelik tanımaktadır.

¹⁸¹ (DEMİR Ş. , Avukatlık Kanunu, 2012, s. 193), (ÖZBEK, ve diğerleri, 2018, s. 53).

¹⁸² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 70).

¹⁸³ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 11).

olarak kabul edilebilir¹⁸⁴. Tahkim ülkemizde yasalarla düzenlenen ve yargı dışında kalan en eski uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁸⁵.

Pozitif hukukta düzenlemesi ülkemizde Mecelle'ye dayanan tahkim¹⁸⁶, hukuk sistemimizde çok çeşitli türlerde düzenlemiştir. Tahkim ve arabuluculuk sürecin başlatılması yönünden ihtiyari olma özelliği nedeniyle birbirine benzer, ancak istisnai olarak tahkimin yasalarla kesin uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörüldüğü zorunlu tahkim yargılamaları da mevcuttur¹⁸⁷.

Tahkim ve arabuluculuk arasındaki başlıca fark uyuşmazlığın çözümüne karar verenin taraflar veya üçüncü kişi olmasına göre ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸. Taraflar dışındaki üçüncü kişilerin uyuşmazlığa ilişkin olarak karar vermesi halinde şartlarının bulunması durumunda tahkim söz konusu olur.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözebilmeleri için tahkim anlaşması yapmaları zorunludur, HMK'ya göre tahkim anlaşması yazılı şekil geçerlilik şartına tabidir¹⁸⁹. Ancak HMK'nın 412. maddesinin 3. fıkrası taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaması halinde bile eksikliğin sonradan giderilmesine imkân tanımıştır. Öğretide, tahkim anlaşmasının yazılı olma şartının katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği, açılmış bir davaya itiraz edilmemesi ve cevap verilmesi suretiyle bile yazılı tahkim anlaşmasının doğduğunun kabul edilmesi ileri sürülmüştür¹⁹⁰. Her ne kadar tahkim anlaşması yapmak tarafların kendi elinde ise de taraflardan birisi tahkim anlaşması veya tahkim şartını imza ettikten sonra artık diğer tarafın onayı olmadan tahkim sürecinden ayıramaz¹⁹¹. Tahkime başvurulmasından sonra da karar verme ve süreci yönetme yetkisi hakemlerdedir. Tahkimin AUÇY olduğu konusu bu nedenle tartışmalıdır¹⁹². Uyuşmazlığın çözümünün taraflarca üçüncü kişiye bırakıldığı çözüm

¹⁸⁴ (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 279).

¹⁸⁵ (KORAL, Eski Hukukumuzda Tahkim, 1947), (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 1 vd.).

¹⁸⁶ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 31), (İLHAN, 2011, s. 583 vd.).

¹⁸⁷ Türk Hukukunda tahkim ihtiyari ve zorunlu tahkim olarak iki kısma ayrılabilir. Zorunlu tahkim yargılamaları hakkında genel mevzuat bilgisi için bkz. (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 155 vd.), (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 18 vd.).

¹⁸⁸ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 593).

¹⁸⁹ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 101), (YEŞİLİRMAK, 2017, s. 2661), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 349).

¹⁹⁰ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 102).

¹⁹¹ HMK'nın 413. maddesi uyarınca tahkim itirazı bir ilk itirazdır. (UMAR, 2014, s. 1200), Tahkimde hakemler kendi yetkilerini kendileri incelerler, hakem kararları bağlayıcıdır ve hakem yargılaması devlet yargılamasının istisnasıdır. (SARISÖZEN, Hakem Yargılaması, 2017, s. 110,117,118), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 349).

¹⁹² Uyuşmazlığın çözümü için uygulanan yöntemde çözüme yardımcı olan kişinin çözümün sonucuna olan etkisi bakımından değerlendirme yapılırsa, tahkim hakemlerin tarafları bağlayıcı karar vermesi nedeniyle AUÇY olarak kabul edilmemektedir. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 125), (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017,

yollarının AUÇY olarak değerlendirmemesi yönünde benzer görüşler öğretide mevcuttur¹⁹³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında tarafların kendilerinin çözüme ulaşması söz konusu iken tahkimde, yargılamada olduğu gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığa hakemler çözüm getirmeye çalışır¹⁹⁴.

Tahkim yargılamasının, HUAK 18/A. maddesinin f. bendi kapsamında AUÇY olarak kabul edildiği iddiasında bulunmak mümkündür. Bu düzenlemeye göre uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim anlaşmasının varlığı halinde tahkim yargılamasını başlatmak için dava şartı arabuluculuk yoluna başvuru yapmak zorunda değildir. Taraflardan birisi tahkim yolunu işletmeden yargıya başvurursa, tahkime elverişsizlik¹⁹⁵ veya tahkim anlaşmasının geçersizliği¹⁹⁶ gibi nedenlerle tahkim yolu kapanırsa dava şartı arabuluculuk söz konusu olabilir. Kısaca taraflar salt aralarında tahkim anlaşması yapmakla dava şartı arabuluculuğu bertaraf edemeyeceklerdir.

Tahkimin dava şartı olan arabuluculuğun getirdiği zorunluluk yönünden bir diğer önemi devlet yargısını bertaraf eden zorunlu tahkim yargılamalarıdır. Zorunlu tahkim bir AUÇY olarak kabul edilmemektedir¹⁹⁷. Zorunlu tahkim ile dava şartı arabuluculuk arasında pek çok önemli fark bulunmaktadır¹⁹⁸.

3. Ombudsman

İdare (devlet teşkilatı) ile yönetilenler arasında ortaya çıkan ihtilaflar ülkemizde idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri aracılığı ile çözümlenmektedir. İdari nitelikli

s. 71) Devlet yargısına alternatif olmak kıtası dikkate alınırsa tahkim bir AUÇY olarak kabul edilmektedir. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 126), (KÖKSAL TAŞYÜREK, 2020, s. 413).

¹⁹³ (DÜR, 2018, s. 49).

¹⁹⁴ TANRIVER, tahkimi AUÇY değil, istisnai bir yargı yolu olarak nitelemiştir. (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 171), (DÜR, 2018, s. 48).

¹⁹⁵ Tahkime elverişlilik, uyuşmazlıkların devlet veya tahkim yolu ile çözülebilmesinin sınırlarını belirler. (KARACA, 2020).

¹⁹⁶ (YÖNEY, 2020, s. 5-18).

¹⁹⁷ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 60,138), (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 174), (DURAK, 2013, s. 72). AZAKLI ARSLAN, tahkimimin AUÇY niteliğine ilişkin öğretideki tartışmaları; tahkim bir yargı yolu olmadığı ve hakemin yargı organı olmadığı görüşü, tahkimle uyuşmazlığın çözüldüğü ancak uyuşmazlığı çözen kararın yargısal niteliği olmadığı görüşü, tahkimin istisnai bir yargısal yol olduğu ve hakemlerin yargı organı olduğu görüşü olarak üç farklı yönden ele almıştır. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 69,70). DÜR, önceleri AUÇY olarak kabul edilen tahkimin hakemlerin bağlayıcı karar verme yetkisi ve tarafların serbest bir şekilde tahkim sürecinden ayrılamaması gibi gerekçelerden dolayı günümüzde tahkimin AUÇY dışında kabul edildiğini belirtmiştir. (DÜR, 2018, s. 48), (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 870). ŞAHİN CEYLAN, “resmi yargı” içinde olmaması, hakemleri tarafların seçmesi, hızlı ve pratik bir yol olması nedeniyle tahkimi AUÇY içinde tasnif etmiştir. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 302,303).

¹⁹⁸ Zorunlu tahkim ve dava şartı olan arabuluculuk ilişkisi aşağıda İkinci Bölüm III. Konu F. “Tahkim ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Karşılaştırılması” başlığı altında incelenmiştir.

uyuşmazlıklarda idarenin, karar ve hareket alanı oldukça kısıtlıdır. Çoğu zaman idari işlemlerin yanlış olduğu bilinse bile işlemi yapan tarafından geri alınamaz ve bu durumun sonucu olarak devletin hizmet etmekle yükümlü olduğu kişilerle uyuşmazlık yaşamaları söz konusu olabilir. Uyuşmazlık taraflarının ihtilafı, yargı yoluyla çözmesi taraflar için yıpratıcı bir sürece yol açar. Aynı şekilde devletin tebaasıyla ihtilafı devlete zaman, para, itibar ve güven kaybettirebilecektir¹⁹⁹.

İsveç dilinde aracı anlamında gelen “ombuds” ve kişi anlamındaki “man” kelimelerinden, Türkçe’de kamu denetçisi anlamına gelen “ombudsman” sözcüğü türetilmiştir²⁰⁰ Ombudsmanlık tarihinde ilk olarak İsveç’te 1713 tarihinde uygulanmaya başlamıştır. Bu uygulamayı başlatan İsveç Kralı XII. Charles’ın aynı tarihlerde Osmanlı İmparatorluğunda yaşamakta olması nedeniyle Osmanlı yönetim sisteminden etkilendiği ileri sürülmüştür²⁰¹.

Pozitif hukuk düzenlemesi niteliği ile ülkemizde 6328 sayılı 14.06.2012 tarihli Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (KDKK) ile kamu denetçiliği uygulaması HUAK’tan önce hukuk sistemimize girmiştir. İdare hukuku sistemi içinde ombudsmanlık olarak nitelendirilen kurumun isminin kanunlaşma aşamasında kamu denetçisi olarak adlandırılması kanun koyucunun dil tercihindan ileri gelmektedir²⁰².

Kamu denetçileri, müracaatçının talebi üzerine bir inceleme yaparak hem idareye düzeltilmesi gereken hususları bildirir hem de başvurucuya çözüm önerisi sunar²⁰³. Bu nedenle ombudsmanlık için arabuluculuğun idare hukukundaki yansıması denmesi mümkün değildir. Bununla birlikte HUAK ve KDKK arasında amaç, gizlilik, tarafsızlık, hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine etki, uyuşmazlık çözümüne ilişkin bazı benzerliklerinin göz ardı edilmemesi gerekir²⁰⁴.

¹⁹⁹ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 953).

²⁰⁰ (BAHADIR O. , 2010, s. 368).

²⁰¹ (ODYAKMAZ, ÇINARLI, & AVCIOĞLU AKSOY, 2018, s. 43).

²⁰² Türk Dil Kurumu internet sözlüğünde kamu denetçisi “*Parlamento tarafından görevlendirilen, vatandaşları resmî makamların keyfî ve yasa dışı davranışlarına karşı korumakla görevli kişi veya kurum.*” olarak tanımlanmaktadır. Ombudsman ise kamu denetçisinin İngilizce dilindeki karşılığı olarak tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, www.sozluk.gov.tr, e.t. 22.11.2020.

²⁰³ (BAHADIR O. , 2010, s. 381), (ODYAKMAZ, ÇINARLI, & AVCIOĞLU AKSOY, 2018, s. 40-42).

²⁰⁴ (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 246), ombudsmanlık ve arabuluculuk arasındaki benzer farklı yönlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 914 vd.), (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 223-244).

4. Özel Yargılama

Özel yargılama uyuşmazlığın çözümünde yargılama sürecinde tarafları neleri bekleyeceğinin simüle edilmesi şeklinde cereyan eden bir uygulamadır²⁰⁵. Uyuşmazlığın tarafları özel yargılama sürecinde bir araya gelirse bu eylem uyuşmazlığı belirleyip çözmeye yönelik olacağı için bir AUÇY olarak nitelendirilir²⁰⁶. Taraflar sanki uyuşmazlığı çözmekle görevli devlet yargısı önündeymiş gibi sav ve savunmalarını karşılıklı olarak mahkeme disiplini içinde ileri sürerler. Diğer pek çok AUÇY gibi yine Anglo-Amerikan uygulamaların sonucu olarak ABD’de ortaya çıkan bu yönetime göre taraflar birkaç kişiden oluşan bir heyet önünde iddia ve savunmada bulunur. Bu heyet tanıkları ve belgeleri inceleyerek taraflara uyuşmazlıkla ilgili görüşünü açıklar²⁰⁷. Tarafların çizdiği sınırlar dâhilinde yapılan inceleme sonucunda bağlayıcı olmayan sonuç yine taraflara bildirilir²⁰⁸. Özel yargılama, kısa duruşma veya hâkim kiralama gibi farklı görünümelerde karşımıza çıkabilir²⁰⁹.

5. Uzlaştırma

Uzlaştırma tarafların bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ve gözetimi ile aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulmalarını amaçlayan bir AUÇY’dır²¹⁰. Uzlaştırmanın, iradi olması, tarafların uyuşmazlık çözümü amacıyla faydalanması, tanım olarak arabuluculuğa yakın olması arabuluculuk ile sık sık karıştırılmasına neden olmaktadır. Bugün ülkemizde kullanılan anlamı ile uzlaşma bir ceza muhakemesi hukuku kurumudur²¹¹. Üst sınırı üç yılı geçmeyen bazı suçlar için mahkemenin hüküm vermesinden önce uzlaştırma yolunun denemesi zorunludur²¹². Ülkemizde mahkeme içi zorunlu uzlaştırma faaliyetlerinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Arbuluculuk ve uzlaştırmanın kavramsal sınırlarının çizilmesi doğru uygulamalar için de gerekli olacaktır²¹³. Uzlaştırmacı ve arabulucu arasında eğitim, bağlı

²⁰⁵ (DÜR, 2018, s. 53).

²⁰⁶ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 36).

²⁰⁷ (ÖZBEK, ve diğerleri, 2018, s. 59).

²⁰⁸ (YAKICI, 2019, s. 20).

²⁰⁹ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 432 vd.), (DÜR, 2018, s. 52,54), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 35,36).

²¹⁰ (ÖZBEK, ve diğerleri, 2018, s. 67 vd.).

²¹¹ ÖZBEK, uzlaştırma ve arabuluculuk terimlerini birlikte kullanmıştır (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 591). KEKEÇ, uygulayıcının aktif veya pasif tutumuna bağlanan sonuçları ile uzlaşma veya arabuluculuk terimlerinin kullanımı konusunda öğretilerde görüş birliği olmadığını belirtmiştir (KEKEÇ, 2016, s. 25).

²¹² (YAKICI, 2019, s. 19).

²¹³ (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 31), (DÜR, 2018, s. 34), (AĞAOĞLU, 2016, s. 209).

olunan sicil ve çalışma yöntemleri gibi uygulamanın sonuçlarına etki eden önemli farklar mevcuttur²¹⁴. Özellikle arabuluculuk uygulamalarının henüz ülkemizde ön planda olmadığı dönemde anlam benzerliği nedeniyle öğretilerde uzlaşma ve arabuluculuğun birbirleri yerine kullanıldıklarını gözlemlemek mümkündür²¹⁵.

Uzlaştırma ve arabuluculuk uygulamalarında uyuşmazlığın tarafları arasında sürece müdahale eden üçüncü kişinin aktif müdahalesinin yani arabulucu ve uzlaştırmacının konumu tartışmalıdır²¹⁶. Öğretilerde bazı yazarlar uzlaştırmacıya aktif görevler atfederken²¹⁷, bir kısım yazar ise arabulucunun uzlaştırmacıya göre daha aktif role sahip olduğunu ileri sürmektedir²¹⁸.

Ülkemizde uzlaştırma kavramı ceza yargılaması içinde cereyan eden bir süreci işaret eder²¹⁹. Uzlaştırma ile arabuluculuğu birbirinden ayırmanın mümkün olduğu diğer bir husus da hak temelli ve menfaat temelli çözüm kıstaslarından yola çıkarak uzlaştırma sürecinin hak temelli olduğu iddiasıdır²²⁰. Üçüncü bir görüşe göre de terimlerin birbiri yerine kullanılmasının pratik bir anlamı bulunmamakta, her durumda üçüncü kişinin yardımı ile tarafların kendi uyuşmazlığını yine kendilerinin çözmesinin hedeflendiği süreç isimlendirilmektedir²²¹.

Bütün AUÇY gibi uzlaştırma ile arabuluculuk arasında, gizlilik, uzlaştırmacının tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi olması, iradi olması, müzakere süreci ihtiva etmesi, beyan ve belgeleri kullanma yasağı gibi benzerlikler vardır²²². Dava şartı olan arabuluculuk uygulaması ile uzlaştırmacının bir diğer benzer yönü ise ceza kovuşturması veya kamu davası açılması halinde dava aşamasında tarafların uzlaştırmayı denemesinin kovuşturmanın devam etmesi veya hüküm kurulması için zorunlu olmasıdır²²³.

6. Arabuluculuk-Tahkim

Arabuluculuk-Tahkim, adından da anlaşıldığı gibi arabuluculuk ve tahkim çözüm yollarının bir karmasıdır²²⁴. Bu yöntem, tarafların öncelikle arabuluculuk yolunu

²¹⁴ (ÖĞÜTÇÜ, 2018, s. 24 vd.).

²¹⁵ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 591), (AKINCI, 2016, s. 9), (ASİLTÜRK, 2014, s. 34).

²¹⁶ (AĞAOĞLU, 2016, s. 203), (VARLI, 2020, s. 52).

²¹⁷ (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 177).

²¹⁸ (ODYAKMAZ, ÇINARLI, & AVCIOĞLU AKSOY, 2018, s. 33), (DÜR, 2018, s. 36).

²¹⁹ (KAPTANOĞLU, 2019, s. 58).

²²⁰ (ÖZBEK, ve diğerleri, 2018, s. 71).

²²¹ (KEKEÇ, 2016, s. 26).

²²² (ÖĞÜTÇÜ, 2018, s. 35 vd.).

²²³ (ÖĞÜTÇÜ, 2018, s. 43-45).

²²⁴ (AĞAOĞLU, 2016, s. 210).

seçmeleri, bu yöntemin uyuşmazlık çözümünde başarısız olması halinde tahkim yoluna gitmeleri konusunda anlaşmaları sonucu doğan bir uygulamadır²²⁵.

Arabuluculuk, özel iletişim tekniklerinin uygulandığı, gizlilik ilkesinin hakim olduğu bir AUÇY olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk uygulamasında tarafların süreç içindeki beyan ve belgelerinin daha sonra bir başka uyuşmazlık çözüm yolunda kullanılmasının önüne geçilerek özgür bir ortam oluşturulmaya çalışıldığı dikkate alındığında, tahkimle arabuluculuğun birleşmesi iki kurumun da temel ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Sürecin bir kısmında hakem olarak karar verebilecek arabulucunun önünde taraflar arabuluculuk sürecinden beklenen rahatlıkla çözüme odaklanamayabilirler²²⁶.

Emredici hükümler açısından konu ele alınacak olursa, tahkim yargılamasında eski arabulucu yeni hakemin arabuluculuk aşamasında edindiği bilgileri tahkim yargılamasına taşıyacağı açıktır²²⁷. Arabuluculukta gizliliği düzenleyen HUAK'ın 4. maddesi ile beyan ve belgelerin kullanılmasını yasaklayan 5. madde taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde arabulucunun hakem olarak uyuşmazlığın çözümünde görev alması durumu ile çelişki oluşturmaktadır. Arabulucunun hakem olarak karar vermesi veya hakem heyeti içinde yer alması hakem kararının iptali sonucunu doğurabilir.

Arabulucunun hakem olarak atanması halinde tahkim hukukunun doğasından kaynaklanan bazı çelişkiler de ortaya çıkacaktır. Bunlardan ilki HMK'nın 420. maddesinde düzenlenen hakemin azli meselesidir. Tahkim sürecinde belirlenmiş olan hakem ancak haklı sebeplerin varlığı halinde azledilebilir²²⁸. Buna rağmen taraflardan biri istediği zaman arabulucunun uygulamadan çekilmesini isteyebilir ve haklı gerekçe ileri sürme ihtiyacı yoktur. Arabulucunun tarafsızlığı veya yeterliliği hakkında şüpheye düşen tarafın sadece bir beyanıyla arabulucuyu değiştirmesi veya süreci sonlandırması mümkündür²²⁹. Belirli bir hakem arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için seçilmesi halinde arabulucu sıfatı ile çözüm sürecinde çalışılmak istenmeyen kişinin, tahkim yargılanmasına hakem sıfatı ile karar verici olması mümkün olabilecektir.

Tahkim hukukundan kaynaklanan bir sorun olarak arabulucu-hakemin tarafsızlığı arabuluculuk süreci ile ortadan kalkmış olacaktır²³⁰. Arabulucunun en temel

²²⁵ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 43), (ÖZBEK, ve diğerleri, 2018, s. 66), (AĞAOĞLU, 2016, s. 210), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 431).

²²⁶ (AĞAOĞLU, 2016, s. 212), (DÜR, 2018, s. 52).

²²⁷ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 435), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 39).

²²⁸ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 169).

²²⁹ Arabuluculuk-Tahkim uygulamasına olumlu bakış açısı için bkz. (YARAR, 2019, s. 32).

²³⁰ (AĞAOĞLU, 2016, s. 211).

özelliklerinden birisi tarafsızlık ve bağımsızlıktır, arabuluculuk süreci içinde tarafsızlığını koruyan arabulucu hakem sıfatı ile tarafsızlığını korumaya devam edecektir. Ancak arabuluculuk süreci içinde karar verici olmadığı halde tarafları dinleyen, onlarla özel görüşmeler yapan kişinin karar verme aşamasında önyargısız kalması mümkün değildir²³¹. Bu sakıncalar nedeniyle öğretide arabuluculuk-tahkim uygulamasına eleştiriler getirilmiştir²³². Uygulamadan bir örnek olarak, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 5. maddesine göre bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişi ancak tarafların açık rızası ve yazılı beyanı ile aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev yapabilecektir²³³. ISTAC bünyesinde gerçekleşen arabuluculuk uygulamaları için kabul edilen başka bir kurala göre ise tarafların arabuluculuk yoluyla anlaşması halinde arabulucu hakem sıfatı ile atanarak anlaşma belgesine hakem kararı niteliği sağlanabilecektir²³⁴. İleride doğabilecek tartışmalara engel olmak amacıyla HUAK 9. maddesinin 4. fıkrasına arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlık konusu ile ilgili davada hâkimlik, hakemlik, bilirkişilik yapamayacağının da eklenmesi uygun olabilir.

Tahkim anlaşmasında tarafların tahkim iradelerini açık bir şekilde ortaya koyması ve nihai çözüm yolu olarak tahkime işaret edilmesi gereklidir²³⁵. Aksi durumda tahkim anlaşmasının geçersizliği söz konusu olacaktır. Basamaklı tahkim anlaşması olarak nitelendirilen tahkimle bir AUÇY'nin birlikte uygulandığı durumlarda tahkim öncesi uygulanmak üzere belirlenen yöntem tahkim iradesinin eksikliği veya mutlak olmadığı sonucunu ortaya çıkarmamalıdır²³⁶. Arabuluculuğun tahkimle birlikte uygulanmasının tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayacağı isabetli olarak öğretide ileri sürülmüştür²³⁷.

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 9. Maddesinde arabulucunun tarafları tahkime yönlendirmesi konusundaki başarısı ödüllendirilmiştir²³⁸. Buna göre

²³¹ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 39).

²³² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 166), (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 42), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 435). Arabuluculuk-Tahkim uygulamasının etik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik ilkeleri yönünden etkileri hakkında geniş bilgi için bkz. (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 428-467).

²³³ (AĞAOĞLU, 2016, s. 213), (ERKAN, 2020, s. 355).

²³⁴ ISTAC Arabuluculuk Kuralları, www.istac.org.tr, e.t. 22.03.2021. Milletlerarası tahkimde benzer uygulama örnekleri ve Hollanda Tahkim Enstitüsü'nün uygulaması ve kuralları için bkz. (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 430,431).

²³⁵ (AKINCI, 2016, s. 98,99).

²³⁶ (UYGUN, 2020, s. 480).

²³⁷ (UYGUN, 2020, s. 480).

²³⁸ “*Uyuşmazlığın Arabuluculuk-Tahkim Yoluyla Çözülmesinin Önerilmesinde Ücret MADDE 9 – (1) Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanamaması halinde, anlaşamama son tutanağının düzenlenmesinden sonra, arabulucu, tarafları arabuluculuk-tahkim yoluna devam etmeleri konusunda; arabuluculuk-tahkimin esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk-tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatarak teşvik edebilir. Bu teşvik üzerine tarafların, arabuluculuk-tahkim yoluna devam etmeyi ve bir*

arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını tahkim konusunda bilgilendirmesi ve tarafların da tahkim yolu ile uyuşmazlığı çözme iradesi göstermesi durumunda arabulucu bilgilendirme ücreti alabilecektir.

7. Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafsız ön değerlendirme uyuşmazlığın taraflarınca temin edilen belge ve bilgilerin uyuşmazlık konusunda uzman, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişiye verilmesi ile başlayan süreçtir²³⁹. Değerlendirici gerekirse uyuşmazlığın taraflarıyla da görüşür sürecin sonunda değerlendirmesini taraflara sunar. Değerlendirme, uyuşmazlığın nedenleri, uyuşmazlığın sonuçları, maliyetleri, nasıl çözümlenebileceği gibi tarafların talepleri doğrultusunda bilgi verici nitelikte olacaktır. Tarafsız değerlendirici, uzman hakem veya hâkim gibi karar vermeyecek, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili karar verme yetkisi taraflara ait olmaya devam edecektir²⁴⁰.

F. Arabuluculuk Uygulamalarının Farklı Görünümleri

Öğretide yapılan mevcut arabuluculuk tasnifleri uygulamaya yönelik yaklaşımların belirginleşmesini, beklentilerin açıklık kazanmasını sağlamaktadır. Ayrıca arabuluculuk sürecinde tarafların ve arabulucunun rolünün belirlenmesi açısından, sürecin işleyişi ve sonuçlarının değerlendirilmesi amacıyla arabuluculuk yöntemlerinin tasnifi önemli bir gerekliliktir.

Çalışmamız açısından arabuluculuk uygulamalarının farklı yöntemlerinin incelenmesi gereklilik olarak kabul edilmiştir. Arabuluculuğun tasnifine yönelik ilk ayırım geleneksel ve modern arabuluculuk şeklinde ortaya koyulabilir²⁴¹. Ancak çalışma konumuz modern arabuluculuk olduğu için geleneksel arabuluculuk konusuna değinilmeyecektir.

Uyuşmazlığın taraflarının arzularının dışında zorunlu olarak arabuluculuk yoluna başvurmaları halinde arabulucunun ve tarafların konumları ve izlenecek yolun tespiti çözüme etkili olacaktır. Asıl amacı dava açmak olan başvurucunun odaklandığı hak

tahkim merkezinin arabuluculuk-tahkim kurallarını veya tahkim kurallarını uygulamayı kabul etmeleri halinde, ilgili tahkim merkezi tarafından arabulucuya, bilgilendirme ücreti ödenir.”. 2021 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, RG, 31.12.2020, S: 31351.

²³⁹ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 84).

²⁴⁰ (YAKICI, 2019, s. 20).

²⁴¹ (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 77).

temelli menfaat taleplerini bastırmak yerine arabulucu tarafından bu beklentileri karşılayacak çözüm üretilmesi uyuşmazlığı sonlandırmayı kolaylaştıracaktır²⁴².

Günümüzde arabulucunun rolünün değerlendirici arabuluculuktan daha etkin olduğu²⁴³, hatta kanunda arabuluculuk olarak adlandırılrsa bile uygulamasının uzlaştırma olduğu öğretide ileri sürülmüştür²⁴⁴. Bununla birlikte dava şartı arabuluculuk söz konusu olsa bile tarafların HUAK'ın 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca arabuluculuk usulünü serbest bir şekilde belirleme imkânı olduğunu belirtmek isteriz. Tarafların arabuluculuk yöntemini kendilerinin belirlemesi halinde uyuşmazlığı çözme olasılıklarının artacağı öğretide ileri sürülmüştür²⁴⁵.

Ülkemizde dava şartı ve zorunlu arabuluculuk kavramları yazarlar ve uygulamacılar arasında farklı şekillerde kullanılmaktadır. Arabuluculuğun zorunlu niteliğini alması sadece dava şartı uygulaması ile söz konusu olmaz. Mahkeme içi arabuluculuk uygulamasında, hâkim bazen tarafları arabuluculuk uygulamasına teşvik eder bazen de davaya devam etmek için arabuluculuk yolunun denenmesine yönelik zorlayıcı kararlar alabilir²⁴⁶. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk zorunlu arabuluculuk uygulamasının bir türü olarak kabul edilebilir.

1. İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk

İhtiyari arabuluculuk, arabuluculuğun asıl hali olarak kabul edilebilir²⁴⁷. İhtiyari arabuluculuk yolunda taraflar anlaşmak amacıyla veya anlaşma bilinci ile müzakereye geldikleri için görüşmelerin olumlu sonuçlanması büyük olasılıktır²⁴⁸. İhtiyari olmak arabuluculuğun en önemli unsurunu teşkil eden ve arabuluculuk yolu ile amaçlanan sonuçları sağlamaya yönelik olan özelliğidir²⁴⁹.

Öğretide arabuluculuğun zorunlu olmasına ilişkin en önemli eleştiriler yine arabuluculuğun faydasına inanan yazarlardan gelmektedir²⁵⁰. Zorunlu arabuluculuğun

²⁴² (DÜR, 2018, s. 120).

²⁴³ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 21).

²⁴⁴ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 251). TANRIVER, bu sonuca arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki temel farkları tartışarak ulaşmaktadır. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 248,249).

²⁴⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 142 vd.).

²⁴⁶ ABD uygulamasında zorunlu AUÇY hakkında geniş bilgi için bkz. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 489-504).

²⁴⁷ (OKUR, 2019, s. 15).

²⁴⁸ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 18).

²⁴⁹ (GÜLLÜOĞLU ALTUN, 2020, s. 250).

²⁵⁰ (YAKUT, 2010, s. 74), (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 25 vd.), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 296,297).

yargının özelleştirilmesi anlamına geldiği de öğretide ileri sürülmüştür²⁵¹. Dava şartı arabuluculuk zorunlu arabuluculuğun bir türüdür²⁵². Arabuluculuğun zorunlu olması tarafların arabuluculuk görüşmeleri sonunda aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerinin zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle bazı yazarlar tarafından dava şartı arabuluculuk uygulamasının arabuluculuğun iradi olma özelliğini ortadan kaldırmadığı ileri sürülmüştür²⁵³.

2. Mahkeme Bağlantılı ve Mahkeme Dışı Arabuluculuk

Yargı yolu içinde devam eden bir dava sürecinde arabuluculuk yolunun denenmesi kanunun ya da mahkemenin teşviki veya emri ile olabilir²⁵⁴. Kanunla bir dava şartı oluşturulması, yargılama aşamasında hâkim tarafından sulh önerilmesi gibi tarafların arabuluculuk yoluna teşvik edilmesi, mahkeme bağlantılı arabuluculuk yoluna örnek olarak verilebilir. Arabuluculuk yolunun denenmesi için teşvik, HMK'nın 137. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca ön inceleme duruşmasında hâkim tarafından tarafların sulhe teşviki ile birlikte yapılır²⁵⁵.

Yargılama makamının tarafların taleplerini, tutumlarını ve beklentilerini değerlendirerek uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğun uygun bir yol olduğunu, tarafların arabuluculuk yolunu denemelerinde yarar bulunduğunu, ihsası rey sınırları dışına çıkmadan açıklaması gerekmektedir. Aksi takdirde teşvik anlamı olmayan basit bir formaliteden öte gidemeyecektir.

Gerçek anlamda hâkim tarafından tarafların arabuluculuk yoluna teşviki için iki unsurun birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki hâkimin ve tarafların ön

²⁵¹ "...uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aracılığıyla adalet hizmeti özelleştirilmekte ve temel bir hak olan adalete erişim hakkı, devletin yargılama dışı çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları önermesi yükümlülüğüne doğru evrilmektedir." (BAKIRCI, 2019, s. 357).

²⁵² (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 30).

²⁵³ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 31,44 vd.), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 24), karşı görüş için bkz. (KARACABEY, 2016, s. 459), (BÜYÜKAY, 2018, s. 27), (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 3).

²⁵⁴ (YILDIRIM N. D., 2020, s. 297).

²⁵⁵ Hâkimin tarafları sulh olmaya teşviki kanun gereği uygulanan ve taraflar nezdinde karşılığı olmayan bir uygulama olarak yargı sistemimizde yerini almıştır. Arabuluculuk yolunu denemeye hâkim tarafından teşvik de aynı şekilde usule yönelik bir formalitenin yerine getirilmesi olarak kalmaya mahkûm görülmektedir. Bu nedenle 22.07.2020 tarihli, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14. maddesi ile mahkemelere daha fazla sorumluluk ve ödev yüklenmiştir. "MADDE 14 – 6100 sayılı Kanunun 140 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "sulhe veya arabuluculuğa" ibaresi "sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa..." şeklinde değiştirilmiştir. Benzer şekilde İngiliz sisteminde hâkimin tarafları sulh olmaya teşviki ve bu yolun İngiltere'de etkin olarak uygulanması hakkında bkz. (GÖKSU, 2014, s. 277-314).

inceleme duruşmasına hazırlıklı olarak çıkmasıdır²⁵⁶. Diğer bir husus ise hâkimin arabuluculuk için teşvikinin ihsası rey sınırını aşmaması gerektiğidir. Ülkemizdeki bu uygulamaya benzer şekilde İsviçre’de dava açmadan önce kantonlara göre değişen ihtiyari veya zorunlu olarak sulh yargılamasına başvuru zorunluluğu vardır. Hatta İsviçre’de sulh yargılamasının başarısının arabuluculuğun geri planda kalmasına neden olduğu ileri sürülmektedir²⁵⁷. Benzer şekilde İngiltere’de ticari davalarda, hâkim arabulucu gibi davranmamakla birlikte, tarafları alternatif çözümler üzerinde düşünmeye teşvik etmelidir²⁵⁸

3. Kurumsal ve Ad Hoc Arabuluculuk, Eş Arabuluculuk

Arabuluculuk kurumu ile ilgili olarak pek çok büro ve hizmet yeri tanımlaması yapmak mümkündür. Ancak mekân gibi kavramlar günümüzde pandemi koşullarının özellikle de dijitalleşmenin de etkisi ile önemini büyük ölçüde kaybetmiştir. Kurumsal arabuluculuğun ülkemizdeki bir örneği dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucu görevlendirmesi yapan Adalet Bakanlığının teşkilatı içinde bulunan adliye arabuluculuk bürolarıdır²⁵⁹. Ülkemizde, bağımsız arabulucuların birleşmesi ile oluşturulmuş bürolar ve merkezler de kurumsal arabuluculuk hizmetini sağlamaya başlamıştır²⁶⁰. ISTAC’ın arabuluculuk kuralları yayımlayarak ülkemizdeki kurumsal arabuluculuk uygulamasına katkısı yadsınamaz niteliktedir²⁶¹. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı da yüksek oranlı başarı sağlayan kurumsal tahkim hizmeti sunmaktadır²⁶².

Kurumsal arabuluculuk, adından da anlaşıldığı üzere bir arabuluculuk merkezi yapısı içinde kendi kuralları çerçevesinde uygulama alanını ifade eder. Kurumsal tahkimde olduğu gibi bir arabuluculuk merkezinden uygulamayı yönetmesi amacıyla arabulucu atamasını talep etmek mümkündür. Tarafların birlikte başvurusu veya birinin başvurusuna diğer tarafın olumlu yanıt vermesi ile arabuluculuk sürecinin kurumsal bünye içinde yürütülmesi sağlanabilir²⁶³.

²⁵⁶ (TANGAL, 2016, s. 105).

²⁵⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 38).

²⁵⁸ (OKAN, 2005, s. 62.).

²⁵⁹ (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 74).

²⁶⁰ Katıldığımız eğitim ve konferanslarda belirtildiği kadarıyla şu anda ülkemizde arabulucuların bir araya gelerek oluşturduğu irili ufaklı yaklaşık 260 kadar “özel arabuluculuk bürosu” bulunmaktadır.

²⁶¹ (AKINCI, 2016, s. 12).

²⁶² (OĞUZ A. , Arabuluculuk, 2019, s. 821).

²⁶³ (YARAR, 2019, s. 90), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 47).

Kurumsal arabuluculuk arabuluculuğa duyulan güveni artıracığı gibi kurumun eğitimleri ve yayımladığı sirküler gibi yazılı uygulama kuralları sayesinde arabuluculuğun gelişimine ve tanınmasına katkı sağlayacaktır. Ayrıca kurumsal yapı içinde oluşacak iş bölümü arabulucular arasında uzmanlaşmayı da yanında getirecektir²⁶⁴.

Ülkemizde özel nitelikli arabuluculuk merkezlerinin kurumsal yapısının hukuki dayanağını oluşturacak pozitif hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır²⁶⁵. Bununla birlikte birden fazla arabulucunun bir araya gelmesi ile faaliyet gösteren çok sayıda arabuluculuk merkezi mevcuttur. Bu merkezlerin adi ortaklık şeklinde kurulmaları dışında hukuken bir teşkilatlanma şekilleri bulunmamaktadır. Adi ortaklık olarak kurulan arabuluculuk merkezlerinin başta HUAK ve HUAKY düzenlemelerine uygun, emredici kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk kuralları yayımlamasının önünde bir engel bulunmamaktadır²⁶⁶.

Kurumsal arabuluculukta arabuluculuk merkezinin bünyesinde belli bir arabulucu kadrosu olduğu gibi, dışarıdan da arabulucu temin etmek suretiyle hizmet vermesi de mümkündür. Kurumsallığın asıl sonucu uygulamalara yaklaşımın taraflarca önceden bilinebilmesidir. Kurum içinde verilecek eğitimler, yayımlanacak eserler uygulamaya katkı ve yeknesaklık sağlayacaktır²⁶⁷. Buna fiziki alt yapı da dâhildir. İleride ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümüne arabuluculuk merkezi tarafından yapılacak yardımın niteliğinin ve maliyetinin bilinmesi taraflar için güven teşkil edecektir²⁶⁸. Ayrıca bu yöntemde arabulucu bağlı olduğu kurumsal yapı tarafından denetlenerek değerlendirilecektir.

²⁶⁴ Bu konudaki en iyi örneklerden bir tanesi, hiçbir kanuni dayanağa tabi olmadığı halde kendi kurumsal yapısı içinde, kendi kuralları ile yürütülen Uluslararası Ticaret Merkezinin arabuluculuk uygulamalarıdır. Internaional Chamber of Commerce Home Mediation Rules, www.iccwbo.org, e.t. 22.02.2021.

²⁶⁵ Çalışmamızda “adliye arabuluculuk bürosu” kavramını kullanmamızın iki nedeni vardır. İlk neden, HUAKY tarafından adliye arabuluculuk büroları açık bir şekilde dava şartı arabuluculuk uygulamasının kurumsal yapısı içinde tarif edilmiş olmasıdır. İkinci neden ise katıldığımız konferanslarda, hem idari yapı içinde bulunan katılımcılar hem de öğretide arabuluculuk uygulamasıyla ilgilenen akademisyenler tarafından çok yakında “özel arabuluculuk bürolarına” yönelik yeni düzenlemelerin getirileceğinin belirtilmesidir. Bu yeni yapının anonim şirketi yani sermaye şirketi olarak kurulması. Yeni oluşumların tıpkı barolarda olduğu gibi hatta daha geniş yetkilerle, disiplin, gelir dağılımı ve uygulama kuralları açısından iç düzenlemeler geliştirmek ve dava şartı arabuluculuk uygulamalarında da etkili rol oynamasının tasarlandığı ileri sürülmektedir. Kurumsal arabuluculuğun bu şekilde kanunla düzenleme altına alınmasından sonraki aşamada kavram karışıklığı ortaya çıkmaması için şimdiden çalışmada adliye arabuluculuk bürosu kavramı önemli bir ayrıma işaret etmek amacıyla kullanılmıştır.

²⁶⁶ (ERDEMİR, Sigorta, 2017, s. 149).

²⁶⁷ (AKIN, 2020, s. 8).

²⁶⁸ Örneğin, ISTAC’ın tarifeleri çevirim içi olarak yayımlanmaktadır. Bu şekilde tahkim anlaşması yapılırken veya tahkime başvuru sırasında bir öngörude bulunmak mümkün olmaktadır. ISTAC Tarifeler, www.istac.org.tr, e.t. 26.04.2021.

Kurumsal arabuluculuk merkezlerinin gelişmesini, birkaç arabulucunun masraflarını paylaşarak iş beklediği yer olmaktan çıkmasını ve arabuluculuğun gelişimine beklenen katkıları sağlaması beklenmektedir. Kurumsal olmanın getirdiği avantajlarla arabuluculuk uygulamalarındaki deneyimlerin paylaşıldığı, hukuki ve müzakere tekniği kliniği yapılan, eğitim hizmeti veren, adeta enstitü olarak çalışan ve yayım yapan kuruluşlar olarak hizmet vermeleri arabuluculuk merkezlerinin amacı olmalıdır.

Arabuluculuk meslek örgütlenmesi ile kurumsal arabuluculuk birbirine karşılaştırılmamalıdır. Ülkemizde bağımsız bir arabuluculuk meslek örgütü bulunmamaktadır. Öğretide, arabuluculuk etik kurallarının geliştirilmesi ve meslek içi denetim yönünden arabuluculuk meslek örgütlerinin gerekliliği ileri sürülmüştür²⁶⁹.

Ülkemizde dava olan şartı arabuluculuk uygulaması, kurumsal arabuluculuk uygulamasının bir örneğidir²⁷⁰. Kurumsal olmanın bütün özelliğini yansıtan ülkemiz uygulamasında sürecin işleyişi kanun, yönetmelik ve etik ilkeleri, yani önceden belirlenmiş kurallar dâhilinde yürütülmektedir. Adliye arabuluculuk bürosuna başvuran taraf veya taraflar bu büro tarafından atanan bir arabulucu ile çalışır veya büroya bağlı arabuluculardan birisini birlikte seçebilirler. Böylece arabuluculuk hizmeti kurumsal bir yapıdan temin edilmiş olur. Arabulucu taraflara olduğu kadar, adliye arabuluculuk bürosuna yani Adalet Bakanlığına karşı da sorumludur ve denetimi bakanlık mekanizmaları tarafından gerçekleştirilir.

Tahkim yargılamasında olduğu gibi “Ad Hoc” arabuluculuk, ülkemizde ihtiyari arabuluculuğun yaygın uygulamalarındandır. Ad Hoc arabuluculuk uygulaması taraf arabuluculuğu olarak da adlandırılır²⁷¹. Uyuşmazlık halinde arabulucunun kurumsal olmayan yapı içinden, taraflarca seçilmesi şeklinde yürütülür²⁷². Arabuluculuk süreci tarafların hâkimiyetinde ilerler, bu nedenle süreç içindeki uygulama esnek bir yapıya sahiptir. Taraflar anlaşarak süreci birden fazla arabulucu ile eş zamanlı ve ayrı ayrı sürdürebilirler. Ayrıca “arabulucunun seçilmesi” başlıklı HUAK’ın 14. maddesi birden fazla arabulucunun taraflarca seçilebileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu şekilde birden fazla arabulucunun birlikte görev yapmasına eş arabuluculuk denir²⁷³.

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca eş arabuluculuk halinde arabuluculara ödenecek ücret “*Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin*

²⁶⁹ (YAKUT, 2010, s. 63).

²⁷⁰ (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 72).

²⁷¹ (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 75).

²⁷² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 165), (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 28).

²⁷³ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1214), (OKUR, 2019, s. 37).

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” şeklinde düzenlenmiştir²⁷⁴.

İhtiyari arabuluculuk açısından eş arabuluculuğa kanun açık bir şekilde cevaz verdiği halde dava şartı olarak arabuluculuğun uygulamasında tarafların arabulucuyu seçmesine getirilen sınırlar nedeniyle eş arabuluculuğun uygulanması neredeyse mümkün değildir. Tarafların belli bir arabulucu konusunda anlaşmış olması halinde bile adliye arabuluculuk bürosu tarafından sadece belirli bir arabulucu atanacaktır ve sadece bir arabulucu için ücret bakanlık bütçesinden ödenebilecektir²⁷⁵. Oysa eş arabuluculuk özellikle karmaşık ticari uyuşmazlıkların çözümü yönünden etkili bir yöntem olarak öğretilmektedir²⁷⁶

Bu çalışmanın konusu açısından bakıldığında, dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında tarafların belli bir arabulucu üzerinde anlaşmış olması, eş arabuluculuk yönünden bir önem ifade etmeyecektir. Ayrıca taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmamış eş arabulucunun imza altına aldığı sona erme tutanağı ile arabuluculuk dava şartı yerine getirilmiş olmayacaktır²⁷⁷. Ancak taraflar arasında anlaşma vuku bulmuş ise eş arabulucunun HUAK kapsamında arabulucu olması halinde imza altına alacağı arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilir bir belge olabilecektir. Dava şartı olan arabuluculuk uygulaması kapsamında, eş arabuluculuk ihtiyacı oluşması halinde adliye arabuluculuk bürosu aracılığı ile belirlenen arabulucuya lider arabulucu rolü vermek bir çözüm yolu olarak ileri sürülebilir²⁷⁸. Ayrıca öğretilde, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için uzman yardımı almasının mümkün olduğu; uzmanın karar verici olarak değil taraflara değerlendirmek üzere bilgi aktaran bir kişi olarak sürece yardımcı olabileceği ileri sürülmüştür²⁷⁹.

²⁷⁴ 2021 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. RG, 31.12.202, S. 31351.

²⁷⁵ (OKUR, 2019, s. 37).

²⁷⁶ (ÖZMUMCU, Arabuluculuk Modelleri, 2021, s. 337).

²⁷⁷ Dava şartı arabuluculuk uygulamasında UYAP sisteminde dava açılabilmesi için atanmış arabulucu tarafından UYAP arabuluculuk portalında arabuluculuk sürecinin kapatılması gerekmektedir.

²⁷⁸ (ÖZMUMCU, Eş Arabuluculuk, 2018, s. 19).

²⁷⁹ (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 147).

4. Dönüştürücü Arabuluculuk ve Problem Çözücü Arabuluculuk

Problem çözücü arabuluculuk taraflara uyuşmazlıkla ilgili olarak çözüm önerileri sunarak yürütülen bir müzakere şeklidir. Genellikle uyuşmazlık konusunda uzman arabulucuların tercih edildiği bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Arabulucu pasif olmaktan ziyade tarafları bulacakları çözümler çerçevesinde uyuşmak konusunda teşvik eder²⁸⁰.

Dönüştürücü arabuluculuk uygulaması taraflara doğrudan müdahalelerde bulunmadan, somut çözüm önerileri dayatmadan gerçekleştirilir. Arabulucu iletişim ve müzakere tekniklerini kullanarak taraflara olumlu düşünmeyi, diğer tarafı anlamayı kısacası her taraf için çözüme yönelik menfaatlerin ön plana çıkarılmasını amaçlar²⁸¹.

Dönüştürücü arabuluculuk yolunda arabulucunun rolü, problem çözücü arabuluculuğa göre daha pasif gibi dursa da dönüştürücü arabuluculuk görece fazla çaba gerektiren, süre ve iletişim becerileri konusunda yetenek isteyen bir yoldur²⁸². Dönüştürücü arabuluculuk, çözümün sonucunu belli bir hukuki amaca hedeflemek bir tarafa, bir anlaşma ile uyuşmazlıkların üstünün örtülmesini yeterli görmemektedir²⁸³. Pasif müzakere teknikleri uygulayarak tarafların menfaatlerinin farkına varması ve uyuşmazlığı çözmelerinin sağlanması oldukça karmaşık ve yetenek isteyen bir süreçtir.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında adliye arabuluculuk bürosu tarafından belli bir sırayla, kotaya göre atanacak arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunda uzman olması beklenemez²⁸⁴. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucunun getireceği çözüm önerilerinin hak temelli yaklaşıma uygun olması beklenebilir²⁸⁵. Arabulucunun uzman olmadığı bir konuda çözüm önerisi üretmeye çalışmadan pasif tutum sergilediği 7036 sayılı Kanunun 17. maddesi ile değiştirilmesinden önceki arabulucu tanımının dönüştürücü arabuluculuğa uygun olduğu düşünülebilirdi²⁸⁶. Ancak zorunlu arabuluculuk uygulamasının arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözmeyi düşünmeyen tarafları bir araya getirdiği unutulmamalıdır.

²⁸⁰ (KEKEÇ, 2016, s. 241), (DÜR, 2018, s. 121).

²⁸¹ (KEKEÇ, 2016, s. 244), (DÜR, 2018, s. 122).

²⁸² (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 112,113,121-145).

²⁸³ “Problem çözücü yaklaşımda sürecin kontrolü arabulucunun elinde iken, dönüştürücü yaklaşımda sürecin kontrolü tarafların elindedir” (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 115).

²⁸⁴ KIYAK; mahkeme bağlantılı olarak yürütülen arabuluculuk sürecinin bir sonucu olarak, arabulucunun ve tarafların adalete odaklı bir sistemden daha çok “hızlı, etkili ve yasal olarak bağlayıcı anlaşmalara odaklı bir süreç” dönüştüğü belirttiği problem çözücü arabuluculuk anlayışını eleştirmektedir. (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 97).

²⁸⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 241).

²⁸⁶ (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 97).

Yargılama yolu ile uyuşmazlık çözümüne odaklanmış tarafların hak temelli beklentilerini karşılandığı oranda dava şartı arabuluculuk yolu başarı şansını artıracaktır²⁸⁷.

5. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk ve Değerlendirici Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculuk uygulamasında arabulucu uyuşmazlığın çözümünde, özellikle müzakere aşamasında tarafların kendilerini ve birbirlerini anlamasını sağlamayı hedefler²⁸⁸. Bu nedenle arabulucu uyuşmazlık çözümünde pasif davranır ve taraflara mümkün olduğu kadar müdahale etmez²⁸⁹. Çözüm önerisinde bulunmaz, özellikle ihtiyari arabuluculuk yolunda yani gerçekten uyuşmazlığın tarafların çözüm üretme konusunda samimi olduğu durumlarda en uygun arabulucu rolü kolaylaştırıcı arabuluculuktur.

Arabulucu, uyuşmazlık konusunda uzman olmak zorunda değildir. Taraflara tavsiye veya yönlendirmelerde bulunmaz. Hukuki yardımda veya hak temelli çözüm önerilerinde bulunmaz. Bu şekilde arabulucunun müdahalesi nedeniyle müzakerelerin tehlikeye düşmesi ihtimali azalır. Tarafların kendileri için en uygun çözümü bulmaları bu şekilde mümkün olacaktır²⁹⁰.

Değerlendirici arabuluculuk uygulamasında, arabulucu uyuşmazlığın çözümünde aktif rol oynamaktadır²⁹¹. Taraflar için değerlendirme yapar ve taraflara tavsiyelerde bulunur. Değerlendirme, taraflar arasındaki arabuluculuk görüşmelerinin olumsuz sonuçlanması halinde müracaat edilecek mahkemenin verebileceği kararın nasıl olabileceğine kadar uzayabilir²⁹².

Türk arabuluculuk sisteminin HUAK'ın 2. maddesinin b fıkrasının değişik, 25.10.2017 tarihli, 7036 sayılı Kanunun, 17. maddesi ile eklenen “*tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen*” tanımından dolayı değerlendirici arabuluculuk yönteminin kabul edildiğini söylemek mümkündür²⁹³.

²⁸⁷ Tezimizin yazımı sırasında ADB tarafından ticaret hukuku ve tüketici hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin yeni uzmanlık alanları belirlenmiştir. Uzmanlık alanları çerçevesinde eğitimler başlamış olup uygulamanın sonuçları hakkında çıkarımlarda bulunmak için henüz erken olduğunu düşünmekteyiz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Uzman Arabuluculuk Modülleri, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 19.03.2021.

²⁸⁸ (EREN M. Y., 2016, s. 103).

²⁸⁹ (OKUR, 2019, s. 18).

²⁹⁰ (KEKEÇ, 2016, s. 239).

²⁹¹ (EREN M. Y., 2016, s. 107).

²⁹² (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 15), (DÜR, 2018, s. 120).

²⁹³ (DÜR, 2018, s. 121).

Bu değişiklikten önce ülkemizde uygulanmakta olan ihtiyari arabuluculuk modeli için kolaylaştırıcı arabuluculuk esas alınmaktaydı²⁹⁴.

6. Hak Temelli Arabuluculuk ve Menfaat Temelli Arabuluculuk

Hak temelli arabuluculuk uygulamasında, taraflar arabulucuya bir tür hukuki danışmanlık hizmeti için başvurur. Arabulucunun etkin olarak rol oynadığı bu yöntemde, arabulucu taraflara tavsiye vererek, mahkeme önünde uyuşmazlığın nasıl çözüleceğı de dâhil olmak üzere projeksiyonlar yapar²⁹⁵. Taraflar arabuluculuğun ruhuna uygun olarak uyuşmazlığın çözümüne kendileri karar verirler, aktif rol oynamasına rağmen arabulucu asla karar verici değildir.

Menfaat temelli arabuluculuk uygulamasında, taraflar tamamen olmasa da kanunların kendilerine tanıdığı hakları bir tarafa bırakarak kendileri için gerçekten ihtiyaç veya elzem olanı almak suretiyle uyuşmazlığı çözmeye çalışırlar. Arabulucunun etkisinin ve müdahalesinin azaldığı bu yöntemde arabulucu soru sorma ve müzakere teknikleri kullanarak tarafların kendileri için neyin önemli olduğunu anlamalarını sağlar.

Dava şartı arabuluculuk, ihtiyari olarak bu yolu seçmeyen taraflar açısından arabuluculuk yoluna başvurulmasının gerekli olduğu bir dönem niteliğindedir. Bu nedenle tarafların hak temelli sonuca odaklanması doğal olarak kabul edilmelidir.

II. TİCARİ DAVA KAVRAMI

Ticaret hayatının kendine özgü şartları, hukuk alanında genel düzenlemelerden farklı kuralların uygulanmasını ihtiyaç olarak ortaya çıkarmıştır. Birçok hukuk dalı ticari hayat ile yakın ilişki içindedir. Ticaret hukukunun yanında vergi ve finans uygulamalarına yönelik düzenlemeler ticari hayatın işleyişinde önemli yer tutmaktadır²⁹⁶. Borçlar hukuku, iş hukuku ve tüketici hukuku gibi pek çok hukuk prensibi içinde ticari hayata yönelik izlere rastlamak mümkündür.

Ticari davaların ihtisas mahkemelerinde görülmesi, orta çağda ortaya çıkan lonca ve panayır mahkemelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir²⁹⁷. Tarihsel anlamda ticaret mahkemelerinin adli yargı sistemi içinde ortaya çıkma nedeni olarak, ticari hayatın süjelerinin farklılığı, ticari davalarda özel muhakeme usulü uygulanması ihtiyacı, ispat

²⁹⁴ (ÖZTATAR, Genel Olarak Arabuluculuk, 2014, s. 16), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 14).

²⁹⁵ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 124).

²⁹⁶ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 2).

²⁹⁷ (KARAYALÇIN, 1968, s. 235).

hukukunun bu mahkemelerde farklı uygulanması gereği gibi gerekçeler ileri sürülmüştür²⁹⁸.

Ülkemizde ticari yargılama usulüne yönelik özel bir kanun bulunmamaktadır²⁹⁹. Ticari davalarda genel usul hukuku hükümleri uygulanır. Bununla birlikte ticari davaların ticaret mahkemelerinde görülmesi, bu davalarda ihtiyaç duyulan yargılama hızı ve karar güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Bu şekilde ihtisaslaşma sonucu ticaret hayatının gereklerini bilen yargıçların uyuşmazlık çözümünde olumlu etki oluşturulacağı düşünülmüştür³⁰⁰. Özellikle ticaret mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin genel hukuk bilgisi dışında ihtisas ve tecrübeye sahip olmaları gerektiğine dikkat çeken KARAYALÇIN, ticari davalara bakan hâkimlerin formasyon ve ticari hayatın gereklerine dair eksikliğine yıllar önce dikkat çekmiş ve bunun adli yargıdan tahkime kaçışın nedenlerinden biri olduğunu ileri sürmüştür³⁰¹.

Ticaret mahkemeleri ile genel mahkemeler arasındaki iş bölümü ayrımı, 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile sona ermiş, görev ayrımı sistemine geçilmiştir³⁰². Bundan böyle dava değeri dikkate alınmaksızın ticari nitelikteki davalar ve çekişmesiz yargı işleri, aksine kanuni bir düzenleme bulunmadığı takdirde asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir³⁰³. Mahkemelerin görevine ilişkin olarak HMK'nın 114. maddesi açık bir şekilde dava şartı nitelemesi yapmıştır. Bu nedenle, ticaret mahkemeleri ve genel mahkemeler arasındaki görev sorunu ayrıca bir dava şartı olarak temyiz aşaması da dâhil olmak üzere her aşamada resen incelenir³⁰⁴.

Bu çalışmanın konusu olan ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, yasal dayanağını TTK'ya 06.12.2018 tarihinde 7155 sayılı Kanunun 20. maddesi ile eklenen 5/A maddesinden almaktadır. Bir kısım ticari davaların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu düzenleyen hüküm incelenirken, ticari davaların tamamının asliye ticaret mahkemelerinde görülmediğini, asliye ticaret mahkemeleri dışındaki bazı mahkemelerde de ticari davaların görüldüğünü unutmamak gerekmektedir³⁰⁵.

²⁹⁸ (KARAYALÇIN, 1968, s. 235).

²⁹⁹ (KENDİGELEN, 2016, s. 48).

³⁰⁰ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 105).

³⁰¹ (KARAYALÇIN, 1968, s. 244).

³⁰² (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 121).

³⁰³ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 129).

³⁰⁴ (BOZER & GÖLE, 2018, s. 169).

³⁰⁵ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 131), (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 95), (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 125), (PASLI, 2019, s. 16).

Bu çalışmanın konusunun sınırları dâhilinde ticari işletme, ticari iş ve tacir kavramlarının incelenmesi ticari davaların tespiti yanında ticari hayatın bu kavramlarının arabuluculuk uygulaması ile ilişkisinin ortaya konması ve ticari davaların tespiti açısından önemlidir. Bu nedenle plan dâhilinde ticari davaların süjeleri ve konuları incelenecek, ardından dava şartı arabuluculuğun sınırlarına giren ticari dava türleri tartışılacaktır.

A. Ticari İşletme

Ticari işletme, TTK'nın gerekçesinde de açıklandığı gibi temel bir kavram olarak pek çok ticari tanımın merkezinde yer almaktadır³⁰⁶. Tüzel kişi tacirin teşhisi ve yaptığı işlerin konusunun belirlenmesi açısından ortaya çıkan kolaylıklar, gerçek kişinin tacir sıfatının ve yaptığı işlerin hukuki niteliğinin tanımlanması açısından çoğu zaman belirgin olmayabilir. Gerçek kişilerin tacir kimliğinin teşhisinde en önemli kıstas, “kısmen bile olsa” bir ticari işletmeyi kendi adına işletiyor olmaktır³⁰⁷.

Ticari işletme, temel bir kavram olarak TTK'nın 11. maddesinin 1. fıkrasında “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırları aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız yürütüldüğü işletmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ticari işletmenin tanımından çıkan unsurları, ticaret hayatının arabuluculuk yoluyla çözüm için uygunluğunu ortaya koymaktadır.

Öğretide, kanunda yapılan tanımdan çıkarımla ticari işletmenin unsurları, gelir sağlama amacı, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyetlerini aşmak olarak tasnif edilmektedir ve bu unsurlar incelendiğinde eTK ve TTK dönemleri arasında bir fark olmadığı görülmektedir³⁰⁸.

Ticari işletmenin yasal unsurları ile arabuluculuk arasında pek çok ilişki kurulabilir. Bunlar içinde en önemlisi arabuluculuk yolunun barışçıl bir yöntem olması ve uyuşmazlığın taraflarının ilişkilerini devam ettirmesine olanak sağlaması yönüyle ilgidir. Arabuluculuk bir uzlaşma yoludur, geçmişteki sorunlardan sıyrılıp geleceğe bakan tarafların arabuluculuk yolunu tercih etmesi beklenir. Bu nedenle ticari işletmenin tanımından ortaya çıkan devamlılık hedefi arabuluculuk yolunun başarısı için son derece

³⁰⁶ (KARAYALÇIN, 1968, s. 155 vd.), (ARKAN, 6762 sayılı eTK, 2005, s. 17 vd.), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 25 vd.), (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 141 vd), (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 141 vd.), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 180-183).

³⁰⁷ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 13).

³⁰⁸ (ARKAN, 6762 sayılı eTK, 2005, s. 19), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 27).

önemli bir kavramdır. Arabuluculuğun geçmişte ilişkisi bulunan taraflar arasında etkili olacağı mutlaklıdır. Tarafların birbirleri hakkındaki geçmişten gelen bilgi birikimleri, müzakere masasına bilinçli oturmalarını sağlayacaktır. Ayrıca gelecekte ilişkinin devamı beklentisi yani ticari işletmenin devamlılık unsuru tarafları uzlaşmayı kolaylaştıracaktır. Örnek vermek gerekirse, aynı sektörde bulunan iki ticari işletme arasında doğan bir uyuşmazlık ile tacir olmayan, ileride bir daha hukuki ilişki içine girmesi beklenmeyen iki kişi arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüm olasılığı aynı olmayabilir. Ticari işletme açısından süreklilik, uyuşmazlık çözümü açısından çok önemli bir faktördür³⁰⁹. Uzlaşma tavrı ve kabiliyeti, ticari know-how olarak işletmeye eklenen bir değer olarak kabul edilebilir. Uyuşmazlıklarını barışçıl yollarla çözen tacirler her zaman ticari ilişkiye girmek için tercih edilecektir.

B. Ticari İş Kavramı

Ticari iş kavramı, hukukumuzda 6762 sayılı eTTK ile girmiştir³¹⁰. Ticari iş kavramı 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesinde korunmuş ve madde gerekçesinde açıklandığı gibi yeni metinde tanım sadeleştirilmiştir. Ticari iş, TTK'nın 3. maddesinde “*Bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ticari iş kavramı, bir uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmadığının ve uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesinde önem kazanacaktır³¹¹. Bununla birlikte bir uyuşmazlığın ticari işten kaynaklı olması mutlaka ticari dava konusu olacağı anlamına gelmemektedir³¹²

Bu çalışmayla yakından ilgili olan ticari iş karinesi TTK'nın 19. maddesinde öngörülmüştür. Bu karineye göre, tacirin borçlarının ticari olması asıldır³¹³. Gerçek kişi tacir açısından ticari işleri dışında özel ilişkilerini ilgilendiren ikinci bir alan bulunması mutlaklıdır. Gerçek kişi tacir tarafından borcun kaynağı olan işlemin yapılması esnasında karşı tarafa açıkça bildirilirse veya görünüş itibarıyla yapılan işin ticari sayılması mümkün değil ise bu karine uygulanmayacaktır. Tüzel kişilerin böyle bir alanı söz konusu olamayacağı için bütün işlerinin ticari olduğu kabul edilir³¹⁴.

³⁰⁹ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 69), (DURAK, 2013, s. 73).

³¹⁰ (KARAYALÇIN, 1968, s. 143), (ZORLUER, 2018, s. 3).

³¹¹ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 71), (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 65), (BOZER & GÖLE, 2018, s. 35).

³¹² (TAŞDELEN, 2021, s. 69).

³¹³ (KARAYALÇIN, 1968, s. 142,143 ve 217), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 73).

³¹⁴ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 33).

Bir başka ticari iş karinesi yine TTK'nın 19. maddesinde mevcuttur. Buna göre, taraflar arasında bir sözleşme olması durumunda taraflardan birisi için bu sözleşme ticari bir iş için ise, kanundan doğan bir istisna bulunmadığı sürece diğer taraf için de bu sözleşme ile bağlanan iş ticari iş olarak nitelendirilecektir³¹⁵. Hukukumuzda bu konunun en önemli kanuni istisnalarından birisi olan 07.12.2013 tarihli, 6502 sayılı Tüketicini Koruma Kanunun 83. maddesinde “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*” hükmü gereğince, taraflardan birisinin tüketici olması halinde taraflar arasındaki ilişki ticari iş değil, tüketici hukukundan kaynaklı iş olarak kabul edilmektedir³¹⁶.

Ticari iş tanımını belirleyen TTK'nın 3. maddesi ve ticari iş karinesini ön gören TTK'nın 19. maddesi kapsamı dışında kalan işler ancak kanunlarda açık bir şekilde belirtilmesi halinde ticari iş olarak kabul edilecek, dolayısıyla ticari davaların konusu olabilecektir³¹⁷.

C. Tacir

Ticaret hukukunun ve ticari işlerin süjesi tacirdir. Ticaret hukuku sisteminin temeli, ticari işletme üzerine kurulmuş olsa dahi tacir kavramı ticaret hukukumuzda ve ticari hayatımızda hala çok önemli bir yer tutmaktadır³¹⁸. Bununla birlikte taraflarının tacir olmasının şart olarak öngörülmediği mutlak ticari davalar ile tacir olmayanların da ticari davalarda taraf olabileceği ve arabuluculuk dava şartından etkileneceği unutulmamalıdır.

Bu konu altında tartışmaya değer bir nokta da TTK'nın 12. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında bahsi geçen tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlardır³¹⁹. Bu kişilerin

³¹⁵ (KARAYALÇIN, 1968, s. 145), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 75).

³¹⁶ (ZORLUER, 2018, s. 110), benzer şekilde Yargıtay 19. HD tarafından, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararında “...a) bireysel kredi kartı (hamili tüketici olan) dolayısıyla talep edilen alacak nedeniyle açılan davaların ticari dava olarak kabul edilmeyeceğine, bu kabul karşısında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabuluculuğa gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine, b) bu tür davalar ticari dava olarak kabul edilmediğinden somut talepte itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmasına yer olmadığına...” şeklinde karar verilmiştir. Yargıtay 19. HD, T. 11.06.2020, E. 2020/439 K. 2020/976, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 11.02.2021.

³¹⁷ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 64).

³¹⁸ (KARAYALÇIN, 1968, s. 192 vd.), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 125 vd.).

³¹⁹ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 130).

hukuki konumlarının dava şartı arabuluculuk kapsamında ayrıca incelenmesi yararlı olacaktır.

1. Gerçek Kişi Tacir

Gerçek kişi tacir TTK'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında, *“Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir”* şeklinde tanımlanmıştır. Gerçek kişilerin tacir sıfatını kazanması için ticari işletmenin mevcudiyeti ve kısmen de olsa işletmenin kişi adına işletilmesi yeter ve şarttır³²⁰. Tacir işletmesini bizzat kendisi işletmek zorunda değildir³²¹.

Bu çalışmanın konusuyla yakın bağlantısı nedeniyle önemli bir sorun, TTK'nın 12. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanların ticari davalardaki sıfatları, buna bağlı olarak da dava şartı arabuluculuk uygulamasındaki konumları hakkında ortaya çıkmaktadır. Tacir sayılanlar, tıpkı tacirler gibi hem tacirlik sıfatının kazandırdığı olumlu haklardan faydalanacaklar hem de tacir olmanın getirdiği külfetlere katlanacaklardır, tacir gibi sorumlu olanlar ise sadece tacir olmanın külfetlerine katlanacaklardır³²².

Bir uyuşmazlığın taraflarının tacir olması, nispi ticari davaların belirlenmesine etki edecektir. Tacir gibi sorumlu olanların, TTK'nın 12. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği gibi sadece yükümlülükler kapsamında sorumlu olmalarının yanında, uyuşmazlıklarda taraf olmaları halinde ticari davaların tarafı olacaklarından dava şartı arabuluculuk kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacaklardır. Bu nedenle, tacir gibi sorumlu olanlar açısından değerlendirme yapacak olursak, taraf oldukları davalar ticari dava niteliğinde olacaktır. Bununla birlikte arabuluculuk yoluna dava şartı olarak başvurmak, davanın taraflarının sıfatı ile ilgili değil davanın niteliği ile ilgilidir³²³.

2. Tüzel Kişi Tacir

Tüzel kişilerin, tacir sıfatının teşhis kolaylığı yanında, ticaret dışında ikinci bir özel alanları olmadığı, sadece faaliyet alanlarında işlem yapabildikleri için işlerinin

³²⁰ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 125).

³²¹ (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 128).

³²² (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 126-129), (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 260-261).

³²³ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 271).

neredeyse tamamı ticari niteliktedir³²⁴. Tüzel kişi tacirler, TTK'nın 16. maddesinde 1. fıkrada tanımlanmıştır. Gerçek kişilerden farklı olarak kişilikleri ve tacir sıfatı ticaret siciline tescil ile kazanılır³²⁵ ve tüzel kişiliklerinin son bulmasına kadar devam eder³²⁶.

Dernekler, vakıflar ve bazı şartlarda kamu kuruluşları bir işletmeyi işlettiği takdirde tacir sıfatını kazanabilirler. Gerçek kişilerden farklı olarak TTK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hallerde ise kamu kurumları, kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve gelirinin yarısından fazlasını kamu yararı için harcayan vakıflar ticari işletme işletseler bile tacir sıfatını kazanamazlar³²⁷.

3. Adi Şirket, Donatma İştiraki ve Hâkim Teşebbüs

Ticari işletmeyi esas alan TTK gereğince gelir elde etme amacına yönelik işletilen gemiler bir ticari işletmedir ve bu nedenle donatan tacir olarak kabul edilir³²⁸. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı halde ticaret unvanı vardır. Tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştirakine de aynen uygulanacağına dair TTK'nın 17. maddesi açık hükmü gereğince donatma iştiraki tacir olarak kabul edilir.

Benzer bir hükümle TTK'nın 195. maddesinin 5. fıkrasında, hâkim teşebbüs tacir sayılır demek sureti ile başka bir istisnai tacir tanımlamıştır. Böylece bir tüzel kişiliği olmasa bile TTK'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen gerçek kişilere yönelik tacir sayılanlar tanımının bir benzeri de tüzel kişiliği olmayan hâkim teşebbüs için yapılmıştır³²⁹.

D. Ticari Davalar

Ticari davaların gelişimi ülkemizde iki aşamalı olarak gerçekleşmiştir. Ticari davaların kanunda özel olarak düzenlenmediği 1926 tarihli Ticaret Kanunu sisteminde ticari işler veya ticari konulardan yapılan çıkarımla uygulama yoluyla belirlenen dönem

³²⁴ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 262).

³²⁵ (MOROĞLU, 2016, s. 165 vd.), (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 50)

³²⁶ (MOROĞLU, 2016, s. 143). Ortaklık sözleşmesinin imzalanması ile şirketlerin tescil aşamasına kadar olan dönemde TTK tarafından ön ortaklık dönemi öngörülmüştür. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 50). Bu dönemde tüzel kişilik söz konusu olmadığı için şirketlerin hak ve fiil ehliyetine sahip olması mümkün değildir. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 51).

³²⁷ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 364 vd.).

³²⁸ (SÖZER, Deniz Ticaret Hukuku - II. Cilt , 2016, s. 172 vd.).

³²⁹ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 267).

eTTK yürürlüğe girinceye kadar devam etmiştir³³⁰. Kanunda ticari davaların tasnif edildiği dönem ise, eTTK ve halen yürürlükte bulunan TTK dönemi ile devam etmektedir.

Ticari davalar, eTTK'nın gerekçesinde “...*maddi hukukun tatbiki bakımından ticari işler kavramına giren bütün meseleler değil, yalnız mahiyet ve bünyesi itibariyle yargıcın özel ihtisasına ihtiyaç gösteren meseleler ticari dava olarak tanımlanmıştır...*” şeklinde belirtilmiştir³³¹.

Mutlak ticari davalar, tarafların sıfatından, işin niteliğinden bağımsız olarak her durumda ticari dava olarak nitelendirilir³³². Ticari hayatın en önemli süjesi elbette tacirlerdir. Bununla birlikte tacir sıfatını taşımayan kişiler de mutlak ticari davalarda taraf sıfatı ile yer alabilir. Ticari davalar, TTK'nın düzenlemesinde mutlak ve nispi ticari davalar olarak ikili tasnife tabi tutulmuştur.

1. Mutlak Ticari Davalar

Mutlak ticari davalar TTK'nın 4. maddesinde veya özel kanunlarda sınırlı sayıda sayma yolu ile belirtilen davalardır³³³. Bir davanın mutlak ticari dava olarak kabul edilebilmesi için TTK veya başka kanunlarda ticari dava olarak belirtilmesi gerekir. Bu davaların nitelendirilmesinde, tarafların tacir olmasına bakılmadığı gibi dava konusunun ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartı da aranmaz³³⁴.

³³⁰ (KARAYALÇIN, 1968, s. 249).

³³¹ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 116).

³³² (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 107).

³³³ (KARAYALÇIN, 1968, s. 249), (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 107 vd.), (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 117 vd.), (MOROĞLU, 2016, s. 31 vd.)TTK'nın 4. maddesinde; işletmenin birleşmesi, devri veya bir malvarlığının devrine ilişkin TBK'nın 202 ve 203. maddelerinde öngörülen durumlardan doğan davalar, rekabet yasağına ilişkin TBK'nın 444. ve 447. maddeleri arasında düzenlenen hususlardan doğan davalar, TBK'nın 487 ve 501 maddeleri arasında düzenlenen neşir sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara yönelik davalar, TBK'nın 515. maddesinde düzenlenen kredi mektubu ve kredi emrine yönelik davalar, TBK'nın 532 ve 545. maddeleri arasında düzenlenen komisyon sözleşmesinden doğan davalar, TBK'nın 547 ve 554. arasında düzenlenen ticari temsil, ticari vekil ve tacir yardımcılarına yönelik hükümleri ilgilendiren uyuşmazlıklar nedeniyle görülen davalar, fikri mülkiyet hukukundan doğan davalar, TTK'nın 4. maddesi 1. fıkrası e bendinde belirtilen ticarete özgü yerlere ilişkin davalar, fikri mülkiyet hukukundan kaynaklı davalar, TTK'nın 4. maddesi 1. fıkrası f bendinde düzenlenen bankalara, kredi kuruluşlarına, finansal kurumlarına ve ödünç para işlerine yönelik davalar mutlak ticari davalar arasında sayılmıştır. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 48,49).

³³⁴ (KENDİGELEN, 2016, s. 46 vd.).

Mutlak ticari davaların kapsamı belirlenirken uyuşmazlık konusu dikkate alınır ancak tarafların sıfatına bakılmaz³³⁵. Bu nedenle mutlak ticari davaların taraflarının her zaman tacir olmayabileceğini burada belirtmek gereği duymaktayız³³⁶.

Özel kanunlarla, bazı uyuşmazlıkların çözümüne yönelik davalar mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiştir³³⁷. Bu davaların bir kısmı ticari dava olarak kanunla nitelendirildiği gibi bazı davalar ise ticari dava olarak nitelendirilmeyerek ticaret mahkemelerinde görülmeleri öngörülmüştür.

2. Nispi Ticari Davalar

Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili ve bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olan ticari davalar olarak ikili tasnife tutulabilir³³⁸. Tarafların her ikisinin ticari işletmesi ile ilgili olması nedeniyle ticari kabul edilen davalar³³⁹ ve TBK'nın 555-560. maddeleri arasında düzenlenen havale, TBK'nın 551-580. maddeleri arasında düzenlenen saklama sözleşmeleri ve FSEK'in kapsamında kalan uyuşmazlıklardan kaynaklı olan, taraflarından birisinin tacir olduğu davalar ticari davalardır³⁴⁰.

Nispi ticari davalar, dava konusunun ticari işletme ilgili olması veya davanın taraflarının sıfatlarına göre nitelendirilir³⁴¹. Bu nedenle nispi ticari davaların tespitinde ticari işletme, ticari iş ve tarafların tacir sıfatı önemli rol oynar³⁴².

³³⁵ (ŞENER, 2021, s. 10).

³³⁶ (YILMAZ A. , 2018, s. 236). Ticari davaların tarafların her zaman tacir olmayacağı dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk uygulamasında işçinin (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 16) veya tüketicinin korunmasına (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 45 vd.) yönelik eğilimlerin ticari davalarda da dava şartı olan arabuluculuk kapsamında geçerli olması sonucuna bizi ulaştırmaktadır.

³³⁷ Ticari dava olarak nitelendirilen uyuşmazlıklara 1163 sayılı, 24.04.1969 tarihli Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesi ile “*bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır*” düzenlemesi örnek olarak verilebilir. İİK 153. maddesi uyarınca açılacak iflas davasının ise ticari dava olarak nitelendirilmemesine rağmen ticaret mahkemesinde görüleceği öngörülmüştür.

³³⁸ (KURU, Usul II., 2020, s. 1143,1144), (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 49,50), (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 53 vd.). Öğretide TBK kapsamında havale, saklama ve fikri mülkiyete ilişkin haklardan kaynaklı uyuşmazlıkların bir tarafının tacir olması halinde mutlak ve nispi ticari davalar arasında üçüncü bir ayrıma tutan görüşler de bulunmaktadır. Bkz. (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 114), (ŞENER, 2021, s. 81), (ÜLGİN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 125).

³³⁹ TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca uyuşmazlığın bütün taraflarının ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğması halinde nispi ticari davalar ortaya çıkar. (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 115).

³⁴⁰ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 49,50), (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 54-58).

³⁴¹ (KARAYALÇIN, 1968, s. 255).

³⁴² (ÜLGİN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 125).

E. Ticari Yargı Teşkilatlanması

Ticari davalar, ülkemizde asliye ticaret mahkemelerinde görülmektedir ve ticari davalarda mahkemeler arasında TTK'nın 5. maddesinin 3. fıkrası gereğince görev ayrımı söz konusudur. Genel olarak asliye ticaret mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşur³⁴³. Asliye ticaret mahkemesi olmayan yerlerde yargılama, TTK'nın 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tek hâkimli asliye hukuk mahkemeleri tarafından yapılır.

Asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemelerinin dışında ticari davalar konusunda ihtisas mahkemesi niteliğinde olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinde³⁴⁴ görülecek olan davalar öğretide tartışmalı bir alandır. Bu davaların, asliye ticaret mahkemelerinde veya asliye ticaret mahkemesi sıfatı ile asliye hukuk mahkemelerinde görülmediği, her ne kadar TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde mutlak ticari davalar olarak sayılsa bile, 6769 sayılı, 22.12.2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunun (SMK) 156. maddesi ile 5846 sayılı 05.12.1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 76. maddeleri uyarınca fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görüleceğinden dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında kaldığı ileri sürülmüştür³⁴⁵.

Sınai Mülkiyet Kanunu ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan kaynaklı uyuşmazlıkların ihtisas mahkemelerinde görülmesinin bu davaların ticari niteliğini ortadan kaldırmadığını ileri süren diğer görüşe göre, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülen davaların, ticari dava olarak kabul edilmeleri nedeniyle dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kabul edilmeleri gerekir³⁴⁶. Öğretide farklı gerekçeler ileri sürülse dahi fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıkların ticari dava konusunu oluşturduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir³⁴⁷.

³⁴³ 5235 Sayılı, 26.09.2004 tarihli Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun.

³⁴⁴ (KURU, Usul II., 2020, s. 1791). Denizcilik ihtisas mahkemeleri adı altında eTK'da düzenlenen ihtisas mahkemelerinin, TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birden fazla asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde iş durumunun gereğine göre Hâkimler Savcılar Kurulu tarafından belirlenecek asliye ticaret mahkemelerine işlerini devretmeleri suretiyle varlıkları sona ermiştir. (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 132). Bu şekilde dava şartı arabuluculuk ve mahkemelerin görevi açısından deniz ticareti hukuku ve deniz sigortalarından kaynaklı davalar dava şartı arabuluculuk kapsamında diğer ticari davalardan farklı değerlendirilmemelidir.

³⁴⁵ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 134,135), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 303).

³⁴⁶ (PASLI, 2019, s. 16), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 410), (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 519,520), (ŞENER, 2021, s. 227,228).

³⁴⁷ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 132), (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 48). Ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm III. Konu E. "Fikri Mülkiyet ve Sanayi Mülkiyet Hukukundan Doğan Davalar". Karşı görüş, (MOROĞLU, 2016, s. 31), (BOZER & GÖLE, 2018, s. 166).

Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan kitapta ve öğretide ise konusu dava şartı olarak bir miktar paranın ödenmesi koşulu ile fikri mülkiyet hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu ileri sürülmüştür³⁴⁸.

III. DAVA ŞARTI KAVRAMI

Dava şartı kavramını, KURU; “Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi (davayı esastan inceleyebilmesi) için varlığı veya yokluğu gerekli olan hallere, dava (yargılama) şartı denir”³⁴⁹, ALANGOYA; “davanın geçerliliğinin bağlı olduğu şartlardır”³⁵⁰, TANRIVER; “bir davanın esastan görülüp karar bağlanmasını engelleyici bir işlevi yerine getiren, davanın her aşamasında resen gözetilmesi gereken, taraflarca da davanın her aşamasında eksikliği ileri sürülebilen hususlara dava şartları denir”³⁵¹, PEKCANITEZ; “Dava şartı, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır” şeklinde tanımlamıştır³⁵².

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı ile ilgili üç durum söz konusu olabilir. Bunlardan ilki ticari davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görev ilişkisine yönelik olan dava şartıdır³⁵³. Diğer bir kısım ticari davanın açılmasından önce arabuluculuk yoluna başvurmuş olmak dava şartıdır³⁵⁴. Sonuncusu ise, menfi bir dava şartı veya ilk itiraz olarak tartışılması gereken arabuluculuk yoluyla uzlaşılan konularda tarafların dava açamayacaklarına ilişkin HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrası hükmüdür³⁵⁵.

Bir kısım ticari uyuşmazlıkta arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmüş olması, öğretide ve uygulamada arabuluculuğun işlevini ve etkinliğini tartışmaya açmıştır. Arabuluculuğun etkinliğinin ve yaygınlaşmasının dava şartı gibi bir zorunluluğa dayandırılması bu kurumun temel ilkelerine aykırı olduğu yönünde görüşler vardır³⁵⁶. Arabuluculuk uygulamasının başarısı gönüllü olarak ve anlaşmaya hazır olarak bir araya

³⁴⁸ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 179), ayrıca taraflardan birisi için ticari işletmesi ile ilgili olması halinde dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu görüşü için bkz. (GİRAY, 2019, s. 32).

³⁴⁹ (KURU, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2018, s. 127).

³⁵⁰ (ALANGOYA Y. H., 2001, s. 192).

³⁵¹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 637).

³⁵² (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 927).

³⁵³ (ÜLGEN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 128), (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 930), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 142).

³⁵⁴ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 140 vd.), (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 878).

³⁵⁵ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 123).

³⁵⁶ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 25), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 48), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 189).

gelen taraflardan kaynaklıdır³⁵⁷. Bu nedenle arabuluculuğa hâkim ilkeler ve uygulaması açısından dava şartı olma özelliği tartışılmalı ve araştırılmalıdır.

Arabuluculuğa müracaatın dava şartı olarak uygulanması halinde uyuşmazlıkların çözümünde etkin rol oynadığı ve dava sayısını düşürdüğü yönünde ADB tarafından yapılan yayımlar vardır³⁵⁸.

A. Dava Şartı Kavramı

Öğretide dava şartları, iki farklı ayırmda tasnif edilir. Bunlar, genel ve özel dava şartı ayırımı ile olumlu ve olumsuz dava şartı ayırımıdır. Genel dava şartları her dava için aranılan şartları ihtiva eder. HMK'nın 114. maddesinde sayılan dava şartları genel dava şartlarıdır. Genel dava şartları ilk defa pozitif hukukumuzda 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiştir³⁵⁹. Özel dava şartları HMK'nın 114. maddesinde sayılmayan ve fakat aynı maddenin 2. fıkrasında “*diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır*” şeklinde belirtilen şartlardır³⁶⁰. Öğretide, HMK'nın 114. maddesi ile dava şartlarının düzenlenmesinden sonra dava şartlarının kanun yolu ile düzenlenebileceği, yargı kararıyla dava şartı oluşturmaının ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceği, bizim de katıldığımız bir görüş olarak ileri sürülmüştür³⁶¹.

Bu çalışmanın konusu açısından bakıldığında, HMK'nın 114. maddesi kapsamında ticari davaların görüleceği mahkemelerin görevi genel dava şartı meselesidir. “*Konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebi*” olan ticari davalarda arabuluculuk yoluna başvurmuş olmak ise TTK'nın 5/A maddesi uyarınca özel dava şartıdır.

Dava açma yasağı olarak öğretilen adlandırılan HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi, RG'de 25.10.2017 tarihinde yayımlanan 7036 sayılı Kanunla pozitif hukukumuzda dava şartı arabuluculuk kavramı ile eş zamanlı olarak girmiştir. İhtiyari veya zorunlu bütün arabuluculuk uygulamalarının tamamı için geçerli olan ve görülmekte olan

³⁵⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 133).

³⁵⁸ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan eser için bkz. (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019). Adalet Bakanlığının uygulaması hakkındaki eleştiriler için bkz. (PASLI, 2019, s. 18).

³⁵⁹ (PEKCANİTEZ, Cilt I, 2017, s. 926).

³⁶⁰ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 261).

³⁶¹ ALBAYRAK, HUMK döneminde dava şartlarının kanunla düzenlenmediğini belirterek yargı kararları ile dava şartı olarak bazı kavramların oluşturulmasının tartışmaya konu olmadığını ancak HMK'nın 114. Maddesinde dava şartlarının düzenlenmesinden sonra konunun bir sorun olarak ortaya çıktığına işaret etmiştir. (ALBAYRAK, Özel Dava Şartı, 2015, s. 935, 937, 968).

bir davanın konusu hakkında tarafların önceden arabulucu önünde anlaşmış olmamalarını öngören düzenleme olumsuz ve özel dava şartı olarak nitelenebilir³⁶².

B. İlk İtirazlar

İlk itirazlar, mahkeme tarafından resen gözetilemeyen, davalı tarafından belirli bir usul kesitinde mahkemeye hitaben ve yazılı olarak ileri sürülmesi gereken, davanın karara bağlanmasını engelleyici işlevi nedeniyle dava şartlarından sonra ve davanın esasına girilmeden incelenen ve kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş usul konularıdır³⁶³. İlk itirazların en geç süresi içinde verilecek cevap dilekçesi ile birlikte açık bir şekilde belirtilmesi zorunludur. Bundan sonra ilk itirazların ileri sürülmesi veya mahkeme tarafından değerlendirilmesi mümkün değildir. Cevap dilekçesi ile ilk itiraz ileri sürülmemiş ise cevap süresi henüz dolmamış olsa bile ek dilekçe ile ilk itirazları ileri sürmek mümkün değildir³⁶⁴.

İlk itirazlar HMK'nın 116. maddesinde tahdidi olarak öngörülmüştür, kural olarak kanunla öngörülme veya bu maddede sayılanlar dışında hiçbir kavram ilk itiraz olarak nitelendirilemez³⁶⁵.

Arabuluculuk yoluna başvurunun dava şartı niteliği TTK'nın ve HUAK'ın açık bir şekilde dava şartı olarak tasnif eden hükümleri nedeniyle tartışmadan uzaktır.

C. Dava Şartlarının ve Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi

Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümü, HUAK'ın tanımı ile ihtiyari bir yoldur. İhtiyari arabuluculuk yolu hakkında, aralarındaki uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasında kararlı fakat müzakere yolu ile çözüm üretme ihtimalinden sakınan tarafların tercihidir demek mümkündür³⁶⁶.

Bazı durumlarda uyuşmazlıkların tarafları müzakere için istekli olmalarına rağmen müzakere sürecine geçemeyebilirler. Tarafların müzakere sürecinin başarısız olması halinde oluşabilecek zarardan çekinmeleri veya müzakere talep etmenin zayıflık olarak kabul edilmesi gibi endişeleri müzakere teklifinde bulunmalarına engel olabilir,

³⁶² Bkz. Üçüncü Bölüm IV. Konu A.4.c. "Dava Açma Yasağı".

³⁶³ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 639), (ÖZTÜRK, 2014, s. 59).

³⁶⁴ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 640).

³⁶⁵ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 1218), (ÖZTÜRK, 2014, s. 59).

³⁶⁶ (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 14).

tarafsız ve uzman kişinin yardımı ile daha temkinli bir süreç yönetmek çoğu zaman tercih edilebilir³⁶⁷. Aynı isteksizlik arabuluculuk yoluna başvurmak için de söz konusu olabilir. Zorunlu arabuluculuğun ülkemizde uygulanmasının temel nedenleri olarak, yargıda iş yükünün azaltılması hedefinin yanında, arabuluculuğun bilinirliğinin artırılması ve isteksiz taraflar için arabuluculuk yolunun denenmesinin sağlanması gibi nedenleri sıralamak mümkündür.

Dava şartı veya zorunlu arabuluculuk hangi isimle anılırsa anılsın arabuluculuk yolunun ihtiyari niteliğinin kısmen ortadan kalktığı kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte uyuşmazlığın çözümü için ilk adımı atmanın kendisi için zayıflık belirtisi olacağını düşünen taraf için zorunlu arabuluculuk uygulaması sürecin başlaması için kolaylaştırıcı bir etki oluşturacaktır³⁶⁸.

Dava açılmadan önce hazırlık aşamasında yoğun bir hukuki çalışma yapılacağı, taraf avukatlarının dava süresince harcayacağı emeklerinin ve maddi kaynakların büyük bir kısmını hazırlık evresinde sarf edecekleri unutulmamalıdır. Dava ve cevap dilekçesinde tarafların yoğun bir şekilde birbirine saldıracağı, bazen iddia ve savunma sınırı aşılmak üzere tarafların bir diğerini incitecek, itham edecek birçok beyanda bulunacağı muhakkaktır. Çok sık rastlanmasa da ağır hakaret ve ithamlara, karşılıklı suçlamalara dilekçeler aşamasında yer verilmesi mümkündür. Duruşma aşamasında ise bu gerginlikler daha üst seviyeye çıkabilmekte, fiziksel saldırılar dahi söz konusu olabilmektedir. Arabuluculuğa diğer dava şartlarından farklı olarak dava açılmasından sonra ikmal imkânı verilmemesinin en önemli nedenlerinden bazıları sunulan bu gerekçelerden çıkarılabilir. Davanın açılması ile birlikte, hak temelli dava yolu için bütün emek sarf edilmiş, dava masrafları yapılmış olacaktır. Taraf vekilleri emekleri için tam vekâlet ücretini hak etmiş olacaklardır³⁶⁹. Bu aşamadan sonra dava şartını yerine getirmek için tarafları arabulucu önünde bir araya getirmenin pratik bir önemi kalmayacaktır³⁷⁰. Benzer nedenlerle HUAK'ta dava şartı arabuluculuk uygulamasına diğer dava şartlarından farklı sonuçlar bağlanmıştır³⁷¹.

Ülkemizde arabuluculuk için yasal niteleme olarak “dava şartı” kavramı tercih edilmiştir. Dava şartı olan arabuluculuğun yokluğuna diğer dava şartlarından farklı hukuki sonuçlar bağlanmış olması zorunlu arabuluculuğun nitelendirmesinde

³⁶⁷ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 91), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 120).

³⁶⁸ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk, 2016, s. 825).

³⁶⁹ Karşı görüş için bkz. (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk, 2016, s. 834,835).

³⁷⁰ (YARDIM, 2019, s. 108).

³⁷¹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 141), (YARDIM, 2019, s. 109).

uygulanmasında tereddütlere yol açmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarını mahkemede hak aramaya başlamadan önce arabuluculuk yoluna müracaata zorlayan nedenin dava şartı olarak belirlenmiş olmasının arabuluculukta zorunluluğu ortadan kaldırmadığı öğretide ileri sürülmüştür³⁷².

Bu çalışmanın yazımı aşamasında dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurmak, bir kısım tüketici, ticari ve iş hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarla sınırlı olarak düzenlenmişti. Bununla birlikte aile hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk yoluna başvuru düzenlemesinin yakında gündeme gelmesi beklenmektedir³⁷³.

