



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI

**TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU
ARABULUCULUK USULÜ**

ABDULLAH BERAT MEMİŞ

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET ERTAN YARDIM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, OCAK, 2020

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK USULÜ

ABDULLAH BERAT MEMİŞ

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET ERTAN YARDIM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı'nda Yüksek Lisans derecesi için
gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla
Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İSTANBUL, OCAK, 2020

Ben, ABDULLAH BERAT MEMİŞ;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalıŐmam olduğunu ve başka çalıŐmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

ABDULLAH BERAT MEMİŞ

07.01.2020

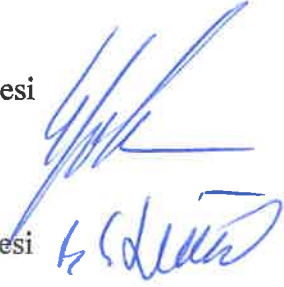


KABUL VE ONAY

ABDULLAH BERAT MEMİŞ tarafından hazırlanan **TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK USULŐ** başlıklı bu alıŐma **7 OCAK 2020** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Ertan YARDIM (Danışman)

Kadir Has Üniversitesi



Doç. Dr. Öğr. Üyesi Bahar Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR

Kadir Has Üniversitesi



Dr. Öğr. Üyesi Melis TAŞPOLAT TUŐSAVUL

Bahçeşehir Üniversitesi



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım

Prof. Dr. Sinem AKGÜL AÇIKMEŐE
Müdür
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

07.01.2020

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	i
ABSTRACT.....	iii
ÖZET.....	iv
TEŞEKKÜRLER	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASININ KAPSAMI

1. GENEL OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK.....	4
1.1. Genel Olarak Arabuluculuk.....	4
1.2. Zorunlu Arabuluculuk Kavramı ve İhtiyari Arabuluculuktan Ayrıştırılması ..	4
1.3. Arabulucunun Çözüm Önerisi ve Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk Modelleri	9
1.4. Avrupa Birliği ve Bazı Ülkelerdeki Düzenlemeler	12
1.4.1. Avrupa Birliği	12
1.4.2. İtalya	17
1.4.3. İngiltere.....	20
1.5. Türkiye’de Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları ve Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu	24
1.5.1. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk.....	24
1.5.2. Ticaret hukukunda zorunlu arabuluculuk.....	28
1.5.3. Zorunlu Arabuluculuğun Anayasaya Aykırılığının Değerlendirilmesi.....	28
2. TİCARİ DAVALAR BAKIMINDAN ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN ZORUNLU OLDUĞU HALLER	34

2.1. Ticari Dava / Uyuşmazlık Kavramı	34
2.2. Mutlak Ticari Davalar	34
2.2.1. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Mutlak Ticari Davalar	35
2.2.2. Diğer Kanunlar Kapsamında Mutlak Ticari Davalar	36
2.3. Nispi Ticari Davalar	41
2.4. Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesine Dair Bir Yöntem Önerisi.....	42
2.4.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edilebileceği Bir Uyuşmazlığın Varlığı	43
2.4.2. Çekişmeli Yargı.....	46
2.4.3. Ticari Dava	49
2.4.4. Konusu Bir Miktar Paranın Ödenmesi Olan Davalar	53
2.4.5. Başka Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolunun Bulunmaması	53
3. BAZI TALEPLER, ÖZEL DAVALAR İLE TALEP SONUCUNA GÖRE DAVA ÇEŞİTLERİ VE USULİ KURUMLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	54
3.1. Bazı Özel Talepler ve Davalar Bakımından Zorunlu Arabuluculuk	54
3.1.1. İtirazın Kaldırılması ve İtirazın İptali Davası	54
3.1.2. İflas Davası	58
3.1.3. Menfi Tespit Davası.....	59
3.2. Talep Sonucuna Göre Dava Çeşitleri Bakımından Değerlendirme.....	62
3.2.1. Belirsiz Alacak Davası.....	62
3.2.2. Kısmi Dava	64
3.2.3. Terditli Dava	67
3.2.4. Objektif Dava Yığılması.....	70
3.2.5. Seçimlik Dava.....	72

3.3. Bazı Usuli Kurumlarda Zorunlu Arabuluculuk.....	72
3.3.1. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz.....	72
3.3.2. Tam Islah.....	75
3.3.3. Karşı Dava.....	78
3.3.4. Dava Arkadaşlığı.....	79

İKİNCİ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK USULÜ VE SONUÇLARI

1. ARABULUCULUK BAKIMINDAN GÖREVLİ MERCİLER	81
1.1. Arabuluculuk Kurulu	81
1.2. Arabuluculuk Daire Başkanlığı	81
1.3. Adliye Arabuluculuk Bürosu	82
1.4. Arabulucu ve Arabuluculuk Bürosu	82
2. BAŞVURULACAK MERCİ VE YETKİ SORUNU	85
2.1. Başvuru Mercii ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu	85
2.2. Yetkisiz Arabuluculuk Bürosuna Başvurulması ve Sonuçları.....	87
3. BAŞVURU USULÜ VE ETKİLERİ	88
3.1. Başvuru Usulü.....	88
3.2. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler Bakımından Değerlendirme	90
3.3. Dava Açmanın Etkileri ile Karşılaştırma.....	91
4. ZORUNLU ARABULUCULUK FAALİYETİNİN YÜRÜTÜLMESİNE DAİR TEMEL ESASLAR.....	95
4.1. Gizlilik	95
4.2. Tarafların Katılımı, Temsili ve Sonuçları.....	98
4.3. Süre.....	103

5. ANLAŞMA DIŞINDA ARABULUCULUĞUN SONA ERME HALLERİ.....	105
5.1. Sürenin Bitmesi.....	105
5.2. Taraflara Ulaşılamaması	105
5.3. Taraflar Katılmadığı İçin Görüşme Yapılamaması.....	106
5.4. Tarafların Ölümü ve İflası.....	107
5.5. Yetkisizlik.....	107
5.6. Anlaşma Sağlanamaması	108
6. ARABUCULUĞUN ANLAŞMA İLE SONA ERMESİ	110
6.1. Anlaşma	110
6.2. Anlaşma Belgesinin Şekli ve İçeriği	111
6.3. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği.....	113
6.4. Anlaşmanın İcra Edilebilirliği.....	118
6.5. Dava Açılmaz Kuralının Eleştirisi	121
6.6. Anlaşmanın İptal Edilebilirliği Sorunu	125
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA	132

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADB	: Arabuluculuk Daire Başkanlığı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ANÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATM	: Asliye Ticaret Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BÜHFKHHD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
C.	: Cilt
ÇTD	: Çalışma ve Toplum Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	: Dip Not
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EBYÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGD	: Hukuk Gündemi Dergisi

HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SİHD	: Sicil İş Hukuku Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Derneği
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
vd.	: Ve devamı

ABSTRACT

MEMİŞ, Abdullah Berat. *Mandatory Mediation Procedure in Commercial Disputes*, Master Thesis, Istanbul 2020.