Dava şartı arabuluculuk uygulaması için HUAK genel kanun niteliğindedir³⁷⁴. Dava şartı arabuluculuk uygulaması geliştikçe, HUAK'ın dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümleri yargılama sırasında artarak uygulanmaya devam edecektir³⁷⁵. Aşağıda HMK kapsamında dava şartlarının yargılama süreci içinde incelenmesi sırasında arabuluculuğun diğer dava şartlarından ayrıldığı ve farklı değerlendirildiği noktaların altı çizilmeye çalışılacaktır.

Bu kısım dava şartı ve dava şartlarının incelenmesine ayrılmış olup ticari dava kavramı ve arabuluculuk uygulaması incelendikten sonra üçüncü bölümde uygulama yönünden dava şartı olan arabuluculuğun incelemesi ve ayrıntılı tartışması yapılacaktır³⁷⁶.

1. HMK Açısından Dava Şartlarının İncelenmesi

Dava şartları, mahkeme tarafından resen ve ilk önce incelenir. Hangi dava şartının öncelikle inceleneceği dava şartı arabuluculuk açısından ayrıca önemlidir. Dava şartlarının incelenmesi sıralamasında HMK öncelik veya sonralık sırası öngörmemiştir. Kural olarak bir dava şartının yokluğu diğer dava şartlarının incelenmesini gereksiz bırakıyorsa bu dava şartı öncelikle incelenmelidir³⁷⁷.

Dava şartının eksikliğini tespit eden hâkim, davayı dava şartı yokluğundan derhal reddetmemeli, öncelikle davayı aydınlatma ilkesi içinde yokluğu düşünülen dava şartının gerçekten bulunup bulunmadığını araştırmalıdır³⁷⁸. Davacının dava şartını sonradan

³⁷² (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 139).

³⁷³ (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 113).

³⁷⁴ (YARDIM, 2019, s. 91).

³⁷⁵ (YARDIM, 2019, s. 92).

³⁷⁶ Bkz. Birinci Bölüm V. Konu “ARABULUCULUK VE DAVA ŞARTI KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ”.

³⁷⁷ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 954), (KALE, 2010, s. 44).

³⁷⁸ (KARASLAN, 2019, s. 18).

yerine getirmesi mümkün olması halinde davacıya kesin süre verilerek dava şartı eksikliğinin giderilmesi sağlanmalıdır³⁷⁹.

2. Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından İncelenmesi

Arabuluculuğun dava şartı olarak uygulanması yönünden HUAK'ın 18/A maddesi HMK'dan farklı bir inceleme şekli öngörmüştür. Hak kaybına neden olabilecek dava şartı arabuluculuğun mahkeme tarafından inceleme yönteminin tartışılması öğreti ve uygulama açısından önem arz etmektedir³⁸⁰.

Kural olarak görev yönünden inceleme yapılması halinde, davanın bir ticari dava olduğunun anlaşılmasından sonra TTK'nın 5/A maddesinin uygulanması mümkün olmalıdır. Bu nedenle dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması için öncelikle uyuşmazlık konusunun ticari yargının görevine girip girmediğine mahkeme tarafından karar verilmesi gerekecektir³⁸¹.

Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca ticari yargının konusudur. Ticari davaların tamamı ise ticaret mahkemelerinde görülmemektedir³⁸². Ayrıca TTK'nın 5. maddesine 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı kanunla eklenen 4. fıkra ile müstakil asliye ticaret mahkemelerinin kurulmamış olduğu yargı çevresinde asliye hukuk mahkemesinde davacı tarafından görevli mahkeme konusunda nitelendirme yapmamış olsa bile asliye ticaret mahkemesi sıfatı ile yargılamaya devam edeceği için bu ayrımın önemi artacaktır. Ticari davalar yönünden dava şartı olan arabuluculuğun HUAK kapsamında mahkeme tarafından ele alınması durumunda bazı sorunlar ortaya çıkacaktır, araştırma konumuzun önemli bir parçası bu sorunların tespiti ile doğrudan ilgilidir.

Arabuluculuk dava şartının incelenmesi diğer dava şartlarının incelenmesine göre farklılık arz etmektedir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir uyuşmazlık nedeniyle mahkeme, önüne gelen dava dilekçesini HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrası kapsamında ilk olarak arabuluculuk dava şartının yerine getirilip getirilmediği yönüyle incelenecektir. Henüz kendi görev ve yetkisini incelememiş mahkemenin, davayı dava şartı yokluğu gerekçesi ile usulden reddedilmesi ihtimali vardır³⁸³.

³⁷⁹ (PEKCANITEZ, Cilt I, 2017, s. 952).

³⁸⁰ Dava şartlarının, HMK ve HUAK yönünden birlikte incelenmesi aşağıda 3. "Arabuluculuk Dava Şartı Eksikliğinin Sonuçları" başlığı altında incelenecektir.

³⁸¹ (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 488).

³⁸² (PASLI, 2019, s. 16,24), (GİRAY, 2019, s. 30).

³⁸³ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 151-153), (BÜYÜKALP SARIOZ, 2020, s. 460,461), (KURTULUŞ, 2020, s. 211,212).

Bir davaya konu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği ve dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olup olmadığının takdiri mahkemeye ait bir mesele olarak karşımıza çıkar. Dava arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık konusunda bile olsa davacının talebinin ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalmasının araştırılması yargılamayı gerektiren konulardandır³⁸⁴. Yargılama sırasında tarafların dinlenmeden arabuluculuk dava şartı konusunda karar verilmesi kanımızca hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır³⁸⁵.

Arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olması için HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca arabuluculuk son tutanağının aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış suretinin dava dilekçesine eklenmesi öngörülmüştür. Ancak uygulamada bu şart yumuşatılmaya başlamıştır, Yargıtay UYAP üzerinden gönderilen son tutanakların da bu şartı yerine getirmiş olacağı konusunda kararlar vermiştir³⁸⁶.

3. Arabuluculuk Dava Şartı Eksikliğinin Diğer Dava Şartları ile Karşılaştırılması

Davacının davasını açarken görev veya bir başka dava şartı konusunda yanlış nitelendirme yapması her zaman mümkündür. Özellikle uygulamada sık görüldüğü gibi ticari davaların nitelendirilmesinde çelişkiye düşen davacının dava dilekçesini yanlış mahkemeye sunması halinin hem usul ekonomisi, hem de hak arama hürriyetinin engellenmesi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁸⁴ Dava şartları kural olarak ön inceleme duruşmasında ele alınır, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ön inceleme aşamasından önce dava şartlarının ele alınmasının istisnai durumlar için söz konusu olabileceğine dair bir kararı mevcuttur. Y. HGK, T. 27.01.2016, E. 2015/18-2560 K. 2016/96, (Kazancı İçtihat Bankası naklen), (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 950,951). EKMEKÇİ, ÖZEKES ve ATALI; ön inceleme aşamasından önce davanın reddedilmiş olması halinde davalının davadan haberdar olmayacağını, kişinin kendi hakkında açılmış bir davadan haberdar olmadan dava hakkında mahkemenin karar verilmiş olmasının hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmadığı gerekçesini ileri sürmüşlerdir. (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 153). BÜYÜKALP SARIÖZ; davalıya dava dilekçesinin tebliğ edilmeden davanın reddi halinde, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunan bir uyuşmazlıkta davacının tahkime başvurmadan vaz geçtiğinin davalı tarafından bilinmemesi sonucunu doğuracağını ileri sürmüştür. (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 460,461). Uygulamada, arabuluculuk dava şartı eksikliği nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın usulden reddi kararlarının davanın taraflarına tebliğ edilmesi nedeniyle biz bu eleştirilere katılmıyoruz.

³⁸⁵ UYAP üzerinden dava açılması sırasında dava türü bölümünde seçilen bazı davalarda “*Seçilen Dava Türü Dava Şartı Olarak Öncelikle Arabuluculuğa Gitmelidir. Müvekkilinizin Arabuluculuk Dosyası Var mı?*” uyarısı çıkmaktadır. Bu seçenekte “evet” şıkkının işaretlenmesi halinde arabuluculuk dosya numarasının arabuluculuk türüne yönelik eşleşmesini sağlamak üzere seçenekler belirlemekte bu seçeneklerden uygun olanın tercih edilmesi ile dava açma işlemi devam etmektedir. Dava açan avukatın bu soruya “hayır” yanıtı vermesi halinde ise dava açma işlemine devam edilmesi mümkün olmaktadır. Bu hali ile UYAP sisteminin dava şartı incelemesini mahkeme bıraktığını belirtmekteyiz. Bkz. www.avukat.uyap.gov.tr, e.t. 05.06.2021.

³⁸⁶ Y. 9. HD, T. 14.09.2020, E. 2020/5349 K. 2020/7421, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 19.03.2021.

Anayasanın 142. maddesine göre, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir. Aynı şekilde HMK'nın 1. maddesinde de mahkemelerin görevinin kamu düzenine ilişkin olduğu, göreve yönelik düzenlemelerin yalnızca kanunla düzenleneceğine hükmedilmiştir. Görev bir dava şartıdır, TTK'nın 5. maddesinin 1. fıkrası ticaret mahkemeleri ile genel mahkemeler arasında bir görev ayrımı öngörmüştür. Bir davada görevli mahkemenin tayini yönünden uygulanacak usul HMK'nın 20. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Mahkemelerin görevi HMK'nın 114. maddesinin 4. fıkrasında dava şartı olarak öngörülmüştür. Dava şartları, davanın her aşamasında, dava kesinleşinceye kadar mahkeme tarafından resen araştırılır³⁸⁷.

Genel olarak HMK'da görev ve dava şartı ilişkisinin usul ekonomisi ve yargılamanın uzamasını önleyecek kaygılarla düzenlendiğini ileri sürmek mümkündür. Dilekçelerin sunulması aşamasından sonra mahkeme, görevsiz olduğu kanısına varırsa ön inceleme aşamasından önce duruşma açılmadan HMK'nın 138. maddesi uyarınca dosya üzerinden³⁸⁸ veya davadan el çektiği ana kadar karar verebilir³⁸⁹. Bununla birlikte tereddüt oluşturabilecek hallerde, ön inceleme duruşması aşamasında dava şartlarının değerlendirilmesi hukuki dinlenilme hakkının³⁹⁰ ihlal edilmemesi anlamında doğru olacaktır³⁹¹.

Eksik bulunan bir dava şartının diğer tarafça ileri sürülmesinden veya hüküm verilmesinden önce tamamlanması halinde dava şartı yokluğundan davanın reddedilmeyeceğini öngören HMK'nın 115. maddesinin 3. fıkrası kanun koyucunun dava şartlarına bakış açısını ortaya koymaktadır³⁹². Usul hukukundan kaynaklı hatalardan doğan hak kayıplarının önüne geçmek isteyen kanun koyucu, genel anlamda dava şartlarına yönelik düzenlemeler ile bu konuda yapılacak yanlışların uyuşmazlıkların çözümünü uzatmasını önlemek istemiştir.

³⁸⁷ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 637).

³⁸⁸ (ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, & HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 2018, s. 201).

³⁸⁹ Yargıtay 11. HD bir kararında, tarafların yargılamanın sona ermesine kadar görev itirazında bulunabileceğini, mahkemelerin görevi ile ilgili hususlarda kazanılmış hakkın iddiasının söz konusu olamayacağına değinmiştir. Y. 11. HD, T. 17.02.2020, E. 2019/6227 K. 2020/1295, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 21.03.2021.

³⁹⁰ PEKCANİTEZ'e göre, "Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür. Yani usuli nitelikte bir temel haktır." (PEKCANİTEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 754). TANRIVER'e göre, "Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini hedefler." (TANRIVER S. , Adil Yargılama, 2004, s. 192).

³⁹¹ (EROĞLU, 2018, s. 87).

³⁹² (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 639).

Mahkemenin görevi konusunda davacının yanılığının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik başka bir düzenleme de TTK'nın 5. maddesinin 4. fıkrasında “*Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.*” şeklindeki hükümdür. Buradan da anlaşıldığı üzere, bir yerde asliye ticaret mahkemesi bulunmuyorsa davanın ticari dava olup olmasına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir³⁹³. Her durumda aynı mahkemede görülecek bir uyuşmazlık için katı bir şekilcilik yapılması hak kayıplarına yol açabilecektir.

Dava şartı eksikliği konusunda ihtilafların uzamadan giderilmesi amacıyla HMK'nın 353. maddesi ise bir başka düzenlemedir. Bu düzenleme ile usul yönünden reddedilen davanın uzaması veya dava şartı konusunda yanılığa düşerek hatalı dava açan tarafın hak aramasının uzun süre engellenmemesi amaçlanmıştır³⁹⁴. İstinaf incelemesi sırasında hangi kararların kesin olarak ilgili bölge adliye mahkemesi dairesi tarafından karara bağlanacağı HMK'nın 353. maddesinin 1. fıkrasında sayılmıştır. Görev, yetki ve “*diğer dava şartlarına aykırılık bulunması*” yönünden verilen ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf denetimi de bunlardan birisidir ve bu kararlar “*kararın kaldırması ve davayı yeniden görülmesi*” yönünde ise kesin olarak verilmelidir³⁹⁵.

Konumuzla ilgili bir diğer düzenleme HMK'nın 362. maddesinin 1. fıkrasının c bendidir. Bu düzenlemeye göre bölge adliye mahkemeleri tarafından, “*Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar.*” kesin olarak verilir.

Dava şartlarında eksikliğin, yargılama sürecini uzatmasını engellemeye yönelik düzenlemelere rağmen dava şartı arabuluculuğun niteliği gereği görevli mahkemede yanılma halinde farklı durumlar ortaya çıkabilecektir. Davacının yapacağı bazı hatalar dava şartı arabuluculuğa ilişkin özel düzenlemeler nedeniyle ağır sonuçlar ve hak kayıpları doğurabilecektir³⁹⁶.

³⁹³ (KENDİGELEN, 2016, s. 50,51).

³⁹⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, İstinaf, 2018, s. 333).

³⁹⁵ ÇİL, dava şartı yokluğundan verilen kararın “esastan red” şeklinde ve kanun yolu kapalı olarak verilmesi gerektiğini belirtmiştir. (ÇİL, 2018, s. 28).

³⁹⁶ Arabulucu dava şartına başvurmadan dava açmanın sonuçlarına yönelik 4857 sayılı 22.05.2003 tarihli İş Kanunu'nun 20. maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. İşe iade davalarında işçinin arabuluculuk dava şartı yerine getirilmeden dava açması ve bu nedenle reddedilmesi halinde, kesinleşen kararın taraflara tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabuluculuk yoluna başvurarak yeniden dava açılmasına imkân tanınmıştır. (ÇİL, 2018, s. 27). Bu şekilde dava şartı arabuluculuk uygulamasının ağır sonuçlarının yumuşatılması amaçlanmıştır.

Uyuşmazlığın ticari dava konusu olmadığını veya dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını düşünen davacı, arabuluculuk yoluna müracaat etmeden asliye hukuk mahkemesinde dava açabilir. İlk derece mahkemesi tarafından davanın ticari dava olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi halinde istinaf edilmeden bu kararın kesinleşmesi veya bölge adliye mahkemesi dairesi tarafından kesin olarak davanın ticari dava olduğu görüşü ile dosya asliye ticaret mahkemesine gidecektir. Bu sefer asliye ticaret mahkemesi, arabuluculuk dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermek zorunda kalacaktır³⁹⁷. Davacı arabuluculuk dava şartını yerine getiremediği için yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır³⁹⁸. Bu örnek hakkında istinaf aşaması sırasında davacı tarafından arabuluculuk yoluna başvurulması, böylece görevli mahkemeye arabuluculuk son tutanağını sunmanın mümkün olabileceği eleştirisinin yapılamayacağı düşüncesindeyiz³⁹⁹.

Bir başka örnekte ise, ilk derece asliye hukuk mahkemesi görevli olduğunu düşünerek esas hakkında karar verir, istinaf incelemesi aşamasında bölge adliye mahkemesi davanın görevsiz ilk derece mahkemesinde görüldüğü kanaatine varırsa, dava dosyasını ilk derece mahkemesine görevsizlik kararı verilmek üzere geri gönderecektir⁴⁰⁰. Her ne kadar davacının davanın devamında hukuki yararı söz konusu olsa dahi her iki tarafın dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini sağlaması mümkündür⁴⁰¹. Görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra iki hafta içinde kararı veren mahkemeye yapılan talep ile dava dosyası görevli mahkemeye gönderilir⁴⁰². Bu şekilde yargılama giderleri ve davanın açılmış olması ile doğan sonuçlar arasında görevli ve görevsiz mahkemelerdeki davalar arasında bir irtibat kurulur⁴⁰³. Görevsiz mahkemede açılan davalar bir diğerinin devamı olarak kabul edilir, davacı ikinci kere harç ödemek zorunda olmaz ve ilk davanın açılış tarihi dava tarihi olarak kabul edilir⁴⁰⁴. Bu durumda da yukarıda ilk örnekte verilen sonuç ortaya çıkacaktır. Dosyanın asliye ticaret mahkemesine

³⁹⁷ (PEKCANITEZ, Tartışmalar, 2019, s. 143).

³⁹⁸ (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 310).

³⁹⁹ Dava şartı arabuluculuk yolunda TTK'nın 5/A maddesinin 1. fıkrası uyarınca dava açılmadan önce arabuluculuk şartının yerine getirilmiş olması öngörülmüştür. Bu örnekte davanın görevsiz mahkemede açıldığı anda arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olması gerektiğinden bu şartın sonradan ikmali mümkün değildir. Y. 11. HD, T. 04.02.2021, E. 2020/1970 K. 2021/844, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.04.2021. Ayrıca dava şartı arabuluculuk uygulamasında zaman bakımından sınırların belirlenmesi konusunda bkz. İkinci Bölüm I. Konu B.2. "Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Zaman Bakımından Kapsamı".

⁴⁰⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, İstinaf, 2018, s. 334).

⁴⁰¹ (UMAR, 2014, s. 92), (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 149).

⁴⁰² (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 150).

⁴⁰³ (AKKAN, Usul, 2017, s. 251).

⁴⁰⁴ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 150).

ulaşması sonucunda asliye ticaret mahkemesi dava şartları yönünden davayı yeniden inceleyecektir. Asliye ticaret mahkemesi arabuluculuk yoluna başvurduğuna dair son tutanağı sunmak için HUAK'ın 18/A maddesinin 2. bendi uyarınca bir haftalık kesin süre verecektir. Hatta dosyadan dava tarihi itibarı ile arabuluculuk yoluna başvurulmadığı açık bir şekilde belli olması halinde dava şartı bulunmadığı için usulden dava reddedilecektir⁴⁰⁵. Bu karar kesinleşinceye kadar yeni bir dava açmak da mümkün olmayacaktır⁴⁰⁶. Kararın kesinleşmesi sonunda yeni bir dava açılabilir ancak reddedilen ilk dava hiç açılmamış sayılacağından davacının dava açmakla ulaşması gereken sonuçlar ilk dava yönünden hiç doğmamış olacaktır⁴⁰⁷.

Mahkemelerin iş yükü açısından bakılırsa iki ayrı istinaf süreci gören bir dosyanın kesinleşerek derdestlik oluşturmaması ve davacının yeni dava açarak hakkını arayabilmesi yıllar alabilecektir⁴⁰⁸. Bütün bu sürecin sonunda derdestliğe neden olan davanın açılmamış sayılacağına karar verileceğinden zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin kaçırılmış olması sonucu ortaya çıkabilecektir. Ancak şartları varsa TBK 158. maddesinde tanınan haktan yararlanarak altmış günlük ek süre içinde dava şartı arabuluculuk uygulamasını da yerine getirerek yeni bir dava açabilir⁴⁰⁹.

Bir başka ihtimalde, uyuşmazlığın ticari nitelikte olduğunu düşünerek önce adliye arabuluculuk bürosuna müracaat eden davacı daha sonra ticaret mahkemesinde dava açmış olabilir. Ticaret mahkemesinin kendisini görevsiz olarak kabul etmesi, bu kararın kesinleşmesi halinde taraflardan birisinin talebi halinde dava dosyası asliye hukuk mahkemesinin önüne gelecektir. Asliye hukuk mahkemesi kendisini görevli olarak görürse davaya bakmaya devam edilecektir⁴¹⁰. Bu halde de dava şartı kapsamında adliye

⁴⁰⁵ Bu durumda HMK'nın 138. maddesi ve HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrası benzer şekilde mahkemenin dosya üzerinden karar verebileceğini öngörmektedir.

⁴⁰⁶ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 142 vd.).

⁴⁰⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 145). AZAKLI ARSLAN, burada bir kanun boşluğu olduğunu ileri sürmüş ve bu boşluğun HMK'nın 20. maddesinin kıyasen uygulanması ile giderilebileceğini ileri sürmüştür. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 146,147). AKİL, bu durumda usulden reddedilse bile bir davanın açılmış olduğunu, davanın açılması ile temerrüt ve iyiniyetlin önlenmesi gibi sonuçların doğmuş olması gerektiğinin kabulünü ileri sürmüştür. (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 311). Bizim görüşümüz, kanunun davanın açılmamış sayılmasını öngördüğü durumların ve sonuçlarının yorumla daraltmanın veya genişletmenin mümkün olmadığı yönündedir. Çünkü HMK'nın 20. maddesi sınırlı olarak sadece görev ve yetki yönünden düzenleme içermektedir. HMK'da veya özel kanunlarda düzenlenen özel dava şartları konusunda HMK'nın 20. maddesinde hiçbir açıklık bulunmamaktadır.

⁴⁰⁸ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 150). Dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi kararı taraflar arasında dava konusuna ilişkin olarak kesin hüküm oluşturmaz. (KURU, Usul I. , 2020, s. 396).

⁴⁰⁹ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 1172), (AKKAN, Usul, 2017, s. 253), (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 151).

⁴¹⁰ İlk mahkemenin verdiği görevsizlik kararı üzerine dosyayı ele alan mahkeme, görevsizlik kararı kanun yoluna başvurmadan kesinleşmişse bu karar ile bağlı olmadığından HMK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasının ç bendi uyarınca görevsizlik kararı verebilecektir. İlk görevsizlik kararının kanun yoluna başvurulması

arabuluculuk bürosuna başvurulmuş olmasının asliye hukuk mahkemesince değerlendirmeye alınması söz konusu olamayacaktır. Yargılama giderlerinin hesabında arabuluculukta yapılan masrafın dikkate alınması söz konusu olmayacağından sarf edilen arabuluculuk giderlerinin kamu üzerinde kalması sonucu doğacaktır. Uyuşmazlığın çözümü için iki saatten fazla arabuluculuk mesaisi harcanmış olması halinde de bu durum dikkate alınmayacaktır⁴¹¹.

Son yıllarda, Avrupa Birliği başta olmak üzere arabuluculuğun hızlı gelişimi özellikle de dava şartı arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaşması mahkemelerin dava yükünün azaltılması, yargılama sürelerinin kısaltılmasına yönelik olarak ortaya çıkan tercihin sonucudur. Dava şartı arabuluculuk uygulamasından beklenen faydaları ile kaybına neden olabilecek haklar arasında önemli orantısızlıklar söz konusu olabilecektir⁴¹². Verilen örneklerde de görüldüğü gibi ülkemizdeki dava şartı arabuluculuk uygulamasının bazı hallerde dava sürelerini uzatacağı ve hak kayıplarına neden olacağı düşünülebilir⁴¹³.

Ticari davalarda arabuluculuğa başvurmak dava şartı olduğu için, mahkeme diğer dava şartları ile birlikte ve dava şartlarının araştırılmasına yönelik öncelik sırasına göre incelemelidir⁴¹⁴. Bu nedenle mahkeme inceleme yaparken ilk olarak davanın ticari bir dava olup olmadığını incelemelidir yani görev araştırması yapmalıdır. Devamında da, mahkeme tarafından TTK 5/A maddesi uyarınca davacının talebinin dava şartı olan ticari arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmalıdır⁴¹⁵.

Dava şartlarının eksikliğine rağmen dava açılmış olması halinde HMK'ya göre mahkeme öncelikle dava şartının sonradan tamamlanıp tamamlanmasının mümkün

üzerine kesinleşmiş olması halinde mahkeme görevsizlik kararı veremeyecek bu görevsizlik kararına uymak zorunda olacaktır. (AKKAN, Usul, 2017, s. 252).

⁴¹¹ İhtiyari arabuluculuk sürecinin ve dava şartı arabuluculuk sürecinin başladığı an dolayısıyla zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisi farklı usuli zaman kesitlerine tekabül eder. Bu nedenle mahkemenin uyuşmazlık konusunu dava şartı arabuluculuk kapsamında görmemesi halinde, davasının ticari dava olduğunu ve dava şartı arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olduğunu düşünen taraf için hak kayıpları söz konusu olabilecektir. Uyuşmazlığın dava şartı ve ticari uyuşmazlık kapsamında olduğunu düşünen taraf, adliye arabuluculuk bürosuna başvurması ile HUAK uyarınca zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durduğunu düşünebilir. Mahkemenin uyuşmazlığın ticari dava konusu olmadığı veya dava şartı kapsamında kalmadığı yönünde karar vermesi halinde davanın açılmasından önce gerçekleşen arabuluculuk sürecinin dava şartı arabuluculuk kapsamında gerçekleştiği kabul edilemeyeceği için sürelerin bu yeni duruma göre hesaplanması gerecektir. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 159,160)

⁴¹² (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 148), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 144).

⁴¹³ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 145).

⁴¹⁴ (KURU, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2018, s. 135).

⁴¹⁵ MEMİŞ, “Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesine Dair Bir Yöntem Önerisi” başlığı altında arabuluculuğa elverişlilik, çekişmeli yargı, ticari uyuşmazlık, dava konusu, tahkim veya başkaca bir AUÇY denenmesi imkânı olmaması hali olarak özetlenecek uygulamada pratik olarak kullanılabilecek bir şablon önerisi sunmuştur. (MEMİŞ, 2020, s. 57-69).

olmadığına bakacaktır⁴¹⁶. Dava şartının davacıya verilecek süre ile tamamlanması mümkün ise mahkeme eksikliği tamamlamak üzere davacıya kesin süre vermelidir⁴¹⁷. Dava şartı yokluğu, diğer taraf ileri sürmeden veya mahkeme dava şartı yokluğu nedeniyle karar vermeden önce, yargılama devam ederken yerine getirilirse bu aşamadan sonra dava şartı yokluğundan bahsedilemeyecektir⁴¹⁸. Dava şartı arabuluculuk ise sonradan tamamlanması mümkün olmayan bir dava şartıdır⁴¹⁹.

Dava şartı yokluğundan dolayı davanın usulden reddedilmesi halinde dava kesinleşinceye kadar derdest kalmaya devam edecektir. Davanın reddi kararı kesinleşmeden, davacı dava şartını yerine getirse bile aynı konuda açacağı dava yine başka bir şartı nedeniyle HMK'nın 114. maddesinin 1 bendi gereğince derdestlik nedeniyle dinlenilmeyecektir⁴²⁰. Dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine

⁴¹⁶ (MUŞUL, Medeni Usul Hukuku, 2012, s. 100).

⁴¹⁷ (ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, & HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 2018, s. 292). PEKCANITEZ'e göre bu durumda hâkim dava şartının tamamlanması için süre vermek zorundadır (PEKCANITEZ, Cilt II, 2017, s. 952).

⁴¹⁸ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 263).

⁴¹⁹ Yargıtay 11. HD, bir kararında, ilk derece mahkemesinin davacı vekilinin dava şartı eksikliği tamamlama talebinin reddi yönündeki kararını “Davacılar vekili, 04.11.2019 tarihli dilekçesi ile arabulucuya başvurulmadan dava açtıklarını, HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca arabulucuya başvurulması için taraflarına süre verilmesini talep etmiştir. İlk Derece Mahkemesince tensiben, zorunlu arabuluculuğun 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girdiği davacıların 04.11.2019 tarihli dava dilekçesi ile 04.11.2019 tarihli beyan dilekçesi içeriği itibarıyla arabulucuya başvurulmadan işbu davanın açıldığı anlaşılmakla bu haliyle zorunlu arabuluculuk prosedürü tamamlanmadan açılan işbu davanın TTK'nın 5/A ve 6325 sayılı Kanunu'nun 18/A-2 maddesi gereğince dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir.” gerekçesiyle usul ve yasaya uygun bularak onamıştır. Y. 11. HD, T. 04.02.2021, E. 2020/1970 K. 2021/844, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 22.04.2021. (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 309).

⁴²⁰ “Taraflar arasında görülen davada İstanbul 2. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 26.09.2019 tarih ve 2019/271 E. - 2019/393 K. sayılı kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, istinaf isteminin usulden reddine dair İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nce verilen 30.12.2019 tarih ve 2019/2805 E. - 2019/2879 K. sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla...”. Y. 11. HD, T. 09.12.2020, E. 2019/2805 K. 2020/933, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Belirtilen kararda ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesinin arabuluculuk dava şartının yerine getirilmemesi nedeniyle davanın reddine ilişkin kararları davalı tarafından hukuki bir menfaati bulunmamasına rağmen istinaf ve hatta temyiz incelemesine taşınmıştır. Ülke genelinde hukuk birliğinin sağlanması ve bölge adliye mahkemeleri daireleri tarafından verilen kesin nitelikteki kararlar arasında oluşabilecek çelişkilerin giderilmesi, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesi, 3. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca farklı bölge adliye mahkemelerinin hukuk daireleri arasında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi için Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesine başvurmak mümkündür. Bkz. Y. 23. HD, T. 04.12.2020, E. 2020/1943 K. 2020/4052, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 22.03.2021. Benzer şekilde bizim de katıldığımız bir kararında Yargıtay 11. HD tarafından, HMK'nın 362. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen görev ve yetkiye ilişkin kararların temyiz edilemez kararlar olduğu konusuna vurgu yapılmıştır. “HMK. 362/1-c maddesinde; yargı çevresi içinde bulunan İlk Derece Mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararların temyiz edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi'nin, ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararına karşı yapılan istinaf başvurusu hakkında verdiği kararın temyizi mümkün olmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.” Y. 11. HD, T. 29.12.2020, E. 2020/8262 K. 2020/6040, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.04.2021.

ilişkin kararın kesinleşmesi, taraflar arasında kesin hüküm oluşturmayacaktır, bu durum davanın usulden reddedilmiş olmasının en önemli sonuçlarından birisidir⁴²¹. Dava şartı yokluğu nedeniyle mahkeme tarafından davanın reddi üzerine davacı bu karar kesinleştiğinde dava şartı eksikliğini tamamlamak sureti ile dava açabilecektir.

Öğretide, davacı ve davalının dava ile ilgili olmayan gereksiz konularla mahkemeyi meşgul etmemesi, hâkimin tarafların iddialarını tam olarak anlayarak değerlendirmesi ve hukuki dinlenilme hakkının⁴²² teminatı olarak sürpriz karar yasağı kavramı ileri sürülmüştür⁴²³. Özellikle dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan uyuşmazlık konularının belirsizliği dikkate alındığında davacının kesin bir kanaatle açtığı davada hâkimin davayı farklı vasıflandırmasıyla reddetmesi sonucunda, dava şartı arabuluculuk nedeniyle adalete erişimin engellendiği hususunda tereddütler oluşturacağı kabul edilebilir. Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda HUAK 18/A maddesi 2. fıkrası uyarınca mahkeme başka hiçbir araştırma yapmadan dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verecek veya davacıya son tutanağı sunmak üzere bir hafta süre verecektir. Bu düzenleme öğretide, ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gereken dava bir şartı hakkında tarafları dinlemeden karar verilmesinin hukuki dinlenme hakkının ihlali niteliğinde olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir⁴²⁴. Bizim görüşümüze göre de taraflar dinlenmeden davacının talebi tartışılmadan dava şartı arabuluculuk yönünden karar verilmesi sürpriz karar verme yasağı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğindedir.

4. Dava Şartı Arabuluculuğun Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi

Dava şartları, temel haklardan olan hak arama hürriyetini kısıtlayan bir kavram olması nedeniyle ancak yasa ile düzenlenebilir⁴²⁵. Bu bağlamda TTK'ya eklenen 5/A maddesi ile konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebi olan ticari davalar yönünden dava şartının yerine gelmiş olması için “*dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması*” dava şartının yerine getirilmiş olması yeterlidir. Usul hukuku düzenlemesi olan kanunun lafzı ve dar yorumlanması konusundaki öğretideki görüşe katılmaktayız⁴²⁶. Bu çerçevede HUAK ve TTK'nın 5/A maddesinin lafzına bakıldığında,

⁴²¹ (PEKCANITEZ, Cilt I, 2017, s. 954).

⁴²² (TANRIVER S. , Adil Yargılanma, 2004, s. 207).

⁴²³ (PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 787), (KARASLAN, 2019, s. 278), (ÖZEKES M. , 2020), (EROĞLU, 2018, s. 88).

⁴²⁴ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 153), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 460,462).

⁴²⁵ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 149).

⁴²⁶ (PASLI, 2019, s. 19).

anlaşma, anlaşmama veya arabuluculuk sürecinin bitmesi yani arabuluculuk yolunun tüketilmesi değil, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yoluna başvurunun ve arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesinin yeterli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişsiz olduğu, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı gerekçesi veya başka bir gerekçeyle sonlanmış olsa bile geçerli ve şeklen bir dava şartı arabuluculuk başvurusu varsa arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz.

5. Dava Şartı Olan Arabuluculuk Açısından Bazı Özel Durumlar

a. Dava Şartı Arabuluculuk ve Davaların Yığılması

Aynı dava içinde birden fazla talebin birlikte istenmesi halinde bu taleplerden birisinin zorunlu arabuluculuk kapsamında kalması halinde dava şartı incelemesinde sorun oluşturabilecektir⁴²⁷. Sürelere etki yönünden ihtiyari arabuluculuk kapsamında kalan konular için zamanaşımı veya hak düşürücü etkinin değerlendirilmesi ile dava şartı arabuluculuk kapsamında olan konulara etkisi farklı değerlendirilecektir.

Davaların yığılması olarak nitelendirilen farklı dava konularının tek bir davada talep edilmesi durumunda dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı konusunda öğretide her bir dava konusu için aslında ayrı bir dava olduğu kabul edilmektedir⁴²⁸. Arabuluculuk dava şartı kapsamındaki davalar ile kapsam dışındaki davaların ayrı dava konusu olması nedeniyle tefrik edilmesi veya her bir dava için dava şartlarının ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşü öğretide isabetli olarak ileri sürülmüştür⁴²⁹.

Yargıtay davaların yığılması durumunda, dava konularından bir tanesinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmaması halinde birlikte açılan davalar için de arabuluculuk dava şartının aranmayacağına yönelik kararlar vermiştir⁴³⁰. Davaların

⁴²⁷ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 158).

⁴²⁸ (BULUT, 2017, s. 13,23).

⁴²⁹ (PASLI, 2019, s. 25), (YARDIM, 2019, s. 101), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 159).

⁴³⁰ Bir kararında Yargıtay 11. HD, “*Davanın konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde, yani HMK’nın 110. maddesi anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında da HMK’nın 166. maddesi anlamında bağlantı bulunması halinde, uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, Anayasamız uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında, aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların ticari arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir.*” şeklinde karar vermiştir. Y. 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2019/3611 K. 2020/4734, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021, Y. 11. HD, T. 10.02.2020, E. 2019/3048 K. 2020/1093, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021, Y. 11. HD, T. 10.06.2020, E. 2019/4851 K. 2020/2732, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

yığılması tamamen davacının ihtiyarında olan bir durumdur⁴³¹. Davaların yığılması durumunda talep sayısı kadar dava olduğundan kısmi karar verilmesi mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴³². Davaların yığılmasında, farklı yargılama ilkelerine tabi davalara yönelik, farklı tahkikat yapılması gerekmektedir⁴³³. Bu nedenle arabuluculuk dava şartı davaların yığılması halinde de mahkeme tarafından her bir dava için ayrı olarak araştırılmalıdır⁴³⁴.

b. Dava Şartı Arabuluculuk ve Davaların Birleşmesi

Davaların aynı veya benzer sebepten doğması veya davalardan birisi hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması nedeniyle birlikte hüküm kurulması gereken durumlarda HMK'nın 166. maddesi kapsamında davaların birleştirilmesi söz konusu olur⁴³⁵. Davaların birleşmesine yönelik olarak HMK'nın 166. maddesi uyarınca birleştirme kararını mahkemeler kendiliğinden veya talep üzerine verebilir. Ancak hali hazırda görülmekte olan davaların birleşmesi mümkündür⁴³⁶. Davaların birleşmesine karar verilmeden önce dilekçeler ve ön inceleme aşaması bitmiş olduğundan dava şartları yönünden hem genel olarak HMK'nın 114. maddesi, hem de HUAK'ın 18/A maddesi 2. fıkrası gereğince inceleme yapılmış olacaktır⁴³⁷. Bu nedenle HMK'nın 166. maddesi hükümlerinin dava şartı arabuluculuk uygulamasının birlikte değerlendirilmesi olasılığının olmadığını ileri sürmek mümkündür.

c. Dava Şartı Arabuluculuk ve Karşı Dava

Medeni usul hukuku açısından bir diğer konu da HMK'nın 132. maddesinde düzenlendiği şekli ile karşı davanın⁴³⁸ talep sonucunun ticari davalarda şartı arabuluculuk kapsamında kalması halidir⁴³⁹. Karşı dava medeni usul hukukunun temel ilkelerinden usul ekonomisinin ve çelişkili kararların önlenmesi amacının bir sonucudur⁴⁴⁰. Arabuluculuk sürecinin zaman aşımı ve hak düşürücü bütün süreleri durdurduğu kabul

⁴³¹ (PEKCANITEZ, Cilt II, 2017, s. 1093).

⁴³² (BAHADIR Z., 2018, s. 138).

⁴³³ (BULUT, 2017, s. 354).

⁴³⁴ (TANRIVER S., Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 320).

⁴³⁵ (BULUT, 2017, s. 161,162).

⁴³⁶ (ÖZEKES M., Cilt II, 2017, s. 1439), (BULUT, 2017, s. 165).

⁴³⁷ (BULUT, 2017, s. 166).

⁴³⁸ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 405 vd.).

⁴³⁹ (TOPRAKKAYA, 2021, s. 196).

⁴⁴⁰ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 171).

edildiğine göre karşı dava açma süresi de dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmakla durmalıdır⁴⁴¹, bu suretle arabuluculuk sürecinin sonunda karşı dava açmak mümkün olabilecektir. Uygulamada davacı, talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı için öncelikle arabuluculuk yoluna başvurmaktadır, karşı dava açmak isteyen taraf ise taleplerini bu süreçte ileri sürerek son tutanağa işlenmesini sağlamakta karşı dava için dava şartını bu şekilde yerine getirmektedir⁴⁴².

Öğretide bazı yazarlar, karşı dava açmak için dava şartı arabuluculuk için kanunda ön görülen sürenin yeterli olmadığını belirtmekte, HUAK'ın 18/A maddesine bu görüşlerini dayandırmaktadır⁴⁴³. Bizim görüşümüze göre ise HUAK'ta arabuluculuğun süreleri etkisi sadece 18/A maddesinde düzenlenmemiştir. HUAK'ın 16. maddesinin 2. fıkrası, ihtiyari veya dava şartı arabuluculuk yönünden bir ayırım yapmamıştır. Benzer şekilde, maddi hukuka yönelik veya usul hukukuna yönelik süre ayırımı yapmaksızın arabuluculuk uygulamasının başlamasından itibaren sürecin sonuna kadar zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin duracağını düzenlemiştir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk uygulamasında başvuran davalı arabuluculuk sürecinin bitmesinden sonra anlaşma olmaması halinde arabuluculuk son tutanağını dilekçesine ekleyerek karşı dava açabilmelidir. Ancak arabuluculuğun zaman aşımı ve hak düşürücü süreleri durdurma etkisi uyuşmazlık konusu ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır⁴⁴⁴. AZAKLI ASLAN, HUAK 16. ve 18/A maddelerinin ihtiyari ve dava şartı olarak farklı arabuluculuk türlerine yönelik ayrı düzenlemeler olduğunu ileri sürmüştür⁴⁴⁵.

IV. DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN ARABULUCULUĞA HÂKİM İLKELER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler Açısından Dava Şartı Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Arabuluculuğa hâkim ilkeler pek çok yazar tarafından farklı farklı nitelendirilmiş ve tasnif edilmiştir⁴⁴⁶. Bu ayrımları ve kıstaslarını tekrar değerlendirmek çalışma

⁴⁴¹ (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 315).

⁴⁴² (TOPRAKKAYA, 2021, s. 197).

⁴⁴³ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 325), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 173,174).

⁴⁴⁴ (DÜR, 2018, s. 336).

⁴⁴⁵ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 160), benzer görüş içi bkz. (TOPRAKKAYA, 2021, s. 196, 197).

⁴⁴⁶ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 600 vd.), (KEKEÇ, 2016, s. 57 vd.), (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 32 vd.), (DÜR, 2018, s. 249 vd.).

konusunun sınırlarını aşmak olacaktır. Bu kısımda arabuluculuğa hâkim ilkelerin öğretide ekseriyetle kabul görmüş tasnifini, dava şartı arabuluculukla bağlantılı olduğu ölçüde değerlendirmenin, dava şartı arabuluculuğun niteliklerini belirlemek açısından yararlı olacağı düşünülmüştür.

1. Gönüllü Olmak (Arabuluculuk Sürecinin İradi Olması)

Arabuluculuk kurumunun temeli, gönüllülük üzerine kuruludur⁴⁴⁷. Arabuluculuğun gönüllük esasının bertaraf edilmesi halinde söz konusu uygulamanın arabuluculuğun ruhuna uygun olmadığına dair öğretide görüşler mevcuttur⁴⁴⁸.

İhtiyari arabuluculuk yolu genellikle tarafların birlikte başlattığı bir yöntemdir. Bir tarafın başlattığı sürece diğer tarafın katılması veya katılmaması ihtiyari arabuluculuk yolunda daveti kabul etmeyen taraf açısından bir sorumluluk doğurmayacaktır.

Kanun koyucu veya idare arabuluculuğu teşvik etmek, tanıtmak ve özendirmek için bazı yöntemler geliştirebilir, fakat özellikle zorunluluk kavramının arabuluculukla birlikte anılmaması gerekir. Kanun koyucu da arabuluculuk ve zorunluluğun birlikte anılmaması için düzenlemelerde gerekli özeni göstermektedir. Örneğin 7036 sayılı İMK'nın Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen taslak metninde “zorunlu arabuluculuk” başlığı bulunmasına rağmen yasalaşma sırasında metin “dava şartı olarak arabuluculuk” şeklinde değiştirilmiştir⁴⁴⁹. Böylece zorunlu arabuluculuk kavramı ülkemizde yasa metni olarak kullanılmamaktadır.

İhtiyari olmanın veya gönüllülüğün karşıt anlamı zorunluluktur. Gönüllülük dışında başka nedenlerle tarafların arabuluculuk görüşmelerine sevk edilmesi, zorunlu arabuluculuk olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁰. Kanunlarla zorunluluğa pek çok müeyyide bağlanabilir⁴⁵¹. Bunlardan birkaç tanesi ülkemizde uygulandığı şekli ile dava şartı olarak arabulucuya başvurunun zorunlu tutulması veya sürece katılma yönünden yargılama giderleriyle bağlantılı zorlamalardır⁴⁵².

⁴⁴⁷ (KEKEÇ, 2016, s. 98).

⁴⁴⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 85 ve 126-134), (KARACABEY, 2016, s. 467), (ÇİÇEK, 2018, s. 55).

⁴⁴⁹ (OKUR, 2019, s. 16).

⁴⁵⁰ (ÇİÇEK, 2018, s. 56).

⁴⁵¹ (YILDIRIM N. D., 2020, s. 297).

⁴⁵² (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 128).

Günümüzde çoğunlukta olan görüşe göre, arabuluculuğa başvurmak zorunlu olsa bile tarafları anlaşmaya zorlamak söz konusu olmadığı için arabuluculukta gönüllülük ilkesinin korunduğu öğretide ileri sürülmektedir⁴⁵³.

Aralarında hiçbir bağlantı olmayan ve arabuluculuk yoluyla çözüm arayışı niyetinde bulunmayan tarafları arabuluculuk yolu ile anlaştırmaya çalışmak arabuluculuğa hâkim ilkeler açısından tartışmalıdır. Arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı olarak kabul edildiği halde HMK'nın 114. maddesinde sayılan diğer dava şartlarının yokluğundan ortaya çıkan sonuçlar itibarı ile arabuluculuk dava şartı, diğer dava şartlarından ayrılmıştır⁴⁵⁴. Ayrıca zorunluluğa bağlanan müeyyidelerin de oranlı olduğundan söz etmek mümkün değildir.

2. Gizlilik

Arabuluculuk uygulamasının temel ilkelerinden biri gizlilik⁴⁵⁵. Uyuşmazlıklarını çözmeyi amaçlayan tarafların sağlıklı iletişim kurabilmesinin ön şartı iletişim kanallarının açık olmasıdır. Arabulucunun en önemli görevi özel teknikler kullanarak tarafların iletişimini sağlamasıdır⁴⁵⁶. Taraflar kendilerini güvende hissettiklerinde iletişime geçmeye açık olacaklar ve arabuluculuk sürecinin olumlu sonuçlanması bu oranda mümkün olacaktır⁴⁵⁷. İhtiyari arabuluculuk faaliyetinde gizlilik mutlak olarak kabul edilmemektedir⁴⁵⁸. Dava şartı olan zorunlu arabuluculukta ise mutlak gizlilikten bahsetmek hiçbir şekilde mümkün olamayacaktır. Örneğin, dava şartı arabuluculuğun gizlilik yönünden ihtiyari arabuluculuktan ayrıldığı önemli noktalar vardır. HUAK'ın 4. ve 5. maddeleri ile HUAKY'nin 6. ve 7. maddeleri ile düzenlenen gizlilik kuralları ile beyan ve belgelerin kullanılması yasağı tarafların aksini kararlaştırmaması şartına bağlanmıştır. Oysa dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında tarafların mahkemeye sunmak zorunda oldukları son tutanakta arabuluculuk yoluna

⁴⁵³ (DÜR, 2018, s. 258), (OKUR, 2019, s. 27), (YAKICI, 2019, s. 43), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 128), (İKİZOĞLU AKIN, 2017, s. 135), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 20), (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 873).

⁴⁵⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 134).

⁴⁵⁵ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 34), (ERGİNER, 2017, s. 77), (ODAMAN, 2017, s. 1765), Ticari sır kavramının rekabet kadar eski olduğu, bilinen en eski ticari sır düzenlemesinin Hammurabi Kanunlarında bulunduğu belirtilmiştir. (SULU, 2020, s. 5).

⁴⁵⁶ (OKUR, 2019, s. 29).

⁴⁵⁷ (ERGİNER, 2017, s. 80).

⁴⁵⁸ YAZICI TIKTIK, ihtiyari arabuluculukta gizliliğin mutlak olmadığını belirtmiştir. Yazara göre gizlilik, tarafların rızası, arabuluculuk anlaşmasının icrası ve suçü bildirme yükümlülüğü çerçevesinde ortadan kalkabilir. (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 58-72).

başvurulan konulara değinmek zorunda kalacaklardır. Yetki itirazı olması halinde ise taraflar itirazın değerlendirmesi için sulh hukuk mahkemesine aralarındaki ilişkiye yönelik belgeleri sunmak zorunda kalabileceklerdir.

Yasa ile düzenlenmemiş olsa bile sürece katılanlarla cezai şart veya tazminat yükümlülüğü kapsayan gizlilik anlaşması, delil sözleşmesi yapılabilir veya arabuluculuk sözleşmesine eklenecek bir şart ile gizliliğin ayrıca korunması mümkün kılınabilir⁴⁵⁹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, gizliliğin yasa yolu ile korunması hatta HUAK 33. maddesinde olduğu gibi cezai müeyyideyle desteklenmesini sağlanabilir.

Gizlilik ilkesinin sağlanmasındaki en önemli araç delil yasakları kavramıdır. Gizlilik konusu HUAK 4. maddede düzenlenirken, HUAK 5. maddesinde delil yasakları ile ilgili olarak kapsamlı düzenlemeler mevcuttur⁴⁶⁰.

Gizliliğin düzenlendiği HUAK'ın 4. maddesinin iki fıkrası da “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesiyle başlamaktadır. Beyan ve belgelerin kullanılmaması HUAK'ın 5. maddesinin 1. fıkrası ise “*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz*” şeklinde başlamaktadır. Arabuluculuk anlaşmalar ve istisnalar uygulamasıdır. HUAK'ın 5. maddesinin 3. fıkrasında “*Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.*” şeklinde beyan ve belgelerin hangi hallerde kullanılabileceği belirtilmiştir⁴⁶¹. Gizliliği düzenleyen HUAK'ın 4. maddesi ile beyan ve belgelerin kullanılmasını düzenleyen HUAK'ın 5. maddesinin birbiriyle çelişmesi mümkün olmadığına göre taraflar arabuluculuk sürecinde gizliliği istedikleri gibi şekillendirebilmelidir⁴⁶².

Arabuluculuk, uyuşmazlık çözümü açısından gizlilik gerektiren bir kurumdur. Sürece katılanların tam olarak gizlilik ilkesine uyması beklenir⁴⁶³. Özellikle ihtiyari arabuluculuk sürecini tarafların tercih etmesindeki etkenlerden birisi gizlilik⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 253 vd.), (ERTÜRK, 2019, s. 148-149), (BÜYÜKALP SARIOĞ, 2020, s. 442).

⁴⁶⁰ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 247).

⁴⁶¹ (BÜYÜKALP SARIOĞ, 2020, s. 442,443).

⁴⁶² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, HUAK'ın 4. ve 5. maddeleri arasındaki ilişkiden bahsetmeksizin HUAK'ın 5. maddesi 3. fıkrasında düzenlenen istisnanın dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 138-141).

⁴⁶³ (BÜYÜKALP SARIOĞ, 2020, s. 439,466).

⁴⁶⁴ (DÜR, 2018, s. 17).

Taraflar arabuluculuk yoluna başvuru isteklerinin zayıflık olarak mahkeme veya hakemlere sunulmasını istemezler. Taraflar, görüşmeler sırasında yaptıkları beyanlarının veya sundukları belgelerin anlaşma sağlanamaması halinde açılacak bir davada aleyhlerine kullanılmasını doğal olarak istemeyeceklerdir⁴⁶⁵. Bu nedenle, tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılma bilgisi bir yana HUAK'ın 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca arabuluculuk süreci hiç başlamamış olsa dahi sürece katılma isteği bile açıklanamaz.

Arabuluculukta gizlilik konu bakımından; tarafların gizliliği, konunun gizliliği, müzakerenin gizliliği ve sonucun yani arabuluculuk anlaşma belgesinin gizliliği şeklinde tasnif edilebilir⁴⁶⁶. Uygulamanın tarafları açısından gizliliğe uymak zorunda olanlar yani sürecin süjeleri yönünden bir tasnif yapılırsa da arabulucu ve taraflar uygulamanın doğası gereği gizliliğe mutlak olarak uymak zorundadır. Bunun yanında 12.10.2017 tarih, 7036 sayılı kanunun 18. maddesi ile HUAK'ın 4. maddesine eklenen 2. fıkra ile görüşmelere katılanlar da gizlilik yükümlülüğü altına sokulmuştur⁴⁶⁷.

Gizliliğin ihlaline yönelik olarak “görüşmelere katılan diğer kişiler” tanımlaması bu başlık altında ve yetki itirazına yönelik tartışmalar altında ayrıca incelenecektir⁴⁶⁸. Sadece taraflar arasında yürütülen ve arabulucunun yönettiği müzakere oturumları değil, arabulucunun ofisinde bulunan toplantı odasının dışı da gizlilik ve delil yasakları ile korunmuştur.

Öncelikle gerek TTK m. 5/A ve İMK'nın 3. maddesi gerekse HUAK'ın 18/A maddesi uyarınca dava şartı arabuluculuk sonunda uyuşmazlığın çözülmemesi ve dava açılması halinde son tutanağın aslının veya onaylı örneğinin mahkemeye verilmesini

⁴⁶⁵ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 135).

⁴⁶⁶ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 135 vd.). Ticari sırrın unsurları; bilginin ticari nitelikte olması, bilgiyi gizli tutma iradesi, sır sahibinin menfaati, sırrın ekonomik değere sahip olması şeklinde tasnif edilmiştir. (SULU, 2020, s. 14 vd.).

⁴⁶⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 57-58). YAZICI TIKTIK, arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde açılacak bir davada tarafların tanık olarak dinlenemeyeceğini belirtmiştir. (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 243). Yazar, arabuluculuk uygulamasının taraflarının tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişi temsilcilerinin taraf sıfatı ile istievap edilmemiş olmaları ve kanundan kaynaklanan tanıklıktan çekilme haklarının bulunmaması halinde tanık olarak dinlenmelerinin mümkün olduğuna değinmiştir. (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 244). Arabuluculuk uygulamasında tarafların avukatla temsil edilmeleri halinde avukatların ve arabulucunun tanıklığı aşağıda, bu konunun altında B. 6 “Sır Saklama” başlığında incelenmiştir.

⁴⁶⁸ İhtiyari arabuluculuktan farklı olarak dava şartı arabuluculukta taraflar arasında yetki konusunda ihtilaf çıkması halinde arabulucu elinde bulunan dosyayı bütün halinde adliye arabuluculuk bürosuna tevdi edilecektir. Adliye arabuluculuk bürosu dosyayı yine küll halinde bağlı bulunduğu sulh hukuk mahkemesine tevziye sunacaktır. Sulh hukuk mahkemesinde dosya esasa kaydedilecektir. Dosya üzerinde gizlilik perdesi böylece kalkacaktır. Bu nedenlerle dava şartı olarak arabuluculuk sürecinde arabuluculuğun en önemli unsurlarından gizlilik ilkesinin mutlak olmadığını kabul etmek gereklidir. Bkz. Üçüncü Bölüm II. Konu C. “Dava Şartı Arabuluculuk ve Yer İtibariyle Yetki”.

öngörmektedir⁴⁶⁹. Gizlilik perdesi sayılan bu belgeler açısından kalkmıştır, taraflar arasında ihtiyari arabuluculuk ilişkisi söz konusu olması halinde son tutanağın düzenlenmesi bile söz konusu olmayabilir⁴⁷⁰.

İhtiyari arabuluculuk yolunda olduğu gibi dava şartı arabuluculuk süreci yönünden HUAK'ın beyan veya belgelerin kullanılamaması başlıklı 5. maddesi ile kısmen koruma sağlamaya devam etmektedir. HUAK'ın 5. maddesi ile getirilen gizlilik koruması sadece uyuşmazlık dışı üçüncü kişilerin bazı gizli bilgilere ulaşmasını önlemek için değil, yayılmış olsa bile belgelerin delil olarak kullanılmasının önlenmesine yöneliktir⁴⁷¹. Gizlilik, bilgi ve belge kullanma yasağı, arabuluculuk faaliyetinin süresi ve konusu ile sınırlıdır⁴⁷².

Arbuluculuk faaliyetinde gizliliğin pek çok fonksiyonu vardır. Gizliliğin sağlanması ile birlikte tarafların süreç içindeki davranışlarının daha rahat olacağı beklenmektedir. Rahat davranmak ise sürecin olumlu sonuçlanmasına katkıda bulunacaktır. Bu nedenle gizlilik sadece müzakere sürecini değil bütün bir arabuluculuk sürecini ilgilendirir. Hatta ülkemizdeki arabuluculuk sisteminin gizlilik üzerine kurulduğunu da söyleyebiliriz⁴⁷³.

⁴⁶⁹ (GÜLLÜOĞLU ALTUN, 2020, s. 247).

⁴⁷⁰Yasal dayanağını HUAK'ın 5. maddesinin 3. fıkrasından alan arabuluculuk sürecinde üretilmiş belgelerin “Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.” hükmü nedeniyle ihtiyari arabuluculuk uygulaması sonunda dış dünyaya hiçbir bilginin yansımaması mümkün olabilir. Dava şartı olan arabuluculuk süreci içinde üretilmiş bir belge olarak son tutanak kanun hükmü tarafından emredildiği için dava dilekçesine eklenmek zorundadır. İhtiyari arabuluculuk yolunda da son tutanak ADB'ye gönderilmelidir. Ancak arabulucu taraflarca görevlendirildiği, dava açmak için son tutanağa ihtiyaç duyulmayacağı için son tutanağın ADB'ye gönderilmemesine sürecin geçerliliği bakımından sonuç bağlanmamıştır.

⁴⁷¹Arbuluculuk süreci ile bağlantılı olmayan veya taraflar arasında arabuluculuk süreci dışında kalan belgelerin gizlilik kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler, sunulan beyan ve teklifler dava veya tahkim sürecinde kullanılamayacaktır (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 57,58, 212). Gizlilik kapsamında kalan belgeler mahkemeye sunulmuş olsa bile hükmüne esas alınmayacaklardır. Burada HUAK'ın öngördüğü özel bir delil yasağı mevcuttur. Arabuluculuk ile sulh görüşmesi arasında bu aşamada benzerlikler söz konusudur. Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar ve beyanlar HMK'nın 188. maddesinin 3. fıkrası gereğince tarafları bağlamayacaktır. (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2820). Elbette HUAK kapsamında gizliliğin korunmasına yönelik tedbirler sulh görüşmelerine sağlanan korumadan kapsamlı ve etkindir.

⁴⁷² (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 57).

⁴⁷³ (SULU, 2020, s. 92). HUAK'ın maddesi 4 Hükümet Gerekçesi; “Arabuluculuk konusunda gözetilmesi gereken ilkelerden biri de gizliliğidir. Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada, özellikle duruşmaların aleni olması, temelini Anayasada bulan bir kuraldır, gizlilik istisnadır. Gizlilik, bazen tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözümüne yoluna başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Önemli ticari ilişkileri olan iki tarafın, yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki birtakım hususların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Karşılıklı suçlamalarla yürütülen bir yargılamadan sonra, tarafların tekrar eski ilişkilerini sürdürmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, gizli ve sadece taraflar

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında, başvurunun HUAKY'nin 23. maddesinin 4. fıkrası gereğince adliye arabuluculuk bürosuna yapılan başvuru sırasında uyuşmazlık konusunu ve uyuşmazlık konusuna ilişkin hususları açıklaması istenmektedir⁴⁷⁴. Böylelikle başvuru konusu hakkında gizlilik perdesi kalkmış olmaktadır. Ayrıca, bu açıklama zorunluluğu nedeniyle, başvuru taraf başvurusu sırasında azami dikkat ve tedbir göstermek suretiyle uyuşmazlık konularını vasıflandırmak zorunda kalacaktır⁴⁷⁵.

Görülmekte olan bir davada, taraflar arasında geçmişte yapılmış arabuluculuk uygulaması ile bağlantılı beyan ve belgelerinin kendi aleyhine kullanıldığını düşünen taraf gizlilik ihlali yapıldığını ileri sürüyorsa, gerekçe ve delilleri ile birlikte bu durumu mahkemeye sunmalıdır⁴⁷⁶.

HUAKY'nin 6. maddesinde gizlilikle ilgili olarak özel düzenlemeler mevcuttur. Arabulucunun yanında çalışanlar, stajyerler, arabulucunun denetim ve gözetimi altında çalışan kişiler de gizliliği korumakla ödevlendirilmiştir. Disiplin yaptırımı olarak, HUAKY'nin 6. maddesinin 4. fıkrası gizliliği ihlal eden arabulucunun sicilinden silinmesine karar verilebileceği belirtilmiştir.

Gizliliğe uymamanın cezai yaptırımı ise gizliliğin ihlali başlıklı HUAK'ın 33. maddesinde düzenlenmiştir, buna göre gizliliğin ihlaline yönelik olarak sadece HUAK'ın 4. maddesi hükümlerine uymamak suç olarak öngörülmüştür.

Gizlilik bu başlık altında belirttiğimiz üzere genellikle arabuluculuğun tercih nedenleri arasında ve arabuluculuğun olumlu bir yönü olarak belirtilmektedir. Bununla birlikte toplumsal bakış açısıyla değerlendirme yapılırsa arabuluculukta elde edilen anlaşma gizlidir, benzer uyuşmazlıklar için emsal teşkil etmez, taraflar arasındaki barışı sağlamaktan öteye geçemez ve doğrudan toplumsal fayda teşkil etmemektedir gibi gizliliğin olumsuz yönleri de öğretilmiş ileri sürülmüştür⁴⁷⁷.

arasında kalan bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranması, birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaları mümkün olacaktır. Bu ise, çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağı gibi, duygusal tepkiler yerine, tarafların kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılacak, bundan sonra da ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır. Gizlilik, tarafların kendi aralarında söz konusu olduğu gibi, arabulucu bakımından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Ancak, her iki yönüyle de gizlilik, tarafların iradelerine bağlıdır” şeklinde.

⁴⁷⁴ (YARDIM, 2019, s. 104).

⁴⁷⁵ YARDIM, uygulamada HUAKY'nin 23. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, dava şartı arabuluculuğun bir sonucu olarak adliye arabuluculuk bürosu tarafından müracaatçıya yaptırılan açıklamaları yetersiz bulmaktadır. (YARDIM, 2019, s. 105). Başvuruda için gereken açıklamalara HUAK'ın bir anlam yüklemeye, yapılacak açıklamanın taraf ve süreç yönünden bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle bu görüşe katılmıyoruz.

⁴⁷⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 141).

⁴⁷⁷ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 872).

3. Eşitlik

Arabuluculuğa hâkim ana ilkelerden bir diğeri eşitlik ilkesidir. Eşitlik arabuluculuk sürecinde mutlak olarak uygulanmalıdır. Arabuluculuk müzakereleri ancak eşit taraflar arasında yürütebilir⁴⁷⁸. Devlet yargısında bazen eşitlik adaleti engelleyen unsur olarak ortaya çıkabilir⁴⁷⁹. Eşitliğin sağlanması için arabulucunun bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir⁴⁸⁰.

Arabulucunun bağımsızlığı sadece uyuşmazlığın taraflarından değil uyuşmazlık dışı üçüncü kişilerden de emir ve tavsiye almamayı, etki altında olmamayı ifade eder⁴⁸¹. Oysa dava şartı arabuluculuk yolunda arabulucunun ücretini idareden alması, idarenin sıkı denetimi altında olması, idare tarafından atanması gibi nedenler bağımsızlığı etkilemektedir. Bu durum arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleminin önünde engel teşkil edebilir. İhtiyari arabuluculuk sürecinde arabulucunun yetkisini taraflardan alması ile eşitlik ilkesi ön plana çıkmaktadır⁴⁸².

Arabulucuya yüklenen ödevlerden birisi de HUAK'ın 9. maddesinin 3. fıkrası ve HUAKY'nin 11. maddesinin 4. fıkrası uyarınca taraflar arasındaki eşitliği gözetmektir. Yönetmelik, eşitliğin tesisi ile ilgili olarak arabulucunun aktif rol oynamasını öngörmüştür⁴⁸³. Bu nedenle arabulucu eşitliği gözetirken sadece pasif kalarak eşitliğin bozulmasına neden olmamak değil aynı zamanda aktif eylemlerle eşitliğin korunmasına da katkı sağlamalıdır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, dava şartı olması nedeniyle taraflardan birisinin başvurduğu arabuluculuk bürosunun yetkisine diğer tarafın itiraz etmesi mümkündür. Bu halde yasa arabulucuya dosyayı derhal bütün ekleri ile birlikte ilgili arabuluculuk bürosuna teslim etmek dışında bir görev vermemektedir. Tarafın bilgi edinme hakkı kapsamında kendisi ile yapılan hukuki işlemleri bilmesi en doğal hakkıdır⁴⁸⁴. Ayrıca

⁴⁷⁸ TANRIVER, taraflar arasındaki mevcut eşitsizliklerin AUÇY yönünden olumsuz etkilerine ve tarafların çözüm sonucu ile tatmin edilmesine yönelik olumsuz etkilerinden bahsetmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 235).

⁴⁷⁹ Örneğin, iş yargılamasına hâkim ilkeler açısından bakıldığında, eşitlik değil adaleti sağlama kaygısının ağır bastığı uyuşmazlığın tarafları arasında eşitlik olmadığı için, uyuşmazlığın güçsüz olan tarafını koruma eğiliminin öne çıktığı ileri sürülmüştür. (KAR, 2013, s. 870, 879-882). Arabulucunun uygulama içinde güçsüz olan tarafı koruma gibi bir ödevi bulunmamaktadır. Arabulucu taraflar arasında sürecin sonucuna etki edecek ölçüde eşitliğin bozulduğunu anlaması halinde, tarafları yardım alabilecekleri konusunda uyabilir veya arabuluculuk sürecini sonlandırabilir. Bu konu aşağıda Üçüncü Bölüm IV. Konu A. 2. h. "Taraflar Arasında Belirgin Güç Farklılığı Bulunması" başlığı altında ele alınmıştır.

⁴⁸⁰ (DÜR, 2018, s. 262).

⁴⁸¹ (YILMAZ E. , Tasarı Değerlendirmesi, 2012, s. 1293).

⁴⁸² (KEKEÇ, 2016, s. 77).

⁴⁸³ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 58).

⁴⁸⁴ (PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 770,774).

arabulucunun, tarafları süreçle ilgili aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün yanında, taraflara eşit davranma ve eşitliği gözetme yükümlülüğü ile bağlantılı olarak başvurucuya dosyanın yetki itirazına uğradığı konusunda bilgi verme görevi olmalıdır. Yetki itirazı incelemesi sırasında sulh hukuk mahkemesi tarafından bu bildirimin yapılmayacak olması, tarafın haberdar olamamasını gerektirmeyecektir. Hakkında karar verilecek tarafın bilgisi dışında sürecin gerçekleşmesi hukuki dinlenilme hakkının da ihlali sonucunu doğurur⁴⁸⁵.

Bir başka örnek de arabulucunun görüşmeler esnasında taraflar arasında açık bir şekilde güç dengesizliği olduğunu fark etmesi halinde arabulucunun görüşmelere ara vermesi, taraflardan zayıf olana hukuki yardım almasını tavsiye etmesi, hatta bütün önlemlere rağmen müzakerelerde eşitsizliğin açık bir şekilde devam etmesi halinde arabuluculuk sürecini sonlandırmasıdır⁴⁸⁶. Güç dengesizliği dışında taraflardan birinin fiil ehliyeti olmadığının farkına varan arabulucu görüşmeleri sonlandırmakla kalmamalı TMK'nın 405. maddesi 2. fıkrası gereğince durumu derhal yetkili vesayet makamına bildirmelidir⁴⁸⁷.

Zorunlu arabuluculuk uygulamalarında eşitlik kavramının farklı görünüşleri ortaya çıkabilmektedir. Taraflarından birisinin maddi gücü, bilinç düzeyi, iş bilgisi birikimi veya hukuki yardıma erişiminin diğer taraf için baskı aracı olarak kullanması ile eşitliğin bozulması mümkündür⁴⁸⁸. Bunun yanında arabuluculuk yolu kullanılarak, bilinç düzeyi düşük olan tarafın elinde bulunan bilgilerin ve delillerin ileride açılacak davaya yönelik olarak öğrenilmeye çalışılması şeklinde de eşitlik bozulabilir⁴⁸⁹.

Güçlü olan tarafın sürekli aynı arabulucu ile çalışıyor olması da menfaat ilişkisi olarak nitelendirilmelidir⁴⁹⁰, bu durum eşitliği bozabilecek nedenlerden olarak ileri sürülmüştür⁴⁹¹. Özellikle seri nitelikli iş uyuşmazlıklarında veya tüketici uyuşmazlıklarında rastlanması mümkün olan bu gibi durumların önüne geçmek için uyuşmazlığa atanacak arabuluculara kota uygulanması zorunlu arabuluculuk uygulamaları için olumlu olabilecektir. Ancak uzman arabuluculuk uygulamasının tüm

⁴⁸⁵ (TANRIVER S. , Adil Yargılanma, 2004, s. 27).

⁴⁸⁶ (OKUR, 2019, s. 53).

⁴⁸⁷ (ATICI, 2021, s. 116).

⁴⁸⁸ ALBAYRAK, zorunlu arabuluculuk uygulamasında Türkiye Arabulucular Etik Kurallarında düzenlenen eşitlik ilkesinin yeniden ele alınmasına yönelik görüşlerini; tarafların arabuluculuk sürecinde zorunlu olarak dâhil olmaları, zorunlu arabuluculuk uygulaması ile birlikte değerlendirici arabuluculuk modelinin uygulamaya hâkim olması, anlaşma konularında dava açma yasağı, iş yargılamasına hâkim olan zayıf olan işçiyi koruma ilkesine dayanarak ileri sürmüştür. (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 17-23).

⁴⁸⁹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 58), (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 272).

⁴⁹⁰ (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 273).

⁴⁹¹ (KEKEÇ, 2016, s. 68).

alanlara yaygınlaşması ve arabulucuların sadece belirli uzmanlık konularında atanacak olmaları benzer taraflarla sürekli çalışan arabulucu grupları oluşturabilecektir.

İhtiyari arabuluculuk kurumu tam anlamıyla eşitlik üzerine kurulmuştur. Görüşmelerde taraflara eşit oturma imkânı sunulması, taraflara ayrılan sürelerle dikkat edilmesi gibi aktif davranışlar yanında arabulucunun, tarafları tutum ve düşüncelerinden dolayı yargılamaması gibi pasif⁴⁹² olarak tarafsızlığını sergilemesi ve eşitliğe dikkat çekmesi son derece önemlidir⁴⁹³. Bu nedenle ihtiyari arabuluculuk uygulamasına başvurmak, arabulucunun seçimi, arabuluculuk müzakereleri ve arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi konularında tam bir eşitlik söz konusu olmalıdır.

Arbuluculuk süreci içinde arabulucunun yokluğunda tarafların görüşmesinde engel bir durum bulunmamaktadır ancak arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği bozacak davranışlardan fayda temin etmesinin önüne geçilmelidir⁴⁹⁴. Tarafların sürecin dışına çıkarak birbirlerine baskı uyguladığı, etkilemeye çalıştığı veya eşitliği bozucu hareketlerde bulunduğu anlaşıldığı takdirde arabulucu tarafları uyarmalı veya arabuluculuk sürecini gerekirse sona erdirmelidir.

4. Tarafların Egemenliği

Arbuluculuk dava şartı olarak dahi olsa sürecin neredeyse tamamı uyuşmazlığın taraflarının egemenliğinde cereyan eder. Bütün diğer AUÇY'lerde olduğu gibi üçüncü bir kişinin taraflar adına uyuşmazlığı sona erdirecek nihai kararı vermemesi tarafların egemenliği ilkesi ile bağlantılıdır⁴⁹⁵. Bu bakımdan arabuluculukta iradi olma ilkesi ile tarafların egemenliği ilkesi arasında yakın ilişki bulunmaktadır.

Bununla birlikte HUAK'a göre arabuluculuk süreci arabulucu tarafından yönetilecektir⁴⁹⁶. Buradan anlaşılan ise müzakere disiplinin sağlanmasıdır. İzlenecek arabuluculuk yöntemi nasıl olursa olsun müzakere günlerinin tayinin edilmesinde ve tarafların müzakerelerde söz alma sıralarının belirlenmesinde arabulucu taraflara da danışarak süreci yönetmelidir. Taraflar arasında uzlaşma sağlanamaması halinde süreci

⁴⁹² ÖZMUMCU, arabulucunun taraflar arasındaki ilişkiye pasif davranışlarla müdahale etmeme durumunu geniş anlamda tarafsızlık, menfaat çatışmasından uzak durulmasını ise dar anlamda tarafsızlık olarak nitelemiştir. (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 266).

⁴⁹³ (OKUR, 2019, s. 25 vd.).

⁴⁹⁴ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1243), (YAKICI, 2019, s. 44).

⁴⁹⁵ (YAKICI, 2019, s. 68).

⁴⁹⁶ (OKUR, 2019, s. 45 vd.).

devam ettirecek en uygun kararı arabulucu verecektir. Arabulucu sadece gerekliliğine inanması halinde süreci sonlandırma yetkisine de sahiptir⁴⁹⁷.

Öğretide arabulucu, “*yöntemin başkanı*” olarak tanımlanmıştır⁴⁹⁸. Dava şartı arabuluculuk uygulamalarında müzakere günlerinin tayini gibi taraflar arasında çıkan tali sorunlarda arabulucuların baskın olarak rol oynadığı görülmektedir. Müzakerelerin hemen bitmemesi, farklı çözüm yollarının denenmesi veya zorlanması adına tarafların hemen anlaşamadıklarına dair son tutanağın tutulmasının özellikle geciktirildiği uygulamanın içinde olanlar tarafından bilinen bir gerçektir.

B. Arabulucuya İlişkin Temel İlkeler Açısından Dava Şartı Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

1. Tarafsızlık İlkesi

Tarafsızlık arabulucunun uygulama süreci boyunca taşıması gereken en önemli sıfatı ve görevinin ayrılmaz bir parçasıdır⁴⁹⁹. Arabulucunun uygulayacağı yöntemlerin sağlıklı işleyebilmesi için tarafsızlık uygulamanın zorunlu bir parçasıdır. Arabulucunun tarafsızlığı her türlü söz ve hareketine yansımalıdır. Ancak arabulucunun tarafsızlığı ilkesi hâkimin tarafsızlığı⁵⁰⁰ veya hakemin tarafsızlığı⁵⁰¹ ilkesi gibi katı uygulanmamaktadır⁵⁰².

Hâkimin tarafsızlığına yönelik uygulamalar yüzyıllardan beri gelen yargı geleneğinin bir sonucudur. Yargılamada, doğal hâkim ilkesi gereği tarafların hâkimi seçmeleri söz konusu değildir⁵⁰³. Yargı ve tahkimde, bir tarafın lehine olduğunu düşündüğü mahkemeyi veya uygulanacak hukuku diğerine dayatması olarak ifade edilebilecek “forum shopping” mümkün olduğu kadar engellenmeye çalışılmaktadır. Hâkimler rotasyona tabidir, sık yer değiştirirler. Oysa rotasyona tabi olmadığı için bir yerde yerleşik olan, çoğunlukla avukatlık yapan arabulucunun zaman içinde farklı kişilerle ilişki içinde olması mümkündür. Arabulucu bunun yanında siyasi parti üyesi ve

⁴⁹⁷ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1242).

⁴⁹⁸ (KEKEÇ, 2016, s. 104).

⁴⁹⁹ (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 263).

⁵⁰⁰ (KEKEÇ, 2016, s. 61 vd.).

⁵⁰¹ (TOSUN, 2013, s. 93-104).

⁵⁰² (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 50,51), (DÜR, 2018, s. 433).

⁵⁰³ HUMK yürürlük süreci içinde pek çok kez değiştirilmek istenmiş ve bu yönde HMK’nın ihdasına kadar sonuçsuz kalan tasarılar hazırlanmıştır. Bunlardan 1948 tasarısı olarak bilinen tasarının önemli bir yönü, tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında görev anlaşması yapmalarına olanak tanınmasıdır. (ERCAN ÖZLER, 2019, s. 47).

yöneticisi olabileceği gibi, dernek ve vakıf yöneticisi de olabilir. Arabulucunun siyasi görüşünü gizleme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta hâkimin kişiliğinin aksine bazen arabulucunun dünya görüşü veya inancı taraflar için arabulucunun seçilmesinde etkili bir neden de olabilir.

Arabulucu, bir karar verici değildir⁵⁰⁴. Yargı yetkisi kullanmaz, taraflara talimat ve emir veremez. Bu nedenle arabulucu, tarafsızlığını bozacak bir durumu taraflara bildirir ve tarafların onay vermeleri halinde sürecin devamı sağlanır⁵⁰⁵. Bu durum, sürecin uzamaması yönünden tarafların menfaatine olacaktır⁵⁰⁶. Örneğin tarafların anlaşmayacağına açık bir şekilde belli olmasına rağmen arabulucunun çekilme süreciyle tekrar başa dönülmesinin taraflara bir fayda sağlamayacağı ortadadır.

Özellikle küçük yerleşim yerlerinde kişilerin etnik, sosyal, siyasi, ekonomik veya adli nedenlerle sık karşı karşıya gelmesi neticesinde mutlak tarafsızlık aranmasının arabulucunun süreçteki işlevi ile orantılı olmayacağını söylemek mümkündür.

Dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuğu ayıran önemli bir konu da arabulucunun seçimine ilişkindir. Tarafların anlaşması ile belirlenen arabulucu ile arabuluculuk bürosu tarafından atanan arabulucunun süreç içindeki konumları farklı olabilir. Tarafsızlık ve tarafsızlığın korunması açısından atanmış arabulucu ile seçilmiş arabulucu arasında büyük farklar söz konusu olabilir. Buna rağmen iki tür arabulucu arasındaki farkın gözetildiği bir düzenleme pozitif hukukumuzda bulunmamaktadır⁵⁰⁷.

Arabulucuların bağımsız bir meslek örgütleri bulunmamaktadır. Bütün denetim ve sicil işlemleri Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yapılmaktadır, öğretilerde arabulucuların tarafsızlığını zedeleyici bir unsur olarak bu durum eleştirilmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ ÖZMUMCU, kullanılan arabuluculuk modeli ve doğal olarak bu modelde arabulucunun üstlendiği rol, uyuşmazlığın türü ve arabulucunun mesleğinin arabulucunun tarafsızlığına etki eden faktörlerden olduğunu ileri sürmüştür. (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 264).

⁵⁰⁵ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1229 vd.).

⁵⁰⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 149).

⁵⁰⁷ Dava şartı arabuluculuk süreci nedeniyle adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanan arabulucunun tarafsızlığından şüphe eden taraflar için arabulucunun reddine ilişkin bir düzenleme hukukumuzda bulunmamaktadır. Tarafsızlığını zedeleyecek ilişkilerin varlığı bulunması halinde Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının 1. 3. ve 4. maddelerine rağmen arabulucunun çekilme talebinde bulunmaması halinde görevi devam edecektir. Arabulucunun tarafsızlığı ile ilgili şüphesi olan tarafın tek yapabileceği ilk toplantıya katılmak suretiyle sürecin sonlanmasını talep etmek olacaktır. Her iki tarafın birlikte ileri sürdüğü tarafsızlığın ihlali, yetersizlik, iletişim eksikliği gibi gerekçelerle arabulucudan görevi bırakmasının istenebileceği ileri sürülmüştür. (DEMİR H. , 2020, s. 266).

⁵⁰⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 177).

Türk hukukunda arabuluculuk uygulaması için ana kaynaklardan birisi de Türkiye Arabulucular Etik Kuralları olarak kabul edilir⁵⁰⁹. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları 3. maddesinin başlığı tarafsızlık olup, 1. fıkrada “*Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında ön yargılı olmamasını kapsar.*” şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları 4. maddesinde ise tarafsızlığı bozabilecek menfaat ilişkileri ve çıkar çatışmalarına yönelik temel ilkeler belirlenmiştir.

Arabuluculuk iş, tüketici ve ticaret hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak düzenlenmiştir. İhtiyari arabuluculuk yolundaki sürecin tarafları ile zorunlu arabuluculuk yolundaki tarafların bilinç, donanım ve yetkinlik açısından aynı şartlarda olamayacakları kabul edilmelidir⁵¹⁰. Bu nedenlerle öğretide Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine yönelik düzenlemelerinin zorunlu arabuluculuk uygulamaları da dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵¹¹.

2. Görevi Şahsen Yerine Getirme

Arabulucu; aldığı görevi her aşamada şahsen yerine getirmelidir, bunu yaparken taraflarla kurulacak her türlü iletişim de arabulucu tarafından yapılmalıdır⁵¹². Taraflara açılan telefonlar kendi telefonundan, atılan e-mailler kendi e-mail adresinden olmalıdır. Burada kast edilen taraflara özel iletişim bilgilerini vermesi değil iş ile ilgili kendisine ait olan bilgileri kullanmasıdır. Arabulucunun taraflara olan borcu süreci yürütmek veya idare etmek olarak nitelendirilirse, bu borcun bir başkası tarafından ifa edilmesi arabulucuyu borçtan kurtarmayacaktır⁵¹³.

⁵⁰⁹ (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 272).

⁵¹⁰ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 16-18).

⁵¹¹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 24), (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 274).

⁵¹² TBK’nın 83. maddesi “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” şeklindedir. Arabulucu ve taraflar arasındaki hukuki ilişki hangi şekilde tanımlanırsa tanımlansın (bkz. Üçüncü Bölüm II. Konu B. “Arabulucu Sözleşmesi”) hukukumuzda arabulucu olma yeterliliği özel olarak düzenlenmiştir. HAUK’ın 6. maddesi uyarınca arabulucu unvanının kullanılması koşulları özel olarak ve kamu düzenine yönelik düzenlenmiştir. Bu nedenle HUAK’ın 9. maddesinin 1. fıkrası emredici nitelikte bir düzenlemedir. Aksini iddia etmek tarafların anlaşması halinde, sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından, sicile kayıt olma yeterliliğini taşımayan kişileri uyuşmazlık çözümü için arabulucu olarak görevlendirilmesini mümkün kılabilir. TBK’nın 506. maddesi vekil veya vekil gibi sorumlu olanların hizmet borçlarını ifa ederken genel kural olan TBK’nın 83. maddesine istisna olarak bizzat yerine getirme yükümlülüğü yüklemiştir. TBK 506. maddesinin 1. fıkrası “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*” şeklindedir ve emredici nitelikte değildir. Ayrıca bakınız (AKİPEK ÖCAL, Sadakat ve Özen, 2017, s. 69 vd.).

⁵¹³ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 45).

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında, arabulucunun görevini şahsen yerine getirmesi kavramı önem kazanır. Çünkü dava şartı arabuluculuk görüşmelerinde görevli arabulucuyu adliye arabuluculuk bürosu atayacaktır. Atanan arabulucu dışında üçüncü bir kişi, hatta bu üçüncü kişi sicile kayıtlı arabulucu olsa bile süreçte söz sahibi olamayacaktır, arabulucunun bütün süreci bizzat yürütmesi aynı zamanda Türkiye Arabulucular Etik Kuralları çerçevesinde bir zorunluluktur⁵¹⁴.

Adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucu HUAKY'nin 25. maddesi uyarınca taraflarla iletişime geçmek zorundadır. Arabulucu ilk olarak başvurucudan başlayarak mümkün olduğu kadar yüz yüze asillerle görüşmelidir. Yüz yüze görüşmenin en önemli özelliği arabulucu ile tarafların uygulama öncesi birbirlerini tanıma olasılığının az olması nedeniyle telefon veya elektronik ortamda yapılacak görüşmelerin gizlilik ilkesini ihlal etmesinin ihtimal dâhilinde olmasıdır. Bu nedenle teyit edilmemiş iletişim kaynaklarından özellikle ilk görüşmelerin yapılmasında kaçınılmalıdır⁵¹⁵.

Uygulamada arabulucunun her türlü iletişim vasıtası ile taraflara ulaşması gerektiğini açıklayan HUAK'ın 18/A maddesinin 7. fıkrası yanlış anlaşılmakta taraflar adeta bilgi bombardımanına tabi tutulmaktadır. HUAKY'nin 11. maddesinin ilk fıkrası bu konuda son derece açıktır. Yönetmelik kısmen dahi olsa arabulucunun görevini bir başka kişiye devir edemeyeceğini ortaya koymaktadır⁵¹⁶. Yoğun iş hayatı içinde çoğunlukla arabulucular tarafından sekreter, kâtip ve avukat stajyerlerine ilk iletişim için görev verilmektedir. Uygulamada görülen arabulucunun bürosunun iletişim bilgilerinin dışında avukat yardımcılarının iletişim adreslerinin kullanılmasını doğru bulmamaktayız.

Arabulucu bizzat görevlendirildiği sürecin başlangıcından sonuna kadar bütün aşamaları HUAKY'nin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca belgelenmelidir. Belgelendirme yapılmaması veya yasalara uygun sürecin yürütülmemesi halinde arabulucunun hem taraflara karşı hukuken hem de idare açısından disiplin yönünden sorumlu olacağı açıktır⁵¹⁷.

⁵¹⁴ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 100).

⁵¹⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 154).

⁵¹⁶ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 45).

⁵¹⁷ (OKUR, 2019, s. 39).

3. Arabulucunun Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabuluculuk süreci içinde çözüm sağlanabilmesi için uyumsuzluğun tarafları önce kendi ihtiyaçlarını anlamalıdır. Kendi beklentilerini net bir şekilde çerçeveleyememiş taraflar ile sağlıklı müzakere yürütülmesi ve sağlıklı bir sonuç alınması mümkün değildir. Özellikle dava şartı arabuluculuk uygulamasında, sürece katılımda zorunluluk söz konusu olacağı için taleplerini netleştirememiş taraflarla karşılaşma olasılığı çok yüksektir. Bu nedenle tarafın müzakereye açık hale gelebilmesi için arabulucunun öncelikle süreç ve sonuçları ile ilgili bilgisi olmayan tarafları aydınlatması gerekir. İhtiyari arabuluculuk uygulamasında ise tarafların bilinç düzeyi oranında aydınlatma ihtiyacı bulunmayabilir. Dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasında önemli bir fark HUAKY'nin 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen arabulucunun asilleri bilgilendirmesi ve aydınlatmasını içeren hükümdür⁵¹⁸. İhtiyari arabuluculuktan farklı olarak arabuluculuk sürecine kanunun zorlaması ile başvurmuş olan tarafların arabuluculuk yolu ile ilgili bilgilendirilmesi ve süreç hakkında fikir sahibi olması amaçlanmaktadır. Arabulucu taraflara arabuluculuk yolunu anlatmakla yükümlüdür⁵¹⁹. Yönetmelikle amaçlanan arabulucunun uyumsuzluğun asiller ile en az bir kere iletişime geçerek onları aydınlatmasıdır.

Arabulucunun diğer önemli görevlerinden birisi de taraflar arasında iletişim kurarak tarafların birbirlerini anlamalarını sağlamaktır. Arabulucunun taraflar arasında kuracağı iletişimin temelini tarafların süreçten beklentileri kadar süreçten ne anladıkları da oluşturacaktır⁵²⁰. Arabulucu hem tarafın kendi taleplerini hem tarafların birbirlerini anlamalarını sağladığı oranda başarı sağlayabilecektir⁵²¹.

Müzakereler devam ederken tarafların birbirlerini yanlış anlamaları mümkün olabilir. Bu durumda arabulucuya düşen tercümanlık yapmak değil, yanlış bir ifade veya yanlış anlaşılma olduğunu taraflara belirtmek ve tarafların kendi beyanları ile bu yanlış

⁵¹⁸ HUAK'ın 11. maddesi ile HUAKY'nin 25. maddesinin 2. fıkrası düzenlemeleri arasında dava şartı olan arabuluculuğun niteliğinden kaynaklı bir farklılık bulunmaktadır. Kanun'un 11. maddesine göre arabuluculuk faaliyetinin başında arabulucunun, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında tarafları aydınlatması gerekmektedir. HUAKY'nin 25. maddesinin 2. fıkrası ise arabulucunun adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmasının ardından ilk önce başvuran taraf olmak üzere "asillerle" ön görüşme yapma yükümlülüğünü arabulucuya yüklemiştir. Bilinçli şekilde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvuran tarafların arabuluculuk konusunda asgari bilgiye sahip olmaları beklenmelidir. Aynı bilincin dava şartı arabuluculuk yolunda beklenemeyeceği gerçeğinden hareketle HUAK ve HUAKY arasında arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü yönünden fark ortaya çıkmıştır. Yönetmelik dava şartı arabuluculuk sürecini yürütmek üzere atanan arabulucuya, aydınlatma yükümlülüğü açısından daha geniş görevler vermekte, "asillere" de ulaşma yükümlülüğü yüklemektedir.

⁵¹⁹ (OKUR, 2019, s. 49).

⁵²⁰ (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 181).

⁵²¹ (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 299).

anlaşılmanın açıklığa kavuşmasını sağlamaktır⁵²². Böylece arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucunun tarafsızlığını koruması mümkün olabilecektir. Hâkimin davayı aydınlatmasına⁵²³ benzer şekilde çelişkileri tespit etmek arabulucunun, belirsiz konuları açıklığa kavuşturmak ise tarafların görevi olmalıdır. Bu şekilde aydınlatma görevi yerine getirilirken bir yanda da tarafsızlık izlenimi korunmuş olur.

Arabulucu tarafları anlaşma olması veya anlaşmaya varılmaması halinde oluşacak sonuçlar hakkında aydınlatmalıdır⁵²⁴. Arabulucunun, süreç devam ederken taraflara bazı bilgiler aktarması yerine baştan aydınlatma yükümlülüğü yerine getirmiş olması sürece müdahaleyi azaltacak ve tarafsızlığın korunması açısından yerinde olacaktır⁵²⁵. Taraflar arasındaki müzakereler devam ederken bulunan çözüm sonuçları veya süreçle ilgili herhangi bir konuda arabulucunun müdahalesi bulunan çözüme etki edebilecek, taraflardan birinin arabulucunun tarafsızlığına ilişkin kafasında şüphe doğmasına neden olabilecektir.

Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması halinde son tutanağın anlaşma ile sonuçlandığı belirtilerek, üzerinde anlaşılan konuların tek tek belirtilmesi gerekecektir⁵²⁶. Anlaşılan konularda HUAK 18. maddesinin 5. fıkrası uyarınca dava açmak mümkün olmayacağı için tarafları anlaşma ve sonuçları konusunda aydınlatma görevinin önemi ortaya çıkmaktadır.

4. Özenle Hareket Etme

Özenle hareket etme yükümlülüğü arabuluculuk görevinin alınmasından başlar ve sürecin sonuna kadar değil, sürecin sonlanmasından sonra bile devam eder. İhtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucunun özen yükümlülüğü arasında önemli farklar bulunmaktadır. İhtiyari arabuluculuk uygulamasında taraflar arabulucuyu birlikte seçeceklerdir. Bu nedenle tarafların gerek arabulucunun kişiliği, bilgisi ve yetenekleri, gerekse arabulucunun uygulamaları ve uyuşmazlık çözümüne yaklaşımları hakkında fikir sahibi olmaları mümkündür. Buna arabulucunun müzakereler

⁵²² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 153).

⁵²³ (KARASLAN, 2019, s. 119).

⁵²⁴ (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 267).

⁵²⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 179).

⁵²⁶ (DÜR, 2018, s. 371). Bir kararında Yargıtay 9. HD, uyuşmazlık konularının ayrı ayrı yazılmadığı arabuluculuk anlaşma tutanağını geçerli kabul etmeyerek davacı tarafından ileri sürülen irade fesadı da dâhil olmak üzere anlaşmanın geçerliliği yönünden yeniden değerlendirilmek üzere ilk derece mahkemesine bozma kararı ile iade etmiştir. Y. 9. HD, T. 03.11.2020, E. 2020/5958 K. 2020/14477, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 21.03.2021.

için sağlayacağı fiziki ortam da dâhildir. Özenle hareket etme yükümlülüğü tarafların bütün taleplerinin karşılanması anlamına gelmemelidir⁵²⁷. Ancak dava şartı arabuluculuk yolunda arabulucu istisnai olarak taraflarca seçilir. Arabuluculuk dava şartını yerine getirmek amacıyla adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanan arabulucu görevini yaparken tarafların farklı beklentileri ile karşılaşabilir.

Arabulucunun özen sorumluluğunun en önemli kıstası görüşmelerin yetersiz müzakere ile sonlanmasına neden olmamaktır. Arabulucu tarafından uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişsiz olması, tarafların açık bir şekilde müzakereden sonuç alma imkânı olmadığını açıklamaları gibi durumlar dışında süreç bitirilmemelidir. Arabulucunun tavırları ve sağladığı fiziki ortam nedeniyle taraflar müzakereye devam etmeme kararı almaları durumunda arabulucunun özen sorumluluğunu yerine getirmediği kabul edilebilir. Arabulucunun taraflara ve müzakere sürecine yeterli vakit ayırması yine özenle hareket etme kapsamına girer. Arabulucunun özen sorumluluğunu TBK’da düzenlenen vekil ve vekil eden ilişkisi ile kıyas yolu ile benzetmek mümkündür⁵²⁸. Vekilin özen gösterme sorumluluğu ile arabulucunun özen sorumluluğu arasında paralellik bulunmaktadır.