Population growth, technological developments and the accelerating pace of daily life have all contributed to increases in interpersonal confrontations of benefits and therefore a rise in the figure of disputes. The increase in the number of disputes have led people to find methods for resolving disputes outside court litigation, and alternative dispute resolution procedures have begun to be used in the resolution of disputes. Mediation, a significant method of alternative dispute resolution, has started to be used in our country according to the Law on Mediation in Civil Disputes no. 6325. Mediation has become a precondition for litigation in some labor lawsuits, as of 25.10.2017 as per the Labor Courts Law no. 7036. Mediation as a precondition for litigation has been referred to as mandatory mediation. Mandatory mediation has become mandatory in some commercial disputes as of 01.01.2019, as per the article 5/A introduced to the Turkish Commercial Code no. 6102, with the Law no. 7155 on the Initiation of Enforcement Proceedings Regarding Monetary Claims Arising From Subscription Agreements. The subject of this research is mandatory mediation, determined to be a precondition for litigation in some commercial disputes.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Mediation, Commercial Disputes, Precondition of Litigation, Mandatory Mediation

ÖZET

MEMİŞ, Abdullah Berat. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü, Yüksek Lisans, İstanbul 2020.*

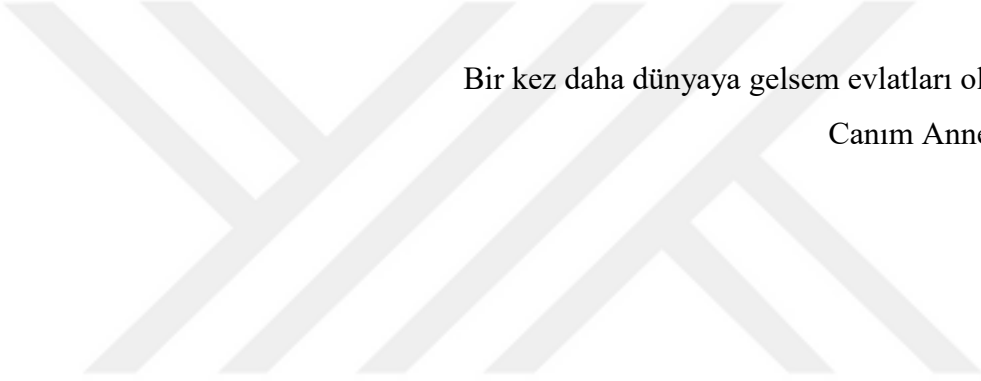
Artan nüfus, teknolojik gelişmeler ve gündelik hayatın yükselen temposu, kişiler arasındaki menfaat çatışmalarının ve buna bağlı olarak da uyuşmazlıkların artması sonucunu doğurmuştur. Uyuşmazlıkların artması insanları, uyuşmazlıkların yargı yolu dışında başkaca çözüm yolları arayışına yöneltmiş ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaya başlanmıştır. Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, ilk olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uygulanmaya başlanmıştır. Arabuluculuk, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 25.10.2017 tarihinden itibaren bazı iş davalarında dava şartı olarak uygulanmaya başlanmıştır. Dava şartı arabuluculuk yaygın olarak zorunlu arabuluculuk adıyla anılmıştır. Zorunlu arabuluculuk, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi doğrultusunda 01.01.2019 tarihi itibariyle bazı ticari uyuşmazlıklarda da zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmamızın konusunu, bazı ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak aranan zorunlu arabuluculuk oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlık, Dava Şartı, Zorunlu Arabuluculuk.

TEŞEKKÜRLER

Tez çalıőmam sırasında her açıdan beni destekleyen ve yönlendiren Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Ertan Yardım'a, değerli hocalarıma, çalışma sürecinde her zaman yanımda olan ve desteklerini hissettiğim pek kıymetli Zülal Memiş'e ve yol arkadaőım ykw Sağlam'a, çalıőmamda desteklerini sunmaktan çekinmeyen Taylan Deniz Akyol'a, Oğuzhan akır'a, Ata Umur Kalender'e ve Azime Deniz zder'e ve bütün çalışma arkadaőlarıma, sevdiklerime ve en büyük destekçim çok sevgili aileme teőekkür ederim.





Bir kez daha dünyaya gelsem evlatları olmak isteyeceğim,
Canım Annem ve Babam'a...

GİRİŞ

Bireyler, bağımsız bir varlığa sahip olarak toplumu oluşturan insanları ifade eder. Toplum ise bireylerin bağımsız varlıklarıyla ve birlikte yaşama olgularıyla bir araya gelmeleri ile oluşan yapıdır. Toplum içerisinde bireyler arasındaki çıkar çatışmalarının bir sonucu olarak uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Bu uyuşmazlıkların çözümü ise çok eskiden beri ve üzerlerine yeni yöntemler eklenmek suretiyle farklı şekillerde gerçekleştirilmektedir. Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için öncelikli ve esas olarak başvurulan yol, dava yoludur¹. İlk akla gelen bu yol esasında toplumda kabul görmüş bir alışkanlık olarak karşımıza çıkmaktadır ve bir uyuşmazlık halinde dava açılması ilk çözüm olarak akıllara gelmektedir. Hâlbuki dava açma alışkanlığı, mahkemelerdeki baskıyı artırmakta, yargılama kalitesini düşürmekte ve mahkeme tarafından davaya konu vakıalara nüfuz edilememesine sebep olmaktadır².

Kamu düzenini ilgilendirmeyen özel hukuk uyuşmazlıklarının tamamında çözümün dava yoluyla sağlanmasının beklenmesi mahkemelerin iş yükünün artmasına ve yargılamanın çok uzun süre almasına sebep olmakta, bu durum da makul sürede yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır³. Uyuşmazlıkların mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulması çoğu zaman taraflar arasındaki uzlaşmayı tamamı ile sağlamamakta, tarafların ihtiyaçlarını karşılayamamakta ve buna bağlı olarak da her iki tarafı tatmin etmeyerek yeni uyuşmazlıkların doğmasına sebebiyet verebilmektedir⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların iradesi doğrultusunda ortaya çıkan ve asıl olarak mahkeme aracılığıyla yapılan yargılamaya zarar vermeden seçimlik bir yol olarak işleyen, kimi zaman tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla

¹ PEKCANİTEZ, Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 9; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.129-130; ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EBYÜHFD, 2006, C.10, S.3-4, s.459; DURAK, Yasemin, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü”, AÜHFD, 2013, C.3, S.2, s.55.

² ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016, C. 2, s.147,812.

³ DURAK, s.55.

⁴ ÖZBEK, s.812; ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemleri), Ankara 2003, s. 22.

tarafllara tatmin edici çözümlün sağlanmasını amaçlayan uyuşmazlık çözüml yollarıdır⁵. Bir diğer anlatımla alternatif uyuşmazlık çözüml yolları, devlet yargı gücünün yanında olan ancak tarafların iradelerine bağlı olarak oluşlan ve tarafları ortak mutabakat çerçevesinde buluşturmaya hedefleyen bir çözüml yoludur.

Adalet Bakanlığı tarafından 2009 yılında Yargı Reformu Stratejisi hazırlanmış ve alternatif uyuşmazlık çözüml yöntemlerinin önemine vurgu yapılmış ve davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesine imkân tanımak için “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” hazırlanmıştır⁶. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22.06.2012 tarihinde 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

25.10.2017 tarihinde ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak arabuluculuk bir diğer ifade ile ve yaygın olarak bilindiği adıyla zorunlu arabuluculuk kavramı hukukumuza girmiştir. Zorunlu arabuluculuk, 01.01.2018 tarihi itibarıyla bir kısım işçi işveren uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlanmış ve bu alandaki ilk tecrübelerin oluşmasını sağlamıştır.

19.12.2018 tarihinde ve 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi doğrudusunda 01.01.2019 tarihi itibarıyla bazı ticari uyuşmazlıklarda da arabuluculuk zorunlu hale gelmiştir. Henüz çok yeni bir uygulama olan ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa ilişkin açık ve detaylı yasal düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu durum da farklı uygulamaların gerçekleşmesine ve birbirleri ile çelişkili kararların doğmasına sebep olmuştur. İki bölümden oluşlan bu çalışmamızda ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk ele alınacaktır.

⁵ ÖZBEK, s191; TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüml Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, 2006, S. 64, s.152.