Arabulucu, uygulamaya hâkim olan iradi olma, eşitlik, gizlilik ve sürece tarafların egemen olması gibi temel ilkelere riayet ettiği gibi bunu taraflara açık bir şekilde hissettirmelidir⁵²⁹. Özen sorumluluğu gizliliği sağlamayı da kapsayacaktır. Bu nedenle ticari uyuşmazlıklar diğer uyuşmazlıklara göre daha fazla dikkat göstermeyi gerektirebilir.

Arabulucunun istihdam ettiği kişiler de arabulucu ile aynı özen yükümlülüğü kapsamındadır. Bu nedenle arabulucu, yanında çalışan kişilerin kendisiyle aynı özenle hareket etmesini sağlamakla yükümlü olmalıdır.

5. Bilgi, Belgeleri Saklama ve Arabuluculuk Son Tutanağını Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne Göndermek

Dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk uygulaması arasında bilgi ve belgeleri saklama açısından fark bulunmamaktadır. Arabulucu arabuluculuk faaliyetinin başlamasından itibaren sona ermesine kadar geçen süreç içinde kendisine tevdi edilen,

⁵²⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 197).

⁵²⁸ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 45).

⁵²⁹ (DÜR, 2018, s. 444).

kendisi tarafından da hazırlananlar dâhil olmak üzere belgelerin tamamını beş yıl süre ile saklamak zorundadır⁵³⁰.

Arabulucu belgeleri sır saklama ödevine uygun, fiziki şartlarda saklamakla mükelleftir. Belgelerin dış etkilerden korunmasını sağlayacak fiziki şartlarda saklanması arabulucunun sorumluluğunda olduğu gibi belgelerin dışardan ulaşılmasının da engellenmesi gerekmektedir⁵³¹. Bu nedenle taranmış belgelerin elektronik postaların ve cep telefonu uygulamaları ile gelen belgelerin günlük kullanılan depolama alanlarında saklanmaması yerinde olur. Bu çerçevede özel nitelikli verilerin, çevirim içi olmayan ve dışarıdan erişimin mümkün olmadığı güvenli ortamda saklanması daha uygun olacaktır⁵³². Örneğin, tarafların adı, bilgisi ve arabuluculuk konusu gibi bilgilerin yazılı olduğu dosyalar arabulucunun bürosunda görülecek şekilde muhafaza edilmemelidir.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinin sonucu olarak son bir tutanak düzenlenir. İhtiyari arabuluculuk yolunda tutanak HUAKY'nin 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca arabuluculuk bilgi sistemi üzerinden bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmeli, sürecin kapandığı belirtilmelidir. Dava şartı arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşamamış ise uyuşmazlık konusu ile ilgili dava açmak isteyen taraf arabuluculuk sona erme tutanağının aslını veya arabulucu tarafından onanmış örneğini dosyaya sunmak zorundadır. Bu tutanakta arabuluculuk sürecinin kapanması ile birlikte ADB tarafından verilen bir seri numarası bulunmaktadır. Seri numarasına arabulucunun ve tarafların bilgileri tanımlı olduğu için bu seri numarası ile taraf bilgileri tutmadığı sürece UYAP üzerinden dava açmak mümkün olmayacaktır. HUAKY ihtiyari ve zorunlu arabuluculuk yolları yönünden son tutanağın Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi yönünden bu nedenle ayrıma gitmiştir, HUAKY'nin 25. maddesinin 8. fıkrası açık bir şekilde son tutanağın derhal sisteme işlenmesini emretmiştir⁵³³.

⁵³⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 154).

⁵³¹ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 138,139).

⁵³² (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 55).

⁵³³ (OKUR, 2019, s. 55). HUAKY'nin 25. maddesinin 8. fıkrası “*derhal bildirimin*” adliye arabuluculuk bürosuna yapılacağını belirtse de burada arabulucunun asıl görevinin derhal arabuluculuk bilgi sistemine giriş yapmak olduğunu unutmamak gerekir. Arabuluculuk bilgi sistemine giriş yapılmadığı sürece tarafların dava açmaları engelleneceği için hak kayıplarının söz konusu olabilir. Böyle bir duruma neden olan arabulucunun hukuki ve disiplin sorumluluğunun doğabileceği dikkate alınmalıdır.

6. Sır Saklama

Sır saklama yükümlülüğü açısından ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk arasında önemli farklar bulunmamaktadır. Arabuluculuk sürecinin şekli ne olursa olsun, arabulucu sır saklamakla aynı derece mükelleftir⁵³⁴.

Arabulucunun güvenilir kişiliğinin sürece yansması sır saklamasıdır⁵³⁵. Sır saklama yükümlülüğü arabulucuya ilişkin ilkelerin tümünün doğal bir sonucudur. Arabulucu müzakerede, iç ilişkide ve dış ilişkide yani üçüncü kişilere karşı, tarafların birbirine karşı sırlarını muhafaza etmekle yükümlüdür⁵³⁶. Sır saklama yükümlülüğü kişi, süre ve konu yönünden sınırlı bir alanı kapsar ve duruma göre değişkenlik gösterebilir⁵³⁷.

Kişi yönünden sır saklama yükümlülüğü, arabuluculuk sürecinde öğrenilmesi koşulu ile sürece taraf olmayanların sırlarının da koruma altında olduğunu ifade eder⁵³⁸. Bu hem tarafların üçüncü kişilere karşı korunması hem de arabuluculuk süreci içinde öğrenilmiş olmak koşulu ile bütün sırların korunması anlamını taşır. Tarafların arabuluculuk konusu yönünden üçüncü kişilere karşı sırlarının korunması aksi kararlaştırılmadığı sürece mutlak olarak uygulanması gereken bir kuraldır. Tarafların birbirlerine karşı sırlarının korunması nispidir. Yani arabulucu bir tarafla görüşüğünü diğer tarafa bildirmelidir, fakat görüşmenin içeriği veya özel bilgiler ancak görüşülen tarafın izin verdiği ölçüde diğer tarafa aktarılabilir. Hatta özel olarak görüşülen taraf talep etmiş ise bu bilgileri diğer tarafa aktarmak arabulucu için aynı zamanda görev niteliğindedir⁵³⁹. Taraflardan birisinin yetki itirazında bulunması halinde yetki itirazında bulunulduğu derhal diğer tarafa bildirilmelidir. Bunun gibi, süreç ile tarafların bilmesinin önem taşıdığı veya sürecin dışında cereyan eden fakat taraflar arasında etkisini gösteren konular gizlilik kapsamı dışında olduğu için iç ilişkide gizliliğin mutlak olmadığı ileri sürülebilir.

Sır saklama yükümlülüğünün sınırları kanunla çizilmiştir. Kanun tarafından açıklanmasına cevaz verilen hallerde sır söz konusu olmayacaktır. Sır perdesinin kanun ile aralandığı alanlardan bazıları ise yetki itirazı halinde dosya ve belgelerin adliye arabuluculuk bürosuna teslimi, arabuluculuk anlaşma belgesinin icrası için belgelerin

⁵³⁴ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 537 vd.), (KEKEÇ, 2016, s. 77 vd.), (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 34 vd.).

⁵³⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 110).

⁵³⁶ (DÜR, 2018, s. 447-448).

⁵³⁷ (KEKEÇ, 2016, s. 138,139).

⁵³⁸ (KEKEÇ, 2016, s. 140).

⁵³⁹ (KEKEÇ, 2016, s. 83).

kullanılmasının gerekleri ve sona erme tutanağı olarak sayılabilir. Taraflar açıkça kararlaştırdıkları takdirde arabulucuya açıklama yapma yetkisi veya ödevi yükleyebilirler. Bu nedenle arabuluculuk uygulamasında gizlilik mutlak olarak kabul edilemez⁵⁴⁰. Tarafların egemenliği ilkesi gereği gizliliğin sınırını da taraflar çizecektir. Açık bir şekilde taraflarca gizlilik perdesi kaldırılmadığı sürece sır saklama yükümlülüğü devam edecektir. Ancak HUAK 4. maddesinin gerekçesinin de belirttiği gibi gizliliğin kaldırılması konusunda arabulucu bütün tarafların açık rızasını aramalı yorum yoluyla gizliliğin kalktığına kanaat getirememelidir⁵⁴¹.

Sır saklamanın diğer bir sınırı vekil edenin maddi veya manevi zarara uğramasına neden olabilecek bilgilerin diğer taraf veya üçüncü kişiler ile paylaşılmamasıdır⁵⁴².

Konu bakımından sır saklama yükümlülüğü arabuluculuk ilişkisi ve müzakere edilen konular ile sınırlıdır. Görüşmelerde taraflardan birisinin diğerine karşı müessir fiil uygulaması, hakaret etmesi, uyuşmazlık konusu ile ilgili olmayan bir suçun ortaya çıkması halinde arabulucunun tanıklıktan çekilme hakkı veya sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁴³.

Sır saklama yükümlülüğünün en önemli sonucu arabulucunun tanıklık yapma yasağıdır. Tanıklıktan çekilme hakkı ve tanıklık yapmanın izne bağlanması farklı kavramlardır⁵⁴⁴. Sır saklama yükümlülüğü arabulucuya tanıklıktan çekilme hakkı

⁵⁴⁰ (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2821).

⁵⁴¹ (DÜR, 2018, s. 448), HUAK'ın 4. maddesinin gerekçesi, "Maddenin birinci fıkrasında, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü vurgulanmıştır. Arabulucu, kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa yorumla bu sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşıdır. Tarafların kendisi ile paylaştığı bu sırları saklamak durumundadır. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların Öngördüğü çerçevede bir yargılamada tanıklıktan çekilme ya da kanunî bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, bu Kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezaî yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukukî sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür" şeklindedir.

⁵⁴² (OKUR, 2019, s. 54).

⁵⁴³ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 67).

⁵⁴⁴ TANRIVER; görev aldığı uyuşmazlığın yargıya taşınması durumunda arabulucunun, HUAK'ın 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tanıklıktan çekilmek zorunda olduğunu belirtmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 259). Arabulucunun tanıklık yapması konusunu TUĞSAVUL, tanıklıktan çekilme olarak nitelemiştir. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 154). YAZICI TIKTIK, benzer bir sonuç ile arabulucunun tanıklıktan çekilme hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir. (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 237-242). Tanıklıktan çekilme HMK'nın 247. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Av. K 36. maddesi de avukatın tanıklıktan çekilme halini düzenler. Arabulucu, görüşmelerde avukat sıfatı ile bulunmamaktadır, ayrıca tarafların vekili de değildir. Vekil sıfatı ve vekil gibi sorumlu olmak farklı kavramlardır. Bu nedenle Av. K 36. maddesindeki "sır saklama" yükümlülüğüne dair kuralların burada uygulanmaması gerektiği görüşündeyiz Arabuluculuk sürecini HUAK'ın 15. maddesi uyarınca taraflar şekillendirir. Arabuluculuk uygulamasında "gizliliğin korunmasında menfaati olan taraflardır". (SARISÖZEN, Gizlilik, 2020, s. 218).

vermez, tanıklık yapmasını izne bağlar⁵⁴⁵. Tarafların arabulucunun tanıklık yapmasını HUAK'ın 5. maddesinin 3. fıkrası gereğince birlikte istemesi halinde arabulucunun tanıklıktan çekinemeyeceği kanısındayız. Bu nedenle arabulucunun tanık sıfatı bir yönden HMK'nın 242. maddesinde düzenlenen "tanıklığın izne bağlı olduğu hallerden" sayılabileceği ileri sürülebilir. Arabulucu ve sürece katılan diğer kişiler açısından ileri sürdüğümüz bu durum, sürece katılan taraf avukatları açısından geçerli değildir. Avukatın sır saklaması hem yükümlülük hem de ayrıcalık olarak arabuluculuk ve diğer mesleklerden ayrılmıştır⁵⁴⁶.

Arabulucunun konumu dikkate alındığında, HUAK'ın 5. maddesinin bütününden çıkan sonuç karşısında arabulucunun tanıklığının kendi ihtiyarında olduğunun ileri sürülmesi aynı maddenin 3. fıkrasına aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Tanık, bir ispat aracıdır. Arabuluculuk uygulamasının başlangıç ve sonlanması arasında kalan zaman diliminde HUAK'ın 5. maddesinin 3. fıkrası gereğince delil yasaklarının beyan ve belgenin şekline bakılmaksızın arabuluculuk sürecinde varılan anlaşmanın uygulanması kapsamında geçerli olmayacağı öngörüldüğü dikkate alındığında tarafların bu yasağı karşılıklı olarak kaldırması mümkündür⁵⁴⁷. Bu nedenle arabulucunun tanıklığının tarafların birlikte iznine bağlı olduğu kabul edilmelidir.

7. Sürecin Sevk ve İdaresinde Yeterlilik, Arabulucunun Seçilmesi

Arabulucuların eğitim, uzmanlık alanları ve yeterlilik koşulları HUAK'ın 6. maddesi gereğince idare tarafından belirlenmektedir. Dava şartı olan uyuşmazlıkların tamamında arabulucular için ek uzmanlık eğitimi öngörülmüştür⁵⁴⁸. Bütün dava şartı uyuşmazlık konularında genel uzmanlık ile ayrıca bazı alt branşlarda özel uzmanlık eğitiminin ADB tarafından uygulamaya konulması kanımızca bazı sorunları da yakın zamanda beraberinde getirecektir.

⁵⁴⁵ (ERGİNER, 2017, s. 94).

⁵⁴⁶ (ÇİFTÇİ, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları , 2018, s. 737).

⁵⁴⁷ (ATALAY, 2017, s. 1902), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 893).

⁵⁴⁸ ADB tarafından 28.09.2020 tarihinde yayımlanan uzmanlık eğitime ilişkin duyuruda genel ve özel uzmanlık alanları belirlenmiştir. Genel uzmanlık alanları; İş Hukuku Genel Uzmanlık Alanı, Ticaret Hukuku Genel Uzmanlık Alanı, Tüketici Hukuku Genel Uzmanlık Alanı olarak duyurulmuştur. Özel uzmanlık alanları; Banka ve Finans Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, Sigorta Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, İnşaat Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, Sağlık Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, Fikri ve Sınai Haklar Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, Enerji Hukuku Özel Uzmanlık Alanı, Spor Hukuku Özel Uzmanlık Alanı olarak belirlenmiştir. Arabuluculuk Uzmanlık Alanlarına İlişkin Duyuru, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 02.01.2021.

Artık bütün dava şartı olan arabuluculuk uygulamaları uzmanlığa tabidir. Uzmanlık eğitimi almamış arabulucu tarafından yönetilen sürecin akıbetinin ne olacağı HUAK veya HUAKY’de belirtilmemiştir. Sadece iş hukuku yönünden bir uzmanlık söz konusu iken hiçbir sorun bulunmamaktaydı. Bugün ise bütün dava şartı arabuluculuk konularındaki uzmanlık ve alt uzmanlık alanlarına yönelik yanlışların farklı sonuçları belirsizlik oluşturabilir. Kanımızca uzmanlığa ilişkin ayrımlar idari bir sürecin parçası olarak kabul edilmelidir. Dava şartı arabuluculuk uygulaması yönünden adliye arabuluculuk bürosuna başvurarak arabuluculuk sürecini başlatmış ve dava konusunda anlaşılmamış olmak dava şartını yerine getirmiş olmak için yeterli kabul edilmelidir⁵⁴⁹. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk yönünden inceleme yapacak mahkemeler arabulucunun genel veya özel uzmanlık alanındaki yeterliliğini araştırmamalıdır.

Arbulucunun süreci yönetebilmesi için müzakere yöntemlerini, tekniklerini bilmesi ve iyi bir uygulayıcı olması gerekir. Bu nedenle temel arabuluculuk eğitiminde sınırlı dahi olsa arabulucu adaylarına iletişim ve müzakere teknikleri konusunda eğitim verilir. Eğitimlerin yeterli olmadığı arabuluculuk tecrübesi olan bir kısım denekle yapılan ankette de ortaya çıkmıştır⁵⁵⁰.

Arbulucunun sağladığı sıradan bir hizmet değildir. Başka bir deyişle arabuluculuk hizmetine ihtiyari olarak başvuran tarafların amacı belirli bir süreci tüketmek değil süreçten sonuç almak olduğu için arabulucunun seçiminde titiz davranmaları beklenir. Ancak ülkemizde arabuluculuk algımız sıradan bir arabulucu üzerine kurulmuştur. Oysa tarafların uyuşmazlık çözümünde tercih etmeleri gereken arabulucu sıradan bir kişi olmamalıdır. Arabuluculuğu bir meslek olarak kabul edersek kişisel niteliklerini öne çıkarmak isteyen arabulucular için eğitim modüllerindeki konuların yeterli olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁵⁵¹. Aynı şekilde de tarafların özellikle ihtiyari arabuluculukta tıpkı iyi avukat, iyi doktor veya mali müşavir araştırır gibi nitelikli ve yetenekli arabulucu⁵⁵² araştırması içine girmeleri gereklidir. Alanında ün yapmış, akademik geçmişi olan arabulucunun psikolojik olarak tarafları uyuşmazlık çözmeye daha fazla yaklaştıracığını ileri sürmek mümkündür. Bu nedenle ülkemizde

⁵⁴⁹ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 878).

⁵⁵⁰ (EROL, 2018, s. 239).

⁵⁵¹ Mevcut arabuluculuk eğitim sistemine göre sadece arabuluculuk yeterliliğine sahip hukukçular eğitimden faydalanmaktadır, bu zorunlu arabuluculuğun bir gelir kapısı olarak görülmesinden ileri gelen bir durum olarak görülmektedir. (PASLI, 2019, s. 15). Ayrıca ülkemizde olduğu gibi arabuluculuk eğitimlerinin sadece arabulucu olma yeterliliğine sahip avukatlara özgülenmesi doğru bir tercih değildir. Öğretilen, arabulucular kadar ve daha çok avukatların da arabuluculuk eğitimine gereksinim duyduğu savunulmuştur. (GOODMAN, 2017, s. 9).

⁵⁵² (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 72).

gelecekte isim yapmış arabulucuların ortaya çıkması ve tercih edilmesi sürecin sağlıklı işlediğinin göstergesi olabilir⁵⁵³.

Arabuluculuk yargı yoluna göre daha az masraflıdır ancak anlaşmanın veya anlaşamamanın taraflar için bir maliyeti olacaktır. Bu maliyetten fayda sağlamak, başarı oranını artırmak arabulucunun kişiliği ve niteliği ile ilgidir. Bu nedenle süreçten fayda sağlamayı amaçlayanlar açısından arabulucunun seçiminde birçok etken rol oynamaktadır⁵⁵⁴. Tarafların sosyal ve ekonomik statüsü ile arabulucunun statüsünün yakınlığı bile arabulucunun seçiminde etkili bir faktör olarak etkili olabilir⁵⁵⁵.

Arabulucunun HUAK 18/A maddesi 5. fıkrasına göre taraflarca seçilmesi mümkündür. Bunun için HUAK tarafların adliye arabuluculuk bürosuna birlikte başvurması ve belirli bir arabulucunun atanmasını talep etmeleri gerektiğini öngörmüştür. Oysa HUAKY'nin 24. maddesinin 1. fıkrası tarafların birlikte arabulucuya başvurmasını, arabulucunun bir tutanakla tespit ettiği başvuruyu adliye arabuluculuk bürosuna sunarak kendisinin görevlendirilmesinin sağlanmasını öngörmüştür⁵⁵⁶. Kanun ve HUAKY arasında arabulucunun taraflarca seçilmesi konusunda çelişki bulunmaktadır⁵⁵⁷. Ayrıca öğretilerde arabulucunun seçilmesine yönelik farklı eleştiriler yapılmıştır⁵⁵⁸.

Dava şartı arabuluculuk uygulaması için tarafların anlaşamaması veya adliye arabuluculuk bürosuna bir tarafın başvurması halinde arabulucular arasında iş yükü dengesi kurulmak şartı ile büro tarafından rastgele bir arabulucu görevlendirilmesi yapılmaktadır⁵⁵⁹.

⁵⁵³ (KEKEÇ, 2016, s. 147).

⁵⁵⁴ (MORE, 2016, s. 507).

⁵⁵⁵ (KOÇYİĞİT & YEŞİLKAYA, Arabuluculuk Uygulamaları, 2020, s. 107).

⁵⁵⁶ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 65).

⁵⁵⁷ Farklı görüş için bkz. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 198).

⁵⁵⁸ Öğretilerdeki arabulucu seçim yönetimine ilişkin eleştirileri özetlersek: Tarafların belirli bir arabulucu üzerinde anlaşma ihtimallerinin düşük olması ileri sürülmüştür. (KARACABEY, 2016, s. 472), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 198). Biz bu görüşe tarafların karşılıklı olarak arabuluculuk yolundan fayda beklemeleri halinde ihtiyari arabuluculuk sürecine uygun bir yöntemin dava şartı arabuluculuk içinde uygulanmasına olanak vermesi nedeniyle katılmamaktayız. Seçim yöntemi sürecin tıkanmasına da müsaade etmemektedir. Bir başka eleştiri ise benzer uyuşmazlıklardaki taleplerin farklı arabulucuların katılımı ile farklı farklı çözümlerle sonuçlanması ihtimalinin hukuk birliğini zedeleyeceği ileri sürülmüştür. (ÇİL, 2018, s. 33). Biz bu görüşe zaten arabuluculuğun olması gereken şeklinin her olay için farklı çözüm getirmesi olduğu gerekçesi ile katılmıyoruz. Gizlilik, sır saklama, bilgi ve belgeleri kullanma yasağı çerçevesinde seri uyuşmazlıklarda tek bir arabulucu seçilmiş olsa bile arabulucu, bir görüşmede öğrendiği bilgiyi diğer görüşmede kullanması arabuluculuğun temel ilkelerine aykırı olacaktır. Bir başka eleştiri, bölgesel sınırlama ile belirli bir adliye arabuluculuk bürosu listesinde bulunan arabulucular arasından seçim yapılmasının “güvenilecek” arabulucuya erişimi engellediği yönündedir. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 200). Bu görüşe de tarafların anlaşması halinde diledikleri arabuluculuğa diledikleri bölgede ulaşmaları konusunda bir engel olmaması nedeniyle katılmıyoruz.

⁵⁵⁹ (YAKICI, 2019, s. 62).

8. Arabuluculuk Ücreti ve Masraflar Açısından Dava Şartı Arabuluculuk

Her meslek gibi arabulucuya da alınan hizmetin sonucunda harcanan emek ve vaktin karşılığı olarak ücret ödenecektir. Kural olarak ihtiyari arabuluculuk yolunda arabulucu ile yazılı bir ücret sözleşmesi yapılması zorunlu değildir, taraflar ücreti arabulucu ile aralarında asgari ücret tarifesinin altında olmamak kaydı ile serbestçe kararlaştırabilir⁵⁶⁰. Bu serbestliğe tarafların ücretten oransal sorumluluğu da dâhildir, kural olarak ücret ve masraflar arabuluculuk uygulamasında eşit olarak paylaşılmalıdır ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilir⁵⁶¹.

Dava şartı olan arabuluculuk faaliyetinde de taraflar arasında arabuluculuk, taraflar ve arabulucu arasında arabulucu sözleşmesi yapılması zorunlu değildir⁵⁶². Buna rağmen yapılacak bir arabulucu sözleşmesi tarafların sürece olan inançlarının ortaya konması açısından önemli olacaktır. Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının 9. maddesine göre arabuluculuk faaliyetinin başlamasından önce tarafların ücret konusunda anlaşma yapmaları sağlanmalıdır⁵⁶³. Süreçten sonuç alma niyetinde bulunan taraflar çözüm için maddi anlamda fedakârlık yapmayı kabul edeceklerdir. Dava şartı olsa bile taraflar ve arabulucu arasında sözleşme yapılması, ücret de dâhil olmak üzere genel konuların sözleşmeye işlenmesi mümkündür. Böyle bir sözleşme uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında ileride yeni bir uyuşmazlık çıkmasının önüne geçebilecektir. Dava şartı arabuluculuk yolunda tarafların tarifenin üzerinde bir arabuluculuk ücreti belirlemesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶⁴. Ancak etik kurallar gereğince arabulucu kendi niteliğini, uyuşmazlığın niteliğini ve karmaşıklığını, harcanan emeği ve diğer etkenleri dikkate almalıdır. Hiçbir durumda asgari ücret tarifesinden daha az ücret belirlenmemelidir.

⁵⁶⁰ (DÜR, 2018, s. 400 vd.), (OĞUZ Ö. , 2019, s. 47).

⁵⁶¹ (GÜNAY C. İ., 2017, s. 115).

⁵⁶² (DÜR, 2018, s. 402).

⁵⁶³ *Ücret ve Diğer Masraflar Madde 9- (1) Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Keza, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. (2) Arabulucu, arabuluculuk ücreti ve arabuluculuk süreciyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek diğer masraflar hakkında, arabulucu olarak atanmasını müteakip mümkün olan en kısa sürede tarafları bilgilendirmelidir. (3) Arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce, arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak tarafların bir anlaşma yapmalarını sağlamalıdır. (4) Arabulucu, ücretini belirlerken; kendi niteliklerini, uyuşmazlığın niteliğini ve karmaşıklığını, arabuluculuk sürecinde gereken süreyi ve tüm diğer etkenleri dikkate almak, asgari ücret tarifesinin altında olmamak ve hak arama hürriyetini engellemek koşuluyla, hakkaniyete ve dürüstlüğe uygun bir şekilde hareket etmelidir. (5) Arabulucu, tarafların kendi aralarında eşit olmayan miktarda ücret ödemesini kabul ettiği hâllerde; tarafsızlığından ödün vermemeli, fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 04.06.2021.*

⁵⁶⁴ (OKUR, 2019, s. 42).

Arabulucu ile taraflar arasında ücrete yönelik sözleşme varsa bu sözleşmeye veya akdedilmiş ücret sözleşmesi bulunmuyorsa HUAK'ın 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ihtilaf durumunda arabulucunun ücreti faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine⁵⁶⁵ göre belirlenir.

Arabuluculuk asgari ücret tarifesi HUAK'ın 30. Maddesinin 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca ADB tarafından hazırlanır, Arabuluculuk Kurulu tarafından HUAK'ın 32. maddesinin g fıkrası uyarınca onaylanır ve Adalet Bakanlığı tarafından Resmî Gazetede yayımlanır. Arabuluculuk Kurulu ücret tarifesini aynen onaylayabilir veya tarifiede değişiklik yapabilir.

Dava şartı arabuluculuk sürecinde arabulucunun ücreti HUAK'ın 18/A maddesinin 13. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaya varması halinde arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı ihtiyari arabuluculuk uygulaması ile benzerlik gösterir ve aksine anlaşma olmadığı takdirde taraflarca eşit olarak paylaşılır. İhtiyari ve zorunlu arabuluculuk uygulamasında masraf ve ücrete ilişkin farklar sürecin anlaşmayla bitmediği durumlar için söz konusu olabilecektir. Uyuşmazlığın tarafları arasında anlaşma sağlanamamış olması halinde taraflara ulaşmak için yapılmış masraflar, ilk iki saatlik arabulucu ücretinin içinde kabul edilerek Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde HUAK'ın 18/A maddesinin 13. fıkrası gereğince iki saati aşan arabuluculuk ücreti aksine anlaşma olmaması halinde taraflarca eşit olarak ödenecektir.

Arabuluculuk ücretinin belirlenmesinde, serbestliğin sınırı olarak sadece sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kamu düzenine aykırılık ve her yıl yayımlanan arabuluculuk asgari ücret tarifesinin alt sınırı dikkate alınır. Arabuluculuk asgari ücret tarifesinin altındaki anlaşmalar, aynı tarifenin 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca geçersiz olarak kabul edilir. Burada Av. K'nın 164. maddesinin 2. fıkrasındaki avukatlık ücretine getirilmiş olan sınırlamadan bahsetmek gerekir. Mevzuatımızda arabuluculuk ücretinin üst sınırına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶⁶. Ancak başta ADB olmak üzere idare tarafından dava şartı arabuluculuk uygulamasında ücretin tarifenin üzerine çıkmaması yönünde tavsiye görüşleri olduğu ileri sürülmüştür⁵⁶⁷. Dava veya hüküm konusu değerinin para ile ölçülebildiği konularda Av. K ancak yüzde yirmi beşi aşmamak üzere sözleşme yapılmasına olanak tanır. Hem ihtiyari hem de dava şartı arabuluculuk

⁵⁶⁵ 2021 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, bkz. RG, 31.12.2020, S. 3135.

⁵⁶⁶ Bkz. karşı görüş (ÇİL, 2018, s. 50).

⁵⁶⁷ (OKUR, 2019, s. 40-42).

uygulaması için benzer bir sınırlama getirilmesi, arabuluculuk mesleğinin güvene dayalı yapısına daha uygun olacaktır.

Arabuluculuk asgari ücret tarifesindeki ücretler sadece resmi sicile kayıtlı arabulucular ile gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamaları için geçerlidir, bu nedenle her ne şekilde adlandırılırsa adlandırılısın HUAK anlamında arabulucu olmayan veya resmi sicile kayıtlı olmayan kişilerin faaliyetleri nedeniyle arabuluculuk asgari ücret tarifesine göre ücret talep etme hakları bulunmamaktadır.

Arabuluculuk Asgari Ücret tarifi arabulucunun ücretini anlaşma yapılması veya yapılmaması haline göre iki kısımda düzenlemiştir⁵⁶⁸. Uyuşmazlığın anlaşma ile çözülmemesi halinde tarifenin birinci kısmına göre arabuluculuk ücreti saat üzerinden hesaplanır⁵⁶⁹. Arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek gibi yükümlülüğü veya taahhüdü bulunmamaktadır. Arabuluculuk ücretinin saat bakımından hesabı uyuşmazlığın türüne göre farklılık göstermektedir ve tarifede belirtilen saat ücreti yalnızca bir tarafın ödemesi gereken kısmı belirlemektedir.

Tarifenin ikinci kısmında ise uyuşmazlığın anlaşma ile sona ermesi halinde belirlenecek arabuluculuk ücreti düzenlenmiştir. Anlaşma ile sonlanması halinde değeri para ile ölçülebilen uyuşmazlıklar için kademeli olarak hesaplanan nispi arabuluculuk ücreti öngörülmüştür⁵⁷⁰. Arabulucu ücretinin uyuşmazlığın değeri üzerinden nispi olarak hesaplanması tarafların anlaşma yapmasına yönelik sorunlar oluşturabilecektir. Ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıkların tamamı değeri para ile ölçülebilir nitelikte olduğu için anlaşma durumunda nispi arabuluculuk ücreti doğacaktır. Tarifenin ikinci kısmına göre üzerinde anlaşılan miktarın ilk 50.000 TL'si için %6 oranında arabuluculuk ücreti ödenmelidir. İlk kademeler için makul sayılabilecek arabuluculuk ücreti 5. kademe ve sonrasında yüksek rakamlara ulaşmaktadır. Örneğin, 1.040.000 TL üzerinden bir anlaşma yapılması halinde 35.600 TL arabuluculuk ücreti doğmaktadır. Aynı miktardaki bir uyuşmazlığın ISTAC bünyesinde tek hakemle çözülmesi halinde ise 44.200 TL tahkim gideri doğmaktadır⁵⁷¹. Görüldüğü gibi iki uyuşmazlık çözüm yolu arasında maliyet açısından önemli bir fark bulunmamaktadır. Arabulucunun ve hakemin uyuşmazlık çözümünde çabası, görevi, sorumluluğunun araştırılması ve karşılaştırılması konumuzun sınırlarının dışındadır. Ancak arabuluculuk

⁵⁶⁸ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 98).

⁵⁶⁹ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 92).

⁵⁷⁰ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 92).

⁵⁷¹ ISTAC Tahkim Hesaplayıcı, www.istac.org.tr, e.t. 08.06.2021.

yolundan beklenen fayda ve maliyet oranı ile nispi olarak hesaplanan arabuluculuk ücretinin çelişki oluşturduğu gözlemlenmektedir⁵⁷².

Arabuluculuk kolay ulaşılabilen, düşük maliyetli bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁵⁷³. Tahkim ve arabuluculuğun yakın çözüm maliyetlerinin ortaya çıkması arabuluculuk ücret tarifesinin oransız olduğunun işareti olarak kabul edilebilir. Bu durum aynı zamanda arabuluculuğun ruhuna aykırıdır ve başarıya dayalı nispi ücret uygulaması arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki konumunu etkileyebilir⁵⁷⁴. Uyuşmazlığın anlaşma ile çözümlenmesi halinde, anlaşmama durumuna göre arabuluculuk ücreti açısından önemli bir fark oluşması, arabulucunun taraflara yönelik tutumunu etkileyecektir. Uyuşmazlığın çözümünde başarı taahhüdünde bulunması mümkün olmayan arabulucunun, nispi ücret alması başarıya odaklanmasına neden olabilecektir. Bu durum uygulamanın niteliğinden sapmasına yol açabilecektir.

Arabulucu sürecin başarılı olup olmadığına bakılmaksızın tam ücreti hak eder⁵⁷⁵. Diğer yandan yüksek anlaşma maliyetleri uyuşmazlık taraflarını arabulucuya karşı muvazaaya itebilecektir. Uyuşmazlığın tarafları nispi arabuluculuk ücreti nedeniyle anlaşma durumunu arabulucudan gizleyebilecektir. Arabulucu önünde anlaşılamadığının tespit edilmesine rağmen taraflar edimlerini ifa edecek bu durum hukuki güvensizlik oluşturabilecektir. Bu şekilde arabuluculuk uygulaması açısından HUAK'la amaçlanan hukuki güvenlik taraflar yönünden ortadan kalkabilecektir.

Yüksek arabuluculuk ücretinin bir başka olumsuz etkisi de arabuluculuğun genel bütçeden fonlanmasıyla ilgilidir. Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında tarafların anlaşması halinde bu sonuç Adalet Bakanlığı bütçesine bir yük getirmeyecektir. Anlaşmama durumunda da dava açılacak ve dava sonunda haksız çıkan taraf Adalet Bakanlığı bütçesinden arabulucuya ödenen ücretten sorumlu olacaktır. Ancak taraflar gerçekte anlaşmış olmalarına rağmen anlaşmayı gizlerse bu durumda sürecin sonunda dava açılmayacağı için arabuluculuk giderlerinin genel bütçe üzerinde kalması sonucunu doğacaktır. Bu gerekçelerle arabuluculuk uygulamasının ruhuna uygun olan saat üzerinden yapılacak ücret hesaplamasının anlaşma halinde de geçerli olması gerekli olduğu görüşünderiz. Anlaşma ihtimalinde saat ücretlerinin belirli bir oranda artırılması

⁵⁷² DÜR, arabuluculuk ücretini saat, maktu ücret ve nispi ücret olarak tartışmış, uyuşmazlığın değeri üzerinden hesaplanan nispi ücretin sakıncalı yönlerine de değinerek mevcut ücretlendirme yolunun ülkemizdeki arabuluculuk yolu için en makul olanı olduğu sonucuna ulaşmıştır. (DÜR, 2018, s. 403-406).

⁵⁷³ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 206).

⁵⁷⁴ (DÜR, 2018, s. 405).

⁵⁷⁵ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 98).

belki anlaşmaya ulaşmak için arabulucuyu biraz daha zaman ve emek harcamaya itebilecektir. Ancak arabulucunun emeği ve mesaisinin tarafların anlaşması durumuna göre değişmediği gerçeği karşısında anlaşma durumunda başarı ücreti uygulanmasının yerinde olmadığını ileri sürmekteyiz.

İhtiyari arabuluculuk uygulaması yönünden HUAK'ın 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca arabulucu tarafından yapılan masraflar veya ilerideki muhtemel masraflar için avans talep edilebileceği belirtilmiştir. Bunun yanında HUAK ya da HUAKY dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucunun yapması gereken masraflara değinmemiştir. Her iki düzenlemelerde sadece adliye arabuluculuk bürosunun yapacağı masraflara yönelik hükümler bulunmaktadır⁵⁷⁶. Arabuluculuk ücretlerini belirleyen 2021 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinin 4. fıkrası arabulucunun dava şartı arabuluculuk sürecinde masraf isteyemeyeceğini belirtmektedir. Arabuluculuk Asgari ücret tarifesi arabulucu ve taraflar yönünden bağlayıcı olduğuna göre özellikle yabancı ülkelerdeki taraflara ulaşması açısından arabulucunun yapması gereken masrafların⁵⁷⁷ nasıl karşılanacağını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Masrafların karşılanması kapsamında HUAKY'nin 26. maddesinin 4. fıkrası, adliye arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken masrafların anlaşmaya varılmaması halinde ileride haksız çıkan taraftan karşılanmak üzere bakanlık bütçesinden karşılanması gerektiğini öngörmüştür. Uygulamada dava şartı arabuluculuk yolunda, taraflara ulaşma gibi giderlere arabulucular kendileri katlanmaktadır. Bu konudaki yasal eksiklikler giderilinceye kadar yapılması gereken yüksek masraflı işlerin adliye arabuluculuk bürosu aracılığı ile yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Bu halde arabulucunun görevini şahsen ifa etmesini emreden HUAKY'nin 11. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kural ihlal edilmemiş olacaktır. İletişim adresi olarak arabulucu gösterildiği sürece işlemi kimin yaptığının önemi olmamalıdır.

Başvurunun sehven kayıt, mükerrer kayıt, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşılmış olması halinde HUAKY'nin 26. maddesinin 3. fıkrası uyarınca arabulucu ücret talep edemeyecektir. Bu durumlarda uygulamada yapılan masraflar arabulucunun üzerinde kalmaktadır.

⁵⁷⁶ (OKUR, 2019, s. 43).

⁵⁷⁷ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 24).

C. Zorunlu Arabuluculuk Modelleri

Arabuluculuk diğer AUÇY'ler içinde uygulamaya erişim kolaylığı ve başarısı yönüyle öne çıkmaktadır⁵⁷⁸. Mukayeseli hukukta yargı yükünün azaltılması gibi gerekçelerle arabuluculuğun teşvik edildiği sistemler⁵⁷⁹ yanında ülkemizde olduğu gibi dava şartı olarak zorunlu tutulduğu sistemler de mevcuttur⁵⁸⁰. Arabuluculuğun niteliğine etki eden faktörlerden bir tanesi dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk modelidir. Ülkemizde uygulandığı şekli ile zorunlu arabuluculuğun, yayımlanan istatistik verileri dikkate alındığında başarılı olduğunu söylemek mümkündür⁵⁸¹. Bakanlığın internet sitesinde yer alan istatistiki verilerin sıhhati arabuluculuk yolunun gizliliği nedeniyle hiçbir zaman tam olarak değerlendirilemeyecektir⁵⁸². Ancak arabuluculuk yolunun zorunlu olarak denenmesi sırasında faydalarını kavrayan ve bu şekilde uyuşmazlıklarını yargıya taşımadan çözen büyük bir uygulayıcı kesiminin bulunduğu muhakkaktır.

1. Dava Şartı Olarak Zorunlu Arabuluculuk

Dava şartları davanın esasının mahkeme tarafından incelenmesi için başlangıçta bulunması veya bulunmaması gereken koşulları tanımlar⁵⁸³. Dava şartlarının varlığı hak arama hürriyetinin önünde engel teşkil eder ve HMK'da yani yasa ile düzenlenmiştir⁵⁸⁴. Dava şartı arabuluculuk ise, dava açmadan önce başvurulması gereken bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Mevcut kanuni düzenlemelere göre ülkemiz dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk uygulamasının tercih edildiği hukuk sistemlerine dâhildir⁵⁸⁵.

⁵⁷⁸ (YILMAZ E. , Tasarı Değerlendirmesi, 2012, s. 1283).

⁵⁷⁹ (YAKUT, 2010, s. 33).

⁵⁸⁰ (ÖZBEK, AUÇ Cilt I , 2016, s. 666), (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 119).

⁵⁸¹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 19), (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 4).

⁵⁸² İstatistiksel olarak ihtiyari arabuluculuk uygulamasında 2013-2019 yılları arasında, %97 anlaşma, %3 anlaşmama sonucu ortaya çıkmıştır. Bu dönem içinde pek çok iş ve ticari dava konusu arabuluculuk uygulamasının ihtiyari olarak görülmekte olduğu unutulmamalıdır. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulamasının başladığı 02.01.2018 ve 19.12.2019 tarihleri arası incelendiğinde %65 anlaşma, %35 anlaşmama şeklinde yine yüksek bir başarı oranı bulunmaktadır. Ticari dava konularında zorunlu arabuluculuk uygulamasının başarı oranı 02.01.2019 ve 19.12.2019 tarihleri arasında %57 anlaşma, %43 anlaşmama şeklinde gerçekleşmiştir. Bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, İstatistikler, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 15.02.2021.

⁵⁸³ (ALANGOYA, YILDIRIM, & DEREN YILDIRIM, 2004, s. 207), bu tanım ile HMUK'un sisteminden kalmıştır. Dava şartları HMUK sisteminde HMK'da olduğu gibi sayma yolu ile açık bir şekilde düzenlenmemiştir.

⁵⁸⁴ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 252), (ATALI, ERMENEK, & ERDOĞAN, 2018, s. 325).

⁵⁸⁵ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 878).

Dünyada, dava şartı arabuluculuk uygulamasının örneklerini görmek mümkündür. Avustralya’da New South Wales Eyaleti, İtalya dava şartı arabuluculuk uygulaması sistemlerini deneyen hukuk sistemlerine örnek olarak verilebilir⁵⁸⁶.

Arbuluculuğun mukayeseli hukuktaki gelişiminde, verilen örneklerde olduğu gibi İtalya’da kanunla düzenlenmeyen zorunlu arabuluculuk uygulaması yüksek mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunduğu iptal edilmiştir. Daha sonra, yüksek mahkemenin kararı doğrultusunda dava şartı olarak kanun ile yeniden düzenleme yapılmıştır. İtalya bu nedenle dava şartı arabuluculuk açısından iki farklı dönem geçirmek zorunda kalmıştır⁵⁸⁷.

2. Mahkeme Bağlantılı Zorunlu Arabuluculuk

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk uygulaması, mahkeme içi arabuluculuk olarak da adlandırılabilir⁵⁸⁸. Yargı süreci devam ederken yasa gereği mahkeme tarafından davaya devam edebilmek için zorunlu olarak tarafların bu yolu denemesi emredilebileceği gibi mahkemenin tavsiyesi veya tarafların anlaşması ile de mahkeme içi zorunlu arabuluculuk sürecinin başlaması mümkündür⁵⁸⁹.

Dava aşamasında, uyuşmazlığın taraflarını mahkemenin arabuluculuk yolunu denemeye veya sulhe davet etmesi ülkemizde de uygulanan bir yoldur. Hatta ülkemizde, mahkeme içi ihtiyari arabuluculuk uygulanmasına yönelik düzenlemeler de mevcuttur. Mahkeme içi ihtiyari arbuluculuğun ülkemizdeki uygulaması HUAK’ın 15. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Yargılama devam ederken tarafların mahkemenin arabuluculuk davetini kabul etmesi veya arabuluculuk yolunu denemek yönünde iradelerini mahkemeye birlikte sunmaları halinde mahkeme tarafından ilk olarak üç aylık süre verilir, uyuşmazlığın bu sürede çözülememesi halinde taraflar üç ay sürenin sonunda mahkemeden üç aylık ikinci bir süre daha isteyebilirler⁵⁹⁰.

Mahkeme içi zorunlu arabuluculuk uygulamasında ise, mahkemeye kanunla verilmiş takdir yetkisi ile veya emredici bir kanun hükmüne dayanarak mahkemenin takdir yetkisinin de ortadan kaldırılması sonucu taraflar talep etmese bile arabuluculuk

⁵⁸⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 32).

⁵⁸⁷ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm I. Konu C. “Arbuluculuk Kavramı ve Tanımı”.

⁵⁸⁸ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 878,879).

⁵⁸⁹ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 809).

⁵⁹⁰ DÜR, ülkemizde mahkeme içi arabuluculuk uygulaması olmadığını ileri sürmüştür, yazar mahkeme içi arabuluculuk faaliyetini Almanya’da uygulanan şekli ile “*derdest davada karar verme yetkisine sahip hâkim tarafından yapılan arabuluculuk*” olarak tanımlamaktadır. (DÜR, 2018, s. 128 vd.).

yolunun tüketilmesine veya başvurulmasına mahkeme karar verebilir. Arabuluculuk yolunun mahkeme süreci içinde tüketilmesi yolu ABD ve Avustralya’da uygulanan bir yöntem olduğu belirtilmiştir⁵⁹¹. Bu yöntemde, tarafların arabuluculuk yolunda aldıkları karara göre, mahkeme süreci devam edecek veya arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması ile uyuşmazlık sonlanacaktır.

3. Yarı Zorunlu Arabuluculuk

Yarı zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun teşvik edildiği bir sistem olarak da kabul edilebilir⁵⁹². Yarı zorunlu arabuluculuk yolunda, yargı yoluna gitmeden önce uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuğa müracaatı mükâfatlandırılır veya arabuluculuk yolunu kullanmamak yargılama giderlerinin artmasına neden olur⁵⁹³. Sadece arabuluculuk yoluna müracaat eden değil, arabuluculuk teklifini kabul eden tarafın da tutumu yargılama giderlerine etki eder⁵⁹⁴. İngiltere’de uygulandığı belirtilen bu yöntemde mahkemelerin arabuluculuğa teşvikinin zorlama sınırını aşmaması gerektiği vurgulanarak arabuluculuğu mantıklı bir neden göstermeden kabul etmeyen tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi söz konusu olabilir⁵⁹⁵.

D. Arabuluculuk Süresi Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaması için dava şartı arabuluculuğun uygulama süresinin belli bir zaman dilimi ile sınırlı olması gerekir⁵⁹⁶. Dava şartı arabuluculuk süresi HUAK 18/A maddesinin 9. fıkrası uyarınca arabulucunun görevlendirilmesinden itibaren üç haftada içinde sonuçlandırılmalıdır. Bu süreyi zorunlu görmesi halinde arabulucu kendi kararı ile bir hafta uzatabilir. Kısaca HUAK uyarınca dava şartı arabuluculuk dört hafta ile sınırlandırılmıştır.

⁵⁹¹ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 73), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 32).

⁵⁹² (YILMAZ E. , Tasarı Değerlendirmesi, 2012, s. 1284).

⁵⁹³ (ERDEMİR, Sigorta, 2017, s. 154).

⁵⁹⁴ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 809).

⁵⁹⁵ İngiltere’de gerçekleşen bir yargılamada “Halsey kararı” olarak adlandırılan örnekte, bir tarafın mahkemece önerilen arabuluculuk yolunu gerekçe göstermeden reddetmesi yeterli görülmemiş, haklı çıkılsa bile yargılama giderlerine mahkûmiyet kararı verilmesi için diğer tarafın arabuluculuk eğer denenseydi sonuç alınabilirdi savını ispatlaması gerektiğine vurgu yapılmıştır. (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 879,880).

⁵⁹⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 178), (ERDEMİR, Sigorta, 2017, s. 147).

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk için süre arabulucunun görevlendirilmesinden itibaren altı hafta olarak TTK'nın 5/A maddesinin 2. fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Arabulucu tarafından zorunlu görülmesi halinde müzakere süreci iki hafta daha uzatılabilecektir. Ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun süresi sekiz hafta olarak özel düzenleme ile sınırlandırılmıştır.

Dava şartı arabuluculuk sürecinin başlangıcının belirlenmesinde ve hesaplanmasında bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Başvurucunun adliye arabuluculuk bürosuna müracaat etmesi ile adliye arabuluculuk bürosu tarafından arabulucunun atanması arasında zaman farkı olması halinde kanunun açık hükmü gereğince arabuluculuk sürecinin başvuru tarihine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁹⁷.

E. Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Kural olarak arabuluculuk ihtiyari olarak taraflarca denen bir yoldur. AUÇY niteliği tartışmalı olan⁵⁹⁸ ve HMK'nın 414. maddesi ve devamında düzenlenen tahkim dışındaki hiçbir AUÇY yargıya erişimi engellememektedir. HMK'da düzenlenen tahkim yoluna başvurulmadan dava açılması durumunda, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını ilk itiraz olarak ileri sürmesi halinde tahkim bir ilk itiraz olarak ortaya çıkacaktır⁵⁹⁹. Bunun yanında, hukukumuzda pek çok uyuşmazlık konusunun çözümüne yönelik olarak zorunlu tahkim yolu tercih edilmiştir. Zorunlu tahkim yolunun öngörüldüğü durumlarda yargı yoluna başvurmak mümkün olmadığı gibi ihtiyari tahkim yolunun kullanılması dahi mümkün değildir⁶⁰⁰. Buradan çıkan sonuç, yargıya erişimi engelleyen yargı dışı çözüm yollarına hukukumuz açısından yabancı olmadığımızdır.

Dava şartı olan arabuluculuk ise yargıya erişimi sınırlı süreyle kısıtlamaktadır⁶⁰¹. Kısıtlamanın süreli olmasının, dava şartı arabuluculuğun yargıya erişimi engellendiği gerçeğini ortadan kaldırmadığı ileri sürülebilir⁶⁰². Dava şartı olan arabuluculuk taraf

⁵⁹⁷ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 39). Uygulamada adliye arabuluculuk büroları tarafından arabulucu ataması başvuru ile eş zamanlı olarak yapılmaktadır.

⁵⁹⁸ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 26,27), (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 171).

⁵⁹⁹ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 1219).

⁶⁰⁰ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 15), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 334).

⁶⁰¹ (BÜYÜKALP SARIOZ, 2020, s. 454).

⁶⁰² “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS'nin yargıya erişim hakkına (m.6) ilişkin 1980 tarihli *Deweer v Belgium* davasında, yargıya erişim hakkının hakemlik anlaşmasıyla kaldırılabileceğini, ancak bu işlemin, mağdurun zorlama veya baskıya maruz kalmadığını garantilemek için dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir.” (BAKIRCI, 2019, s. 368).

iradesi dışında çözümün ortaya çıkması mümkün olmayan bir yöntemdir. Bu nedenle dava şartı olan arabuluculuk, kendisinden beklenen fayda ile orantılı olarak ve Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir şekilde yargıya erişimi kısıtlamaktadır⁶⁰³. Anayasa'nın 36. maddesi hak arama özgürlüğünü ve adil yargılama hakkını güvence altına almıştır⁶⁰⁴. Dava şartı arabuluculuk nedeniyle mutlak olarak adalete erişimin engellenmesi söz konusu değildir, ancak adalete erişimin hiç engellenmediğini iddia etmek de aynı ölçüde isabetli olmayacaktır⁶⁰⁵.

Arabuluculuk uygulaması yargısal bir faaliyet değildir. Bu nedenle yürütmenin arabuluculuk uygulamasına etkin müdahalesi yargı bağımsızlığına yönelik bir ihlal olarak kabul edilmemelidir. Bununla birlikte özellikle, dava şartı olan arabuluculuk yargılamaya yönelik çok sayıda unsuru içinde barındıran, ihtiyari arabuluculuktan kısmen farklı bir uygulamaya sahiptir. ADB tarafından dava şartı arabuluculuk sürecine yapılan bazı müdahaleler yargıya müdahale olarak kabul edilebilir⁶⁰⁶. Örneğin, dava konusunun vasıflandırılması ve uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti hâkimin takdir alanına girer. Mahkemenin karar alanına etki edebilecek reklam, afiş, broşür, kitap gibi materyallerin idare tarafından yayımlanması ise yargıya müdahale anlamına gelebilir. Benzer şekilde Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sisteminde hangi dava konusunun “dava şartı arabuluculuk” kapsamında olduğuna dair sınırlandırma bulundurulması da idarenin yargıya müdahalesi niteliğinde olduğu ileri sürülebilir. Dava şartlarının değerlendirilmesinin hâkimin takdirinde olması tartışmaya açık bir konu değildir⁶⁰⁷.

⁶⁰³ Dava şartı olan arabuluculuk Anayasa ve hak arama özgürlüğü kapsamında tartışılırken, Anayasa'nın 2. Maddesinde düzenlenen sosyal devlet, 9. maddesinde düzenlenen yargı yetkisi ve 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü kavramları ile birlikte değerlendirilmelidir. (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 76,78). “Adalet hava gibidir ve ancak yokluğunda hissedilir. Kimse onu bulandırmadığı ve ihlal etmediği sürece hukuk, teneffüs ettiğimiz hava gibi görülmez ve tutulmaz şekilde etrafımızı kaplar. Hukuk ancak kaybettiğimizi anladığımız zaman değerinin farkına vardığımız sağlık gibi sezilmez bir şeydir” Pierre Calamanderi’ e bu söz atfedilmektedir. Bkz. (AKTAN, 2019).

⁶⁰⁴ Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklikle anayasal bir hak olarak düzenlenen adil yargılama hakkı, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukuk kuralı olarak geçerli olması nedeniyle 2001 yılından önce de pozitif hukuk tarafından korunan bir hak olarak mevcuttu. (ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, 2010), (KARASLAN, 2019, s. 65).

⁶⁰⁵ ERMENEK ve AZAKLI ASLAN’ın “Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ile getirilen düzenleme, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünü sınırlandıran ve mahkemeye erişim hakkını şarta bağlayan bir hükümdür. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir düzenleme olması nedeni ile de Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü dar yorumlanmalıdır.” şeklindeki görüşlerine katılmaktayız. (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 148). DERDİMAN, “yargı yolu kapalı olmadığı sürece, mahkemeye başvurmadan evvelki usullerin” yargıya erişimi engellemediğini belirtmiştir. (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 34).

⁶⁰⁶ (PASLI, 2019, s. 18).

⁶⁰⁷ (PEKCANITEZ, Tartışmalar, 2019, s. 142), (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 115).

Dava şartı arabuluculuğun anayasaya aykırı olup olmadığı, birçok eserde tartışılmıştır⁶⁰⁸. Bu tartışmalar; zorunlu olarak arabulucuya başvurmanın taraflara maddi külfet getirmesi, tarafların yargıya başvurmasının mutlak olarak engellenmesi, dava şartı arabuluculuk ile getirilen yükümlülüğün anayasa hukuku anlamında ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı çerçevesinde toplanmaktadır⁶⁰⁹. Anayasa Mahkemesinin de arabuluculuğa yönelik kararlarında benzer ölçütlere dayandığı gözlenmektedir⁶¹⁰. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen değerlendirmesi⁶¹¹ dava şartı arabuluculuk uygulaması henüz kanunlaşmadan öncesine dayandığı için Yüksek Mahkeme tarafından ihtiyari arabuluculuk yönünden değerlendirme yapılarak karar verilmiştir⁶¹². Anayasa Mahkemesi, İMK'nın 3. maddesinin Anayasaya aykırılığına ilişkin olarak yaptığı somut norm denetiminde dava şartı arabuluculuk yönünden de Anayasaya aykırılık bulunmadığı yönünde inceleme yaparak karar vermiştir⁶¹³. Anayasa Mahkemesi arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu hale getirilmesinin hak arama hürriyetini sınırladığını, ancak düzenlemenin hak arama hürriyetini tamamen ortadan kaldırmadığı için Anayasaya aykırı olmadığını gerekçe olarak göstermiştir⁶¹⁴. Dava şartı arabuluculuğun Anayasaya aykırılığı öğretide pek çok yazar tarafından ileri sürülmüştür⁶¹⁵.

⁶⁰⁸ (KEKEÇ, 2016, s. 74), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 182).

⁶⁰⁹ (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 79), (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 119), (OKUR, 2019, s. 202-203).

⁶¹⁰ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 178-189).

⁶¹¹ "... yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez". Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94 K. 2013/89, RG, 25.01.2014, S. 28893.

⁶¹² (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 23), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 457).

⁶¹³ Anayasa Mahkemesi, İMK'nın 3. maddesi ile bazı iş uyuşmazlıkları için öngörülen dava şartı arabuluculuk hakkında "Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir." gerekçesi ile düzenlemeyi Anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 T. E. 2017/172 K. 2018/82, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, e.t. 25.12.2020.

⁶¹⁴ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3143).

⁶¹⁵ Öğretide, zorunlu arabuluculuğun Anayasa'nın 36. ve 37. maddeleri başta olmak üzere, Anayasaya aykırı olduğu görüşü ileri sürmüştür. (KURU, Usul II., 2020, s. 1157), (KARACABEY, 2016, s. 473), (BAKIRCI, 2019, s. 372), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 456).

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 4. Dairesi tarafından 18.03.2010 tarihinde verilen “Rosalba Alassini ve Telecom Italia SpA” arasındaki uyuşmazlığa ilişkin karar⁶¹⁶ zorunlu arabuluculuğun yargıya erişimi ve etkili hukuki koruma ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunda emsal olarak gösterilmiştir⁶¹⁷.

Öncelikle, ülkemizdeki dava şartı arabuluculuk uygulaması taraflara ek maddi külfet yüklemektedir. Taraflar süreç sonunda uzlaşamazlar ve dava açılırsa dava şartı arabuluculuk aşamasındaki giderlerden HUAK’ın 18. maddesinin 13. fıkrası gereği yargılama giderleri ile birlikte sorumlu olacaklardır. Ancak ABAD kararında belirtildiği gibi taraflar üzerine yüklenen maddi külfet ile uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi ile beklenen fayda arasında yargıya erişimin önlendi ileri sürülecek ölçüde oransızlık bulunmamaktadır⁶¹⁸.

Dava şartı arabuluculuk süreci boyunca sınırlı bir süre için de olsa tarafların mahkemeye erişimi engellenir. Bununla birlikte dava şartı olan arabuluculuk ve bu arabuluculuk yolunun yargılama giderlerine olan etkisinin kanunla düzenlenmiş olması, taraflara getirdiği yüklerin oranlılığı, yargıya erişimi mutlak olarak engellemediği gerekçesi ile dava şartı arabuluculuğun anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği öğretide isabetli olarak ileri sürülmüştür⁶¹⁹.

Bir başka konu, Anayasa Mahkemesi’nin 03.03.2004 tarihli 98/31 sayılı avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların zorunlu tahkim tarafından çözülmesine yönelik kararında hakem yargılamasının niteliğinden dolayı düzenlemenin anayasaya aykırı bulduğu görülmektedir. Mahkemelerin hakem kararının içeriğini denetleyememesi ve mahkeme denetiminin belli konularla sınırlı olması Anayasa Mahkemesi’nin belirtilen kararına gerekçe oluşturmuştur⁶²⁰. Arabuluculuk zorunlu olarak uygulansa bile uyuşmazlığın taraflarının serbest bir şekilde karar verme yetkilerini ellerinde tuttuğu

⁶¹⁶ Access to European Union Law, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 18 March 2010, www.eur-lex.europa.eu, e.t. 13.02.2021.

⁶¹⁷ ÖZEL, emsal ABAD’ın kararını arabuluculuk uygulamasının taraflar için bağlayıcı değildir, arabuluculuk uygulaması mahkemede hak arama yönünden esaslı bir gecikmeye yol açmamaktadır, arabuluculuk uygulaması süresince süresi işlememektedir, zorunlu arabuluculuk uygulamasında taraflara yansıtılan da önemli bir masraf çıkarılmamaktadır şeklinde çerçevelemiştir. (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 881). Tartışılan mahkeme kararında arabuluculuğun sadece internet üzerinden yapılmasının zorunlu tutulması halinde erişim imkânlarının kısıtlanabileceği için dava şartı olarak kabul edilmesi halinde yargıya erişimi kısıtlayabileceğine dikkat çekilmiştir. (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 882). Günümüzde hem internete erişimin yaygınlığı hem de covid-19 pandemi koşulları, mahkemenin bu gerekçesini ortadan kaldırabilecek gelişme olarak ileri sürülebilir.

⁶¹⁸ (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 39). Karşı görüş için bkz. (OKUR, 2019, s. 206).

⁶¹⁹ (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 79), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 183 vd.), (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 3).

⁶²⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 133).

unutulmamalıdır. Bu şekli ile arabuluculuk üçüncü kişinin taraflar hakkında karar verdiği tahkimden ayrılmaktadır. Anılan Anayasa Mahkemesi kararındaki zorunlu tahkim ile dava şartı olan arabuluculuk arasında bu nedenle bağlantı bulunmamaktadır.

V. ARABULUCULUK VE DAVA ŞARTI KAVRAMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Arabuluculuk ve AUÇY üzerine yazılan pek çok eserde uygulamaya hâkim ilkeler, arabulucunun taşıması gereken nitelikler ve arabuluculuk uygulamasının ruhu hakkında ayrıntılı bilgiler bulmak mümkündür⁶²¹. Arabuluculuğa hâkim ilkeler ve uygulamanın unsurları hakkında yapılacak araştırmalar ülkemizde henüz arabuluculuğun yeni gelişiyor olması nedeniyle tanınması ve benimsenmesi için gereklidir. Arabuluculuk uygulamasına hâkim ilkelerin tespiti arabuluculuktan beklentilerin belirlenmesi için de önem taşır. Tarafların arabuluculuk yolunu tercih nedenlerinin ne olduğunun bilinmesi uygulamanın sağlıklı yürütülmesi için önemlidir.

İhtiyari arabuluculuk uygulaması HUAK'daki tanımından da anlaşılacağı üzere oldukça geniş bir uygulama alanını kapsamaktadır. Sözleşme serbestisi özel hukuk borç ilişkilerinin temelini oluşturur⁶²². Tüzel veya gerçek kişi tacirlerin taraf oldukları uyuşmazlıkların sözleşme serbestisi ilkesi nedeniyle çoğunlukla arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde genel bir kanaat vardır⁶²³. Bununla birlikte başta şirketler hukuku⁶²⁴ kapsamında kalan uyuşmazlıklar olmak üzere emredici kanunlar ve kamu düzeni etkisinin hâkim olduğu, bu nedenle tarafların üzerinde serbest bir şekilde tasarruf edemedikleri⁶²⁵ pek çok ticari uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığını belirtmek gerekir⁶²⁶.

Geniş bir hukuki elverişlilik alanı yanında ticari ilişkiler arabuluculuk uygulamasına yönelik pek çok motive edici unsuru yanında taşır. Bir kısım ticari nitelik

⁶²¹ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 147 vd.), (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 32 vd.), (DÜR, 2018, s. 16 vd.), (OKUR, 2019, s. 20 vd.), (YAKICI, 2019, s. 42 vd.).

⁶²² (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 23).

⁶²³ (GERGER ERDAL, 2020, s. 345).

⁶²⁴ TTK'nın 126.maddesi uyarınca ticaret şirketlerine uygulanacak hükümlerin önceliğinde ilk sırayı emredici kanun hükümleri almaktadır. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 49)

⁶²⁵ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 121). Örneğin, TTK'nın 559. maddesi anonim şirketlerin kurucuları, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerinin şirketin kuruluşundan veya sermaye artışından doğan sorumluluklarının sulh veya ibra yoluyla kaldırılmasına yönelik yasak ve kısıtlamalar getirmiştir. (HIZIR ASRAV, Sulh Sınırı, 2018, s. 32).

⁶²⁶ (YILMAZ E. , Cilt 3, 2017, s. 3622). Uygulamada ve öğretide şirketler hukukunda tahkime elverişlilik konusundaki katı tutum öğretide haklı olarak eleştirilmiştir, yasal düzenlemeler ile şirketlerin esas sözleşmelerine tahkim şartının eklenebilmesi önerilmiştir. (AYOĞLU, 2018, s. 300).

taşıyan haksız fiiller de dâhil olmak üzere ticari davaların neredeyse tamamı uyuşmazlık öncesinden başlayan hukuki bir ilişkiyi gerektirir. Birbirini tanıyan, aralarında uyuşmazlık öncesinden ilişki bulunan, ileride aynı faaliyet alanında çalışmaya devam etme arzusunda bulunan taraflar arasında uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümünün daha kolay olması beklenir.

Ticari faaliyetlerin en önemli objesi ticari işletmedir, ticari işletmenin en önemli unsurlarından birisi ise sürekliliktir⁶²⁷. Ticari olmayan faaliyetler genellikle bir sefere özgü ve düzensiz hukuki ilişki niteliğindedir, çoğunlukla süreklilik teşkil etmez. Ticari uyuşmazlıklar yönünden genel olarak arabuluculuktan beklenen faydalar ve arabuluculuğun temel ilkelerine uygunluk açısından bakıldığında arabuluculuğun ticaret hayatına oldukça uygun olduğu görülecektir. Örneğin arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik⁶²⁸ ticari hayat için de temel konulardan biridir⁶²⁹.

Arbuluculuk uygulaması, karşılıklı iletişimsizlikten kaynaklı uyuşmazlıkları ortadan kaldırarak, taraflar arasındaki ilişkinin devam etmesine olanak tanır⁶³⁰. Bu nedenle sürekliliğin bulunduğu alanlarda arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde bir sefere mahsus ilişkilerden doğan uyuşmazlık alanlarına göre daha etkili olacağı beklenebilir.

Ticari davaların taraflarını çoğunlukla tacir sıfatını taşıyan taraflar teşkil eder. Tacir olmanın yasal yükümlülüklerinin başında basiretli davranmak gelir⁶³¹. Ticari hayatta bilinçli ve basiretli davranmayan tacirin çok fazla yaşama şansı bulunmayacaktır. Bu, asgari bir bilinçliliği de yanında getirmektedir⁶³². Tarafların talepleri, elde edebilecekleri konusunda bilinçli olmaları müzakere ve arabuluculuk gibi yöntemlerle sonuç almayı kolaylaştıracaktır.

Ülkemizde HUAK'ın yürürlüğe girmesi ile ihtiyari arabuluculuk uygulaması başlamıştır. İlk olarak 12.10.2017 tarihli, 7036 sayılı İMK'nın 3. maddesinin 1. fıkrası ile 01.01.2018 tarihinden itibaren işçi, işveren alacakları, tazminatlar ve işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca HUAK'a 18/A maddesi eklenerek arabuluculuk uygulamasının dava şartı olarak nasıl uygulanacağına yönelik usul hükümleri düzenlenmiştir⁶³³. İMK ile düzenlenen

⁶²⁷ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 14).

⁶²⁸ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 54).

⁶²⁹ (SULU, 2020, s. 47).

⁶³⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 123).

⁶³¹ (BOZER & GÖLE, 2018, s. 98).

⁶³² (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 63-64).

⁶³³ (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 115).

zorunlu arabuluculuk faaliyetinin başlamasından bir yıl sonra bu çalışmanın konusu olan “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*” ibaresi TTK’ya 5/A maddesinin eklenmesi sonucu 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanun koyucu HUAK’da genel olarak uygulamayı düzenlerken, maddi hukuka ilişkin kanunlara yaptığı eklemelerle arabuluculuğu dava şartı haline getirme yolunu seçmiştir⁶³⁴. Gerek iş hukukundan doğan gerekse ticaret ve tüketici hukuku temelli uyuşmazlıklar açısından ihtiyari ve dava şartı olan arabuluculuğun düzenlendiği genel kanunun durumunda olan HUAK, ruhu ve amacı ile arabuluculuk yolunu tüketmenin dava şartı olduğunu söylemektedir. Bununla birlikte arabuluculuk yolunun tüketilmesi kavramı esas olarak alınırsa uygulamada bazı sorunların ortaya çıkması olasılık dâhilindedir⁶³⁵. Dava şartı olan arabuluculuğun yerine getirilmesi bakımından arabuluculuk yoluna başvurmanın yeterli olması veya arabuluculuk yolunun tüketilmesi ayrımının tartışılması bu çalışmanın sınırları içinde kalmaktadır.

Arbuluculuğun dava şartı olarak ülkemizin yargılama sistemine dâhil edilmiş olması çok sayıda tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Dava şartı olan arabuluculuk yolunun ikmali sorunu arabuluculuk ile ilgili bu tartışmaların merkezinde bulunmaktadır. Öğretide, arabuluculuğun ülkemizdeki şekli ile dava şartı olarak düzenlenmesine farklı gerekçelerle karşı çıkan görüşler bulunmaktadır. Bunlar gönüllülük unsurunun eksikliği nedeniyle arabuluculuğun ruhundan uzaklaşmak⁶³⁶, zaten uzun olan yargı sürecinin bir de arabuluculuğun dava şartı olması ile daha da uzatılması⁶³⁷ gibi farklı nedenlere dayanmaktadır.

Dava şartı veya zorunlu arabuluculuğun dünyada pek çok örneğine rastlamak mümkündür. Örneğin Almanya’da bazı eyaletlerde düşük miktarlı parasal uyuşmazlıklar, komşuluk hukuku, basın ve yayım yolu ile yapılanlar hariç kişilik haklarına yönelik

⁶³⁴ (YARDIM, 2019, s. 91).

⁶³⁵ Yargıtay 22. HD, bir kararında, “*Somut uyuşmazlıkta; davanın arabuluculuk dava şartı yerine getirilmeden açılması sebebi ile usulden reddine karar verilmişse de dava şartının yerine getirilmemesinin davacının arabuluculuğa başvurulmasından değil, arabulucu tarafından karşı tarafın usulüne uygun şekilde görüşmeye çağrılmamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.*” görüşü ile arabuluculuk ücretinden davacının sorumlu olamayacağına karar vermiştir. Ancak 22. HD, bu gerekçeye rağmen arabuluculuk dava şartının yerine getirilmemiş olmasını süreci tüketme şartına bağlamıştır. Bu şekli ile kararında ilgili HD arabuluculuğun bir süreç olarak tüketilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Y. 22. HD, T. 27.02.2020, E. 2020/1006 K. 2020/3683, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Ayrıca bkz. (KOÇYİĞİT & YEŞİLKAYA, Arabuluculuk Uygulamaları, 2020, s. 120).

⁶³⁶ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 109 vd.).

⁶³⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 127).

saldırılılardan kaynaklı konularda arabuluculuk dava şartı olarak uygulanmaktadır⁶³⁸. Benzer şekilde İtalya’da zorunlu arabuluculuk uygulaması mevcuttur⁶³⁹.

Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının, temel anayasal haklardan olan hak arama hürriyetinin kısıtladığı gerekçesiyle kanun metnin dar olarak yorumlanması yönündeki öğretideki görüşlere katılmaktayız⁶⁴⁰. Ticari davalarda dava şartı olarak öngörülen zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlık konuları görüşümüze paralel olarak dar anlamda ve sadece TTK’nın 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesinin talep edildiği alacak ve tazminat taleplerini içeren davalar olarak kabul edilmedi. Bu nedenle bir uyuşmazlık konusunun ihtiyari arabuluculuğa elverişliliği araştırılırken geniş, zorunlu arabuluculuğa tabi olması konusunda ise dar yorum yönteminin⁶⁴¹ uygulanması temel hakların ihlalinin önlenmesi açısından bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁴².

Ticari uyuşmazlıklarda uygulanması yönüyle, tahkim tecrübesi ve tahkime elverişlilik, arabuluculuk ile ilgili olarak yapılan araştırma ve tartışmalara kolaylık sağlayabilir⁶⁴³. Arabuluculuğa elverişlilik konusu araştırılırken, arabuluculuk uygulamasından daha uzun süre uygulanan benzer müesseselerin birikimlerinden faydalanmak mümkündür.

⁶³⁸ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 96).

⁶³⁹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 93 vd.), (YILDIRIM N. D., 2020, s. 297).

⁶⁴⁰ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 187).

⁶⁴¹ Yargıtay 19. HD de bir kararında TTK’nın 5/A maddesinin kapsamının dar yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Y. 19. HD, T. 04.06.2020E. 2020/237 K. 2020/805, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁶⁴² (KAŞAK, 2019, s. 258), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 454).

⁶⁴³ (KIYAK, Anlaşma Belgesi, 2015, s. 526).

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ DAVALARDAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK KAVRAMI

I. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK ve ARABULUCULUĞUN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Arabuluculuğa elverişlilik, arabuluculuğun faaliyet sınırlarının çizildiği alanı belirler⁶⁴⁴. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar aynı zamanda arabuluculuğa elverişliliği tarif eder⁶⁴⁵. Bu önermenin tersinden gidilirse tarafların serbestçe tasarrufta bulunamadıkları uyuşmazlık konuları arabuluculuk yolu ile çözüme müsait değildir⁶⁴⁶.

Ticari dava konuları açısından, arabuluculuğa elverişlilik ile dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunluluğu farklı kavramlardır⁶⁴⁷. İhtiyari arabuluculuğa elverişli pek çok uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında öngörülmemiştir. Bu nedenle elverişlilik yerine dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı olarak niteleme yapmak çok daha yerinde olacaktır⁶⁴⁸.

Bir uyuşmazlık konusunun, ihtiyari arabuluculuğa elverişli olduğunun araştırılması için tahkime elverişlilik⁶⁴⁹ kavramından yararlanmak mümkündür. Örneğin öğretilde, tahkime elverişlilik ve arabuluculuğa elverişliliğin kapsamlarının benzer olduğu ileri sürülmüştür⁶⁵⁰. Tahkim ve arabuluculuk uygulamaları, elverişlilik kavramı açısından birebir aynı olmasa bile tarafların serbest bir şekilde tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlık konularının belirlenme ölçütleri yönünden birlikte değerlendirilmeleri veya karşılaştırılmaları mümkündür.

⁶⁴⁴ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 104-105).

⁶⁴⁵ HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrası “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*” arabuluculuğa elverişliliğin kapsamını belirtmiştir.

⁶⁴⁶ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 48).

⁶⁴⁷ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 215).

⁶⁴⁸ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 136), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 297).

⁶⁴⁹ Tahkime elverişliliği düzenleyen HMK'nın 408. maddesi, taşınmazlar üzerindeki aynı haklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını hüküm altına almıştır. YILMAZ, tarafların serbest bir şekilde tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlık konularının genellikle kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirtmiştir. (YILMAZ E. , Cilt 3, 2017, s. 3621).

⁶⁵⁰ (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021). Öğretilde tahkime elverişliliğin kapsamının genişletici yorumla değerlendirilmesi yönünde görüşler vardır. (AYOĞLU, 2018, s. 300).

Tahkimin, modern arabuluculuktan çok daha uzun süredir uygulanmakta olması nedeniyle yargıya başvurmadan çözülebilecek uyuşmazlıkların tasnifinde yol gösterici olabilecektir. Ancak her zaman tahkime elverişlilik ve arabuluculuğa elverişlilik paralellik göstermeyebilir. Örneğin, TBK'nın 262. maddesi uyarınca taksitle satımdan doğan uyuşmazlıklar konusunda tüketicinin tahkim anlaşması yapamayacağı yönündeki engel kanunla getirilmiştir⁶⁵¹. Buna karşın taksitle satımdan doğan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra uyuşmazlık ile ilgili olarak tüketicinin, sulh, ibra, feragat yetkisi olduğu dolayısıyla bu kapsamdaki uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda tartışma olmaması gereklidir. Bir başka örnekte, Yargıtay'ın kira bedelinin tespiti uyuşmazlıklarına yönelik tahkim şartını kamu düzeni kavramına dayanarak geçersiz kabul ettiğine dair kararları vardır⁶⁵². Oysa kira bedelinin yeniden belirlenmesi tarafların özgür iradeleri ile kararlaştırabileceği konulardan olduğu için, ihtiyari arabuluculuğa elverişli konulardandır⁶⁵³.

Arabuluculuk dava şartının, kapsam ve elverişlilik ölçütleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ticari davalarda, dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan uyuşmazlıkların bir kısmı arabuluculuğa elverişliliğin dışında kalabilir⁶⁵⁴. Örneğin, TTK'nın şirketler hukukuna yönelik genel hükümleri kapsamında TTK'nın 190. maddesinin yollaması ile 158. ve 178. madde hükümleri uyarınca iş ilişkilerinin geçişine ve ortakların şahsi sorumluluklarının ortadan kaldırmak konusunda anlaşma yapmak mümkün olamayacaktır. KENDİGELEN bu anlamda, TTK'nın 178. maddesine yollama yapılmasını bile gereksiz olduğunu belirtmiştir⁶⁵⁵. Anonim şirketlere yönelik düzenlemelerden emredici nitelikte kanun hükümleri kapsamında kalan uyuşmazlıkların, üçüncü kişilere etkileri yönünden şirketi temsil eden organlar ile serbest bir şekilde anlaşma yapmak da mümkün olmayabilir⁶⁵⁶. Ancak, kural olarak genel kurul kararı doğrultusunda şirketle ilişkiye girmiş üçüncü kişilerin haklarına zarar verilemez⁶⁵⁷. Örnek olarak; TTK'nın 456 vd. maddesinde düzenlenen anonim şirketlerde sermaye artırımı, TTK'nın 473. ve 475. maddelerinde düzenlenen sermayenin azaltılması,

⁶⁵¹ (EREN F. , 2017, s. 254), (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 149).

⁶⁵² (YILMAZ E. , Cilt 3, 2017, s. 3622). Kira sözleşmelerinden kaynaklanan tahliye ve kira tespiti davalarında, kiracı ve kiralayan arasında kamu düzenine yönelik devlet politikalarının bulunması nedeniyle Yargıtay'ın istikrarlı içtihatlarına karşılık öğretilde iki tarafı tacir olan kiralamaların Alman ve İsviçre uygulamaları da örnek verilerek tahkime elverişli olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. (ERDEM H. E., 2012, s. 1 vd.).

⁶⁵³ (DÜR, 2018, s. 313).

⁶⁵⁴ (MEMİŞ, 2020, s. 59)..

⁶⁵⁵ (KENDİGELEN, 2016, s. 167).

⁶⁵⁶ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 214,215).

⁶⁵⁷ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 215).

TTK'nın 507. vd. maddelerinde düzenlenen kar, kazanç ve tasfiye payları gibi şirketler hukukuna yönelik emredici düzenlemeler tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebildikleri alanı daraltmaktadır. Ayrıca TTK'nın 480. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen “pay sahipleri şirkete verdikleri sermayeyi geri isteyemezler” hükmü, üçüncü kişilere etkisi nedeniyle pay sahibi ile şirketi temsil edenler arasında sözleşme ile bertaraf edilemeyecek düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Arabuluculuğun temel kıstası olan tarafların serbest bir şekilde üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlık konuları kavramı ile bir miktar paranın ödenmesi kavramlarının ticari davalar yönünden her zaman birlikte bulunması beklenemez. Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk için kapsam bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talep edilmesidir.

Bu başlık altında ilk önce ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik incelenmiştir. Ticari davalarda arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konuları arasından dava şartı kapsamında kalan öğretilerdeki tartışmalar dikkate alınarak tartışılmıştır. Tarafların arabuluculuk şartı veya sözleşmesi ile dava aşamasından önce başvurulması zorunlu arabuluculuk aşaması oluşturup oluşturamayacakları hususu da zorunlu arabuluculuk ile yakından ilgilidir.

Dava şartı arabuluculuk zorunluluğunu ortadan kaldıran MTK ve HMK kapsamındaki tahkim, zorunlu tahkim, müzakere yönteminin sonucu olan sulh ve avukat uzlaşması sonuçları bakımından benzerlikleri yönü ile bu kısımda incelenmiştir.

B. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamı

İhtiyari arabuluculuk yoluna elverişlilik sınırı kamu düzeni⁶⁵⁸ ve tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar kavramı ile bağlantılıdır⁶⁵⁹. Oysa ticari davalarda, dava şartı arabuluculuktan söz edebilmek için hem arabuluculuğa elverişlilik hem de taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu bakımından TTK'nın 5/A maddesinde belirtilen konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat olan ticari uyuşmazlıkların kapsamı yönünden ayrı ayrı araştırma yapılması gerektir.

⁶⁵⁸ Öğretilerdeki tanımlardan yapılan bir genelleme ile kamu düzeni; “Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kuralları bütünüdür.” (KURT KONCA, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, 2017, s. 237). GÖZLER ve KAPLAN, modern kamu düzeni kavramını genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendilerine karşı korunması kavramlarının bütünü ile tanımlamıştır. (GÖZLER & KAPLAN, 2015, s. 579).

⁶⁵⁹ (BİLGE, 2014, s. 93,100,101). Kamu düzeni kavramına aşağıda Üçüncü Bölüm IV. Konu 2. f. “Emredici Kanun Hükümlerine, Genel Ahlak ve Kamu Düzenine Aykırılık” başlığı altında değinilecektir.

Dava konusu ve dava türleri kavramları hukuk sistemimizde karmaşık olarak düzenlenmemiştir. Bu yönde yapılan tasniflerin çoğu, eğitim amaçlı ve öğreti tarafından yapılan tespitlerdir⁶⁶⁰. Davada talep edilen hukuki korumaya göre davaların sınıflandırması denildiğinde; talep konusu bir şeyin yapılması⁶⁶¹, tespiti⁶⁶² ve yenilik doğuran davalar⁶⁶³ söz konusu olabilir⁶⁶⁴. Konusu bir şeyin yapılmaması olan davalar aslında bir şeyin yapılması kavramı içindedir⁶⁶⁵. Bu nedenle konusu belli miktar paranın ödenmesi veya ödenmemesi olan davalar eda davası olarak nitelendirilir⁶⁶⁶.

Yenilik doğuran davalar olarak da adlandırılan inşai davalar, kamu düzeni ve dava konuları hakkında “tereddüt” oluşturmayacak şekilde karar altına alınması gereği kaygılarıyla, uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü kişilere de etkisi dikkate alınarak tarafların serbestçe tasarrufta bulunduğu uyuşmazlıklar kapsamı dışında tutulmuşlardır⁶⁶⁷. Yenilik doğuran davalar kural olarak kanunda açık bir şekilde ön görüldüğü durumlarda açılır⁶⁶⁸. Yenilik doğuran davaların konusu olabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bir genelleme yapmak mümkün değildir. Örneğin, kira bedelinin uyarlanması talep etmek yenilik doğuran bir haktır ve medeni usul hukuku açısından kira bedelinin uyarlanması davası öğretide inşai dava olarak kabul edilmektedir⁶⁶⁹. Kira bedelinin uyarlanmasına yönelik taleplerin arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda tereddüt olmaması gerekir. Ancak uygulamada pek çok yenilik doğurucu nitelikteki ticari dava konusu üzerinde taraflar serbest bir şekilde tasarrufta bulunamaz⁶⁷⁰.

Arabuluculuğa elverişli olmayan ticari uyuşmazlıklar, aynı zamanda dava şartı arabuluculuk kapsamında da kabul edilmeyecektir. Uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığının veya zorunlu arabuluculuk kapsamına girmediğinin tespiti, dava şartı arabuluculuk uygulamasının zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisi yönünden

⁶⁶⁰ Türk hukukunda dava konusu kavramı için bkz. (ERCAN ÖZLER, 2019, s. 56).

⁶⁶¹ (KURU, Usul I. , 2020, s. 399), (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 960).

⁶⁶² (KURU, Usul I. , 2020, s. 401).

⁶⁶³ (KURU, Usul I. , 2020, s. 411), (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 984).

⁶⁶⁴ (ALANGOYA, YILDIRIM, & DEREN YILDIRIM, 2004, s. 218).

⁶⁶⁵ (KURU, Usul I. , 2020, s. 399).

⁶⁶⁶ MUŞUL, müspet ve menfi eda davası olarak bu davaları ayırmış alacağın ödenmesi yönünde açılan müspet eda davasının, alacağın ödenmemesi yönünde sonuçlanması halinde cebri icraya müsait olamayan menfi tespit hükmü olduğunu belirtmiştir. (MUŞUL, Medeni Usul Hukuku, 2012, s. 128 vd.).

⁶⁶⁷ (PEKCANITEZ, Cilt I, 2017, s. 984). BÜYÜK, “gerçek inşai davaların” konularının ancak mahkeme kararı ile sağlanacak sonuçları taşıdığını isabetli olarak ileri sürmüştür. (BÜYÜK, 2021, s. 201).

⁶⁶⁸ (KURU, Usul I. , 2020, s. 411).

⁶⁶⁹ (TİLE, 2021, s. 264).

⁶⁷⁰ Örnek olarak, anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptali veya butlanı davasının sonucu davaya katılmış olmasına bakılmaksızın bütün pay sahipleri hakkında ve geçmişe yönelik olarak sonuç doğurur. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 263).

önemlidir. Ayrıca dava şartı olan arabuluculuğun medeni usul hukukunda ortaya çıkan diğer etkileri nedeniyle de dava şartı arabuluculuğun kapsamının tespiti önem taşır.

Arabulucuya başvurulmuş olmayı dava şartı olarak düzenleyen TTK'nın 5/A maddesi arabuluculuğa elverişliliğin sınırlarını gözetmeksizin konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağı olan davaları işaret etmiştir. Bu hali ile ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik HUAK'ın öngördüğü şekilde belirlenmelidir⁶⁷¹.

Arabuluculuğa elverişliliğin bir koşulu da uyuşmazlığın, HUAK'ın 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca aile içi şiddet iddiası içermemesidir. Bu hüküm sadece aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları değil, arabuluculuğa elverişlilik açısından bütün uyuşmazlıkları kapsamaktadır⁶⁷². Bu nedenle ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında, uyuşmazlığın tarafları arasında ve uyuşmazlık konusunda aile içi şiddet hikâyesini taşıması halinde söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna varılmalıdır⁶⁷³. Ticari davalarda aile içi şiddet bağlantısı oldukça düşük bir ihtimal olsa bile kesinlikle karşılaşılmaması mümkün olmayan bir durum olmadığı kabul edilmelidir.

1. Ticari Davalarda Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Konu Bakımından Kapsamı

İhtiyari arabuluculuk, dava şartı olan arabuluculuğa göre daha geniş bir alanı kapsar⁶⁷⁴. Uyuşmazlığın taraflarının sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde yasaların cevaz

⁶⁷¹ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 47). Pozitif hukukumuzda dava şartı olan arabuluculuk uygulaması, tıpkı TTK'da olduğu gibi arabuluculuk uygulamasının düzenlediği özel bir kanun olan HUAK'da değil, İMK, TKHK gibi arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu kılınan uyuşmazlıkların konusuna yönelik özel kanunlara yapılan eklemelerle ihdas edilmektedir.

⁶⁷² (BAKIRCI, 2019, s. 369). Öğretide bazı yazarlar tarafından, ekonomik şiddetin derecesine göre arabuluculuğa elverişliliğe engel olmayabileceği ileri sürülmüştür. (DAĞLIOĞLU, 2020). Aile içi şiddet konusunda HUAK'da kapsam veya derecelendirme yapılmamış olması ve arabuluculuğun iradi olma niteliğini önemli ölçüde zedeleyeceği düşüncesi ile bu görüşe katılamıyoruz.

⁶⁷³ Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuğa elverişlilik kapsamında kabul edilmemesinin 11.05.2011 tarihli kamu oyunda "İstanbul Sözleşmesi" olarak adlandırılan "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" ile doğrudan bağlantısı bulunmamaktadır. "İstanbul Sözleşmesinin" 48. maddesi zorunlu AUYÇ kapsamı açısından yasaklama getiren bir hüküm içermektedir. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, www.rm.coe.int, e.t. 25.02.2021. HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasının Adalet Komisyonu gerekçesinden anlaşıldığı üzere arabuluculuk uygulamasının, eşitler arasında ve hiçbir baskı altında olmadan yürütülmesi gerekir. Taraflarının kendilerini güvende hissetmeyecekleri koşullar altında yürütülen arabuluculuğun, eşitlik prensibine aykırı olduğu gerekçesiyle sadece zorunlu değil, ihtiyari arabuluculuk da aile içi şiddet unsuru taşıyan uyuşmazlıklara elverişli olmayacağı uygun görülmüştür. (DEMİR Ş. , Arabuluculuk Mevzuatı, 2019, s. 34).

⁶⁷⁴ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 71).

verdiği her konuda ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmaları mümkündür⁶⁷⁵. Dava şartı arabuluculuk konularının tümü, aynı zamanda ihtiyari arabuluculuk konularıdır. Yani dava şartı arabuluculuk kapsamında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu olması halinde tarafların ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmaları ve çözüm üretmeleri mümkündür⁶⁷⁶. Bu halde taraflar ve arabulucu arasında imzalanacak anlaşma tutanağının icrası ve ispat gücü açısından dava şartı arabuluculuk yolu sonunda hazırlanacak anlaşma belgesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Kanunla ihdas edilen her bir dava şartı aynı zamanda hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelir, bu nedenle Anayasaya aykırılık tartışma konusu olabilir⁶⁷⁷. Ticari davalarda arabuluculuğu dava şartı olan öngören TTK'nın 5/A maddesi bir usul hukuku hükmü niteliğindedir, bu nedenle lafzi olarak yorumlanmalıdır⁶⁷⁸. Ayrıca ihtiyari arabuluculuk, başvuru ve uyuşmazlık çözüm yolu olarak yararlanma amacıyla bir özgürlük alanını belirlediği için elverişlilik yönünden mümkün olduğu kadar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geniş yorumlanmalıdır. Aynı gerekçe ile dava şartı arabuluculuk konularının kapsamı dar yorumlama ile tespit edilmelidir⁶⁷⁹.

Konusu para olan davalar kavramını, hukuk sistemimizde genellikle mahkeme harçları, vekâlet ücretleri yargılama giderlerinin dava değerine göre hesaplandığı çekişmeli yargı işlerinde kullanılmaktadır⁶⁸⁰. Konusu para olan davalar kapsamına, davanın konusunun para ile ölçülebildiği bütün uyuşmazlıklar girer.

Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun yürürlüğe girmesi ile birlikte dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı TTK'nın 5/A maddesinin yorumlanmasındaki farklılıklar nedeniyle tartışmaya açılmıştır⁶⁸¹. Öğretide dava şartı kapsamında olmanın ölçüsü olarak kanunun sözüyle “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretideki bu görüşleri özetlersek;

⁶⁷⁵ (TORAMAN, İflas Davası, 2020, s. 1035).

⁶⁷⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 243), (MEMİŞ, 2020, s. 129), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 147)

⁶⁷⁷ (ÖZBUDUN, 2020, s. 381 vd.). Bkz. Birinci Bölüm IV. Konu E. “Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”.

⁶⁷⁸ (PASLI, 2019, s. 19).

⁶⁷⁹ ERDOĞAN ve EMİNOĞLU'na göre, TTK'nın 5/A maddesini ihdas edilirken TTK'nın hukuk dilinin alışık olmadığı bir kavram kullanmıştır. Kullanılan kavramın müphemliği nedeniyle dava şartı olarak kabul edilebilecek uyuşmazlıkların tayini güçleşmiştir. (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 216).

⁶⁸⁰ (PEKCANITEZ, Cilt III, 2017, s. 1133).

⁶⁸¹ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 137).

TANRIVER; düzenlemenin açık olduğunu, zorunluluğun “*tüm ticari davalar için değil sadece bir miktar paranın ödenmesi biçiminde somutlaşan alacakları konu alan ticari davalar*” yönünden söz konusu olduğunu belirtmiştir⁶⁸². Yazar, TTK’nın 4. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde belirtilen “fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuat” tanımlamasının SMK ve FSEK’i birlikte kapsadığını belirtmektedir⁶⁸³. Ancak bu mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıkların fikri ve sınai haklar mahkemesinde görüleceği için ticari dava olarak kabul edilemeyeceğini, dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir⁶⁸⁴. Buradan hareketle TANRIVER’in asliye ticaret mahkemesinde veya ticaret mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülmeyen davaların dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı dışında kaldığı görüşünde olduğu ortaya çıkmaktadır.

ERMENEK ve AZAKLI ASLAN, HUMK uygulamasından kalan bir alışkanlıkla mahkemelerin talep sonucundan değil uyuşmazlık konusundan hareketle davaları nitelendirdiklerine işaret etmişlerdir⁶⁸⁵. Yazarlar, HMK’nın mevcut sistemine göre dava konusunun talep sonucuna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸⁶. Talep sonucu bakımından TTK’nın 5/A maddesinin ancak eda davaları için uygulanmasının söz konusu olabileceğini isabetli olarak ileri sürmüşlerdir⁶⁸⁷.