⁶ <http://www.sgb.adalet.gov.tr/Yargi-Reformu-Stratejisi.pdf> (E.T. 15.09.2019)

Çalışmamızın birinci bölümünde zorunlu arabuluculuğa ilişkin genel bilgiler ile birlikte ihtiyari arabuluculuktan ayrıldığı noktalar incelenecek ve Avrupa Birliği ve bazı ülkelerdeki zorunlu arabuluculuğa ve buna benzer uygulamalara değinilecektir. Çalışmamızın birinci bölümünde ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu olup olmadığı haller değerlendirilecek ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun kapsamının belirlenmesine dair bir yöntem önerisi sunulacaktır. Çalışmamızın birinci bölümünde oldukça önem taşıyan ve özellik arz eden hususlar olan bazı özel dava, talep ve usuli işlemlerin arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculukta görevli ve yetkili merciler, başvuru usulü ve etkileri ve zorunlu arabuluculuk sürecine dair temel esaslar ele alınacak ve zorunlu arabuluculukta yetki, gizlilik, süre huşuları incelenecektir. Bununla birlikte çalışmamızın ikinci bölümünde ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk sürecinin sona erme halleri işlenecek, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinin sonuçları, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucundaki anlaşma belgesinin etkileri ve hukuki niteliği değerlendirilecek ve arabuluculuk sürecinden sonra dava açılıp açılmayacağı ve anlaşmanın iptal edilebilirliği sorunu üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUK

UYGULAMASININ KAPSAMI

1. GENEL OLARAK ZORUNLU ARABULUCULUK

1.1. Genel Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en sık başvurulan, en yaygın ve başarılı olarak uygulanan çözüm yoludur⁷. Arabuluculuk, bir uyuşmazlığın tarafları arasındaki iletişimi kolaylaştıran ve bu konuda eğitilmiş, bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin sistematik iletişim teknikleri kullanarak sağladığı müzakere ortamında, uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararın taraflarca konuşarak ve müzakerelerde bulunarak verildiği ve ihtiyari bir yol olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁸. Bir diğer anlatımla arabuluculuk, objektif bir üçüncü kişinin taraflar arasındaki iletişimi sağlamak amacıyla çözüme ilişkin karar verme ve tarafları dikte etme yetkisi olmaksızın sürece katılımıyla, tarafların birbirleri ile doğrudan etkileşim içerisinde olarak çözüme ilişkin karar verdikleri ve tarafların ortak iradelerine bağlı olarak yürütülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

1.2. Zorunlu Arabuluculuk Kavramı ve İhtiyari Arabuluculuktan Ayrıştırılması

Arabuluculuk özünde tarafların iradeleri doğrultusunda vuku bulan bir alternatif uyuşmazlık çözümüdür. Bu sebeple de arabuluculuğun işleyişine egemen olan temel ilkelerinden biri ihtiyarilik ilkesidir⁹. HUAK m. 2/b'de arabuluculuğun ihtiyari olarak

⁷ ÖZBEK, s.592; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.21; BULUR, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, ABD, 2007, S.4, s.42; ILDIR, s. 88.

⁸ KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s.23; ÖZEKES, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD, 2006, S.7, s.40–45; YAKUT, Bahadır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk”, BÜHFKHHD, 2010, S.67-68, s.43; TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri Ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Ankara 2011, s.184.

⁹ TANRIVER, Arabuluculuk Kanun Tasarısı, s.186.

yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiş ve Türk Hukuku açısından arabuluculuk temelinde tarafların iradeleri esas alınmıştır¹⁰. Arabuluculukta ihtiyarilik ilkesi; tarafların arabuluculuk sürecini başlatmasını, devam ettirmesini ve anlaşarak veya anlaşmayarak sona erdirmesi konusundaki serbestilerini ifade eder¹¹. 6325 sayılı Kanun'un üçüncü maddesinin birinci fıkrasında da arabuluculuktaki ihtiyarilik ilkesi tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları belirtilerek açıkça ifade edilmiştir. Aynı maddenin devamında ise 6325 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde düzenlenen dava şartı arabuluculuk, ihtiyarilik ilkesinden yalnızca arabuluculuk sürecinin başlatılması konusunda istisna tutulmuştur.

Zorunlu arabuluculuk HUAK m.18/A'da dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dava şartı, bir davanın mahkemeler tarafından incelenerek hükme bağlanmasını engelleyen, taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilen ve mahkemeler tarafından yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gereken hususlardır¹². Dava şartı, mahkemenin davayı esası bakımından değerlendirmesi ve yargılama yapması için olması veya olmaması gereken hususlar olarak da ifade edilebilir¹³. Dava şartlarının varlığı mahkeme tarafından resen dikkate alınır ve taraflar bir dava şartının bulunmamasına rıza gösterebilir dahi mahkeme davanın esasını inceleyemez ve davayı usul yönünden reddeder¹⁴. Dava şartı davanın açılabilmesine engel olmayıp bulunmadığı takdirde mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapmasını engellemektedir¹⁵. Dava şartlarının mevcudiyeti halinde mahkeme tarafından esasa geçilerek inceleme yapılabilir ve dava hakkında karar verilebilir¹⁶. Genel dava şartları HMK m.114'te düzenlenmiştir. Bunun yanında farklı sebeplerle bazı özel

¹⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.201.

¹¹ DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara 2018, s.131; TANRIVER, Arabuluculuk Kanun Tasarısı, s.186-187; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.126-127.

¹² ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s.202; POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015, s.206; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 636; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s.289.

¹³ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 İstanbul, s.1343.

¹⁴ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1344; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.637.

¹⁵ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1344; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s.402.

¹⁶ BİLGE/ÖNEN, s.402; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s.281.

dava şartları da bulunmaktadır. Örneğin tasarrufun iptali davasında özel dava şartı olarak davanın esasının incelenmesi için davacının takip borçlusuna karşı geçici veya kesin aciz vesikası alması gerekmektedir. Dava şartının yanı sıra davanın esasının incelenmesini engelleme işlevi olan dava engelleri, bir diğer ifadeyle ilk itirazlar da bulunmaktadır. İlk itiraz gerçek anlamda dava şartı niteliğine sahip değildir¹⁷. İlk itiraz; mahkeme tarafından resen dikkate alınmayan, davalı tarafından belirli bir usul sürecinde (cevap süresi içerisinde) ileri sürüldüğü zaman mahkeme tarafından dikkate alınan, belirli usul süreci dışında ileri sürülemeyen ve kanunda sınırlı olarak sayılan hallerden ibaret kavramdır¹⁸. İlk itirazlar HMK'da sınırlı olarak belirtilmiştir. Buna göre, ilk itiraz halleri kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı ve iş bölümü itirazıdır¹⁹. Zorunlu arabuluculuk kanunda dava şartı olarak nitelendirilmiştir. Bir görüşe göre arabulucuya başvuru; mahkemeye, taraflara veya dava konusuna ilişkin bir mesele değildir ve bunların içerisinde değerlendirilememesi gerekir ve bu doğrultuda düzenlemenin yeniden ele alınması gerekir²⁰. Arabuluculuk, dava şartı olmaktan çok dava engeline daha çok benzemektedir ve bunun en güzel örneği ilk itiraz konusu olan tahkim şartıdır²¹. Arabuluculukta da tahkim gibi ilk itiraz olarak arabuluculuğa başvurulmadığı ileri sürülebilirdi. Ancak bu halde de taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin varlığının aranması gerekeceği kanaatindeyiz. Zira tahkim için ilk itirazda bulunulması için taraflar arasında münakit geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı aranmaktadır (HMK m.413). Ancak zorunlu arabuluculuk için arabuluculuk sözleşmesi aranmamaktadır. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk ilk itiraz olarak ileri sürülen tahkimden ayrılmaktadır. Bununla birlikte kanunda da açıkça dava şartı olarak öngörüldüğünden zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi ve bu yönde uygulanması gerekir.

¹⁷ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1344.

¹⁸ ANSAY, s.414; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1402; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.639-640.

¹⁹ 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Ancak 6335 sayılı Kanunla asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi sona erdirilmiş ve aralarındaki ilişki görev ilişkisine dönüştürülmüştür.

²⁰ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s.154.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.154.

Zorunlu arabuluculuk, tarafların uyuşmazlık çözümü için mahkemelere başvurmadan önce tarafsız ve bağımsız bir arabulucu önünde uyuşmazlığın çözümü sürecine katılmalarıdır. Bir diğer ifade ile zorunlu arabuluculuk, bir dava şartı olması ve uyuşmazlık esasının mahkemeler tarafından incelenebilmesi için tarafların tüketmesinin zorunlu olduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk kavramı, bazı davalarda yargılamanın yapılabilmesi için aranan bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk ile mahkemeler arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde üç sistem sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sistemlerden bir tanesi bütünüyle mahkemeden bağımsız olarak yürütülen mahkeme dışı arabuluculuk, bir diğeri mahkemelerin tarafları uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturmaları için teşvik ettiği mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve son olarak ise arabuluculuk sürecinin hâkim tarafından yürütüldüğü mahkeme içi arabuluculuk sistemidir²². Türk hukukunda uygulanan zorunlu arabuluculuk mahkeme dışı ve mahkeme bağlantılı arabuluculuğun birleştirildiği bir sisteme tabi iken ihtiyari arabuluculuk mahkeme dışı arabuluculuk sistemine tabidir²³.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan ihtiyarilik ilkesi kapsamında tarafların arabuluculuk sürecini başlatmaları karşılıklı irade birliğinin sağlanması ile mümkündür. İhtiyari arabuluculukta taraflar arabuluculuk sürecinin başlatılması konusunda herhangi bir şekilde baskı altına alınamazlar ve zorlanamazlar. Uyuşmazlığın mahkeme tarafından incelenmesi ve çözüme kavuşturulmasından önce denenmesi ve uyuşmazlığın çözümüne dair sonuç alınmadığı takdirde mahkemeye başvurulabilecek olması sebebiyle zorunlu arabuluculuk sürecin başlatılması konusunda ihtiyari arabuluculuktan ayrılmaktadır. İhtiyari arabuluculuk sürecinin tüketilmesi, bir davanın açılabilmesi ve mahkeme tarafından esasının incelenerek hüküm kurulabilmesi için bir zorunluluk olmazken, zorunlu arabuluculuk süreci uyuşmazlığın esasının mahkeme tarafından incelenmesi için bir zorunluluktur. İhtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarının üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanır. Ancak ihtiyari

²² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.164-165.

²³ ŞAHİN, Tuğçem/ÇELİK, Yasin/RUHİ, Ahmet Cemal, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018, s.14.

arabuluculuğun uygulanması için dava konusu bakımından bir sınırlama bulunmazken, zorunlu arabuluculuğun uygulanması için kanunlarda davanın konusu bakımından sınırlama bulunmaktadır. Bir uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk yolu ile çözümünde azami bir süre sınırlaması bulunmazken, zorunlu arabuluculuk için gerek 6325 sayılı Kanun'da gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda azami süre sınırlaması bulunmaktadır. Zorunlu arabuluculuk kapsamında dava açılmadan önce başvurulması gerekir. Aksi halde mahkeme dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verir. Bu sebeple de davanın görülmesi sırasında zorunlu arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi mümkün değildir. Ancak ihtiyari arabuluculukta, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmasının önünde zamansal bir kısıtlama getiren hukuki bir engel bulunmamaktadır²⁴. Nitekim 6325 sayılı Kanun'da tarafların davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurabileceğine ilişkin açık düzenlemeler de yer almaktadır. 6325 Sayılı Kanun'un 16/2. maddesi uyarınca, ihtiyari arabuluculukta gerek dava açılmadan önce gerekse dava açıldıktan sonra, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zorunlu arabuluculukta ise 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Yukarıda ifade edildiği gibi, ihtiyari arabuluculukta sürece katılım ve sürecin yürütülmesi tarafların iradesine bağlı olduğundan tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılmamaları karşısında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Zorunlu arabuluculukta ise 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesi uyarınca, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf yargılama giderlerinden tamamından sorumlu olacak ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmeyecektir. Taraflardan karşılıklı olarak ilk toplantıya geçerli bir mazeret göstermeden katılmamaları halinde ise tarafların yapacakları yargılama giderler taraflar üzerinde bırakılacaktır. Görüldüğü üzere ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk arasında uygulamada birçok farklılık bulunsa da esasen aralarındaki

²⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.171.

temel fark arabuluculuk sürecinin tüketiminde serbest olup olmadıkları noktasında kendisini göstermektedir.

1.3. Arabulucunun Çözüm Önerisi ve Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk Modelleri

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinde yapılan değişiklik ile arabulucuya çözüm önerisinde bulunma yetkisi getirilmiştir. Öğretide arabuluculuk modelleri, kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk olarak iki temel grupta toplanmıştır²⁵. Kolaylaştırıcı arabuluculuk ile değerlendirici arabuluculuk ayrımı esasında hak temelli arabuluculuk ve menfaat temelli arabuluculuk ayrımı dikkate alınarak yapılan bir ayırımdır²⁶. Hak temelli arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünde hukuk kuralları ve bu kuralların uygulanmasının muhtemel sonuçları baskın bir şekilde rol almaktayken menfaat temelli arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünde tarafların menfaatlerinin azami derecede tatmin edilmesi amacı baskın bir rol alır²⁷. Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde; arabulucu pasif bir fonksiyon üstlenerek taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırır, uygun müzakere ortamını hazırlar, tarafların uyuşmazlığı değerlendirmelerine ve menfaatlerinin üzerine odaklanmalarını sağlayarak çözüm üretmelerine yardımcı olur²⁸. Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde arabulucular, taraflara uyuşmazlığın çözümü için öneride bulunmadan ve hukuki bilgi vermeden uyuşmazlığın çözümünü tamamıyla tarafların iradelerine bırakırlar²⁹. Kolaylaştırıcı arabuluculukta, menfaat temelli arabuluculukta olduğu gibi hukuk kurallarının yerine tarafların iradelerinin oluşmasını sağlayan menfaatleri ve uyuşmazlığın çözüm süreci esas alınır³⁰. Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde arabulucunun tarafların menfaatlerine odaklanmalarını sağlaması beraberinde yaratıcı çözümleri de getirebilmektedir. Çünkü

²⁵ ÖZMUMCU, Seda, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, C. II, s.1370; ÖZBEK, s.628.

²⁶ DÜR, s.117.

²⁷ ÖZBEK, s.736; DÜR, s.116.

²⁸ ÖZBEK, s.628; ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1372; YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, s.468; DÜR, s.118; DEMİREZEN, Mine, Arabuluculuk Temel Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2019, s.249-250.

²⁹ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1372; YAĞCIOĞLU, s.468.

³⁰ DÜR, s.118.

kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde tarafların, uyuşmazlık çözümünde hasmane bir tutum sergilemeleri yerine iki tarafın da menfaatlerine uygun kabul edilebilir bir çözüm için işbirliği yapmaları hedeflenir³¹. Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin temelinde taraf menfaatleri olup esas olan uyuşmazlığın tarafların iradeleri ve işbirliği ile çözüme kavuşturulmasıdır. Bu doğrultuda kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde arabulucu, uyuşmazlık konusunu değerlendirmekten kendisini geri çekerek uyuşmazlığın çözümü için tarafları iletişim kurmaları için cesaretlendirmektedir³².

Değerlendirici arabuluculuk modelinin temelinde ise uyuşmazlık konusuna hâkim bilgili ve tarafsız bir üçüncü kişinin ihtilaf halindeki taraflara yardım edebileceği anlayışı bulunmaktadır³³. Değerlendirici arabuluculuk modelinde; hak temelli arabuluculukta olduğu gibi tarafların hakları odak noktasında tutulur ve arabulucunun taraflara öneride bulunması, değerlendirme yapması ve uyuşmazlığın davaya gitmesi halinde ne şekilde sonuçlanacağı konusunda görüş bildirmesi mümkündür³⁴. Değerlendirici arabuluculukta, uyuşmazlığa ilişkin mahkeme tarafından verilecek karar tahmin edilerek ve bu yönde öngörüler oluşturularak arabuluculuk süreci yürütülür³⁵. Ancak değerlendirici arabuluculukta mahkeme yargılamasındaki gibi geleneksel yargılama süreçleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte uyuşmazlığın nasıl çözüleceğine de arabulucu tarafından karar verilememektedir. Değerlendirici arabuluculuk modelinde, uyuşmazlığın altında yatan esas neden ve tarafların hukuki haklarının yanı sıra tarafların menfaati de gözetilmektedir. Bu sebeple değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuktan daha geniş bir odak noktasına sahiptir. Değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucu aktif bir fonksiyon üstlenerek; taraflara uyuşmazlık hakkında bilgi verir, tarafları yargılama sürecinde bekleyen risklere ilişkin aydınlatır, uyuşmazlık kapsamındaki bilgisi ile tarafları etkilemeye çalışır ve uyuşmazlığın çözümü için çözüm önerileri sunar³⁶. Bu sebeple de değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucunun hukuki temele sahip olması, uyuşmazlık konusu ve hukuki sebebi hakkında

³¹ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1374.