YILMAZ, TTK’nın 5/A maddesinin eda davaları ile sınırlı olmadığını, talep edilen hukuki korumadan bağımsız olarak, “*belirli bir miktardaki alacağın ya da tazminatın ödenmesi ile doğrudan ya da dolaylı ilgisi bulunan her türlü ticari davayı*” kapsadığını belirtmiştir⁶⁸⁸. Ayrıca yazar tüketici mahkemesinde görülen ve mutlak ticari davalar kapsamındaki uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁸⁹.

AKİL, kesin hükmün tespit ölçütünün “özdeş” dava konusu olduğuna göre TTK’nın 5/A maddesindeki “*bir miktar paranın ödenmesi*” kavramının dava konusu

⁶⁸² (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 300).

⁶⁸³ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 302,303).

⁶⁸⁴ TANRIVER, FSEK’in 76. maddesinden hareketle bir yerde müstakil fikri ve sınai haklar mahkemesi bulunması halinde FSEK kapsamındaki uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde değil, asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğine işaret etmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 303). TANRIVER, SMK’nın 156. maddesinde görev ve yetkiye ilişkin düzenlemenin hem yeni tarihli olması hem de özel kanun olması gerekçesiyle SMK kapsamındaki uyuşmazlıkların dava şartı olan arabuluculuk kapsamı dışında kaldığını ileri sürmüştür. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 304). Bu konu aşağıda bu bölümde V. Konu E. “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Davalar” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

⁶⁸⁵ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 144).

⁶⁸⁶ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 143).

⁶⁸⁷ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 145).

⁶⁸⁸ (YILMAZ A. , 2018, s. 236).

⁶⁸⁹ (YILMAZ A. , 2018, s. 235).

olarak kabul edilmesi gerektiğini öne sürmüştür⁶⁹⁰. Buradan hareketle yazar, menfi tespit davaları da dâhil olmak üzere konusu bir miktar para olan bütün davaları, davacının talep sonucuna bakılmaksızın dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul etmektedir⁶⁹¹.

PASLI, TTK'nın 5/A maddesinin ilk şartı olan ticari dava kavramından hareket edilmesi gerektiği görüşündedir⁶⁹². Yazar, ticari davaların kapsamını geniş olarak yorumlamaktadır⁶⁹³ ve lafza bağlı yorum ile TTK'nın 5/A maddesinin dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁹⁴. Yazara göre bir uyuşmazlık görev anlamında ticaret mahkemesinde görülme dahi davanın niteliği değiştirmez ve ticari dava olarak kabul edilmelidir⁶⁹⁵. Buradan hareketle; TTK'da mutlak ticari dava olarak düzenlenen konularda davanın tüketici mahkemesinde veya fıkri ve sınai haklar mahkemesinde ve fakat ticari dava olarak görülmesi halinde dava şartı olan ticari uyuşmazlık kapsamında olması gerektiği yazar tarafından ileri sürülmüştür⁶⁹⁶.

YARDIM, TTK'nın 5/A maddesinin dilini eleştirmekle birlikte dar ve lafzi yorumla değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar arasındadır⁶⁹⁷. Yazar, davaların nitelendirmesinde HMK'nın davacının talebine sonuç bağladığına işaret ederek, eda davasına konu olabilecek talepleri kapsamayan davaların dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir⁶⁹⁸.

EMİNOĞLU ve ERDOĞAN, ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun kapsamının bir ölçütü olarak arabuluculuk uygulamasının sonucunda ilamlı icraya konu olabilecek bir sonuç çıkması gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁹⁹. Ayrıca yazarlar, davaların nitelendirmesine yönelik olarak öğretide baskın görüşün davanın talep sonucuna göre belirlenmesi gerektiği yönünde olduğunu belirtmişlerdir⁷⁰⁰. Yazarlar buradan hareketle, TTK'nın 5/A maddesinin “lafzı ve amacı dikkate alındığında” eda davaları dışındaki davalarda dava şartı arabuluculuğun söz konusu olamayacağını belirtmiştir⁷⁰¹.

KOÇYİĞİT ve BULUR, TTK'nın 5/A maddesinin yürürlük amacından hareketle dava şartı arabuluculuk kapsamının belirlenmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın esas

⁶⁹⁰ (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 321).

⁶⁹¹ (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 322).

⁶⁹² (PASLI, 2019, s. 15).

⁶⁹³ (PASLI, 2019, s. 16).

⁶⁹⁴ (PASLI, 2019, s. 18).

⁶⁹⁵ (PASLI, 2019, s. 16).

⁶⁹⁶ (PASLI, 2019, s. 16, 24).

⁶⁹⁷ (YARDIM, 2019, s. 99).

⁶⁹⁸ (YARDIM, 2019, s. 95, 100).

⁶⁹⁹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 156).

⁷⁰⁰ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 158).

⁷⁰¹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 156).

alınmasını ileri sürmüştür⁷⁰². Yazarların, “TTK’nın 5/A maddesini ihdas eden madde gerekçesinde kanun koyucunun sadece bir miktar para alacağının ödenmesi olan eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edip diğer tüm dava türlerini kapsam dışında tuttuğuna ilişkin açık bir gerekçe yoktur” şeklindeki görüşlerini kanunun ihdas amacına dayandırmış oldukları anlaşılmaktadır⁷⁰³. Ancak yazarların ileri sürdüğünün aksine kanunda açık bir şekilde “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” ifadesi bulunmaktadır. Dava şartlarının HMK’nın 114. maddesinde düzenleniş şekli ve aynı maddenin 2. fıkrasında “ Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.” şeklindeki özel düzenlemeden yola çıkarak içtihatla dava şartı üretmenin zorluğunu ortaya koymaktadır⁷⁰⁴. Ayrıca TTK’nın 5/A maddesinin gerekçesinde eda davaları dışında kalan davaların kapsama dâhil edilmesine yönelik açık bir ifade olmaması zaten kanun koyucunun iradesinin ne yönde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle yazarların görüşüne katılmamaktayız.

KURT KONCA, ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun davaların konusu bakımından tespit edilmesi gerektiğini ileri süren yazarlardandır⁷⁰⁵. Bu şekilde TTK’nın 5/A maddesinin itirazın iptali ve menfi tespit davalarında geçerli bir kural olduğu yazar tarafından belirtilmiştir⁷⁰⁶.

TORAMAN, davaların türüne göre değil uyuşmazlığa göre ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰⁷. Buradan hareketle uyuşmazlığın belirli bir para borcuyla ilgili olması halinde dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacağını ve menfi tespit davalarının bu nedenle dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını ileri sürmüştür⁷⁰⁸.

Arbuluculuk uygulamasını ticari davalar için dava şartı olarak düzenleyen TTK 5/A maddesinde, “konusu bir miktar paranın ödenmesi” denildiğine göre kanunun lafzından eda davası, alacak davası niteliğindeki ticari davaların dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında olduğu anlaşılmaktadır⁷⁰⁹. Özel bir dava şartını düzenlemesi

⁷⁰² (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 140 vd.).

⁷⁰³ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 141), (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 499,500). Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının hukuk sistemimize yeni girdiği zamanlarda ilk derece ve bölge adliye mahkemeleri, davacının talebine göre değil, uyuşmazlık konusunu dikkate alarak verilen kararlar vermiştir. (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3158).

⁷⁰⁴ (ALBAYRAK, Özel Dava Şartı, 2015, s. 968).

⁷⁰⁵ (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 2,3).

⁷⁰⁶ (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 5).

⁷⁰⁷ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3166).

⁷⁰⁸ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3166).

⁷⁰⁹ (YARDIM, 2019, s. 99). Benzer görüşlerle Yargıtay 19. HD, Yargıtay Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararında Y. 19. HD,

olmasına rağmen yeterince açık olmadığı ve kapsamının belirsiz kaldığı hak kayıplarına neden olduğu gerekçesiyle, TTK'nın 5/A maddesinde kullanılan dile yönelik çok sayıda eleştiriye öğretilde rastlamak mümkündür⁷¹⁰.

Ticari davalarda, zorunlu arabuluculuk kapsamı açısından genel ayrım davada bir miktar para alacağının talep edilip edilmediğine ilişkin olmalıdır. Tazminat veya alacak adı altında bir miktar paranın ödenmesinin talep edilmesi halinde arabuluculuk dava şartı olarak incelenmelidir. Bu durumda TTK'nın 5/A maddesi düzenlemesinin HMK'nın davaları talep sonucuna göre tasnif eden sistemiyle paralel olduğu kabul edilmelidir. Davanın niteliğinin HMK'da davacının talebi doğrultusunda belirlenmesi nedeniyle davada para ödenmesinin talep edilmemesi halinde arabuluculuk yoluna başvurmak dava şartı olarak aranmamalıdır. Davada para ödenmesi dışında bir şey talep edilmesi halinde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmak mümkün olabileceken, mahkeme dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurmuş olmayı dava şartı olarak aramamalıdır⁷¹¹.

Arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık konusunun dava şartı kapsamı dışında kalması halinde adliye arabuluculuk bürosu veya arabulucu tarafından izlenmesi gereken sürece yönelik düzenleme HUAK veya HUAKY'de bulunmamaktadır. Uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşıldığı halde dosyanın adliye arabuluculuk bürosuna iade edilmesi, HUAKY'nin 26. maddesinin 3. fıkrasında

T. 13.02.2020, E. 2020/85 K. 2020/454 sayılı kararına da atıf yaparak "...Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır...", "...HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşıldığı halde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir...", "...ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiş olduğundan aynı nitelikteki uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına ve ancak tüketici mahkemelerinde görülen davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83/2 hükmü uyarınca ticari dava olarak değerlendirilemeyeceğine 04.06.2020 gününde oybirliğiyle ve 5235 sayılı Kanun'un 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi." şeklinde karar vermiştir. Y. 19. HD, T. 04.06.2020, E. 2020/237 K. 2020/805, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 11.03.2021.

⁷¹⁰ (PEKCANITEZ, Tartışmalar, 2019, s. 143-145), (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 119), (PASLI, 2019, s. 17), (YARDIM, 2019, s. 99), (BÜYÜKALP SARIOĞ, 2020, s. 452,453), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 218), (TORAMAN, İflas Davası, 2020, s. 1053), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3160). Öğretilde, İMK'nın 3. maddesi ile TTK'nın 5/A maddesinin 1. fıkrasının kanun yapma tekniği açısından karşılaştırılmasında İMK'nın dava şartı olan arabuluculuk yönünden daha az tartışmaya neden olduğu, tespit davalarını ise tereddüt oluşturmada dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında olduğu isabetli olarak ileri sürülmüştür. (YARDIM, 2019, s. 100), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 3).

⁷¹¹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 217).

öngörülmüştür. Bu halde arabuluculuk sürecine son verilmeli, anlaşma veya anlaşmama yönünde herhangi bir işlem yapılmamalı ve arabulucu ücretini almamalıdır.

Uyuşmazlık konusunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı gerekçesiyle arabuluculuk sürecinin sona ermesi halinde, TTK 5/A maddesindeki arabuluculuk yoluna başvurma şartı yerine getirilmiş olduğu için mahkeme tarafından yerindelik denetimi yapılmaması, dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekli olduğunu ileri sürmekteyiz. Bu görüşe HUAK'ın 17. maddesi ve HUAKY'nin 26. maddesinin 3. fıkrasından ulaşmaktayız. Dava şartı arabuluculuk uygulamasını sonlandırma yönünde ihtiyari arabuluculuk uygulamasını sonlandıran nedenlerden farklı nedenler öngörülmemiştir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan kitap, dava şartı arabuluculuğun kapsamını geniş olarak yorumlamaktadır ve tereddüt olan konularda bile başvuru yapılması tavsiye edilmektedir⁷¹². Dava şartı kapsamında olmayan bir konuda, dava şartı olan arabuluculuğa müracaat nedeniyle oluşabilecek kamu zararının tazminine yönelik pozitif hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle tarafların dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında kalan bir konuda süreci başlatmış olduğunun anlaşılması halinde arabulucunun süreci bilerek devam ettirmesi ve bundan menfaat temin etmesi beklenmemelidir. Süreç sehven kayıt veya arabuluculuğa elverişsizlik gibi gerekçelerle kapatılmalıdır görüşünü ileri sürmekteyiz.

2. Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Zaman Bakımından Kapsamı

Araştırma konumuz olan ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun, konu bakımından kapsamının yanında zaman bakımından kapsamının tartışılması da önem taşımaktadır. Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun zaman bakımından kapsamının değerlendirilmesi dava şartının yerine getirilmesi yönünden adliye arabuluculuk bürosuna ne zaman başvurulması gerektiğinin tartışılmasıdır. Kanunda belirtilen zaman kesitinden önce veya sonra yapılacak başvurunun dava şartının yerine getirilmiş olması yönünden önem taşıdığı kabul edilmelidir.

Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun ancak eda davaları için geçerli olabileceği önceki başlık altında belirtilmişti⁷¹³. Bir eda davasının mahkeme tarafından dinlenebilmesi için dava açılmadan önce uyuşmazlığın doğmuş olması şartı ve dava

⁷¹² (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 129 vd.).

⁷¹³ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 145).

açıldığı anda talep edilebilir bir hakkın varlığı aranır⁷¹⁴. Bu durum davacının korunmaya değer hukuki menfaatinin bulunması olarak nitelenir⁷¹⁵ ve HMK'nın 114. maddesinin 1. fıkrasının h bendi uyarınca aynı zamanda bir dava şartıdır. Kural olarak dava şartlarının, davanın açıldığı anda mevcut olması ve dava sonuçlanıncaya kadar da varlığını devam ettirmesi zorunludur⁷¹⁶. Eda davaları açısından talep edilebilir hakkın varlığının dava açıldığı anda bulunması kavramı usuli bir zaman kesiti ile doğrudan bağlantılıdır.

Çalışmamızda sıklıkla belirtildiği gibi dava şartı olarak öngörülse bile arabuluculuk bir yargılama değildir⁷¹⁷. Bu durumda HMK veya özel kanunlarda öngörülen dava şartlarının, arabuluculuk uygulaması yönünden bir öneminin olmaması gerekecektir. Kısaca arabuluculuk uygulamasında arabulucu veya taraflar, dava şartlarının varlığını veya yokluğunu tartışmamalıdır. Kural olarak arabuluculuk yoluna başvurmak veya arabuluculuk yolu ile diğer taraftan herhangi bir talepte bulunmak için başvurunun hukuki menfaatinin bulunması gibi bir şart aranmaz. Bu nedenle henüz talep edilmesi mümkün olmayan haklar için arabuluculuk yoluna başvurmak kural olarak mümkün olmalıdır⁷¹⁸. Bu önermeden, zaman bakımından arabuluculuğa elverişliliğe yönelik bir sınırlama bulunmadığı sonucunu çıkarabiliriz⁷¹⁹. Ancak bu kuralın dava şartı arabuluculuk yönünden bazı istisnaları bulunmaktadır.

İlk istisna arabuluculuk uygulamasıyla amaçlanan sonuca yöneliktir. Arabuluculuk uygulamasının sonucunda oluşan anlaşma belgesinin, maddi hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁷²⁰. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesi; emredici kanun hükümlerini, kamu düzenini ihlal etmemeli ve maddi hukuk yönünden tabi olduğu geçerlilik şartı teşkil eden diğer unsurları bulundurmali veya bulundurmamalıdır⁷²¹. Arabuluculuk süreci ve sonucunda ortaya çıkan anlaşma

⁷¹⁴ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 948), (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 168).

⁷¹⁵ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 946,947).

⁷¹⁶ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 951).

⁷¹⁷ (YAKUT, 2010, s. 51), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 22), (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 145).

⁷¹⁸ (BÜYÜKALP SARIOZ, 2020, s. 428).

⁷¹⁹ Tahkim, yargılama olarak kabul edildiği için yargılamaya özgü olan korunmaya değer hukuki menfaat bulunmaması kavramı tahkimde de aranır, hakemler tarafından dikkate alınır ve böyle bir durumda karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekir. (AKINCI, 2016, s. 239). EKŞİ, usule ilişkin nihai hakem kararlarının konusu ve etkisi yönüyle ayrıma giderek usule ilişkin ve uyuşmazlığı tam olarak sonlandırmayan belirli bir ihtilafın sonlanmasına yönelik kararları “kısmi karar” olarak nitelemiştir. (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 188). Kısmi nihai kararların her zaman hakem yargılamasını sona erdirmesi söz konusu olmayabilir, EKŞİ, buna örnek olarak yetki itirazının hakemler tarafından kabul edilmesinin tahkimi sonlandırmamasını göstermiştir. (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 189). Benzer şekilde tahkime başvururken talep edilebilir bir alacağın bulunmaması da aynı sonuçları doğurmalıdır. O halde zaman bakımından tahkim yoluna başvuru ile dava yoluna başvuru arasında benzerlik bulunmaktadır diyebiliriz.

⁷²⁰ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm IV. Konu A.4.”Anlaşma Sağlanması”.

⁷²¹ (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 80 vd.).

belgesinin kanunların emredici hükümlerine aykırı olması beklenemez. Arabuluculuk sonucu ortaya çıkacak sözleşmenin geçerliliği için belirli bir zaman kesitinde gerçekleşmiş olması kanunlarda emredici olarak öngörülmüş olabilir. Bu süreden önce yapılan anlaşmaların geçersizliği söz konusu olabilir⁷²². Arabuluculuğa elverişlilik için öngördüğümüz kuralın yani zaman yönünden arabuluculuğun sınırı olmadığı kuralının arabuluculuk uygulamasının sonucuna yönelik bir istisnasını bu şekilde ortaya koyabiliriz. Bu istisna dava şartı veya ihtiyari arabuluculuk ayrımı gözetmeksizin geçerli olmalıdır.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir konuda dava açılması halinde mahkeme, davacının arabuluculuk dava şartını yerine getirmiş olmasını resen inceleyecektir. Mahkemenin incelemesi, dava şartı arabuluculuk yoluna başvuru, arabuluculuk konusu, son tutanağın ve anlaşma belgesinin düzenlemesinin hangi usul kesiti içinde gerçekleştiğini de kapsamalıdır. Bu konu aynı zamanda belirli bir uyuşmazlığa özgülenmiş arabuluculuk sürecine başvurulması ile de ilgilidir⁷²³ ve henüz talep edilebilir bir hak doğmadan başvurulmuş arabuluculuk yoluyla dava şartının yerine getirilmesi meselesidir⁷²⁴. Kural olarak ihtiyari arabuluculuk yoluna, uyuşmazlığın taraflarının her zaman başvurabileceğini belirtmiştik. Ancak dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasında zaman yönünden başvuru konusunda farklılık bulunması söz konusu olabilecektir. Dava şartı arabuluculuğa başvurmak belirli bir usuli zaman kesiti içinde yerine getirilmesi gereken yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır⁷²⁵. Kanun koyucu dava şartı arabuluculuk uygulamasını ihdas ederken sadece arabuluculuğun bilinirliğinin artmasını ve yaygınlaştırılmasını amaçlamamıştır. Aynı zamanda mahkemelerin üzerindeki iş yükünü azaltmak da dava şartı arabuluculuk uygulamasının amaçlarından bir tanesidir. Bu nedenle uygulama merkezi bütçe tarafından fonlanmakta ve bundan fayda beklenmektedir. Dava yoluyla talep edilmesi mümkün

⁷²² Yargıtay 9. HD bir kararından TBK'nın 420. maddesinin 2. fıkrasını aynen karar metnine alarak, "Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında ...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür." şeklinde karar vermiştir. Y. 9. HD, T. 08.12.2016, E. 2016/25300 K. 2016/21744, (ODAMAN, 2017, s. 1757).

⁷²³ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 44).

⁷²⁴ Kural olarak işçi alacaklarına yönelik talepler için alacağın doğmasından sonra her zaman, işe iade davalarında ise İMK'nın 20. maddesinde düzenlenen sürelerde dava açılabilmesi belirtilmiştir. (OKUR, 2019, s. 95-100). Ayrıca önel ile yapılan fesihlerde açılacak işe iade davalarına ilişkin olarak arabuluculuğa başvuru süresinin feshin sonuçlarını doğurmasından sonra yani önelin bitmesinden sonra hesaplanması gerektiği isabetli olarak ileri sürülmüştür. (BETİN & OCAK, İşe İade, 2020, s. 254).

⁷²⁵ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 245).

olmayan bir konunun dava şartı arabuluculuk olarak başvuru konusu olması bu nedenle mümkün olmamalıdır.

Dava şartı arabuluculuğa başvurunun anı itibarıyla uyuşmazlık konusunun talep edilebilir olup olmadığının araştırılması dava şartının yerine getirildiğinin araştırılması ile doğrudan ilgilidir. Başvurucunun, dava şartı arabuluculuk yoluna başvurduğu anda korunması gereken ve dava edilebilir hukuki menfaati bulunup bulunmadığının ileride açılacak olan davada mahkeme tarafından araştırılması söz konusu olabilecektir.

Somut bir örnek vermek gerekirse 2918 sayılı, 13.10.1983 tarihli Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 97. maddesi uyarınca⁷²⁶, “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir”. KTK’da öngörülen sigorta kuruluşuna başvuru, özel bir dava şartıdır⁷²⁷. Bu başvuru şartı yerine getirilmeden dava açılması halinde davalı sigorta şirketi dava şartı eksikliği iddiasını ileri sürebilir. Hatta dava şartı söz konusu olduğuna göre mahkeme davacının sigortacıya başvuru yapıp yapmadığını kendiliğinden incelemek mecburiyetindedir. Ayrıca uyuşmazlığın tanımını yaparken yarışan ve çatışan tarafların hem birbirlerinden haberdar olmaları hem de çatışmanın devam etmesine neden olan menfaatlerini ve iradelerini birbirlerine karşı ileri sürmeleri gerektiği yukarıda belirtilmişti⁷²⁸. Sigortalının, KTK’da öngörülen başvuruyu yapmasından önce sigortacının hasar veya tazminatla ilgili bilgi ve belgelere ulaşması mümkün değildir. Yapacağı ödeme ile ilgili olarak bilgisi olmayan sigortacının, arabulucu önünde anlaşma yapmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁷²⁹.

⁷²⁶ Benzer bir düzenleme, 03.06.2007 tarih 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun (SK) 30. maddesinin 13. fıkrasında sigorta şirketine yapılacak müracaattan sonra 15 iş günü olarak mevcuttur.

⁷²⁷ SEVEN; KTK ve SK kapsamında önce sigortacıya başvuru koşulunu, özel ve olumlu dava şartı olarak nitelemiştir. (SEVEN, 2018, s. 115).

⁷²⁸ (KEKEÇ, 2016, s. 5). Ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm I. Konu A. “Uyuşmazlık ve Çözüm Süreci”.

⁷²⁹ Örneğin, rizikonun gerçekleşmesine rağmen sigorta lehtar L gerekli bilgi ve belgeleri vermeden dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmuştur. Sigorta şirketinin avukatı S, arabulucuyla yapılan ilk görüşmede kendilerine zarar ve riziko ile ilgili bütün belgelerin teslim edilmeden müzakere etmelerinin mümkün olmadığını iletmiştir. Gerekçe olarak, sigorta şirketlerinin SK uyarınca sıkı murakabe yani denetime tabi olduklarını, tazminat ödemelerinin SK’ya aykırı olamayacağını belirtmiştir. (KARA, Sigorta Hukuku, 2021, s. 66). Bu nedenle tarafların dava şartı arabuluculuk yoluyla anlaşması söz konusu olmamıştır. Bu şekilde dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulduğuna ve anlaşılmadığına dair artık lehtarın elinde son tutanak bulunmaktadır. L, daha sonra KTK’nın 97. veya SK’nın 30. maddesi uyarınca sigorta şirketine karşı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş sigortacının teklif ettiği tazminat miktarını kabul etmeyerek dava

Tüketicilerin korunması yönündeki eğilimlerin sonucu olarak ortaya çıkan başkaca örnekler de ileri sürülebilir. Tüketicinin karşısında bulunan mal ve hizmet sağlayıcısının deneyim birikiminden bağlantılı olarak uyuşmazlık çözümünde avantajlı olduğu ileri sürülmüştür⁷³⁰. Bu nedenle tüketici, sadece hizmet veya malın niteliği, üretim şekli, evsafı gibi maddi hukuka açısından değil uyuşmazlığın çözümü konusunda da korunmaya muhtaçtır. ERMENEK, “girişimcinin” çok sayıda benzer konuda uyuşmazlıkla karşılaşmış olmasının sonucu olarak uyuşmazlık çözüm seçenekleri konusunda belirleyici olacağını ileri sürmüştür⁷³¹. Sınırlı sayıda uyuşmazlık veya yargı süreci ile karşılaşan tüketici manipüle edilmeye açıktır ve korunması gereklilik teşkil eder. Benzer bir durum iş hukuku kapsamında işe iade davalarında da tartışılmıştır⁷³². Dava şartı arabuluculuğun zaman yönünden kapsamı bütün dava şartı arabuluculuk uygulamaları için geçerli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide bir hak üzerinde tasarrufta bulunabilmek için öncelikle hakkın doğmuş olması gerektiği kabul edilmektedir⁷³³.

Buraya kadar ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk yoluna en erken ne zaman başvurulabileceği yani zaman bakımından kabul edilebilecek üst sınır tartışılmıştır. Ticari davalarda arabuluculuk dava şartının kaynağı olan TTK’nın 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa başvurulması gereken en son zaman dava açmadan öncedir. Dava, dava dilekçesi ile açılır⁷³⁴, bu gün artık fiziki ortamın yanında UYAP sisteminden de dava açmak mümkündür⁷³⁵. Zaman bakımından arabuluculuğa başvurma alt sınırının belirlenmesi için tek başına TTK’nın 5/A maddesi yeterli olmamalıdır. Dava dilekçesine arabuluculuk son tutanağının eklenmesini zorunlu kılan HUAK’ın 18. maddesinin 2. fıkrası ile TTK’nın 5/A maddesi birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu nedenle dava açıldığı anda arabuluculuk başvurusunun yapılmış ve sonuçlanmış olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz⁷³⁶.

açmıştır. Dava şartı arabuluculuk yoluyla HUAK’ın amaçladığı faydanın böyle bir süreçte gerçekleştiğinin kabul edilebilirliği şüphelidir. Ayrıca TMK’nın 2. maddesi uyarınca bu davranışın hakkın kullanılması açısından iyi niyet kuralarının ihlali niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

⁷³⁰ (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 45).

⁷³¹ (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 45).

⁷³² (OKUR, 2019, s. 95-100), (BETİN & OCAK, İşe İade, 2020, s. 254).

⁷³³ (UMAR, 2014, s. 1014), (YILMAZ E. , Cilt 3, 2017, s. 3263), (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2166).

⁷³⁴ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 643).

⁷³⁵ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 651).

⁷³⁶ Örneğin; X, Y aleyhine Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesinde 01.01.2021 Cuma günü ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir dava açmıştır. Aradaki günler tatil olduğu için Bakırköy Adliye Arabuluculuk Bürosuna 04.01.2021 tarihinde başvurarak dava şartı arabuluculuk

Bu konuda öğretide iki farklı görüş söz konusudur. İlk görüşe göre dava şartı arabuluculuğun sonradan tamamlanmasının mümkün olduğu görüşüdür⁷³⁷. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre dava şartı olan arabuluculuğa kanun koyucu diğer dava şartlarından farklı sonuçlar bağlamıştır ve sonradan ikmalleri mümkün değildir⁷³⁸. Bunun yanında YARDIM, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmayı yeterli görmekte, son tutanağın dava dilekçesine eklenmemesi halinde son tutanağı eklemek üzere mahkemenin süre vermesinin doğru olacağını, sürecin dava açılmadan önce sonuçlanmış olmasının gerekmediğini ileri sürmektedir⁷³⁹. Biz bu görüşe son tutanağın dava dilekçesine eklenmesinin dava şartı olduğunu belirten HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrasının açık hükmü uyarınca katılamıyoruz. Bu nedenle ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun kapsamının değerlendirilmesi için TTK'nın 5/A maddesinin ve HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz.

Bu kısma kadar ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun zaman bakımından kapsamı yönünden alt ve üst sınırı olan belirli bir usul kesitinin sınırını çizdiğimizi belirtebiliriz. Zaman bakımından arabuluculuğa elverişliliğin ve dava şartı arabuluculuğun zaman bakımından kapsamının, uyuşmazlığın konusu yönünden arabuluculuğa elverişlilik ve kapsam kavramlarının bir alt kavramı olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenle arabuluculuğa elverişlilik ve dava şartı arabuluculuğun kapsamı çalışmamızda üst kavram olarak nitelendirilmiştir. Taraflar arasında henüz talep edilebilir bir alacağın bulunmadığı dönemde veya uyuşmazlıkla ilgili davanın açılmasından sonra dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulduğunun arabuluculuk görüşmeleri sırasında anlaşılması halinde arabulucunun süreci sonlandırması daha doğru bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabulucunun, zaman yönünden ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı yönünden değerlendirme yaparak, tıpkı arabuluculuğa elverişsiz, sehven kayıt veya dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında kalan konularda

kapsamında arabulucu A'nın atanmasını sağlamıştır. Arabulucu A, derhal taraflarla iletişime geçmiş 14.01.2021 tarihinde ilk oturum yapılmıştır. İlk oturumda X ve Y anlaşamamış ve üzerinde anlaşılabilen konular arabuluculuk son tutanağına yazılmıştır. Mahkeme 21.01.2021 tarihinde dosyayı ele almış ve X'in dilekçesinin ekinde arabuluculuk son tutanağının bulunmadığı anlaşılmış X'e arabuluculuk son tutanağı sunması için X'e yedi gün süre vermiştir. X ilk gün dosyaya arabuluculuk son tutanağını sunmuştur. Bu örneği farklı şekillerde geliştirmek mümkündür.

⁷³⁷ KOÇYİĞİT ve BULUR, mahkeme ve karşı tarafın eksikliği fark etmesine kadar dava şartı arabuluculuk şartının yerine getirilebilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 48).

⁷³⁸ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 141,245).

⁷³⁹ (YARDIM, 2019, s. 109).

olduğu gibi dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade etmesinin arabulucunun güvenilir kişiliğine uygun bir çözüm yolu olacağını ileri sürebiliriz.

C. Sözleşmeyle Kararlaştırılan Arabuluculuk

İhtiyari arabuluculuğa elverişli konularda taraflar henüz aralarında uyuşmazlık belirmeden önce arabuluculuk sözleşmesi yapabilecekleri gibi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da arabuluculuk sözleşmesi yapabilirler⁷⁴⁰. Taraflar, temel ilişkiye yönelik hazırlanan sözleşmeye eklenecek bir şartla veya müstakil olarak arabuluculuk sözleşmesi yapabilir. Bu kısa açıklamaya göre, arabuluculuk sözleşmesi, tarafların uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yoluna müracaatlarını öngören bir özel hukuk sözleşmesidir⁷⁴¹.

Kanunla yapılmış arabuluculuk sözleşmesi tanımı ve düzenlemesi bulunmamaktadır⁷⁴². Bu nedenle arabuluculuk sözleşmesi şekle bağlı değildir⁷⁴³, bununla birlikte bir sözleşme olarak kuruluşu, geçerliliği ve ispat koşulları yönünden TBK'nın ilkelerine bağlıdır⁷⁴⁴. İhtiyari arabuluculuk yolunda tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce yaptıkları arabuluculuk anlaşmaları mevcut sözleşmeye eklenen bir şartla veya bağımsız bir arabuluculuk sözleşmesi ile yapılabilir. Bunun yanında HUAK'ın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taraflardan birisi diğer tarafı arabulucuya başvuruda bulunmak üzere davet edebilir.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Arabuluculuk sözleşmesinin hem maddi hem de usul hukuku açısından sonuçlar doğurduğu, bu nedenle karma nitelikte bir sözleşme olduğu ileri sürülmüştür⁷⁴⁵.

Arabuluculuk sözleşmesinin geçerliliğini ancak sözleşme özgürlüğü sınırlarını belirleyen genel hükümler, örneğin TBK'nın 26, 27. maddeleri ve özel olarak da HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrası çizecektir. Tarafların serbestçe tasarruf etme imkânı

⁷⁴⁰ KILIÇOĞLU, arabulucu ve arabuluculuk sözleşmesi arasındaki ses benzerliğine ve karıştırılma ihtimaline dikkat çekmiştir, arabulucuyla yapılan sözleşme ve arabulucuya başvurma sözleşmesi olarak bu sözleşmelerin adlandırılmasının daha isabetli olduğuna işaret etmiştir. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 47).

⁷⁴¹ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 101), (YAKICI, 2019, s. 38). (KILIÇOĞLU, 2020, s. 51).

⁷⁴² (KILIÇOĞLU, 2020, s. 56).

⁷⁴³ (ERTÜRK, 2019, s. 140).

⁷⁴⁴ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 265). HMK, MTK kapsamında tahkim anlaşması yazılı şekle tabidir ancak günümüzde yazılı şekil şartından uzaklaşma eğilimi belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır, bu durumun pozitif hukukun ihtiyaçların gerisinde kalmasına yol açmaktadır. (ZORLU, 2020, s. 124).

⁷⁴⁵ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 104,105), (DÜR, 2018, s. 331).

bulundukları özel hukuk uyuşmazlıkları ve genel ahlak, kanunların emredici hükümleri gibi sınırlar dâhilinde arabuluculuk sözleşmesi yapılması mümkündür⁷⁴⁶.

Tarafların arzu ettikleri kişiyi arabulucu olarak seçmelerine engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmede belirli bir arabulucu atanmamış olması halinde taraflar sözleşmede kararlaştırılan yöntemle arabulucu atama yoluna gidebileceklerdir. Sözleşmede bir arabulucu belirtilmemiş ve arabulucu atama yöntemi de bulunmuyorsa HUAK 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca arabuluculuk yoluna başvurmak isteyen tarafın seçtiği arabulucu tarafından yapılan davete otuz gün içinde cevap verilmemesi halinde ihtiyari arabuluculuk yolundan sonuç alınamadığı kabul edilmelidir⁷⁴⁷. Tarafların tekrar arabuluculuk yolunu deneme hakkı her zaman için bulunmaktadır.

Tarafların sürenin bitimini beklemeden, açık bir şekilde arabuluculuk yolunu tercih etmediklerini veya bu yönteme devam etmeyeceklerini bildirmeleri ile süreç sona erer. Zımni olarak dava açılması, arabuluculuk dışında başka bir yol ile diğer taraf aleyhine arabuluculuk uygulamasının sona erdiği anlamına gelen hareketleri de sürecin sona erdiğini gösterir⁷⁴⁸.

İhtiyari arabuluculuk yolunu deneyen taraflar için, arabulucunun HUAK'ın hükümlerinin uygulanabilmesi için seçilen kişinin HUAK'ta öngörülen niteliklerde ve sicile kayıtlı arabulucu olması zorunluluğu bulunmaktadır. Arabuluculuk sürecinin işlemlerine ilişkin kurallar ve süreç sonunda arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliği, arabulucunun statüsü ile ilgilidir. Bu nedenle, HUAK kapsamında arabulucu olarak nitelenmeyen bir kişi ile yapılacak görüşmeler belki başka bir AUÇY olan müzakere kapsamında kabul edilebilir.

Sözleşme ile anlaşarak dava şartı veya ilk itiraz oluşturulması mümkün değildir⁷⁴⁹. Dava şartları kamu düzeni ile ilgilidir. Dava şartlarının varlığı veya yokluğu hâkim tarafından resen dikkate alınır⁷⁵⁰. İlk itirazlar ancak kanunlarda sınırlı sayıda sayılan

⁷⁴⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 102). Benzer yönde hukuki tartışmalar tahkim hukuku açısından yapılmıştır, ihtiyari tahkim öncesi tarafların AUÇY denemesine yönelik sözleşme yapmalarında engel bulunmamaktadır bkz. (EKŞİ, AUÇY, 2015, s. 123 vd.) .

⁷⁴⁷ (DÜR, 2018, s. 328). KILIÇOĞLU, arabuluculuk sözleşmesinde tarafların edimlerini arabulucunun belirlenmiş olup olmamasına bakarak değerlendirmiş sözleşmede arabulucunun belirlenmiş olmaması halinde taraflara arabulucuyu belirleme yükümlülüğü yükleyen bir sözleşme olarak kabul etmiştir. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 53). Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun ve ücretinin belirlenmiş olması halinde ise tarafların üçüncü kişi “arabulucu” yararına sözleşme yaptığı sonucun varmıştır. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 54).

⁷⁴⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 181).

⁷⁴⁹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 640).

⁷⁵⁰ (ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, & HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 2018, s. 280).

konular için uygulanır⁷⁵¹. Kanunlar tarafından dava şartı olarak arabuluculuk yoluna gidilmesinin zorunlu tutulmadığı hallerde, uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişli ise sözleşme ile önce arabuluculuk yolunu tüketmeyi ön görebilirler⁷⁵². Taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesine rağmen, arabuluculuk yoluna başvurmadan dava yolunu seçen taraf açısından kural olarak bir yaptırım söz konusu olmamalıdır⁷⁵³.

Hukukumuz açısından geçerli bir arabuluculuk sözleşmesi var ve bir taraf bunu ihlal ederek dava yoluna gitmiş ise, mahkeme tarafları öncelikle arabuluculuk yolunu tüketmeye zorlayamayacaktır⁷⁵⁴. Ancak mahkeme yargılama giderleri için tarafların durumuna göre farklı bir paylaşım yapabileceği gibi, geçerli bir sözleşme olmasına rağmen arabuluculuk yoluna başvurmamış olmayı sözleşmeye aykırılık olarak da görebilir⁷⁵⁵.

Öğretide, taraflar arasında sözleşme ile arabuluculuk sürecinin denemesi için belirli bir süre belirlenmesi halinde bu sürenin geçmesi, sürenin taraflarca belirlenmemiş olması halinde ise makul bir sürenin sonuna kadar tarafların dava yoluna gidemeyeceği de ileri sürülmüştür⁷⁵⁶.

Avrupa Birliği hukukunda üye ülkeler için bağlayıcı niteliği olmayan ancak tavsiye niteliğinin yanında, milli kanunlara mehz teşkilden “*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*” taraflarca yargı yoluna başvurmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmayla ilgili bazı ilkeler içermektedir⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ (ÖZTÜRK, 2014, s. 59 vd.).

⁷⁵² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 105).

⁷⁵³ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 107), (KEKEÇ, 2016, s. 132), (OKUR, 2019, s. 22). Bkz. karşı görüş (YILDIRIM N. D., 2020, s. 297).

⁷⁵⁴ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 48,65), “*Sözleşmelerle koyulan arabuluculuk şartlarının bağlayıcılığı*” hakkında özellikle mukayeseli hukuktaki uygulamalar için bkz. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 757 vd.), (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 29), (DÜR, 2018, s. 335).

⁷⁵⁵ (KEKEÇ, 2016, s. 146), (YAKICI, 2019, s. 39), (ERTÜRK, 2019, s. 165). ÖZBEK, olması gerek hukuk açısından sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların arabuluculuk anlaşması yapmış olmaları halinde bu anlaşmaya uymaya zorlanmaları yönünde düzenleme yapılmasını önermiştir. (ÖZBEK, AUÇ Cilt I, 2016, s. 787), benzer gerekçe ve görüş için bkz. (ERTÜRK, 2019, s. 167). YAZICI TIKTIK; arabuluculuk sözleşmesiyle karşılıklı ve asli bir edim olarak her iki tarafa sürece katılma edimi yüklediğini, süreç devam ettiği sürece bu yükümlülüğün de devam edeceğini ileri sürmüştür. (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 196,197). KILIÇOĞLU’na göre taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesine cezai şart konulması mümkündür, böyle bir sözleşmeye rağmen doğrudan dava açılması halinde cezai şartın uygulanması mümkün olabilecektir. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 54).

⁷⁵⁶ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 83). Örneğin, Trafik Sigortası Genel Şartları C. 7 maddesinde benzer bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre sigorta ettiren dava yoluna gitmeden önce sigortacıya başvurmak ve sigortacının cevabını 15 gün süre ile beklemek zorundadır. (ERDEMİR, Sigorta, 2017, s. 154). Burada arabuluculuğa davet veya dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmak zorunluluğu söz konusu değildir. Ancak bir başka AUÇY çeşidi olan müzakere daveti söz konusudur. Bu talebe karşı olarak sigortacı 15 gün içinde müzakere, arabuluculuk yolunun önerilmesi, ödeme veya talebin reddi hakkını kullanabilir. (ERDEMİR, Sigorta, 2017, s. 154).

⁷⁵⁷ (ERTÜRK, 2019, s. 164). İlgili Yeşil Kitap için bkz. Green Paper, www.eur-lex.europa.eu, e.t. 27.11.2020.

Yeşil Kitap, taraflar arasında dava ikamesinden önce arabuluculuk yolunun denenmesine yönelik bir anlaşma olması halinde bu anlaşma hükmünün uygulanmasına dikkat çekmektedir. Uyuşmazlığın tarafları arasında sözleşme veya arabuluculuk şartı bulunması halinde, ihlalinin dürüstlük kuralına aykırı hareket olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵⁸. Yeşil Kitabın üye ülkelere tavsiye niteliği gereğince, sözleşme ile arabuluculuk yoluna başvurma zorunlu kılınması halinde bunun taraflar arasında hak arama özgürlüğüne aykırılık olarak ileri sürülemeyeceği gibi üye devletlerin arabuluculuk yoluna başvurmayı dava şartı veya engeli olarak düzenlemesinin önünde anayasal bir kısıtlama olmadığı anlamına gelmektedir. Bazı Avrupa Birliği ülkeleri ve ABD eyaletlerinde sözleşme ile kararlaştırılan arabuluculuk uygulamasına farklı sonuçlar bağlanmıştır. İlk itiraz niteliği tanımak, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin paylaşımında sözleşmeye uymayan tarafa ek yükümlülükler getirmek bunlardan birkaçıdır⁷⁵⁹.

Kanunlarla arabuluculuk yoluna başvurmak veya bu yolun tüketilmiş olmasının emredilmiş olduğu konularda tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapması gerekli değildir⁷⁶⁰. Taraflar arasındaki uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise tarafların yine de arabuluculuk sözleşmesi yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır⁷⁶¹. Bu durumda arabuluculuk sözleşmesinin veya şartının HUAK dava şartı arabuluculuk ile ilgili emredici hükümlerine aykırı olmaması gereklidir. Örneğin, taraflar belirli bir arabulucu veya belirli bir arabuluculuk yeri seçebilirler, ancak arabulucunun HUAK'ın dava şartı olan arabuluculuk uygulamasına yönelik 18/A maddesinin arabulucunun tayinine yönelik fıkralarına uygun olarak belirlenmesi gerekecektir.

Dava şartı olan arabuluculuk yoluna başvurulması halinde arabulucunun görevlendirilmesi yöntemi HUAK'ın 18/A maddesinin 5. fıkrası ve HUAKY'nin 24. maddesi ile ayrı ayrı düzenlenmiştir. Sözleşme ile belirlenen arabulucunun uyuşmazlık çözümünde görev alması için bazı şartların bir arada bulunması gerekecektir. Bunlardan ilki, arabulucunun sicile kayıtlı, HUAK kapsamında arabulucu olması gerekir⁷⁶². İkincisi

⁷⁵⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 42).

⁷⁵⁹ Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 103-108), (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 189-213), (ERTÜRK, 2019, s. 101-104).

⁷⁶⁰ (ERTÜRK, 2019, s. 110).

⁷⁶¹ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 47), (ERTÜRK, 2019, s. 129 vd.)

⁷⁶² (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 197).

ise seçilen arabulucunun yetkili, yani başvuru adliye arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu adliye komisyonu listesinde kayıtlı olması gerekmektedir⁷⁶³.

D. Tahkim ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamının Karşılaştırılması

Tahkimin AUÇY niteliği tartışmalıdır⁷⁶⁴, ayrıca taraflar dışında üçüncü kişi veya kişilerin karar verici rol oynaması ve üçüncü kişilerin yönetiminde bir süreç olması tahkimin yargısal yönünün ağır bastığını göstermektedir⁷⁶⁵. Bununla birlikte, tahkim ve arabuluculuk arasında elverişliliğin tespitinde pek çok benzerlikler görülür⁷⁶⁶. Türk Hukukunda tahkime elverişliliğin temel ölçütü olarak, arabuluculuk uygulamasında olduğu gibi tarafların iradi olarak karar verebileceği uyuşmazlıklar esas alınmaktadır⁷⁶⁷.

Tahkim veya arabuluculuktan hangisinin daha eski olduğu konusundaki tarihsel tartışmalar çalışmamızın sınırları dışındadır. Her iki yolun pozitif hukukta düzenlenmesi, sürecin sonunda ortaya çıkan sonuç ve tarafları bağlayıcılığı dikkate alındığında Mecelle’de düzenlenen tahkimin ülkemizde daha eski bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu sonucunu ortaya çıkabilir⁷⁶⁸. Bu niteliği ile uygulamada ve öğretide tahkime elverişlilikle ilgili çok daha fazla deneyime sahip olduğumuz söylenebilir. Bu nedenle özel hukuk uyuşmazlıkları yönünden, arabuluculuğa elverişli konuların tespitinde tahkim hukukundaki birikimden yararlanmak hazır bilgi havuzundan yararlanmak anlamına gelmektedir. Bununla birlikte tahkimin Mecelle’deki düzenlemesinden daha eskiye dayanan, günümüz arabuluculuğunun unsurlarını bünyesinde taşıyan, Osmanlı Devleti’nde AUÇY olarak sıklıkla uyuşmazlık çözümü için başvuru “muslihûn” müessesesi mevcuttu⁷⁶⁹.

Tahkime elverişlilik konusunda çok sayıda Yargıtay kararı ile içtihat oluşmuştur. Bu tezin yazıldığı dönem içinde arabuluculuk uygulamasının kapsamı yönünden yeterli Yargıtay kararı birikmemiştir. Bununla birlikte tahkime elverişlilikte yargının temkinli ve

⁷⁶³ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 198).

⁷⁶⁴ Bu konu Birinci Bölüm I. Konu E. “Arabuluculuk Dışındaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları” başlığı altında tartışılmıştır. Ayrıca bkz. (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 171).

⁷⁶⁵ (AKINCI, 2016, s. 10).

⁷⁶⁶ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 75).

⁷⁶⁷ (AYOĞLU, 2018, s. 80).

⁷⁶⁸ (İLHAN, 2011, s. 583).

⁷⁶⁹ Örneğin, Adana Şer’i siciline göre 1749-1778 tarihleri arasında, toplam çözüme ulaşan uyuşmazlıkların %7 oranındaki kısmının “muslihûn” aracılığı ile giderildiği olduğu tespit edilmiştir. (KILINÇ, 2016, s. 18,19).

katı davrandığını söylemek mümkündür⁷⁷⁰. Ancak arabuluculuk uygulaması idare tarafından geniş olarak yorumlanmakta ve teşvik edilmektedir. Arabuluculuğun konu bakımından tahkime göre geniş yorumlanması karar verenin hakem veya taraf olması ile bağlantılıdır⁷⁷¹. Yani tahkim yolunun seçilmesi ile tarafların tek başlarına uyuşmazlık çözümüne etkisi kaybolur. Buna karşın dava şartı olarak kabul edilse bile, arabuluculuk uygulamasından tarafların iradesi dışında bir sonucun ortaya çıkması mümkün değildir⁷⁷².

Kural olarak tahkim yoluna başvurmak ihtiyaridir, tahkim yolu ile uyuşmazlık çözümü bir anlaşma ile seçilir ve tahkim anlaşması sözleşme özgürlüğü temeline dayanır⁷⁷³. Zorunlu tahkim⁷⁷⁴ kimi zaman tahkim kurumunun niteliğinin gereği olarak devlet yargısına erişimi kısıtlayabildiği⁷⁷⁵ halde, zorunlu arabuluculuk uygulamaları yargıya erişimi geciktirir⁷⁷⁶.

Tahkim ve dava olan şartı arabuluculuk arasındaki bir ilişki de HUAK'ın 18/A maddesinin 18. fıkrası uyarınca “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin*

⁷⁷⁰ (EKŞİ, Tahkim, 2013, s. 76).

⁷⁷¹ Özellikle MTK kapsamında ve yabancı tahkim kararlarının tenfizinde tahkime elverişlilik yönünden kullanılan bir kavram olan münhasır yetki, uyuşmazlık üzerinde tarafların feragat veya sulh ile serbest bir şekilde tasarruf edebilmelerinin sınırı çizmektedir. (KARACA, 2020, s. 398). Buna karşın arabuluculuk, tanımından da anlaşılacağı üzere tarafların serbest bir şekilde tasarrufta buluna bilebileceği bütün uyuşmazlıkları kapsar.

⁷⁷² (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 86).

⁷⁷³ (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 25).

⁷⁷⁴ Hukukumuzda zorunlu tahkimin farklı örnekleri bulunmaktadır. Örneğin TKHK'nın 70. maddesinin 3. fıkrası uyarınca belli bir rakamın altındaki tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvurmak zorunlu tutulmuştur. Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı TKHK'nın 70. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tüketici mahkemelerinde itiraz yolu açıktır. Tüketici mahkemelerine yapılan itiraz üzerine mahkeme tarafından tüketici hakem heyeti kararı onanabileceği gibi tamamen değiştirilerek de karar verilebilir. Tüketici hakem heyeti kararlarına itiraz, bir kanun yolundan daha çok basit yargılama usulüne tabi “dava” olarak öğretide nitelendirilmiştir. (YILMAZ & YARDIM, Tüketici Hakem Heyeti, 2016, s. 1166). İtiraz yolunun dava niteliğinden hareketle, tüketici uyuşmazlıkları açısından zorunlu tahkim yargıya erişimi engeller nitelikte değildir. Buna karşılık bağımsız spor federasyonlarının tahkim kurlularının mesela Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun, yönetim ve disiplin alanındaki işlemleri kapsamında kalan kararları zorunlu ve yargı yolu kapalı bir tahkim türüdür. (ŞAFAK, 2018, s. 35). HMK kapsamındaki hakem kararları için öngörülen iptal davası bir kanun yolu değildir, tahkime özgü bir hukuki çare olarak tanımlanmıştır. (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 61). İptal davalarında hakem kararının doğruluğu değil devletin yargılama yetkisinin kaldırılarak, hakemlere yargılama yetkisinin verilmesine ilişkin kuralların uygulanışı denetlenir. (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 111). TANRIVER, tüketici hakem heyeti kararlarına itirazı kanun yolu benzeri denetim olarak tanımlamıştır. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 301). HMK kapsamında hakem kararlarının iptal sebepleri, HMK'nın 439. maddesinde sınırlı bir şekilde sayılmış olduğu için hakem kararının iptali ancak bu nedenlerden birisine dayanılarak istenebilir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 453). Bu nedenle HMK kapsamında hakem kararlarının iptali ile TKHK kapsamında tüketici hakem heyeti kararlarına itiraz farklı yollar olarak ortaya çıkmaktadır. Öğretide TKHK kapsamındaki AUÇY dışında tasnifle zorunlu tahkim (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 175) veya bir AUÇY çeşidi olarak niteleyen farklı görüşler bulunmaktadır. (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 130), (DURAK, 2013, s. 71).

⁷⁷⁵ (ERGÜL, 2015, s. 67-78).

⁷⁷⁶ (KÖSE, 2013, s. 87), (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 881), (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 36).

bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” düzenlemesidir. Tahkimin HMK’nın 116. maddesinde ilk itiraz olarak düzenlenmesiyle paralel olarak mahkeme önüne dava olarak gelmeyecek bir uyuşmazlığın dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olmadığına yönelik kanun koyucunun tercihini tartışmak mümkündür. Bu şekilde dava şartı arabuluculuk ancak mahkemelerde görülecek davalarda uygulanabilecek tahkim yargılamasını kapsamayacaktır.

Tahkimin yargısal faaliyet niteliği veya tahkim sözleşmesinin geçerliliği gibi konular çalışma sınırlarımızın dışındadır. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına rağmen dava şartı arabuluculuk yoluna gidilmeden dava açılması halinde önce arabuluculuk dava şartı yönünden inceleme yapılması gerektiğini ileri sürebiliriz. Tahkimin ilk itiraz olarak ileri sürülmemesi, davaya cevap verilmesi ile tahkim anlaşmasının zımnen geçersiz kılınması veya davacının dava dilekçesinde tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi gibi hallerde önce dava şartı olan arabuluculuk yönünden inceleme yapılması gerektiği görüşündeyiz. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin araştırılması yargılamayı gerektiren bir faaliyet olduğu dikkate alındığında mahkemenin yargılamaya devam edebilmesi ve davayı esastan inceleyebilmesi için öncelikle dava şartları yönünden inceleme yapması ve karar vermesi gerekmektedir.

E. Sulh Sözleşmesi ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamının Karşılaştırılması

Sulh, tarafların müzakere sonucunda karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle aralarındaki bir anlaşmazlığı sona erdirmeleridir⁷⁷⁷. Sulh sadece tarafları için sonuç doğurur⁷⁷⁸. Öğretide tabi olduğu hükümler açısından adi ve usuli sulh sözleşmesi olarak ikili tasnife tutulmuştur⁷⁷⁹. “*Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları sözleşmedir*” şeklinde HMK 313. maddesinde tanımlanmıştır. Kanundaki sulh tanımından ancak dava konusu olmuş bir uyuşmazlığın sulhe konu olabileceği anlaşılmaktadır⁷⁸⁰. Bununla birlikte, tarafların dava konusu dışındaki uyuşmazlıklarını

⁷⁷⁷ (HIZIR ASRAV, Sulh Sözleşmesi, 2019, s. 26).

⁷⁷⁸ (OĞUZMAN & ÖZ, 2017, s. 500).

⁷⁷⁹ Öğretide adi sulh sözleşmesi, aralarında hukuki ilişki bulunan tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunarak mevcut veya ileride doğabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldırmak amacıyla, şekle tabi olmayan, icap ve kabul ile kurulan isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmiştir. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 30,31).

⁷⁸⁰ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 1076).

aynı sulh sözleşmesiyle çözmelerine veya dava konusu dışındaki edimlerin sulh sözleşmesine eklenmesine engel bulunmamaktadır⁷⁸¹.

Sulhun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu HMK'nın 313. maddesinin b fıkrasının 2. bendinde belirtilmiştir. Arabuluculuk ve sulh; tanımları, elverişlilik şartları⁷⁸² ve uygulanmalarının sonucu olarak ortaya çıkan belgeler⁷⁸³ açısından benzer yönleri sahiptir⁷⁸⁴.

Sulh, bir AUÇY olan müzakerenin sonucudur⁷⁸⁵. Devam eden bir davada, tarafların mahkeme içi arabuluculuk yolunu seçerek arabuluculuk anlaşma belgesini mahkemeye onaylatmak sureti ile sulh sözleşmesi oluşturmalarına engel bulunmamaktadır⁷⁸⁶.

F. Avukat Uzlaşması ve Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Kapsamının Karşılaştırılması

Avukat uzlaşması olarak tanımlanan Avukatlık Kanunu 35/A maddesine gereğince uyuşmazlığın tarafları ve avukatlarının katıldığı müzakere yöntemidir⁷⁸⁷. Sonuçları bakımından avukat uzlaşması HUAK'da düzenlenen arabuluculuk bir kısım benzerlikler barındırır⁷⁸⁸. Avukat uzlaşması konu, zaman ve kişi olarak üç sınırlama içermektedir.

1. Avukat Uzlaşmasının Zaman Sınırı

Taraflar arasında henüz dava açılmamış olması veya dava açılmış olsa bile ilk duruşmanın yapılmamış olması şeklinde avukat uzlaşması için zaman sınırı getirilmiştir. Avukat uzlaşmasının sonuçları ve şekli açısından davadan önce veya ilk duruşmadan önce yapılmış olmasının bir farkı bulunmamaktadır. İlk duruşmadan önceki aşama dava

⁷⁸¹ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 3).

⁷⁸² (KURT KONCA, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, 2017, s. 236).

⁷⁸³ (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 34).

⁷⁸⁴ HMUK'un yürürlük döneminde özel olarak kanuni bir düzenlemesi olmayan sulh müessesesi hem kanun metninde geçmekte hem de uygulamaya esas olarak bir sözleşme şekli olarak kullanılmaktaydı, bkz. (HIZIR ASRAV, Sulh Sözleşmesi, 2019, s. 118), (ELÇİN, 2019, s. 73). Öğretide, "Sulh, iki tarafın karşılıklı istekleri ile var olan çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin çıkmasına engel olmaları" şeklinde HMK'nın sulh tanımına nazaran daha kapsamlı sulh tanımları yapılmıştır. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 30).

⁷⁸⁵ (HIZIR ASRAV, Sulh Sözleşmesi, 2019, s. 81).

⁷⁸⁶ (ELÇİN, 2019, s. 9).

⁷⁸⁷ (TANRIVER S. , Alternatif Uyuşmazlık, 2006, s. 173).

⁷⁸⁸ (FIRAT, 2016, s. 44,45).

açılmasından önceki zamanı da doğal olarak kapsamaktadır. Öğretide avukat uzlaştırmalarına getirilen zaman sınırı eleştirilmiştir⁷⁸⁹. Bunun yanında, ilk duruşma aşamasından sonra tarafların mahkeme içi sulh yolu, yani ilam ile uyuşmazlığı sonlandırma imkânları bulunması nedeniyle zaman yönünden bir üst sınırın konulduğuna dair öğretide görüşler mevcuttur⁷⁹⁰. Arabuluculuk uygulamasına başvurmak açısından ise bir zaman sınırı bulunmamaktadır. Taraflar arasında kesinleşmiş hüküm bulunsa dahi kesin hüküm uyuşmazlığı sonlandırmamış olabilir. Arabuluculuğa elverişli bir konuda taraflar arasında kesin hüküm bulunmasına rağmen, devam etmekte olan bir uyuşmazlık varsa bu uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yolunun denenmesinde engel bulunmamaktadır⁷⁹¹.

2. Avukat Uzlaşmasının Tarafları

Avukat uzlaşmasının diğer bir şartı tarafların avukatları ile temsil edilmeleri zorunluluğunu doğurur. Avukatları ile temsil edilen taraflarının irade fesadına uğramayacakları, kamu hizmeti gören ve yasalara uygun davranmakla yükümlü avukatların tarafların gerçek iradelerini ortaya koyarak barışçıl bir çözümün parçası olacakları varsayılmaktadır⁷⁹².

Avukat uzlaşmasında, aynı anda tarafların ve avukatlarının birlikte bulunmaları geçerlilik şartıdır. Tarafları veya unsurları tam olmayan bir anlaşma metni, niteliğine göre ibra, sulh veya içeriğine göre başka bir sözleşme olarak nitelenebilecektir⁷⁹³. Böyle bir belge İİK 38. veya Av. K 35/A maddeleri uyarınca ilam mahiyetinde belge olarak nitelendirilmeyecektir⁷⁹⁴. Arabulucu ile birlikte tarafların temsil edilmiş olması halinde ise arabuluculuk uygulaması ve arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesi için yeterlidir⁷⁹⁵. Bütün tarafların avukatları ile birlikte katıldığı arabuluculuk anlaşma belgesi ile avukat uzlaşması belgesi arasında icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyulmaması açısından fark bulunmamaktadır⁷⁹⁶.

⁷⁸⁹ (YILMAZ E. , Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2004, s. 848).

⁷⁹⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 73).

⁷⁹¹ “Çünkü medeni yargılama hukukunun, tek amacı kesin hükme ulaşmak olmayıp, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak ve ihkakı hakkın ikamesi olmak gibi amaçları vardır.” (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 22). Uyuşmazlığın çözülmüş olması ile uyuşmazlığın sonlanması farklı kavramlardır. (ŞAHİN CEYLAN, 2009, s. 117).

⁷⁹² (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 71 vd.).

⁷⁹³ (FIRAT, 2016, s. 45).

⁷⁹⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 77).

⁷⁹⁵ (BÜYÜKAY, 2018, s. 103).

⁷⁹⁶ (YILMAZ E. , Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2004, s. 853), (KILIÇOĞLU, 2020, s. 89).

Arabuluculuk uygulaması ile avukat uzlaşması arasındaki farklardan birisi de müzakere ve anlaşma sürecinde taraflar dışında üçüncü bir kişinin yani arabulucunun bulunmasıdır⁷⁹⁷. Arabuluculuk uygulamasının niteliği gereği, arabuluculuk siciline kayıtlı bir arabulucunun katılmadığı çözüm arayışları, HUAK kapsamında arabuluculuk olarak kabul edilmeyecektir⁷⁹⁸.

3. Avukat Uzlaşmasının Konu Sınırı

Avukat uzlaşmasının konu bakımından sınırı ile sulh, tahkim ve arabuluculuğa elverişlilik arasında benzerlikler bulunmaktadır. Arabuluculuk gibi tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar avukat uzlaşmasının konusu olabilir. Şekil şartı nedeniyle resmi memur önünde yapılması gereken anlaşmalar, kamu düzeninin koruması nedeniyle tarafların serbestçe tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlıkların avukat anlaşmasına esas teşkil edemeyeceği açıktır⁷⁹⁹. Bu anlamda konusu para olan uyuşmazlıklar, konusu para olmayan uyuşmazlık türlerine göre tarafların özgürce tasarrufta bulunabildiği, kamu düzeni kavramı ile daha az sınırlanan bu nedenle hem arabuluculuğa hem de avukat uzlaşması uygulamasına daha uygun uyuşmazlık türleri olarak kabul edilebilir⁸⁰⁰.

II. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN KAPSAMI

Yabancılik unsuru taşıyan, özel hukuka yönelik ve tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda HUAK'ın 1. maddesi uyarınca ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmak mümkündür. Yabancılik unsuru taşıyan dava şartı arabuluculuk uygulamalarının HUAK'ta düzenlenmeleri bazı uygulama sorunlarının ortaya çıkmalarına neden olabilecektir⁸⁰¹. Ülkemizde yabancılik unsuru taşıyan tahkim yargılamaları için ayrı bir düzenleme mevcut olup, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) yabancılik unsuru taşıyan tahkime yönelik düzenlemeleri

⁷⁹⁷ (UYGUN, 2020, s. 475).

⁷⁹⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 75).

⁷⁹⁹ (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 92).

⁸⁰⁰ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 74).

⁸⁰¹ Yabancılik unsurlu uyuşmazlıklarda HUAK'ın dava şartı olan arabuluculuk yönünden uygulanması; iletişim, uygulama dili, uygulanacak hukukun belirsizliği gibi sorunların çıkabileceği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür. (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 405,406).

barındırmaktadır⁸⁰². Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara yönelik arabuluculuk uygulamaları bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kalma olasılığı da mevcuttur. Bu nedenle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda dava şartı olan arabuluculuğa yönelik mevzuatımızın uygulanması açısından oluşabilecek bir kısım sorunlara değinmek uygun görülmüştür.

Yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda ihtiyari arabuluculuk kurallarının uygulanması ile dava şartı olan arabuluculuk kurallarının uygulanması arasında büyük farklar bulunmaktadır⁸⁰³. Düşüncemize göre ihtiyari arabuluculuğa yönelik düzenlemelere dava şartı olan arabuluculuğa yönelik yeni düzenlemeler eklenirken oluşabilecek sakıncalar kanun koyucu tarafından dikkate alınmamış veya unutulmuştur⁸⁰⁴.

Yabancılık unsuru taşıyan arabuluculuk uygulamalarının kapsamına yönelik HUAK'ta çizilmiş belli bir çerçevenin olmaması çok önemli bir sorundur⁸⁰⁵. İletişim, taraflara ulaşma, yargı bağışıklığı, yabancı ülkede düzenlenen belgelerin niteliği, yabancı ülkede düzenlenen belgelerin icrası sorunu, yabancı ülkede veya ülkemizde düzenlenen belgelerin tasdiki, yabancı ülkede gerçekleşen arabuluculuk uygulamasının Türkiye'de geçerliliği gibi sorunların HUAK'ta karşılığının olmadığı dikkate alınmalıdır⁸⁰⁶. Elbette aşağıda örnek olarak sayılan sorunların ötesinde başkaca arabuluculuk ihtilafları veya sorunları da söz konusu olabilecektir.

⁸⁰² (NOMER, EKŞİ, & ÖZTEKİN GELGEL, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, 2016, s. 4).

⁸⁰³ (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 112).

⁸⁰⁴ MTK'nın 2. maddesinde yabancılık unsuru taşıyan tahkimin uygulama alanı belirlenmiştir. MTK'nın 17. maddesinde ise MTK'nın uygulanması halinde aksine hüküm olmadığı müddetçe HMK'nın uygulanmayacağı belirtilerek, HMK kapsamındaki tahkimle MTK kapsamındaki tahkim yargılaması arasında çelişki oluşmasının önüne geçilmiştir. Örneğin, konumuzla doğrudan ilgili olmayan 1958 New York Konvansiyonu'ndan kaynaklı tartışmaları bir kanara bırakırsak, yabancılık unsuru taşıyan bir hakem kararı ülkemizde doğrudan icraya konu olamayacaktır. MTK'nın 15. maddesi yabancılık unsuru taşıyan tahkim kararlarının doğrudan icra edilebilmesinin önüne geçmiştir. (NOMER, EKŞİ, & ÖZTEKİN GELGEL, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, 2016, s. 66). Karşı görüş için bkz. (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 122). MTK'nın 15. maddesinin B fıkrası uyarınca iptal davasının reddi kararının kesinleşmesi, iptal davası açma süresinin geçmesi veya tarafların iptal davasından feragat etmesi halinde asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belge verilir. MTK'nın 15. maddesinin B fıkrasının son bendi uyarınca iptal davası yolu ile denetlenmemiş hakem kararları için icra edilebileceğine ilişkin belge verilirken MTK'nın 15. maddesinin A fıkrasının 2. bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkeme kendiliğinden dikkate alır. (NOMER, EKŞİ, & ÖZTEKİN GELGEL, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, 2016, s. 66). Görüldüğü üzere, MTK'nın yabancı unsurlu hakem kararlarının icra edilebilmesi konusundaki ayrıntılı düzenlemesinin yanında, HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasındaki yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da HUAK'ın uygulanacağına dair hükmü arasında önemli farklar bulunmaktadır.

⁸⁰⁵ (DÜR, 2018, s. 288).

⁸⁰⁶ (YARAR, 2019, s. 79).

Milletlerarası tahkim, tenfiz kolaylıkları sayesinde günümüzde geniş bir alanda uygulama imkânı bulmaktadır⁸⁰⁷. Arabuluculuk uygulamasının, milli ve uluslararası alanda etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yaygınlaşması bekleniyorsa, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda ortaya çıkacak arabuluculuk anlaşma belgesine icrasını kolaylaştıracak kanuni dayanaklar sağlanmalıdır. Bu amaca yönelik en son uluslararası sözleşmelerden birisi Singapur Konvansiyonudur⁸⁰⁸.

Singapur Konvansiyonu'na⁸⁰⁹ imza atan ülkeler arasında ülkemiz de bulunmaktadır⁸¹⁰. Yürürlüğe girmesi için yeterli onaylama sayısının tamamlanması ile Singapur Konvansiyonu 12 Eylül 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸¹¹. Bununla birlikte Singapur Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesi tek başına uygulama sorunlarını ortadan kaldırmaya yeterli olmayabilecektir⁸¹².

Singapur Konvansiyonu, ticari uyuşmazlıklarla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Konvansiyon, uyuşmazlığın tarafları dışındaki herhangi bir üçüncü kişiyi “arabulucu” olarak nitelendirmekte ve uygulama kapsamı içine almaktadır⁸¹³. Oysa ülkemizde arabulucu, kanunla belirli niteliklere haiz kişi olarak, emredici nitelikte tanımlanmıştır. Ayrıca Singapur Konvansiyonu, uygulanma alanı bakımından “sulh anlaşmasının” yerini değil taraflarını esas almaktadır⁸¹⁴. Bunun sonucunda Singapur

⁸⁰⁷ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 870).

⁸⁰⁸ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, www.uncitral.un.org, e.t. 25.03.2021.

⁸⁰⁹ 07.08.2019 tarihinde Türkiye'nin de imza atarak dâhil olduğu Singapur Konvansiyonu yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamasının temel kaynağı olan New York Konvansiyonu'ndan esinlenmiştir. Sözleşme, uluslararası “sulh anlaşmalarının” imzacı devletlerde tanınması ve başka bir ileme gerek kalmaksızın yerine getirilebilir olmasını amaçlamaktadır. (KAYA, 2019, s. 956).

⁸¹⁰ Singapur Konvansiyonu olarak adlandırılan, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu”, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonun 25 Haziran ve 13 Temmuz 2018 tarihleri arasında gerçekleştirilen 51. Toplantısında oluşturulmuş ve 1 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılmıştır. (ÖZSUNAY, 2021, s. 1).

⁸¹¹ Türkiye Singapur Konvansiyonu'nun ilk imzacı devletlerinden birisidir. Ancak bu tezin yazım aşamasına kadar Anayasa'nın 87. ve 90. maddelerine uygun olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmamıştır.

⁸¹² Türk hukukunda arabuluculuk sonucu yabancı hukuka uygun düzenlenmiş bir anlaşma belgesinin tanınmasını veya icra edilebilir olmasını sağlayacak düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. (YARAR, 2019, s. 202). Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerin şekli şartları MÖHUK'ta düzenlenmiştir, hukuki işlemler yapıldığı yer veya uygulanacak hukukun belirlediği şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır. (ŞANLI, ESEN, & ATAMAN FİGANMEŞE, 2021, s. 115,116).

⁸¹³ (KAYA, 2019, s. 963).

⁸¹⁴ Milletlerarası arabuluculuğun belirli bir uygulanma yerinin bulunmayabileceği, özellikle çevrimiçi yapılan arabuluculuk uygulamasında yer tespitinin mümkün olmadığı öğretilde isabetli olarak ileri sürülmüştür. (ÖZEL, Singapur, 2019, s. 1195,1201). Singapur Konvansiyonu'nun iş yeri kavramını esas alması nedeniyle, ülkemizde yürürlüğe girmesi ile Türkiye topraklarında Sözleşme kapsamında yapılan yabancılık unsuru taşıyan bir arabuluculuk anlaşmasının yine ülkemizde uygulanması mümkün olabilecektir. (KAYA, 2019, s. 964-965). Benzer şekilde 27.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'nun (MÖHUK) 24. maddesinin 4. fıkrası sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk yönünden işyeri kavramını bağlama noktalarından birisi olarak kabul etmiştir. (KÜPE, 2021, s. 129). Bütün bunların yanında Türkiye'de HUAK kapsamında düzenlenmiş bir anlaşma belgesinin,

Konvansiyonu’nun ülkemizde yürürlüğe girmesi ile birlikte yabancı nitelikteki “sulh anlaşmaları”, ülkemizdeki arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan arabulucuların katılımı ile yapılmalarına rağmen ilamlı icra yoluyla takibi mümkün belgeler niteliğinde olabileceklerdir⁸¹⁵.

Bir kanunun, kanunlar ihtilafı kuralı haline getirilmesi kanun metnine eklenen hükümle mümkün olmayabilir. Eğer yasaların yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda da uygulanması HUAK’ın öngördüğü gibi kolay bir şekilde mümkün olsaydı kanunlar ihtilafı kurallarına, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara yönelik özel düzenlemelere ya da medeni usul hukukuna yönelik milletlerarası anlaşmalara gerek olmazdı. Örneğin, yabancı hakem kararlarının icrası ile HMK kapsamındaki hakem kararlarının icrası arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁸¹⁶. Bu farklar özel kanuni düzenlemelere ihtiyaç doğurmuştur.

Ülkemizde yargılama dili Türkçe’dir⁸¹⁷. Her ne kadar bir yargılama yolu olmasa da arabuluculuk yazışmalarının ve müzakerelerinin dili de Türkçe’dir. Özel hukuk alanında tarafların Türkçe bilmemesi halinde mahkemeye tercüman bulundurma yükümlülüğü getirmez⁸¹⁸. Ancak arabuluculuk uygulaması ile yargı yolu arasında bazı farkların olduğu kabul edilmelidir. Öncelikle arabuluculuk kolay erişilen bir yoldur ve dava şartı arabuluculuk müracaat eden için başvuru masrafsızdır. Ülke dışında yerleşik⁸¹⁹ tarafa yönelik dava şartı arabuluculuk kapsamında sayısız arabuluculuk başvurusunda bulunmak mümkündür⁸²⁰. Bu başvurular sonunda yabancı tarafın müzakereye

ülkemizde ilam mahiyetinde belge olmasından dolayı başka bir Singapur Konvansiyonu taraf devletinde icrası mümkün olmayabilecektir. (ERKAN, 2020, s. 298). İş yeri kavramı hem hukukumuzda hem de milletler arası özel hukukta farklı tanımlara ve anlamlara sahiptir. (TUNÇAĞIL GÜMÜŞLÜ, 2017, s. 155-158). Sayılan bu nedenlerle özellikle gelişen iletişim teknolojileri ile birlikte ülkemiz hukuku yönünden Singapur Konvansiyonu’nun uygulama alanının tayininde sorunlar çıkabilecektir.

⁸¹⁵ (KAYA, 2019, s. 996-997), (ÖZEL, Singapur, 2019, s. 1195).

⁸¹⁶ Yabancı hakem kararları ve HMK kapsamındaki hakem kararları arasındaki farklar için bkz. (ELÇİN, 2019, s. 206 vd.).

⁸¹⁷ Anayasa’nın 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.”

⁸¹⁸ (PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 782), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde sözü edilen tercümandan yararlanma hakkı, metinde de açıkça vurgulandığı üzere, sadece “duruşmalar” bakımından geçerlilik taşıyan bir haktır.” (TANRIVER S. , Adil Yargılanma, 2004, s. 211).

⁸¹⁹ Milletler arası usul hukukunda yetki tayin edilirken vatandaşlık veya yabancılık esas alınmaz. (NOMER, Usul Hukuku, 2018, s. 99).

⁸²⁰ Ülkemizdeki mevcut dava şartı arabuluculuk sisteminin kötü niyetli bir kişi tarafından bile işlemez hale getirilmesi mümkündür. Tek bir kişinin binlerce yabancılık unsuru taşıyan arabuluculuk başvurusu yapmasının önünde engel bulunmamaktadır. Kötü niyetli olabilecek yaklaşımları bir kenara tutarsak, arabulucuya yabancı ülkedeki iletişim bilgisi olarak verilecek elektronik posta adreslerinin pek çoğu otomatik alındı onayı mesajına tanımlı olup “mesajınız alınmıştır, en kısa sürede sizi arayacağız” çerçevesinde ulaşılmak istenen taraftan bilgi arabulucuya geri dönecektir. Bu durumda arabulucu taraflara ulaştığını düşünerek süreci devam ettirebilir. Taraflara ulaşılmaya şartı yerine gelmese bile HUAK’ın 18/A maddesinin 13. fıkrası uyarınca arabulucu ücretini hak edecektir. Böyle bir durum gerçekte var olmayan

katılmaması halinde ileride hakkında dava açılırsa, davada haklı bile çıksa lehine yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmemesi söz konusu olacaktır⁸²¹.

Başka bir örnek olarak, Türkiye'deki bir arabulucunun sıfatının yabancı ülkede teyit edilmesi mümkün değildir. Yabancı ülkede yerleşik sıradan bir kişiye hatta yabancı bir tacire, önceden bağlantısının olmadığı Türkiye'deki arabulucudan gelen dava şartı arabuluculuk konulu davetin ciddiye alınmaması kuvvetle mümkündür⁸²². Böylece, dava şartı olan arabuluculuğun yargılama giderlerine yönelik olumsuz sonuçlarına yabancı kişiyi haksız olarak maruz bırakmak söz konusu olabilecektir⁸²³.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasına özel bir konu olan yetkili adliye arabuluculuk bürosunun tespit edilmesi, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda karmaşık sonuçlar doğurabilecektir. Yurt dışında yerleşik kişi tarafından yetki itirazında bulunulması halinde sulh hukuk mahkemesi tarafından bu yetki itirazının değerlendirilmesinde belirsizlik söz konusu olabilir⁸²⁴. Mahkeme yetki itirazını kabul ederse yabancı bir ülkenin yargı yetkisini kabul etmiş olacaktır⁸²⁵. Yetki itirazının kabulü

kişiler arasında dava şartı arabuluculuk uygulamaları yapılabilmesi anlamında gelmektedir. Başta yurt dışından ithal edilen tüketim malları ve yabancı unsurlu ticari anlaşmalar olmak üzere pek çok uyuşmazlık günümüzde uluslararası nitelik taşımaktadır. Yazılımlar gibi fiziki niteliği olmayan mal ve hizmetler uluslararası nitelikte tüketici işlemi veya ticari dava niteliğinde uyuşmazlık konusudur. Gelecekte ADB'nin masraf ve bürokratik talepleri karşılaması mümkün olmayacağı gibi genel bütçenin de dava şartı arabuluculuğun mali portresini karşılaması mümkün olmayabilecektir. Yurt dışında yerleşik taraflara yönelik müracaatların engellenmesi ise mevcut düzenlemelere göre mümkün değildir. Ayrıca böyle bir engelleme yargıya erişim sorunu olarak kabul edilecektir. (KARACABEY, 2016, s. 473). Çünkü arabuluculuk dava şartı olduğu için bu dava şartına erişimin engellenmesi yargıya erişimin engellenmesi sonucunu doğuracaktır.

⁸²¹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 319).

⁸²² BÜYÜKALP SARIOĞ, ülke dışında bulunan taraflara ulaşıldığının arabulucu tarafından ispatının da zor bir olasılık olduğunu belirtmiştir. (BÜYÜKALP SARIOĞ, 2020, s. 465).

⁸²³ Dava şartı arabuluculuğun ülkemizdeki uygulaması kendine özgü niteliktedir. Özellikle ülkemiz dışında yerleşik ve Türkiye'den hakkında arabuluculuk yoluna müracaat edilen yabancı bir kişiye, yüzeysel bazı bilgiler ve iletişim adreslerinin mail veya posta yolu ile geldiğini varsayalım. Her ne kadar bu mektupta aydınlatıcı bilgiler bulunsun da söz konusu kişi tarafından Türkiye'deki arabulucu ile irtibata geçmek, ticari sır ve hukuki bilgi paylaşımında bulunmak şüpheli olarak kabul edilebilir.

⁸²⁴ Sulh hukuk mahkemesinin yetki itirazını kabul etmesi halinde HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrası uyarınca yetkili bir adliye arabuluculuk bürosunu tayin etmek zorundadır. Türkiye'de belirli bir adresi olmayan yabancılar hakkında veya yurt dışında bir yetkili yer belirlenmesi durumunda dava şartının yerine getirilmesi nasıl olacağı belli değildir.

⁸²⁵ Haksız fiillerin meydana geldiği yer milletlerarası yetkiyi belirler. (NOMER, Usul Hukuku, 2018, s. 107). X'in aleyhine yabancılık unsuru taşıyan ticari dava konusu olan bir haksız fiilin Fransa'da F tarafından gerçekleştirildiğini, sonuçlarını ise Isparta'da doğurduğunu kabul edelim. X Isparta'da dava açmak üzere Isparta Adliye Arabuluculuk Bürosuna müracaat etmiştir. Fransa'da yerleşik F tarafından aleyhine yapılan arabuluculuk başvurusuna eylemin Fransa'da gerçekleştiği iddiası ile yetki itirazında bulunulmuştur. Mahkeme bu iddiayı kabul ederek başvuru arabuluculuk bürosunun yetkisizliğine karar verebilir. Ancak mahkeme Fransa'da bir adliye arabuluculuk bürosunu yetkili olduğuna karar veremeyecektir. Aynı durumda X, Fransa'da gerçekleşen bir eylemin sonuçlarının Isparta ilinde doğduğunu (NOMER, Usul Hukuku, 2018, s. 112) düşündüğü için Isparta Adliye Arabuluculuk Bürosu'na başvurmuştur. Başvuru sırasında arabuluculuk uygulamasının mahiyeti gereği dava dilekçesi gibi ayrıntılı bir şekilde yetkiye ilişkin bütün bilgileri yazmamış, belgeleri de başvurusuna eklememiştir. (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 171). Böyle bir durumda F yetki itirazında bulunurken Fransa ile bağlantısına dair

halinde HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrasına göre yetkisizlik kararının mahkeme tarafından tebliğinden itibaren yedi gün içinde yetkili adliye arabuluculuk bürosuna başvurmak zorunludur. Bu hak düşürücü bir süre olup eğer kaçırılırsa hiç arabuluculuk yoluna başvurulmamış gibi sonuç doğacaktır.

Türkiye'de dava açmak isteyen yabancılar Türk Hukuku'nu araştırmak mükellefiyetindedir⁸²⁶. Bu nedenle bir düzenleme yapılması halinde önerimiz, ülkemizde yerleşik bir kişiye, dava açmak isteyen yabancı kişinin dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk yoluna başvurusunun zorunlu olarak kabul edilmesi yönündedir⁸²⁷.

Yabancılik unsuru barındıran arabuluculuk uygulamaları için UNCITRAL Model kanun⁸²⁸ ve Singapur Konvansiyonu ile de uyumlu özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁸²⁹. Böyle bir düzenleme yapıncaya kadar HUAK'ın 18/A maddesinde değişikliğe gidilerek, en azından yabancılik unsuru barındıran davalarda arabuluculuk dava şartının uygulanmayacağı yönünde bir hüküm eklenmesi ülkemizin hukuki itibarı açısından daha olumlu olacaktır⁸³⁰.

Milletlerarası arabuluculuk uygulamasına yönelik hükümlerin bulunduğu pozitif hukuk düzenlemelerine duyulan ihtiyaç öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bizim de katıldığımız görüşe göre HUAK'ın yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulaması özellikle ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk yönünden sorunlar ortaya çıkabileceği yönündedir⁸³¹. Öğretide yabancılik unsuru taşıyan arabuluculuk uygulamaları için ayrı bir arabuluculuk kanunun bulunmamasını olumlu bulan yazarlar ise HUAK düzenlemesinin Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi ile

her türlü bilgiyi ekleme fırsatına sahip olacaktır. X'in ancak yetki itirazı üzerine mahkeme tarafından verilen karar kendisine tebliğ edildiğinde haberi olacaktır.

⁸²⁶ PEKCANITEZ'e göre hukuki dinlenilme hakkı, temel haktır, gerçek ve tüzel kişi yabancılar için de mütakabiliyet şartı aranmaksızın uygulanmalıdır. (PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 762). Arabulucu ve taraflar yönünden iletişim sorunu bir kenara bırakılsa bile, hiçbir masraf ve hazırlık gerektirmeden dava şartı olan arabuluculuk yolunda yurtdışında yerleşik kişinin yetki itirazı gibi arabuluculuğun mahkeme ile bağlantılı yürütüldüğü alanda hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir. (PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme Hakkı, 2000, s. 764,765,782).

⁸²⁷ (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 888).

⁸²⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From 2018, www.uncitral.un.org, e.t. 27.02.2021.

⁸²⁹ ERKAN, Singapur Konvansiyonu yürürlüğe girmesinden önce sadece HUAK'ın değil HMK ve İİK'nın da uyumlaştırılması gerektiğine haklı olarak değinmiştir. (ERKAN, 2020, s. 300).

⁸³⁰ HUAK'ın yabancılik unsurlu uyuşmazlıklara uygulaması yönünde farklı eleştiriler için bkz. (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 891). Konumuzun sınırları dışında kalmakla birlikte HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası yabancı arabuluculuk faaliyetlerinden kaynaklı, yabancı anlaşma belgelerini (örneğin Singapur Konvansiyonu), dava açma yasağı kapsamı dışında tutmamıştır. Mahkemeye erişimi ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan bu özel hüküm dar yorumlanmalıdır. Dava açma yasağının sadece HUAK kapsamında yapılan arabuluculuk anlaşmaları için geçerli olabileceği kabul edilmelidir.

⁸³¹ (ARNING PÜRSELİM, 2019, s. 82,83), (BÜYÜKALP SARIOZ, 2020, s. 450,451).

uyumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir⁸³². İhtiyari arabuluculuk yönünden katıldığımız bu görüşe yukarıda bir kısmını belirttiğimiz sakıncalar nedeniyle dava şartı arabuluculuk yönünden katılmamaktayız.

III. YARGITAY’IN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUĞUN KAPSAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Ticari davalarda arabuluculuğu dava şartı olarak öngören TTK’nın 5/A maddesi medeni usul hukukuna yönelik bir hükümdür, hak arama özgürlüğünün parçası olan dava açma hakkını geçici bir süre de olsa engellemektedir⁸³³. Bu nedenle öğretide, TTK’nın 5/A maddesi hükmünün dar yorumlanması gerektiği isabetli olarak ileri sürülmüştür⁸³⁴. Aşağıda incelediğimiz ve örnekler vereceğimiz Yargıtay uygulaması yönünden ticari davalarda şartı olan arabuluculuğun, TTK’nın 5/A maddesinin lafzi yorumu ile ele alındığı ve eda davası niteliğinde olan alacak talepleri için söz konusu olduğu ileri sürülebilir.

Mutlak ticari davaların tespitinde bile uygulamada çelişkilerin mevcut olduğu gerçeği karşısında⁸³⁵, nispi ticari davalar ve ticari dava konusu olduğu tartışmalı olan bazı uyuşmazlık konularında dava şartı olan arabuluculuk yönünden tereddütler oluşturulmasının hak kayıplarına yol açabileceği ileri sürülmüştür⁸³⁶. Ayrıca TTK’nın 5/A maddesi metninin dilinin, uygulamaya ve öğretiye yorum yolu ile gelişme veya yenilik gerektirecek durumlar için imkân tanıdığını söylemek de mümkün değildir.

Dava şartı olan arabuluculuğun kapsamının belirlenmesi için tartışmalı uyuşmazlık alanlarında Yargıtay uygulamasında belirgin bir ölçüt ve yeknesaklık henüz bulunmamaktadır. Değerlendirme yapmaya müsait ve sistematik olarak genelleme yapılabilecek bazı gerekçeler bu başlık altında tartışılmaya çalışılmıştır.

⁸³² (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1184), (KURT KONCA, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, 2017, s. 236).

⁸³³ Yargıtay 19. HD, katıldığımız bir kararında, TTK’nın 5/A maddesini yorumlarken “...*Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır.*” şeklinde görüşünü belirtmiştir. Y. 19. HD, T. 04.06.2020, E. 2020/237 K. 2020/805, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 11.02.2021.

⁸³⁴ (PASLI, 2019, s. 19). Karşı görüş için bkz. (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 66-68), (BÖRÜ & KOÇYİĞİT, 2020, s. 501).

⁸³⁵ Öreğin bir tüketici mahkemesi tarafından, bir tüketicinin banka aleyhine açtığı dava ticari dava olarak nitelendirilmiş dava şartı kapsamında kaldığı görüşü ile reddedilmiştir. (ÖZEL, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 890). Ticari davaların uygulamada belirlenmesinde oluşan tereddütlerin dava şartı olan arabuluculuk uygulaması yönünden sonuçları için bkz. (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3158).

⁸³⁶ (AKKAN, Arabuluculukta Güncel Gelişmeler, 2020, s. 89), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 451 vd.), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3154).

Yargıtay kararlarına yansıyanlar içinde hukuki menfaat ölçütü olarak kabul edilebilecek bir görüş kanımızca dava şartı olan arabuluculuk kapsamının belirlenmesinde öne çıkacak niteliktedir. Bu görüşe göre, taraflardan birisi için dava şartı arabuluculuğun söz konusu olabilmesi için arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilir bir belge olarak kabulü gerekmektedir⁸³⁷. Uyuşmazlık konusu yönünden icra kabiliyeti ihtimali yoksa uyuşmazlık konusunun dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı dışında kaldığı düşünülebilir, bu ölçüt benzer şekilde öğretide de ileri sürülmüştür⁸³⁸. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre TTK'nın 5/A maddesi ancak alacak ve tazminat talepleri gibi ilamlı icra takibi ile talep edilebilen para alacaklarını kapsamaktadır. Bir miktar paranın ödenmesi talebini içermeyen, yenilik doğrucu nitelikli, tespit hükmü içeren taleplerin TTK'nın 5/A maddesi kapsamına dâhil edilmeleri mümkün olmamalıdır.

Bir diğer belirgin ölçüt yargılama giderleri yönünden uygulamada maktu ve nispi harç ve vekâlet ücretine tabi olması yönünden uyuşmazlık konusunun dava şartı olan arabuluculuk ile ilişkisinin tespitidir. Yargılama giderlerine yönelik uygulamadan hareketle Yargıtay, dava giderlerine hükmederken ele aldığı ölçüt ile benzer şekilde dava şartı olan arabuluculuk nitelemesindeki ölçütünü ortaya koymaktadır⁸³⁹.

Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının yürürlüğe girmesi ile başta menfi tespit davalarında arabuluculuk uygulaması olmak üzere çok sayıda tartışma konusu gündeme gelmiştir. Bütün dava türleri yönünden ayrı ayrı araştırma ve tartışma yapılması bu çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle TTK'nın 5/A maddesi kapsamında başlıca dava türlerinin Yargıtay kararları ışığında incelenmesinin daha

⁸³⁷ Bir kararında Yargıtay 19. HD, "HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılmaması halinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucunun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır." şeklinde hüküm kurmuştur. Y. 19. HD, T. 04.06.2020, E. 2020/237 K. 2020/805, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁸³⁸ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 156).

⁸³⁹ Dava şartı arabuluculuğun kapsamının belirlenmesi yönünden Yargıtay'ın yargılama giderleri ölçütü için, bkz. İkinci Bölüm III. Konu A.2. "İflas İdaresine Karşı Açılan Kayıt Kabul Davası" ve V. Konu, B. "Ticaret Hukukundan Kaynaklı Bazı Davalar" konusunda değerlendirme yapılmıştır. Gereksiz tekrardan kaçınılmak için burada aynı konulara ayrıca değinilmemiştir.

yerinde olacağı değerlendirilmiştir. Tartışma konusu olan davalar tasnif edilirken uygulamada kullanılan isimleri dikkate alınmıştır.

İdare tarafından yayımlanan kitapta geniş yorumlama ile pek çok uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu ileri sürülmüştür⁸⁴⁰. Ayrıca bazı dava konularının UYAP sistemine dava şartı arabuluculuk konusu olarak işlenmiş olması uygulamada sorunlara neden olmaktadır⁸⁴¹.

A. Takip Hukukundan Kaynaklanan Davalar

1. Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası

Menfi tespit davaları, İİK'nun 69. 72. ve 89. maddelerinde düzenlenmiş özel bir tespit davası çeşididir⁸⁴². Uygulamada dava şartı olarak en yoğun tartışmanın yaşandığı alan olarak menfi tespit davaları nitelendirilmiştir⁸⁴³. Bu tartışmanın en önemli nedeni menfi tespit davalarının uygulamada en yaygın görülen tespit davalardan olmalarıdır⁸⁴⁴. Menfi tespit davaları, genel mahkemelerde ve genel hükümlere göre görülürler. Menfi tespit davaları konuları ve davanın tarafları yönünden mutlak veya nispi ticari dava olarak nitelendirilmesi mümkün olan davalardır⁸⁴⁵.

Kapsam olarak arabuluculuk dava şartına girip girmediği tartışmalı olan menfi tespit davaları için davanın bir aşama sonra istirdat davasına dönüşebileceği, istirdat davalarının konularının ise bir miktar paranın ödenmesi olduğu ileri sürülmüştür⁸⁴⁶.

Menfi tespit davalarında kural olarak bir alacak talep edilmez, bu nedenle TTK'nın 5/A maddesini davacının talep sonucuna göre yorumlayan yazarlar tarafından haklı olarak bu davaların ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamı dışında

⁸⁴⁰ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 129-212). Öğretide bakanlık tarafında uygulamaya yönelik olarak çıkarılan kitap haklı olarak bakanlığın yargıya ve yasamaya müdahalesi olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. (PASLI, 2019, s. 19).