³² DÜR, s.118; ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1372.

³³ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1375; YAĞCIOĞLU, s.468.

³⁴ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s.1375-1376.

³⁵ DEMİREZEN, s.250; DÜR, s.119.

³⁶ YAĞCIOĞLU, s.468; ÖZBEK, s.629.

bilgi sahibi olması beklenir³⁷. Ancak değerlendirici arabuluculuk modelinde de arabuluculuğun özüne uygun olarak arabulucu tarafından uyuşmazlığın nasıl çözüleceğine karar verilmesi mümkün değildir. Zira arabuluculuğun temel ilkelerinden birisi ihtiyarilik ilkesi olup bu ilkenin tamamlayıcı unsurlarından biri de tarafların uyuşmazlığa ilişkin kendi kararlarını verebilmeleridir³⁸. Bu sebeple arabuluculukta arabulucu tarafından taraflara bir çözüm dayatılması ve baskı kurulması ve çözümün nasıl olacağına arabulucu tarafından karar verilmesi arabuluculuğun asli özelliklerinden birini ve bu doğrultuda özünü değiştirecek ve bu model arabuluculuk olarak adlandırılan alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan ayrı başka bir yol olacaktır³⁹.

HUAK'ın 15. maddesinde yapılan değişiklikle arabulucuya verilen çözüm önerme yetkisi doğrultusunda kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline geçildiği çıkarımı yapılabilir⁴⁰. Zira bu değişikliğe paralel olarak HUAK'ın 2/b maddesinde yer alan arabuluculuk tanımı da değişmiştir. HUAK m. 2/b hükmünün ilk hali değerlendirildiğinde ortaya çıkan durum kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin benimsendiğidir⁴¹. Çünkü ilk etapta arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayan, müzakere amacıyla tarafları bir araya getiren, tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten önce yasa koyucu tarafından arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucunun pasif bir fonksiyon üstleneceği HUAK'ın gerekçesinde de belirtilmiştir. Gerekçede tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimin kolaylaştırılacağı ve taraflara çözüm önerisinde bulunulamayacağı açıkça ifade edilmiştir⁴². Ancak 7036 sayılı kanununun 17. maddesi ile arabuluculuk tanımına “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen” ifadesi eklenmiştir. Yapılan değişiklikle arabulucuya çözüm önerisinde bulunma yetkisi verilmişse de, bu hüküm arabulucunun uyuşmazlık

³⁷ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s. 1376.

³⁸ DEMİREZEN, s.248.

³⁹ KEKEÇ, s.238-239.

⁴⁰ DÜR, s.121; YAĞCIOĞLU, s.469.

⁴¹ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s. 1387.

⁴² 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2 Gerekçesi.

hakkında karar vermesi veya çözüm önerisi ile tarafları baskı altına alması anlamına gelmeyecektir⁴³. Arabulucu, anılan maddedeki yetkisini tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde yalnızca çözüm önerisinde bulunmakla sınırlı olarak kullanabilir. Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinin ise nasıl tespit edileceği kanunda düzenlenmemiştir. Çözüm üretmemenin ortaya çıkması için taraflarca müzakere edilmesi gerekir. Bu sebeple arabulucular tarafından taraflara çözüm önerisinde bulunulabilmesi için öncelikle tarafların çözüm konusunda müzakere etmeleri beklenmelidir. Müzakereler sonucunda tarafların kendilerine sunulan teklifleri kabul etmemeleri ve yeni bir çözüm önerisi üretemediklerinin açık olduğu hallerde arabulucu tarafından çözüm önerisi getirilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz. HUAKY m. 17’de arabulucunun tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkmaması halinde çözüm önerisinde bulunamayacağı ve bunun yanında tarafları bir çözüm önerisi ya da öneriler dizisini kabul etmeye zorlayamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinde arabulucu esasında pasif bir rol üstlenmektedir. Doktrinde HUAK ve HUAKY hükümleri doğrultusunda, öngörülen sistemin baskın olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli olduğu da kabul edilmektedir⁴⁴. Arabulucunun arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların ihtiyaçları doğrultusunda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba göstermesi gerekliliği, kural olarak çözüm önerisinde bulunamaması ve çözüm önerisinde bulunabilmesi için tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması koşulunun aranması birlikte değerlendirildiğinde tamamıyla değerlendirici arabuluculuk modelinin kabul edildiğinin söylenmesinin güç bir çıkarım olacağı ve aksine kolaylaştırıcı arabuluculuk modeline daha yakın durulduğunun kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

1.4. Avrupa Birliği ve Bazı Ülkelerdeki Düzenlemeler

1.4.1. Avrupa Birliği

Arabuluculuk, Avrupa Birliği hukukunda yoğun ilgi gören bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Avrupa Birliği hukukunda arabuluculuk kurumunun gelişimine katkıda

⁴³ KAR, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, 2. Baskı, Ankara 2019, s.137.

⁴⁴ ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü, s. 1388.

bulunan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin temeli, 11-12 Aralık 1998 tarihli Viyana Zirvesi'ne ve 15-16 Ekim 1999 tarihli Tampere Zirvesi'ne dayanmaktadır. Viyana Zirvesi, Avrupa Birliği üye devletleri arasında adli yardımlaşmanın geliştirilmesi ve yargı konularında işbirliğinin artırılması hedefini ortaya koymuştur⁴⁵.

Tampere Zirvesi kapsamında, Avrupa Konseyi, üye devletlere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması ve yaygınlaştırılmasına dair çeşitli tavsiyelerde bulunmuştur. Tampere Zirvesi'nde, Avrupa Konseyi, Avrupa Komisyonu tarafından belirlenecek minimum standartlar ile Avrupa Birliği dâhilinde adli yardımlaşma için yeterli seviyelerin tespit edilmesi, özellikle küçük meblağlı tüketici davaları ve ticari davalarda sınır ötesi muhakemenin hızlandırılması ile basitleştirilmesi için özel usuli kuralların belirlenmesi ve uyuşmazlıkların yargılama dışında yöntemlerle veya başka bir ifadeyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurularak sonlandırılması için yeni prosedürler yaratılmasına karar vermiştir. Bu yaklaşımın amacı olarak, Avrupa'da gerçek bir adalet sistemi olması için, Avrupa Birliği hukuki ve idari sistemlerinin karışıklığı veya uyumsuzluğunun bireylerin ve işletmelerin haklarını kullanmalarını zorlaştırmamasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Avrupa Birliği perspektifinden bakılınca arabuluculuk hem adalete daha hızlı ve kolay bir şekilde erişim sağlanabilmesi, hem de üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki uyumsuzluklardan kaynaklanan zorlukların giderilmesi gibi iki farklı amaca hizmet etmektedir⁴⁶.

1998 ve 1999 yıllarındaki bu gelişmeleri takiben, 2002 yılının Nisan ayında Avrupa Komisyonu, özel hukuk ile ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü yollarına ilişkin "Yeşil Kitap" adı verilen bir rapor yayınlamıştır. Yeşil Kitap hem mevcut durumu değerlendirmek, hem de Avrupa Birliği hukuku paydaşlarını alternatif uyuşmazlık çözümü yollarını tartışmaya teşvik etmek amacıyla yayınlanmış ve üye devletler, arabuluculuk kurumları, meslek örgütleri gibi çeşitli kişi ve kurumlardan 160'ı aşkın cevaba yol açmıştır⁴⁷.

⁴⁵ Vienna European Council 11 and 12 December 1998 Presidency Conclusions, (http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_en.htm).

⁴⁶Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions, (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm#c).

⁴⁷ BILLIET, Phillipe/KURLANDA, Ewa, "An Introduction to The Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", The New EU Directive on Mediation: First Insights, 2008, s.10.

Bu cevaplardan kimileri, arabuluculuk gibi yöntemlerin özel hukuk kişilerinin iradelerine dayanan niteliklerinden ötürü Avrupa Birliği çapında düzenlemelerin sakıncalı olacağını ifade etmekteyken, kimileri ise Avrupa Birliği için uygulanacak standartların belirli olmasının alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin gelişimine katkı sağlayacağını öne sürmekte, fakat neredeyse tüm paydaşlar alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin Avrupa Birliği hukuku için öneminde hemfikir görünmektedir⁴⁸.

Yeşil Kitap'ta, zorunlu arabuluculuğun tarafların mahkemeye başvurmasını geciktirebileceği veya engelleyebileceği için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mahkemelere ve adalete erişim hakkını ihlal edebileceği hususu tartışılmıştır. Örneğin, 14.2.2007 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı'nda zorunlu arabuluculuk tartışma konusu olmuştur. Kararda, uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesini sağlamak, hukuk barışını desteklemek ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmek için yasa koyucunun, mahkemelere başvurma imkânını tamamen ortadan kaldırmadan, uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmesini teşvik edebileceği, zorunlu arabuluculuğun mahkemelere ulaşmayı zorlaştırdığı, ancak bunun hukuk devleti gerekliliklerine uygun ve ölçülü olduğu ve bu sebeple anayasaya aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir⁴⁹. Benzer bir tartışma, Türk hukukunda da ele alınmış, Anayasa Mahkemesi kararında zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ihlal etmeyeceği görüşü benimsenmiştir⁵⁰.

Yeşil Kitap'ı takip eden yıllarda Avrupa Birliği çapında bir yasal düzenleme beklense de, bu düzenlemenin yayınlanması zaman almıştır. Bununla birlikte, yasal düzenlemeye giden süreçte 2004 yılında Avrupa Komisyonu bir grup uzmanı Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları adı verilen bir düzenleme hazırlamaya davet etmiştir. Özel hukuk ve ticaret hukuku alanlarında yürütülen arabuluculuk süreçlerinde arabulucuların tarafsız, bağımsız ve adil bir biçimde davranmalarını sağlama amacı taşıyan bu Davranış Kurallarının uygulanması arabulucuların takdirine bırakılmış ve zorunlu

⁴⁸ BILLIET/KURLANDA, s.11.

⁴⁹ Bkz. ERİŞİR, Evrim, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı" DEÜHFD, 2009, C. 11, Özel S., s.225-236.

⁵⁰ Bkz. s.30 vd.; AYM Kararı, 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> E.T. 10.06.2019).

tutulmamıştır. Bu bakımdan, 2004 yılında hazırlanan ve yayımlanan Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları'nın Yeşil Kitap'a getirilen eleştirileri dikkate aldığı ve özel kişilerin takdir yetkisine imkân tanıdığı söylenebilir⁵¹. Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları, bağlayıcı bir nitelik taşımasa da, birçok arabuluculuk kurumu tarafından onaylanmış ve uygulamaya koyulmuştur⁵².

Yeşil Kitap ve Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları'nı takiben, Avrupa Birliği'nde arabuluculuk giderek dikkat çeken bir müessese halini almıştır ve nihayetinde 2008 senesinde Avrupa Komisyonu tarafından 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi yayımlanmıştır. Direktifin amacı, Avrupa Birliği'nin özgürlük, güvenlik ve adaletin sağlandığı bir Avrupa alanı yaratma politikaları kapsamında adli ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü yöntemlerine erişimi desteklemek olarak ifade edilmektedir. Bu amacı yerine getirmek için, arabuluculuk, prosedürleri tarafların ihtiyaçlarına uygun biçimde belirlenebilecek, usul ekonomisine uygun ve hızlı bir mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözümü olarak benimsenmektedir. Arabuluculuk yoluyla varılacak anlaşmaların taraflarda gönüllü olarak uygulanabileceği, bu yol ile taraflar arasında dostane ve sürdürülebilir bir ilişkinin mümkün olacağı ifade edilmektedir. Direktif ile birlikte arabuluculuğa başvuran tarafların tahmin edilebilir bir hukuki çerçeveye güvenerek hareket edebilecekleri, böylece arabuluculuğun kullanımının teşvik edilebileceği öngörülmektedir⁵³.

Direktifin kapsamı, tarafların üzerinde tasarruf imkânı bulunan sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklardır. Direktif hükümlerinin yalnızca sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa uygulanacağı düzenlenmektedir; bununla birlikte, üye devletlerin Direktif hükümlerini yerel uyuşmazlık prosedürlerine uygulamasının önünde bir engel bulunmadığı

⁵¹ BILLIET/KURLANDA, s.12.

⁵² FILLER, Ewald, Commercial Mediation in Europe: An Empirical Study Of The User Experience, Güney Hollanda, 2012.

⁵³ 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, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>).

da ifade edilmiştir⁵⁴. Ayrıca, Direktif'in ilk maddesi, özellikle vergi, gümrük veya idari meseleler ya da devletin egemenliğine dayanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğunu kapsam dışı bırakmaktadır⁵⁵.

Direktif kapsamında öngörülen arabuluculuk prosedürlerine başvurmak tarafların iradesine bırakılmıştır. Bununla birlikte, üye devletlerin iç hukuklarında arabuluculuğu zorunlu kılmalarını engelleyen bir hükme yer verilmemiştir⁵⁶. Bununla birlikte Direktif'in 5/2. maddesinde üye ülkelerde arabuluculuğun zorunlu yapılmasının ve yaptırım uygulanmasının mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi koşuluyla mümkün olduğu belirtilmiştir⁵⁷.

Direktif uyarınca, üye devletlere getirilen bir yükümlülük, arabuluculuk sürecinin sonucuna varılan yazılı anlaşmanın icra edilebilir olmasına ilişkindir. Buna göre, arabuluculuk taraflarından birinin, diğer tarafın açık rızası ile anlaşmanın icra edilebilir olmasını talep etmesi mümkün kılınmaktadır. Bu durumun istisnası, anlaşmanın içeriği bakımından ilgili talebin yapıldığı üye devlet hukukuna aykırı olması veya hukuka göre icra edilemez olmasıdır. Anlaşmanın içeriklerinin, bir mahkeme ya da diğer yetkili kurumlar tarafından icra edilebilir hale getirilmesi mümkündür⁵⁸. Direktif, 21 Mayıs 2008 tarihinde yayınlanmış ve üye devletlerin Direktif'i 2011 yılının Mayıs ayına kadar iç hukuk sistemlerine dâhil edeceği düzenlenmiştir⁵⁹ ve 2011 senesinde çoğu üye devlet Direktif'i iç

⁵⁴ 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, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>).

⁵⁵ ERSEN PERÇİN, Gizem, "Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2011, C. 31, S. 2, s.187.

⁵⁶ AZAKLI ARSLAN, Betül, Medeni Usulü Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.88.

⁵⁷ ÖZMUMCU, Seda, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İÜHF, 2016, C. 74, S. 2, s.811; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1224; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.226.

⁵⁸ 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, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>).

⁵⁹ 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, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>).

hukukuna dahil etmiştir⁶⁰. 2011 tarihli bir raporda, Avrupa Parlamentosu kimi ülkelerin Direktif'in koşullarının da ötesine geçen ulusal düzenlemeleri kabul ettiğini tespit etmiştir⁶¹.

Tüm bunlarla birlikte, 1987 senesinden bu yana Avrupa Medeni Usul Model Kanun Tasarısı üzerinde çalışılmaktadır. Bu tasarı, uzlaştırmaya dair hükümlere yer vermekte, uzun ve masraflı dava prosedürlerinin yerine tarafların dava başında uzlaşmasını amaçlamaktadır⁶².

1.4.2. İtalya

İtalya, arabuluculuk uygulamaları bakımından çeşitli sebeplerle, Avrupa Birliği üye devletleri arasında özel bir öneme sahiptir. Öncelikle, 2009 yılında Dünya Bankası'nın yayınladığı bir rapora göre İtalya özel hukuk davalarının verimliliği bakımından 183 ülke arasında 158. sırada gösterilmiştir. İtalya'da hâkimlerin nüfusa oranı diğer Avrupa Birliği üye devletleriyle benzer bir oranda olsa da, yüksek dava oranı İtalyan hakimleri üzerinde kayda değer bir yük yaratmaktadır; örneğin 2008 senesinde, İtalyan Barolar Birliği, İtalyan mahkemeleri nezdinde 4.600.000 özel hukuk davasının açıldığı istatistiğini paylaşmıştır⁶³.