⁸⁴¹ UYAP üzerinden dava açılması sürecinde davacı, öğretide ve uygulamada arabuluculuk dava şartı kapsamında olmadığı kabul edilen uyuşmazlık konularında dava açılabilmesi için arabuluculuk son tutanağına ait bir kod girilmesi zorunlu tutulmaktadır. Bu koda tanımlı tarafların açılacak davanın tarafları ile uyumlu olması ve arabulucu tarafından son tutanağın ADB'ye gönderilmiş olması gerekmektedir. Aksi durumda dava açılmasına UYAP izin vermemektedir. Bu olumsuzluktan kurtulmak için UYAP üzerinde açılan davalar farklı dava isimleri ile nitelendirilmektedir.

⁸⁴² (KURU, İcra, 2018, s. 140,141),

⁸⁴³ (PASLI, 2019, s. 18), (BELGİN GÜNEŞ, 2020, s. 521).

⁸⁴⁴ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3153).

⁸⁴⁵ (KURU, İcra, 2018, s. 140 vd.), (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 312 vd.), (MUŞUL, Menfi Tespit, 2016, s. 77 vd.), (ARSLAN, YILMAZ, & TAŞPINAR AYVAZ, İcra ve İflas Hukuku, 2017, s. 218 vd.), (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 125 vd.), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 308).

⁸⁴⁶ (ERDEM P. , 2020, s. 1).

kalması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁴⁷. HMK'nın dava konusunu tespit kıstası talep sonucu yani mahkemeden istenen hukuki yarar⁸⁴⁸ veya talep sonucunun niceliğidir⁸⁴⁹. Menfi tespit davalarının konusu, borçludan takibe konu olan veya olabilecek belgelerden dolayı alacak talep edilip edilemeyeceğidir⁸⁵⁰. Kanun koyucu, eğer menfi tespit davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına alacak şekilde düzenleme yapmak isteseydi, “konusu para olan davalar”⁸⁵¹ veya “bir miktar paranın ödenmesi veya ödenmemesine yönelik olan davalar” şeklinde daha açık kapsam tanımlaması yapması gerekirdi⁸⁵².

⁸⁴⁷ (PASLI, 2019, s. 19,20), (YARDIM, 2019, s. 99), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3155).

⁸⁴⁸ (KURU, Usul I. , 2020, s. 399 vd.).

⁸⁴⁹ (KURU, Usul I. , 2020, s. 414 vd.).

⁸⁵⁰ Menfi tespit davalarının ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun kapsamında olmayacağı yönündeki görüşe sahip bazı yazarlar; (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 131), (PASLI, 2019, s. 22), (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 123), (YARDIM, 2019, s. 99 vd.), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 160 vd.), (KARA, Ticari Davalarda Arabuluculuk, 2020, s. 150), (TOPRAKKAYA, 2021, s. 184), (TAŞDELEN, 2021, s. 83). Menfi tespit davalarının ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun kapsamında kabul edilmesi yönündeki görüşe sahip bazı yazarlar; (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 68), (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 5), (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 320,321), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3166).

⁸⁵¹ ERMENEK ve AZAKLI ASLAN, “konusu para olan dava” nitelendirmesinin HUMK döneminde kaldığını, HMK sisteminde talep sonucuna davaların nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 143).

⁸⁵² (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 145,159). Yargıtay 11. HD bu görüşün aksine “*Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığına tespiti talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığına tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığına tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığına tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağına ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ...*” şeklinde karar vermiştir. Y. 11. HD, T. 10.02.2020, E. 2019/3048 K. 2020/1093, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Ayrıca aynı daire bu karara atıf yaparak benzer yönde kararlar da vermiş, davaların yığılması yönünde dava şartı arabuluculuk konusundaki kararlarına istikrar kazandırmıştır. Bkz. Y. 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2019/3611 K. 2020/4734, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Karşı oy gerekçesinde “*Bu hükmün lafzından ve gerekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere, tüm ticari davalar için değil sadece bir miktar paranın tahsili talepli alacak ve tazminat davaları açılmadan önce arabulucuya başvuru dava şartı olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile Kanun Koyucu arabulucuya başvurunun bir dava şartı olarak aranacağı dava türlerini örnek olarak vermeyip, açık bir şekilde sınırlı sayıda belirterek sadece alacak ve tazminat davaları ile sınırlı tutmuştur. Kanaatimce Kanun Koyucu “...ticari davalardan...” ve “...yalnız...” ibarelerini bu sınırlamayı belirtmek için kullanmıştır.*

Menfi tespit davası ise İİK m. 72 hükmü ile düzenlenen kendine özgü bir dava türü olup, konusu bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi değildir. O nedenle alacak davasının bir türü gibi değerlendirmek hatalı olmaktadır. Şöyle ki, Menfi tespit davasında mahkemenin davacının borçlu olup olmadığına tespitini yapmasının, davalının alacaklı olup olmadığına tespiti sonucunu doğurması bu davanın bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak davası niteliğinde olduğunu göstermez. Zira menfi tespit davası sonunda bir miktar paranın tahsiline karar verilmemektedir. Eğer davacı davasını ispat ederse olumsuz tespit kararı verilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekirse, mevcut düzenleme uyarınca arabulucuya başvurulmasının menfi tespit davası için bir dava şartı olarak kabul edilmesinin bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Şöyle ki, bilindiği üzere menfi tespit davaları genellikle başlatılan veya başlatılması muhtemel icra takipleri nedeniyle açılmaktadır. Arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi durumunda, arabulucu sürecinde takip devam edeceğinden borçlu daima haciz baskısı altında olacak, alacaklı ise bir an önce alacağına kavuşmak arzusu ile hacizlere başlayacaktır. Oysa borçlu olmadığını düşünen takip borçlusunun bir an evvel dava açıp takibin devamını önlemek için tedbir talep etmekte menfaati bulunmaktadır. Diğer taraftan

Menfi tespit davası ile birlikte davacı tazminat talep edebilir veya menfi tespit davası istirdat davasına dönüşebilir. Menfi tespit davası devam ederken, dava konusu borç ödenirse İİK'nın 72. maddesinin 5. fıkrası gereğince istirdat davası olarak davaya devam edilir. PEKCANITEZ; dava açıldığı anda mevcut olan bir dava şartının, dava devam ederken ortadan kalkması halinde dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi gerektiğini belirtmiştir⁸⁵³. Ancak menfi tespit davası açıldığı anda dava şartlarının tam olması halinde, menfi tespit davasının devamı olan istirdat davasında arabuluculuk dava şartının aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Dava açılırken aranan arabuluculuk dava şartının HUAK'ın 18/A maddesi gereğince sonradan ikmal edilmesi mümkün değildir.

İstirdat davası, İİK'nın 72. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında özel olarak düzenlenmiş bir eda davasıdır. Menfi tespit davası devam ederken, cebri icra tehdidi ile ödenen paranın iadesi talebine dönüşmesi sonucu istirdat davası vücut bulabilir. İkinci ihtimal olarak, icra takibi sırasında menfi tespit davası açılmaması halinde, cebri icra baskısı altında paranın ödenmesinden itibaren bir yıl içinde bir eda davası olarak da açılabilir⁸⁵⁴. Bir eda davası olduğunu kabul ettiğimiz ticari nitelikli istirdat davasının bağımsız olarak açılması halinde ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalacağı düşüncesindeyiz. Bu bağlamda TANRIVER, istirdat davasının sıradan bir eda davası olmadığını, İİK'nın 72. maddesinin son fıkrasında şartları sayılmış ilamsız icraya özgü özel bir dava olduğunu ileri sürmüş ve dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında olduğunu belirtmiştir⁸⁵⁵. TORAMAN, istirdat davalarının menfi tespit davaları ile birlikte açılması halinde aynı anda açılan davalardan bir tanesinin dava şartı arabuluculuğa tabi olacakken diğerinin arabuluculuğa tabi olmamasının sorunlar ortaya çıkabileceğini belirtmiştir⁸⁵⁶. Örneğin, takip devam ederken borçlu yapılan kısmi ödemediği sonra menfi tespit davası ile kalan kısım için borçlu olmadığını, ödenen kısmın ise istirdadı birlikte talep edebilir ve bu durum dava şartı olan arabuluculuk yönünden çelişki oluşturabilir.

arabuluculuk süresince başlatılan veya başlatılacak icra takibinin duracağı yönünde bir hüküm bulunmadığına göre, menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi silahların eşitliği prensibine de aykırılık oluşturacaktır.” gerekçesi ile 11. HD Üyesi SEKMEN tarafından karşı oy görüşü eklenmiştir.

⁸⁵³ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 951).

⁸⁵⁴ (MUŞUL, Menfi Tespit, 2016, s. 465 vd.).

⁸⁵⁵ (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 123-124).

⁸⁵⁶ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3159,3163).

Görölmekte olan bir menfi tespit davasının, istirdat davasına dönüşmesi hali için ise yorumlama yapmak aynı derecede kolay olmayabilecektir⁸⁵⁷. Dava şartı arabuluculuğun kural olarak davanın açıldığı anda varlığının incelenmesi gerektiğinden⁸⁵⁸, açıldığı anda dava şartı eksikliği bulunmayan davanın türünün yasa gereği değışmesi halinde özel dava şartı yokluğundan bahsedilemeyeceği düşüncesine katılmaktayız⁸⁵⁹. PEKCANITEZ; dava açıldığı anda mevcut olan bir dava şartının, dava devam ederken ortadan kalkması halinde dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi gerektiğini belirtmiştir⁸⁶⁰. Bu durum özel bir dava şartı olan arabuluculuk dava şartı dışındaki genel dava şartları için kabul edilebilecektir. Görölmekte olan bir davada HMK'nın 114. maddesinde sayılan dava şartlarının ortadan kalkması halinde davaya devam edilmesinin dava şartı kavramı ile çelişeceği muhakkaktır. Ancak arabuluculuk dava şartının başlangıçta aranmadığı menfi tespit davasının, bir tür alacak davası olan istirdat davasına dönüşmesi durumunda aranması belli bir aşamaya kadar ilerlemiş davanın usulden reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu da medeni usul hukukuna hâkim ilkelerden, usul ekonomisi ilkesini⁸⁶¹ makul süre içinde yargılanma ilkesini⁸⁶² ihlal edecektir. Müstakil olarak açılan istirdat davasının ise eda davası olması nedeniyle dava şartı arabuluculuk kapsamı içinde kaldığını ileri sürmekteyiz.

Menfi tespit davası açısından Yargıtay 19. HD, 13.02.2020 tarihli Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Kararından itibaren bir eda talebi içermemesi nedeniyle dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunmadığı görüşünü ortaya koymuştur⁸⁶³.

Yargıtay 11. HD ise tek başına açılan menfi tespit davalarında görevsizlik kararı vermektedir⁸⁶⁴. Menfi tespit davası ile birlikte açılan davalar için ise davaların yığılmasını gerekçe göstererek, dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan bir davanın menfi tespit davası

⁸⁵⁷ (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3156).

⁸⁵⁸ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 1187).

⁸⁵⁹ (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 461).

⁸⁶⁰ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 951).

⁸⁶¹ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 886,887).

⁸⁶² (PEKCANITEZ, Cilt I, 2017, s. 851).

⁸⁶³ Y. 19. HD, T. 13.02.2020, E. 2020/85 K. 2020/454, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Karar ilk olma niteliği gereğince emsal olarak gösterilmiş olup dairenin daha sonraki benzer kararları çalışmamızda farklı yerlerde belirtildiği için gereksiz tekrar olmaması amacıyla bu kararla yetinilmiştir.

⁸⁶⁴ “Taraflar arasındaki dava, kambiyo senedinden kaynaklanan menfi tespit istemine ilişkindir. Uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların sıfatına göre, dosyanın temyiz incelemesi Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin görevine girmektedir.” Y. 11. HD, T. 12.03.2020, E. 2020/1150 K. 2020/2468, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 11.02.2021.

ile birlikte açılması halinde dava şartının arabuluculuğa tabi olmadığı görüşündedir⁸⁶⁵. Buradan Yargıtay 19. ve 11. HD uygulamalarının aynı olduğu yönünde bir çıkarım yapamamaktayız. Her iki dairenin kararlarının sonuçları aynı gibi gözükse de kanımızca görüş farklılığı söz konusudur. Yargıtay 11. HD karar gerekçelerinden anlaşıldığı kadarıyla müstakil menfi tespit davası ticari nitelikte olmaları halinde dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu görüşündedir⁸⁶⁶. Ancak daire davalarının yığılması nedeniyle arabuluculuğa tabi olmayan davalarla birlikte açılan menfi tespit davalarını bu kapsam dışında kaldığını kararlarında belirtmektedir.

2. İflas İdaresine Karşı Açılan Kayıt Kabul Davası

İflas tasfiyesi sürerken iflas masasından alacaklı olunduğu iddia edilen bir alacağın tamamen veya kısmen iflas idaresi tarafından sıra cetveline kaydının yapılmaması halinde alacaklının önündeki yollardan bir tanesi İİK'nın 235. maddesi uyarınca sıra cetveline itiraz veya uygulamadaki adı ile “kayıt kabul davası” açmaktır⁸⁶⁷. Kolektif bir takip yolu olan iflas süreci içinde kayıt kabul davaları alacaklılara karşı değil, iflas masasına husumet yöneltilmek suretiyle açılır ve davada iflas masasını iflas idaresi temsil eder⁸⁶⁸. Yargıtay'ın istikrarlı kararlarına göre, asliye ticaret mahkemelerinde görülen kayıt kabul davalarının konusu “bir miktarın ödenmesi” değil, alacağın iflas masasına kaydedilmesidir⁸⁶⁹. Bu nedenle uygulamadaki adı ile kayıt kabul davaları, arabuluculuğa elverişli olsa bile arabuluculuk dava şartı kapsamında görülmeyebilir. Bir

⁸⁶⁵ Y. 11. HD, T. 10.02.2020, E. 2019/3048 K. 2020/1093, www.karararama. yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021, Y. 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2019/3611 K. 2020/4734, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁸⁶⁶ (TAŞDELEN, 2021, s. 81), Ayrıca ilgili karar için bkz. dn. 852.

⁸⁶⁷ (KURU, İcra, 2018, s. 456,457), Öğretide kayıt kabul davasını “normal bir eda davası” olarak gören yazarlar vardır; (ARSLAN, YILMAZ, & TAŞPINAR AYVAZ, İcra ve İflas Hukuku, 2017, s. 511), (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 125 vd.). TANRIVER, kayıt kabul davasını eda davası olarak görmemektedir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 305).

⁸⁶⁸ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 178).

⁸⁶⁹ (COŞKUN, Konkordato ve İflas, 2. Baskı, 2019, s. 1199 vd.). Bir kararından Yargıtay 23. HD, “...Ayrıca, kayıt kabul davaları alacağın iflas masasına kaydı istemine ilişkin olup, belirli bir miktarın tahsiline yönelik olmadığından, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmekle yetinilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçimde dağıtımı aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabılır. Bu nedenlerle, bu davalarda maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir. Mahkemece, bu husus da göz ardı edilerek, davalı müflis şirket aleyhine, davacı yararına nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde karar vermiştir. Y. 23. HD, T. 12.12.2019, E. 2016/7942 K. 2019/5314, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

başka Yargıtay kararında ise İİK'nın 308. maddesinin e bendi gereğince konkordatonun feshine ilişkin talebi dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilmiştir⁸⁷⁰.

Kayıt kabul davalarında münhasır yetki söz konusudur, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir⁸⁷¹.

Yargıtay, kararlarında kayıt kabul davalarını eda davası olarak görmemektedir⁸⁷². Öğretide, kayıt kabul davalarının eda davası niteliğinde olmadığı ve tarafların serbestçe tasarrufta bulunabildiği uyuşmazlık konularının dışında kaldığı gerekçeleri ile dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı görüşü ileri sürülmüştür⁸⁷³. Ancak biz aşağıda açıkladığımız gerekçelerle bu görüşlere katılmıyoruz⁸⁷⁴.

İflas idaresine İİK'nın 226. maddesi ile oldukça geniş yetkiler verilmiştir⁸⁷⁵. İlgili maddenin kanunlaştığı dönemde arabuluculuk mevhumu ülkemizde bilinen bir kurum değildi, ancak İİK'nın 226. maddesindeki yetkiler arabuluculuk anlaşması yapmaktan fazlasını kapsamaktadır. Bu nedenle çoğun içinde azın her zaman bulunduğu düşüncesiyle, günümüzde İİK'nın 226. maddesi düzenlemesinden, iflas idaresinin yetkilerinin genişliği karşısında⁸⁷⁶ iflas idaresinin arabuluculuk yolu ile anlaşma yapabilmesinin mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır.

Alacakların sıra cetveline kayıt talebi konusunda iflas idaresinin takdir yetkisi bulunmaktadır⁸⁷⁷. İflas idaresi tarafından alacağın kısmen veya tamamen sıra cetveline

⁸⁷⁰ Y. 23. HD, T. 07.07.2020, E. 2020/809 K. 2020/2498, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁸⁷¹ (BİLGİN, 2016, s. 835 vd.).

⁸⁷² Bir kararında Yargıtay 19. HD, "...Kayıt kabul davalarında tahsile değil, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmeyle yetinilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçimde dağıtımı aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabılır." şeklinde hüküm kurmuştur. Y. 19. HD, T. 19.11.2009, E. 2009/7878K. 2009/10965, (BİLGİN, 2016, s. 863). Kanımıza göre dava türünün tespiti ile dava sonunda mahkeme tarafından verilen kararın yerine getirilme olasılığının bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgi kararda belirtilen görüşe katılmamaktayız.

⁸⁷³ (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 117), (KARA, Ticari Davalarda Arabuluculuk, 2020, s. 154), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 179).

⁸⁷⁴ KOÇYİĞİT ve BULUR, herhangi bir gerekçe ileri sürmeden "kayıt kabul davalarının" arabuluculuğa elverişli olması halinde dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 68).

⁸⁷⁵ KARACA; iflas tasfiyesi nedeniyle açılan davaları sonuçlarının üçüncü kişilere etkisi bakımından ikiye ayırmış, "çekirdek dava" olarak nitelendirilen herkese karşı etkili davalarda mahkemenin münhasır yetkisine dikkat çekmiştir, sıra cetveline itiraz davalarının tahkime elverişli olmadığını, İİK'nın 226 maddesine dayanarak üçüncü kişilere etkisi olmayan uyuşmazlıkların ise tahkime elverişli olduğunu belirlemiştir. (KARACA, 2020, s. 405).

⁸⁷⁶ (YILMAZ E. , İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s. 1050).

⁸⁷⁷ İflas idare memurlarının görev ve yetkileri ile icra müdürünün görev ve yetkileri benzer değildir. Karş. (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 40, 440 vd.). Örneğin her ne kadar kanunda bir hüküm bulunmasa bile Yargıtay uygulamasında icra müdürünün kararından dönemeyeceği yönünde istikrarlı kararları mevcuttur. Günümüzde Yargıtay kararlarında bu konuda yumuşama görülse de iflas idare memurları ve icra müdürü arasında uygulama yönünden önemli bir fark oluşturmaktadır. Bir kararında Yargıtay 12. HD. "İcra müdürü kendi verdiği karardan dönemez ise de, bilahare, daha önce verdiği kararın dosya kapsamı ve yasa hükmüne uygun olmadığını fark edip, onun

alınmaması halinde uygulamada kayıt kabul davası olarak adlandırılan İİK'nın 235. maddesinde düzenlenen sıra cetveline itiraz davası açılır. Kayıt kabul davaları İİK'nın 235. maddesinin 1. fıkrası uyarınca asliye ticaret mahkemelerinde görülen bir dava türüdür. İflas idaresi İİK'nın 227. maddesi gereğince masanın çıkarlarını gözetmek, iflas tasfiyesini seri bir şekilde tamamlamakla mükelleftir⁸⁷⁸.

Alacak kaydı talebinde bulunan alacaklı alacağının kaynağını iflas idaresine iyi anlatamamış olabilir ya da alacaklının müflis ile ilişkisi karmaşık olabilir. Kayıt kabul davası kesinleşinceye kadar tasfiyenin kapanması ve paraların paylaşılması mümkün olmayabilir. Bu gerekçelere göre uyuşmazlıkların arabulucu önünde çözülmesi iflas sürecinin bütün taraflarının menfaatine olacaktır.

Kayıt kabul davaları, konu itibarıyla ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun kapsamı bakımından tereddüt oluşturabilirler. Yargıtay'ın kayıt kabul davasının konusunun bir miktar paranın ödenmesi talebi olmadığı yönünde kararları vardır⁸⁷⁹.

yerine yasaya uygun olan kararı vermesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır.” şeklinde uygulamanın yumuşatılması yönünde karar vermiştir. Y. 12. HD, 19.09.2017, E. 2016/19215 K. 2017/10955, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021. Oysa Yargıtay uygulamasında iflas idare memurları tacir gibi sorumludur, tacir gibi basiretli davranma mükellefiyeti altında kabul edilmektedir. Y. 23 HD, 25.11.2020, E. 2017/2900 K. 2020/3831, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021. İcra müdürünün ise yürütme organı içinde yer alması, resen hareket edebildiği alanların sınırlı olması, sadece kanunda gösterilen veya kanuna uygun yetkiyi kullanabileceğine işaret eder. (ÖZÇELİK, 2014, s. 40).

⁸⁷⁸ Bir kararında Yargıtay 23. HD, “Davacı vekili, iflas idaresine dava dışı müflis şirketin vergi borcu 584.568,91 TL olarak bildirildiği ve iflas idaresinin yetkisi olmadığı halde kamu alacağının tenkise tabi tutarak alacağın 316.953,76 TL'sini reddettiğini, öte yandan müvekkilinin amme alacağının tamamının birinci sırada yer alması gerektiğini ileri sürerek, sıra cetvelinin müvekkilinin alacağının miktarı ve sırasına yönelik kısmının iptaline, amme alacağının tamamının birinci sırada gösterilmesinin hükme bağlanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Müflis davalı şirket iflas idare memuru, sonradan yaptıkları incelemede davacı kurum alacağının toplam 584.568,91 TL olduğunu tespit ettiklerini, davacı kurumun kendi alacağına yönelik itirazını kabul ettiklerini, sıraya yönelik itiraz hususunda ise takdiri mahkemeye bıraktıklarını beyan etmiştir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen kararın dairemizin 29.11.2013 tarihli ilamıyla bozulması üzerine bozma ilamı sonrasında yapılan yargılamada davaya konu kamu alacağının tahsil edildiği ve davanın konusuz kaldığının beyan edildiği gerekçesiyle, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. ...hükümün bu şekilde DÜZELTİLEREK ONANMASINA...” şeklinde karar vermiştir. Y. 23. HD, T. 04.11.2020, E. 2017/1903 K. 2020/3410, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021. Bu kararın incelenmesinden icra müdürlerinin kararlarından dönememeleri yönündeki yerleşik uygulamanın aksine, iflas idaresinin verdiği karardan dönebilmemesinin mümkün olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. İflas idaresin verdiği kararı geri alabilmesi arabuluculuk uygulamasına katılabilmesinin dayanakların birisi olarak kabul edilebilir.

⁸⁷⁹ Bir kararında Yargıtay 23. HD, “...Kayıt kabul davaları alacağın iflas masasına kaydı istemine ilişkin olup, belirli bir miktarın tahsiline yönelik olmadığından, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmekle yetinilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçimde dağıtımı aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabılır. Bu nedenlerle, bu davalarda maktu harç alınması ve maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir. Somut olayda mahkemece, dava değeri üzerinden nispi harç esasına göre belirlenmiş peşin harç miktarının davalıdan tahsiline hükmedilmesi doğru olmamış ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.” şeklinde karar vermiştir. Y. 23. HD, T. 28.01.2021, E. 2018/2581 K. 2021/279, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.04.2021. Karara konu olan uyuşmazlık açısından bakıldığında davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında alacak davası niteliğinde olduğu

Ancak görüşümüze göre kayıt kabul davası davacının masadan alacak talebine yöneliktir⁸⁸⁰. Kayıt kabul davası ile mahkemeden bir alacağın varlığı konusunda karar vermesi talep edilirken aynı zamanda burada amaçlanan bu alacağın davacıya ödenmesini sağlamaktır⁸⁸¹. Alacak talebinin ve tahsilinin silsile halinde devam eden işlemlerle ve belli bir sırayı izlemek zorunda olması bu davaların konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu sonucunu ortadan kaldırmaz⁸⁸².

Öğretide kayıt kabul davasının diğer alacaklılar yönünden sonuçları olduğu bu nedenle dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür⁸⁸³. Kayıt kabul davası asliye ticaret mahkemesinde, genel hükümlere göre yürütülür ve resen araştırma ilkesine tabi davalardan değildir. Buradan kayıt kabul davalarının kamu düzeni ile ilgisi olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Kayıt kabul davasında sulh olmak mümkündür. Arabuluculuk yolu ile anlaşma yapılması halinde, haklarının zarara uğradığını düşünen diğer alacaklılar tarafından sıra cetveline itiraz davası açılmak suretiyle anlaşmanın olumsuz etkilerinden kurtulmak mümkündür⁸⁸⁴. Oysa kayıt kabul davasında sulh ile davanın sonlanması HMK'nın 315. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sulh kesim hüküm gibi sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bütün alacaklılara etki edecektir ve sıra cetveline itiraz davası açmak mümkün olmayacaktır.

Bir miktar paranın masadan ödenmesi talebini kapsayan, maddi anlamda bir alacağın varlığıyla ilgili olan bu davanın⁸⁸⁵ ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olduğu düşüncesine katılmaktayız⁸⁸⁶.

görülmektedir. Ancak Yargıtay 23. HD, harçlar ve diğer yargılama giderleri yönünden bu içtihadı oluşturmuştur düşüncesindeyiz.

⁸⁸⁰ ARSLAN, YILMAZ ve TAŞPINAR AYVAZ; kayıt kabul davasında alacaklının, masanın talep edilen alacağı ödemeye mahkûm edilmesi ve alacağın sıra cetveline kayıt edilmesini birlikte talep ettiğini belirtmiştir. (ARSLAN, YILMAZ, & TAŞPINAR AYVAZ, İcra ve İflas Hukuku, 2017, s. 512). TANRIVER, iflasa ilişkin bütün davaları düzeninden kabul etmektedir, bu nedenle tarafların serbest bir şekilde bu dava konuları üzerinde tasarruf edemeyeceklerini belirtmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 304). Ayrıca Yargıtay uygulamasına benzer bir şekilde kayıt kabul davasının alacağın tahsilini konu alan davalar olmadığını belirtmekte bu nedenle dava şartı olan arabuluculuğun kapsamı dışında kaldığını kabul etmektedir (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 305).

⁸⁸¹ (PASLI, 2019, s. 22).

⁸⁸² (PASLI, 2019, s. 22).

⁸⁸³ (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 180,181).

⁸⁸⁴ Arabuluculuk anlaşma belgesi alacak iddia eden ile masa arasında yapılmış sayılacağından, tıpkı iflas idaresi tarafından yapılan sıra cetveli gibi itiraz konu olabilmelidir. İtirazda bulunan diğer alacaklılar üçüncü kişi konumunda olacakları için arabuluculukta üzerinde anlaşılan konularda dava açma yasağından etkilenmemeleri gerekir.

⁸⁸⁵ Yargıtay 19. HD, bir kararında isabetli olarak vurguladığı gibi "...Kayıt kabul davaları, alacaklı ile müflis arasındaki borç ilişkisini maddi hukuk açısından sonuçlandıran davalardır." Y. 19. HD, T. 05.07.2007, E. 2007/2976 K. 2007/7060, (BİLGİN, 2016, s. 868).

⁸⁸⁶ (PASLI, 2019, s. 22).

3. İtirazın İptali Davası

İtirazın iptali davasının icra takibine yapılan itirazın iptali ve takibin devamına mahkeme tarafından karar verilmesi konulu bir eda davası olduğu görüşü öğretide baskındır⁸⁸⁷. İtirazın iptali yargılaması, İİK'nın 67. maddesinin 1. fıkrasına göre genel hükümlere göre yapılır, davada alacağın varlığının ispatlanması gerektiğine göre dava sonunda taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm ortaya çıkar⁸⁸⁸. İtirazın iptali davasının konusu bizim de katıldığımız görüşe göre bir miktar paranın ödenmesidir ve bir eda davasıdır⁸⁸⁹. Takip hukukuna yönelik özel sonuçları olan ve eda davası olarak kabul ettiğimiz itirazın iptali davasının ticari dava olarak asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi mümkündür⁸⁹⁰. Benzer gerekçelerle ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olduğu yönünde Yargıtay 23. HD Farklı Bölge Adliye Mahkemelerinin Hukuk Daireleri Arasında Çıkan Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararı mevcuttur⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ (KURU, İcra, 2018, s. 110), (ARSLAN, YILMAZ, & TAŞPINAR AYVAZ, İcra ve İflas Hukuku, 2017, s. 170), (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 223,224), (YILMAZ E. , İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s. 369), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3149), (YILMAZ A. , 2018, s. 225,226). YILMAZ, itirazın iptali davasının eda veya tespit davası olarak alacaklının tercihine göre açılabilceğini, her iki durumda sonucun değişmeyeceğini belirtmiştir. (YILMAZ E. , İtirazın İptali, 2009, s. 612,613). Karşı görüş, itirazın iptali davasının takip hukukuna yönelik özel bir dava olduğu ve bu davanın sonunda alacağın tahsiline yönelik karar verilmediği, duran takibin devamına karar verildiği yönündedir. (PEKCANİTEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 104), (KARA, Ticari Davalarda Arabuluculuk, 2020, s. 152), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 142,145), (TAŞDELEN, 2021, s. 97). Bu görüşlere ek olarak öğretide, itirazın iptali davasının inşai dava olduğu ve bu davada verilen karar ile taraflar arasında durmuş olan takip hukuku ilişkisinin değiştiği savunulmuştur. (BÜYÜK, 2021, s. 63).

⁸⁸⁸ (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 223).

⁸⁸⁹ (ARSLAN, YILMAZ, & TAŞPINAR AYVAZ, İcra ve İflas Hukuku, 2017, s. 170), (OKUR, 2019, s. 96). Karşı görüş için bkz. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 307), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 158).

⁸⁹⁰ (YILMAZ A. , 2018, s. 226).

⁸⁹¹ Yargıtay 23. HD tarafından, Yargıtay Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararında itirazın iptali davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamı içinde kabul etmiştir. "...doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenmiş itirazın iptali davası bir para alacağının tahsili için girişilen ilamsız icra takibine karşı itirazda bulunan borçlunun itirazının hükümden düşürülerek bir başka deyişle itirazın haksız olduğunun tespiti ve alacağın miktarının belirlenmesi suretiyle davacının alacağına kavuşmasını sağlayan takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır.

Esasen kanun koyucu getirdiği düzenlemede arabuluculuğa tâbi olan hukuki uyuşmazlığın belirlenmesinde davanın eda davası, tespit davası veya inşai dava olması esasına göre bir başka deyişle davanın türüne göre bir düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucu açıkça "bir para alacağının tahsili ve tazminat" tabirini kullanmak suretiyle para alacağının ödenmesi sonucunu doğuracak şekilde davanın amacını esas almıştır. Nitekim eda davasında bir şeyin yapılması, yapılmaması bir şeyin verilmesi (teslimi) bir başka deyişle olumlu ya da olumsuz bir edaya mahkûmiyet söz konusu olabilir.

İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı

Öğretide itirazın iptali davasının ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı görüşündeki yazarlar, itirazın iptali davasının eda davası niteliğinde olmadığını, esas karakterini takip hukukundan aldığını belirtmektedirler⁸⁹².

İtirazın iptali davalarında “borcun tahsilinin istenmesinin veya itirazın iptalinin istenmesinin” teorik bir tartışma olduğu, pratikte önemi olmadığı isabetli olarak öğretileri sürülmüştür⁸⁹³.

İcra takibinin taraflarının anlaşarak veya itiraz eden borçlunun icra dairesinde yapacağı tek taraflı bir beyanı ile her zaman itirazının tamamından veya bir kısmından vaz geçmesi ve bu kısım yönünden takibin devamının sağlanması mümkündür. Öğretileri sürüldüğü gibi itirazın iptali davasında bir sonuç olarak çıkabilen icra-inkâr tazminatı bu konunun esaslı bir parçasını teşkil etmemektedir⁸⁹⁴. İcra hukukuna özgü tazminat olan inkâr tazminatı veya kötü niyet tazminatı tarafların birbirlerine karşı eylemleri nedeniyle bozulan taraf menfaat dengesinin yerine getirilmesi için öngörülmüş özel düzenlemelerdir⁸⁹⁵. Taraflar arabulucu önünde takibe yapılan itiraz veya geç ödeme nedeniyle alacaklının zararını serbest bir şekilde kararlaştırabilirler veya bu konuda karşılıklı fedakârlıkta bulunabilirler⁸⁹⁶. Bu nedenle itirazın iptali davalarının tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar kapsamında oldukları ve ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kaldıkları görüşündeyiz⁸⁹⁷.

suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılabacaktır.” Y. 23. HD, T. 04.12.2020, E. 2020/1943 K. 2020/4052, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Burada zikredilen kararda görüldüğü gibi Yargıtay uygulamasında itirazın iptali davaları nispi harca tabi bir eda davası olarak görülmektedir.

⁸⁹² (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 307,308). İtirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında gören bazı yazarlar; (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 196,197), (YARDIM, 2019, s. 103), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 144), (TOPRAKKAYA, 2021, s. 188), TAŞDELEN, 2021, s. 97).

⁸⁹³ (YILMAZ E. , İtirazın İptali, 2009, s. 612), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3150).

⁸⁹⁴ TORAMAN, inkâr tazminatının varlığını kanun koyucunun tercihinin bir sonucu olduğunu, taraflar arasındaki menfaat dengesi veya eşitliği sağlama amacı olmadığını belirtmektedir. (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 3150).

⁸⁹⁵ (ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, 2010, s. 264), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 153).

⁸⁹⁶ Taraflar sözleşmeye ekleyecekleri şart ile veya müstakil bir sözleşme ile sözleşme özgürlüğü sınırları içinde ceza koşulu anlaşması yapabilir. (MEŞE HACIOSMANOĞLU, 2021, s. 45). Arabuluculuk anlaşma belgesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde anlaşma belgesine ifaya bağlı ceza koşulu şartı eklemelerinde hukukumuzda engel bulunmamaktadır.

⁸⁹⁷ İtirazın iptali davalarını bir eda davası olarak niteleyen yazarlar dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını belirtmektedir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı görüşündeki bazı yazarlar; (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 5), (PASLI, 2019, s. 22), (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 67), (TORAMAN, Takip Hukuku, 2020, s. 2149 vd.), (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 156), (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 320,321).

Diğer yandan, taraflar arasında tahkim anlaşması olması halinde HUAK'ın 18/A maddesinin 18. fıkrası uyarınca dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay'ın 15. HD ilamsız takibe itirazın iptali amacıyla tahkime başvurmak mümkün kabul ederken⁸⁹⁸, 19. HD itirazın iptali amacıyla tahkime başvuruyu kabul etmeyen, bu nedenle tahkim şartının geçersiz olduğu yönde kararları da mevcuttur⁸⁹⁹. Öğretide ise itirazın iptali davalarının tahkime elverişli olduğu savunulmuştur⁹⁰⁰.

B. Ticaret Hukukundan Kaynaklı Bazı Davalar

Ticaret Hukukunun genel prensipleri ve ticari dava kavramı bu çalışmanın temelini oluşturmaktadır. Bütün ticari davaların tek tek sayılarak dava şartı arabuluculuk yönünden incelenmesi çalışmanın niteliğine aykırı olacaktır. Bununla birlikte ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında bazı önemli noktalara kısaca değinilmekle yetinilmiştir. Özellikle taraflarının aralarında sözleşme bulunmamasına rağmen serbest bir şekilde tasarrufta bulunabildiği, bir miktar paranın istenmesini konu alan bir kısım ticari davalara kısaca bu başlık altında değinilmiştir.

Deniz ticareti hukuku, çok daha geniş alanı kapsayan deniz hukukunun parçasıdır. Deniz ticareti hukuku, diğer özel hukuk branşları gibi kısmen kamu hukuku alanı ile bağlantılıdır⁹⁰¹.

Ticari ilişkilerin temel olarak düzenlendiği TTK'nın Beşinci Kitabı 931. ve 1400. maddeleri arasında deniz ticareti hukukuna ilişkin temel kanuni düzenlemeleri kapsar. Deniz ticareti hukuku kapsamında olan, özel hukuk nitelikli ve tarafların serbest bir şekilde üzerinde tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuk konusu olacağı muhakkaktır⁹⁰². Müşterek avarya, çatma, kurtarma ve gemi alacaklısının hakları açısından ihtiyari ve dava şartı uygulamasının ayrı ayrı incelenmesi bu çalışmanın sınırlarının aşılması olacaktır. Uygulamadaki farklı yapısından dolayı müşterek avaryanın dava şartı arabuluculuk açısından incelenmesi ayrı bir öneme sahiptir.

Müşterek avarya, TTK'nın 1272. maddesinde tanımlanmıştır. Ortak bir deniz sergüzeştine emanet edilmiş deniz yüklerinin ve geminin selameti için yapılmış hareket

⁸⁹⁸ Y.15. HD, T. 16.05.2011, E. 2010/826 K. 2010/2941, (COŞKUN, İcra Hukuku, 2020, s. 135).

⁸⁹⁹ Y. 19. HD, T. 14.12.2000, E. 2000/5610 K. 2000/8669, (COŞKUN, İcra Hukuku, 2020, s. 135)

⁹⁰⁰ (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 105), (DÜR, 2018, s. 317).

⁹⁰¹ (SÖZER, Deniz Ticareti Hukuku, I. cilt, 2016, s. 1).

⁹⁰² (AKAN, 2013, s. 153, 154).

sonucu hakkaniyetle zararın paylaşımı esasına dayalı bir Deniz Ticareti Hukuku kavramıdır⁹⁰³.

Dispeç yargılama niteliğinde olmayan, mahkeme dışında gerçekleşen bir tespit işlemidir. Müşterek avaryanın mahkeme bağlantılı ilk kısmı ise dispeç tayinidir. Dispeççi atamasında taraflar anlaşamazlarsa TTK'nın 1820. maddesi uyarınca dispeççi mahkeme tarafından tayinin edilecektir. Dispeççi tayini HMK'nın 382. maddesinin 2. fıkrasının e bendi uyarınca çekişmesiz yargı işi olduğundan⁹⁰⁴ ve ayrıca bir miktar paranın ödenmesi talebini içermediğinden ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değildir. Dispeç raporuna itiraz ise bir ticari dava olarak karşımıza çıkar. Dispeç raporunun kesinleşmesi halinde rapor ilamlı icraya konulabilir⁹⁰⁵.

Dispeç raporunun onanması bir ticari davadır. Bu davanın konusu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın müşterek avarya kaynaklı olup olmadığı, dispeç raporunda yapılan paylaşım ve ödemelerin hangi tarafın yapacağı, hangi tarafın ödeme alacağıdır. Dava duruşmalı olarak görülür ve mahkeme genel hükümlere göre yargılama yapar. Yargılamanın sonunda mahkeme üç farklı karar verebilir⁹⁰⁶. Ancak davanın tarafları ve davadaki roller farklıdır. Raporu onanmak üzere mahkemeye sunan taraf ile onama aşamasında paylaşımdan kendisine düşen payın eksik olduğunu iddia ederek diğer yanlardan alacak talep eden tarafın yargılamadaki sıfatı farklılık arz eder⁹⁰⁷. Dispeç raporunda kendisine az ödeme öngörüldüğünü düşünen tarafın itirazının konusu raporun

⁹⁰³ (KULA, 2019, s. 735).

⁹⁰⁴ (SÖZER, Deniz Ticaret Hukuku - II. Cilt , 2016, s. 351).

⁹⁰⁵ (KULA, 2019, s. 736).

⁹⁰⁶ TTK'nın 1282. maddesi hükmü gereği; Mahkeme dispeç raporunu düzelterek onaylayabilir veya raporun tamamı onaylanır. Her ne kadar madde hükmünde uyuşmazlık konusunun müşterek avarya konusuna girmediği konusunda verilecek karar dispeç raporunu ortadan kaldırır. (SÖZER, Deniz Ticaret Hukuku - II. Cilt , 2016, s. 360).

⁹⁰⁷ Yargıtay 11. HD, bir kararında dispeç raporuna itirazı, çekişmeli yargı işi ve eda davası olarak görmüştür. Bu hali ile dispeç raporuna itiraz, tazminat talebi kapsamında Yargıtay 11. HD, tarafından görüldüğü için ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kaldığı kabul edilebilir. "... Somut olayda, geminin yolda tamir edilemez biçimde arızalandığı, kaptanın usulüne uygun bir biçimde müşterek avarya ilan ederek gecikmeksizin dispeç raporu aldığı sabittir. Mahkemece de yapılan yargılama sonucunda benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda nihai dispeç raporuna göre davalı şirketin payına düşen meblağın tahsiline karar verilmiştir.

Karşı davanın açıldığı tarihte dispeç raporunun tamamlanmadığı, gemide aynı kişiye ait tek yük bulunduğundan garameye iştirak edecek olanların gemi ve yük olmak üzere sadece 2 eşya ilgisi olan taraflar olduğu, yukarıda da açıklandığı üzere TTK'nın 1272-1285. maddeleri uyarınca onaylanmış bir dispeç raporunun bulunmadığı, dispeç raporuyla belirlenen müşterek avarya garamesi payının tahsili isteminin aynı zamanda mahkemece dispeç raporunun denetlenmesi ve onaylanması suretiyle tahsil hükmü kurulması talebini de içerdiği ve mahkemece dispeç raporu yerinde bulunmak suretiyle garamesi payının tahsiline hükmedilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, doğrudan garamesi payının tahsili istemli dava açılmasına engel bir yasa hükmünün de söz konusu olmadığı ve bu itibarla davalı-karşı davacının karşı davayı açmakta hukuki yararının da bulunduğu nazara alındığında, davalı-karşı davacı vekilinin, karşı davaya yönelik karar düzeltme isteminin kabulü ile..." Y. 11. HD, T. 25.06.2020, E. 2018/4685 K. 2020/3211, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

diğer yanlarından bir miktar paranın ödenmesini istenmesidir. Müşterek avarya hükümleri çerçevesinde ödeme talep eden itiraz edenin itirazının dinlenebilmesi için arabuluculuk dava şartını yerine getirmesini ileri sürmek mümkündür. Ancak bu durumda müşterek avaryaya yönelik bütün işlemlerin ve dolayısıyla yargılamanın durması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durum da TTK'nın müşterek avarya düzenlenmesi ile getirilmek istenen hızlı tazmin amacına aykırıdır⁹⁰⁸. Dispeçin onaylanması, müşterek avaryanın varlığı, garame konusunda, ihtilaf bulunmadığı hallerde sadece bu payların ödenmesine yönelik davaların ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kaldığını kabul edebiliriz⁹⁰⁹.

Sigorta Hukukuna ilişkin hükümler TTK'nın Altıncı Kitabı 1401. ve 1520. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sigorta sözleşmesinin tanımı TTK'nın 1401. maddesinin 1. fıkrasında “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Sigorta sözleşmelerinin tanımından ve Sigorta Hukukunun TTK'nın altıncı kitabında düzenlenmesi nedeniyle sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava niteliğindedir.

Diğer yandan TKHK'nın 3. maddesinin 1 bendi “tüketici işlemi” kapsamına sigorta sözleşmesi kapsamında tüketiciler tarafından yapılan işlemleri de dâhil etmiştir. Bu nedenle TKHK kapsamında kalan sigorta ihtilaflarının da ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olmayacağı düşüncesindeyiz⁹¹⁰.

Sigorta hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın ortaya çıkması ve dava edilebilir olması arasında dava açılmayan bir zaman kesiti mevcuttur⁹¹¹. Sigorta hukukunun olağan bir sonucu olarak riskin gerçekleştiği ve hasarın doğduğu bilinmeden sigortacının ödeme veya anlaşma yapması beklenemez. Henüz dava edilebilir olmayan bir uyuşmazlığın, dava şartı arabuluculuğa konu edilmesi halinde arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olup olmadığı tartışma konusu olabilecektir⁹¹².

⁹⁰⁸ (KULA, 2019, s. 737).

⁹⁰⁹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 385).

⁹¹⁰ Karşı görüş için bkz. (PASLI, 2019, s. 16, 24).

⁹¹¹ (KARA, Sigorta Hukuku, 2021, s. 192).

⁹¹² Henüz doğmamış bir hak nedeniyle tarafları tacir olan bu uyuşmazlıklarda ibra niteliğinde arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlemek mümkün olabileceği gibi basiretli davranma yükümlülüğü altında bulunan tacirler (ÜLGİN, HELVACI, KENDİGELEN, KAYA, & NOMER ERTAN, 2015, s. 41,272) ibra niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğini kanımızca ileri süremeyecektir. Ancak arabuluculuk görüşmelerinin başarı ile sonuçlanmaması halinde uyuşmazlık dava konusu olursa, mahkeme

C. Rekabet Hukukundan Kaynaklı Davalar

Ülkemizde rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler farklı kanunlarda yer almaktadır. Mutlak ticari davalar kapsamında TTK'nın 54. me 63. maddeleri arasında düzenlenen haksız rekabet konuları yer alırken, TBK ve 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK) kapsamındaki uyuşmazlıklar nispi ticari davalar kapsamındadır. Haksız rekabet haksız fiilin özel bir şeklidir ve Rekabet Hukuku FSEK, başta olmak üzere pek çok hukuk dalı ile yakın ilişki içindedir⁹¹³.

Rekabet hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkları kamu hukuku ve özel hukuk nitelikli olarak ikiye ayırmak da mümkündür⁹¹⁴. Rekabet Kurulu'nun düzenleme ve denetleme yetkisi içindeki rekabet ihtilaflarının tahkime⁹¹⁵ veya arabuluculuğa elverişliliği söz konusu olamayacaktır. Rekabet hukukundan kaynaklı, bir miktar paranın ödenmesi talebini içeren, tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebildikleri, ticari dava konusu uyuşmazlıklar başta tazminat davaları olmak üzere dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kabul edilmelidir.

Kusur sorumluluğuna dayanan tazminat talepleri genel bir kanun olan TBK'da düzenlenmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezalara kadar RKHK özel tazminat hükümleri ihtiva etmektedir. Rekabet hukukundan kaynaklı olan, nedensiz zenginleşme veya haksız fiil niteliğindeki uyuşmazlıkların özel hukuk kaynaklı ve tarafların serbest bir şekilde tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklardan olduğu kabul edilmelidir⁹¹⁶.

Diğer yandan örneğin TBK'nın 626. maddesinde belirtilen “adi şirket ortaklarının, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaati için, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar” hükmüne aykırılık da bir rekabet hukuku meselesi olarak nispi bir ticari dava konusudur.

Herhangi bir hukuki ilişkiye veya haklı gerekçeye dayanmadan taraflardan birisinin mal varlığındaki eksilme diğer tarafın mal varlığında haksız bir artışa neden oluyorsa nedensiz zenginleşme⁹¹⁷, hukuka uygunluk unsuru taşımayan bir eylem sonucu taraflardan birisinin diğerine zarar vermesi söz konusu olduğunda haksız fiil söz konusu

tarafından dava şartı arabuluculuğun yerine getirilmemiş olduğunun kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. İkinci Bölüm I. Konu B.2. “Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğun Zaman Bakımından Kapsamı”.

⁹¹³ (ERDİL, 2016, s. 319 vd.).

⁹¹⁴ (TİRYAKİOĞLU, 1997, s. 39 vd.), (VARLI, 2020, s. 149 vd.).

⁹¹⁵ (KARACA, 2020, s. 399).

⁹¹⁶ (ASLAN, 2020, s. 25-27).

⁹¹⁷ (OĞUZMAN & ÖZ, 2017, s. 311 vd.).

olur⁹¹⁸. Denizde çatma, müşterek avarya, rekabetin haksız ihlalinden kaynaklı uyuşmazlıklar, marka veya sınai mülkiyet haklarının ihlalinden kaynaklı pek çok uyuşmazlık aynı zamanda nedensiz zenginleşme veya haksız fiil olarak kabul edilebilir.

Haksız fiil veya nedensiz zenginleşmeye konu uyuşmazlık her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren bir nitelikte ise nispi ticari dava söz konusu olacaktır. Dava şartı arabuluculuğun düzenlendiği TTK'nın 5/A maddesi konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bu davalarda uygulama alanı bulacaktır.

D. Kooperatif Hukukundan Kaynaklı Davalar

Kooperatif hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar 1163 sayılı, 24.04.1969 tarihli Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesinin *"bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır"* hükmü uyarınca ticari davaların konusunu oluşturur⁹¹⁹.

E. Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukundan Doğan Davalar

Mutlak ticari davaları sayan TTK'nın 4. maddesinin d bendi *"fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta"* öngörülen hususlardan doğan uyuşmazlıklara ilişkin dava ve çekişmesiz yargı işlerini mutlak ticari davalar arasında saymıştır⁹²⁰. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan bu davaların ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmeleri halinde ticari dava olarak nitelendirileceği yani nispi ticari dava oldukları kabul edilmiştir⁹²¹. Bu durumda TTK'nın 4. maddesi bir bütün olarak ele alındığında, davanın ticari dava olarak kabul edilmesi için fikri mülkiyet hukukuna ilişkin

⁹¹⁸ (OĞUZMAN & ÖZ, 2017, s. 11 vd.).

⁹¹⁹ (KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, 2018, s. 4), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 426), Yargıtay 23. HD, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararında kooperatif hukukundan kaynaklı olan ancak kooperatif üyesi olmayanlarla kooperatif arasındaki ihtilafların da tarafların tacir olmasına bakılmaksızın ticari dava olarak kabul edilmesi yönünde karar vermiştir. *"1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesinde yer alan 'bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava sayılacağı' hükmü gereği, kooperatif üyesi aleyhine düzenlenen ceza faturaları ile ilgili uyuşmazlıkta görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu izahtan varestedir."* Y. 23. HD, T. 04.12.2020, E. 2020/1691 K. 2020/4051, www.karararama. yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁹²⁰ (GİRAY, 2019, s. 30).

⁹²¹ (OĞUZ, YILMAZTEKİN, & ÜNER, Fikri Mülkiyet, 2020, s. 17-21), (TAŞDELEN, 2021, s. 61), (TOPRAKKAYA, 2021, s. 171). TOPRAKKAYA, TTK'nın 4. maddesinde mutlak ticari dava konusu olarak sayılan uyuşmazlıkların aynı zamanda FSEK kapsamında kalmaları halinde nispi ticari dava olarak nitelendirilmelerinin mümkün olmadığı görüşündedir. (TOPRAKKAYA, 2021, s. 177). Öğretide, FSEK'in 83. maddesi ile haksız rekabet konusunda TTK'nın 54. maddesine atıf yapıldığından mutlak ticari dava kapsamında kalması hali bu tür uyuşmazlıklara örnek olarak verilmiştir. (TOPRAKKAYA, 2021, s. 172).

mevzuattan kaynaklanması yeterli değildir, dava konusu uyuşmazlığın taraflardan birisinin ticari işletmesiyle ilgili olma şartı söz konusudur.

Öğretide TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının d bendi hükmü uygulamada mahkemelerin görev karışıklığına neden olabileceği ihtimali nedeniyle eleştirilmiştir⁹²². Bizim de katıldığımız bu eleştiriye göre, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin ihtisas mahkemeleri olarak ihdas edilmelerinin ve asliye ticaret mahkemeleri ile aralarındaki iş bölümü ayrımının niteliği nedeniyle burada görülen davalar ve yargı işleri ile ilgili karmaşık görev sorunu ortaya çıktığı kabul edilmelidir⁹²³. Mevzuatta açıkça ticari dava olarak öngörülen davalar dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilebilir⁹²⁴. Ancak aslında TTK'nın 4. maddesinin konu ile ilgili düzenlemesi oldukça karmaşıktır⁹²⁵.

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan (SMK) kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş ihtisas mahkemeleridir⁹²⁶. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin görevleri kanunda açık bir şekilde belirtilmiştir⁹²⁷. Ayrıca FSEK

⁹²² (ARKAN, 6102 sayılı TTK, 2018, s. 118). “Kaldı ki bir davanın ticari olarak nitelendirilmesine, TTK’da davaların görüleceği mahkeme (TTK 5) dışında herhangi bir hukuki sonuç da bağlanmamıştır.” (KENDİGELEN, 2016, s. 48). Benzer görüş için bkz. (MOROĞLU, 2016, s. 31). Ancak ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun yürürlüğü ile bu haklı görüş artık kısmen geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Benzer şekilde FSEK’in 83 ve 84. maddeleri kapsamında talep edilen tazminatlar yönünden davanın ticari dava olmasının önemi bulunmadığı ileri sürülmüş olmasına rağmen, dava şartı arabuluculuk uygulaması nedeniyle araştırılması gereken konulardan birisi haline gelmiştir. (GİRAY, 2019, s. 31-33).

⁹²³ (GİRAY, 2019, s. 30), (TOPRAKAYA, 2021, s. 181).

⁹²⁴ (OĞUZ A. , Arabuluculuk, 2019, s. 814), (GİRAY, 2019, s. 31).

⁹²⁵ Öncelikle TTK'nın 4. maddesinin d bendinde bulunan “*fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta*” şeklindeki bir atıftan ne anlaşılması gerektiği belli değildir. Elbette burada kanun koyucu FSEK’ı işaret etmiştir. TTK'nın kanunlaştığı dönemde SMK henüz bulunmadığı SMK ile amaçlanan düzenlemeler bir kısım kanun hükmünde kararname (KHK) ile sağlandığı için bu zımnın bu KHK'lara da atıfta bulunulmuştur demek mümkündür. Ancak bu tür atıfların belirli bir kanuna yapılması gerekir. Maddenin diğer bentlerinde atıf yapılan kanunların gereksiz olarak tarih ve sayı numaralı bile zikredildiği halde (MOROĞLU, 2016, s. 30), TTK'nın 4. maddesinin d bendi atıfta bulunduğu kanunu ve KHK'ları zikretmemiştir. TTK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasında, “*herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.*” şeklinde bir istisna hükmü öngörülmüştür. Bu fıkra da geçen “*havale*” teriminin hangi anlama işaret ettiği TTK'nın 4. maddesinin c bendinde kanun ve madde numarası verilerek açıklığa kavuşturulmuştur. Tamamen açık olmasa da “*vedia*” terimi ve “*555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini*” birbiriyle bağlantısını kurmak mümkündür. Ancak “*d) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta*” ve ikinci fıkra da “*fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan*” şeklindeki ifadelerinin bir kanunun metninde olması gerektiği gibi tereddütsüz ve tam olarak bir birleri ile örtüşüklerini ileri sürmek mümkün değildir. (TOPRAKAYA, 2021, s. 173). Buraya kadar olan açıklamalarımızdan ve dn. 825 ve 932'deki açıklamalarımızdan yola çıkarak ticari davaların teşhislerindeki zorluğu ve belirsizliği kısmen ortaya koymaya çalıştık. Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği sonucunu ortaya koymak istedik.

⁹²⁶ (ERDİL, 2016, s. 115).

⁹²⁷ Yargıtay 15. HD bir kararında, “*Somut olayda davacı yüklenici, davalı iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bedel karşılığı eser meydana getirmeyi taahhüt ettiğinden, yanlar arasındaki ilişki sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4. maddesinde mimarlık eserleri güzel sanat eserleri kapsamında sayılmış ise de, mimari projelerin güzel sanat eseri olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Davada 5846 sayılı Kanuna dayanılarak tecavüzün önlenmesi, telif hakkı, eser*

hak sahiplerinin talep edebilecekleri dava konularını sınırlı sayı ile saymıştır. Bu talepler maddi, manevi ve bağlantılı haklar olarak tasnif edilmiştir⁹²⁸. Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk kapsamı dışında kalan, bir miktar paranın ödenmesine yönelik olmayan fikri ve sınai mülkiyet hukuku kaynaklı uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Bunun yanında tamamen arabuluculuğa elverişli olmayan bir alanın da FSEK ve SMK kapsamında düzenlendiği belirtilmelidir⁹²⁹. Örneğin, patentin ve markanın tescili gibi uyuşmazlık konuları kamu otoritesinin hâkimiyet alanındadır⁹³⁰ ayrıca bu davalar niteliği gereği yenilik doğurucu dava türü olarak kabul edilir ve dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında görülmektedir⁹³¹.

Öğretide, FSEK ve SMK kapsamında bulunan ve tarafların serbest bir şekilde üzerinde tasarruf edebildiği konulardan doğan, bir miktar para veya tazminatın talep edildiği ticari davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı belirtilmiştir⁹³². Yargıtay 11. HD, dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan ve kalmayan taleplerin tek bir davada ileri sürülmesi halinde davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki uygulamasını, istikrarlı olarak FSEK kapsamındaki uyuşmazlıklarda da devam ettirmiştir⁹³³.

sahipliğinin tespiti, tecavüz nedeniyle tazminat istenmediğinden, aksine sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılarak iş bedeli dava edildiğinden, tarafların tacir ve işin de ticari işletmeleriyle ilgili bulunması nedeniyle davaya bakmakla görevli mahkeme TTK'nın 5. maddesi uyarınca Asliye Ticaret Mahkemeleridir." şeklinde hüküm kurmuştur. Görüldüğü üzere ilgili hukuk dairesi uyuşmazlığın tarafları yönünden mahkemenin görev alanını dar olarak değerlendirmektedir. Y. 15. HD, T. 01.04.2014, E. 2014/1777 K. 2014/2230, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

⁹²⁸ (POLATER, 2019, s. 156-160).

⁹²⁹ (GİRAY, 2019, s. 32). Fikri ve sınai mülkiyet hukukundan doğan bütün uyuşmazlıkların tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri hâkimiyet alanında olması beklenemez. Öğretide, ülkelerin kamusal çıkarlarıyla bağlantılı ve zayıf tarafı koruma amaçlı olarak uyuşmazlık taraflarının serbest bir şekilde tasarruf ettiği alanı kısıtladıklarına işaret edilmiştir. (KARACA, 2020, s. 395).

⁹³⁰ (KARACA, 2020, s. 406).

⁹³¹ (PASLI, 2019, s. 21).

⁹³² GİRAY, dava şartı arabuluculuk kapsamında dava konuları olarak FSEK'in 68, 70, 58, 83. maddeleri örnek olarak sayılmıştır. (GİRAY, 2019, s. 31,34). Karşı görüş ise bu davaların asliye ticaret mahkemesinde görülmemesi nedeniyle ticari dava olarak tanımlanamayacağını bu nedenle ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir. (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 115,116). KARA, FSEK kapsamındaki uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olabileceğini, SMK kapsamındaki uyuşmazlıkların ise dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını belirtmiştir. (KARA, Ticari Davalarda Arabuluculuk, 2020, s. 123-125), (AYHAN, ÇAĞLAR, YILDIZ, & İMİRLİOĞLU, 2021, s. 344,345).

⁹³³ FSEK ve SMK kapsamında talep edilen korumanın sadece tazminat veya bir miktar paranın ödenmesi ile sınırlı olması uygulamada nadiren tesadüf edilen bir durumdur. Örneğin, tecavüzünün kendiliğinden eylemine son vermesi ve tecavüzü bütün sonuçları ile beraber ortadan kaldırması gibi istisnai durumlarda, geriye sadece tazminat talep hakkı kalması söz konusu olabilir. Oysa uygulamada SMK ve FSEK kaynaklı uyuşmaların giderilmesine yönelik davalar, birden fazla talebi kapsayacak şekilde açılır. (AYHAN, ÇAĞLAR, YILDIZ, & İMİRLİOĞLU, 2021, s. 321 vd.). Yargıtay'ın davaların yığılmasına yönelik uygulamasına bu nedenle öğretide isabetli olarak dikkat çekilmiştir. (AYHAN, ÇAĞLAR, YILDIZ, & İMİRLİOĞLU, 2021, s. 345). Davaların yığılmasına yönelik Yargıtay 11. HD, bir kararında, "...aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu

F. Tüketici Hukukundan Kaynaklı Davalar

Tüketici kavramı TKHK'nın 3. maddesinin k. fıkrasında, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”⁹³⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda yapılan tanım gereği, gerçek veya tüzel kişiler tüketici sıfatını taşıyabileceklerdir. Tıpkı TTK'nın ticari iş kavramı gibi TKHK da tüketici işlemlerini özel olarak tanımlamıştır. Tüketici işlemleri, tüketici mahkemelerinin görev yönünden tespitinde öne çıkan ölçüt olarak TKHK öngörülmüştür. Buna göre TKHK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca taraflarından birisinin tüketici olduğu işlemlerin, başka kanunlarda farklı nitelendirmeleri olsa bile tüketici işlemi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. TKHK'nın 83. maddesinin 2. fıkrası da tekrarlar, tüketici işleminden kaynaklı uyuşmazlıklarda, mahkemelerin görev ve yetkisine ilişkin TKHK hükümlerinin uygulanmasını başka kanunlarda yapılan düzenlemelerin engellemeyeceğini öngörülmüştür. Yargıtay uygulamasına göre tüketici mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisidir⁹³⁵.

Tüketici işlemi kapsamındaki uyuşmazlıklar TKHK'nın 73. maddesi hükmü uyarınca tüketici mahkemelerinde görülecektir. Tüketici mahkemeleri, asliye hukuk mahkemeleri ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ayrım bir görev ayrımıdır. Öğretide ve Yargıtay uygulamasında bizim de katıldığımız görüşe göre bir davanın tüketici mahkemesinde görülüyor olması o davanın ticari dava niteliğini ortadan kaldırmaktadır⁹³⁶.

olduğu davaların ticari arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir. (aynı yönde bkz. Dairemizin 10.02.2020 tarih ve 2019/3048 – 2020/1093; 17.02.2020 T. ve 2020/197-2020/1578). Somut olayda davacı taraf, bir nispi ticari dava olarak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında, maddi ve manevi tazminat talepleri yanında, eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün ortadan kaldırılması (ref'i) taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, İlk Derece Mahkemesince uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine, bölge adliye mahkemesince de aynı gerekçeyle davacı tarafın istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi doğru olmamış” şeklinde karar vermiştir. Y. 11. HD, T. 09.12.2020, E. 2020/933 K. 2020/5776, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 11.03.2021.

⁹³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, ticaret şirketi olan tüzel kişileri diğer tüzel kişilerden ayırarak tacir nitelikleri dışında bir alanları olamayacağına hükmetmiştir. Y. Hukuk Genel Kurulu, T. 09.07.2020, E. 2017/913 K. 2020/568, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 21.12.2020. Yargıtay 11. HD bir başka kararın da ise tarafların sıfatına değil taraflar arasındaki sözleşmeye itibar ederek tüketici kredisi şeklinde nitelendirilmeyen, “genel kredi sözleşmesi” olarak adlandırılan sözleşme nedeniyle tüketici mahkemelerinin değil, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Y. 11. HD, T. 02.03.2020, E. 2019/4111 K. 2020/2215, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁹³⁵ (AKKAN, Usul, 2017, s. 181 vd.).

⁹³⁶ (YILMAZ & YARDIM, Milli Şerh, 2016, s. 1192). Yargıtay 19. HD tarafından, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararında “...yukarıda açıklanan nedenlerle a) Bireysel kredi kartı (hamili tüketici olan) dolayısıyla talep edilen alacak nedeniyle açılan davaların ticari dava olarak kabul edilmeyeceğine, bu kabul karşısında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı

Emsal olarak sunduğumuz kararlarında görüldüğü gibi Yargıtay'ın istikrarlı olarak 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile TKHK'nın tüketici işlemlerine yönelik kıstası dikkate alarak görev yönünden ve uygulanacak hükümler yönünden değerlendirme yapması söz konusudur. Bu nedenle TTK'ya göre özel kanun olan TKHK gereğince bir iş tüketici işlemi olarak niteleniyorsa tüketici mahkemesinde ve tüketici davası olarak görülmelidir⁹³⁷.

TKHK'ya 7251 sayılı, 22.07.2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la eklenen 73/A maddesi ile bir kısım tüketici hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yoluna başvurmuş olmak dava şartı haline gelmiştir. Sınırlarımız dâhilinde tartışmaya çalıştığımız tüketici davası ve ticari dava ayrımıyla ilgili öğreti ve uygulamadaki görüşlere yönelik ortaya çıkabilecek sorunlar bu kısımda özetlenmeye çalışılacaktır.

Ticari dava, tüketici davası ayrımına farklı bakış açılarının oluşturabileceği ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuktan kaynaklı sorunlar görüşümüze göre iki kısımda incelenebilir. Bunlardan ilki ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun uygulamaya girdiği 01.01.2019 tarihi ile TKHK'ya eklenen 73/A maddesinin yürürlük tarihi olan 28.02.2020 tarihi arasında kalan dönemde ortaya çıkabilecek sorunlardır. Bu sorun tüketici işleminden kaynaklı bir uyuşmazlığın, tüketici mahkemesinde ve fakat ticari dava olarak nitelendirilmesi halinde ortaya çıkabilir⁹³⁸.

İlk olarak bu başlık altında incelediğimiz üzere 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte TTK'nın ticari iş kavramına benzer bir şekilde tüketici işlemi kavramı hukukumuzda dâhil olmuştur. Tüketici işlemi kavramı nedeniyle tüketici mahkemelerinde görülmekte olan davaların ticari dava olarak nitelendirilmeleri mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte TKHK'nın 83. maddesinin 1. fıkrasının “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.*” hükmü nedeniyle birbirlerinin ayrılmaz

olmadığına, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine, b) Bu tür davalar ticari dava olarak kabul edilmediğinden somut talepte itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmasına yer olmadığına...” şeklinde hüküm kurarak tüketici mahkemelerinin görev alanına giren davaların ticari dava olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Y. 19. HD, T. 11.06.2020, E. 2020/439 K. 2020/976, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Aksi yönde ise (NARBAY & AKKUŞ, Arabuluculuk, 2020, s. 325), (PASLI, 2019, s. 16).

⁹³⁷ Y. 19. HD, T. 03.04.2014, E. 2014/3056 K. 2014/6481, (COŞKUN, İcra Hukuku, 2020, s. 156). 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde görev ve dava türü yönünde çıkan tartışmalar 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile son bulmuştur. Konunun zaman bakımından dava şartı olan arabuluculuk yönünden uygulanması söz konusu olmadığı için sınırlarımız dışında kalmaktadır. 4077 ve 6502 sayılı kanunların görev ve dava türü yönünden farkları açısından bkz. (YAVUZ & TOPUZ, 2016, s. 1273 vd.).

⁹³⁸ (TAŞDELEN, 2021, s. 68,69).

parçası olmalarından dolayı TMK, TBK ve son olarak TTK tüketici işleminden kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanabilecektir⁹³⁹. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre, tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüldüğü davalar ticari dava olarak nitelendirilmemelidir⁹⁴⁰. Öğretide diğer görüş ise, uyuşmazlık konusunu tüketici işlemi olarak nitelemenin sadece görev ve yetkiye tesirli olduğunu bu nedenle ticari dava konularından olması halinde tüketici işlemlerinin de zorunlu arabuluculuk kapsamında kaldıklarını belirtmiştir⁹⁴¹. Bu tartışma özellikle TKHK kapsamındaki davalarda dava şartı arabuluculuğun ihdas edilmesinden önce açılan tüketici işlemi kaynaklı davalar için önem arz etmekteydi. Günümüzdeki bir diğer sorun ise adliye arabuluculuk bürosuna başvururken müracaatçının uyuşmazlık konusunu yanlış nitelemesi veya adliye arabuluculuk bürosu tarafından uyuşmazlık konusunda uzman olmayan arabulucunun atanması olarak karşımıza çıkabilecektir.

Arabulucuların uzmanlık alanları dışında atanmış olmaları durumunda, yönettikleri süreç nedeniyle dava şartının yerine getirilmemiş olduğu ileri sürülebilir. Araştırma konumuz olan TTK'nın 5/A ve HUAK 18/A maddelerinin açık hükmü karşısında bu durum kanımızca dava şartı yönünden önem taşımayacaktır. Mevcut düzenlemeler gereği uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak adliye arabuluculuk bürosuna müracaat etmek ve atanmış arabulucu tarafından sürecin sonucuna ilişkin bir belgeyi dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunmak yeterlidir. Adliye arabuluculuk bürosu, tarafların seçtiği arabulucuyu atamış olsa bile arabulucuların uzmanlık sorununun ADB'nin iç işleyişine yönelik bir mesele olduğu düşüncesindeyiz. Bunun için arabulucunun uzmanlık alanı dışında faaliyet göstermiş olmasının dava şartının yerine getirilmiş olmasına engel olmayacağı görüşündeyiz⁹⁴².

⁹³⁹ (YAVUZ & TOPUZ, 2016, s. 1281).

⁹⁴⁰ (TOPUZ, 2018, s. 14-15).

⁹⁴¹ (YILMAZ A. , 2018, s. 233), (PASLI, 2019, s. 16), (TAŞDELEN, 2021, s. 67).

⁹⁴² Bu kısımdaki görüşlerimiz sadece dava şartı arabuluculuğun şeklen yerine getirilmesi ile ilgidir. Diğer yandan arabulucunun eğitimi ve uzmanlığı ile sürecin başarısının mutlaka doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Ayrıca uzmanlığı bulunmadığı halde uyuşmazlık çözümünde görev alan arabulucunun ve hatta ilgili arabulucuyu atayan Adalet Bakanlığının kusur sorumluluğu söz konusu olabileceği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür. (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 153,154).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK FAALİYETİNİN AŞAMALARI

Arabuluculuk yönteminin taraflara sunduğu en önemli kolaylık arabuluculuk yoluna başvuru öncesinde bir hazırlık gerekmemesidir. Bu ve benzer rahatlık ortamları arabuluculuk sürecine olumlu katkı yapmaktadırlar⁹⁴³. Arabuluculuk başvurusu uyuşmazlığın genel çerçevesini belirleyecek açıklıkta olmalıdır. Dava dilekçesinde olduğu gibi ayrıntılı olmamakla birlikte uyuşmazlıkların uygulamadaki veya kanundaki adlarının belirtilmesi ileride ortaya çıkabilecek sorunları ortadan kaldıracaktır⁹⁴⁴. Dava şartı olan arabuluculuk; başvuru, hazırlık, müzakere ve sonuç olarak farklı süreçlerden oluşmaktadır. Dava şartı arabuluculuk sürecinin her bir bölümünün ayrı bir öneme sahip olduğu muhakkaktır. Bu kısımlar kendi içlerinde belli aşamaları ihtiva etmektedirler. Her aşamanın taraflara ve aralarındaki ilişkiye farklı hukuki etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk sürecinin aşamalarının ayrı ayrı incelemesi bu çalışma açısından önemlidir.

I. DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASI

Bir sürecin başlaması, hukuki anlamda sürecin tarafları için statü değişikliğini ifade eder. Örneğin davanın açılması ile dava süreci başlar ve taraflar davacı, davalı statüsünü kazanır⁹⁴⁵. Benzer şekilde, arabuluculuk sürecinin başlamasının hukuki süreler gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığın her yönüne mutlaka bir etkisi olacaktır⁹⁴⁶.

Kural olarak, ihtiyari arabuluculuk uyuşmazlığın taraflarından birisinin veya tarafların birlikte arabulucudan yardım talebi ile başlar. Bu bağlamda süreci başlatan iradenin serbestliğinden bahisle ihtiyari arabuluculuk olarak nitelendirilir. Bunun

⁹⁴³ (DÜR, 2018, s. 24).

⁹⁴⁴ (ÇİL, 2018, s. 28,29).

⁹⁴⁵ Davanın açılmasının maddi hukuka yönelik etkileri; a. Zaman aşımı sürelerinin durması, hak düşürücü sürelerin kesilmesi, b. Şahsa bağlı hakların malvarlığı haklarına dönmesi, c. Davanın açıldığı ana göre dava şartlarının incelenmesi, d. İyi niyetin ortadan kalması, e. Davalının temerrüde düşmesi. Davanın açılmasının usul hukukuna yönelik etkileri; a. Mahkemenin davayı incelemesinin zorunlu olması, b. Derdestlik, c. İhtiyati tedbir ve hacizleri tamamlayıcı işlemlerden sayılması, d. Davayı geri alma yasağı. Bkz. (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 1169 vd.), (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 302 vd.). Arabuluculuk bir dava yolu değildir. Bu nedenle arabuluculuk yoluna başvurmakla dava açmanın sonuçlarının aynı şekilde gerçekleşmesi beklenmemesi gerekir. Ancak davanın açılması ile doğan sonuçların bir kısmı niteliği gereğince arabuluculuk yoluna başvurmakla da gerçekleşebilir.

⁹⁴⁶ (ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, & HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 2018, s. 245).

yanında, uyuşmazlık çözümünde bir aşamayı bitirip ikinci bir aşamaya geçmek için arabuluculuk mecburiyet teşkil ediyorsa hukuk sistemimizde olduğu gibi zorunlu arabuluculuk uygulamasından söz edilir⁹⁴⁷. Ayrıca mahkeme içi arabuluculuk, mahkeme bağlantılı arabuluculuk, mahkeme dışı veya otonom arabuluculuk gibi tasnifler ile sürecin başlamasına etki eden bir anlamda tetikleyen unsurdan yola çıkılan tasnif yöntemleri de vardır⁹⁴⁸. Arabuluculuk sürecini başlatan nedenler öğretide arabuluculuk uygulamasının türünün adlandırılmasına kaynak teşkil etmektedirler.

Arabuluculuk sürecinin başlaması ve başladığı anın tespitinde dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasında önemli farklar vardır. İhtiyari arabuluculuk uygulamasında uyuşmazlığın taraflarından birisinin arabulucuya müracaatı ile aslında fiilen süreç başlayacaktır. Ancak, arabuluculuğun sürelerle etkisi HUAK'ın 16. maddesi uyarınca tarafların ilk oturumda bir araya gelerek süreci devam ettirme yönündeki iradelerini ortaya koymaları ile başlayacaktır.

Dava şartı arabuluculuk için HUAK'ın 18/A maddesinin 15. fıkrası uyarınca taraflardan birisinin Türkiye'de herhangi bir arabuluculuk bürosuna başvurması halinde, arabuluculuk süreci ve arabuluculuğun sürelerle etkisi aynı anda, bütün taraflar yönünden başlayacaktır⁹⁴⁹.

A. Arabulucu Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucu, bağlı bulunduğu adliye arabuluculuk bürosu sicilinden atanacaktır. KILIÇOĞLU, arabuluculuğun ruhuna daha uygun bir ifade ile dava şartı arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşamaması halinde adliye arabuluculuk bürosu tarafından atama yapılacağını belirtmiştir⁹⁵⁰. Ticari konularda uzman arabulucular arasından HUAKY'nin 24. maddesi uyarınca genel arabulucu listesinden puan ve sıraya göre büro tarafından atama yapılacaktır⁹⁵¹.

Adliye arabuluculuk bürosunun siciline kayıtlı arabulucunun taraflarca seçilmiş olması halinde bu tercihe göre atanması mümkündür. Tarafların birlikte arabulucu belirlemesi HUAK'ın 18/A maddesinin 5. fıkrasında, HUAKY'nin 24. maddesinin 1.

⁹⁴⁷ (MEMİŞ, 2020, s. 22).

⁹⁴⁸ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 165).

⁹⁴⁹ (OKUR, 2019, s. 119).

⁹⁵⁰ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 83).

⁹⁵¹ HUAK'ın 6. maddesi ADB'ye uzmanlık alanları ve uzmanlığa ilişkin esasları düzenleme yetkisi vermiştir. Arabulucuların mesleki yeterlilikleri de bu kapsamda değerlendirilerek ticaret hukuku genel ve özel dalları olarak ayrılan konularda ihtisas eğitimleri başlamıştır. Arabuluculuk Uzmanlık Alanlarına İlişkin Duyuru, www.adb.adalet.gov.tr, e.t. 02.01.2021.

fıkrasında düzenlenmiştir. Kanun tarafların birlikte başvurularını gerekli gördüğü halde yönetmelikte tarafların birlikte başvurdukları arabulucunun da kendi görevlendirmesi için adliye arabuluculuk bürosuna başvurabileceğini öngörmüştür. Her iki yöntemin de tarafların üzerinde anlaştıkları arabulucunun seçimi ve görevlendirilmesinde kullanılması mümkündür⁹⁵².

Arabuluculuk sürecinin yöneticisi arabulucudur⁹⁵³. Sürece hâkim olmak ve süreci yönetmek farklı konulardır. Sürecin hâkimi elbette taraflardır. Ancak süreç arabulucu tarafından yönetilmediği takdirde kargaşa ortaya çıkacak ve uyuşmazlık çözümü bir yana yeni uyuşmazlıkların doğması ihtimalini artacaktır. Sürecin hâkimi kavramından kasıt arabuluculuk sürecini başlatmak, istedikleri anda da bir anlaşma veya anlaşmazlıkla bitirmek sadece tarafların elinde olduğudur⁹⁵⁴. Ayrıca dava şartı arabuluculuk söz konusu olsa bile HUAK'ın 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca arabuluculuk usulünü taraflar belirlemelidir.

Dava şartı arabuluculuk sürecine zorunlu katılım söz konusu olduğu için arabuluculuk ve arabuluculuk yöntemleri konusunda tarafların yeterli bilinç seviyesinde olmamaları beklenebilir. Bu nedenle arabulucunun tarafları dinlemesinin akabinde tarafların arabuluculuk usulünü kararlaştırma konusunda tereddüt yaşamaları mümkündür. Bu durumda, HUAK'ın 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca arabulucu uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak yolu seçebilir. Arabulucu, yöntemi belirlerken uyuşmazlığın taraflarına, konusuna en uygun ve hızlı sonuç alınabilecek yolu seçmelidir.

B. Arabulucunun Sorumluluğu

Kural olarak arabulucunun sorumluluğu TBK'nın 506. maddesi⁹⁵⁵ kapsamında özen borcundan doğan sorumluluktur⁹⁵⁶. Bununla birlikte arabulucunun yanında çalıştırdığı kişilerin eylemlerinden Türk Borçlar Kanunu 66. maddesi dairesinde sorumlu olacağı açıktır⁹⁵⁷. Arabuluculuk, her meslek gibi özenle icra edilmelidir⁹⁵⁸. Hatta dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında, güvenilir kişiliği, özel rolü ve uygulamanın

⁹⁵² (SİĞRİ & VAROĞLU, 2013, s. 223 vd.), (OKUR, 2019, s. 121).

⁹⁵³ (KEKEÇ, 2016, s. 104), (ÇİÇEK, 2018, s. 59).

⁹⁵⁴ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 93,94), (KEKEÇ, 2016, s. 92).

⁹⁵⁵ (AKİPEK ÖCAL, Sadakat ve Özen, 2017, s. 64 vd.).

⁹⁵⁶ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 87).

⁹⁵⁷ Öğretide arabulucunun sorumluluğundan kaynaklı tazminat taleplerinin karşılanması amacıyla zorunlu mesleki sorumluluk sigortası sisteminin ülkemizde uygulanması önerilmiştir. (YILDIRIM F. , Sorumluluk Sigortası, 2014, s. 355), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 275).

⁹⁵⁸ (ULUKAPI, 2013, s. 238).

sonuçları nedeniyle arabulucunun diğer meslek gruplarına göre daha özenli davranması beklenmelidir⁹⁵⁹. YAZICI TIKTIK, Arabulucunun adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmış olması taraflar veya üçüncü kişilere karşı verdiği zararlardan devletin sorumluluğunu doğurmayacağını belirtmiştir⁹⁶⁰. AZAKLI ARSLAN, dava şartı olan arabuluculuğun bir yargı faaliyeti olmadığı, kamu hizmeti niteliğinde olmadığı, arabulucunun statüsünün memur olarak kabul edilemeyeceğini denetim açısından idareye bağlı olan arabulucunun kamu hiyerarşisi içinde bulunmadığını bu nedenle işve eylemlerinden Devletin sorumlu olmaması gerektiğini belirtmiştir⁹⁶¹.

Karşı görüşte ise TANRIVER; dava şartı arabuluculuk sürecinin yürütülüş şeklini dikkate alarak, arabulucunun hukuki statüsü ve atanması, denetlenmesi gibi faktörler nedeniyle kamu görevlisi olduğunu bu nedenle eylem ve hareketlerinden devletin sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁶². Biz bu görüşe ihtiyari veya dava şartı arabuluculuğun kamunun denetiminde gerçekleşen bir serbest meslek faaliyeti olduğu düşüncesiyle, arabulucunun eylemlerinden veya çalıştırdığı ve yardım aldığı kişilerin eylemlerinden dolayı Devletin sorumlu olamayacağı gerekçesiyle katılamıyoruz.

Arabulucunun hukuken sorumlu olabileceği durumların başında gizlilik ihlali gelir. Arabuluculuk müessesesinin pozitif hukukta düzenlemesinin bir sonucu da arabulucu ve taraflar arasında gizlilik anlaşması yapılmasına gerek olmamasıdır. Aksine tarafların gizlilik ilkesini bertaraf etmeleri için açık bir anlaşma yapmaları gerekmektedir⁹⁶³. Gizlilik ihlali aynı zamanda cezai sorumluluğu da getirir.

İhmal suretiyle arabulucunun sorumluluğunun doğacağı durumlara en uygun örnek, taraf adres ve iletişim bilgilerinin yeterli olarak araştırılmadan tarafa ulaşılamadığı gerekçesiyle sona erme tutanağı düzenlenmesi halinde olacaktır. Kendisine arabuluculuk konusunda bir davetin ulaşıldığını iddia eden ve açılan davaya maruz kalan taraf dava nedeniyle uğradığı zararını arabulucudan talep edebilecektir. Benzer şekilde HUAK'ın 25. maddesinin 9. fıkrası uyarınca taraflardan birisinin katılmaması nedeniyle arabuluculuk sürecinin sona ermesi nedeniyle yargılama giderleri paylaştırılacaktır. Bu paylaşım durumunda, arabulucunun kusuru nedeniyle yargılama giderlerine mahkûm

⁹⁵⁹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 17 vd.). TANRIVER, arabulucunun hukuki sorumluluğunu vekile nazaran daha ağırlaştırılmış objektif özen sorumluluğu kapsamında olduğunu belirtmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 274).

⁹⁶⁰ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 180).

⁹⁶¹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 210-220).

⁹⁶² (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 152,153).

⁹⁶³ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 133).

olan taraf bu zararının tazminini kusur sorumluluğu dâhilinde arabulucudan talep edebilir⁹⁶⁴.

Arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁹⁶⁵. Ancak uyuşmazlığın çözümü için asgari çabanın gösterilmemesi veya gerekli iletişim ortamının sağlanmaması arabulucu için sorumluluk nedeni olabilir⁹⁶⁶.

Mukayeseli hukukta, arabulucular için zorunlu mesleki sorumluluk sigortası uygulamalarının örneklerini görmek mümkündür⁹⁶⁷. Arabulucunun, sürecin sevk ve idaresinde gerekli özeni göstermesinin yanında, taraflara sağladığı hizmetin mesleki sorumluluk sigortası koruması altında olması arabulucunun taraflara verebileceği zararın tazminini güvence altına alacaktır. Sigorta güvencesi, arabulucuya yönelik öğretilde kabul edilen temel ilkeleri de destekleyecektir. Arabulucunun niteliklerini desteleyecek mesleki sorumluluk sigortası, arabuluculuk kurumunun gelişmesine de katkı sağlayabilir.

C. Taraflar Yönünden Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Uyuşmazlığın taraflarından birisinin arabuluculuk sürecine başvurması ile taraflar için de bir takım hukuki sonuçlar doğacaktır. Arabuluculuk sürecinin başlaması taraflar açısından ayrıca bir statü değişikliği oluşturmamaktadır⁹⁶⁸.

Tarafların arabuluculuk konusunu teşkil etmeyen başka uyuşmazlıkları bulunması halinde, bu uyuşmazlıklar arabuluculuk sürecinden etkilenmeyecektir. Bu nedenle arabuluculuk görüşmelerine devam eden taraflar birbirlerine karşı dava şartı olarak arabuluculuk kapsamı dışındaki konularda dava açabilir, uyuşmazlıkla ilgili konuda ise icra takibi yapabilir ve geçici hukuki himaye tedbirlerine başvurabilir. Ancak, arabuluculuğun doğası gereği tarafların birbirlerine karşı müzakere aşamasında süreci baltalayacak hamle yapmamaları beklenir⁹⁶⁹.

Arabuluculuk sürecinin taraflar arasındaki uyuşmazlığa en önemli etkisi kanunlar tarafından belirlenen süreler yönündendir. İhtiyari veya zorunlu her iki arabuluculuk sürecinin başlamasından sürecin sonuna kadar kanunlarda öngörülen süreler o ilişkiye

⁹⁶⁴ TANRIVER; arabulucunun kamu görevlisi olduğunu, kusurlu iş ve eylemlerinden dolayı Devletin sorumlu olduğunu ancak Devletin arabulucuya rücu hakkı bulunduğunu ileri sürmüştür. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 314,315).

⁹⁶⁵ (DÜR, 2018, s. 347).

⁹⁶⁶ (DÜR, 2018, s. 423).

⁹⁶⁷ (YILDIRIM F. , Sorumluluk Sigortası, 2014, s. 354, 358).

⁹⁶⁸ (YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizlilik, 2013, s. 54).

⁹⁶⁹ (KEKEÇ, 2016, s. 48) (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 44).

veya uyuşmazlığa yönelik olarak duracaktır. Ancak, ihtiyari ve zorunu arabuluculuk uygulamalarında, sürecin başlama anı yani sürelerle etki eden an farklıdır. Bu durumda, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması ve yeniden başlaması farklı bir usul kesitine isabet eder⁹⁷⁰.

1. Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecine Başvurunun Kapsamı ve Şekli

İhtiyari arabuluculuk sürecinde tarafların arabulucuya başvurmalarına yönelik özel bir şekil şartı bulunmamaktadır. Taraflar birlikte veya ayrı ayrı herhangi bir arabulucuya müracaat edebilir. Arabulucu kendisine yapılan başvuruyu değerlendirerek ileri sürülen uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ve tarafların ehliyetini araştırır. Tarafların işlem ehliyeti, arabuluculuğa elverişlilik yönünden bir engel görmediği takdirde arabuluculuk süreci başlar⁹⁷¹.

Dava şartı arabuluculuk faaliyetinin başlangıcını sağlayan kanuni bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak, bu eksiklik HUAKY ile giderilmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin 23. maddesinin 3. fıkrasına göre arabuluculuk için başvurunun dilekçe, bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılacağı öngörülmüştür. Yönetmeliğin ön gördüğü üç yöntem de aslında yazılı başvuruya işaret etmektedir⁹⁷².

Adliye arabuluculuk büroları yargı organı değil, yürütmenin bir parçası olarak Adalet Bakanlığının taşra teşkilatı içinde yer almaktadırlar. Bu nedenle, idareye talep amaçlı verilecek dilekçelerin düzenlendiği genel kanun olan, 01.11.1984 tarihli, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun (DHKK) 3. maddesi uyarınca dilekçe hakkı ile bağlantılı olarak yazılı başvuru yapmak zorunlu olmalıdır. Uygulamada da, adliye arabuluculuk büroları tarafından özellikle ticari nitelikteki uyuşmazlıklara yönelik olarak dilekçe ile başvuru talep edilmektedir⁹⁷³.

Mevzuatta başvurunun dilekçesinde bulunması gereken hususların neler olduğu hakkında ayrıntılı düzenleme olmadığı için dilekçenin kapsamının tartışılması gerekmektedir. Başvurucunun DHKK'nın 4. maddesi uyarınca her türlü dilekçede

⁹⁷⁰ (OĞUZ Ö. , 2019, s. 129).

⁹⁷¹ (ERTÜRK, 2019, s. 79).

⁹⁷² (YARDIM, 2019, s. 105). HMK'da mahkemeye başvuru şekli, icra takibine başvurunun düzenlendiği İİK'ya benzer bir şekilde ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

⁹⁷³ (AKTAŞ, 2019, s. 173), HMK'nın ön gördüğü dava dilekçesindeki zorunlu unsurların bulunması yönündeki karşı görüş için bkz. (KAR, Bektaş, İş Yargılama Usulü, Yetkin, Ankara 2018), naklen (OKUR, 2019, s. 116).

zorunlu olarak bulunması gereken unsurları başvuru belgesinde belirtmeleri gerekir. Bunlar dilekçe veya talep sahibinin imzası, adı soyadı, iş veya yerleşim yeri adresi gibi dilekçenin başvurucaya aidiyetini gösteren iletişim bilgileridir. Dilekçe, DHKK'nın 6. maddesinin a bendine göre ise belli bir konuyu ihtiva etmelidir, b bendine göre ise yargı mercilerini ilgilendirmemeli yani yargısal konuda bir talep içermemelidir. Bunun yanında, HUAK 18/A maddesi, 6. fıkra uyarınca kendisine ve karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini vermek zorundadır.

Başta dava şartı arabuluculuk konusu olup olmadığı tartışmalı olan menfi tespit davaları olmak üzere, çoğu zaman uyuşmazlığın tarafları arasında uyuşmazlık öncesinde iletişim olmayabilir. Yerinde bir düzenleme ile HUAK'ın 18/A maddesinin 6. fıkrası *“başvuran taraf, kendisine elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini adliye arabuluculuk bürosuna”* verir demektir. Ancak uygulamada, diğer tarafın telefon bilgisi verilmeden adliye arabuluculuk büroları tarafından müracaat işlemi tamamlanmamakta arabulucu ataması yapılmamaktadır⁹⁷⁴.

Dava şartı arabuluculuk yoluna başvuran tarafın, diğer tarafa ait iletişim ve adres bilgilerine sahip olması beklenemeyeceği gibi araştırma zorunluluğu da bulunmamalıdır. Tarafların iletişim adreslerini araştırmak ve irtibata geçme görevi arabulucuya aittir⁹⁷⁵.

Bu çalışmanın konusuyla ilgili başka bir nokta da başvuruca'nın başvuru belgesinde HUAKY'nin 23. maddesinin 4. fıkrası uyarınca müracaatı sırasında uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanmasıdır. İhtiyari arabuluculuğun en önemli unsurlarından olan gizlilik, dava şartı arabuluculuk yoluna başvuru sırasında da korunmalıdır. Öyle ki, tarafın arabulucuya başvurusunun hiçbir iz bırakmaması beklenir⁹⁷⁶. Ayrıca arabulucuya başvuru için hazırlık da gerekli olmamalıdır. Bu durumlar, arabuluculuk uygulamasının avantajlarındandır. Dava şartı arabuluculuk uygulaması, ihtiyari arabuluculuk uygulamasından uzaklaştıkça AUÇY olma özelliğini kaybedecektir⁹⁷⁷.

Resmî kurumlar önünde başvuruca'dan uyuşmazlığa ilişkin hususların değil açıklanması, vasıflandırması dahi istenmemelidir⁹⁷⁸. Aksi halde, böyle bir açıklama

⁹⁷⁴ Uygulamada adliye arabuluculuk büroları tarafından başvuruca'dan karşı tarafın adres bilgileri yanında telefon bilgisi de istenmektedir. Başvuruca karşı tarafın telefon bilgisini vermediği takdirde işlem yapılmamaktadır. Ayrıca müracaatı da alınmadığı için dilekçe hakkı ihlali söz konusu olmaktadır. İşleme devam etmek isteyen başvuruca tarafından gerçek olmayan telefon bilgisi bildiriminde bulunmak zorunda bırakılmaktadır.

⁹⁷⁵ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 231).

⁹⁷⁶ (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 441).

⁹⁷⁷ (KARACABEY, 2016, s. 459), karşı görüş için bkz. (YARDIM, 2019, s. 105).

⁹⁷⁸ Karşı görüş için bkz. (YARDIM, 2019, s. 106).

zorunluluğu başvuran tarafın ön hazırlık yapmasını gerektirecektir. Ön hazırlık, başvurucaıyü araştırma yapma mecburiyeti veya hukuki yardım almaya itecektir, arabuluculuk sürecine başvuruyu zorlaştıracaktır.

Adliye arabuluculuk bürosuna başvuru sırasında uyuşmazlık konusu ile ilgili vasıflandırma yapılmasının dava şartı olan arabuluculuğun etkisinin belirlenmesindeki önemi yadsınamaz. Başvuruda sunulan dilekçe veya doldurulan formlar, dava yolunda olduğu gibi diğer tarafa tebliğ edilmez veya taraflar arasındaki müzakerelerin sınırı bu vasıflandırmaya göre çizilemez. Örneğin davayı genişletme yasağı gibi sınırlamalar dava şartı olan arabuluculuk için söz konusu değildir⁹⁷⁹.

Dava şartı arabuluculuk sürecine müracaat edilirken vakıaların değil uyuşmazlık konularının sıralanması yeterli olmalıdır⁹⁸⁰. Örneğin dava yolunda tarafların hükme esas olacak vakıaları mahkemeye sunmaları ve bunların varlığını veya yokluğunu ispat etmeleri beklenir⁹⁸¹. Ancak arabuluculuk bir dava yolu olmadığı için süreç içinde ispat kuralları işlemeyecektir. Müzakere süreci içinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın müracaat edilen konudan çok farklı olduğu sonucu ortaya çıkabilir. Böyle bir durum arabuluculuğu sonlandıran nedenler arasında sayılmadığı için sürecin devam edeceği kabul edilebilir. Tıpkı yargılamaya özgü olan aleni duruşmalar ile gizli arabuluculuk toplantıları arasındaki farklar gibi başvuru aşaması da arabuluculuğa hâkim olan ilkelere uygun olarak değerlendirilmelidir. Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar ile dava şartı olan arabuluculuğa başvuruda aynı kapsamda olması beklenmemelidir.

Dava şartı arabuluculuk için dava dilekçesinin ekinde bulunması gereken belge HUAK 18/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca arabuluculuk son tutanağı veya arabulucu tarafından onaylı suretidir⁹⁸². Ancak uyuşmazlık konusu vakıaların hukuki isimleri ile müracaat tutanağında sıralanmış olması, dava şartının yerine getirilmesi açısından yanlış düzenlenmiş bir arabuluculuk son tutanağının olumsuz etkilerinden başvurucaı tarafı koruyabilecektir.

Yargıtay'ın arabuluculuk müracaat tutanağındaki konularla sınırlı olarak dava açılması gerektiğine ilişkin görüşü⁹⁸³, özellikle dava şartı arabuluculuk uygulamasını olumsuz etkileyebilecek yöndedir. Mahkemeler tarafından arabuluculuk dava şartının

⁹⁷⁹ (OKUR, 2019, s. 122).

⁹⁸⁰ İddianın somutlaştırılması, yargılamaya özgü bir kavram olarak ispatlanacak vakıaların yargılama ile bağlantısının belirlenmesi amacıyla mahkemeye sunulması gereğinin bir sonucudur. (PEKCANITEZ, Cilt II, 2017, s. 1681).

⁹⁸¹ (YARDIMCI, 2017, s. 58).

⁹⁸² Bkz. aşağıda bu bölüm altında IV. Konu B. "Arabuluculuk Son Tutanağı ve Hazırlanması".

⁹⁸³ (YAKICI, 2019, s. 87-89).

yerine getirilip getirilmediği konusunda adliye arabuluculuk bürosuna müzekkere yazılmak sureti ile başvuru dilekçesi veya belgelerinin istenmesinin yerinde olmadığını ileri sürmek mümkündür⁹⁸⁴.

Günümüzde birçok uzmanlık alanına bölünmüş olan dava şartı arabuluculuk uygulaması yönünden başvuru belgesinin ayrı bir önemi de uzman arabulucunun atanmasının sağlanmasıdır.

Başvuruda yapılacak ve adliye arabuluculuk bürosu tarafından arşivlenecek bir vasıflandırmanın idare açısından pek çok nedeni olabilir. İlk olarak idare sorumluluğunun gereği olarak istatistik tutmak isteyecektir. Bu şekilde istatistik olarak yapılacak gözlemler arabuluculuk uygulamasının doğru şekilde yürütülmesini, yeni uzmanlık alanlarının oluşturmasının gerekçesini oluşturur. Ayrıca yeni alanlarda dava şartı arabuluculuk ihdası için temel teşkil eder. İkinci olarak dava şartı uygulaması için yapılan ödemelerin doğru yere gittiklerinin denetlenmesi, özellikle suiistimallerin önüne geçmek için müracaat tutanaklarının denetimi ile mümkündür. Müracaat konusunda başvuru yapanın samimi olup olmadığı, uyuşmazlığın gerçekten dava şartı kapsamında olup olmadığına saptanması için başvuru sırasında vasıflandırma yapılmasını istemek ve dava şartının arabuluculuk yoluna başvuru ile yerine getirilmiş olduğunu kontrol etmek bir neden olabilir⁹⁸⁵. İdare tarafından fonlanan dava şartı arabuluculuk uygulamasının sürdürülebilir olması için bir denge oluşturulması gerektiği kabul edilebilir. Ancak bu dengenin, denetim lehine bozulması idarenin arabuluculuğu geliştirme ve yaygınlaştırma hedefiyle uyuşmamaktadır⁹⁸⁶.

Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında HUAK'ın ve HUAKY'nin arasında çelişki olarak görülebilecek, tarafların arabulucuyu birlikte seçmesi prosedürü mevcuttur. Tarafların adliye arabuluculuk bürosuna birlikte başvurmak suretiyle talep ettikleri arabulucunun atanacağını öngören HUAK'ın 18/A maddesinin 5. fıkrası ile tarafların

⁹⁸⁴ “Dava dilekçesinin eki mahiyetinde bulunan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Belgesi” incelendiğinde arabuluculuk sürecinin başladığı tarihin 17.08.2018 olarak belirtildiği, ancak 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelik uyarınca arabuluculuğa hangi konularda başvurulduğuna ilişkin “ başvuru formunun” dosya kapsamında yer almadığı tespit edilmiştir. Arabulucuya başvuru evrakının, arabulucu onaylı sureti getirildikten sonra gönderilmesi için dosyanın İlk Derece Mahkemesi’ne geri çevrilmesine...” Y. 9. HD, T. 14.05.2019, E. 2019/3712 K. 2019/10804, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

⁹⁸⁵ (AKIN, 2020, s. 16).

⁹⁸⁶ Tahkim de arabuluculuk gibi gizlilik gerektiren bir kurum olduğu halde, ISTAC tahkim başvurusu için çevrimiçi form düzenlenmesiyle ve “başvuru harcının” yatırılmasıyla tahkim sürecini başlatmaktadır. Bu formda başvuran tarafın unvanı ve iletişim bilgileri, karşı tarafın unvan ve iletişim bilgilerinin yanında uyuşmazlığın konusu, niteliği ve özelliklerine ilişkin genel açıklamalar, talebin dayanağını teşkil eden vakıalar hakkında genel bilgi başvuru yapan tarafından istenmektedir. ISTAC Tahkim Talebi, www.istac.org.tr, e.t. 23.03.2021.

isminde anlaştıkları arabulucunun taraflar adına adliye arabuluculuk bürosuna başvurmasını öngören HUAKY'nin 24. maddesinin 1. fıkrası arasında çelişki olduğunu belirtmek gereklidir⁹⁸⁷. Bu çelişkinin en önemli sonuçlarından birisi dava şartı olan arabuluculuk sürecinin başladığı anın tespitinde güçlük çıkması ihtimalidir. HUAKY'ye dayanılarak taraflarca üzerinde anlaşılan arabulucunun adliye arabuluculuk bürosuna geç müracaat etmesi sonucu taraflar hak düşürücü veya zamanaşımı süreler yönünden kayba uğrayabileceklerini ileri sürebiliriz.

2. Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Hukuki Sürelere Etkisi

Barişçıl bir uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk sürecinde, tarafların karşı hamleler yaparak sürecin başarısını tehlikeye atmamaları beklenir⁹⁸⁸. Bu nedenle müzakere sürecinde mücadelecî yaklaşımdan uzak durulması gerektiği, aksi halde tarafların arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünden uzaklaşmalarına yol açılabileceği ileri sürülmüştür⁹⁸⁹. Taraflardan uyuşmazlık konusuna yönelik olarak birbirlerine dava açamamalarının beklendiği bu dönemde, geçecek zamanaşımı süreleri nedeniyle zarara uğramamaları veya süreleri kaçırma endişesi ile hareket etmemeleri amacıyla zamanaşımı sürelerine yönelik düzenlemeler yapmak sürecin teşvik edilmesi anlamına gelir⁹⁹⁰. Arabuluculuk uygulamasının pozitif hukukta düzenlendiği ülkeler, sürecin başlamasıyla birlikte zamanaşımı sürelerinin de durmasına yönelik düzenlemeleri de birlikte gerçekleştirmiştir⁹⁹¹.

Dava şartı olan arabuluculuk süreci, arabuluculuk bürosuna başvuru ile başlar⁹⁹². Sürecin başlaması ile birlikte HUAK'ın 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince taraflar arasında arabuluculuğa konu uyuşmazlıklar yönünden işleyecek hak düşürücü ve

⁹⁸⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 199).

⁹⁸⁸ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 44).

⁹⁸⁹ (KIYAK, Dönüştürücü Arabuluculuk, 2018, s. 182).

⁹⁹⁰ ILDIR, AUÇY'ye başvuran tarafların dava yolunu tercih etmedikleri için bazı haklarını kaybetmemelerinin gerekliliğine işaret etmiş, eğer AUÇY'ye başvuran tarafların kayıpları söz konusu oluyorsa bu halde dava yolunun teşvikinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 133). HUAK'a kaynak teşkil eden Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda zaman aşımı ve arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili hak ve taleplere yönelik sürelerin kendiliğinden durması düzenlenmiştir. (YILDIRIM F. , Avusturya'da Arabuluculuk, 2015, s. 111). Bunun yanında Avusturya uygulamasında, taraflar arasındaki arabuluculuk konusu dışında kalan uyuşmazlıklara işleyecek süreleri yazılı anlaşma yaparak durdurabilirler. Hatta aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda yazılı anlaşma yapamaya gerek olmaksızın taraflar arasındaki bütün uyuşmazlıklara yönelik sürelerin duracağı öngörülmüştür. (YILDIRIM F. , Avusturya'da Arabuluculuk, 2015, s. 111).

⁹⁹¹ (OKUR, 2019, s. 118).

⁹⁹² (YARDIM, 2019, s. 107).

zamanaşımı süreleri hesaplanırken arabuluculuk sürecinde geçen süreler dikkate alınmayacaktır⁹⁹³.

Hukukumuzda belirlenen sürelere etki eden hukuki işlem ve eylemler iki farklı sonuca neden olurlar; bunlar sürelerin kesilmesi ya da durdurulmasıdır. Arabuluculuk sürecinin zamanaşımını ve hak düşürücü süreleri durdurduğu açık bir şekilde HUAK'ta düzenlenmiştir⁹⁹⁴.

Zamanaşımının durması ve kesilmesine yönelik sebepler, TBK'da sınırlı sayıda sayılmış olmalarına rağmen, hak düşürücü sürelerle ilişkin durma veya kesilmeye yönelik TBK'da düzenleme bulunmamaktadır⁹⁹⁵. Özel kanunlarla hak düşürücü sürelerin durmasına veya kesilmesine yönelik düzenleme yapmak mümkündür⁹⁹⁶.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasından önce ve HUAK'ın ilk yasalaşma sürecinden beri yürürlükte olan HUAK'ın 16. maddesi, dava şartı arabuluculuk uygulamasını düzenleyen HUAK'ın 18/A maddesinden önce ihdas edilmiştir. Bu nedenle öğretilde HUAK'ın 16. maddesinin 2. fıkrasının ihtiyari arabuluculuk uygulamasına yönelik olduğu ileri sürülmüştür⁹⁹⁷. Bazı yazarlar ise dava şartı olan arabuluculukla ilgili sürelerin etkisi hakkında HUAK'ın 16. maddesine değinmeden sadece HUAK'ın 18/A maddesine dayanarak görüşlerini belirtmiştir⁹⁹⁸. Arabuluculuk sürecinin sürelere etkisine yönelik, HUAK'ta üç farklı maddede düzenleme öngörülmüştür. Bunlar HUAK'ın 16. maddesi ile 18/A maddesinin 15. ve 16. fıkraları düzenlemeleridir. Bu düzenlemelerden, HUAK'ın 16. maddesi aynı kanun içindeki süreye yönelik diğer düzenlemelere göre genel nitelikte düzenlemedir denilebilir.

İhtiyari arabuluculuk tarafların birlikte ve rızaya dayalı yürüttükleri bir süreç olduğuna göre arabulucunun yardımıyla uyuşmazlık çözümü için çaba gösterme konusunda iradelerinin oluşmasıyla sürelere etkinin başladığı kabul edilmiştir⁹⁹⁹. Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının başlamasıyla birlikte adliye arabuluculuk bürosuna başvurmak ve tarafların arabulucu önünde ilk toplantıyı gerçekleştirmesi arasında geçecek sürede hak kayıplarının önüne geçmek için HUAK'ın 18/A maddesinin 15. fıkrası ihdas edilmiştir. Bu fıkradaki düzenlemenin asıl amacı dava şartı arabuluculuk

⁹⁹³ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 173).

⁹⁹⁴ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 173), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 310).

⁹⁹⁵ (OĞUZMAN & ÖZ, 2017, s. 587).

⁹⁹⁶ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 86).

⁹⁹⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 160), (TOPRAKKAYA, 2021, s. 193).

⁹⁹⁸ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 325,326), (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 172).

⁹⁹⁹ (DÜR, 2018, s. 335), (YARDIM, 2019, s. 107).

uygulamasının başlama ve bitiş anının ihtiyari arabuluculuk uygulamasından farklı olması yönündeki kanun koyucu iradesinin ortaya konulmasıdır. Bu nedenle ihtiyari ve dava şartı arabuluculuğun zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerle yönelik farklı etkilerinin bulunmadığı, sadece arabuluculuğun sürelerle etki anının farklı şekilde belirlendiği görüşüne katılmaktayız¹⁰⁰⁰.

Arabuluculuğun maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sürelerle etkisi açısından, HUAK'ta fark gözetilmediği görülmektedir. ERMENEK, isabetli olarak arabuluculuk süreci ve hukuki himayeler arasında HUAK'ta yeterli bağlantının kurulmamasını eleştirmiştir¹⁰⁰¹. Ancak ERMENEK ve AZAKLI ASLAN, arabuluculuğun sürelerle etkisinin davalar yönünden sınırlı olduğunu takip hukukuna yönelik sürelerin arabuluculuk sürecinden etkilenmeyeceğini ileri sürmüştür¹⁰⁰². Öğretide bir kısım yazar, arabuluculuk sürecinin başlamasının sadece maddi hukuka yönelik süreleri durdurduğuna dair görüş ileri sürmüştür¹⁰⁰³. Arabuluculuğun ruhuna ve sistemine uygun olan ise bütün sürelerin durması, böylece tarafların süre kaçırma kaygısı ile arabuluculuk sürecine zarar verebilecek hamlelere yönelmemeleridir¹⁰⁰⁴. Bir diğer neden ise zorunlu arabuluculuğun hukukumuzda dava şartı olarak nitelendirilmesinden dolayı oluşabilecek hak kayıplarının önüne geçmektir¹⁰⁰⁵. Bu nedenle biz arabuluculuk sürecinin maddi ve usul hukukuna yönelik bütün süreleri durduğu görüşünü ileri süren yazarlara katılmaktayız¹⁰⁰⁶.

Hukukumuzda ihtiyari arabuluculuğun bir çeşidi olan, mahkeme içi arabuluculuk yöntemi olarak düzenlenen HUAK'ın 15. maddesinin 5. fıkrasında belirlenen sürelerin sona ermesi, arabuluculuk sürecini sona erdiren nedenlerden değildir. Mahkeme tarafından tarafların birlikte müracaatı üzerine verilecek süreler mahkemenin tarafların çözüme ulaşması için tanınmış süreler olup taraflar altı aylık bu dönemde anlaşmamış olsa bile karşılıklı görüşme iradeleri devam etmekteyse arabuluculuk süreci devam

¹⁰⁰⁰ (YARDIM, 2019, s. 107).

¹⁰⁰¹ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 44)

¹⁰⁰² (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 157, 158).

¹⁰⁰³ (YARDIM, 2019, s. 107), (EMİNOĞLU & ERDOĞAN, 2020, s. 173).

¹⁰⁰⁴ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 44).

¹⁰⁰⁵ HUAK'ın Genel Gerekçesinde; "Arabuluculuk sürecinin desteklenmesi için, maddi hukuktaki sürelerle ilişkin bir düzenleme yapılması gereklidir. Bu amaçla, arabuluculuk sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı kabul edilmiştir" denilerek maddi hukuktaki sürelerle yönelik düzenleme olduğu vurgulanması yapılmıştır. Tartışılan HUAK'ın 16. madde gerekçesi ise; "İkinci fıkra, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, uyuşmazlık konusu olan hakka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Böylece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle geçirilen sürelerin taraflar açısından hak kaybına neden olması önlenmek istenmiştir" şeklindedir.

¹⁰⁰⁶ (AKİL, Arabuluculuğun Kapsamı, 2014, s. 135), (AKİL, Dava Şartı Arabuluculuk, 2020, s. 315), (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 71).

edebilir¹⁰⁰⁷. Kanunda öngörülen sürelerin geçmesi halinde mahkeme yargılamaya devam etmek için tarafların müzakere sürecinin sonucunu beklemeyecektir.

3. Geçici Hukuki Himayeler Kapsamındaki Sürelere Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Etkisi

Arabuluculuk sürecinin, maddi hukuka ve usul hukukuna yönelik sürelerin durması yönündeki etkileri genel anlamları ile yukarıda incelenmiştir. Ancak, daha açık ve özel bir şekilde arabuluculuk sürecinin geçici hukuki himayeler yönünden sürelere etkisini araştırmanın çalışmaya önemli bir ödev yüklediği düşüncesi ile ayrı bir başlık altında incelenmesi görülmüştür.

Zorunlu arabuluculuk uygulaması hukukumuzda dava şartı olarak düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargı işleri dava olarak kabul edilmediği için mahkemeden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talep etmek amacıyla dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁰⁸. Benzer şekilde HMK'nın 414. maddesi kapsamında tahkim yolunda da hakemlerden veya mahkemeden geçici hukuki himaye talep etmek mümkündür¹⁰⁰⁹.

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler yani geçici hukuki himayeler adlarından da anlaşıldığı gibi geçicidir¹⁰¹⁰. Geçici hukuki himayenin mahiyeti nedeniyle kanun koyucu süre yönünden bazı sınırlamalar getirmiştir¹⁰¹¹. Örneğin, öngörülen süre içinde tamamlayıcı işlemler yapılmazsa ihtiyati haciz kendiliğinden kalkar.

Geçici hukuki himayelerden faydalanan tarafın HUAK'ın 18/A maddesinin 15. ve 16. fıkraları gereğince açık bir şekilde geçici hukuki himayenin devamı için gereken dava açma süresinin arabuluculuk sürecinin sonlanmasına kadar duracağını belirtmektedir.

HUAK'ın 18/A maddesinin 15. fıkrasında “arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez” düzenlenmesi mevcuttur. Aynı düzenlemenin birinci fıkrasında ise, bu hükmün uygulanması, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurunun bir dava şartı kabul edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, esasen arabulucuya başvuruya dava açılması ile ilgili olarak hak

¹⁰⁰⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 175), (DÜR, 2018, s. 131).

¹⁰⁰⁸ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 72).

¹⁰⁰⁹ (TUNÇ YÜCEL, 2013, s. 75).

¹⁰¹⁰ (ALBAYRAK, Yaklaşık İspat, 2013, s. 67).

¹⁰¹¹ (ERİŞİR, 2013, s. 115).

düşürücü ve zamanaşımı sürelerini durdurma fonksiyonu yüklendiği görülmektedir. Buna karşılık, arabulucuya başvuru bir takip şartı olarak öngörülmediğinden kural olarak takip hukukundaki sürelere bir etkisi olmayacaktır. Bu kapsamda bir davaya ilişkin hak düşürücü süre olduğu için (İİK m. 67/I) arabulucuya başvurulması halinde itirazın iptali davası açma süresi korunacaktır. Ancak, İİK'nın 78. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde haciz istenmesine ilişkin sürenin durması itirazın iptali davası açılması veya itirazın kaldırılmasının talep edilmesi koşulu bağlandığından, bu süre işlemeye devam etmelidir.

Arabuluculuk yoluna başvurmak, uyuşmazlık konusu ile ilgili tamamlayıcı merasim olan davaları açma süresini durdurur. Bu konu ile ilgili bir tereddüt bulunmamaktadır. Tamamlayıcı işlemlerin geçici korumaya yönelik etkisinin özellikle dava şartı olan arabuluculuk yönünden incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Taraflardan birisi adliye arabuluculuk bürosuna dava şartını yerine getirmek amacıyla başvurusundan önce veya sonra geçici hukuki himaye talebiyle mahkemeye başvurmuş olabilir. Mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde ihtiyati tedbirin belli bir süre içinde uygulanması gerekecektir, süresi içinde uygulanmadığı takdirde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır¹⁰¹².

Arabuluculuk çözüm yolunun, dava şartı olarak öngörülmesinin yanında diğer dava şartlarından farklı olarak sonradan tamamlanamamasının nedenlerinden biri de dava şartının ikmali sırasında davaların derdest kalmalarını önlemektir¹⁰¹³. Arabuluculuk süreci devam ederken tarafların birbirlerine geçici hukuki himayelerden faydalanarak baskı uygulamamaları beklenmektedir. Bununla birlikte geçici hukuki himayeleri tamamlaması gereken merasimlerinin hepsini davalar oluşturmaz. İhtiyati haczin veya ihtiyati tedbirin belli süreler içinde yerine getirilmesinin istenmesi de geçici hukuki himayeden faydalanmanın şartları arasındadır. Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının, geçici hukuki himayeler ile dava arasındaki bağı koparması sonucu hak kaybına neden olması da olasılık dâhilindedir¹⁰¹⁴. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan kitapta; dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan uyuşmazlıklar hakkında önce mahkemeden ihtiyati haciz veya tedbir talep edilmesi, sonra arabuluculuk yoluna başvurulması daha sonra dava açılması tavsiye edilmiştir¹⁰¹⁵. Örneğin, menfi tespit

¹⁰¹² (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2524).

¹⁰¹³ (AKKAN, Arabuluculukta Güncel Gelişmeler, 2020, s. 71).

¹⁰¹⁴ (PASLI, 2019, s. 23).

¹⁰¹⁵ (KOÇYİĞİT & BULUR, Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 64).

davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilmesi halinde, dava açmadığı dönemde mahkeme tarafından ihtiyati tedbir talebi reddedilen veya tedbir kararı verilse bile maddi imkânsızlık nedeniyle uygulanmasını talep edemeyen tarafın ileride açacağı menfi tespit davasında avantajlı durumda olacağı öğretide ileri sürülmüştür¹⁰¹⁶.

Davacı, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu düşünerek başvurusunu bu yönde yapmış olabilir. Davacının talebinin, yargılama sonunda uyuşmazlık konusunun dava şartı arabuluculuğun kapsamı dışında olduğunun anlaşılması gibi durumlarda, arabuluculuğun sürelerle etkisi yönünden HUAK'ın 16. maddesinin 2. fıkrası veya HUAK'ın 18/A maddesinin, 15. ve 16. maddelerinin uygulanması söz konusu olamayacağından hak kayıpları ile karşılaşmak mümkün olabileceği haklı olarak öğretide ileri sürülmüştür¹⁰¹⁷.

Covid-19 pandemisi nedeniyle Resmî Gazetenin mükerrer 31080 sayısında, 26.03.2020 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 25.03.2020 tarihli, 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, İİK ve HMK kapsamında bazı sürelerin duracağını öngörmüştür¹⁰¹⁸. İlgili kanunun geçici 1. maddesinin 3. fıkrasının c bendi

¹⁰¹⁶ (TANRIVER S. , Düşünceler, 2020, s. 124).

¹⁰¹⁷ (PASLI, 2019, s. 23).

¹⁰¹⁸ “GEÇİCİ MADDE 1- (1) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.03.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, b) 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22.03.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30.04.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. (2) Aşağıdaki süreler bu maddenin kapsamı dışındadır: a) Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri. b) 5271 sayılı Kanunda düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin süreler. c) 6100 sayılı Kanunda düzenlenen ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler. (3) 2004 sayılı Kanun ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında; a) İcra ve iflas daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflas dairelerince satış günü verilir. Bu durumda satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz, b) Durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir, c) Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder...” Aynı yasal düzenlemeden konu ile ilgili farklı çıkarım ve yorum için bkz. (EMİNOĞLU & ERDOĞAN, 2020, s. 173).

HMK’de düzenlenen ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin sürelerin bu kanun ile durmayacaklarını ayrıca düzenlemiştir. Kanun koyucu, arabuluculuk sürecinin geçici hukuki himayeleri tamamlayan işlemler yönünden durma etkisi göstermeyeceğini öngörmemiştir. Kanımızca böyle bir irade olsaydı açık bir şekilde kanunda belirtilmesi gerekirdi. Bu görüşümüzü 7226 sayılı Kanun metni de desteklemektedir.

D. Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Adliye Arabuluculuk Bürosu

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, HUAK’ın 28. Ve HUAKY’nin 52. maddelerinde ihtiyari, dava şartı ayrımı gözetmeksizin ülkemizde arabuluculuk uygulamalarının yürütülmesi ve takibi amacıyla kanunlar ve yönetmeliklerin verdiği yetkiler çerçevesinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulmuş bir daire başkanlığıdır.

Dava şartı arabuluculuk yönünden ADB ihtiyari arabuluculuktan farklı bazı görevleri üstlenmiştir. Arabuluculuk uzmanlık alanlarını, uzmanlığa ilişkin esasları belirlemek, dava şartı arabuluculuk uygulamasında görev alacak arabulucuları adalet komisyonlarına göre listelemek bu görevlerden bazılarıdır¹⁰¹⁹.

Adliye arabuluculuk büroları, arabuluculuk kurumunun ülkemizdeki vitrinleridir. Adliye arabuluculuk bürosu kavramı dava şartı arabuluculuk uygulamasının başlaması nedeniyle 12.10.2017 tarihli, 7036 sayılı İMK’nın 26. maddesi ile HUAK’ın 28. maddesine eklenen 2. fıkra ile sistemimize girmiştir¹⁰²⁰. Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelere kurulması öngörülen adliye arabuluculuk bürolarının ihtiyari arabuluculuk faaliyeti yönünden herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu nedenle HUAK’da adliye arabuluculuk bürosuna ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculuğun uygulanmaya başlamasıyla birlikte bu büroların kurulmasına ihtiyaç duyulmuştur¹⁰²¹. Bu nedenle İMK’da ve HUAKY’de dava şartı olan arabuluculuk uygulamasına yönelik düzenlemeler içinde adliye arabuluculuk bürolarına yer verilmiştir.

Adliye arabuluculuk büroları bir müdür ve yeteri kadar kâtipten oluşur. Büro bulunmayan yerlerde ise ilk derece adli yargı adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürü tarafından bu fonksiyon yerine getirilir¹⁰²².

¹⁰¹⁹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 329).

¹⁰²⁰ Arabuluculuk uygulamasına yönelik tanımların bulunduğu HUAK’ın 2. maddesinde adliye arabuluculuk bürosu tanımı bulunmamaktadır.

¹⁰²¹ (AKYOL ASLAN, 2018, s. 98).

¹⁰²² (OKUR, 2019, s. 115).

Hâkimlerin görevlendirilmesi, ancak kanunlarla veya Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) kararları ile yapılabilir, HSK tarafından belirlenen sulh hukuk hâkimi gözetiminde adliye arabuluculuk büroları çalışacaktır¹⁰²³. Kanunda geçen hâkimin gözetiminden ne anlaşılması gerektiği muğlaktır. Mahkemelerin yetki uyuşmazlığı dışında dava şartı arabuluculuk uygulamasına yönelik olarak müdahalelerine yönelik pozitif hukukumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra mahkemeleri ile icra daireleri arasında İİK'nın 4. maddesi ile kurulan denetim ilişkisi HUAK'ta adliye arabuluculuk bürosu ve sulh hukuk mahkemeleri arasında kurulmamıştır¹⁰²⁴. Adliye arabuluculuk büroları idarenin teşkilat yapısı içinde ADB'ye bağlıdır¹⁰²⁵.

Tıpkı icra müdürlükleri gibi idarenin taşra teşkilatı içinde yer alan adliye arabuluculuk bürolarının yargı denetiminden muaf olmaları beklenemez¹⁰²⁶. Pozitif hukukumuzda, adliye arabuluculuk bürolarının uygulamalarına karşı özel bir yasal başvuru yolu bulunmamaktadır. Adliye arabuluculuk bürosunun işlemlerinin idari işlem olarak kabul edilmesi halinde idari yargıya başvuru gibi ilginç bir durum da söz konusu olabilir. Adliye arabuluculuk bürosunun işlemleri nedeniyle bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi hâkimliğine itiraz yolunun pozitif hukukta düzenlenmesi yerinde olacaktır. Görüşümüze göre, adliye arabuluculuk bürolarının icra müdürlüklerine benzer karar verme gibi yetkileri bulunmamaktadır. Ancak, müracaatçının bir beyanın yeterli olmadığı, bir belgenin eksik olduğu gibi gerekçelerle taraf taleplerinin yerine getirilmemesi halinde itiraz veya müracaat makamının tespiti önemlidir.

Başka bir sorun gün geçtikçe daha fazla uzmanlaşma ayrımına uğrayan dava şartı arabuluculuk türleri yönünden ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir uyuşmazlığın tüketici işlemi niteliğinin veya ticari dava mahiyetinin hangi hükümler çerçevesinde belirlenerek arabulucuya gidileceği konusunda öğretide tereddütler mevcuttur¹⁰²⁷. Adliye arabuluculuk bürosuna başvuran tarafın başvuru konusu uzmanlık alanını yanlış nitelenmesi halinde uzman arabulucunun atanması konusunda ihtilaf çıkması karşısında pozitif hukukumuzda belirli bir çözüm yolu bulunmamaktadır.

¹⁰²³ (AKKAN, Usul, 2017, s. 344).

¹⁰²⁴ (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 48).

¹⁰²⁵ HUAKY'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde, "İdare:10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları, ifade eder." şeklinde geniş anlamı ile tanımlanan idare arabuluculuk sürecinin tarafı olan idaredir.

¹⁰²⁶ (ÖZÇELİK, 2014, s. 28).

¹⁰²⁷ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 76).

Müracaatçı uyuşmazlığının ticari bir uyuşmazlık olduğunu düşünebilir, ancak gerçekte taraflar arasındaki ilişki iş hukukundan kaynaklı bir ilişki olabilir¹⁰²⁸. Müracaatçı kendisini tüketici olarak nitelendirmektedir, fakat gerçekte taraflar arasındaki uyuşmazlık ticari nitelikte olabilir. Örneğin, taraflar arasındaki ilişkinin tüketici hukuku kaynaklı olduğu konusunda hiçbir tereddüt olmadığı halde davanın kanun uyarınca asliye ticaret mahkemesinde açılmasının zorunlu olduğu uyuşmazlıklar için atanacak uzman arabulucunun sıfatı ihtilaf konusu olabilecektir.

Adliye arabuluculuk bürosu yetki itirazı olması halinde, bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesinde dosya açılmasını ve dosya takibini yerine getirecektir. Yetki itirazının mahkeme tarafından reddedilmesi halinde büro tarafından atanan ilk arabulucuya, adliye arabuluculuk bürosu tarafından talep olmaksızın dosya yeniden tevdi edilecektir. Tarafların iletişim bilgilerinin belirlenmesi, işlenmesi ve gerektiğinde arabulucu ile paylaşılması arabuluculuk bürosunun görevleri arasındadır¹⁰²⁹. Bu işlemlerin adliye arabuluculuk bürosu tarafından yerine getirilmemesi halinde denetim için bu başlık altındaki açıklamalarımız geçerli olacaktır.

E. Adli Yardım

İhtiyari arabuluculuk yoluna başvurmak isteyen tarafın adli yardımdan yararlanması HUAK'ın 13. maddesine 7036 sayılı Kanunun 21. maddesi ile eklenen 3. fıkra ile artık mümkündür. Adli yardım konusunda HMK'nın 334. ve 340. maddeleri arasındaki düzenlemeler kıyasen arabuluculuk için yapılan adli yardım taleplerine de uygulanacaktır¹⁰³⁰.

Adli yardım harcamaları, HMK'nın 339. maddesi uyarınca yargılama sonunda haksız çıkan taraftan geri alınmak üzere yapılır. Arabuluculuk yolu, bir yargılama uygulaması değildir¹⁰³¹. Arabuluculuk dava şartında taraflar anlaşamaz ve dava da açmazsa, haklı veya haksız çıkan bir taraf bulunmadığı için sürecin sonunda adli

¹⁰²⁸ Bir kararında Yargıtay 11. HD anonim şirket genel müdürünün, şirket aleyhine açtığı ücret alacağı davasında iş mahkemelerinin değil, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir. Y. 11. HD, T. 29.09.2009, E. 2013/13097 K. 2014/14801, (COŞKUN, İcra Hukuku, 2020, s. 164). Örnekteki kararda olduğu gibi davacının uyuşmazlığın iş hukukundan kaynaklandığı düşüncesiyle adliye arabuluculuk bürosuna başvurması halinde görevsizlik sonucu davanın asliye ticaret mahkemesi önüne gelmesi durumunda, uzman olmayan arabulucu önünde sonuçlanan sürecin akıbeti konusunda kanunlarımızda bir açıklık bulunmamaktadır.

¹⁰²⁹ (OKUR, 2019, s. 118).

¹⁰³⁰ (AKYOL ASLAN, 2018, s. 90).

¹⁰³¹ (YAKUT, 2010, s. 51), (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 22), (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 145).

yardımdan yapılan harcamanın iadesinin yapılması öğretide mümkün görülmemektedir¹⁰³².

Adli yardım konusunda görevli mahkeme HMK'nın 336. maddesi uyarınca işin yapılacağı mahkeme, icra ve iflas takipleri için de takibin yapılacağı icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesidir. Arabuluculuk yolunda ihtiyari veya zorunlu arabuluculuk fark etmeksizin sulh hukuk mahkemeleri adli yardıma karar vermek konusunda görevlidir¹⁰³³. İhtiyari arabuluculuk yolunda, belirli bir adliye arabuluculuk bürosuna başvurmak gerekmediği için yetkili mahkeme konusunda tereddütlerin oluşması olasılık dâhilindedir. Dava şartı arabuluculuk yolunda işin yapıldığı yer, adliye arabuluculuk bürosuna başvurulduğu yer olduğu için yetki konusunda bir tereddüt oluşmayacaktır. Bu nedenle HUAK'ın 13. maddesinin 3. fıkrası uyarınca başvurunun yapıldığı adliye arabuluculuk bürosunun adli çevresinin dışındaki bir yerden adli yardım talep etmek mümkün olmayacaktır¹⁰³⁴.

Dava şartı arabuluculuğun, adli yardım kapsamında olduğu muhakkaktır. Adli yardım konusunda karar verecek olan makam, arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesidir. Arabuluculuk sürecinde adli yardımın kapsamı, arabuluculuk ücreti ile sınırlı tutulmuştur¹⁰³⁵. Dava şartı arabuluculuk sürecine başvuranların arabulucuya ödemeleri gereken ücretin ilk iki saate kadar olan kısmı, HUAK'ın 18/A maddesi 13. fıkrası gereğince Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Bu nedenle, arabuluculuk görüşmeleri devam etmekte ise ancak iki saatin aşılması halinde adli yardımdan faydalanmak söz konusu olabilecektir¹⁰³⁶.

Arabuluculuk yolunun sürdürülmesi için gereken masraflar adli yardım kapsamına alınmamıştır. Dava şartı olan arabuluculuk yolunda, bazen masraflar arabuluculuk ücretinden fazla tutabilir. Bunların başında, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda taraflara ulaşmak ve iletişim kurmak için gerekli tercüman ve posta masrafları gelir. Bu nedenle, arabuluculuk uygulamasındaki masraflar ve bu masrafların karşılanmasını da içine alacak şekilde adli yardım kapsamının genişletilmesinin bir gereklilik olduğu ileri sürülmüştür¹⁰³⁷.

¹⁰³² (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 107).

¹⁰³³ (AKYOL ASLAN, 2018, s. 95).

¹⁰³⁴ (AKYOL ASLAN, 2018, s. 95).

¹⁰³⁵ HUAKY'nin 15. maddesinin 5. fıkrası “Arabuluculuk sürecinde tarafların avukatlık hizmeti bakımından adli yardımdan yararlanabilmesi hususunda 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 176 ilâ 181 inci maddeleri uygulanır.” şeklindedir.

¹⁰³⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 175).

¹⁰³⁷ (AKYOL ASLAN, 2018, s. 125).

II. DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN HAZIRLIK AŞAMASI

A. Arabulucunun Tarafları Daveti

Adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucu, mümkünse önce müracaat edenden başlayarak, taraflara ayrı ayrı ulaşacak ve kendini tanıttacaktır. Tarafın iletişim bilgilerini kontrol edecek ve taraf ile yüz yüze görüşme isteğini beyan edecektir. Bunu yaparken, taraf ile karşılıklı görüşmenin amacı konusunda kısa bir bilgi verebilir¹⁰³⁸.

Arabulucunun taraflarla görüşmek suretiyle hem süreçle ilgili tarafları bilgilendirmesi hem de uyuşmazlık ile ilgili olarak ön hazırlık yapması önemlidir. İlk müzakere gününün tespiti de bu görüşmeler esnasında yapılmalıdır¹⁰³⁹.

Arabulucu, iletişim yöntemlerinden en uygununu kullanarak taraflara ulaşabilir. Taraflarla iletişime geçmek, arabulucu için hem bir hak hem de bir görevdir¹⁰⁴⁰. Taraflara erişimi sağlamak açısından HUAK veya HUAKY herhangi bir kısıtlama getirmemiştir.

Arabulucu iletişimi sağladığı yöntem çerçevesinde taraflara ulaştığını ve gerekli bilgilendirmeyi yaptığını ispata hazır olmalıdır¹⁰⁴¹. İhtiyari arabuluculuk sürecindeki aydınlatma yükümlülüğüne ek olarak yetki ve yargılama giderlerine etkisi konusunda da ulaştığı tarafı aydınlatma (bilgilendirme) yükümlülüğü arabulucuya aittir¹⁰⁴². Arabulucu görevini ifa ederken tarafsızlığını bozmayacak şekilde davranmalıdır.

B. Arabulucu Sözleşmesi

Arabulucu sözleşmesi arabulucu ile taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü amacıyla yapılan sözleşmedir¹⁰⁴³. Dava şartı arabuluculuk söz konusu olsa bile, taraflar birlikte seçtikleri arabulucunun atanmasını sağlayabilirler. Seçilmiş veya atanmış her iki tür arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında arabulucu sözleşmesi yapılması

¹⁰³⁸ Dava şartı olan arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasında başlangıç aşamasında yapılan ilk görüşmeler yönünden önemli bir fark mevcuttur. İhtiyari arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın taraflarıyla bizzat görüşüp onlara arabuluculuk uygulaması ile ilgili aydınlatmak ile mükellef olmayan arabulucuya, dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında HUAKY'nin 25. maddesi 2. fıkrası uyarınca asilleri aydınlatma yönünde ayrı bir sorumluluk yüklenmiştir. (AKKAN, Arabuluculukta Güncel Gelişmeler, 2020, s. 80).

¹⁰³⁹ (KEKEÇ, 2016, s. 155).

¹⁰⁴⁰ (OĞUZ Ö. , 2019, s. 49).

¹⁰⁴¹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 156).

¹⁰⁴² (DÜR, 2018, s. 442 vd.), (BÜYÜKAY, 2018, s. 76).

¹⁰⁴³ KILIÇOLĞU, arabulucu sözleşmesinin “arabulucu ile yapılan sözleşme” olarak adlandırılmasını önermiştir. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 65), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 82).

mümkündür. Tarafların arabulucu önünde anlaşma yapabilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları gereklidir¹⁰⁴⁴.

Öğretide arabulucu sözleşmesini, vekâlet sözleşmesine¹⁰⁴⁵ benzerliği nedeniyle vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiren yazarlar bulunmaktadır¹⁰⁴⁶. Arabulucu sözleşmesi TBK veya HUAK'da düzenlenmemiştir¹⁰⁴⁷. Vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı¹⁰⁴⁸, iş görme sözleşmesi olarak arabuluculuk sözleşmesini niteleyen yazarlar mevcuttur¹⁰⁴⁹. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, arabulucu sözleşmesi maddi hukuk sözleşmesi olan bir iş görme sözleşmesidir¹⁰⁵⁰ ve geçerlilik şekline bağlı değildir.

Arabulucu sözleşmesi, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında çok taraflı olarak yapılan bir sözleşmedir¹⁰⁵¹. Sözleşmenin konusu, arabuluculuk uygulamasının yöntemi¹⁰⁵² gibi unsurları ve tarafların sürecin sonucuna göre ödeyecekleri arabuluculuk ücretini kapsar¹⁰⁵³.

Arabulucu sözleşmesinin en önemli konularından birisi, arabulucunun ücretidir¹⁰⁵⁴. Bununla birlikte arabulucu sözleşmesi yönünden taraflar ve arabulucu arasındaki ilişkiyi ücret ile sınırlamak arabuluculuk uygulamasını basite indirmek olacaktır. Sürecin işleyişi, sürece katılabilecekler, gizlilik sınırlarının tayini ve anlaşmaya varılması halinde bu anlaşmanın şekli gibi önemli konular bu sözleşmede belirtilebilir. Sözleşme ile ispat edilmek istenen hususlar, sözleşmenin şekline etki edecektir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁴ (ATICI, 2021, s. 116).

¹⁰⁴⁵ (AKİPEK ÖCAL, Vekalet, 2017, s. 14 vd.).

¹⁰⁴⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 144-146), (DÜR, 2018, s. 349).

¹⁰⁴⁷ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 86).

¹⁰⁴⁸ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 77), (AKİPEK ÖCAL, Vekalet, 2017, s. 20).

¹⁰⁴⁹ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 77), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 269)

¹⁰⁵⁰ ILDIR, AUÇY sözleşmelerini, etkilerini maddi hukuk ve usul hukukunda gösteren, asıl sözleşmenin geçersizliğinden bağımsız karma nitelikte bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelemiştir. (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 68). EREN, vekâlet sözleşmesini ve hizmet sözleşmesinin her ikisinin de iş görme sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. (EREN F. , 2017, s. 718). Vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin farklarını bağımlılık, ivazlı olmanın zorunlu unsurlardan olup olmadığı, süreklilik yönünden ortaya koymuştur. (EREN F. , 2017, s. 718,719). Taraflar HUAK'ın 15. maddesinin 2. fıkrası gereğince arabuluculuk sürecinde uygulanacak usulü seçebilirler, bu işin görülmesi yönünde aynı zamanda bir talimat niteliğindedir. (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 85). Arabuluculuk toplantılarının belirlenmesi ve süresi gibi konularda tarafların arabulucuya talimat vermesi mümkündür. Arabuluculuk bir meslektir ve arabulucunun ücreti arabulucu sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 86). Arabulucu, sözleşme ile ücretini belirlenmese bile HUAK'ın 7. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre yine de arabuluculuk ücretini hak edecektir. Ayrıca TBK'nın 502. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iş görme sözleşmelerine yönelik düzenleme bulunmayan hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. (EREN F. , 2017, s. 706), (KILIÇOĞLU, 2020, s. 77), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 86).

¹⁰⁵¹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 269).

¹⁰⁵² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 144).

¹⁰⁵³ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 79).

¹⁰⁵⁴ TANRIVER, arabuluculuk ücretinin arabulucu sözleşmesinin esaslı unsurlarından olduğunu belirtmiştir. (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 86).

¹⁰⁵⁵ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 79).

Taraflar arasında bir sözleşme yapılmadığı takdirde sürecin yürütülmesi için HUAK, TBK, HUAKY ve Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları gerektiğinde ihtilafa uygulanacaktır¹⁰⁵⁶. Arabulucunun ücreti ile ilgili ortaya çıkan ihtilaflarda Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi uygulanacaktır¹⁰⁵⁷. Ücret de taraflar ve arabulucu arasında iradi olarak asgari ücretin altında olmamak kaydı ile belirlenebilir. Dava açılmasından önce zorunlu bir yol olması nedeniyle Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarife üzerinden ücret belirlenmesi yapılmasını tavsiye etmektedir¹⁰⁵⁸.

C. Dava Şartı Arabuluculukta Yer İtibariyle Yetki

Yetki sorunu, sadece zorunlu arabuluculuk sürecinde, adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanan arabulucu nedeniyle karşılaşılma ihtimali olan bir durumdur. İhtiyari arabuluculuk tam anlamıyla gönüllülük esasına dayandığı için yetki konusunda uyuşmazlık çıkma ihtimali bulunmamaktadır. Eğer taraflar arasında ihtiyari arabuluculuk süreci başlamış ise, sürecin yürütüleceği yere ilişkin sorun, karşılıklı anlaşma ile çözülmüştür demek mümkündür. İhtiyari arabuluculuğun başlaması için taraflar arasında tam bir uzlaşma olması beklenir, yer sorunu dâhil olmak üzere sürece yönelik bir engel olması halinde doğal olarak bir tarafın bir diğerini arabuluculuk müzakeresine zorlaması söz konusu olamayacağı için süreç hiç başlamayacaktır. Bu nedenle ihtiyari arabuluculuk sürecinde mahkeme müdahalesi söz konusu olamayacaktır. Ayrıca dava şartı olan arabuluculuk yolunda taraflar, HUAK'ın 18/A maddesinin 5. fıkrası veya HUAKY'nin 24. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca adliye arabuluculuk bürosu listesinden belirli bir arabulucuyu seçmiş ise yetki ihtilafının doğmayacağı kabul edilebilir.

Arabuluculuk uygulamasında yetki konusunda düzenleme, dava şartı arabuluculuk kavramı ile birlikte HUAK'a 06.12.2018 tarih ve 7155 sayılı kanunun 25. maddesi ile eklenen 18/A maddesinin 8. fıkrası ile hukukumuzda girmiştir¹⁰⁵⁹ ve uyuşmazlık konusunda yetkili mahkemenin bulunduğu yer işaret edilmiştir¹⁰⁶⁰. Yetki itirazını değerlendirme görevi sulh hukuk mahkemelerine verilmiştir.

¹⁰⁵⁶ (DÜR, 2018, s. 352).

¹⁰⁵⁷ (OKUR, 2019, s. 96).

¹⁰⁵⁸ (OKUR, 2019, s. 43).

¹⁰⁵⁹ Dava şartı arabuluculuk ilk olarak bazı iş uyuşmazlıkları için başvurulması zorunlu bir yol olarak İMK'da öngörüldüğünden, dava şartı arabuluculukta yetki HUAK'tan daha önce İMK'nın 3. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 151).

¹⁰⁶⁰ (MEMİŞ, 2020, s. 101).

Dava şartı arabuluculuk uygulamasının bir sonucu olarak ortaya çıkan yetki itirazının dava veya çekişmesiz yargı işi niteliğine dair HUAK'ta bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada, yetki itirazına yönelik dosya mahkemenin esas defterine kaydedilmektedir ve mahkeme tarafından verilen kararlarda çekişmeli yargı işlerinde olduğu gibi taraflar belirtilmektedir. Dava şartı arabuluculuk yoluna başvuran tarafın yetkili adliye arabuluculuk bürosunu işaret ederek yetki iddiasında bulunduğu, diğer tarafın ise yetkiye itiraz ettiği dikkate alınır. İlk bakışta burada çekişmeli yargı olduğu ileri sürülebilir. Ancak öğretide genel kabul gören çekişmesiz yargıya yönelik hasım yokluğu ölçüsü, subjektif hakkın yokluğu ve inşai etki ölçütü¹⁰⁶¹ dikkate alındığında sulh hukuk mahkemesi tarafından yapılan incelemenin çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶².

Kanunun açık hükmü karşısında dava şartı olan arabuluculukta yetki taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak yetki kurallarına göre belirlenecektir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında yetki itirazının bir tür ilk itiraz olduğu öğretide ileri sürülmüştür¹⁰⁶³. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında yetki incelemesini, arabulucunun siciline kayıtlı olduğu adliye arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi değerlendirecektir¹⁰⁶⁴. Mahkeme çekişmesiz yargı işi olarak basit yargılama usulüne göre ele alacağı yetki incelemesini duruşmasız olarak gerçekleştirecektir. Mahkemenin yapacağı inceleme bir tür duruşmasız ön inceleme olarak kabul edilebilir¹⁰⁶⁵. Sulh hukuk mahkemesi yetki değerlendirmesini yaparken bütün dosyayı ele alacaktır. Ancak dosyada başvurucunun talebi ve yetki itirazında bulunan tarafın arabulucuya sunduğu beyanları dışında değerlendirmeye esas bilgi ve belge olmayabileceği unutulmamalıdır.

Ön inceleme ile arabuluculukta yetki incelemesi aşamasında benzerlikler mevcuttur; Türk mahkemelerinin yargı alanına girmesi, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevi ve yetkisinin olması, taraf ve takip ehliyetinin bulunması, hukuki yararın bulunması, davanın derdest olmaması ve kesin hüküm olmamasının araştırılmasıdır. Gider avansı ve teminat yatırılması konusunda araştırılma yapılması

¹⁰⁶¹ Öğretide çekişmeli ve çekişmesiz yargının birbirinden ayırt edilmesi için farklı ölçütlerle ileri sürülmüştür, her biri tek başına yeterli olamamakla birlikte bunlar; a. Uyuşmazlık ve hasım yokluğu ölçütü, b. Subjektif hakkın yokluğu ölçütü, b. Resen harekete geçme ölçütü, d. İnşai ve önleyici etki ölçütüdür. (ARAS, 2016, s. 27-30).

¹⁰⁶² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 195),

¹⁰⁶³ (İKİZOĞLU AKIN, 2017, s. 136).

¹⁰⁶⁴ (YAKICI, 2019, s. 95).

¹⁰⁶⁵ Duruşmasız ön inceleme için bkz. (EROĞLU, 2018, s. 86). Çekişmesiz yargıda duruşmasız ön inceleme için bkz. (ARAS, 2016, s. 99).

mahiyeti itibarı ile dava şartı arabuluculukla bağdaşmayacaktır. Çekişmesiz yargıda çekişen taraf kavramı söz konusu olmadığı için ön inceleme aşamasında sulhe teşvik ve anlaşılamayan konuların tespitinin söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁶⁶. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu yetkiyi yakından ilgilendirdiği için başvurunun ve yetki itirazında bulunanın ileri sürdüğü uyuşmazlık konusu mahkeme tarafından belirlenmeden yetki konusunda karar verilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında yetki kamu düzenine ilişkin değildir¹⁰⁶⁷. Taraflar anlaşmak sureti ile istedikleri adliye arabuluculuk bürosunun yetki bölgesini seçebilirler. Fakat yetki itirazı doğması halinde tarafların anlaşma yolu ile adliye arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkemeyi yetkilendirmeleri mümkün değildir¹⁰⁶⁸.

Yetki itirazı, en geç ilk oturuma kadar atanan arabulucuya yapılır. Her ne kadar başvurunun şekli ile ilgili kanunda bir düzenleme bulunmasa da arabulucu tarafından dosya adliye arabuluculuk bürosuna ve oradan da görevli sulh hukuk mahkemesi önüne tevdi edileceği için yetki itirazının yazılı bir dilekçe ile yapılması daha doğru olur. Yetki itirazında bulunan taraf, dilekçesinin ekinde yetkiye ilişkin itirazını destekleyen belgelerini sunmalıdır¹⁰⁶⁹. Yetki itirazında bulunan taraf yönünden mahkemenin incelemesini, uygulanacak usulü ve itiraz konusunda verilecek kararın neticelerini dikkate aldığımızda, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür¹⁰⁷⁰. ÇİL, taraflar arasında yetkiye ilişkin belgeler sunulmadan yetki itirazının yapılamayacağını ileri sürmüştür¹⁰⁷¹. Görüşümüze göre, taraflar yetkiye ilişkin bir belge sunmadan yetki itirazı yapabilmelidir. Bu durumda mahkeme, dosya içindeki bilgilere göre karar vermelidir. Böylece sonucu belli olmayan bir süreç için taraflar ellerindeki bütün belgeleri ortaya çıkarmak zorunda kalmayacaktır.

Yetki itirazı üzerine, arabulucu elinde bulunan dosyayı ve eklerini bağlı bulunduğu arabuluculuk bürosuna tevdi eder. Uygulamada, bürolar fiziki olarak dosya kabul etmemekte, arabulucudan UYAP sistemine yüklenmiş olarak dosyayı istemektedir. Benzer bir düzenleme, geçici hukuki himayeler kapsamında HMK'nın 393. maddesinin

¹⁰⁶⁶ (ARAS, 2016, s. 100).

¹⁰⁶⁷ (ÇİL, 2018, s. 32).

¹⁰⁶⁸ “Dosya kapsamından, talep eden tarafından ihtiyari olarak Batman arabuluculuk bürosuna başvurduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın Batman Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.” Y. 20. HD, T. 12.12.2019, E. 2019/5607 K. 2019/7372, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

¹⁰⁶⁹ (YAKICI, 2019, s. 96).

¹⁰⁷⁰ (ALBAYRAK, Yaklaşık İspat, 2013, s. 98 vd., 437).

¹⁰⁷¹ (ÇİL, 2018, s. 31).

5. fıkrasında bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, ihtiyati tedbire karşı kanun yoluna başvurulması halinde tedbire ilişkin olarak sadece dosya ve delillerin suretleri inceleme mahkemesine gönderilir¹⁰⁷².

Sulh hukuk mahkemesi, yedi gün içinde yetki konusunda kesin olarak karar verir. Kesin olarak verilen bu yetki kararının etkisinin yetki uyuşmazlığı yaşanan arabuluculuk süreci ile sınırlı olduğu tartışmasızdır. İnceleme sonunda verilen yetkiye yönelik karar taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına etki eden maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olmayıp sadece arabuluculuk sürecinin hangi adliye arabuluculuk bürosunun yetkisinde gerçekleşeceğine ilişkindir¹⁰⁷³.

Dava şartı arabuluculuk yolunda yetki incelemesinin mahkemeye bırakılması isabetli bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabulucunun HUAK 18/A maddesinin 8. fıkrası ve tarafsızlığının gereği olarak uyuşmazlık çözümünde kendiliğinden yetki incelemesi yapamayacağı gibi tarafların talebi üzerine de kendi yetkisini değerlendiremez. Ayrıca arabulucu herhangi bir konuda mahkemenin müdahalesini talep edemez. Taraflar arasındaki yetki ihtilafını çözümlmek hâkim tarafından yargısal yetkinin kullanımına özgü işlerdendir¹⁰⁷⁴. Arabulucu tarafsızlığını koruyabilmesi ve arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleyebilmesi için taraflar arasındaki uyuşmazlığa doğrudan müdahale etmemeli, uyuşmazlık konularında karar verici konumda olmamalıdır. HUAK'ın 15. maddesi 4. fıkrası hükmü ile yargısal nitelikli olarak kabul edilebilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılması yasaklanmıştır.

Dava şartı olan arabuluculukta mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olması halinde tarafların yetkiye itirazlarının nasıl değerlendirileceği konusunda sorunlar ortaya çıkması bir yana, arabuluculuk görüşmelerinin farklı arabulucular önünde ve farklı yerlerde görülmüş olması anlaşma belgesi ve icra edilebilirliği yönünden de sorun oluşturabilecektir¹⁰⁷⁵. Yetki itirazı en geç ilk oturuma kadar yapılabildiğine göre çok taraflı uyuşmazlıklarda ilk itirazda bulunan tarafın talebi incelenerek yetki itirazı hakkında karar verilecektir. Bu halde ilk görüşme gününe kadar yetki konusunda itiraz hakkı olduğunu düşünen tarafın mahkemeye erişimi ve hukuki dinlenme hakkı kısıtlanış olacaktır. Dava şartı olan arabuluculukta çok taraflı uyuşmazlıklarda yetkiye yönelik itiraz ve incelemenin nasıl yapılacağına dair HAUK ya da HUAKY'de bir düzenleme

¹⁰⁷² (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 744).

¹⁰⁷³ (ARAS, 2016, s. 183).

¹⁰⁷⁴ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1229).

¹⁰⁷⁵ (ŞAMİL, 2013, s. 312), (MEMİŞ, 2020, s. 94).

bulunmamaktadır. Bu eksikliğin HMK'nın kıyasen uygulanması yolu ile giderilebileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁷⁶

Yetki ile ilgili diğer bir sorun ise yetki itirazının arabuluculuğun süresine etkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yetki itirazının reddedilmesi durumunda zaman aşımının kesilmesine yönelik olarak HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrasında açık hüküm bulunmaktayken, yetki itirazının kabul edilmesi halinde açık bir düzenleme olmaması karışıklığa yol açacak niteliktedir¹⁰⁷⁷.

Kanunun koyucunun HUAK'ın 18/A maddesinin 8. Fıkrasında yetki itirazının kabulü olasılığına yönelik olarak, *“Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir.”* cümlesini, yetki itirazının kabul edilmesi halinde başvurucunun zaman aşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle haklarına zarar gelmemesi için kanun metnine eklediği anlaşılmaktadır. Ancak öncesinde veya sonrasında yeni arabulucunun atanması ile dava şartı arabuluculuk süresini yeniden başlamasına yönelik açıklık bulunmadığı için uygulamada bazı sorunların çıkması olasıdır.

Örneğin X, 04.01.2021 tarihinde Isparta Adliye Arabuluculuk Bürosuna başvurmuş, Isparta'da sicile kayıtlı bir arabulucu olan I uyuşmazlığın çözümü için atanmıştır. I, karşı taraf Y'ye ulaşmakta zorlanmış ve ancak 09.02.2021 tarihinde taraflarla ilk toplantıyı yapmak üzere anlaşabilmiştir. Y, 08.02.2021 tarihinde I'ye e-mail yoluyla yetki itirazında bulunduğunu, Burdur siciline kayıtlı bir arabulucu ile Burdur'da sürecin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. 09.02.2021 tarihinde dosya Isparta Sulh Hukuk Mahkemesine ulaşmış ve 12.02.2021 tarihinde mahkeme yetki itirazının kabulüne karar vermiştir. Mahkeme kararı 16.02.2021 tarihinde X'e ulaşmıştır. X, kanunun kendisine verdiği yedi günlük süreyi kullanmamış daha erken bir tarih olan 19.02.2021 tarihinde Burdur Adliye Arabuluculuk Bürosuna başvurmuştur. Burdur'da sicile kayıtlı arabulucu B'ye dosya 22.02.2021 tarihinde ulaşmıştır. B, 24.02.2021 tarihinde X ile ilk görüşmeyi yapmıştır. X, bir an önce dava açması gerektiğini bu nedenle mümkün olan en erken süre için görüşme günü verilmesini talep etmiştir. B, iletişim bilgileri dosya içinde olduğu için 25.02.2021 tarihinde Y'ye ulaşmıştır. B, Y'ye

¹⁰⁷⁶ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 161).

¹⁰⁷⁷ HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrası *“...Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve dokuzuncu fıkra da belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. 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. Yetkili büro, beşinci fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir.”* şeklindedir.

02.03.2021 tarihinde ilk toplantı için müsait olup olmadığını sormuştur. Y, TTK'nın 5/A maddesine göre ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının sekiz hafta ile sınırlı olduğunu söylemiştir. Bu sürenin HUAK'ın 18/A maddesinin 6. fıkrası, TTK'nın 5/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca ilk arabulucunun atanması ile başladığını, üstelik HUAK'ın 18/A maddesinin 16. fıkrası uyarınca X'in duran zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerden bazı menfaatleri olduğunu belirtmiştir. Y, arabulucuya HUAK'ın 18/A maddesinin 5. ve 8. fıkralarında yeni atanan arabulucuyla sürelerin yeniden başlayacağına dair hüküm bulunmadığını belirtmiştir. Bir başka yaklaşım ise TTK'nın 5/A maddesinin 2. fıkrasında tayin edilen şekli ile dava şartı arabuluculuk sürecinin her arabulucu atamasından sonra yeniden belirlenmesidir. Öğretide, TTK'nın 5/A maddesinin HUAK 18/A maddesine göre özel kanun olarak kabul edilmesi gerektiği isabetli olarak ileri sürülmüştür¹⁰⁷⁸. Ancak bu durumda da sürenin yeniden başlaması tereddütsüz kabul edilebilecek açıklıkta değildir, ayrıca uzun sayılabilecek süre boyunca yargıya erişimin engellenmesine neden olabilecek bir yorum tarzıdır.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasının bir parçası olan yetki itirazında her zaman bir kazanan ve kaybeden vardır, yetki itirazı uygulaması arabuluculuğun ruhuna aykırıdır. Diğer taraf ile anlaşma niyetinde olan başvuru arabuluculuk yolunda çekişmeye neden olacak hareketler kaçınılmalıdır. Aynı şekilde anlaşma niyetine sahip olan diğer taraf anlaşmak için arabuluculukta yetki gibi bir durumu sorun etmeyecektir. Taraflar yetki konusunu ön koşul haline getirmekten anlaşılmaktadır. Bu konuda ADB, arabuluculuk uygulamalarıyla ilgili en kapsamlı verilere sahiptir. Yetki itirazı sonucu itibarıyla reddedilen ve kabul edilen arabuluculuk başvurularının sonunda oluşan anlaşma veya anlaşmama oranları dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk uygulamalarında yetki ile ilgili bize bazı bilgiler verebilir. Eğer uygulamada dikkate alınmayacak kadar yetki itirazı mevcut ise bu uygulama aynı şekilde devam edebilir. Eğer yetki itirazının kabulü ile yer değişikliği yapılmasına rağmen yüksek oranda anlaşma ile biten başvurular olması halinde uygulamanın yine devam etmesi gerekeceği söylenebilir. Ancak yetki itirazına uğrayan başvurular önemli bir miktar tutuyorsa ve bunların da büyük kısmı anlaşmazlıkla sonuçlanmaktaysa o zaman yetki kargaşasından dava şartı arabuluculuk uygulamasının kurtarılması gerekmektedir.

Arbuluculuk toplantılarının çevrimiçi yöntemler ile örneğin “tele konferans” yolu ile yapılmasına veya yapılmamasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ (YARDIM, 2019, s. 91).

¹⁰⁷⁹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 131).

Günümüzde Covid-19 pandemisi nedeniyle arabuluculuk toplantıları çevirim içi uygulamalarla yapılmaktadır. Ancak pandemi dönemi öncesi ADB tarafından arabulucuların yüz yüze toplantılar yapılması yönünden zorladığı, hatta tek toplantı ile yetinilmemesinin istendiği arabuluculuk uygulamasıyla ilgili herkes tarafından bilenen bir gerçektir. Kanımızca dava şartı arabuluculuk uygulamasında yetkiye ilişkin düzenlemelerin tamamen kaldırılması veya taraflardan birinin bile çevirim içi toplantı yapmak istemesi halinde aynı şehirler içinde bile olsa bile bu talebin kabul edilmesi yönünde ADB'nin görüş bildirmesi bile yeterli olacaktır. Böylece taraflar arasında süreci uzatma aracı ve güç gösterisi haline gelmiş olan dava şartı arabuluculuk uygulamasında yetki sorunu çözülebilecektir.

D. Arabuluculuğa Elverişliliğin Değerlendirmesi ve Sonuçları

Hazırlık aşaması, aynı zamanda süreç ile ilgili değerlendirmelerin tekrar tekrar yapıldığı bir dönemdir. Arabulucu bu aşamada, taraflar ile görüşerek taleplerini, arabuluculuk sürecinden beklentilerini ve uyuşmazlık konusunu belirler¹⁰⁸⁰. Bu nedenle uyuşmazlığın kaynağının belirginleştirilmesi bu dönemde gerçekleşmelidir. Böylelikle başta arabuluculuğa elverişlilik olmak üzere uyuşmazlık konusunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı da bu aşamada incelenebilir¹⁰⁸¹.

Taraflarla görüşen arabulucu, her aşamada uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını, dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığını denetlemelidir¹⁰⁸². Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı konusundaki kararı öncelikle arabulucu verecektir¹⁰⁸³.

Pozitif hukukumuzda arabulucunun kendisine adliye arabuluculuk bürosu tarafından verilen görevi iade etmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda TANRIVER; öncelikle arabulucunun kendi “görevden affını” istemesi gerektiğini, arabulucu atamasının “adli-idari” bir işlem olduğunu gerekçeleri ile ortaya koyarak adliye arabuluculuk bürosu tarafından yapılan atamanın geri alınabileceğini belirtmiştir¹⁰⁸⁴. Arabulucunun kabul etmeyeceği görevler olması gibi olasılıklar için görevin iadesine yönelik bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

¹⁰⁸⁰ (KEKEÇ, 2016, s. 128 vd.).

¹⁰⁸¹ (KEKEÇ, 2016, s. 155,156).

¹⁰⁸² (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 295).

¹⁰⁸³ (OKUR, 2019, s. 142).

¹⁰⁸⁴ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 150,151).

Benzer bir durum arabulucunun atandığı uyuşmazlık yönünden uzmanlığının bulunmaması yönünden de geçerlidir. Hatta arabulucunun bütün branşlarda uzman olmasına rağmen uyuşmazlığın atama konusu ile ilgisi olmadığının ortaya çıkması da söz konusu olabilir. Ticari bir uyuşmazlık nedeniyle atanan arabulucu taraflar arasında yapılan görüşme sonucunda uyuşmazlığın iş hukuku veya tüketici hukuku kaynaklı olduğunu tespit edebilir. Arabulucu bu üç uyuşmazlık dalında da uzmanlığa sahip olsa bile başta arabuluculuk süreleri olmak üzere uygulama farklılıklarının giderilmesi sorun olarak ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki bir arabulucunun uzmanlık alanı olarak kayıt olabileceği sicillerin sayısı sınırlıdır.

Başvuru konusu ile tarafların ilgisi olmadığının anlaşılması halinde HUAKY'nin 26. maddesi, 3. fıkrası gerekçe gösterilerek arabulucu tarafından uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığı gerekçesi ile dosyanın kapatılarak adliye arabuluculuk bürosuna iade edilmesi bir çözüm olarak düşünülebilir.

III. MÜZAKERE AŞAMASI

Müzakere aşaması, dava şartı arabuluculuk veya ihtiyari arabuluculuğun gerçekleştiği asıl alanı belirtir. Arabulucunun atanmış olması uzmanlığı ve yetkinliği açısından tarafları tatmin yönüyle veya uygulamanın etkinliği konusunda şüphe oluşturabilir¹⁰⁸⁵. Ancak ihtiyari arabuluculukta olduğu gibi tarafların birlikte hareket ederek talep ettikleri arabulucunun atanmasını sağlamaları da mümkündür¹⁰⁸⁶.

Hak temelli hukuk eğitiminin yanında menfaat temelli uyuşmazlık çözümleri eğitimlerinin gelecekte önem kazanması mümkün olacaktır. Bu kapsamda, AUÇY eğitimlerinin arabulucular ve taraf vekillerince alınması tercih edilebilir.

Anlaşma ile sonuçlanması mümkün olan uyuşmazlıklar için müzakere safhası bütün bir sürecin merkezini oluşturur. Uyuşmazlığın taraflarında AUÇY konusunda uzmanların bulunması müzakere sürecinin verimli geçmesini sağlayacaktır. Müzakere yöntemleri, taktikleri ile AUÇY konusunda yetişmiş hukukçuların öneminin önümüzdeki dönemde artacağını öngörmek mümkündür. Bazı hukuk fakülteleri, arabuluculuk dersini seçmeli ders olarak müfredata koymaya başlamışlardır. Gelecekte oyun teorisi¹⁰⁸⁷ başta

¹⁰⁸⁵ Arabulucunun kişiliği ve uyuşmazlık çözüm yeteneği en önemli etkenlerden biri olarak bu yöntemin tercihi dikkate alınır. Ancak dava şartı arabuluculuk yönteminde bu konu bir nebze göz ardı edilmiştir.

¹⁰⁸⁶ HUAK gereğince taraflar adliye arabuluculuk bürosuna birlikte başvurarak isminde anlaştıkları arabulucunun atanmasını sağlayabilirler. Yetki konusunda da anlaşmaları halinde taraflar ülke sınırları içinde istedikleri arabulucuyu HUAKY uyarınca seçebilirler.

¹⁰⁸⁷ (GENÇ YILMAZ & KADAH, 2018, s. 419).

olmak üzere insan davranışları ve müzakere yöntemleri konusunda yetkin olan AUÇY uzmanların hukuk hayatında önemli yer teşkil edeceğini umulmaktadır.

Müzakere aşaması, ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı ticari arabuluculuk arasındaki belirgin farklardan birisidir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında süre sınırı, HUAK'ın 18/A maddesinin 9. fıkrasında belirlenmiştir. Buna göre dava şartı arabuluculuk uygulamalarında süre sınırı üç haftadır. Bu süre arabulucunun takdiri ve gerek görmesi halinde bir hafta uzatılabilecektir. Ancak, HUAK düzenlemesi dava şartı arabuluculuk uygulamasında süre sınırına yönelik genel bir düzenlemedir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasını düzenleyen HUAK'ın 18/A maddesinin 19. fıkrası, kanunlarda süre yönünden özel düzenleme bulunması halinde, bu sürelerin uygulanması gerektiğini öngörmüştür. Ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuk açısından TTK'nın 5/A maddesi düzenlemesi, HUAK'a göre özel bir düzenlemedir. Dava şartı ticari arabuluculuk uygulamasında süre sınırı, TTK 5/A maddesi uyarınca altı hafta olup, taraflar sürecin devamında kararlı ise, arabulucunun sürecin devamında fayda gördüğü hallerde iki hafta daha uzatılabilir¹⁰⁸⁸. Görüldüğü gibi, dava şartı olan arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk faaliyetleri süre sınırlamaları açısından birbirinden farklılık gösterir.

İhtiyari ve zorunlu arabuluculuk uygulamasında başka bir fark ise, müzakereye katılma zorunluluğu bakımından ortaya çıkmaktadır. Taraflardan birisinin ilk oturuma geçerli bir mazeret sunmadan katılmaması nedeniyle süreç sonlanırsa, uyuşmazlığın yargıya taşınması halinde sürecin sona ermesine neden olan taraf haklı bile çıksa lehine olarak yargılama gideri veya vekâlet ücretine hükmedilemeyecektir¹⁰⁸⁹.

Arabuluculuk faaliyetinde temsil HUAK 16. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Arabuluculuk bir yargı faaliyeti olmadığı için bu düzenleme mevcut olmasaydı vekil ile temsil mümkün olabilecekti¹⁰⁹⁰. Burada avukatla temsilin kanundan kaynaklı bir zorunluluğu söz konusudur. Bunun dışında arabuluculuk faaliyetinde genel temsil hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁹¹.

Arabuluculuk uygulaması bir yargılama faaliyeti değildir¹⁰⁹². Bu nedenle ortaya çıkan sonuç sadece uygulamaya katılanları hukuken bağlayacaktır. Kural olarak arabulucunun, taraf sıfatı konusunda araştırma yapması veya karar vermesi söz konusu

¹⁰⁸⁸ (MEMİŞ, 2020, s. 120).

¹⁰⁸⁹ (OKUR, 2019, s. 177).

¹⁰⁹⁰ (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 51), (AKKAN, Avukatla Temsil, 2010, s. 230).

¹⁰⁹¹ Özel hukuk ilişkilerinde gerçek ve tüzel kişilerin temsiline yanında, tacirin temsili TBK ve TTK'da ayrıca düzenlenmiştir, bkz. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticari İşletme, 2016, s. 108 vd.).

¹⁰⁹² (ERMENEK & AZAKLI ASLAN, TTK 5/A, 2020, s. 187).

olmayacaktır çünkü bu yargılamanın konusudur¹⁰⁹³. Başvuru konusunun taraflarla hiçbir ilgisinin olmadığına anlaşılmaması halinde ileride dava açılma ihtimali olmayacağından arabuluculuk ücreti ile ilgili olarak kamu zararı doğması söz konusu olabilir. Arabulucunun taraflarla mutabık kalarak bu gibi durumlarda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı gerekçesi ile adliye arabuluculuk bürosuna dosyanın iade edilmesi gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Böyle bir davranış öğretide kabul edilen, arabulucunun dürüst ve saygın kişiliğinin bir yansıması olacaktır¹⁰⁹⁴.

IV. DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

İhtiyari arabuluculuk yöntemi de dâhil olmak üzere her sürecin bir sonu olduğu gibi arabuluculuk sürecinin de sonu olması gerekir. Özellikle mahkemeye erişimin engellendiği zorunlu arabuluculuk uygulamaları için sürenin kısa tutulması hak arama özgürlüğü açısından ayrı bir önem arz eder¹⁰⁹⁵.

Arabuluculuk süreci ancak iki şekilde sonuçlanabilir. Bunlar, tarafların uyuşmazlığı çözmesi veya uyuşmazlığı çözmemesidir. Elbette bu iki durum da çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir ve taraflar arasındaki bir kısım uyuşmazlık konularının çözülmesi ancak bir kısmının çözülmemesi de olasılık dâhilindedir.

Ülkemizde dava şartı arabuluculuğun ihtiyari arabuluculuktan farklı yönlerinden birisi de kanunlarla öngörülmüş süre sınırı uygulamasıdır. Sürenin sona ermesi ile dava şartı arabuluculuk süreci de sona erer ve taraflar bundan sonra ancak ihtiyari arabuluculuk yoluna devam edebilirler.

İhtiyari arabuluculuk uygulamasında arabulucunun ücret avansının ödenmemiş olması gibi, tarafların bazı tutumları arabuluculuk sürecinin sona ermesine sebep olabilir¹⁰⁹⁶. Ancak bu durumun dava şartı arabuluculukta karşılığı bulunmamaktadır.

¹⁰⁹³ (KALE, 2010, s. 45).

¹⁰⁹⁴ (KEKEÇ, 2016, s. 109).

¹⁰⁹⁵ (OKUR, 2019, s. 201-207), ADB tarafından, dava şartı arabuluculuk süresinin arabulucular tarafından efektif kullanımı için yayımlanan bir duyuruda sürelerin riayet yönünden uyarı yapılmıştır. Duyuruda dava şartı arabuluculuk sürelerinin aşılması veya sürelerin amaca uygun değerlendirilmemesi yönündeki şikâyetlere değinilmiştir. Bu tür yakınmalar neticesinde arabulucunun sicilden silinmesine kadar varabilecek yaptırımların söz konusu olabileceği duyurulmuştur. Belirtilen ADB duyurusu için bkz. www.adb.adalet.gov.tr e.t. 03.03.2021.

¹⁰⁹⁶ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 181).

A. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

Arabuluculuk sürecinin anlaşma ya da anlaşmazlıkla bitmesi mümkündür. Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında anlaşamamanın bir başka görünümü olan sürenin sona ermesi gibi nedenler de süreci sonlandırabilir. Anlaşma sağlanamaması hali birçok farklı şekilde ortaya çıkabilir. Arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesine neden olan sebepler HUAK'ın 17. maddesinde sayılmıştır ve sınırlı sayıda değildir¹⁰⁹⁷.

Arabuluculuk sürecine hâkim olan iradi olma ilkesi gereğince, temel kural olarak arabuluculuk sürecini yürüten taraflar sürecin sona ermesine de birlikte veya tek taraflı olarak her zaman karar verebilirler. Arabuluculuk uygulamasında, sürecin anlaşma veya anlaşmama ile bitmesine yine taraflar karar verecektir¹⁰⁹⁸. Bunun yanında arabulucu tarafından sürecin bitirileceği bazı durumlar da vardır¹⁰⁹⁹. Kanunda örnekleme amacıyla sayılan ve sınırlı olmayan belli hallerde sürecin sonlandırılmasına arabulucunun karar vermesi gerekebilir.

Arabuluculuk süreciyle duran zamanaşımı ve hak düşürücü süreler, dava şartı olan arabuluculuk sürecinin bitmesi ile yeniden işlemeye başlayacaktır¹¹⁰⁰. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında ise ayrıca sürecin bitmesi ile birlikte mahkemeye başvuru yolu açılmış olduğundan uygulamanın bittiği anın belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Tarafların müzakereye katılmaları ve anlaşamamalarıyla biten arabuluculuk sürecinin sonuçları ile diğer sona erme nedenleri arasında son tutanağın düzenlenmesi yönünden farklılık vardır. En önemli fark ise tarafların anlaşma sağlayamadığının var sayıldığı hallerde de TTK'nın 5/A maddesinde düzenlenen “*dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması*” şartının yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerektiğidir. Bu farklar aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır.

1. Tarafların Anlaşamaması

İhtiyari arabuluculuk sürecinde, anlaşmak maksadıyla bir araya gelen tarafların yerini, zorunlu arabuluculuk sürecinde dava açmadan önce bir süreci tüketmek zorunda olan taraflar alacaktır¹¹⁰¹. Bunun yanında süreci fırsat olarak görmek, gerçekten

¹⁰⁹⁷ Örneğin, Arabuluculuk sürecini sonlandıran en genel neden olan tarafların anlaşamamasına HUAK veya HUAKY yer vermemiştir. (KILIÇOĞLU, 2020, s. 87).

¹⁰⁹⁸ (ÖZEKES M. , Cilt III, 2017, s. 2818).

¹⁰⁹⁹ (DÜR, 2018, s. 365).

¹¹⁰⁰ (MEMİŞ, 2020, s. 107).

¹¹⁰¹ (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 36,37).

arabuluculuk yolunu anlaşma aracı olarak kullanmak, uyuşmazlığı bu yolla çözmek isteyen taraflarla karşılaşmak da söz konusu olabilir.

Taraflar, uyuşmazlıklarını ve arabuluculuk açısından pozisyonlarını doğru belirleyememiş olabilirler. Bu gibi durumlarda arabuluculuk sürecinden beklentileri olmayabilir veya yanlış beklenti içinde bulunabilirler. Arabulucu, tarafların anlaşmasını imkânsız görmediği hallerde, taraflar ile gerekirse ayrı ayrı görüşüp uyuşmazlığı çözenin önündeki engelleri görmelerini ve çözülen uyuşmazlıktan kazanacakları menfaatin muhasebesini yapmalarını sağlamalıdır¹¹⁰². Özellikle dava şartı arabuluculuk için tarafların masaya oturmadan veya masaya oturur oturmaz anlaşmak istemediklerine yönelik beyanları arabulucu için yeterli olmamalıdır.

Arabulucunun çabalarına rağmen taraflar arasında uyuşmazlık çözümü mümkün olmayabilir. Bu halde, arabulucunun taraflara yönelik yardımı henüz bitmemiştir. Arabulucu, anlaşma sağlanamamış olsa bile anlaşamama durumunu doğru tespitle ileride dava şartı değerlendirmesi sırasında yeniden ihtilafa neden olmayacak şekilde son tutanağa geçirilmesine yardım etmelidir. Burada arabulucu ve taraf vekilleri ön inceleme duruşmalarına yönelik hukuki birikimlerden faydalanabilir¹¹⁰³.

Anlaşmazlığın tespitinin, anlaşmanın kâğıda dökülmesinden daha kolay olduğu söylenebilir. Hatta ihtiyari arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşamaması halinde çoğu zaman ayrıca bir merasim yapılmasına, tutanak düzenlenmesine gerek kalmaz¹¹⁰⁴. Dava şartı olan arabuluculuk yolunda ise anlaşmış veya anlaşmamış olmak karmaşık bir süreci ve bu sürece bağlanan önemli sonuçları ihtiva etmektedir. Kısmi anlaşma, yani bir kısım uyuşmazlık konularında anlaşma, diğer kısmında ise anlaşamamak durumu söz konusu olduğundan çözülen uyuşmazlıklar ve üzerinde anlaşılamayan konular ayrı ayrı değerlendirilmeli ve son tutanağa geçirilmelidir¹¹⁰⁵.

Müzakere sürecine bütün taraflar katılmış ve taraflar arasında anlaşmaya varılmamış ise müzakere konuları maddeler halinde hukuki isimleri ile vasıflandırılmalı ve kısa açıklamalar da eklenerek son tutanağa geçirilmeleri sağlanmalıdır¹¹⁰⁶. Bu şekilde ileride dava şartlarının yerine getirilmesinin mahkeme tarafından araştırılması

¹¹⁰² (BÜYÜKAY, 2018, s. 71).

¹¹⁰³ (EROĞLU, 2018, s. 136).

¹¹⁰⁴ İhtiyari arabuluculuk yolu nedeniyle düzenlenecek son tutanak, arabulucunun görevini yerine getirdiğini ispat edecektir, tarafların arabuluculuk ücretinden sorumluluğunu belirlemekten öte bir anlam ifade etmeyecektir.

¹¹⁰⁵ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 156).

¹¹⁰⁶ (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 185).

kapsamında yeni anlaşmazlıklar doğmasının ve yargılama sürecinin uzamasının önüne geçilebilecektir.

Müzakere sonunda hangi konuların müzakere edildiği ve hangi konularda anlaşılmadığına ilişkin arabuluculuk son tutanağı, tarafların arasındaki uyuşmazlığın çerçevesinin yine taraflarca çizildiği bu nedenle dava şartı arabuluculuk uygulamasının yerine getirilmesine yönelik en üstün belgedir¹¹⁰⁷. İleride açılacak bir davada, tarafların üzerinde müzakere ettikleri konular yönünden arabuluculuk dava şartı yerine getirilmiş olarak kabul edilmeli ve her ne kadar hâkim tarafından dava şartları resen değerlendirilse de üzerinde anlaşılmayan konular belirgin bir şekilde son tutanağa yazılmış ise o konular açısından dava şartı yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmemelidir.

2. Anlaşma Sağlanamadığının Kabul Edildiği Haller

a. Kanunda Öngörülen Sürenin Sona Ermesi

Arabuluculuk sürecini her ne kadar taraflar yönetse de özellikle zorunlu arabuluculuk uygulamasında taraflar süreç içinde çok fazla aktif veya istekli olmayabilir. Tarafları uygulamada pasif davranmaya iten pek çok etken vardır. Taraflar arasındaki konular karmaşık veya çözümlenmesi farklı olayların gelişimine veya sonuçlanmasına bağlı olabilir. Bu durumda da genellikle kısa sürede bitmesi beklenen görüşmeler daha uzun zaman dilimine yayılabilecektir. Bazen de taraflardan birisi aleyhine gördüğü durumu geciktirmek ve zaman kazanmak için süreci bilerek uzatmaya çalışacaktır¹¹⁰⁸.

Arabuluculuk bir AUÇY olduğu için nihai olarak yargı sürecine erişimi engellememelidir. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk uygulaması süre ile sınırlı tutulmuştur. İhtiyari arabuluculuk uygulamasında bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır¹¹⁰⁹.

Ticari davalarda dava şartı arabuluculukta, TTK'nın 5/A maddesinde belirtildiği üzere arabuluculuk süresine altı haftalık sınır çizilmiştir. Arabulucu, taraflara danışarak gerekli durumlarda süreyi en fazla iki hafta daha uzatabilir.

¹¹⁰⁷ (DÜR, 2018, s. 452).

¹¹⁰⁸ (DERDİMAN & DERDİMAN, 2020, s. 38).

¹¹⁰⁹ (MEMİŞ, 2020, s. 120).

b. Tarafların İlk Müzakere Toplantısına Mazeret Göstermeden Katılmaması

Arabulucu, tarafları usulüne uygun olarak müzakereye davet etmesine rağmen taraflardan birinin veya tamamının ilk müzakereye mazeretsiz katılmaması halinde arabuluculuk sürecinin sona ermesine karar verilebilir¹¹¹⁰.

Hukukumuzda, mazeretin geçerliliğinin denetlenmesine yönelik HUAKY'nin 25. maddesinin son fıkrası dışında bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹¹¹. Mazereti kabul eden taraf, arabulucudan müzakere sürecini aşmamak kaydı ile yeni bir gün belirlemesini talep edebilir ve arabulucu bu talebe uymalıdır. Görüşmeye katılan diğer taraf mazereti kabul etmediğini beyan ettiği takdirde ise mazereti kabul etmemek aynı zamanda süreci sonlandırma isteği olarak kabul edilmelidir.

Sürecin sonunda dava giderlerine etkisi nedeniyle mazeret konusundaki belgeleri arabulucu son tutanağa geçmelidir. Uyuşmazlığın yargı yoluna taşınması halinde, müzakere sürecine katılmayarak sürecin sona ermesine neden olan tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi söz konusu olduğundan mazeret gerekçesi önem taşıyacaktır. İsbetli olarak HUAKY'nin 25. maddesinin son fıkrası ile mazeretin geçerliliğini değerlendirme yetkisi yargılama giderlerine karar verecek mahkemeye bırakılmıştır. Mazeretin değerlendirilmesi öğretide haklı eleştirilere uğramıştır. Taraflar arasında bir tahkim anlaşması var ise dava şartı arabuluculuk söz konusu olmayacaktır. Uyuşmazlığın taraflarından birisinin tahkim anlaşmasının varlığını gerekçe göstererek görüşmelere katılmaması buna rağmen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun yargılama sonunda ortaya çıkması halinde mazeretin geçerliliği bir sorun olarak karşımıza çıkabileceği bir örnek olarak öğretide ileri sürülmüştür¹¹¹². Mazeretin geçerliliğini incelemek ancak mahkeme tarafından yapılabilecek yargısal bir karardır ve bu karar ancak esas karar ile birlikte verilebilecektir. Bu durum mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili araştıracağı bir konunun daha eklenmesi yani mahkeme yükünün artması anlamına gelmektedir¹¹¹³.

İki tarafın da katılmadığı dava şartı olan arabuluculuk sürecinde, HUAK'ın 18/A maddesinin 11. fıkrası hükmü ile aynı maddenin 2. fıkrası arasında bir çelişki mevcuttur. HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrası dava dilekçesinin ekine tarafların üzerinde

¹¹¹⁰ (MEMİŞ, 2020, s. 122).

¹¹¹¹ İMK genel gerekçesinde arabulucu tarafından mazeretin ön bir denetime tabi olduğu belirtilmiştir, bkz. (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 232).

¹¹¹² (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 404).

¹¹¹³ (GÜNAY C. İ., 2017, s. 114).

anlaşamadıkları konuların yazıldığı son tutanağın eklenmesini şart koşarken, aynı maddenin 11. fıkrası tarafların hiç birisinin katılmadığı süreç sonunda arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabul edilmesinin mümkün olduğunu öngörmektedir. Arabuluculuk dava şartının yerine gelmesi için adliye arabuluculuk bürosuna başvurunun yeterli olduğu ileri sürülse bile başvuruyu hiç takip etmemekle sonuçlanacak yaklaşımların korunması mümkün olmamalıdır. Tarafların birlikte katılmadığı bir süreçte, HUAK'ın dava şartı olan arabuluculuk kurumuna yönelik düzenlemeleri ve amacı dikkate alındığında, arabuluculuk dava şartının yerine getirildiğinin kabul edilmesi çelişkili olacaktır¹¹¹⁴. Tarafların birlikte, müzakere sürecine mazeret göstermeden katılmamaları veya arabulucunun hiçbir tarafa ulaşamaması nedeniyle sonlanan arabuluculuk sürecinde dava şartının yerine gelmediğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz.

Tarafların süreci takip etmedikleri bir durumda, arabulucunun son tutanağa tarafların anlaştığı veya anlaşmadığı konuları yazması mümkün olamayacaktır. Ayrıca dava şartı olmanın niteliği gereği arabuluculuk yoluna başvurması zorunlu olan tarafın takip etmediği sürecin, resen arabulucu tarafından takip edilmesi ya da resen uyuşmazlık konularının son tutanağa yazılması gibi sonuçlar doğması söz konusu olabilecektir.

Ancak arabulucunun, taraflara ulaşmak için yeterli çabayı göstermemesi, geçerli belgelerle katılımı belgelendirmemesi gibi hallerde doğabilecek zarardan sorumluluğu doğabilir. Bu nedenle arabulucunun müzakere süresi içinde yeni görüşme taleplerini kabul etmesi yerinde olabilecektir. Taraflardan birinin açık bir beyanla katılmayacağını bildirmesi halinde, bu beyanı yazılı, mail veya telefon mesajı şeklinde talep ederek kayıt altına alınması faydalı olacaktır. Arabuluculuğa hâkim olan taraf egemenliği ilkesi gereğince geçersiz olsa bile tarafların birlikte mazeret beyan etmeleri halinde arabulucu süre sınırlarını aşmamak üzere yeni bir müzakere günü tayin etmelidir¹¹¹⁵.

c. Taraflardan Birinin Ölümü, Kısıtlanması, Tasfiyesi, Fesih veya İflas Etmesi Hali

Arabuluculuk uygulamasının kanuni tanımı, arabuluculuğa elverişlilik gibi temsil ve işlem ehliyetinin de sınırlarını çizmektedir. Tarafların serbestçe karar veremedikleri uyuşmazlıklarda veya serbestçe karar veremeyen taraflarca arabuluculuk sürecinin

¹¹¹⁴ Karşı görüş için bkz. (İKİZOĞLU AKIN, 2017, s. 137), (ÇİÇEK, 2018, s. 60).

¹¹¹⁵ (CANBOLAT, 2020, s. 171).

yürütülemeyeceği emredici nitelikte bir hükümdür. Başvurudan önce kişiliğin yani taraf ehliyetinin son bulduğunun öğrenilmesi durumunda¹¹¹⁶ arabuluculuk sürecinin sonlanması gerektiği ileri sürülebilir. Öğretide, başvurucunun onayı ile dava şartı olan arabuluculuk uygulamalarında taraf değişikliğinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹¹¹⁷. Ancak idarenin denetiminde yürütülen¹¹¹⁸ dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında adliye arabuluculuk bürosu denetiminin dışına çıkılarak taraf değişikliği yapılması ve taraf tamamlanması bizce mümkün gözükmemektedir¹¹¹⁹.

Arbuluculuk sürecine tarafın ölümünden sonra başvurulması durumunda, taraf ehliyetinin sağlanması söz konusu olamayacağından¹¹²⁰, ölü kişinin taraf olduğu müracaatın adliye arabuluculuk bürosunca reddedilmesi gerekmektedir¹¹²¹. Bu şekilde mirasçılara yeni bir arabuluculuk davetinin yöneltilmesi sağlanmalıdır. Benzer yönde iş hukukundan kaynaklı alacakların, iflasın açılmasından sonra talep edilmesine yönelik davaların Yargıtay 9. HD uygulamasında da iflas idaresine yöneltilmesine ilişkin kararlar vardır¹¹²².

Ölüm, HUAK'ın 17. maddesinde sayılan arabuluculuk sürecini sonlandıran nedenler arasında değildir¹¹²³. Mirasçılardan külli halefiyet kaideleri içinde her zaman için ihtiyari arabuluculuk yoluna devam edebileceği düşünülebilir¹¹²⁴. Buna rağmen ÖZBEK, arabuluculuk süreci içinde taraflardan birisinin ölümünü arabuluculuğu sonlandıran nedenlerden olarak kabul etmiştir¹¹²⁵. Mirasın reddi süresinin dava şartı olan

¹¹¹⁶ (KALE, 2010, s. 72).