Öyle ki, İtalya'da zorunlu arabuluculuk öncesinde yargılamaların üç buçuk yıla kadar uzadığı ve nihai bir karara ise on yılı aşan bir sürede ulaşıldığı, ağır bir iş yükü ve yavaş bir yargılama söz konusu olduğundan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2000 yılında İtalya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılamaya ilişkin 6. maddesini ihlal ettiğini saptamış ve 600 milyon Euro'yu aşan bir cezaya karar vermiştir. 1990'lı yılların sonunda ve 2000'li yılların başlarında İtalyan hukukunda yargılamada etkinliğin sağlanması ve alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin yaygınlaştırılması için çeşitli çabalarda bulunulmuş, fakat bu düzenlemeler kayda değer bir etki yaratmamıştır⁶⁴.

⁶⁰ ÖZMUMCU, Seda "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İÜHFİM, 2016, C. 74, S. 2, s. 811.

⁶¹ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 811.

⁶² BULUR, s.36.

⁶³ COLOMBO, Giorgio Fabio, "Alternative Dispute Resolution (Adr) In Italy: European Inspiration and National Problems", Ritsumeikan Law Reviews, 2012, S.29, s.74.

⁶⁴ AZAKLI ARSLAN, s.89.

İtalya, Avrupa Komisyonu tarafından 2008 senesinde yayımlanan 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'ni 10 Mart 2010 tarihinde 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ("28 Sayılı KHK") ile İtalyan iç hukukuna dâhil etmiştir. Avrupa Parlamentosu kurumlarınca hazırlanan bir rapor, İtalyan hukukunda bu düzenlemenin 2008/52/EC sayılı Direktif'in organik ve entegre bir sistem ile iç hukuka dahil edildiğini, hatta Direktif'in gerekliliklerini kimi vakalarda aştığını ve özellikle arabuluculuk kapsamının sınır ötesi uyuşmazlıklardan, kimi yerel özel hukuk davalarında arabuluculuğu dava şartı olarak kabul edecek biçimde genişletildiğini ifade etmiştir⁶⁵.

28 Sayılı KHK, İtalya'da dört farklı arabuluculuk sistemi yaratmıştır. Bu sistemler, gönüllü arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, sözleşme hükümlerine dayalı arabuluculuk ve hâkim önerisi üzerine arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, gönüllü arabuluculuk tarafların özel hukuk ve ticaret hukuku kapsamında ve tasarruf yetkisi bulunan haklarına dair uyuşmazlıklarda, tarafların inisiyatifiyle başlatılabilirken, hâkim önerisi üzerine arabuluculuk kimi hallerde hâkimin tarafları davanın herhangi bir aşamasında arabuluculuk yöntemine daveti ve tarafların bu daveti kabul etmeleriyle başlayabilir. Sözleşme hükümlerine dayalı arabuluculuk tarafların uyuşmazlığı mahkemeye gitmeden önce arabuluculuk yoluyla çözmesi yükümlülüğünü doğurmaktadır⁶⁶.

Zorunlu arabuluculuk ise tarafların kimi davalarda arabuluculuk görüşmeleri için gerçekleştirilen ilk oturum toplantısına katılımını zorunlu kılmaktadır. Bu hallerde arabuluculuk yöntemi bir dava şartı hali olarak öngörülmüş, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması halinde dava işlemlerinin askıya alınacağı ve davaya devam edilmeyeceği düzenlenmiştir⁶⁷. Zorunlu arabuluculuk, kimi mülkiyet haklarına ilişkin davalarda, miras

⁶⁵ European Parliament Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs Italian Legislation On Mediation, 2011, s. 4. ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT\(2011\)453175_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT(2011)453175_EN.pdf))

⁶⁶ European Parliament Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Italian Legislation On Mediation, 2011, s.4-5. ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT\(2011\)453175_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT(2011)453175_EN.pdf)).

⁶⁷ AZAKLI ARSLAN, s.89.

davalarında, kira davalarında, leasing davalarında, trafik kazaları ile malpraktis davalarında ve hakaret davalarında dava şartı olarak öngörülmüştür⁶⁸.

Zorunlu arabuluculuk İtalyan hukukunda çeşitli sebeplerden ötürü tepki çekmiştir. Bu tepkilerin önemli bir sebebi arabuluculuk ücretleridir. 2011 yılında zorunlu arabuluculuğun yürürlüğe girmesini takiben, senede yalnızca birkaç bin davanın arabuluculuk ile çözülmesine karşın tüm davaların zorunlu arabuluculuğa gitmesi ve bu durumun taraflar nezdinde yarattığı masraflar ile zaman kaybı tepkilere yol açmıştır⁶⁹.

2012 yılında İtalyan Barolar Birliği zorunlu arabuluculuk sisteminin ücretli olması ve eşitliğe aykırı olmasından ötürü Anayasa Mahkemesi nezdine bir dava açmış ve Anayasa Mahkemesi'nin 2012/272 sayılı kararı ile zorunlu arabuluculuk kurumunun durdurulması kararlaştırılmıştır⁷⁰. Bununla birlikte, 2013 senesinde zorunlu arabuluculuk modeli birtakım değişikliklerle ve sadece birtakım katalog davalar ve gönüllü başvuru hallerini kapsayacak şekilde yeniden yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda getirilen yeni arabuluculuk modeli “zorunlu arabuluculuk ile gönüllü arabuluculuk arasında bir yerde” görülmektedir⁷¹.

69/2013 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, 20 Eylül 2013 tarihinden itibaren arabuluculuk kimi hallerde mahkemeye gitmeden önce zorunlu ilk adım olarak tanımlanmıştır⁷². 2013 yılında değişikliklere tabi tutulan arabuluculuk modelinde, 2010 yılındaki 28 Sayılı KHK'da olduğu gibi arabuluculuğa çeşitli hallerde gidilebilmektedir. Bunlardan biri sözleşme veya ilgili kanunda arabuluculuğa dair bir hükmün bulunması, bir diğeri hakimın dava sırasında karar vermesi ile zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulması ve sonuncu hal de bahsedilen katalog davalarda zorunlu arabuluculuktur. Bu katalog davalar, 28 Sayılı KHK'da belirlenenlerle büyük benzerlik içermektedir. Güncel olarak, zorunlu

⁶⁸ European Parliament Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Italian Legislation on Mediation, 2011, s.10. ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT\(2011\)453175_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453175/IPOL-JURI_NT(2011)453175_EN.pdf)).

⁶⁹ COMINELLI, Luigi, The “To Do” Law Decree And The Return Of Compulsory Mediation, Nctm Studio Legale (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ece6f52-214d-42e3-adee-d66363cef5ad>).

⁷⁰ AZAKLI ARSLAN, s.92.

⁷¹ D'URSO, Leonardo, “Italy's ‘Required Initial Mediation Session’: Bridging The Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation”, Alternatives To The High Cost Of Litigation, 2018, C.36, S.4, s.1.

⁷² ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 815.

arabuluculuk İtalyan özel hukuk ve ticaret hukuku davalarının yaklaşık %10'unda söz konusudur ve arabuluculuğun zorunlu olduğu haller, elbirliğiyle taşınmaz mülkiyeti ve genel olarak taşınmazlara ilişkin davalar, malvarlığının ayırımına ve mirasa ilişkin davalar, aile içi şirket anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıklar, taşınmaz kiralari ve ticari kiraya ilişkin davalar, malpraktis davaları, hakaret davaları ve son olarak bankacılık sözleşmeleri, sigortacılık sözleşmeleri ve finansal sözleşmeleri kapsamaktadır⁷³.