¹¹¹⁷ (OKUR, 2019, s. 122).

¹¹¹⁸ Öğretide ADB'nin 59155416-045. 02-E. 156/13418 sayılı ve 17.07.2017 tarihli genelgesi arabuluculuk sürecini denetimden de ileriye giderek Anayasa'nın 138. maddesine de aykırı olarak yargıya müdahale şekline dönüşmesi haklı olarak eleştirilmiştir. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37).

¹¹¹⁹ Bazı Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinin dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olan davalarda taraf değişikliğinin mümkün olmadığı yönünde kararları vardır. (BETİN & OCAK, İşçilik Alacakları, 2020, s. 1063). Arabuluculuk uygulamasında taraflar UYAP sistemine işlenmektedir. Bu nedenle arabuluculukta taraf değişikliğinden değil yeni bir sürecin başladığından bahsetmek daha doğru olabilir.

¹¹²⁰ (EPÖZDEMİR, 2017, s. 57).

¹¹²¹ Ne HUAK ne de HUAKY bir tarafın arabuluculuk başvurusunun reddine yönelik olarak adliye arabuluculuk bürolarına bir yetki vermemişlerdir. Ancak uygulamada adliye arabuluculuk büroları tarafından farklı gerekçelerle başvuruların reddedildiği görülmektedir.

¹¹²² (BETİN & OCAK, İşçilik Alacakları, 2020, s. 1115 vd.).

¹¹²³ MTK'nın 11. maddesi uyarınca tahkim yargılaması sırasında taraflardan birisinin taraf olma ehliyetini yitirmesi halinde tahkim yargılaması durur ve ilgililere bildirimde bulunularak taraf teşkili yeniden sağlanır. (AKINCI, 2016, s. 218). Benzer hükümler icra takibi yönünden İİK 52. ve 55. maddelerinde mevcuttur. (PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, & ÖZEKES, 2017, s. 75). Öğretide medeni usul hukuku açısından tarafın ölümü durumunda, taraf ehliyeti sorunu dava konusunun mirasçıları ilgilendirip ilgililenmemesi açısından iki aşamalı olarak incelenmiştir. (KALE, 2010, s. 72 vd.), (EPÖZDEMİR, 2017, s. 64 vd.). HUAK'da devam eden arabuluculuk sürecine yönelik olarak, taraflardan birisinin ölümü veya taraf sıfatını kaybetmesi halinde uygulanacak bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹¹²⁴ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 126).

¹¹²⁵ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1254).

arabuluculuk için belirlenen süreden uzun olması, elbirliği ile mülkiyet kuralları gereği bütün mirasçılardan sürece birlikte dâhil olmaları zorunluluğu nedeniyle taraflardan birisinin ölümü halinde arabuluculuk sürecinin sonlandırılması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür¹¹²⁶. Dava şartı arabuluculuk uygulamaları süre ile sınırlıdır ve bu süre mirasın reddi süresinden fazladır. Dava şartı arabuluculuk sürecine başvurudan sonra taraflardan birisinin ölümü halinde yeniden taraf teşkili için mirasçılık belgesi alınması veya mirasçılara ulaşmak için çaba sarf edilmesi gerekecektir¹¹²⁷.

Ölümün dava şartı arabuluculuk sürecini sonlandıran bir neden olarak kabul edilmesi gereğine yönelik bir başka gerekçe daha ileri sürülebilir. Arabuluculuk sürecini kesen bir neden olarak HUAK sadece yetki itirazının reddedilmesi halini öngörmüştür. Dava şartı olan arabuluculuk yönünden yetki itirazının düzenlendiği HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrasında, yetki itirazının reddedildiği hallerde arabuluculuk süresi kesilir ve arabulucunun yeniden atanması ile süreler yeniden başlar¹¹²⁸. Taraflardan birinin ölümü üzerine dava şartı arabuluculuk için kanunda ön görülen süreler kesilmeyecek veya durmayacaktır. Bu nedenle dava şartı arabuluculuk sürecini taraflardan birinin ölümünün sonlandırması kabul edilmeli, başvuru anındaki ehliyetin değerlendirilmesi gerekmektedir.

HUAK veya HUAKY arabuluculuk sürecine etkisi yönünden arabulucunun hak veya fiil ehliyetini yitirmesi, iflas etmesi veya arabulucu olma yeterliliğini kaybetmesi gibi durumlarda sürecin nasıl etkileneceğini belirlememiştir. Dava şartı arabuluculuk süreci HUAK'ın 18/A maddesinin 15. fıkrası uyarınca taraflardan birisinin adliye arabuluculuk bürosuna başvurusuyla başlar. Kanunda dava şartı arabuluculuğun sonuçlanması için öngörülen azami süreler de işlemeye adliye arabuluculuk bürosuna başvuru ile başlamaktadır. Sürecin başlamasından sonra arabulucunun ölümü veya başka bir nedenle arabuluculuk yapamaması hali düzenlenmemiştir. Bu durumda yeni bir arabulucunun atanacağı ileri sürülebilir. Ancak arabuluculuk sürecinde HUAK'ın 18/A maddesinin 8. fıkrası dışında arabuluculuk yolunun sürelerin durmasına veya kesilmesine yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle atanan yeni arabulucu ile kalan sürenin

¹¹²⁶ (MEMİŞ, 2020, s. 122).

¹¹²⁷ Bu durum yukarıda tartıştığımız dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü sınırlaması ve yargıya erişimin engellemesi kavramları ile de doğrudan bağlantılıdır. Bkz. Birinci Bölüm, IV. Konu, E. “Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Dava Şartı Olan Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”.

¹¹²⁸ Yukarıda Bkz. Üçüncü Bölüm, II. Konu, C. “Dava Şartı Arabuluculukta Yer İtibariyle Yetki”.

tamamlanması söz konusu olduğu, sürecin yeniden başlamadığının kabul edilmesi gereği ileri sürülebilir¹¹²⁹.

Cenin, sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştükten sonra hak ve taraf ehliyetine sahip olur. Kanuni temsilci vasıtasıyla cenin aleyhine dava açmak mümkündür¹¹³⁰. Bu nedenle cenin, ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun tarafı olabilir görüşündeyiz.

İflas halinde iflas masasına karşı veya iflas masası tarafından açılacak davalar dava şartı arabuluculuk yönünden tartışma konusu olabilir. Adi tasfiye ve basit tasfiye arasında masanın temsiline yönelik farklar gözetilmek koşulu ile iflas idaresinin masayı temsil yetkisine yönelik öğretideki kuramların tamamı masanın temsilinde iflas idaresinin yetkisinin arabuluculuğa elverişli olduğunu ortaya koymaktadır¹¹³¹. Bunun yanında İİK 226 maddesi masanın temsilinin iflas idaresine ait olduğunu ortaya koymuş, iflas idaresine sulh olma ve tahkime başvuru yetkisi de vermiştir¹¹³².

İflasın açılması ile müflise karşı gerçekleştirilen ve devam eden icra takipleri ile davalar İİK'nın 193. maddesi 1. fıkrası uyarınca duracaktır. Müflise karşı yeni takip ve dava da açılmayacaktır. Bu genel kuralın istisnalarından bazıları iflas masasına karşı açılacak sıra cetveline itiraz (kayıt kabul) davası, ikinci alacaklılar toplantısına kadar müflise faaliyet izni verilmesi halinde doğabilecek uyuşmazlıklardan kaynaklı davalar, iflas masasının aktifinde olması gereken ancak masa mevcudunda fiilen bulunmayan mal varlıklarının masa aktifine dâhil edilmesi için açılacak davalardır¹¹³³.

İflas idaresinin takdir yetkisi gereği aldığı karardan dönmesi mümkündür¹¹³⁴. İflas tasfiyesinin uzun bir süreci kapsaması dikkate alındığında sıra cetveline itiraz da dâhil olmak üzere pek çok uyuşmazlık, tasfiyenin kapanması için kesinleşmesi de bekleneneğinden iflas sürecini uzatacak niteliktedir. Bu nedenle iflas durumunda, iflas idaresinin yetkisi de dikkate alınarak dava şartı arabuluculuk veya ihtiyari arabuluculuğun uygulanabilir olduğu kabul edilebilir¹¹³⁵.

¹¹²⁹ Bkz. yukarıda bu bölüm II. Konu C. "Dava şartı Arabuluculukta Yer İtibarıyla Yetki".

¹¹³⁰ (EPÖZDEMİR, 2017, s. 54).

¹¹³¹ (KALE, 2010, s. 23).

¹¹³² (YILMAZ E. , İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s. 1050), (MUŞUL, İflas, 2018, s. 275).

¹¹³³ (MUŞUL, İflas, 2018, s. 281).

¹¹³⁴ Y. 23. HD, T. 04.11.2020, E. 2017/1903 K. 2020/3410, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

¹¹³⁵ Görüşümüzce, iflas idaresinin İİK'nın 226. maddesinde sayılan yetkileri dikkate alındığında, iflastan sonra masanın arabuluculuk sürecinde temsili mümkündür. Ancak başlamış bir dava şartı arabuluculuk sürecinden sonra taraflardan birinin iflas etmesi halinde iflas idaresinin oluşumundan önce dava şartı arabuluculuk için kanunun ön gördüğü süre dolacağı ve süreç kendiliğinden biteceği için bu durumun pratikte bir önemi olmayacaktır.

İflasın açılmasından sonra iflas masası ile üçüncü kişiler arasında doğan ve arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmelidir. İflas idaresinin, faaliyet kararı kapsamında tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹³⁶. Bu nedenle iflas idaresinin temsil alanı içinde kalan uyuşmazlıkların ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamında olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Tüzel kişilerin temsili, kanunlarla sınırlı olarak varlıklarını oluşturan sözleşmeler veya senetler ile belirlenir. Her tüzel kişiliğin tasfiyesi tüzel kişiliğin türüne ve tasfiyenin şekline göre farklılık gösterebilir¹¹³⁷. Ancak tasfiye haline ilişkin birbiri ile bağlantılı ve dış ilişkide temsile yönelik iki konunun dava şartı arabuluculuk yönünden incelenmesi uygun görülmüştür. Bunlar “ultra vires” yani iştigal konusu ile işlemlerin sınırlandırılması ve de bu kavramın bir parçası olarak tasfiye memurlarının yetkisidir¹¹³⁸.

İngiliz hukuku kaynaklı “ultra vires” ilkesi gereğince, şirketlerin ancak sözleşmelerinde belirtilen konularla sınırlı olarak işlem ve hak ehliyetine sahip olmaları söz konusudur¹¹³⁹. TTK’nın yürürlüğe girmesinden önce eTTK döneminde bu ilke geçerliydi. Bugün şirketler hukukumuzda ise “ultra vires” ilkesi genel olarak geçerli olmamakla birlikte tasfiye halindeki tüzel kişiliklerin işlemleri tasfiye amacıyla

¹¹³⁶ Bir kararında Yargıtay 23. HD, “İstanbul BAM 17.Hukuk Dairesince ticari faaliyetin devamından doğan bu alacağın davacı bakımından iflasın açılmasından sonra doğan adi alacak niteliğinde olduğu ve iflas alacağı rejimine tabi tutulamayacağı, temerrüt ispatlanamadığından faiz talebinin reddi yönündeki ilk derece mahkemesinin kararında bir isabetsizlik olmadığından davacı tarafın istinaftaleplerinin reddine, davacı şirkete karşı İstanbul Anadolu 6.Asliye Ticaret Mahkemesi’nde açtıkları menfi tespit davasının halen devam ettiğini ve bekletici mesele yapılması gerektiğini ileri sürerek fiyatların şişirildiği iddiasını istinaf sebebi yapan davalının ticari faaliyete devam etme kararı aldığına göre basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olduğu, bunun aksine davranıştan doğan zararları her zaman sorumlulardan rücu imkanı bulunduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir.” şeklinde iflasın açılmasından sonra doğan uyuşmazlıkların basiretli tacir gibi davranmakla yükümlü olan iflas idaresi ile üçüncü kişi arasında genel hükümlere tabi olduğu gerekçesine dayanmıştır. Y. 23. HD, T. 25.11.2020, E. 2017/2900 K. 2020/3831, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

¹¹³⁷ Örneğin, anonim şirketin tasfiyesi sırasında şirket organları faaliyetlerini devam ettirirler, bununla birlikte tasfiye süreci ile birlikte organların temsil yetkileri kısıtlanır. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 383). Tasfiyeyi gerçekleştirmekle görevli tasfiye memurları tasfiye işlemine yönelik esaslı kararlarının alınması için genel kurulu toplantıya çağırı ve bu kararların genel kurul tarafından alınmasını sağlar. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 383). Bu açıklamalar ışığında, arabulucu önünde şirketin tasfiyesine yönelik konularda memurlar tarafından temsil edilmesinde engel bulunmamaktadır. Ancak tasfiye memurlarının esaslı konular için özel yetki ile arabulucu anlaşması yapmaya genel kurul tarafından yetkilendirilmiş olmaları gerekmektedir. Bunun için öncelikle arabulucu önünde anlaşma sağlanmalı, anlaşma metni genel kurulun oyuna sunulmalı ve genel kurul tarafından bu anlaşmanın yapılmasına onay verilmesi halinde arabuluculuk anlaşma belgesi tasfiye memurları tarafından imza edilebilmelidir. Tüzel kişilerin tasfiyesi ve temsili çalışmamızın sınırları dışında kalmakla birlikte tasfiye hali özel bir durum olduğu için örnek olarak anonim şirket tasfiyesine değinilmesi gerekli görülmüştür.

¹¹³⁸ (GÜNAY Y. S., 2020, s. 67).

¹¹³⁹ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 52).

sınırlıdır¹¹⁴⁰. Bu durum tasfiye halinde bulunan tüzel kişilerin tasfiye amacı dışındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasının tarafı olamayacağı sonucunu doğurmaktadır.

d. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespiti

Adliye arabuluculuk bürosuna müracaat edilirken uyuşmazlığın konusunun açıklatılması gerektiğine daha önce değinilmişti¹¹⁴¹. Adliye arabuluculuk bürosunun uyuşmazlığın nedenini öğrenme amacı istatistikten öte bir durum olmamalıdır. Bu nedenle, arabuluculuk müracaatı sırasında yapılan beyanların arabuluculuk süreci açısından pratik bir önemi bulunmamaktadır. Adliye arabuluculuk bürosu tarafından uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığı, dava şartı kapsamında olmadığı gibi gerekçelerle arabuluculuk başvuru talebinin reddedilemeyeceği kanısındayız. Ancak DHKK'nın öngördüğü unsurları taşımayan dilekçelerin reddi her zaman için mümkündür. Talebi reddedilen başvuru, müracaat hakkını kullanabileceği herhangi bir yol HUAK'ta düzenlenmemiştir. Bu nedenle ancak idari yargı yoluna başvurarak talebinin değerlendirilmesini sağlayabilir.

Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının denetimi arabulucu ve taraflar arasında yapılan müzakere sonucunda ortaya çıkacaktır¹¹⁴². Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına karar verme yetkisinin kime ait olduğu önemlidir. Kanunda, yönetmelikte ve HUAK'ın gerekçesinde herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte HUAK'ın ruhundan ve amacından anlaşıldığı kadarı ile arabulucu da dâhil bütün taraflar uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığı gerekçesi ile süreci sona erdirebilmelidir¹¹⁴³. Ancak bu durum, yargılama giderleri açısından tarafların ilk oturuma katılma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır. Taraflar uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını ancak ilk oturuma katılarak ileri sürebilmelidir, her durumda dava şartı arabuluculuk için ilk oturum yapılmalıdır¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁰ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, 2020, s. 383).

¹¹⁴¹ Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm I. Konu C. 1. "Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecine Başvurunun Kapsamı ve Şekli."

¹¹⁴² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 181). Zaman ve konu bakımından arabuluculuğa elverişlilik ve arabuluculuğun kapsamı için bkz. İkinci Bölüm I. Konu "ARABULUCULUĞUN KAPSAMI".

¹¹⁴³ (DÜR, 2018, s. 367).

¹¹⁴⁴ DÜR; ihtiyari arabuluculuk uygulamasında, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğinin denetiminin ilk oturuma kadar yapılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. (DÜR, 2018, s. 367). İlk oturumda taraflar uyuşmazlık konularını önce sıralamalı sonra bu konuların arabuluculuğa elverişli olup olmadığını arabulucu ile tartışmalıdır. En son olarak bu husus son tutanağa geçirilmelidir. Bu şekilde hazırlanan son tutanak ile arabuluculuk dava şartı şartının yerine getirildiği kabul edilmelidir kanaatindeyiz. Bu yolla elde

e. Arabulucu Tarafından Sürecin Devamında Fayda Görülmemesi

Arabulucu, taraflarla görüşmesi sonucunda arabuluculuk sürecinin uyuşmazlığın tamamını veya bir kısmını ortadan kaldıracak bir anlaşmayla neticelenmesinin mümkün olmadığını anlarsa HUAK'ın 17. maddesinin 1. fıkrasının, b bendi gereğince, arabuluculuk sürecinin anlaşmazlıkla sonuçlandığına karar verebilecektir¹¹⁴⁵.

Bu konudaki takdir yetkisi arabulucuda olmakla birlikte arabulucunun bu yetkisini kullanabilmesi için en azından ilk müzakere oturumunun yapılmış olmasının gerekli olduğu kabul edilmelidir.

f. Emredici Kanun Hükümlerine, Genel Ahlaka ve Kamu Düzenine Aykırılık

Uyuşmazlık konusunun arabuluculuk uygulamasına elverişliliğinin genel bir sınırı da kamu düzeni kavramıdır¹¹⁴⁶. Arabuluculuğa konu uyuşmazlığın ve edimlerinin kanunların emredici hükümlerine, kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olmaları halinde arabulucu tarafından elverişsizlik gerekçesi ile dosyanın adliye arabuluculuk bürosuna iade edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Emredici kanun hükümlerine¹¹⁴⁷, genel ahlaka¹¹⁴⁸ ve kamu düzenine aykırılığın¹¹⁴⁹ sadece uyuşmazlık konusu ile sınırlı olmadığını, uyuşmazlık konusu dışında sürecin sonucunda ortaya çıkması beklenen anlaşmanın veya müzakere sürecinin de emredici kanun hükümlerine, genel ahlaka ve

edilen son tutanak, tarafların tıpkı müzakere ederek üzerinde anlaşamadıkları uyuşmazlık konuları gibi dava şartının yerine getirilmesi sonucunu doğurmalıdır.

¹¹⁴⁵ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 181).

¹¹⁴⁶ “Kamu düzeni” kavramına HMK’da, 1. maddede mahkemelerin görevi, 355. maddede ilk derece mahkemesi kararlarına yönelik olarak yapılacak istinaf incelemesinin kapsamı, 434. maddede tahkim yargılamasında sulh sözleşmesinin hakem kararı hükmünde tespiti, 439. maddenin 1. fıkrasının g bendinde hakem kararlarının iptal nedeni olarak, 446. maddesinde yargılama düzenine ilişkin olarak yer verilmiştir. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da 5. maddede yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına engel olan bir neden olarak, 54. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yabancı mahkeme kararlarının tenfiz engeli olarak, 62. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde genel ahlak ile birlikte yabancı hakem kararlarının tenfiz taleplerinin reddi kapsamında düzenlenmiştir. MTK’da ise 15. maddenin a fıkrasının 2. bendinde iptal nedeni, aynı maddenin b fıkrasının 2. bendinin yollamasıyla icra edilebilirlik belgesi verilmesi aşamasında kararın denetim kıstaslarından birisi olarak yer verilmiştir. Bu paragrafta sayılan kamu düzenine yönelik düzenlemelerin tamamı yabancı mahkemelerden verilen kararlar ile milli ve yabancı hakem kararlarının ülkemizde icra edilebilmelerine yönelik denetim ölçütüdür. (ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2003, s. 40), (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 123). Tarafların uyuşmazlığın çözümünü üçüncü kişiye bıraktıkları tahkim yargılamasında çözüm sonucunun kamu düzeni yönünden denetlenmesi bir gerekliliktir. (NOMER, Usul Hukuku, 2018, s. 200-209,256,257). TBK’da “kamu düzeni” terimine, sadece sözleşmelerin kesin hükümsüzlük nedeni olarak TBK’nın 27. maddesinde yer verilmiştir.

¹¹⁴⁷ (ATASOY, 2020, s. 136 vd.).

¹¹⁴⁸ (ATASOY, 2020, s. 141 vd.).

¹¹⁴⁹ (ATASOY, 2020, s. 133).

kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde arabulucu tarafından sürecin sonlandırılması gereklidir¹¹⁵⁰.

Tarafları arabuluculuk yolunda buluşturan uyuşmazlık konusunun, arabuluculuk sürecinin, müzakere sürecinin veya anlaşmaların; emredici kanun hükümlerine, genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde arabulucunun tarafsızlığını koruyarak sürecin geçersizlikle sonuçlanabileceğini tarafların anlamalarını sağlaması gerekmektedir. Sözleşme yapma özgürlüğünün kamu düzeninin, emredici kanun hükümlerine aykırılık ve genel ahlaka aykırılık nedeniyle sınırlandırıldığı durumlarda arabulucunun görevine devam etmesi HUAK'ın ve HUAKY'nin arabulucuya yüklediği ödevlere ve Türkiye Arabulucular Etik Kurallarına aykırılık oluşturacaktır.

Arabuluculuğa elverişliliğe yönelik HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “aile içi şiddet iddiası” içeren uyuşmazlıklar, arabuluculuk kapsamındaki emredici kanun hükümlerine örnek olarak gösterilebilir. Bu uyuşmazlıklar sadece kamu düzeni değil aynı zamanda eşitlik, iradi olmak gibi arabuluculuğun temel ilkelerini barındırmaları mümkün olmadığı için arabuluculuğa elverişlilik kapsamı dışında bırakılmıştır¹¹⁵¹.

g. Taraflara Ulaşılamaması

Dava şartı olan arabuluculuk uygulamasında, başta yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar olmak üzere pek çok uyuşmazlıkta taraflara ulaşmanın mümkün olmadığı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bazı ticari alacak ve tazminat davalarında tarafların geçmişe dayalı bağlantısı olmayabileceğinin kabulü gerekir. Bu gibi hallerde iletişim bilgisi bir yana taraf bilgisine dahi her zaman ulaşmak mümkün olmayabilir. Ayrıca ticari davaların tarafları her zaman tacir olmayabileceği için¹¹⁵², tacirlerin bağlı olduğu sicil¹¹⁵³, kaydolmakla yükümlü oldukları sanayi ve ticaret odaları¹¹⁵⁴ veya TTK'nın 1524. maddesi gereği bilgi bildirim sistemlerine kayıt olmak zorunluluk teşkil etmediğinden tacir olmayan taraflara ulaşılmasında güçlükler çıkabilecektir.

Adliye arabuluculuk bürosuna başvuran taraf kendisine ait kimlik ve iletişim bilgileri ile karşı tarafın iletişim ve kimlik bilgilerini doğru olarak vermelidir.

¹¹⁵⁰ (BİLGE, 2014, s. 102), (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 223).

¹¹⁵¹ (KURT KONCA, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, 2017, s. 238). Eşitlik ve iradi olma ilkelerine aykırılık barındırmaları yüksek olasılıkla olan tarafların birbirine şiddet uyguladığı uyuşmazlıkların ABD'de arabuluculuk yönünden değerlendirilmesi hakkında bkz. (YAKUT, 2010, s. 38).

¹¹⁵² (YILMAZ A. , 2018, s. 236).

¹¹⁵³ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticari İşletme, 2016, s. 90).

¹¹⁵⁴ (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticari İşletme, 2016, s. 91).

Başvurucunun, her zaman karşı tarafın kimlik ve iletişim bilgilerini tam ve doğru olarak bilmesi beklenemez. Buna rağmen adliye arabuluculuk büroları tarafından müracaat esnasında diğer tarafın bütün bilgileri müracaat eden taraftan istenmektedir.

Müracaat eden tarafın yanlış beyanda bulunması veya arabulucu tarafından yapılan araştırma sonunda yeterli ve doğru iletişim bilgisi bulunmaması halinde ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar ayrı bir çalışma konusudur. Taraflardan birisine kasıt veya ihmâl nedeniyle ulaşılamama nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sonlanması tazminat hukukunu ilgilendiren bir meseledir. Arabulucu taraflara ulaşma anlamında HUAK tarafından gerekli araştırmayı özenle yapması için hem yetkilendirilmiş hem görevlendirilmiştir¹¹⁵⁵.

Elbette HUAK'ın dava şartı arabuluculuğu düzenleme amacı, arabuluculuk yolunu tüketmeden dava açılmasının önüne geçmek ve böylece tarafları arabuluculuğu denemeye zorlamaktır. Ancak arabuluculuk yolunun dava şartı olarak düzenlenmesi halinde uygulamada pek çok sorun çıkabileceğini kanun koyucu da öngörmüştür. Bu nedenle, arabuluculuk yolunun taraflarca denemesi amaçlanırken bir yandan da arabuluculuk sürecinin mesele olarak mahkeme tarafından incelenmemesi, böylece mahkemelerin iş yükünün daha da artmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹¹⁵⁶.

Aksi durumda arabuluculuk görüşmeleri arabulucunun kusuru ile yeterli araştırma yapılmadan ya da bir şekilde taraf teşkili yapılamadan sonuçlanmış olması halinde, ayrı bir ön mesele olarak mahkemeyi oyalayacaktır. Ayrıca arabulucunun kusurunun söz konusu olması halinde, dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddi söz konusu olabilecektir. Bunun yerine, kanun koyucu arabuluculuk yoluna başvuru yapılmasını ve son tutanağın aslını veya onaylı örneğini dava dilekçesine eklenmesini yeterli görmüştür.

Objektif iyi niyet kuralını çerçeveleyen Türk Medeni Kanunu (TMK) 2. maddesi uyarınca, örneğin bilerek yanlış adres vererek diğer tarafa ulaşılmasını engellemek halinde arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği konusunun takdiri dava şartlarının varlığını değerlendirecek mahkemeye ait olacaktır. Kendisine ulaşamadığı gerekçesi ile arabuluculuk hakkından yararlanamadığını ve bu nedenle zarara uğradığını iddia eden taraf, arabulucunun veya diğer tarafın kusurlu olduğunu düşünüyorsa her zaman zararının tazmini için ayrı bir talepte bulunabilir.

¹¹⁵⁵ (DÜR, 2018, s. 444).

¹¹⁵⁶ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 18), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 121).

h. Taraflar Arasında Belirgin Güç Farklılığı Bulunması

Ticari uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, taraflar arasında belirgin güç farkı olması, taraflardan birinin acz içinde olması veya mecburiyet içinde olması nedeniyle anlaşmayı kabul etmesi arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmaz¹¹⁵⁷.

Taraflar arasındaki dengesizliğin, iş davalarında sosyal roller açısından yüzyıllardır belirginleşen işçi ve işveren arasındaki gelir, bilgi ve hukuki yardıma ulaşma adaletsizliğinin dengelenmesinin bir kamu düzeni sorunu olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵⁸. Uyuşmazlık dava şartı ticari arabuluculuk konusunu teşkil etse bile tarafların her zaman tacir olmayacakları, bu nedenle arabuluculuk uygulamasının taraflarının tacir olmanın yasada belirttiği yükümlülükleri taşımayabilecekleri unutulmamalıdır.

Taraflar arasındaki güç dengesizliğini gözetmek ve sürecin taraf iradelerini yansıtmak şekilde yürütülmesini sağlamak arabulucunun görevleri arasındadır¹¹⁵⁹. Ancak taraflar arasındaki dengesizliği gidermek arabulucunun görevi değildir¹¹⁶⁰. Arabulucu, tarafların bir diğerine karşı eşitliği bozabilecek ölçüde baskı kurduğunu veya taraflar arasında müzakere ve sonuç aşamasına etki edebilecek belirgin güç farklılıklarını fark ederse, öğretilen baskın görüşe göre süreci sonlandırmalıdır¹¹⁶¹.

i. HUAKEY’de Belirtilen Sona Erme Nedenleri

Arbuluculuğun bir yargılama yolu olmadığını ve idarenin sıkı denetimi altında gerçekleşen bir uyuşmazlık çözüm kolu olduğuna daha önce değinmiştik¹¹⁶². Bu nedenle arabuluculuğun hukukumuzdaki kaynakları HUAK’la sınırlı değildir, HUAKEY de arabuluculuk uygulamasının hukukumuzdaki kaynaklarından.

“Başvurunun sehven kayıt, mükerrer kayıt”, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığının anlaşılmış olması halinde HUAKEY’nin 26. maddesinin 3. fıkrası uyarınca arabulucu ücret talep edemeyecektir hükmü mevcuttur. Bu fıkra hükmünden sehven kayıt ve mükerrer kayıt durumlarında da bu kapsamda kalan arabuluculuk sürecinin sona ermesi gerektiği anlaşılmaktadır.

¹¹⁵⁷ (BULUR, 2017, s. 241 vd.).

¹¹⁵⁸ (ATASOY, 2020, s. 289).

¹¹⁵⁹ (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 122).

¹¹⁶⁰ (EREN M. Y., 2016, s. 129), (BULUR, 2017, s. 246), karşı görüş için bkz. (BÜYÜKAY, 2018, s. 68).

¹¹⁶¹ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 133), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 55), (YAKICI, 2019, s. 44). Arabuluculukta zayıf tarafın korunması amacı için mevcut tek çözüm sürecin sonlandırılması değildir, sürecin sonlanması dışındaki alternatif çözüm yolları için bkz. (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 149-190).

¹¹⁶² Yukarıda Birinci Bölüm I. Konu D. “Arbuluculuk Uygulamasının Ülkemizdeki Yasal Kaynakları” ve İkinci Bölüm II. Konu A.3. “Eşitlik” başlıkları altında bu konuya değinilmiştir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında gerçekleşebilecek bu halleri HUAKY’de sayılan arabuluculuk sürecini sona erdiren nedenler olarak nitelendirmek mümkündür. Her iki durumu ayrı ayrı incelersek, sehven kayıt ancak başvurunun kendi kabulüyle bir sonlandırma nedeni olabilir. Aksini kabul etmek, idare tarafından dava şartı yargıya erişim hakkının kısıtlanabilmesi anlamına gelecektir.

Mükerrer kayıt halinde ise aynı kesinlikle cevap vermek mümkün olmayabilir. Ayrıca bir arabuluculuk başvurusunun mükerrer olduğuna kimin ve nasıl karar vereceğine ilişkin bir düzenlemeye HUAK veya HUAKY’de yer verilmemiştir. Bununla birlikte HUAKY’nin 23. maddesinin 2. fıkrasında mükerrer başvuru halinde arabuluculuğun sonuç ve etkileri yönünden ilk başvurunun dikkate alınacağını belirtmiştir.

3. Başvurunun Yapılmamış Sayıldığı Haller

Açık bir şekilde HUAK’da düzenlenen durumlarda başvuru tarafından dava şartı olan arabuluculuk yoluna hiç başvurulmamış gibi bir sonuç çıkar. Bu sayılan hallere rağmen dava açılırsa her ne kadar şeklen bir arabuluculuk başvurusu var gibi gözükse dahi TTK’nın 5/A maddesinin “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” hükmü yerine gelmiş olarak kabul edilmemelidir.

Örneğin, HUAK’ın 18/A maddesinin 8. fıkrasında düzenlenen yetki itirazının kabul edilmesi halinde görevlendirilen arabulucunun bağlı olduğu adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itirazın kabul edilmesine yönelik kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurmak gerekir. Bu süre hak düşürücü bir süre olup, süresi içinde başvurulmadığı takdirde hiç başvuru yapılmamış kabul edilir. Müracaatçının yine de dava açarak bu davada arabuluculuk yönünden verilen yetki kararının kanuna aykırı olduğunu iddia etmesi mümkün değildir. Aynı şekilde müracaatçı dava açarak TTK’nın 5/A maddesinde ön görülen arabuluculuğa başvurma şartını yerine getirdiğini de ileri süremez veya arabuluculuk dosyasının açık olduğu dönem için zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin durduğunu iddia edemez¹¹⁶³.

¹¹⁶³ Benzer düzenlemeler davanın açılmamış sayılmasına yönelik kararlar olarak medeni usul hukukumuzda mevcuttur. ALANGOYA, davanın açılmamış olmasını kurucu değil açıklayıcı olarak nitelemiş ve bu aşamadan sonra açılacak davanın yeni bir dava olarak ele alınacağını belirtmiştir. (ALANGOYA Y. H., 2001, s. 397,398), (KURU, Usul II., 2020, s. 1239-1241), (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 448).

4. Tarafların Anlaşma Sağlaması

Türk Dil Kurumu internet sözlüğünde, anlaşmak bir eylem olarak, “1. *Düşünce, duygu, amaç bakımından birleşmek, antant kalmak, 2. -le Sözleşmek, sözleşme imzalamak, kavletmek*” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶⁴. Arabulucuya başvurmaya neden olan uyuşmazlığın anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflar arasındaki ihtilaf çözülmüş olacaktır. Öğretide bu anlaşma benzerliği nedeniyle sulh sözleşmesi ile karşılaştırmaya tabi tutulmuştur¹¹⁶⁵. Anlaşma kavramının geniş anlamda kabulü gerekmektedir. Taraflar arasında uyuşmazlık olmadığının tespiti de bir anlaşmadır.

Taraflar arabuluculuk süreci sonunda, bütün konularda uyuşmazlığı sonlandıramamış olabilirler. Tarafların bazı konularda anlaşamamaları halinde üzerinde kısmi anlaşma yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu halde, arabuluculuk anlaşma belgesinde, sadece anlaşma yapılan kısımların belirtilmesi yeterli olabilir, son tutanağın düzenlenmesinde ise anlaşılan ve anlaşılabilen konuların ayrı ayrı düzenlenmesi gerekecektir¹¹⁶⁶. Aksi halde üzerinde anlaşılabilen konularda dava şartının yerine getirildiğinin tespitine yönelik tereddütler doğabilecektir.

Tarafların veya üçüncü kişilerin anlaşmayı farklı yorumlaması, imkânsızlık veya ifa engelleri ortaya çıkması, anlaşma anı ile icra edileceği zaman arasında şartların değişmiş olması gibi pek çok nedenle ayrıntılı sözleşme yapılmış olsa da sözleşmenin tarafları yeniden uyuşmazlık yaşayabilirler. Uyuşmazlık çözümünde amaçlanan, taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak sonlandırmak ve yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engellemektir¹¹⁶⁷. Davada bu amaç kesin hükümle sağlanır¹¹⁶⁸.

Arabulucu önünde yapılan anlaşmalar için HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrası uyarınca dava açma yasağı söz konusudur. Böylece uyuşmazlıklardan yeni uyuşmazlıklar doğması ve yargı yükünün azaltılması amaçlanmıştır¹¹⁶⁹. Arabulucu önünde yapılsa bile bir özel hukuk anlaşmasına dava açılmaz zırrı kazandırmak yerinde bir düzenleme

¹¹⁶⁴Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, www.sozluk.gov.tr, e.t. 22.11.2020.

¹¹⁶⁵ Arabulucu önünde yapılan anlaşmanın, sulh anlaşmasının sonuçları ile benzerliği açısından bkz. (HIZIR ASRAV, Sulh Sözleşmesi, 2019, s. 161 vd.), (ELÇİN, 2019, s. 41).

¹¹⁶⁶ (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 88), (KIYAK, Anlaşma Belgesi, 2015, s. 528).

¹¹⁶⁷ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 9 vd.).

¹¹⁶⁸ (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 89), (İYİLİKLİ, 2020, s. 27 vd.).

¹¹⁶⁹ Dava açma yasağının yürürlüğe girmesinden önce ADB tarafından arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanmasına arabulucu tarafından hiçbir şekilde müdahale edilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. (ÖZTATAR, Genel Olarak Arabuluculuk, 2014, s. 16). Dava açma yasağının dava şartı arabuluculuk ile birlikte yürürlüğe girmesinden sonra ise özellikle avukat yardımı almayan taraflar için doğabilecek neticeler dikkate alınarak arabulucunun arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanmasında etkisiz kalmasının beklenmemesi gerektiği isabetli olarak öğretide ileri sürülmüştür. (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 24), (ÖZMUMCU, Tarafsızlık, 2019, s. 271,272).

değildir¹¹⁷⁰. Bu durum hukuk sisteminde önemli tahribatlara yol açabilecek, hak kayıplarına neden olabilecektir. Arabulucu önünde yapılan anlaşmalar için icra edilebilirlik şerhi almak, hatta taraf vekilleri ile birlikte imza edilmesi halinde icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyulmadan ilamlı icra takibine konu edilebilmesi mümkün olduğu gerekçesi ile ayrıca dava açmayı gerektiren hukuki menfaat kalmadığı görüşü ileri sürülmüştür¹¹⁷¹. Ancak arabulucu önünde yapılan anlaşmanın cebri icra yolu ile yerine getirilebilmesinin mümkün olmaması halinde dava açma yasağının ne şekilde işleyeceği açık değildir¹¹⁷².

a. Anlaşma Belgesinin Şekli

Tarafların sözleşme özgürlüğü sınırları içinde istedikleri belgeyi hazırlayarak imzalamaları mümkündür¹¹⁷³. Öğretide baskın görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi şekil şartına tabi olmadığı yönündedir¹¹⁷⁴. Anlaşma belgesi ile ilgili olarak HUAK ve TBK’da belli bir şekil şartı aranmamıştır¹¹⁷⁵. Ancak ileride cebri icraya konu olması söz konusu olabilecek anlaşmaların bu olasılık dikkate alınarak düzenlenmeleri gerekmektedir¹¹⁷⁶. Taraflar, bir özel hukuk sözleşmesi olan anlaşma belgesine istedikleri

¹¹⁷⁰ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 243).

¹¹⁷¹ (KÖKBUDAK, 2019, s. 164). Ayrıca arabuluculuk son tutanağı ile anlaşma belgesinin uyumlu olmasının yanında, anlaşılan ve anlaşılamayan konuların hukuki nitelendirilmelerinin aynı olması dava açma yasağının bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır. İki belge arasında dava açma yasağı yönünden çelişki ortaya çıkması halinde hangi belgeye göre dava açma yasağının uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkabilecektir.

¹¹⁷² İstinaf ve temyiz incelemesinden geçerek kesin hüküm niteliği kazanan mahkeme kararlarına karşı, yargılamanın iadesi yolu gibi olağan üstü kanun yollarına başvurmak mümkündür. (KURU, Usul II., 2020, s. 1534). Görüldüğü gibi modern hukuk düzeninde yargı denetimi dışında bir alan oluşturulmamaya gayret edilmelidir. Özel hukuk alanında iki tarafın anlaşarak yargı denetiminden uzak bir sözleşme yapması mümkün değildir. Oysa arabulucu önünde anlaşılan konularda dava açmaya yasak getirilmiştir. Dava açma yasağı Anayasaya aykırı olmak bir yana arabuluculuk müessesesi içinde tarafların rahat hareket etmelerini engelleyen, HUAK’ta öngörülen arabuluculuğun özüne aykırı bir düzenlemedir. Benzer şekilde Av. K 35/A maddesi ile düzenlenen avukat uzlaşması belgesinden de caymanın mümkün olmadığı, bu belgeler için temyiz karar düzeltme gibi yollara gitmenin mümkün olmadığı, ancak genel hükümler çerçevesinde geçersizlik hallerine ilişkin dava açılmasının mümkün olduğu öğretide ileri sürülmüştür. (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 196), (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37-42). Bkz. Üçüncü Bölüm, IV. Konu, 4.c “Dava Açma Yasağı”.

¹¹⁷³ Borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi sözleşmenin konusu ve şeklini belirleme özgürlüğünü birlikte kapsar. (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 23-27).

¹¹⁷⁴ EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI, anlaşma belgesine yönelik yazılı şekil şartı dışında bir olasılığı eserlerinde değerlendirmemişlerdir. (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 95,96). TAŞPOLAT TUĞSAVUL, arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı şekil şartına tabi olmadığını belirtmiştir. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 129). Arabuluculuğun ruhuna uygun olarak ERMENEK, tarafların yazılı bir anlaşma belgesi oluşturma zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 219).

¹¹⁷⁵ (OKUR, 2019, s. 157), (ATASOY, 2020, s. 118 vd.), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 129).

¹¹⁷⁶ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 97), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 131). Cebri icraya uygunluk sadece anlaşma belgesinin şekli olarak değil, kapsamı ve taraflara

sonucu verebileceklerine göre ispat ve şekil şartı olarak amaçlanan sözleşmenin kanunda gösterilen unsurlarına uygun olarak arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmelidir¹¹⁷⁷. Anlaşma belgesinin sadece asıllar ve arabulucu tarafından imzalanması halinde, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir, asıllarla birlikte avukatların da katılımı ile imza altına alınması halinde belge mahkemenin icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyulmadan ilamlı icranın kurallarına tabi olacaktır¹¹⁷⁸.

Çalışmamızda sonuçları ve özellikleri açısından karşılaştırdığımız avukat uzlaşması sonucunda ortaya çıkan uzlaşma belgesi ile arabuluculuk anlaşma belgesi arasında şekil şartları bakımından da benzerlikler bulunmaktadır. Bununla birlikte avukat uzlaşmasının şekil yönünden unsurları Av. K'nın 35/A maddesinde ve Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılan Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 16. Ve 17. maddelerinde belirtilmiştir. Buradan hareketle avukatlık uzlaşma tutanağının yazılı şekil şartına bağlı olduğu öğretide isabetli olarak ileri sürülmüştür¹¹⁷⁹.

Kanunun emrettiği şekle uygun olarak yapılmayan sözleşmeler yönünden TBK'nın sözleşmelerin şeklini düzenleyen 12. ve yazılı şekli düzenleyen 13. maddelerini HUAK'ın bütünüyle birlikte değerlendirdiğimizde arabuluculuk anlaşmasının geçerlilik şekline tabi olmadığı görüşünü savunmaktayız. Elbette taraflar anlaşma belgesinin düzenlenmiş olması ile ulaşmak istedikleri sonuca uygun olan ve kanunda özel olarak düzenlenmiş şekil koşullarını bertaraf edemeyecekleridir.

Arbuluculuk sürecinin sona ermesi halinde arabulucu tarafından hazırlanacak son tutanak ile arabuluculuk anlaşma belgesi birbirine karıştırılmamalıdır¹¹⁸⁰. Arabuluculuk son tutanağı, HUAK'ın 17. maddesinin 4. fıkrası uyarınca arabulucu tarafından sürecin sonlandığına dair düzenlenen, taraflarca imza altına alınan ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne sürecin bitmesi ile gönderilen bir belgedir. Bu belge üzerinde sadece tarafların anlaşıp anlaşamadıkları ve arabulucu önünde

yüklediği edimler yönünden de dikkate alınmalıdır. 20.02.1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 1. maddesine dayanılarak çıkarılan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile dövizle özel hukuk sözleşmeleri yapılmasının sınırlandırılmasına yönelik düzenleme bu konuda bir örnek teşkil edebilir. Bu kapsamda 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na rağmen tarafların dövizle sözleşme yapmaları halinde, sözleşmenin geçersiz olmayacağı fakat sözleşme taraflarının Kanun'da öngörülen para cezası ile sorumlu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. (YENİOCAK, 2019, s. 66). Görüldüğü gibi arabuluculuk anlaşmasının maddi hukuka yönelik sınırları her somut olayda ayrı değerlendirilmelidir.

¹¹⁷⁷ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 96), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 130).

¹¹⁷⁸ (FIRAT, 2016, s. 46 vd.).

¹¹⁷⁹ (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 179).

¹¹⁸⁰ (BÜYÜKAY, 2018, s. 97).

tartışılan konular belirtilir¹¹⁸¹. Bu nedenle, taraflarından birisinin mevcut anlaşmaya rağmen dava açması halinde diğer tarafın HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasına dayanarak dava konusunda tarafların arabuluculuk yolu ile anlaşmalarını iddia etmesi durumunda mahkeme hem anlaşma belgesine hem de son tutanağa birlikte bakarak dava açma yasağını değerlendirmelidir¹¹⁸².

b. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesine¹¹⁸³, belirli şartların oluşması halinde HUAK ilam niteliğinde belge niteliği vermiştir. İlam niteliğinde belgeler icra takibi süreci içinde sadece ilamlı icra takibine konu olabilmeleri açısından ilamlar ile aynı hükümlere tabi olacaktır¹¹⁸⁴. Bir belgenin ilam niteliğinde olması ilam olarak değerlendirilmesi sonucu doğurmamalıdır. Sadece mahkeme kararları maddi anlamda kesin hüküm etkisi sağlar, bu nedenle arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan sadece tarafların katılması ile oluşan arabuluculuk anlaşma belgesinde düzenlenen konular maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ “Arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir anlaşma belgesi niteliğindedir. Bu belge, bir önceki maddeye uygun olarak, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanacaktır” 6325 Sayılı HUAK’ın 18. maddesi hükümet gerekçesinden. “6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında ‘anlaşılan hususların’ net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaştıklarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden ‘anlaşılan hususlar’ net bir şekilde görülebilmek bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilmelidir” 6325 Sayılı HUAK’ın 18. maddesinde, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 24. maddesi ile yapılan değişikliğin gerekçesinden.

¹¹⁸² (BÜYÜKAY, 2018, s. 99).

¹¹⁸³ Arabuluculuk yoluna başvuran taraflar arasında, doğal olarak giderilmesi gereken bir uyuşmazlık bulunduğu varsayılır. Tarafların, arabuluculuk anlaşma belgesi ile uyuşmazlığı kelime anlamında “sulh” ile sonlandırdığı kabul edilmektedir. Bu nedenle bazı yazarlar ve uluslararası anlaşmalar, arabuluculuk anlaşma belgesini “sulh anlaşması” olarak adlandırırlar. Bkz. (KAYA, 2019, s. 968), (ÖZEL, Singapur, 2019, s. 1192). Sulh hukuki bir müessese olarak, HMK’nın 313. maddesinde tanımlanmıştır. Kanundaki sulh tanımından, ancak dava konusu olmuş bir uyuşmazlığın sulhe konu olabileceği anlaşılmaktadır. Şartları varsa, arabuluculuk anlaşma belgesinin HMK’nın düzenlediği “sulh anlaşması” olarak yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde arabuluculuk anlaşma belgesinin, “adi sulh özleşmesi” olarak nitelendirilen bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde yapılması da mümkündür. Arabuluculuk anlaşmasının TBK’nın 184. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “alacağın devri” sözleşmesi olarak yapılması ve bu örneklerin artırılması mümkündür. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesi yerine bir genelleme yapılarak tercüme şeklinde bile olsa “sulh anlaşması” teriminin kullanılmasının kavram kargaşası oluşturabileceği görüşündeyiz.

¹¹⁸⁴ MAVZER; ilam niteliğindeki belgelerin ilamların bütün etkilerini birebir taşımadıklarını, kesin hüküm teşkil etmeyecekleri gibi İİK’nın 36. Maddesinde öngörülen icranın durdurulması kararına konu olamayacağını bizimde katıldığımız şekli ile belirtmiştir. (MAVZER, 2021, s. 83).

¹¹⁸⁵ (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 89), (KEKEÇ, 2016, s. 206,207), (GİRAY, 2019, s. 33), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 132). İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma

Öğretide arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. TANRIVER, YILDIRIM ve DÜR; anlaşma belgesini mahkeme dışı sulh sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁸⁶. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, KIYAK ve FIRAT; anlaşma belgesini sulh benzeri sözleşme olarak tanımlamaktadır¹¹⁸⁷. OKUR, arabuluculuk anlaşma belgesini özel hukuk alanında sonuç doğuran maddi hukuk sözleşmesidir şeklinde tanımlamıştır¹¹⁸⁸. ERDOĞAN ve CÖMERT; anlaşma belgesini, icra edilebilirlik şerhi alınıp alınmamasına veya tek taraflı yükümlülük getirip getirmemesine göre hukuki niteliğinin değerlendirilmesi gereğini belirtmiştir¹¹⁸⁹. ERMENEK, anlaşma belgesini borçlar hukuku sözleşmesi olarak tanımlamıştır¹¹⁹⁰.

Arbuluculuk süreci içinde tarafların anlaşması kanunların emredici hükümleri ve arabuluculuğa elverişlilik kavramı ile sınırlıdır¹¹⁹¹. Bunun dışında, taraflar her konuda ve her şekilde serbestçe anlaşabilirler¹¹⁹². Böyle olunca da arabuluculuk sürecinin sonucu olarak çıkan bir belgeye taraflar istedikleri niteliği kazandırabilir, bu nedenle kesin bir hukuki isim vermenin mümkün olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız¹¹⁹³. Kanımızca anlaşma belgesini, tek bir ağaçta yetişen 40 çeşit meyveye benzetilebilir. Arabuluculuk anlaşma belgesine taraflar, dava sürecinde mahkemeye onaylatarak sulh, tahkim sürecine gitmek yolu ile hakem kararı niteliği kazandırabilir bu şekilde uluslararası icrası mümkün hale getirebilirler. Arabuluculuk anlaşma belgesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması mümkündür. Bu şekilde şekil şartına tabi sözleşme niteliğini haiz bir belge oluşturulabilir. Örneğin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleme şeklinde taşınmaz satım vaadi olarak karşımıza çıkabilir.

Belge¹¹⁹⁴ ve senet HMK’da farklı anlamlarda kullanılmıştır¹¹⁹⁵. Belge HMK’nın 109. maddesinde tanımlanmış olmasına rağmen, HMK’da senet kavramının tanımlanmasından kaçınıldığı belirtilmiştir¹¹⁹⁶. Senet, sahibinin iradesini dış dünyaya

belgesi için “kesin hüküm gibi” sonuç doğurduğu yönünde karşı görüş için bkz. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37).

¹¹⁸⁶ (YILDIRIM F. , Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, 2019, s. 140), (DÜR, 2018, s. 374), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 289), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 120).

¹¹⁸⁷ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 185), (KIYAK, Anlaşma Belgesi, 2015, s. 529) (FIRAT, 2016, s. 50).

¹¹⁸⁸ (OKUR, 2019, s. 155).

¹¹⁸⁹ (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 35).

¹¹⁹⁰ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 219).

¹¹⁹¹ (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 80 vd.).

¹¹⁹² (TORAMAN, İflas Davası, 2020, s. 1046).

¹¹⁹³ (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 190), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 130).

¹¹⁹⁴ (UMAR, 2014, s. 613).

¹¹⁹⁵ (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 71), (KURU, Usul I. , 2020, s. 663).

¹¹⁹⁶ (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 71).

aktaran, sahibi aleyhine sonuç doğuran yazılı belgedir¹¹⁹⁷. Kural olarak arabulucunun ve tarafların imzalarını taşıyan, yazılı olarak düzenlenmiş arabuluculuk anlaşma belgesi HMK anlamında bir senettir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde aleyhine kullanılacak tarafın imzasının bulunmaması halinde HMK anlamında belge olarak nitelendirilebilir¹¹⁹⁸.

Anlaşma belgesi kural olarak uyuşmazlığın taraflarınca düzenlenir¹¹⁹⁹. İlamlı icranın dayanakları mahkeme ilamları, hakem kararları, ilam benzeri belgelerdir¹²⁰⁰. Taraflar anlaşma metninin şekline serbestçe karar verebilir ve bununla birlikte yasal dayanağı olmadan taraflar bir belgeye ilam niteliğini kazandıramaz¹²⁰¹.

Başta ülkemiz olmak üzere icra kabiliyeti dikkate alındığında genel mahkemelerin etkinliğinin en önemli nedeni süreç sonunda ortaya çıkan ilamlara özel icra yolu ile yerine getirilmeleridir¹²⁰². Taraflar, bir uyuşmazlık çözüm yoluna birlikte başvurdıklarında ortaya çıkacak sonucun ikinci bir ihtilafa neden olmayacak kadar açık ve kolay yerine getirilebilir olmasını beklerler.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, icra edilebilir nitelikte olmadığı durumlarda ayrıca bu belgede veya son tutanakta uzlaşıldığı belirtilen konularda dava açmak da mümkün olmayabilir. Bu nedenle arabulucu eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine aykırı olmamak üzere tarafları son tutanak ve arabuluculuk anlaşma belgesi konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirmeli ve aydınlatma görevini ifa etmelidir¹²⁰³.

¹¹⁹⁷ (KURU, Usul I. , 2020, s. 665), (KAVAK, 2020, s. 20).

¹¹⁹⁸ (KURU, Usul I. , 2020, s. 663,664). KURU, senet dışındaki belgelerle hukuki işlemlerin ispat edilemeyeceğini sadece vakıaların ispat edilebileceğini belirtmiştir. (KURU, Usul I. , 2020, s. 664).

¹¹⁹⁹ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1256). ÖZBEK, belgenin uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli ve bilgi taşıyıcı özelliğini birlikte barındırmasını belirtmiştir. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 71).

¹²⁰⁰ Örnek anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik şerhi için bkz. (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1257-1259).

¹²⁰¹ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 89).

¹²⁰² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 130).

¹²⁰³ ALBAYRAK, zorunlu başvuru, uygulamanın sonunda dava açma yasağı bulunması, iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısı nedeniyle, zorunlu arabuluculuk uygulamasında görev alan arabulucuya ilişkin etik kuralların, eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin yeniden değerlendirmesini önermiştir. (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 24). Başvuruda zorunluluk ve uygulama sonunda dava açılmayan bir anlaşma belgesinin çıkması yönünden ticari davalarda dava şartı olan arabuluculuğun iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk uygulamasından farkı bulunmamaktadır. Bunun yanında her ticari davanın taraflarının tacir olmayacağı bilinen bir gerçektir, ayrıca işçiye benzer şekilde yasalarda pozitif olarak korunan tüketicilere yönelik zorunlu dava şartı uygulaması da artık yürürlüğe girdiğine göre bu yönde HUAK ve arabuluculuk etik kurallarında değişimin gerekli olduğu fikrine katılmaktayız. (ERMENEK, Zayıf Korumak, 2021, s. 53-55). İş hukukuna özgü zorunlu arabuluculuk uygulamasına yönelik benzer eleştiriler için bkz. (BAKIRCI, 2019, s. 376-380).

aa. İlam Mahiyetini Haiz Belge Kavramı

İlam mahiyetinde belgeler İİK'nın 38. maddesinde sayılmıştır. Bu maddenin müşterek hükümler başlığı altında düzenlenmiş olması nedeniyle öğretide arabuluculuk anlaşma belgesinin İİK'nın 32. maddesi ve devamında düzenlenen para ve teminat verilmesi dışındaki ilamların icrası ile sınırlı olmaksızın, İİK'nın 24. maddesi ve devamında düzenlenen para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrasını da kapsadığı kabul edilmektedir¹²⁰⁴. Bunun yanında kanunlarla, İİK'nın 38. maddesi metninde düzenlenenler dışındaki bazı belgelerin mahkeme kararı olmamalarına rağmen ilamlar gibi icra edilebileceği düzenlenmiştir¹²⁰⁵.

İlam mahiyetindeki belgeler, hukukumuzda İİK'nın 38. maddesinde sayılan resmi belgelerle sınırlı değildir. İİK'nın 15/1. 24/2. 30/2. 40/2. 94/5. 118/3. 133/2. ek 2. maddelerinde bazı alacakların tahsili için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan ilamlı icra takibi yapılabileceği öngörülmüştür¹²⁰⁶. Ayrıca özel kanunlarda sayılan başka belgeler de mahkeme veya hakem kararı olmadıkları halde ilamlı icraya konu teşkil edebilirler İİK dışındaki ilamlı icraya konu belgelerin özel kanunlarla kısmen ilam niteliğinde oldukları belirtilerek, kısmen de olsa belgelerin ilamlı icraya konu olabileceği belirtilerek pozitif hukukumuzda yer almıştır¹²⁰⁷.

İlam mahiyetindeki belgeler olarak nitelenen ve İİK'nın 38. maddesinde ilamlı icraya ilişkin hükümlere tabi olan belgeleri incelersek; bunların ilk kısmı, mahkeme huzurunda yapılan sulhleri ve kabulleri, ikinci olarak noter tarafından düzenleme şeklinde hazırlanmış ve para borcunu içeren noter senetlerini, son olarak istinaf, temyiz kefaletlerini ve icra kefaletlerini tanımlar¹²⁰⁸. Kanunlarda açık bir şekilde ilamların icrası kurallarına tabi olduğu belirtilmeyen hiçbir belgeye taraflar anlaşma yoluyla ilamlı icraya tabi belge niteliği kazandıramaz¹²⁰⁹. Ancak tarafların anlaşarak ve aralarındaki ilişkiye uygun olarak, kanunda açık bir şekilde belirtilen belgelerden birisini düzenlemeleri mümkündür.

¹²⁰⁴ (FIRAT, 2016, s. 44).

¹²⁰⁵ (MAVZER, 2021, s. 36).

¹²⁰⁶ (FIRAT, 2016, s. 26).

¹²⁰⁷ (FIRAT, 2016, s. 27,28). Örneğin Av. K'nın 35/A maddesinde “*Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.*” şeklinde İİK'nın 38. maddesine yollama yapmıştır.

¹²⁰⁸ (KURU, İcra, 2018, s. 291).

¹²⁰⁹ (PEKCANITEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 183).

İİK'nın 38. maddesi “bazı belgelere” ilamlar gibi icra kolaylığı tanırken, bütün belgeleri aynı kapsamda kabul etmemiştir. Örneğin, mahkeme önünde yapılan sulhler içerikleri ne olursa olsun ilam hükmünde sayılırlarken, noter tarafından resen düzenleme şeklinde yapılan senetlerin para borcu içermeleri gerekmektedir¹²¹⁰. Ayrıca maddede sınırlı olarak sayılan belgeler aynı zamanda resmi senet niteliğindedir, İİK'nın 38. maddesinde sayılan belgelerin¹²¹¹ ortak özelliği “resmî belge”¹²¹² olmalarıdır¹²¹³. Resmi

¹²¹⁰ (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 797).

¹²¹¹ Resmî belge, resmi senet kavramından daha geniş kapsamlıdır ve resmi senetleri de kapsar. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1771), (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 72). Senet, “*iradenin (daha doğrusu iradeye ilişkin beyanın) dış âleme yazılı belge olarak yansımadır*”. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1773).

¹²¹² Ceza hukukumuzda resmî belge kavramı özel olarak düzenlenmiştir. Bir belgenin resmî belge olarak kabul edilebilmesi için, kamu görevlisi tarafından, görevi gereği, kanunlarda belirtilen şekilde ve usulde düzenlenmiş olma koşulu söz konusudur. (TEZCAN, ERDEM, & ÖNOK, 2012, s. 684). Kamu görevlisi kavramı, 5237 sayılı, 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının, c bendinde “*Kamu görevlisi* deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,” olarak tanımlanmaktadır. (GÖKÇE, 2018, s. 103) Görüldüğü gibi HUAK'da “arabulucunun” tanımlanan görev kapsamı ve atama şartlarıyla Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi kavramı paralellik göstermektedir. Ancak ceza hukuku anlamında bir belgenin resmî belge olması ile HMK anlamında resmi senet niteliği farklı kavramlardır. Örneğin hisse senedi, kambiyo senetleri gibi senetler medeni usul hukuku anlamında adi senet oldukları halde, TCK anlamında resmî belgedir. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 74).

¹²¹³ Resmî belge ve senet kavramı, eski adı ile resmi vesika kavramının HMK, İİK ve diğer mevzuatımızda düzenleniş şekillerini ayrı ayrı incelersek, resmî belgelerin neler olduğunu ve arabuluculuk anlaşma belgesinin bu belgelerden hangilerini kapsadığını doğru tespit imkânı doğacaktır. İİK'nın 38. maddesinde sayılan belgelerin ortak özelliği, mahkemeler önünde, icra dairesinde veya noter tarafından resen düzenlenmeleridir. Mahkeme ve icra dairelerinde hazırlanan belgelerin resmî belge olduğundan şüphe duyulmamalıdır. 18.01.1972 tarihli, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun (NK) 82. maddesinin 1. fıkrası “*Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmi sayılır.*” şeklindedir. Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 1. fıkrası “*Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek*” ve aynı maddenin 2. fıkrası “*Kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak*” şeklinde noterlerin görevleri kapsamında düzenlenebilecek resmî belgeleri düzenlemiştir. Öncelikle HUAK Noterlik Kanunu gibi açık bir şekilde arabuluculuk anlaşma belgelerini resmî belge olarak nitelememiştir.

Adi senetler, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde düzenlenirler, kanunda aksi düzenlenmedikçe özel şekle bağlı olmadan, belgelendirdikleri hukuki ilişki konusunda yeterli bilgiyi ve yükümlülük altına giren tarafın imzasını taşırlar. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 74).

HMK sadece ispat şekli kapsamında resmî belgeleri düzenlemiştir. Resmî belgelerin geçerlilik şekilleri ise dayanakları olan kanunlarda belirtilmiştir. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1779). İspat gücü açısından resmi senet ile imzası inkâr edilmemiş belgeler arasında bir fark bulunmamaktadır. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1782). HMK bir senedin inkârı yani sahteliğinin iddiası durumunda resmi senet ve adi senetlere yönelik farklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu bağlamda resmi senedin adi senede nazaran daha fazla güven unsuru taşıdığı belirtilmiştir. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1784). Resmi senetler ve adi senetler arasında HMK'nın 209. Maddesi sahteliklerinin iddia edilmesi halinde, farklı sonuçlar öngörmüştür. HMK'nın 209. maddesinin 1. fıkrası “*Adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. HMK'nın 209. maddesinin 2. fıkrası ise “*Resmî senetlerdeki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınmaz.*” şeklinde düzenleme getirmektedir.

ÖZBEK, resmi senetlerin TCK'nın 6. maddesi 1. fıkrası kapsamında yetkisi dahilinde bulunan kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi, kanunda ön görülen usul ve şekil şartına bağlı olarak düzenlenmiş olması gerektiğini belirtmiştir. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 76). Örneğin, İİK'nın 8. maddesinin son fıkrasında, “*İcra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir*” şeklinde resmi nete veya belge kavramı kullanılmadan, icra müdürlükleri tarafından düzenlenen belgelerin

makam veya memur katılımı¹²¹⁴ olmadan düzenlenen anlaşma belgesinin ise “resmi senet” niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir¹²¹⁵. Ayrıca HUAK veya başka bir kanunda arabuluculuk anlaşma belgesine resmî belge niteliği kazandıran bir düzenleme bulunmamaktadır¹²¹⁶.

Belge ve senet ayırımından yola çıkarak resmî belgelerin yükümlülük altına giren tarafın imzasını taşımasına gerek olmadığı gibi bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır¹²¹⁷. Arabuluculuk anlaşma belgesinin resmî belge veya senet olarak kabul edilmesi halinde

resmi resmi senet niteliğine sahip olduğu belirtilmiştir. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1782). İİK’nın 33/A maddesinde “İlamin zamanaşımına uğradığı veya zamanaşımının kesildiği veya tatile uğradığı iddiaları icra mahkemesi tarafından resmi vesikalara müsteniden incelenerek icranın geri bırakılmasına veya devamına karar verilir”. İİK’nın 55. maddesinin 1. fıkrasında “...Ağır hastalığın resmî belge ile tahakkuku lazımdır...”. İİK’nın 68. maddesinde “resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse,”. İİK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında onaylama niteliğinde belgeler de dahil olarak “...resmi veya tarih ve imzası tasdikli bir senede...”, aynı maddenin 4. fıkrasında “Aynı tarihlerden mukaddem tarihli resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri makbuz veya vesikaya istinat eden alacaklılardır.”. İİK’nın 128. maddesinde “...resmi senede müstenit olan mükellefiyetlerin...”. İİK 135. maddesinin 2. fıkrasında “Taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte...”. İİK 148. maddesinde “Taşınmaz ipotek alacaklısı, yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine elindeki ipotek belgesinin akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi bir örneğini ibrazla alacağın miktarını bildirir ...”. İİK 150/I maddesi “68/b maddesi çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabiliyorsa, krediyi kullanan tarafın şikâyeti reddedilir. İcra mahkemesinde yapılan inceleme sırasında, borçlu, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunmadıkça takibin durdurulmasına karar verilemez”. İİK’nın 169/A maddesinin 1. fıkrası “Hâkim, duruşma sonucunda borcun olmadığını veya iffa veya imhal edildiğinin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı hâlinde itirazı kabul eder...”, aynı maddenin 4. fıkrası “zamanaşımının kesildiğini veya tatil edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat edemezse, itirazın kabulüne”. İİK 173. maddesinin 3 fıkrası “...borçlu ödeme emrinde yazılı müddetin geçmesinden sonra borcu ödemediğine dair resmi bir belge ibraz ederse iflas yolu ile takip talebi ve iflas davası düşer...”. İİK’nın 221. maddesinin 1. fıkrasında “İlk alacaklılar toplantısına iflas müdürü veya yardımcılarının biri başkanlık eder. Müdür, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerden bir veya iki alacaklı”. İİK’nın 269/C maddesinin 1. fıkrası “resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dâhilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya vesika ile ispat etmeğe mecburdur”. İİK’nın 276. maddesinin 1. fıkrasında “işgalde haklı olduğuna dair resmi bir vesika gösteremezse derhal tahliye olunur.” şeklinde İİK’nın resmi belgeleri düzenlediğini görmekteyiz. Resmi senetlere yönelik İİK düzenlemesinde belirsizlik oluşturulacak tanıma rastlamak mümkün değildir. Bir tasnife göre düzenleme şeklinde ve imzası tasdikli olmak üzere resmi senetleri ikiye ayırmak mümkündür. (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 96). Ayrıca icra hukukunun yapısı gereği bir tasnif de tarafların katılıp katılmadığına göre resmi belgelerin tasnif edilmesidir, bu bağlamda senet ve belge arasındaki fark için bkz. (ERDÖNMEZ, 2017, s. 1771-1773), (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 60 vd.). Bu nedenle öğretilerdeki tanımlamasından yola çıkarak arabuluculuk anlaşma belgesinin yükümlülük taşıyan tarafın imzasını “senet” olduğu sonuca varmak gerekir. Eğer arabuluculuk anlaşma belgesini “resmi senet” olarak kabul edersek burada saydığımız belgelerin görevini yerine getirme özelliğini arabuluculuk anlaşma belgesinden beklememiz gerekecektir

¹²¹⁴ (KÜPE, 2021, s. 267).

¹²¹⁵ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 95,96). Arabulucunun, adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmış olması, kamu görevi yapıyor olması imzasını taşıyan belgelerin resmi senet sıfatını taşımasına imkân tanımamaktadır. (BÜYÜKAY, 2018, s. 116), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 130). “Usul hukuku anlamındaki resmi senet ile maddi hukuk tarafından geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan resmi senet farklıdır”. (KAVAK, 2020, s. 20).

¹²¹⁶ Güvenli elektronik imza ile imzalanan elektronik belgelerin hukuki nitelikleri için bkz. (FUTTU, 2021, s. 98-104).

¹²¹⁷ Bkz. dn. 1213 ve 1215.

anlaşma belgesinde imzası olmayan tarafın bu belge ile yükümlülük altına girmesi mümkün olmamalıdır.

İlam mahiyetinde belge olmanın bir sonucu olarak, sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen¹²¹⁸ veya bu şerhe ihtiyaç duyulmadan taraflar ve avukatları tarafından birlikte¹²¹⁹ imza edilen eda yükümlülüğü taşıyan arabuluculuk anlaşma belgesi ilamlı icra takibine konu olabilir¹²²⁰. İlamlı icrada, borçlunun müracaat yolları kısıtlıdır¹²²¹. Bu ilam, mahiyetinde belge olarak icra takibine konu olmanın en önemli sonucudur¹²²².

¹²¹⁸ Sadece eda hükmü içeren belgeler ilamlı icranın konusu olabilir, inşai ve tespit hükmü içeren belgeler ilamlı icranın konusu olamaz. (PEKCANİTEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 191). Anlaşma belgesinin ilamlı icra konusu olabilmesi için sadece bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat bedeli içermesi gerekmez, konusu para dışında kalan ve bir tarafa yüklenmiş eda yükümlülüğü taşıyan arabuluculuk anlaşma belgeleri de ilamlı icranın konusunu oluşturabilir. (FIRAT, 2016, s. 44). Yargıtay 1. HD bir kararında, “*Taraf vekilleri 02.02.2016 günlü oturumda Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi çerçevesinde anlaşmalarını bildirmişler, davacı vekili davalı... dışındakilerin edimlerini yerine getirdiklerini ancak ...’nin dairelerin devrini yapmadığını bu nedenle davaya devam ettiklerini bildirmiştir. Mahkemece, Avukatlık Kanunu’nun 35/ A maddesi uyarınca yapılan sözleşmenin İİK’nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Gerçekten de dosyaya ibraz edilen sözleşmenin İİK 38. maddeye göre ilam niteliğinde olduğunda kuşku yoktur. Ancak bu tür bir belge mülkiyetin naklini sağlayacak nitelikte görülemez.*” şeklinde ilam mahiyetindeki belgenin tapu devir ve tescilini sağlamayacağına karar vermiştir. Y. 1 HD, T. 24.06.2019, E. 2016/10634 K. 2019/4058, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

¹²¹⁹ Medenî usul hukukunda avukatla temsil zorunluluğunun amaçları öğretide, tarafların yapılan işlemi maddi hukuk ve şekli açısından bilgilendirilmesi, silah eşitliğinin sağlanması olarak belirtilmiştir. (AKKAN, Avukatla Temsil, 2010, s. 154-162). Buradan yola çıkarak avukatları ile birlikte sürece katılan ve arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyen tarafların, şekil şartları ve maddi hukuk yönünden daha bilinçli olmalarının sağlandığı kabul edilebilir. (AKKAN, Avukatla Temsil, 2010, s. 155).

¹²²⁰ İcra edilebilirlik şerhi bulunmayan bir arabuluculuk anlaşma belgesinin ilamlı icraya konu olması halinde, bu belgenin ilamlı icra takibine konu olabileceğine ilişkin incelemeyi icra müdürü kendiliğinden yapar. (PEKCANİTEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 184). İcra takibine konu olan belgenin ilam niteliğinde olmadığı iddiasıyla İİK’nın 4. maddesinin 1. fıkrası ve 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca şikâyeteye yönelik hükümleri dairesinde icra mahkemesine başvurmak mümkündür. İcra mahkemesi takibin dayanağı belgenin ilamlı icraya konu olamayacağına karar verirse sadece icra emrini değil, takibi de iptal eder. (PEKCANİTEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 392). Kural olarak şikâyet incelenmesi ve verilen kararlar sadece şikâyet konusunun iptaline yöneliktir, ancak burada bir istisna olduğu öğretide kabul edilmektedir. (PEKCANİTEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 396). Bu konuda Yargıtay uygulaması istikrar bulunmamaktadır, işlemin iptali ile yetinilmeyerek takibin iptal edilmesi yönünde kararlar vardır. Y. 12. HD, T. 02.02.2021, E. 2020/9457 K. 2021/954, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021. Bunun yanında bir başka kararında Yargıtay 12. HD. “*Bu durumda, anılan kefalet işlemi İİK’nun 38. maddesi anlamında ilam mahiyetindeki belgelerden olmadığından, mahkemece, icra emrinin iptali ile yetinilmesi gerekirken, şikâyetçi borçlu yönünden yapılan takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz olup, kararın belirtilen nedenle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından, kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.*” şeklinde sadece icra emrinin iptali gerektiği yönünde karar vermiştir. Y. 12. HD, T. 30.05.2018, E. 2017/1591 K. 2018/5495, Corpus Hukuk Yazılım, e.t. 21.02.2021.

¹²²¹ (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 802-812), (KÖLE, 2020, s. 71 vd.).

¹²²² İlamlı icraya tabi belgelerin icrasında HK’nın 29. maddesine göre ilamsız takiplerden alacaklıdan başvuru sırasında alacak miktarının binde beşi oranında peşin harç alınır, ilamlı takiplerde ise alacaklıdan sadece başvurma harcı alınır. Nispi harç ödenmeden icra takibi başlatabilmek alacaklı için bir başka kolaylıktır. İlamlı icrada nispi harç tahsil veya yerine getirme harcı olarak takibin sonunda ve borçlu tarafından ödenir.

İlam mahiyetinde belge olmak ile resmî belge olmak arasında bazı farklar vardır ve her ilam mahiyetinde belge resmi belge değildir. Bu nedenle resmî belgeler, resmi siciller ve resmi senetler farklı kavramlar olarak, TMK, HMK ve İİK uygulamasında farklı etkilere sahiptir¹²²³. Sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmiş veya kanundan dolayı bu şerhe ihtiyaç duyulmadan ilamlı icra takibine konu olmuş arabuluculuk anlaşma belgesine dayanan, icra emrine karşı borçlunun müracaat yollarının kısıtlı olması sonuçlarını doğuracaktır¹²²⁴. Avukat uzlaşması olarak adlandırılan, Av. K'nın 35/A maddesi uyarınca taraflar ve vekilleri tarafından birlikte imzalanan anlaşma bu duruma örnektir anlaşma bu duruma örnektir¹²²⁵. Ayrıca İİK'nın 38. maddesinde ilam mahiyetinde belgelere ilamların icrasına yönelik hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Oysa anlaşma belgesinin “ilam mahiyetinde” olduğunu belirtmek ve İİK'nın 38. maddesine atıf yapmak kanun yapma tekniğine daha uygun olabilirdi¹²²⁶. Türk ve Alman öğretisinde ilam mahiyetindeki belgelerin sadece icra takibine yönelik bir kolaylık sağladığı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri kabul edilmektedir¹²²⁷. Öğretide, icra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgesindeki imzalar resmi bir makam olan mahkeme tarafından tasdik edildiği ileri sürülerek resmi belge niteliğinde olduğu belirtilmiştir¹²²⁸.

Müşterek avarya, deniz kazaları kapsamında TTK'nın 1272. ve 1285. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Müşterek avarya hükümleri doğrultusunda hazırlanan dispeç raporunun onanması yönündeki mahkeme kararının kesinleşmesi ile dispeç raporu, TTK'nın 1284. maddesi gereğince mahkeme tarafından duruşmaya çağırılan taraflar açısından raporda gösterilen alacakların ödenmesi için bir ilam niteliği kazanır¹²²⁹.

Avukat uzlaşması veya arabuluculuk anlaşma belgesinin, ilam mahiyetini haiz belge niteliğini kazanması için İİK 38. maddesinde sayılan belgelerin aksine kayıtsız şartsız para borcu içermesi gerekmemektedir¹²³⁰.

¹²²³ (KAVAK, 2020, s. 24).

¹²²⁴ (POSTACIOĞLU & ALTAY, 2010, s. 802-812), (KÖLE, 2020, s. 71 vd.).

¹²²⁵ (KIYAK, Anlaşma Belgesi, 2015, s. 532).

¹²²⁶ (GİRAY, 2019, s. 39-40).

¹²²⁷ “Alman hukukunda, Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) Md. 796 a/II ile arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmaya mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliği kazandırılmışken, İsviçre Federal Usul Kanunu'nda anlaşmaya doğrudan kesinleşmiş bir mahkeme ilamının sonuçları bağlanmıştır.” (OKUR, 2019, s. 158), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 80).

¹²²⁸ (BÜYÜKAY, 2018, s. 285)

¹²²⁹ (SÖZER, Deniz Ticaret Hukuku - II. Cilt , 2016, s. 360-361).

¹²³⁰ (FIRAT, 2016, s. 44).

bb. İcra Edilebilirlik Şerhi

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi veya bu şerhe ihtiyaç duyulmadan doğrudan ilamlı icra takibine konu olması için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir¹²³¹. İcra edilebilirlik şerhinin inceleme, hüküm ve etkileri yönünden ihtiyari veya dava şartı olan arabuluculuk uygulaması açısından fark bulunmamaktadır¹²³². Her belgeye icra edilebilir şerhi verilmesi mümkün değildir, mahkeme tarafından bir belgeye icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için belge için bir kanuni düzenleme bulunması gereklidir¹²³³.

Dava şartı olan arabuluculuk konusuna giren uyuşmazlıklarda, HUAK kapsamında ihtiyari arabuluculuk vasıtası ile uyuşmazlıkları çözmek mümkündür. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için arabulucunun adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmış olması şartı bulunmamaktadır. Ancak bu halde uyuşmazlığın çözülmemesi ihtimalinde dava şartının yerine getirilmiş olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Tarafların arabuluculuk müzakereleri sonunda anlaşamamaları halinde HUAKY'nin 24. maddesinin 1. fıkrası gereği, ancak adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmiş bir arabulucu ile dava şartı arabuluculuk sürecini yönetilebileceği için kendileri tarafından seçilen arabulucunun düzenlediği arabuluculuk sona erme tutanağına dayanarak arabuluculuk dava şartını gerçekleştirmiş olamayacaklardır¹²³⁴.

İcra edilebilirlik incelemesi bir çekişmesiz yargı işidir¹²³⁵, işlerinde resen araştırma ilkesi geçerlidir¹²³⁶. Mahkeme arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verirken, öncelikle arabulucunun sicile kayıtlı bir arabulucu olup olmadığı ve imzaların taraflarca atılıp atılmadığı olmak üzere HUAK'ın arabuluculuk anlaşma belgesinde zorunlu olarak bulunmasını aradığı unsurların varlığını araştırmalıdır¹²³⁷. Daha sonra, anlaşma konusunun arabuluculuğa elverişliliğini ve cebri icraya uygunluğunu ayrı ayrı incelenmelidir¹²³⁸. Arabuluculuğa elverişli her konu veya anlaşma

¹²³¹ İcra elverişli bir anlaşma belgesinden bahsedebilmek için anlaşma konusunun arabuluculuğa elverişli olması, anlaşma belgesinin eda hükmü içermesi gerektiği öğretilmiştir. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 290).

¹²³² (KILIÇOĞLU, 2020, s. 92).

¹²³³ (BÜYÜKAY, 2018, s. 131).

¹²³⁴ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 24).

¹²³⁵ (KODAKOĞLU, GÖRGÜN, BÖRÜ, & TORAMAN, 2018, s. 71-73).

¹²³⁶ (ODAMAN, 2017, s. 1760), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 135)

¹²³⁷ (ÖZBEK, Alternatif Cilt II, 2016, s. 1261,1262). Karşı görüş için bkz. (ODAMAN, 2017, s. 1761).

¹²³⁸ Anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olması için belli bir edimi kayıtsız şartsız ifasını sağlamaya yönelik olması gerekmektedir. (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 131), (KÖLE, 2020, s. 12). Arabuluculuğa elverişli bir konuda, şarta bağlı olmayan bir edimin bir tarafa yüklenmiş

sonucu cebri icraya elverişli olamayabilir¹²³⁹. Son olarak da bütün süreç açısından değerlendirme yaparak emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine uygunluğu araştırılmalıdır¹²⁴⁰. İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹²⁴¹. Mahkeme tarafından çekişmesiz yargı işi olarak yapılacak inceleme dar kapsamlıdır¹²⁴². İcra edilebilirlik şerhi arabuluculuk anlaşma belgesinin bir kısmını için ve talep edilen kısmını kapsayacak şekilde talep edilebilir. Ayrıca çekişmesiz yargı usulünün bir sonucu olarak mahkeme tarafından resen anlaşma belgesinin bir kısmı için icra edilebilirlik kararı verilebilir¹²⁴³. Sözleşmeleri ayakta tutma ilkesi özel hukukun temel ilkelerinden sözleşme özgürlüğü ilkesiyle doğrudan ilgilidir ve bir sözleşme yorumlanırken hukuken geçerli olması yönünde takdir yetkisinin kullanılması anlamında gelir¹²⁴⁴. Bu nedenle icra edilebilirlik şerhi verilirken, taraf iradelerine üstünlük tanımak ve hukuki işlemleri ayakta tutma ilkesi uyarınca arabulucu anlaşma belgesinin geçerliliğini sağlayacak şekilde yorum yapılmalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesindeki edimler ve konular bölünebilir nitelikterse; geçersiz ve icra edilemez nitelikte olan kısımları ayrılarak, geçerli kısımlarının icra edilebilirliğinin sağlanması veya sözleşmenin tahvili¹²⁴⁵ sözleşmeleri ayakta tutma ilkesine uygun olacaktır.

İcra edilebilirlik şerhinde görev ve yetki, mahkeme içi veya dışı arabuluculuk sürecine göre farklılık gösterir¹²⁴⁶. Dava sürecinde yürütülmeyen arabuluculuk uygulamasında, görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi, yetkili mahkeme ise arabulucunun görev yeri olan mahkemedir. Mahkeme içi arabuluculuk uygulamasında, uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme görevli ve yetkilidir¹²⁴⁷.

olmasının icra edilebilirlik belgesi alınması için yeterli olduğu ileri sürülmüştür. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37).

¹²³⁹ (KURT KONCA, Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, 2017, s. 239).

¹²⁴⁰ Uygulamada kamu düzeni kapsamında kalmayan işlemlerin aynı zamanda tarafların serbest bir şekilde tasarruf edebilecekleri iş ve işlemler olduğu ileri sürülmüştür. (BİLGE, 2014, s. 93).

¹²⁴¹ Yargıtay 9. HD, bir kararında “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir.” şeklinde hüküm kurmuştur. Y. 9. HD, T. 08.12.2016, E. 2016/25300 K. 2016/21744, (ODAMAN, 2017, s. 1757).

¹²⁴² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 195), (BİLGE, 2014, s. 101).

¹²⁴³ İcra edilebilirlik şerhinin arabuluculuk anlaşma belgesinin bir kısmı için verilmiş olması dar veya geniş anlamda kısmi karar olarak nitelendirilemez. Çünkü icra edilebilirlik şerhi verilmesi bir dava değil çekişmesiz yargı işidir. Öğretide kısmi kararların ancak davada verilen bir karar olduğu ileri sürülmüştür. (BAHADIR Z. , 2018, s. 22).

¹²⁴⁴ (ATASOY, 2020, s. 117).

¹²⁴⁵ (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 177).

¹²⁴⁶ Mahkeme içi arabuluculuk uygulamasında anlaşmanın niteliğinin “usuli sulh veya icra edilebilirlik şerhi talep edilen arabuluculuk anlaşma belgesi” istendiğinin açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği, sulh ve arabuluculuk anlaşma belgesinin farklı sonuçları olduğu öğretide ileri sürülmüştür. (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 36).

¹²⁴⁷ (BÜYÜKAY, 2018, s. 138-142).

Görevli ve yetkili mahkeme taraflardan birisinin icra edilebilirlik şerhi talebini kabul etmeyebilir. Bu durumun tersi olarak şartları taşımadığı halde, bir anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilmiş olabilir¹²⁴⁸. Bu halde taraflar icra edilebilirlik şerhine yönelik kararı istinaf edebilirler. Bu talep istinaf mahkemesinde dosya üzerinden incelenir, kesin olarak karara bağlanır. Çekişmesiz yargı işi olan icra edilebilirlik kararına karşı ilgililer tarafından istinaf yoluna başvurmak mümkündür¹²⁴⁹.

İcra kabiliyeti açısından arabuluculuk uygulaması sonucu ortaya çıkan arabuluculuk anlaşma belgesine hakem kararı statüsü verilmesinin mümkün olup olmadığı bir tartışma olarak ileri sürülmüştür¹²⁵⁰. Tahkim yönünden, böyle bir uygulamaya engel olabilecek bir düzenleme bulunmamaktadır¹²⁵¹. Uygulamada ise ISTAC tarafından arabuluculuk anlaşmalarına hakem kararı niteliği kazandırılmak suretiyle milletlerarası tahkim kuralları gereğince yabancı bir ülkede tenfiz ve icra kolaylıklarından yararlanmak mümkündür¹²⁵². Bu uygulama daha çok arabuluculuk anlaşma belgelerinin uluslararası anlaşmalar kapsamında yabancı ülkelerde hakem kararı olarak tenfiz ve icra edilebilmeleri amacıyla gerçekleştirilmektedir.

c. Dava Açma Yasağı

Dava açma yasağı olarak öğretide adlandırılan HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi, RG'de 25.10.2017 tarihinde yayımlanan 7036 sayılı Kanunla pozitif hukukumuzda girmiştir¹²⁵³. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan anlaşma konusunda dava açılmasına yönelik yasak getiren HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası hükmünün niteliği öğretide tartışmalıdır¹²⁵⁴.

Yasa yapma tekniği ve dili açısından HUAK'ı pek çok nedenle eleştirmek mümkündür. Ancak bunların içinde en ağır sonucu doğurabilecek düzenleme olarak HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası kabul edilebilir; *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava*

¹²⁴⁸ İcra mahkemesinin veya icra müdürünün hüküm hakkında yorum yapması söz konusu olamaz. (PEKCANITEZ & SİMİL, Şikayet, 2017, s. 188). Bu nedenle sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliği konusunda icra mahkemesinin karar vermesinin mümkün olmadığını ileri sürmekteyiz.

¹²⁴⁹ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 135).

¹²⁵⁰ (ELÇİN, 2019, s. 9).

¹²⁵¹ (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 430,431).

¹²⁵² ISTAC Arabuluculuk Tahkim Kuralları, www.istac.org.tr, e.t. 21.04.2021.

¹²⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. (AKKAN, Dava Yasağı, 2018).

¹²⁵⁴ (EKMEKÇİ, ÖZEKES, & ATALI, 2018, s. 99 vd.), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 133).

açılmaz”¹²⁵⁵. Kanunun lafzından arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam mahiyetinde belge olmaması yani icraya elverişli olmaması halinde bile dava açma yasağının uygulanmasına yol açabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır¹²⁵⁶. Örneğin, taraflar aralarındaki anlaşmazlığı icra edilebilmesi mümkün olmayan bir anlaşmayla çözmüş olabilirler¹²⁵⁷. Bu durumda hem icra edilmesi mümkün olmayan bir sözleşme, hem de taraflar arasında dava açılmasını engelleyen bir kanun hükmü bulunması hak kayıpları oluşabilecektir.

Sözleşmeler hukuku açısından iradeyi sakatlayan nedenler, sözleşme ehliyeti ve iyi niyet kuralları sözleşmenin geçerliğinin tayininde dikkate alınacak hususlar olarak belirtilir¹²⁵⁸. Ayrıca TBK’nın 27. maddesinde düzenlenen kamu düzeni, emredici kanun hükümleri, kişilik hakları gibi her biri ayrı değerlendirilmesi gereken pek çok etken¹²⁵⁹ üzerinde anlaşılan konulara dair dava açma yasağına dair ayrı bir tartışma ve araştırma konusu oluşturabilecektir¹²⁶⁰. Bu çalışmanın konusu dava şartı kavramı ve arabuluculuk uygulaması olduğu için, HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen dava açma yasağının incelenmesinin arabuluculuk uygulamasından kaynaklı dava şartı olması nedeniyle, konu bakımından sınırlar içinde kaldığı düşünülmüştür. Medeni usul hukukunun ruhuna aykırı olduğu ileri sürülen bu hüküm¹²⁶¹, devlet yargısının özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan arabuluculuk anlaşma belgesi ile bertaraf edilmesi sonucuna yol açabilecektir.

Arabuluculuğun ihtiyari veya dava şartı olup olmadığına bakılmaksızın faaliyet sonunda tarafların üzerinde anlaştığı konularda dava açılmaması genel bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶². Bununla birlikte doktrinde dava açma yasağının arabulucunun

¹²⁵⁵ Üzerinde anlaşılan konularda dava açma yasağının bir benzeri Vergi Usul Kanunu (VUK) ek 6. Ve 7. maddelerde düzenlenmiştir. İdare ve mükellefin uzlaşmaya varması halinde imzalanan uzlaşma tutanağı kesin olduğu için dava açılmaz. Uzlaşma ile birlikte tahakkuk eden cezaya da dava açma yasağı VUK ek 6. madde ile getirilmiştir (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, 2012, s. 98). DEMİR, avukat uzlaşmasının geçersizliğine yönelik olarak karşılıklı irade beyanları ile kurulan özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve kanunda özel şekle tabi tutulduğunu belirterek bu unsurların tam olmasına rağmen hata, hile, zor kullanma ve aşırı yararlanma nedeniyle irade fesadı ileri sürülerek bir yıl içinde iptalini istemenin mümkün olduğunu belirtmiştir. (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 217).

¹²⁵⁶ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 293), (ÇİL, 2018, s. 47).

¹²⁵⁷ (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37).

¹²⁵⁸ (BAYSAL, 2019, s. 620 vd.), .

¹²⁵⁹ (ATASOY, 2020, s. 129).

¹²⁶⁰ Burada kanun metninin anlam bozukluğu ihtiva ettiği ileri sürülebilir. Medeni usul hukuku yönünden incelediğimiz dava açma yasağı kavramı sözleşmeler hukuku yönünden de birçok çelişki içermektedir. Bununla birlikte irade sakatlığı halleri başta olmak üzere yokluk, butlan gibi dayanaklarla arabuluculuk anlaşmasının geçersiz olduğu gerekçesi ile her zaman dava açılabilmesi konusunda öğretilerde ortak görüş vardır. (BÜYÜKAY, 2018, s. 119), (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 4), (KILIÇOĞLU, 2020, s. 91), (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124).

¹²⁶¹ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 21), (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 466).

¹²⁶² (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 134).

karakterini değiştireceği ileri sürölmüřtür¹²⁶³. Gerçekten dava açılmaz bir sözleşme oluşturmak, taraflara olduğu kadar arabulucuya da ağır sorumluluk yüklemek anlamına gelecektir¹²⁶⁴.

Bir uyuşmazlığın çözüm sonucu hem icra edilebilirliği, hem de uyuşmazlık ile ilgili olarak tarafları bir daha aynı konuda karşı karşıya getirmediği ölçüde değerlidir. Tarafların müzakere süreci sonunda başarılı bir anlaşmaya varmış olmalarına rağmen aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak mahkemelerde veya tahkim yoluyla yine de hak arayışına devam etmeleri, kullanılan çözüm yolundan beklenen sonucun alınmadığının göstergesi olacaktır. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesine mahkeme ilamları gibi icra takibi imkânı verilmesinin yerinde olduğu kabul edilmektedir¹²⁶⁵.

Arbuluculuk yolu ile yapılan anlaşmalara getirilen dava açma yasağına tamamen benzememekle birlikte, tahkim uygulamasında kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı hakem kararlarına süresinde iptal davası açılmaması halinde uygulamalarında çıkabilecek sorunlar öğretilde tartışma konusu olmuřtur¹²⁶⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre böyle bir durumda taraflara süresiz iptal davası açma hakkı tanınması kamu düzeni ile korunan yarar açısından en elverişli çözümdür¹²⁶⁷. Benzer şekilde mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmemiş arabuluculuk anlaşmalarının maddi hukuk yönünden ilişkili oldukları kanunlar çerçevesinde değerlendirilmeleri gerektiği düşüncesindeyiz.

Anlaşma belgesinin ilamlı icra takibine konu olabilmesi yerinde bir düzenlemedir. Buna rağmen, dava açma yasağı gibi ağır bir sonuçla, aşırı şekilde güçlendirilmiş olması,

¹²⁶³ ALBAYRAK, dava açma yasağı nedeniyle oluşabilecek hak kayıplarına dikkat çekmiştir. Arabulucunun, değerlendirici arabulucudan bile aktif bir rol oynaması gerektiğini, uyuşmazlık konusunda uzman olmasını belirtmiştir. (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 21).

¹²⁶⁴ Av. K.'nın 35/A maddesine göre yapılan anlaşma belgesini kanun koyucu dava açılmaz bir belge olarak düzenlememiştir, ilam mahiyetinde belgelerden sayıldığı için ilamlı icra takibine konu olabilen bir sözleşme olarak nitelemiştir. Buna rağmen avukat uzlaşmasının taraflarının anlaşma metnini hazırlarken özen göstermesi, anlaşılan ve anlaşılmayan hususların daha sonra ikinci bir ihtilafa neden olmayacak şekilde ayrıntılı olarak belirtilmesi öğretilde belirtilmiştir. (FIRAT, 2016, s. 43).

¹²⁶⁵ (BÜYÜKAY, 2018, s. 122).

¹²⁶⁶ İptal davası açılmadan kesinleşmiş hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığına yönelik öğretildeki tartışmalar için bkz. (ERDOğAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 124 vd.).

¹²⁶⁷ ERDOğAN. Tahkim hukukuna yönelik olarak, kamu düzenine aykırı ve fakat iptal davası açma süreleri geçen ve başka bir şekilde kaldırılması mümkün olmayan hakem kararlarına karşı süresiz iptal davası açma yolunun açık olduğunu ileri sürmüştür. (ERDOğAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 131,132 ve 279). Benzer şekilde kamu düzene aykırı işlemler için süresiz şikâyet hakkı İİK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüştür. (ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, 2010, s. 152). Arabulucu anlaşma belgesinin belirli bir şekli ve hukuki niteliği bulunmamaktadır. Taraflar ihtiyaçları doğrultusunda istedikleri anlaşma türünü kanunda öngörölen şekil şartına uymak koşulu ile yapabilir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesine ve geçersizliğine ilişkin dava gerekçesine göre dava açma süresini belirlemelidir.

taraflar arasında anlaşma yapılma ihtimalini de azaltacaktır¹²⁶⁸. İlgili HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasının gerekçesi de tarafların arabulucu önünde anlaşma yaparken daha dikkatli olması, aynı konuda bir daha uyuşmazlık çıkmaması için özen gösterilmesi ve anlaşılacak hususların net bir şekilde ortaya konulmasına dikkat çekmektedir¹²⁶⁹.

Özellikle vekille takip edilen uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin vekil tarafından imza edilmesi halinde vekile büyük sorumluluklar yükleyeceğinden, karmaşık ilişkiler ve edimler ihtiva eden uyuşmazlıklarda vekilin sorumluluğu açısından anlaşmama hali anlaşmaktan daha az riskli görülecektir. Bu durum sürecin anlaşmazlıkla bitmesinde etkili olacaktır¹²⁷⁰. Düzenlemenin gerekçesi de daha çok basit iş uyuşmazlıkları ve hatta ibra niteliğinde işler için dava açma yasağının uygun olduğunu ortaya koymaktadır¹²⁷¹.

HUAK'ın 18. maddesi, 5. fıkrası ile getirilen dava açma yasağının hak arama özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde kısıtlaması ve sınırlarının belli olmaması nedeniyle anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir¹²⁷². Öğretide dava açma yasağının, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. maddesine aykırılığının da tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir¹²⁷³. İlamların icrasına tabi olan arabulucu anlaşma belgeleri, icra takibi aşamasında zaten yeteri kadar güçlü olacağı için bu belgelere ayrıca dava açılmaz özelliği tanımak zamanla arabulucu önünde yapılan anlaşmalardan kaçışa neden olacak, anlaşma varyasyonlarını azalacaktır.

Dava şartı olan arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklara yönelik davalar açısından HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenlemenin, resen araştırma ilkesi¹²⁷⁴ yönüyle özel bir yönü bulunmaktadır. Dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlığın giderilmesi için dava açıldığı zaman mahkeme, tarafların arabuluculuk

¹²⁶⁸ Öğretide, Av. K 35/A maddesinde düzenlenen avukat uzlaşmasında da HUAK'a benzer bir şekilde tarafların avukatları ile katıldıkları görüşmeler sonunda ortaya çıkan anlaşmalar için de dava açma yasağı düzenlenmesinin getirilmesi önerilmiştir. (ERDEMİR, Arabuluculuk, 2017, s. 79).

¹²⁶⁹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. TBMM, 26. Dönem, 491 Sıra Sayı, www.tbmm.gov.tr, e.t. 11.03.2021. Benzer yönde avukat uzlaşmasının icrasının, müzakereye etkisi yönünde bkz. (DEMİR Ş., Uzlaşma, 2014, s. 205).

¹²⁷⁰ Karşı görüşte olan AKKAN, dava açma yasağının uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yolunun ve bu yöntemle anlaşma yapmanın teşviki anlamına geldiğini belirtmiştir. (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 8).

¹²⁷¹ Madde gerekçesinde bu amaç "...Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaştıklarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden "anlaşılacak hususlar" net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir." şeklinde ifade edilmiştir. Adalet komisyonu raporu için bkz. TBMM, 26. Dönem, 491 Sıra Sayı, www.tbmm.gov.tr, e.t. 11.03.2021.

¹²⁷² (BÜYÜKALP SARIÖZ, 2020, s. 467). Karşı görüş için bkz. (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 3).

¹²⁷³ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk, 2016, s. 134,135), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 244).

¹²⁷⁴ (TANRIVER S., Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 366).

yoluna başvurduğunu resen araştırmak durumundadır. Bu araştırma arabuluculuk son tutanağının mahkemeye sunulması ile yapılacaktır¹²⁷⁵. Arabulucu tarafından düzenlenen son tutanakta tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşmadıkları konular ayrı ayrı belirtileceği için yapılmış bir arabuluculuk anlaşmasının mahkeme incelemesinden kaçırılması söz konusu olamayacaktır¹²⁷⁶.

Buraya kadar öngördüğümüz sakıncalardan dolayı uygulamada karışıklıklar yaşanması, çok sayıda hak kaybı ile karşılaşılması mümkün olabilecektir. Bu nedenle düzenlemenin değiştirilmesi veya kaldırılması arabuluculuğun gelişimi için olumlu olacaktır¹²⁷⁷. Dava açma yasağı hükmünün incelenmesinin ve tartışılmasının uygulamaya katkı sağlayacağı kanaatindeyiz¹²⁷⁸.

Öğretide kabul edilen görüşe göre, dava açma yasağı yönünden yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık ve kısmi hükümsüzlük gibi sözleşmelerin geçerliliğine yönelik borçlar hukukunun temel prensibi olan nedenler¹²⁷⁹ geçerliliğini korumaktadır¹²⁸⁰. Dava açma yasağı hukuken geçerli bir arabuluculuk anlaşması için söz konusu olacağından sözleşmenin kısmen veya tamamen hükümsüz olduğu durumlara ilişkin dava açma yasağı iddiasında bulunmak zaten mümkün olmamalıdır. Benzer

¹²⁷⁵ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 18).

¹²⁷⁶ HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenlemenin dava şartı olarak kabul edilmesi halinde, tarafların fesih edemediği bir anlaşma ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Benzer sorunlar hakem kararlarının mahkeme tarafından dikkate alınması konusunda da ortaya çıkmıştır. Uygulamada ortaya çıkan benzer sorunlar için bkz. (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 174 vd.).

¹²⁷⁷ Dava açma yasağının kanunlaşmasından önce de arabuluculuk anlaşma belgesinin delil niteliği konusunda bkz. (KIYAK, Anlaşma Belgesi, 2015, s. 544).

¹²⁷⁸ Bir kararında Yargıtay “...taraflar arasında ihtiyari arabuluculuk belgesi olmasına rağmen “Tüm bu tespitler karşısında; dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usulüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği ve dava tarihi itibarı ile zorunlu arabuluculuk şartının henüz yürürlüğe girmediği de dikkate alınarak, davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek “arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı” yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddi hatalı olup...” şeklinde hüküm kurmuştur. Y. 9. HD, T. 11.06.2019, E. 2019/3696 K. 2019/13042, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Başka bir kararda ise davacının ilam mahiyetinde belge ile her zaman için ilamlı takip yapabileceğinden bahisle dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesi ile karar vermiştir. “...dolayısıyla arabuluculuğa konu olan bir hususun yeniden dava konusu yapılamayacağı, arabuluculuğa konu olan ihtilafın yeniden mahkemeye getirilmesi halinde arabuluculuğun bir anlamının kalmayacağı, kaldı ki Arabuluculuk Kanunu 18/2 madde gereği icra edilebilirlik şerhi istenebilecek ve ilam niteliğindeki bir belge ortada iken bu davanın açılmasında hukuki yararın bulunmadığı anlaşılmakla...” Yargıtay 17. HD, K. 09.07.2020, E. 2019/6378 K. 2020/4619, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

¹²⁷⁹ (OĞUZMAN & ÖZ, 2018, s. 174 vd.).

¹²⁸⁰ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 5).

şekilde HMK'nın 315. maddesinin 2. fıkrası irade bozukluğu veya aşırı yararlanma hallerinde sulh sözleşmesinin iptal edilmesinin istenebileceğini öngörmüştür¹²⁸¹.

Arabuluculuk uygulamasının en önemli sonucu tarafların anlaşmaya varması halinde arabulucunun da katılımı ile düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesidir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi ile hukuk sistemimizde yeni bir dönem açılmıştır. Bu düzenleme bir açıdan arabulucu aracılığı ile çözülen uyuşmazlıkların bir daha mahkeme önünde çekişmeye girmesini önleyebilecektir.

Hukuk politikası açısından arabuluculuk anlaşma belgesine dava açma yasağı ile yüklenen görevin HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi söz konusu olmadan da sağlanabileceği görüşünde olduğumuz için bu başlık altında dava açma yasağı yerine uygulanabilecek yöntemler aşağıda tartışılmıştır. Dava açma yasağını birkaç başlık altında tartışmak mümkündür. Bunlardan ilki HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasının bu günkü düzenlemesi ile özel olumsuz dava şartı olmasıdır. Aşağıda ilk olarak mevcut düzenleme olması nedeniyle bu başlık altında dava açma yasağının olumsuz dava şartı niteliği incelenecektir. Ayrıca dava açma yasağı olarak düzenlenen bu durumun genel bir dava şartı olan HMK'nın 114. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde düzenlenen “*Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.*” dava şartı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması yapılacaktır. Son olarak dava açma yasağı, her ne kadar bu günkü düzenleniş şekli ile ilk itiraz veya kesin hüküm kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olmasa bile ileride yapılabilecek düzenlemelere yönelik bir öneri getirmek amacıyla bu kavramlar yönünden dava açma yasağının tartışılması yapılacaktır.

aa. Olumsuz Özel Dava Şartı Olarak Dava Açma Yasağının İncelenmesi

Olumsuz dava şartları yukarıda da incelendiği¹²⁸² gibi, davanın açıldığı anda bulunmaması gereken şartlardır¹²⁸³. Özel dava şartlarına HMK'nın 114. maddesinin 2. fıkrasında “*Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.*” şeklinde işaret edilmiştir. Bu durumda özel dava şartları kanunla ihdas edilebilir¹²⁸⁴. Özel dava şartlarının tespiti her zaman kolaylıkla mümkün olmayabilir, kanunda bulunan bir

¹²⁸¹ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124).

¹²⁸² Bkz. Birinci Bölüm III. Konu “DAVA ŞARTI KAVRAMI”.

¹²⁸³ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 472,473,636).

¹²⁸⁴ (ALBAYRAK, Özel Dava Şartı, 2015, s. 935, 937, 968).

şartın davanın esasına girilmesine engel olması ve hâkimin resen dikkate alması söz konusu ise dava şartından bahsedebiliriz¹²⁸⁵. Dava açma yasağı HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası ile “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” hükmünü bir önerme olarak kabul edersek. Bu önermeyi dava açabilmek için arabuluculuk yoluyla anlaşmamış olmak gerekir şeklinde tahvil edebiliriz. Sonuç olarak HMK'nın 114. maddesinin 2. fıkrası¹²⁸⁶ ve HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde olumsuz dava açma yasağının kanunla özel bir dava şartı olarak ihdas edildiği konusunda tereddüt bulunmamalıdır¹²⁸⁷. Bu durumda, dava açıldığı anda taraflar arasında aynı konuda kesin hüküm bulunmaması gibi arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılmış konular olmaması hali mahkeme tarafından resen araştırılır¹²⁸⁸ veya taraflar bu iddialarını her zaman ileri sürebilir.

Taraflar arasında arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşma yapılmış ve buna rağmen dava açılması halinde ortaya çıkabilecek sorunlardan bazıları; anlaşmanın şekli, üzerinde anlaşılan konular ve anlaşma konusunun kapsamı ile dava konusunun veya davada talep edilen hukuki korumanın karşılaştırılması, mahkeme tarafından arabuluculuk yolu ile yapılan anlaşmanın araştırılması, mahkeme tarafından verilecek karar ve mahkemenin verdiği kararın niteliği ile maddi hukuk ve özel hukuk alanında etkisi olarak karşımıza çıkar. Elbette burada tespit ettiğimiz konuların dışında da yargılamayı ilgilendiren başka sorunlar tespit etmek mümkün olabilecektir¹²⁸⁹. Bu kısımda sadece dava açma yasağına yönelik temel nitelikli bir kısım eleştiriler ve uygulama zorlukları dile getirilecektir. Uygulamada ortaya çıkabilecek diğer bütün sorunlar yok sayılmak suretiyle sadece HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasının tam bir uygulamasının nasıl olabileceği tartışılacaktır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin şekil şartı yönünden incelenmesi yukarıda yapılmıştır¹²⁹⁰. Dava açma yasağını öngören HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası

¹²⁸⁵ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 950), (EROĞLU, 2018, s. 216).

¹²⁸⁶ (PEKCANITEZ, Cilt II , 2017, s. 949).

¹²⁸⁷ AKKAN, dava açma yasağını özel dava şartı olarak nitelemekte ve HMK'nın 114. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde düzenlenen hukuki menfaat yokluğu dava şartının özel bir görünümü olduğunu belirtmiştir. (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 10,12), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 244).

¹²⁸⁸ HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasında ayrıca bir düzenlemeye gerek olmaksızın HMK'nın dava şartlarına yönelik düzenlemeleri ile aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 293).

¹²⁸⁹ Örneğin, bu kısımda çalışma konusunun dışında kalması nedeniyle HMK'nın 216. 217. 219. 220. ve 221. maddelerinde öngörülen belge ile ispat kurallarına veya HUAK'ın 5. Maddesinde öngörülen delil yasaklarına değinilmemiştir.

¹²⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm IV. Konu A.4.a. “Anlaşma Belgesinin Şekli”.

“*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin lafzi yorumundan madde metninin olumsuz dava şartı olarak uygulanması için taraflar arasında anlaşmanın yeterli olduğu, arabuluculuk anlaşma belgesi gibi HMK kapsamında bir belge veya senedin kanun koyucu tarafından aranmadığı sonucu ortaya çıkabilir. Bu durumda taraflar arasında arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma bulunmasına rağmen dava açılmış ise anlaşmanın varlığı genel hükümlere göre ispat edilebilmelidir. Öğretide AKKAN, dava açma yasağı açısından arabulucunun da imzasını taşıyan anlaşma belgesi ile anlaşmanın ispat edilebileceğini ileri sürmüştür¹²⁹¹. Bizim görüşümüze göre ise tarafların belli konularda anlaşmış olduğunu belirten arabuluculuk son tutanağı da arabulucu önünde anlaşma yapıldığını ispat için kullanılabilir¹²⁹². Ayrıca HMK’da öngörülen diğer delillerle örneğin, ikrar ile bir anlaşmanın varlığı ispat edilebilir.

Kanun’un deyimiyle, “*üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” kavramının, yani arabuluculuk yolu ile anlaşılan konuların dava konusu ile bağlantısının tespiti her zaman açık bir şekilde mümkün olmayabilecektir. Örneğin, derdestlik incelemesinde olduğu gibi mahkemenin önünde iki ayrı dava dilekçesi ve dilekçe ekleri mevcut olmayacağı için taleplerin, korunması istenen hukuki yararın arabuluculuk yolu ile sonlanan bir uyuşmazlıkla bağlantısının yeteri kadar berrak olmayacağını söylemek mümkündür. Bu bağlamda taraflar arasında açılmış olan bir davanın konusuyla aynı konudaki uyuşmazlık için arabuluculuk anlaşmasının varlığının kabul edilmesi halinde HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrasının uygulanma ihtimali ortaya çıkacaktır.

Kural olarak, dava şartlarının araştırılması her ne kadar resen mahkeme tarafından yapılması gereken bir konu olsa da mahkemenin her zaman dava şartlarına yönelik bilgiye erişmesi mümkün olmayabilir¹²⁹³. Örneğin, mahkeme derdestlik dava şartını çoğu zaman kendiliğinden bilemez. Taraflardan birisinin mahkemede bu durumu ileri sürmesi, belirtmesi gerekebilir. Tarafların arabulucu önünde dava konusu hakkında anlaşmış olduğunu da mahkemenin nasıl öğrenebileceği ayrı bir araştırma konusudur. Çünkü özellikle arabuluculuk yolu ile anlaşılan konular bir başka anlaşmanın yan edimini oluşturmaktaysa HUAK’ın 5. maddesi gereğince bu belgeyi mahkeme taraflardan, arabulucudan isteyemeyebilecektir.

¹²⁹¹ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 17).

¹²⁹² Bkz. Bu başlık altında B. “Arabuluculuk Son Tutanağı ve Hazırlanması”.

¹²⁹³ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 17).

Taraflar arasında HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasının uygulanabilmesine olanak tanıyan arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılmış bir anlaşma bulunması ve bu konunun mahkemenin önüne mesele olarak gelmesi halinde dava hakkında bir karar verilmesi gerekecektir. TANRIVER; dava açma yasağının özel bir dava şartı olmadığını, özel bir yasal düzenleme olduğunu, kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle hukuka aykırı bulduğu bu düzenlemenin uygulanmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür¹²⁹⁴. TANRIVER, ikili ayrıma giderek arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğini kazanmış olması halinde dava açmakta hukuki yarar bulunmadığı şeklindeki görüşünün öne çıktığını belirtmiştir¹²⁹⁵. Böylece anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sıfatını kazandığı durumlarda da davanın konusuz kalması nedeniyle davanın usulden reddedilmesi, esas yönünden karar verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır¹²⁹⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfını kazanamadığı durumlarda ise belgeyi mahkeme dışı sulh olarak nitelendirmiştir¹²⁹⁷.

BÜYÜKAY, hukuki menfaat ve usul ekonomisi kavramlarını esas alan bir yorumla hukuki işlemin olabilecek en kısa sürede ve en az masrafla yapılmasından hareket ederek icra edilebilir bir arabuluculuk anlaşma belgesine sahip olan tarafın eda davası açmasında hukuki yararı bulunmadığını ileri sürmüştür¹²⁹⁸.

AZAKLI ASLAN, arabuluculuk anlaşma belgesinin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu tarafların sözleşmeden doğan edimlerini rızaları ile yerine getirmemeleri durumunda dava açılabilmesine işaret etmiştir¹²⁹⁹.

Dava şartı kavramından hareketle dava usulden reddedildiği için kesinleşene kadar derdest kalmaya devam edecektir. Usulden red kararının bir sonucu olarak taraflar daha sonra aynı konuda dava açabilecektir. AKKAN, devam eden bir dava sırasında tarafların arabulucu önünde anlaşması durumunda bu anlaşmanın yargılamayı sona erdiren işlemlerden olduğunu ileri sürmüştür¹³⁰⁰. AKKAN, arabuluculuğun menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu belirterek mahkeme kararlarında olduğu şekliyle uyuşmazlığın çözümünün her zaman mümkün olmayacağına dikkat

¹²⁹⁴ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 293).

¹²⁹⁵ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 292,293).

¹²⁹⁶ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 293).

¹²⁹⁷ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 292).

¹²⁹⁸ (BÜYÜKAY, 2018, s. 121).

¹²⁹⁹ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 245).

¹³⁰⁰ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 27).

çekmiştir¹³⁰¹. Yazarın da belirttiği gibi kanunun gerekçesinde yazıldığı gibi maddeler halinde ve açık bir şekilde üzerinde anlaşılan hususlar net bir şekilde anlaşma metnine her zaman yazılamayabilecektir. Böyle durumlarda dava açma yasağının uygulanmasında tereddütler oluşabilecektir.

ERMENEK, dava açma yasağının hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişimi engellediğini bu nedenle arabulucu vasıtası ile anlaşılan konularda dava açılmayacağına ilişkin hükmün dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir¹³⁰². Arabulucu aracılığı ile yapılan anlaşmaya rağmen dava açılması halinde davanın reddedilmemesi gerektiğini, HMK'nın 114. maddesinin 1. fıkrasının h bendi uyarınca açılan bu davada hukuki yarar değerlendirmesi yapılması gerektiğini ileri sürmüştür¹³⁰³. Örneğin, arabuluculuk anlaşma belgesinin icrası mümkün değilse veya icra edilebilirlik şerhi alınamıyorsa yazara göre dava açmaya engel bir durum olmamalıdır¹³⁰⁴.

Taraflar arabulucu önünde anlaşmış olsalar bile anlaşma yeterince açık olmadığı için üzerinde anlaşma yapılan bir konuda her zaman uyuşmazlık kesin olarak çözümlenmiş olmayabilir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası dava açmayı yasaklamamaktadır, bu nedenle anlaşmaya rağmen bir dava açılması halinde mahkeme tarafından değerlendirme yapılarak, taraflarca cebri icraya konu edilmesi mümkün olmayan bir anlaşma söz konusu olması halinde, hukuki yararın bulunduğu gerekçesi ile davanın esasına girilebileceği belirtilmiştir¹³⁰⁵. Arabuluculuk uygulamasında taraflar bir konu üzerinde anlaşmış olmakla birlikte, icra edilebilir bir belgeye de ulaşamamış olabilirler. Örnek olarak, bir arabuluculuk uygulamasında taraflar ifa yerine bir gayrimenkulün devri konusunda anlaşmış olabilir. Gayrimenkulün tescilinin yapılmaktan imtina edilmesi veya tescil imkânsızlığı olması durumunda yerine getirilmesi cebri icra ile talep edilemeyen ve dava da açılmayan bir anlaşma söz konusu olabilecektir.

bb. İlk İtirazlar ve Diğer Dava Şartları ile Dava Açma Yasağının Karşılaştırılması

Hukuki menfaat yokluğu bir genel dava şartıdır. Hukuki menfaat yokluğu kavramı diğer dava şartlarından farklılığı ve genelliği nedeniyle ayrı bir değerlendirmeye tabi

¹³⁰¹ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 10).

¹³⁰² (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 228).

¹³⁰³ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 227,228).

¹³⁰⁴ (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 229).

¹³⁰⁵ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 18), (BÜYÜKAY, 2018, s. 121), (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 245), (ERMENEK, Zayıfı Korumak, 2021, s. 229).

tutulmalıdır¹³⁰⁶. Benzer şekilde kesin hüküm de menfaat yokluğunun farklı bir halidir¹³⁰⁷. Tarafların anlaşmaya varmaları halinde aynı konuda tekrar dava açmalarında korunmaya değer bir menfaatleri olmayacağı belirtilmiştir¹³⁰⁸. Arabuluculuk süreci sonunda taraflar bir anlaşmaya varmış ve bu anlaşma aralarındaki ihtilafı tamamen gidermeye uygun ise tarafların bir defa daha aynı sonuca mahkemede ulaşmaya çalışmasını hukukun koruması beklenemez¹³⁰⁹.

Aralarındaki uyuşmazlık konusunda, arabulucu önünde anlaşma yapan tarafların, buna rağmen dava açmaları halinde mahkeme genel bir dava şartı olan menfaat yokluğunu gerekçe göstererek davanın usul yönünden reddine karar verebilir¹³¹⁰.

İlk itirazlar, davanın esastan görülüp karara bağlanmasını engelleyen, ancak belirli bir usul kesitinde tarafların ileri sürmesi halinde mahkeme tarafından dikkate alınabilen, kanunlarla ihdas edilebilen usule ilişkin konulardır¹³¹¹.

İhtiyari arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda, taraflar bildirmediği sürece dava konusu ile ilgili arabuluculuk yoluyla yapılmış bir anlaşma olduğunu mahkeme bilemeyecektir. Bu nedenle mahkemenin dava şartı kavramı çerçevesinde, taraflar arasında yapılmış bir arabuluculuk anlaşmasını dikkate alması pek olası görülmemektedir¹³¹². Örneğin, ihtiyari arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda tarafların anlaşma ile süreci sonlandırmasına rağmen anlaşmanın sonuçlarından memnun olmamaları mümkündür. Tarafların arabuluculuk yolu ile yapılan anlaşmayı mahkemeye bildirmemesi durumunda davaya devam edilerek, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi mümkündür. Bu durum dava açma yasağını bir ilk itiraz niteliğine getirmemektedir, ancak ilk itiraza benzer bir kavram olarak kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilir. Dava şartları tarafların müşterek iradesi ile bertaraf edilemez, taraflarca ileri sürülmek zorunda da değildir ve hâkim tarafından resen araştırılır. Ancak arabuluculuk yolu ile yapılsa bile özel hukuk anlaşması niteliğinde olan bu anlaşmaların

¹³⁰⁶ (KURU, Usul I. , 2020, s. 387).

¹³⁰⁷ (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 27,28), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 293).

¹³⁰⁸ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 124).

¹³⁰⁹ (KURU, Usul II., 2020, s. 1487).

¹³¹⁰ (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 35,37), (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 292). 7036 sayılı Kanun ile HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrasında getirilen dava açma yasağından önce de uygulamada benzer yönde verilmiş kararlar bulunmaktadır. Y. 9. HD, T. 08.12.2016, E. 2015/25300 K. 2016/21744, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Benzer şekilde henüz arabuluculuk yoluyla tarafların üzerinde anlaşmış oldukları konularda dava açma yasağının yürürlüğe girmedigi dönemde Ankara 11. Asliye Ticaret mahkemesinde 2015 yılında açılmış bir davaya yönelik hukuki menfaat bulunmadığı gerekçesi ile karar vermiştir. Y. 17. HD, T. 09.07.2020, E. 2019/6378 K. 2020/4619, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021.

¹³¹¹ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 639).

¹³¹² (AKKAN, Dava Yasağı, 2018, s. 17).

tarafların iradesi ile ortadan kaldırılması mümkün olmalıdır¹³¹³. Arabulucu önünde taraflar anlaşmış olsa dahi daha sonradan tarafların tatmin olmadığı bir sonuç ortaya çıkmış olabilir ve bu anlaşmanın karşılıklı olarak feshi mümkün olmalıdır. Bu nedenle taraflar arasında görülmekte olan bir davada arabuluculuk anlaşmasının ileri sürülmemiş olması halinde o anlaşmanın dava ile ilgili kısmının zımnen ortadan kalktığı anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bu şekilde açılan bir davada, cevap dilekçesiyle veya makul görülebilecek süre içinde taraflar arasında arabuluculuk yolu ile anlaşma yapıldığı iddiası ileri sürülmelidir. Davanın belli bir aşamaya gelmesinden, örneğin bilirkişi raporlarının dosyaya girmesinden sonra taraflar arasında arabuluculuk yolu ile yapılmış bir anlaşma olduğunun ileri sürülmesinin TMK'nın 2. maddesinde öngörülen iyi niyet kavramına aykırı olarak kabul edilmelidir.

Dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalan uyuşmazlık konularında ise arabuluculuk son tutanağı dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunulmak zorundadır. Son tutanakta, taraflar arasında cereyan eden arabuluculuk uygulamasına konu uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıklar ile ilgili arabuluculuk sürecinin sonucu belirtilmiş olacaktır. Mahkemeye sunulan son tutanakta üzerinde anlaşıldığı belirtilen konularda yargılama yapılamayacağı kanunda bir itiraz olarak belirtilmediğine göre, diğer taraf ileri sürmese de mahkeme resen inceleme yapacaktır.

İlk itirazlar ancak belirli bir usul kesitinde ileri sürülebilir¹³¹⁴. HUAK'ın 18. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesinden “*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması*” halinde bunun her zaman ileri sürülebilecek veya mahkeme tarafından resen nazara alınabilecek dava şartı olduğu anlamı çıkmaktadır.

Şekli veya maddi anlamda kesin hükümden bahsedebilmek için yargı yolları tüketilmiş mahkeme kararı bulunması gerekir¹³¹⁵. Mahkeme kararının kesinleşmesi için tarafların ellerindeki kanun yollarını tüketmiş olmaları gerekir¹³¹⁶. Kesin hükmün külli haleflere etkisi tartışılmaz iken, cüz'i haleflere etkisi dava konusu, hükmün verildiği an ve cüz'i halefiyetin doğduğu zaman gibi etkenlere bağlıdır¹³¹⁷. Hükmün üçüncü kişilere etkisi ile hükmün kişiler aleyhine icra edilebilmesi farklı kavramlardır¹³¹⁸.

¹³¹³ Benzer bir konu olarak “tarafların hakem kararlarını ortadan kaldırması sorunu” da aynı şekilde öğretide tartışmalıdır. (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 187 vd.).

¹³¹⁴ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 2018, s. 641).

¹³¹⁵ (KURU, Usul II., 2020, s. 1481,1485).

¹³¹⁶ (ALANGOYA Y. H., 2001, s. 505,506), (KURU, Usul II., 2020, s. 1481). Ayrıca HMK'nın 388. maddesi aksine hüküm bulunmayan hallerde çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

¹³¹⁷ (ALANGOYA Y. H., 2001, s. 511,512).

¹³¹⁸ (ÜSTÜNDAĞ, 2010, s. 42).

İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi için “kesin hüküm gibi” sonuç doğurduğu yönünde öğretide ileri sürülen görüşler de vardır¹³¹⁹. Öğretide bir başka görüş ise dava açma yasağı ile arabuluculuk anlaşma belgesinin kesin hükme yaklaştırdığı yönündedir¹³²⁰. Biz bu görüşe ancak mahkeme kararlarının kesin hüküm teşkil edeceği yönündeki görüşü daha isabetli bulduğumuz için katılmıyoruz¹³²¹.

HMK kapsamındaki hakem kararlarının, tıpkı avukatların taraflarla birlikte katıldığı arabuluculuk anlaşma belgesi gibi icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç duyulmadan, verildikleri anda ilamlı takibe konu olması mümkündür¹³²². İç tahkimde ise iptal davası, tahkim kararının icrasını ertelemediği gibi medeni usul hukukunun mahkeme kararları için öngördüğü kanun yolu denetimi anlamına gelmemektedir¹³²³. Taraflar arasında, tahkim kararlarının HMK çerçevesinde bağlayıcı etkisi¹³²⁴ ile arabuluculuk anlaşma tutanağının HUAK kapsamında benzer şekilde bağlayıcı etkisi vardır. Ancak öğretideki görüş kesin hükmün yargı kararlarında oluşacağı ve hüküm kısmı ile sınırlı olduğu yönündedir¹³²⁵.

İlam mahiyetindeki belgeler ile mahkeme kararları arasındaki en önemli fark, ilam mahiyetindeki belgelerin kesin hüküm teşkil edemeyecek olmalarıdır¹³²⁶. Arabulucu önünde yapılmış olsa bile kesin hüküm niteliğinde olmayan bir özel hukuk anlaşmasını¹³²⁷ tarafların her zaman ortadan kaldırması veya değiştirmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürmek mümkündür. Ancak HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrası ile ilamların icrası hükümlerine tabi belge olan arabuluculuk anlaşma belgesi muğlak ve katı ifadeyle yargı denetimi dışına çıkarılmıştır.

Sonuç olarak, HUAK’ın 18. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen dava açma yasağı yerine arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmalar yönünden uygulamaya çözüm imkânı tanınması ve her somut olayın özelliğine göre arabuluculuk yolu ile yapılan anlaşmaların uygulamada değerlendirilmesi daha doğru bir çözüm olabileceği görüşünü savunmaktayız. Bu nedenle arabuluculuk uygulaması sonunda ortaya çıkan anlaşma

¹³¹⁹ (ERDOĞAN & CÖMERT, Dava Yasağı, 2018, s. 37).

¹³²⁰ (KILIÇOĞLU, 2020, s. 92).

¹³²¹ (ÖZMUMCU, Zorunlu Arabuluculuk , 2016, s. 387), (TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 132), (BÜYÜKAY, 2018, s. 280).

¹³²² (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 182).

¹³²³ HMK’nın, iptal davasını bir kanun yolu olarak değil tahkim kararının belirli yönleri ile denetlendiği itiraz yolu olarak düzenlendiği ileri sürülmüştür. (ULUKUŞ BULUT, 2018, s. 61).

¹³²⁴ (AKINCI, 2016, s. 254).

¹³²⁵ (ERDOĞAN, Kesin Hüküm, 2020, s. 143).

¹³²⁶ (FIRAT, 2016, s. 29).

¹³²⁷ (BORAN GÜNEYSU, 2014, s. 88), (KILIÇOĞLU, 2020, s. 87).

belgesine hukuki menfaat yokluğu niteliği vererek uygulamaya bu kuruma gelişme fırsatı verilmesi doğru bir çözüm olabilecektir.

B. Arabuluculuk Son Tutanağı ve Hazırlanması

Arabuluculuk sürecinin bitmesi halinde, sürecin bittiğine ilişkin arabulucu tarafından tutanak düzenlenerek HUAK'ın 17. maddesinin 4. fıkrasına göre Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderecektir¹³²⁸. Dava şartı arabuluculuk uygulamasında son tutanağın arabuluculuk dava şartını yerine getirecek şekilde gerekli unsurları taşıması ve derhal Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi arabulucunun özen sorumluluğu kapsamındadır¹³²⁹.

Son tutanak, arabulucu tarafından yazılarak tarafların imzasına açılır. Son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması hususunu arabulucu geçirir¹³³⁰. Bunun dışında tutanağa yazılması gerekenleri ise taraflar belirlemelidir. Kanun koyucu, taraflar açısından son derece önemli olan son tutanağın, yine tarafların hâkimiyetinde düzenlenerek doğabilecek yanlışlıkların azaltılması, sorumluluğun paylaşılması hatta gizliliğin teminine çalışılmıştır¹³³¹. Bu aşamada, taraf vekilleri olan avukatlar ile bir hukukçu olan arabulucunun son tutanağın dava şartı olan arabuluculuk sürecine uygun olarak hazırlanmasında sorumlulukları söz konusudur. Öğretide, son tutanakta yapılan hataların yargılamanın uzamasına neden olduğu isabetli olarak belirtilmiştir¹³³².

Arabuluculuk uygulaması yargılama olmamakla birlikte taraflar aralarındaki uyuşmazlığı müzakere ederler. İhtiyari arabuluculuk faaliyetinden farklı olarak dava şartı olan arabuluculuk uygulaması sonunda tarafların üzerinde anlaşılmadığı konularda dava açmak isteyen taraf arabuluculuk son tutanağını HUAK'ın 18/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca dava dilekçesine eklemek zorundadır.

Aydınlatma yükümlülüğü altında olan arabulucu tarafından, son tutanağın düzenlenmesi ve sonuçları konusunda taraflara ayrıntılı bilgi verilmesi HUAK'ın 17. maddesi 3. fıkrası uyarınca bir zorunluluktur¹³³³. Son tutanağın etkileri dikkate alınarak aydınlatma görevi daha özenli ve tarafsızlık ilkesine bağlı olarak yapılmalıdır¹³³⁴. Dava

¹³²⁸ (DÜR, 2018, s. 452 vd.).

¹³²⁹ (DÜR, 2018, s. 468).

¹³³⁰ (DÜR, 2018, s. 370).

¹³³¹ (MEMİŞ, 2020, s. 125).

¹³³² (DEMİR Ş. , Uzlaşma, 2014, s. 71 vd.), (ODAMAN, 2017, s. 1764).

¹³³³ (DÜR, 2018, s. 371).

¹³³⁴ Arabulucunun düzenlediği veya düzenlemesine katıldığı belgeler yönünden aydınlatma görevini noterlerin aydınlatma görevi ile (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 60 vd.) benzerliğinin ileri

şartı olarak arabuluculuk uygulamasının mahkeme ile bağlantı noktalarından birisini de son tutanak oluşturur¹³³⁵. Bu tutanakta yazılan, üzerinde anlaşılmamış konular kapsamında taraflar ileride dava açabilecek veya tutanakta üzerinde anlaşmaya varılmış olduğu belirtilen konular hakkında dava açamayabileceklerdir¹³³⁶. Dava dilekçesine son tutanağın aslı veya son tutanağın arabulucu tarafından onaylanmış örneğinin eklenmesi HUAK 18/A maddesinin 2. fıkrasına göre gerekeceği için mahkeme tarafından dava şartı yokluğu veya dava açma yasağı yönünden bu tutanak çerçevesinde inceleme yapılmalıdır.

Dava şartı olan arabuluculuk yoluna müracaat sırasında beyan edilen konular, arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak veya her iki belgenin birlikte değerlendirmeye tabi tutulacağı yönünde Yargıtay kararları vardır¹³³⁷.

Özellikle üzerinde anlaşılamayan konuların, yani yerine getirilmiş dava şartlarının mahkeme tarafından belirlenmesinde dikkate alınması gereken belgenin son tutanak olması gerekmektedir¹³³⁸. Başvuru belgesine, dava şartı olan arabuluculuk yönünden HUAK'ta bir anlam yüklenmemiştir. Başvurucu, uyuşmazlık konusunu yanlış vasıflandırmış olabileceği gibi karşı tarafın da aynı arabuluculuk sürecinde taleplerinin ayrı bir başvuruya ihtiyaç duyulmadan sonuçlanmasının usul ekonomisi açısından faydalı olacağı açıktır¹³³⁹. Arabuluculuk dava şartı yönünden önemli olan, tarafların dava konusu uyuşmazlıklarını adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanmış arabulucunun yardımıyla müzakere etmeleridir¹³⁴⁰.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabuluculuk son tutanağı HUAK'ın 18/A maddesi 2. fıkrası kapsamında dava dilekçesinin ekinde mahkemeye sunması gereken davacının iddia yükü¹³⁴¹ altında olduğu söylenebilir. Bu nedenle son tutanağın

sürülmesi mümkündür. Noterin işlemin ilgililerini aydınlatma yükümlülüğü NK'nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Öğretide onaylama şeklinde yapılan işlemlerde noterlerin aydınlatma görevinin sınırlı olduğu ve aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının dar olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 63). Buna karşılık düzenleme şeklinde olan noter işlemlerinin noterin katılımı ve etkisi dikkate alınarak belgenin önemi, etkileri, içeriği, sonuçları ve mali külfeti bakımından anlaşılır olması gerektiği belirtilmiştir. (ÖZBEK, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2018, s. 64).

¹³³⁵ (BİLGE, 2014, s. 103).

¹³³⁶ (KEKEÇ, 2016, s. 196).

¹³³⁷ Yargıtay 9. HD bir kararında, iş hukukunun çıkış sebebini işçi ve işveren arasındaki eşit olmayan hukuki ilişkiye dayandırarak, arabulucunun son tutanakta her bir talep konusunu ayrı ayrı belirtmemesinden davacı işçinin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Y. 9. HD, T. 10.09.2019, E. 2019/3608 K. 2019/15523, www.karararama.yargitay.gov.tr, e.t. 13.03.2021. Yüksek mahkemenin bu ve benzer kararlarında arabuluculuğun dava şartı niteliğinden doğabilecek ağır sonuçlardan davacı işçiye koruma kaygısıyla hareket ettiğini düşünmek mümkündür.

¹³³⁸ (BÜYÜKAY, 2018, s. 81).

¹³³⁹ (TANRIVER S. , Arabuluculuk, 2020, s. 156).

¹³⁴⁰ (BÜYÜKAY, 2018, s. 98).

¹³⁴¹ “İddia yükü, kuralda geçen hukuki sonuca hükmedilmesi için somut vakıaların yargılamaya dâhil edilmesine yönelik taraflara ait usuli yüküdür.” (YARDIMCI, 2017, s. 18).

düzenlenmesi ve anlaşma sağlanamayan konuların açık bir şekilde son tutanağa geçirilmesi, dava şartını yerine getirme sorumluluğu altında olan tarafın yükümlülüğünde olmalıdır demek mümkündür.

Son tutanağın düzenlenmesi, her ne kadar arabulucunun sorumluluğunda olsa bile tutanağa sürecin sonlandığının yazılması dışındaki bütün hususlar HUAK'ın 17. maddesinin 3. fıkrası uyarınca taraflarca belirlenecektir. Ancak taraflar arasında görüşüldüğü halde üzerinde anlaşılabilen konuların neler olduğunun vasıflandırılmasında anlaşmazlık varsa her taraf için de tek bir son tutanak mümkün olacağı için her bir tarafın beyanına göre anlaşmazlık konularının ayrı ayrı sayılması faydalı olacaktır¹³⁴². Ayrıca tarafların son tutanağı imzalamaları bir zorunluluk değildir¹³⁴³.

Devam etmekte olan uyuşmazlık dikkate alındığında, tarafların ve arabulucunun vasıflandırma konusunda her zaman aynı fikirde olmaları beklenemez. Özellikle ticari konularda uyuşmazlığın basit bir şekilde vasıflandırılması her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin muhasebe anlamında cari hesap kavramı ile ticaret hukuku anlamında cari hesap her zaman birbirine karıştırılan kavramlardır¹³⁴⁴. Taraflar karşılıklı ilişkilerini cari hesap olarak nitelendirse bile gerçekte hukuken cari hesabın konusu olamayabileceği unutulmamalıdır. Uyuşmazlıklar açısından son tutanakta yapılacak yanlış nitelendirme davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine neden olabilecektir. Arabulucunun görevi taraflar arasındaki ilişkiyi vasıflandırmak olmadığı gibi her zaman taraflar arası ilişkiyi tam olarak bilmesi de arabulucudan beklenemez. Bu nedenle son tutanağa geçen beyanlar tarafların sorumluluğunda olduğu görüşünü savunmaktayız. Ancak hukukçu kişiliği ve aydınlatma görevi nedeniyle yeterince açık bir şekilde ve dava açmaya uygun bir son tutanak düzenlemesinden de arabulucunun sorumluluğu doğabilir.

¹³⁴² (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 234), (OKUR, 2019, s. 164-173)

¹³⁴³ (ERDOĞAN & EMİNOĞLU, Zorunlu Arabuluculuk, 2020, s. 133).

¹³⁴⁴ Ticari hayatta mal veya hizmet alımında kural derhal ifadır. Ancak özellikle uzun süren ticari ilişkilerde karşılıklı yapılan mal ve hizmet sözleşmelerinde edimlerin ifası uzun zamana yayılmaktadır. Tarafların her işlem için ayrı ödeme yapmaları yerine ileride mahsuplaşmak üzere ödemelerin belli bir düzen içinde yapılmasının mümkün kılınması için TTK'nın 89. maddesi ve devamında cari hesap ilişkisi düzenlenmiştir. Cari hesap ilişkisinin yazılı bir sözleşme ile kurulması geçerlilik şartıdır. Ayrıca taraflar arasında geçerli bir cari hesap sözleşmesi bulunsun bile bazı alacak kalemleri bu hesaba işlenemeyecektir. (BİLGİLİ & DEMİRKAPI, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2018, s. 171 vd.), (KENDİGELEN, 2016).

C. Dava Şartı Olan Arabuluculuk Sürecinin Yargılama Giderlerine Etkisi

Arabuluculuk uygulamasının gelişimini sağlamak, arabuluculuk kurumunun bilinirliğinin artırılması ve tarafların süreci kullanmasının teşviki için yargılama giderlerinin araç olarak kullanılmaları mümkündür. Dünyada yargı bağlantılı arabuluculuğun teşvik edildiği veya zorunlu olduğu pek çok hukuk sistemi vardır¹³⁴⁵. Uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk yönteminin zorunlu tutulması da gerçekte tarafları bir araya getirmeyi amaçlayan teşvik olarak kabul edilir¹³⁴⁶. Bir diğer yöntem ise yargılama giderlerinden muafiyetler veya dava sonunda taraflara yükletilmesi beklenen giderlerin paylaşımında arabuluculuk aşamasındaki tutumları dikkate alınarak taraflar arasında ayırım yapılmasıdır¹³⁴⁷.

Ülkemizde ilk olarak, 7036 sayılı İMK'nın 3. maddesinin 12. fıkrası ve HUAK'ın 18/A maddesinin 11. fıkrası uyarınca, dava şartı arabuluculuk yolu ile mazeretsiz olarak ilk oturuma katılmamak ve böylece arabuluculuk sürecinin sona ermesine neden olmak, yargı giderlerinin paylaşılması açısından yaptırıma tabi tutulmuştur. Yargılama sonunda ilk oturuma katılmayan ve bu nedenle arabuluculuk sürecinin sonlanmasına neden olan taraf haklı bile çıksa lehine vekâlet ücreti hükmedilmeyeceği gibi, yargılama giderleri de kendi üzerinde kalacaktır. Bütün tarafların ilk oturuma mazeretsiz olarak katılım göstermemeleri halinde, açılacak bir davada yargılama giderlerinin tarafların üzerine bırakılacağı belirtilmiştir¹³⁴⁸.

Bu duruma yönelik farklı eleştiriler yapılmıştır. Birincisi tarafların kendi haklılıklarına güvenerek bu görüşmelere katılmaktan kaçınmalarıdır¹³⁴⁹. Gerçekten de hiç ilgisi olmadığı halde veya makul bir talep dışında bir konuda arabuluculuk görüşmesi daveti yapmak mümkündür. Bu görüşmeye katılmayan tarafın daha sonra cezalandırılması doğru görülmemektedir.

İkinci olarak yargılama giderleri ve vekâlet ücreti yönünden yaptırımın hedeflenen sonuçla orantısız olduğu, anayasada düzenlenen ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği, arabuluculuk ücreti ile arabuluculuk bürosu tarafından yapılan zaruri giderlerin yargılama giderlerinden sayılmalarının sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağıdır¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 31).

¹³⁴⁶ (ALBAYRAK, Arabuluculukta Eşitlik, 2018, s. 20).

¹³⁴⁷ (AZAKLI ARSLAN, 2018, s. 33).

¹³⁴⁸ (OĞUZ Ö. , 2019, s. 122).

¹³⁴⁹ (YAZICI TIKTIK, Zorunlu Arabuluculuk, 2019, s. 119).

¹³⁵⁰ (OKUR, 2019, s. 179-180,206).

Son olarak yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, dava şartı arabuluculuk uygulamasında tercümelerin nasıl yapılacağı, tercüme ve tebligat masraflarının nasıl karşılanacağı belirsizdir. Yurt dışında yerleşik tarafın ulaşım ve iletişim maliyetleri bir yana yurtdışından sürece katılamayan tarafın hangi halde mazeretinin geçerli kabul edileceği tartışılacak konular arasındadır.

Tarafın adliye arabuluculuk bürosuna müracaat gerekçeleri, uyuşmazlığın dava şartı kapsamına girip girmediği gibi konuların çoğunun mahkeme tarafından incelenmesinin gerekliliği karşımıza çıkmaktadır. Dava şartı kapsamında kalmayan uyuşmazlık konusunda, taraflardan birisinin adliye arabuluculuk bürosuna başvurarak dava şartı arabuluculuk sürecini başlatması her zaman mümkündür. Bu durumda arabuluculuk sürecinde yapılan masrafların yargılama giderlerine eklenmesi adil bir sonuç olarak karşımıza çıkmayacaktır.

Yargılama giderlerine arabuluculuk sürecindeki masrafların adil bir şekilde eklenebilmesi için bütün sürecin mahkeme tarafından araştırılması gerekecektir¹³⁵¹. Arabulucu tarafından davetin usulünce yerine getirilip getirilmediği, iletişim çabalarının yerinde olup olmadığı, arabuluculuğa elverişliliğin söz konusu olup olmadığı, zorunlu arabuluculuk sürecinin mevzuata uygun olarak sürdürülüp sürdürülmediği gibi önemli usul konularının mahkeme tarafından ayrıca araştırılması gereklidir. Davaya bakmakla görevli mahkeme tarafından bu konular ayrıca incelenmelidir. Ancak taraflardan birisi, konu ile ilgili ihtilaf bulunduğunu iddia ederse artık mahkeme önünde bir ön mesele olarak arabuluculuk sürecinin değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.

Tarafların mazeretlerinin geçerli olup olmadığını arabulucunun değerlendirmeyeceği, mahkeme tarafından değerlendirileceği HUAKY'nin 25. maddesinin 9. fıkrasında belirtilmiştir. Arabulucunun mazereti değerlendirmesi konusunda yönetmelik ya da kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Dava şartı olan arabuluculuk ücreti bir harç değildir bu nedenle harçtan muafiyet kavramı dava şartı arabuluculuk için söz konusu olmayacaktır¹³⁵².

Yargılama giderlerine arabuluculuk uygulamasının etkisi açısından 7251 sayılı, 22.07.2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı TKHK eklenen 73/A maddesi tüketici lehine pozitif ayırım getirmiştir. Bu maddenin iki, üç ve dördüncü

¹³⁵¹ (OĞUZ Ö. , 2019, s. 124).

¹³⁵² İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD, T. 30.12.2019, E. 2019/2804 K. 2019/1812, (BETİN & OCAK, İşe İade, 2020, s. 290).

fıkralarından çıkan sonuca göre arabuluculuk görüşmelerine katılmamak da dâhil olmak üzere tüketici dava şartı olan arabuluculuk yargılama giderinden hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır¹³⁵³.



¹³⁵³ (TANRIVER S. , Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 2021, s. 297).

SONUÇ

Dava şartı olan arabuluculuk uygulaması yönünden ilk tespitimiz, anlamak için bir araya gelen tarafların müzakeresi ile zorunlu olarak bir araya gelenlerin müzakerelerinin sonuçlarının farklı olacağıdır. Arabuluculuk sürecinin başarısı, iradi olmasına bağlıdır. Bir uyuşmazlığı çözmek amacıyla süreci başlatan tarafların amaçlarına ulaşmak için fedakârlıkta bulunmaları gereklidir. Bunun yanında özellikle dava şartı olan arabuluculukta olduğu gibi tarafların bir araya gelmeleri, yasa emri gereğince ise tarafların süreci tüketmek dışındaki hedeflere odaklanmayacakları beklenir.

Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinin altında yatan en önemli neden taraflara dava aşamasından önce uyuşmazlığı çözmelerine fırsat tanımaktır. Yargılama giderleri, vekâlet ücreti gibi masraflarla yüzleşmeden, birbirlerine ağır ithamlarda bulunmadan uyuşmazlığın taraflarını bir masa etrafında buluşturmak çözüme katkı sağlayacaktır. Yapılan çalışmalar doğru olmakla birlikte, arabuluculuk çözüm yolunun tek başına ülkemizin ağır yargı yükünü ortadan kaldırması beklenmemelidir. Yargı yükünü ortadan kaldıracağı beklentisi ile yapılan zorlamalar, arabuluculuk kurumunun ruhuna aykırı olduğu oranda bu kurumdan ileride beklenen faydaları da ortadan kaldırmabilecektir. Bununla birlikte yeni mahkeme ihdas ederek, mahkeme sayısının artırılmasının da dava yüküne tesiri olmadığı geçmiş tecrübelerden anlaşılmaktadır.

Bu çalışmanın temelini oluşturan TTK'nın 5/A maddesinin yeterli açıklıkta yazılmadığı konusundaki eleştirilere katılıyoruz. Kanunların uygulayıcılara yorum imkânı vermeyecek şekilde kaleme alınması statükoya neden olmaları, zaman içinde eskimleri ve metruk kalmaları ile sonuçlanır. Buna karşın bu yeni uygulamanın muğlak olmasının ve karışıklığa neden olabilecek bir dille kanunlaşmasının dava şartı olan arabuluculuğun gelişmesine olumlu katkısının olmayacağını ileri sürmekteyiz.

Arabuluculuğun, özel bir dava şartı olması konusunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Özel dava şartları hak arama özgürlüğünü kısıtlayan kanuni düzenlenmelerdir. Temel hakların kısıtlanması söz konusu olduğu zaman dar yorumlamayla, mümkün olduğu kadar kişi hürriyetlerine az müdahale edilmesi gerektiği çağdaş hukuk anlayışının gereğidir. Bu nedenle, idare tarafından mahkemelere ve uyuşmazlık taraflarına kanunların açık bir şekilde emretmediği konularda arabuluculuk yoluna başvurunun adeta dayatılmasının hak arama hürriyeti önüne konulmuş bir engel olarak görülmesi mümkündür.

Kanun koyucunun arabuluculuk yolunu tüketmeyi değil başvuruda bulunmayı yeterli görmesinin bilinçli bir tercihin sonucu olduğu ileri sürülebilir. Arabuluculuk yolunun tüketilmesi dava şartı olarak kabul edilmiş olsaydı, arabuluculuk sürecine davetten, sürecin sonuna kadar yapılan bütün işlemlerin mahkeme tarafından denetlenmesi gerekecekti. Mahkeme dışında uyuşmazlıklarını çözemeyen ve dava yolunu tercih ettiği belli olan taraflar açısından böyle bir araştırma sadece yargının iş yükünü artırmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Mevcut düzenlemede ise taraflardan birisinin arabuluculuk sürecine usulüne uygun davet edilmediği, sürecin usule uygun yürütülmediği veya sonlandırılmadığı konusu uyuşmazlığın yargıya taşınması halinde mahkemenin incelemesi kapsamında olmamalıdır. Kısaca arabuluculuk süreci içinde geçen işlemlere yönelik itiraz ve iddiaların mahkeme tarafından araştırılmaması yerinde olacaktır.

Uzmanlık alan ayrımlarının artması dava şartı olan arabuluculuk sürecini daha karmaşık hale getirmektedir. Örneğin, başvuru arabuluculuk türünün veya atanan arabulucunun uzmanlık alanının değerlendirilmesi ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İş hukukundan kaynaklı olduğu düşüncesi ile başlatılan arabuluculuk sürecinin sonunda açılan davada taraflar arasındaki uyuşmazlığın ticari uyuşmazlık şeklinde nitelendirilmesi mümkündür. Benzer yanlış tüketici hukuku ve ticaret hukuku alanları arasında da söz konusu olabilecektir. Uygulama süresi, uzmanlık eğitimleri ve uygulanacak hükümleri farklı olan bu gibi durumlar için HUAK veya HUAKY bir çözüm getirmemiştir. Kanımızca sorunu daha karışık kılmamak adına uzmanlık alanı konusunda adliye arabuluculuk bürosuna başvurmak, dava şartını gerçekleştirmek için yeter şart olarak kabul edilmelidir. Arabulucuya ilişkin vasıflandırma ve atamanın adliye arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gerektiğinden bu sorumluluk müracaat edene yüklenmemelidir.

Mahkemenin dava şartı arabuluculuk süreci konusunda araştırması gereken bir konu da son tutanağın geçerli olup olmadığıdır. Son tutanak, uyuşmazlığın çözülmeyeceğinin anlaşıldığı ve sürecin sonlanmasına karar verilen son oturumda düzenlenir. Bütün tarafların mazeret göstermeden katılmamaları ile hiç oturum açılmadan sonlanan arabuluculuk uygulamaları ile dava şartının yerine getirilmiş olmayacağını ileri sürmek mümkündür. Son tutanağı tek başına düzenlemek zorunda kalan arabulucu, sadece tarafların katılmadığını son tutanağa işlemekle yetinebilecektir. Arabuluculuk yoluna başvuru yapıp yapılmadığının takdiri mahkemede olmalıdır. Mahkeme tarafından son tutanağa itibar edilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz ile bu husus

arasında paralellik bulunmaktadır. Bununla birlikte HUAK ve HUAKY tarafların katılmaması nedeniyle arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi halinde yargılama giderlerinden tarafların sorumlu olacağını belirtmiştir. Kanun ve yönetmeliğin metninden, taraflar katılmasa bile arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum HUAK ile hedeflenen amaç yönünden çelişki oluşturmaktadır.

Çalışmamızda yeri geldiği zamanlarda değindiğimiz gibi UYAP ile mahkemelerin görev alanı arasında dava şartı arabuluculuk uygulamaları yönünden bazı gri alanlar oluşmaktadır. Öncelikle UYAP'ın bir yazılım programı olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda Adalet Bakanlığı'nın mahkemelere sunduğu kolaylaştırıcı hizmet olarak kabul edilmesi gereken UYAP'ın bu işlevini aşmaması beklenmelidir. Uygulamanın yeni dava dosyası açılması sırasında uyarıda bulunması olumlu bir özellik kabul edilse bile arabuluculuk uygulamasına yönelik dava şartı kavramı açısından tanımlama ve tasnif yapılması görüşümüze göre mahkemeleri yönlendirme olarak kabul edilebilir. Bu nedenle dava şartları ile ilgili bütün değerlendirmenin mahkeme tarafından yapılması gerektiği görüşü ile UYAP'ın mevcut sistemini benimsemediğimizi belirtmekteyiz.

İktisadın temel kavramlarından uzak düzenlemelerin başarılı olması mümkün değildir. Bunun pek çok nedeni vardır. Taşrada küçük bir kasabada birbirlerinden başka arkadaşı olmayan, akşamları birlikte yemek yiyen ve hafta sonu birlikte gezen iki avukat, ilam mahiyetinde belge ile avukat uzlaşmasını tercih etmiyor, mahkemede çözüm arıyorsa öncelikle bu durumun altında yatan sosyal ve iktisadi gerçeklerin araştırmak gerekmektedir.

İş ve tüketici hukuklarından kaynaklı uyuşmazlıklarda zayıfın korunmasına yönelik görüşler tarafları tacir olmayan ticari davalarda da aynen geçerli olmalıdır. Ticari davaların tarafları her zaman tacir olmayabilir. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk uygulamasıyla karşılaşan ve tacir olmayan gerçek kişilerin uygulamalara farklı yaklaşımları söz konusu olabilir. Bu kişilerin kendilerini doğru ifade edememekten veya haklarını doğru anlayamamaktan kaynaklı irade fesadı halleri ortaya çıkabilecektir. Bunun yanında ekonomik veya bedensel engeller nedeniyle oluşabilecek dengesizliklerin giderilmesi için adli yardım imkânlarının arabuluculuk uygulaması için genişletilmesi arabuluculuğa olumlu katkı sağlayacaktır.

Uyuşmazlığın, dava şartı olan ticari arabuluculuk uygulaması kapsamı dışında olmasına rağmen, dava şartı arabuluculuk uygulamasına konu edilmesi halinde yargılama giderlerinden sayılması gereken arabuluculuk ücret ve masraflarının ne olacağı yasada

belli değildir. Aynı şekilde dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında olmadığı halde süreci yürütülmesi uygulanacak kurallar pozitif hukukumuzda bulunmamaktadır.

Son olarak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk uygulamasını da kapsayacak özel bir kanunun gerekli olduğunu kabul etmekteyiz. Yabancılık unsuru içeren arabuluculuk uygulamasına yönelik düzenlemeler yapılincaya kadar HUAK 18/A maddesinde değişiklik yapılarak, yabancılık unsuru bulunduran uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kurallarının uygulanmamasından vaz geçilmesi uygun olacaktır.

Eleştirilerimizde dikkat çektiğimiz sorunların varlığı arabuluculuk uygulamasını değersiz kılmamaktadır, ancak dava şartı arabuluculuk uygulamasının çözümü gereken pek çok sorunu barındırdığı da unutulmamalıdır. Bu sorunlar çözülmeden daha fazla alanda dava şartı olan arabuluculuk uygulamasına açılmasının yerinde olmayacağını ileri sürmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU, C. (2016). *Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim*. Ankara: Seçkin.
- AKAN, P. (2013). *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet.
- AKİL, C. (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan* (s. 75-138). içinde Ankara: Yetkin.
- AKİL, C. (2020). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(41), 307-324.
- AKIN, L. (2020). İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler. *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 10(1), 1-18.
- AKINCI, Z. (2016). *Milletlerarası Tahkim Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı*. İstanbul: Vedat.
- AKİPEK ÖCAL, Ş. (2017). A. Tanımı Madde 502. *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi* (s. 13-22). içinde İstanbul: Aristo.
- AKİPEK ÖCAL, Ş. (2017). Şahsen İfa ve Sadakat Gösterme Madde 506. *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi* (s. 65-77). içinde İstanbul: Aristo.
- AKİPEK ÖCAL, Ş., KUTLAY, S., BULUR, A., & ÇATALPINAR, S. (2020). *İnşaat Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (A. ÇAKICI, & Ş. AKİPEK ÖCAL, Dü) Ankara: ADB. 02 15, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı
- AKİPEK ÖCAL, Ş., YILDIRIM, A., ERMENEK, İ., & KUTLA, S. (2020). *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (Ş. AKİPEK ÖCAL, & A. YILDIRIM, Dü) Ankara: ADB. 02 15, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı
- AKKAN, M. (2010). *Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*. Ankara: Yetkin.

- AKKAN, M. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku I. Cilt.* İstanbul: On İki Levha.
- AKKAN, M. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 1-31.
- AKKAN, M. (2020). Arabuluculuk Mevzuatındaki Güncel Gelişmeler. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunun Güncel Sorunları* (s. 66-92). İstanbul: On İki Levha.
- AKTAN, C. C. (2019). 09 26, 2019 tarihinde Canaktan: www.canaktan.org adresinden alındı
- AKTAŞ, K. (2019). Dilekçelerin İncelenmesinde Hak Arama Kurumları Arasında İş Bölümü Üzerine. *Ombudsman Akademik*, 6(11), 171-212.
- AKYOL ASLAN, L. (2018). Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 79-133.
- ALANGOYA, Y. H. (2001). *Medeni Usul Hukunun Esasları* (2 b.). İstanbul: Yazarın Kendi Yayımı.
- ALANGOYA, Y., YILDIRIM, M. K., & DEREN YILDIRIM, N. (2004). *Medeni Usul Hukuku Esasları* (4 b.). İstanbul: Alkım.
- ALBAYRAK, H. (2013). *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat.* Ankara: Yetkin.
- ALBAYRAK, H. (2015). Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64(4), 931-974. 06 03, 2021 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- ALBAYRAK, H. (2018). Avukatlık Kanunun'daki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(12), 0-0. www.dergipark.org.tr adresinden alındı

- ALBAYRAK, H. (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu. *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17, 12-24. 11 21, 2019 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- ALICA, S. S., ERMENEK, İ., YAVUZ, M. A., KARAUZ, K. A., BAŞ, Z. B., AZAKLI ASLAN, B., . . . KIL, İ. F. (2020). *Enerji ve Maden Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (Ş. AKİPEK ÖCAL, & N. DAĞDEVİREN, Dü) Ankara: ADB. 02 15, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı
- ARAS, A. (2016). *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Çekişmesiz Yargı Usulü*. Ankara: Yetkin.
- ARKAN, S. (2005). *Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş (7 b.)*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ARKAN, S. (2018). *Ticari İşletme Hukuku Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Gözden Geçirilmiş Yirmi Dördüncü Basımdan Tıpkı Basım (25 b.)*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ARNING PÜRSELİM, S. (2019). Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetlerinin Yabancılık Unsuru İçeren Uyuşmazlıklara Etkisi. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (s. 79-86). Ankara: Seçkin.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E., & TAŞPINAR AYVAZ, S. (2017). *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E., TAŞPINAR AYVAZ, S., & HANAĞASI, E. (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin.
- ASİLTÜRK, M. (2014). Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği. *Terazi*, 9(95), 29-40.

- ASLAN, İ. Y. (2020). *Rekabet Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı*. Bursa: Ekin.
- ATALAY, O. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, II. Cilt, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha.
- ATALI, M., ERMENEK, İ., & ERDOĞAN, E. (2018). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin.
- ATASOY, K. (2020). *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı*. İstanbul: On İki Levha.
- ATICI, C. (2021). *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*. Ankara: Seçkin.
- AYHAN, R., ÇAĞLAR, H., YILDIZ, B., & İMİRLİOĞLU, D. (2021). *Sınai Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Adalet.
- AYOĞLU, T. (2018). *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*. İstanbul: Onikilevha.
- AZAKLI ARSLAN, B. (2018). *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- BAHADIR, O. (2010). Ombudsmanlık Kurumunun İsveç, İngiltere ve Fransa ile Karşılaştırmalı İncelenmesi. *Adalet Akademisi Dergisi*(1), 365-386.
- BAHADIR, Z. (2018). *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar* . Ankara: Yetkin.
- BAKIRCI, K. (2019). “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(140), 355-392.
- BAYSAL, B. (2019). *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha.
- BELGİN GÜNEŞ, D. (2020). Türk Hukukunda Yüksek Yargı Kararları Işığında Zorunlu Arabuluculuk. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 514-526.
- BETİN, S., & OCAK, U. (2020). *İşçilik Alacakları Ortak Konular, 3. Kitap*. Ankara: Tercih.
- BETİN, S., & OCAK, U. (2020). *İşe İade Davaları*. Ankara: Tercih.

- BİLGE, M. T. (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I* (s. 93-114). İstanbul: Sümer.
- BİLGİN, M. (2016). *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli*, 3. Baskı. Ankara: Adalet.
- BİLGİLİ, F., & DEMİRKAPI, E. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Bursa: Dora.
- BİLGİLİ, F., & DEMİRKAPI, E. (2018). *Ticaret Hukuku Bilgisi* (14 b.). Bursa: Dora.
- BİLGİLİ, F., & DEMİRKAPI, E. (2020). *Şirketler Hukuku Dersleri*. Bursa: Dora.
- BORAN GÜNEYSU, N. (2014). *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Yetkin.
- BOZER, A., & GÖLE, C. (2018). *Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü .
- BOZKURT, E., & KÖKTAŞ, A. (2018). *Avrupa Birliği Hukuku Güncellenmiş 7. Baskı*. Ankara: Legem.
- BÖRÜ, L., & KOÇYİĞİT, İ. (2020). *Ticari Dava, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*. Ankara: Adalet.
- BRADBEER, R. (2017). Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu Sempozyum Notları* (s. 35-36). Ankara: ADB.
- BULUR, A. (2017). Arabuluculukta Eşitlik ve Adalet. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 241-247.
- BULUT, U. (2017). *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet.
- BÜYÜK, E. I. (2021). *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*. İstanbul: On İki Levha.
- BÜYÜKALP SARIÖZ, İ. (2020). Milletlerarası Ticari Tahkimde Arabuluculuk ve Tahkim Uygulamasında Tarafsızlık ve Gizlilik Meseleleri ile Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Tahkim Anlaşması Bakımından Değerlendirilmesi. *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-I* (s. 427-467). İstanbul: On İki Levha.

- BÜYÜKAY, F. (2018). *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet.
- CANBOLAT, T. (2020). İş Hukuku Alanında Arabuluculuk. *Arabuluculuk Zirvesi II* (s. 161-179). İstanbul: On İki Levha.
- COŞKUN, M. (2019). *Konkordato ve İflas, 2. Baskı*. Ankara: Seçkin.
- COŞKUN, M. (2020). *İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstairdat Tasarrufun İptali Davaları*. Ankara: Seçkin.
- ÇİÇEK, M. (2018). İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. *Terazi*, 13(139), 51-63.
- ÇİFTÇİ, P. (2010). *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet.
- ÇİFTÇİ, P. (2018). *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Adalet: Ankara.
- ÇİL, Ş. (2018). *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi*. Ankara: Yetkin.
- DAĞLIOĞLU, D. (2020). Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 551-587.
- de CASTILLEJO y PEETSCH, I. F. (2018). Almanya'da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çeviri, AKİL, Cenk. *Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu* (s. 13-33). İstanbul: Seçkin.
- DEMİR, H. (2020). Arabulucunun Reddi. B. KURTULUŞ, & B. KOCAMAZ içinde, *Arabuluculuk Yıllığı 2020* (s. 261-266). Ankara: Seçkin.
- DEMİR, Ş. (2012). Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metninin Uzlaşma Sağlamaya İlişkin 35/A Maddesinin Değerlendirilmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 187-215.
- DEMİR, Ş. (2014). *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. Ankara: Adalet.
- DEMİR, Ş. (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı*. Ankara: CADR.
- DERDİMAN, R. C., & DERDİMAN, E. (2020). Anayasal Hak ve İlkelerle Uyumlu Bir Model Önerisi: "Muhakeme Sürecinde Arabuluculuké. B. KOCAMAZ, & B. KURTULUŞ

- çinde, *Arabuluculuk Yıllığı 2020* (s. 27-56). Ankara: Seçkin.
- DURAK, Y. (2013). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 55-76.
- DÜR, O. (2018). *Arabulucuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı. Ankara: Adalet.
- EKMEKÇİ, Ö., ÖZEKES, M., & ATALI, M. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha.
- EKŞİ, N. (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta.
- EKŞİ, N. (2015). *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Bavurulmasının Sonuçları*. İstanbul: Beta.
- ELÇİN, D. (2019). *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh*. Ankara: Turhan.
- EPÖZDEMİR, R. (2017). *Taraf Ehliyeti*. Ankara: Adalet.
- ERCAN ÖZLER, M. (2019). *Medeni Usûl Hukuku'nda Dava Konusu*. İstanbul: On İki Levha.
- ERDEM, H. E. (2012). *Kira Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözülmesi*. Erdem&Erdem Hukuk Bürosu: www.erdem-erdem.av.tr adresinden alındı
- ERDEM, P. (2020, 05 20). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Önemli Bir Yargıtay Kararı*. Erdem&Erdem Hukuk: www.erdem-erdem.av.tr adresinden alındı
- ERDEMİR, M. A. (2017). *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim*. Ankara: Seçkin.
- ERDEMİR, M. A. (2017). Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı. *Terazi*, 12(132), 70-81.
- ERDİL, E. (2016). *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat.

- ERDOĞAN, E. (2020). *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*. Ankara: Yetkin.
- ERDOĞAN, E., & CÖMERT, B. (2018). Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler. *Terazi*, 13(138), 27-47.
- ERDOĞAN, E., & EMİNOĞLU, C. (2020). *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şart (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet.
- ERDÖNMEZ, G. (2017). *Deliller, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt II*. İstanbul: On İki Levha.
- EREN, F. (2017). *Borçlar Hukukku Özel Hükümler, 5. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- EREN, M. Y. (2016). *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk*. Ankara: Adalet.
- ERGİNER, U. O. (2017). Arabuluculuk ve Gizlilik. *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(9), 73-98.
- ERGÜL, O. (2015). *Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi? (Cilt 31)*. Ankara: Anayasa Yargısı , 31 (1) , 67-78. 03 21, 2020 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- ERİŞİR, E. (2013). *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir*. İstanbul: On İki Levha.
- ERKAN, M. (2020). *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha .
- ERMENEK, İ. (2021). *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin.
- ERMENEK, İ., & AZAKLI ASLAN, B. (2020). İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A). *TBB Dergisi*, 135-196.
- EROĞLU, O. (2018). *Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme*. Ankara: Seçkin.
- EROL, M. (2018). *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*. Ankara: Adlaet.

- ERTÜRK, M. (2019). *Arabuluculuk Sözleşmesi*. Ankara: Adalet.
- FEHGALI, G. (2017). Arabuluculukta Avukatın Rolü. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü* (s. 99-100). Ankara: ADB.
- FIRAT, E. (2016). *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlam Niteliğinde Belgeler*. Ankara: Adalet.
- FUTTU, E. (2021). *Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği*. Ankara: Seçkin.
- GENÇ YILMAZ, S., & KADAH, H. (2018). Oyun Teorisi ve Nash'in Denge Stratejisi. *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*(14), 419-440.
- GERGER ERDAL, F. (2020). Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk. *Arabuluculuk Zirvesi II* (s. 345-354). İstanbul: On İki Levha.
- GİRAY, E. (2019). Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (s. 29-40). Ankara: Seçkin.
- GOODMAN, A. (2017). Ticari ve İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu Sempozyum Notları* (s. 4-9). Ankara: ADB.
- GÖKÇE, Y. (2018). Resmi Belgede Sahtecilik Suçunun Zincirleme Olarak İşlenmesi. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 99-139.
- GÖKSU, M. (2014). Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 277-314.
- GÖZLER, K., & KAPLAN, G. (2015). *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin.
- GÜLLÜOĞLU ALTUN, Y. (2020). Arabuluculuk Müessesesinde Bilinmesi Gereken Temel Bilgiler. *Arabuluculuk Zirvesi II* (s. 243-261). İstanbul: On İki Levha.
- GÜNAY, C. İ. (2017). *İş Yargısı ve Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- GÜNAY, Y. S. (2020). *Anonim Şirketlerin Temsili 2. Baskı*. İstanbul: On İki Levha.

- GÜNVER, O. R., GÜNVER, G., ERGÜN, Ş., KABASAKAL, M. S., KALKAN, O., & ÇALKIN, H. (2020). *Banka ve Finans Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (A. BULUR, & Ş. AKİPEK ÖCAL, Dü) Ankara: ADB. 03 11, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı
- GÜVEN, P. (2003). *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Genişletilmiş 2. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- HIZIR ASRAV, F. (2018). Sulh Sözleşmesinin Konusunun Sınırları. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 11-42.
- HIZIR ASRAV, F. (2019). *Sulh Sözleşmesi*. Ankara: Adalet.
- İKİZOĞLU AKIN, G. (2017). 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Arabuluculuk ve İş Hukukundaki Değişikliklere Genel Bakış. *Antalya Bilim Üniversitesi Dergisi*, 5(10), 133-145.
- ILDIR, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Seçkin.
- ILDIR, G. (2004). Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü. 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (s. 385-401). içinde Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- İLHAN, C. (2011). *Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) Aslı İle Birlikte Tam Metin 2. Tıpkı Baskı*. Ankara: Yetkin.
- İYİLİKLİ, A. C. (2020). *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- KALE, S. (2010). *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*. İstanbul: On İki Levha.
- KAPTANOĞLU, M. (2019). Arabuluculuk ve Uzlaştırma . *Arabuluculuk Zürresi II* (s. 57-61). İstanbul : On İki Levha.
- KAR, B. (2013). İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*((Özel Sayı)

- 15), 869-892. 03 06, 2021 tarihinde www.hukuk.deu.edu.tr adresinden alındı
- KARA, H. (2020). Ticari Davalarda Arabuluculuk. B. KOCAMAZ, & B. KURTULUŞ içinde, *Arabuluculuk Yıllığı 2020* (s. 109-166). Ankara: Seçkin.
- KARA, H. (2021). *Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha.
- KARACA, H. A. (2020). Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları. *Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, Cilt I* (s. 393-411). İstanbul: On İki Levha.
- KARACABEY, K. (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı Ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(123), 451-488.
- KARASLAN, V. (2019). *Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*. Ankara: Adalet.
- KARAYALÇIN, Y. (1968). *Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme* (3 b.). Ankara.
- KAŞAK, F. E. (2019). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. İstanbul: Onikilevha.
- KAVAK, Y. (2020). Resmi Sicil ve Senetlerle İspat. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11*(1), 18-25.
- KAYA, T. (2019). Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25*(2), 979-1008.
- KEKEÇ, E. K. (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. Baskı*. Ankara: Adalet.
- KENDİGELEN, A. (2016). *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Onikilevha.
- KILIÇOĞLU, M. A. (2020). *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitapevi.

- KILINÇ, A. (2016). Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu. *II: Türk Tarih Kongresi Bildirileri Cilt:II* (s. 15-81). içinde İstanbul: Onikilevha.
- KIYAK, E. (2015). Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(21), 523-548.
- KIYAK, E. (2018). *Dönüştürücü Arabuluculuk Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*. Ankara: Seçkin.
- KOÇYİĞİT, İ. (2017). Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü* (s. 86-88). Ankara: ADB.
- KOÇYİĞİT, İ., & BULUR, A. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı.
- KOÇYİĞİT, İ., & YEŞİLKAYA, İ. (2020). *Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Adalet.
- KODAKOĞLU, M., GÖRGÜN, L. Ş., BÖRÜ, L., & TORAMAN, B. (2018). *Medeni Usul Hukuku 7. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- KONURALP, C. S. (2011). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları:Tahkim* . İstanbul : İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- KORAL, R. (1947). İç Hukukumuzda Tahkim. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13(3), 1088-1081. 05 19, 2020 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- KORAL, R. (1947). Yeni ve Eski Hukumumuzda Tahkim. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13(1), 193-218. Eylül 30, 2018 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- KÖKBUDAK, C. N. (2019). *Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi*. Konya: Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.

12 11, 2020 tarihinde www.tez.yok.gov.tr adresinden alındı

- KÖKSAL TAŞYÜREK, S. (2020). Tahkime Elverişlilik. *Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, Cilt I* (s. 413-424). İstanbul: On İki Levha.
- KÖLE, M. (2020). *İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması*. İstanbul: On İki Levha.
- KÖME AKPULAT, A. (2018). *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*. İstanbul : Onikilevha.
- KÖSE, Y. (2013). Hukuk Sistemimizdeki Yeni Patika "Arabuluculuk". *Terazi*, 8(84), 86-91.
- KULA, N. (2019). Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle "Zamanaşımı" Hususu. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3), 727-748.
- KURT KONCA, N. (2017). Arabuluculuğa Elverişli Alanlar. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 234-240.
- KURT KONCA, N. (2018). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava şartı (Zorunlu) Arabuluculuk. *Seta Perspektif*(225), 1-6. 03 19, 2021 tarihinde www.setav.org adresinden alındı
- KURTULUş, B. (2020). Arabuluculuğa Başvuru şartının Dava Dilekçesi Esas Alınarak İncelenmesinin Yaratabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri. B. KURTULUş, & B. KOCAMAZ içinde, *Arabuluculuk Yıllığı 2020* (s. 206-2018). Ankara: Seçkin.
- KURU, B. (2018). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı 2. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- KURU, B. (2018). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 2. Basım*. Ankara: Yetkin.
- KURU, B. (2020). *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*. Ankara: Yetkin.
- KURU, B. (2020). *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II*. Ankara: Yetkin.
- KÜPE, B. (2021). *Milletlerarası Özel Hukukta şekil*. Ankara: Adalet.

- LOPEZ, D. (2015). Mediation in Portugal-Legislative Advances, Practical Difficulties, Interplay With EU and International Law. *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler içinde* (s. 75-94). Ankara: Seçkin.
- MAVZER, T. (2021). *İlamlı İcrada İcranın Durdurulması (İcranın Geri Bırakılması-İİK m. 36)*. Ankara: Seçkin.
- MEMİŞ, A. B. (2020). *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü*. Ankara: Seçkin.
- MEŞE HACIOSMANOĞLU, S. (2021). *Türk Hukuku'nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu*. Ankara: Yetkin.
- MORE, C. W. (2016). *Arabuluculuk Süreci*. (T. KAÇMAZ, & M. TERCAN, Çev.) Ankara: Nobel.
- MOROĞLU, E. (2016). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirmeler ve Öneriler (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) 8. Baskı*. İstanbul: On İki Levha.
- MUŞUL, T. (2012). *Medeni Usul Hukuku 3. Baskı*. Ankara: Adalet.
- MUŞUL, T. (2016). *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2. Baskı*. Ankara: Adalet.
- MUŞUL, T. (2018). *28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Yeni Düzenlemeye Göre; İflas Ve Konkordato Hukuku, Uzlaşma Yolu İle Yeniden Yapılandırma*. Ankara: Adalet.
- NARBAY, Ş., & AKKUŞ, M. (2020). Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(44), 301-334.
- NARBAY, Ş., KANYILMAZ, S., EMİNOĞLU, C., GÜRBÜZ USLUEL, A. E., BOYACIOĞLU, C., & SAPMAZ, H. (2020). *Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. (Ş. AKİPEK ÖCAL, Dü.) Ankara: ADB. 01 15, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı

- NOMER, E. (2018). *Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası.* İstanbul: Beta.
- NOMER, E., EKŞİ, N., & ÖZTEKİN GELGEL, G. (2016). *Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Baskı.* İstanbul: Beta.
- ODAMAN, S. (2017). Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Şeref Ertaş Armağanı Özel Sayı*, 19(2017), 1753-1766.
- ODYAKMAZ, Z., ÇINARLI, S., & AVCIOĞLU AKSOY, E. (2018). *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Usuller.* Ankara: Seçkin.
- OĞUZ, A. (2019). Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan İhtilafların Arabuluculuk Yolu İle Çözümlemesi Konusunda Değerlendirme. *Terazi*, 14(152), 813-822.
- OĞUZ, A., YILMAZTEKİN, K. H., & ÜNER, E. (2020). *Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk.* (S. BEKTAŞ, & Ş. AKİPEK ÖCAL, Dü) Ankara: ADB. 02 15, 2021 tarihinde www.adb.adalet.gov.tr adresinden alındı
- OĞUZ, Ö. (2019). *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.* İstanbul: Legal.
- OĞUZMAN, K., & ÖZ, M. T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası.* İstanbul: Vedat.
- OĞUZMAN, M. K., & ÖZ, M. T. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 2017 Gözden Geçirilmiş 13. Baskı.* İstanbul: Vedat.
- OKAN, N. (2005). İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticari Yargı Sistemi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 33-70.
- OKUR, Z. (2019). *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı.* Adana: Karahan.
- ÖĞÜTÇÜ, Ö. (2018). *Uzlaştırma Rehberi.* İstanbul: Yeditepe Üniversitesi .
- ÖNER, U. (2017). Çatışma Çözümü ve Arabuluculuk. *Çankaya Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 229-233.

- ÖZBEK, M. S. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Cilt I (4. Baskı)*. Ankara: Yetkin.
- ÖZBEK, M. S. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt II*. Ankara: Yetkin.
- ÖZBEK, M. S. (2016). *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği*. Ankara: Yetkin.
- ÖZBEK, M. S. (2018). *Noter Senetlerinde Sahtelik*. Ankara: Seçkin.
- ÖZBEK, M. S., YERDELEN, E., ALTUNTAŞ, Ş., BOZ, B., ERDEM, D. Ö., & YILMAZ, B. A. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Adalet.
- ÖZBUDUN, E. (2020). *Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 20. Basım*. Ankara: Yetkin.
- ÖZÇELİK, V. (2014). *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*. Ankara : Adalet.
- ÖZEKES, M. (2017). *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha.
- ÖZEKES, M. (2017). *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha.
- ÖZEKES, M. (2019). *Temel Hukuk Bilgisi, 10. Baskı*. İstanbul: Onikilevha.
- ÖZEKES, M. (2020, 09 28). *Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Daires'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı*. 06 05, 2021 tarihinde LEXPERA Blok: www.blog.lexpera.com.tr adresinden alındı
- ÖZEL, S. (2019). *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 40(2), 1190-1210*.
- ÖZEL, S. (2020). *Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi. Public and Private International Law Bulletin, 2(40), 867-892*.
- ÖZMUMCU, S. (2016). *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*.

- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(2), 807-842.
- ÖZMUMCU, S. (2018). Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(161-162), 9-23.
- ÖZMUMCU, S. (2019). Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 262-276. 03 09, 2021 tarihinde www.dergipark.org.tr adresinden alındı
- ÖZMUMCU, S. (2021). *Arabuluculuk Modelleri*. İstanbul: On İki Levha.
- ÖZSUNAY, E. (2021). *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu*. İstanbul: Aristo.
- ÖZTATAR, H. (2014). Genel Olarak Arabuluculuk. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu* (s. 9-19). İstanbul: Sümer.
- ÖZTATAR, H. (2020). Arabuculukta Geldiğimiz Nokta. *Arabuluculuk Zirvesi II* (s. 9-13). İstanbul: On İki Levha.
- ÖZTÜRK, E. (2014). *Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar*. Ankara: Yetkin.
- PASLI, A. (2019). Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk içinde* (s. 13-25). Ankara: Seçkin.
- PEKCANITEZ, H. (2000). Hukuki Dinlenilme Hakkı. *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (s. 753-791). içinde İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. 02 27, 2021 tarihinde www.hukuk.deu.edu.tr adresinden alındı
- PEKCANITEZ, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha.

- PEKCANITEZ, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt II 15. Bası.* İstanbul: On İki Levha.
- PEKCANITEZ, H. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası.* İstanbul: Onikilevha.
- PEKCANITEZ, H. (2019). Tartışmalar Bölümü Konuşması. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk içinde* (s. 142-146). Ankara: Seçkin.
- PEKCANITEZ, H., & SİMİL, C. (2017). *İcra-İflas Hukukunda Şikayet, 2. Bası.* İstanbul: Vedat.
- PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., SUNGURTEKİN ÖZKAN, M., & ÖZEKES, M. (2017). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6728 ve 6763 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 4. Bası.* İstanbul: Vedat.
- POLATER, S. (2019). *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği.* Ankara: Adalet.
- POSTACIOĞLU, E. İ., & ALTAY, S. (2010). *İcra Hukuku Esasları Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası .* İstanbul: Vedat.
- ROTTLEUTHNER, H. (2012). Arabuluculuk ve Hukuk Devleti İlkesi. (D. DURSUN, Dü.) *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 47-55.*
- SARISÖZEN, S. (2017). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Yargılaması. *Terazi, 12(132), 105-119.*
- SARISÖZEN, S. (2020). Bankacılık Kanunu'nda Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü Kapsamında Arabuluculukta Gizlilik İlkesi. *Arabuluculuk Zirvesi II* (s. 213-241). İstanbul: On İki Levha.
- SEVEN, V. (2018). Mahkemeye - Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu. *İzmir Barosu Dergisi(125), 95-129.* 03 21, 2021 tarihinde www.izmirbarosu.org.tr adresinden alındı
- SİĞRI, Ü., & VAROĞLU, A. K. (2013). *Müzakere ve Arabuluculuk (İş, Yönetim ve Hukukta Uyuşmazlık Çözümü).* Ankara: Siyasal.
- SÖZER, B. (2016). *Deniz Ticaret Hukuku - II. Cilt .* İstanbul: Vedat.
- SÖZER, B. (2016). *Deniz Ticareti Hukuku, I. cilt.* İstanbul: Vedat.

- SULU, M. (2020). *Ticari Sıraların Korunması*. İstanbul: On İki Levha.
- ŞAFAK, T. (2018). Türk Hukukunda TFF Tahlim Kurulu'nun Bağımsızlık Üzerine Bir Değerlendirme. *Terazi*, 13(139), 25-35.
- ŞAHİN CEYLAN, Ş. (2009). *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul : Oniki Levha.
- ŞAMİL, D. (2013). Arabuluculuk Arkadaşlığı. *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 289-314.
- ŞANLI, C., ESEN, E., & ATAMAN FİĞANMEŞE, İ. (2021). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası. İstanbul: Beta.
- ŞENER, O. H. (2021). *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin.
- TANGAL, A. (2016). *Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme*. İstanbul: T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- TANRIVER, S. (2001). *Makalelerim II, (2006-2010)*. Ankara: Adalet.
- TANRIVER, S. (2004). Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(53), 191-215.
- TANRIVER, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(64), 151-177.
- TANRIVER, S. (2013). Sulh Hukuk Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Düşünceler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(105), 35-50.
- TANRIVER, S. (2018). *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*. Ankara: Yetkin.
- TANRIVER, S. (2020). Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 32(147), 111-141.
- TANRIVER, S. (2020). *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- TANRIVER, S. (2021). *Medeni Usul Hukuku, Cilt II*. Ankara: Yetkin.
- TAŞDELEN, N. (2021). *Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.

- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, M. (2018). İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(134), 313-354.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, M. (2019). Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği. C. SÜRAL EFEÇİNAR, & Ö. E. YARDIM (Dü.), *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* içinde (s. 129-137). Ankara: Seçkin.
- TEZCAN, D., ERDEM, M. R., & ÖNOK, M. (2012). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- TİLE, L. (2021). *Uyarılama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü*. Ankara: Yetkin.
- TİRYAKİOĞLU, B. (1997). *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtiafi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- TOPRAKKAYA, İ. (2021). *Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü*. İstanbul: On İki Levha.
- TOPUZ, G. (2018). *Tüketici Mahkemeleri*. Ankara: Yetkin.
- TORAMAN, B. (2020). İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli Ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 1027-1059.
- TORAMAN, B. (2020). Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1).
- TOSUN, Ö. (2013). Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı. *Terazi*, 8(84), 93-104.
- TUNÇ YÜCEL, M. (2013). *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*. Ankara: Seçkin.
- TUNÇAĞIL GÜMÜŞLÜ, G. (2017). Varşova ve Montreal Sözleşmeleri Kapsamında Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tayininde

- "İşyeri" Kavramı. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 141-161.
- ULUKAPI, Ö. (2013). Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 209-241.
- ULUKUŞ BULUT, Ş. T. (2018). *MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali*. ANKARA: Yetkin.
- UMAR, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 2. Baskı*. Ankara: Yetkin.
- UYGUN, D. (2020). Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk-Tahkim. *Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, Cilt I* (s. 469-496). İstanbul: On İki Levha.
- ÜLGEN, H., HELVACI, M., KENDİGELEN, A., KAYA, A., & NOMER ERTAN, F. (2015). *Ticari İşletme Hukuku Güncellenmiş Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası*. İstanbul: Onikilevha.
- ÜSTÜNDAĞ, S. (2010). *Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler*. Ankara: Adalet.
- VARLI, E. B. (2020). *Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Prosedürü*. Ankara: Yetkin.
- YAKICI, Ö. (2019). *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- YAKUT, B. (2010). Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(1), 29-80.
- YARAR, G. (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha.
- YARDIM, E. (2019). Usul Hukuku Bakımından Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk içinde* (s. 89-110). Ankara: Seçkin.
- YARDIMCI, T. E. (2017). *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. İstanbul: Onikilevha.

- YAVUZ, C., & TOPUZ, M. (2016). Madde 83 Diğer Hükümler. *6502 Sayılı TKHK Şerhi "Milli Şerh"* (s. 1271-1303). içinde İstanbul: Aristo.
- YAZICI TIKTIK, Ç. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Onikilevha.
- YAZICI TIKTIK, Ç. (2019). Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi. *Zorunlu Arabuluculuk* (s. 113-125). Ankara: Seçkin.
- YENİOCAK, U. (2019). Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı. *Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (s. 55-70). içinde Ankara: Seçkin.
- YEŞİLIRMAK, A. (2017). *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha.
- YILDIRIM, F. (2014). Arabuluculuk Faaliyetinde Sorumluluk Sigortasının Önemi. *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 339-259.
- YILDIRIM, F. (2015, Şubat). Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu. *Terazi*, 10(102), 108-113.
- YILDIRIM, F. (2019). *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*. Ankara: Seçkin.
- YILDIRIM, N. D. (2020). Arabuluculuk Zorunlu Olmalı Mı? İtalyan Hukuku ile Bir Karşılaştırma. B. KURTULUŞ, & B. KOCAMAZ içinde, *Arabuluculuk Yıllığı 2020* (s. 291-302). Ankara: Seçkin.
- YILMAZ, A. (2018). Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 219-238.
- YILMAZ, E. (2004). Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi. *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı* (s. 843-856). içinde Ankara: Türkiye Barolar Birliği.

- YILMAZ, E. (2009). İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği. *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan* (s. 597-615). içinde Ankara: Adalet.
- YILMAZ, E. (2012). Arabuluculuğun Yasa İle Düzenlenmesi, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"nın Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan* (s. 1275-1297). içinde Ankara: Yetkin.
- YILMAZ, E. (2016). *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin.
- YILMAZ, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi 3. Baskı, 1. Cilt*. Ankara: Yetkin.
- YILMAZ, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi 3. Baskı, 2. Cilt*. Ankara: Yetkin.
- YILMAZ, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi 3. Baskı, 3. Cilt*. Ankara: Yetkin.
- YILMAZ, E., & YARDIM, E. (2016). Madde-70 Karar ve Karara İtiraz. *Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (s. 1156-1178). içinde İstanbul: Aristo.
- YILMAZ, E., & YARDIM, M. E. (2016). Madde 73 Tüketici Mahkemeleri. *6502 Sayılı TKHK Şerhi "Milli Şerh"* (s. 1184-1215). içinde İstanbul: Aristo.
- YILMAZ, Z. (2011). *Davanın Açılmamış Sayılması*. Ankara: Seçkin.
- YÖNEY, C. (2020). Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler. *Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, Cilt I* (s. 3-32). İstanbul: On İki Levha.
- ZORLU, S. Y. (2020). Tahkim Anlaşmasının YAZILI Olma Şartı. *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-I*. İstanbul: On İki Levha.
- ZORLUER, O. (2018). *Ticari İş Kavramı ve Sonuçları*. Ankara: Adalet.