1.4.3. İngiltere

İngiltere'de alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri öncelikle komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarında gönüllü olarak ortaya çıkmış, 1990'lardan sonra ise ticari uyuşmazlıklarda ve aile hukuku alanında yaygınlaşmıştır⁷⁴. İngiltere, 1970'li yıllardan bu yana arabuluculuk ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair büyüyen bir ilgiye ev sahipliği yapmaktadır. Bu ilgi, aile uyuşmazlıklarına dair gönüllü arabuluculuk faaliyeti gerçekleştiren sivil toplum kurumlarının 1970'li yıllarda kurulması ile kendini göstermeye başlamıştır⁷⁵. Doktrinde, İngiltere'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gösterilen ilginin bir sebebi olarak da dava masraflarının yüksekliği belirtilmektedir⁷⁶.

İngiltere ve Galler'de özel hukuk davalarına ilişkin usuli kuralları belirleyen Medeni Usul Kanunu'na göre alternatif uyuşmazlık çözümleri, "uyuşmazlıkları normal dava süreci dışında yöntemlerle çözmeye yaran yollar" olarak tanımlanmıştır. Londra merkezli ve yaygın olarak bilinen bir alternatif uyuşmazlık çözümü kurumu olan Etkin Uyuşmazlık Çözüm Merkezi ise, alternatif uyuşmazlık çözümlerini "dava ve tahkimin katılığına maruz kalmayan ve tarafların daha iyi ya da benzer bir sonucu en az doğrudan ve dolaylı masraf ile mümkün kılan teknikler" olarak tanımlamaktadır⁷⁷.

⁷³ D'URSO, s.2.

⁷⁴ BULUR, s.35.

⁷⁵ ÖZDEMİR, Semih Sırrı, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 2, S. 1, s.60-61.

⁷⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.472.

⁷⁷LAMBERT, Donald/FINLAYSON Nicole, Mediation In United Kingdom, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>).

İngiliz hukukunda uyuşmazlık tarafları mahkemelerce arabuluculuğa yönlendirebileceği gibi, taraflar bir uyuşmazlık halinde arabuluculuğa gidileceğini önceden kararlaştırabilirler. İngiltere’de arabuluculuk genellikle tüketici hukuku, iş hukuku, aile hukuku, ticari uyuşmazlıklar veya haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıklardan kaynaklanmaktadır⁷⁸.

Hukuk muhakemelerinde arabuluculuk Birleşik Krallık’ta özellikle 1999 yılından bu yana ön plana çıkmıştır. 1990’lı yılların sonundan bu yana hukuk muhakemelerini daha çabuk, daha basit ve dostane hale getirmek adına yürütülen “Woolf reformları” sonrasında, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri ve özellikle arabuluculuk yaygınlaşmıştır. Woolf reformları, İngiliz mahkemelerinde adalete erişimi geliştirmek adına Lord Woolf tarafından hazırlanan ve 1996 senesinde yayınlanan Adalete Erişim hakkında Geçici ve Nihai Raporları kapsamaktadır. Bu raporlar alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerini teşvik eden tavsiyeler içermektedir ve doktrinde bu raporların İngiltere’de uyuşmazlık çözümünün yöntemleri hakkında görüşleri etkilemekte etkili olduğu ifade edilmektedir⁷⁹.

Woolf reformlarını takiben 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe giren İngiliz Hukuk Muhakemesi Kuralları’ndan bu yana uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümü yollarını değerlendirmesi beklenmektedir⁸⁰. Hukuk Muhakemesi Kuralları açıkça mahkemeleri “tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmaya teşvik etmek” ile sorumlu kılmaktadır⁸¹. Alternatif uyuşmazlık çözümü yollarını değerlendirmeyen tarafın, davasında başarılı olmasına bakılmaksızın, diğer uyuşmazlık tarafının hukuki (avukatlık ve diğer) masraflarını karşılamasına karar verilebilmektedir⁸².

İngiltere ve Galler’de alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri zorunluluk unsuru taşımamaktadır, zira mahkemeler tarafları uyuşmazlığı arabuluculuk ile çözmeye zorlayamamaktadır. Bununla birlikte, özellikle hukuki masrafların ödenmesi yoluyla taraflar aleyhine yaptırımlara karar verilebilir. Bu yaptırımlar, bir taraf diğerinin alternatif

⁷⁸ BİLGİN, Hikmet, “Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, HGD, 2019, s.21.

⁷⁹ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 816.

⁸⁰ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 816.

⁸¹ ÖZDEMİR, s.59.

⁸² LAMBERT/FINLAYSON, Mediation in United Kingdom.

uyuşmazlık çözümlerinin uygulanmasını reddettiği ve bu kararında makul olmayan biçimde davrandığını gösterirse, kimi masrafların bu tarafa yüklenmesi şeklinde ortaya çıkabilir⁸³. Öyle ki, İngiliz hukuk sistemindeki alternatif uyuşmazlık çözümlerinin dava açılmadan denenmemesi halinde dava masraflarının zorlayıcı bir etki yarattığını ve bir müeyyide olarak uygulandığını, hatta İngiliz hukukunda arabuluculuğun bu sebeple “yarı mecburi” olarak tanımlanabileceğini iddia eden yazarlar da bulunmaktadır⁸⁴.

Bununla birlikte, kimi hallerde arabuluculuğun muhakeme şartı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yakın zamanlı bir yüksek mahkeme kararına göre, kimi koşulların varlığı halinde arabuluculuğa başvurulması bir muhakeme şartı olarak kabul edilecektir. Arabuluculuğun muhakeme şartı olması için, taraflar arasındaki sözleşmenin tarafların alternatif uyuşmazlık çözümü yollarına başvurusu yönünde bir yükümlülük yaratması ve bu yükümlülüğün mahkeme önünde dava veya tahkim için bir önkoşul olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ilgili alternatif uyuşmazlık çözümünün objektif kriterlere atıf yaparak, yeterince kesin olması, örneğın bir arabulucu atanması için açık bir mekanizma öngörülmesi aranmaktadır. Bu hallerde, uygulanabilir bir uyuşmazlık çözümü anlaşmasının bulunmasına rağmen mahkemeye başvurulduysa, mahkemenin yasal prosedürü durdurması mümkün olacaktır. İlgili kararın alındığı olayda, taraflar arasındaki sözleşme feshedilmiştir ve her ne kadar sözleşmenin fesih maddesi, uyuşmazlık çözümü hükmünün fesihden sonra uygulanabilir olacağına dair bir ibare içermese de, mahkeme ilgili hükmün fesihden sonra da yürürlükte kalacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla, bahsedilen koşulların varlığı halinde, mahkemeye başvurudan önce arabuluculuğa başvurulmasının bir zorunluluk olduğuna karar verilebilmektedir⁸⁵.

Birleşık Krallık mahkemeleri ticari davalarda usul bakımından çok çeşitli kararlara hükmedebilmektedir ve İngiliz hâkimlerini tarafların alternatif uyuşmazlık çözümü yollarına

⁸³ MACKENZIE, John/PHILLIP, Matthew, Compulsory Mediation On A Voluntary Basis?, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6d828b7f-6a48-4cc6-aad4-7d4a33d1fe2a#targetText=In%20both%20England%20and%20Scotland,accept%20an%20offer%20to%20mediate.>)

⁸⁴ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s.811.

⁸⁵ SCOGINGS, Eleanor, English High Court Confirms Mediation Can Be Condition Precedent To Litigation, (<https://www.latham.london/2019/09/english-high-court-confirms-mediation-can-be-condition-precedent-to-litigation/>).

başvurmasını emretmekten alıkoyan bir usuli düzenleme bulunmamaktadır; fakat bu yönde kararlara teamülde rastlanmamaktadır. Doktrinde, Birleşik Krallık'ta zorunlu arabuluculuğun mahkemelere erişimi ölçüsüz bir şekilde kısıtlayacağına dair bir fikir birliği olduğu dile getirilmektedir. Öyle ki, İskoç mahkemelerinde görülen bir davada, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmayı reddeden tarafın usuli masraflara katlanmasının bile mahkemelere erişim hakkını zedeleyeceğinden hareketle, bu yaptırımın uygulanmamasına karar verilmiştir⁸⁶.

2009 yılında Lord Jackson tarafından hazırlanan Hukuk Muhakemeleri ve Masrafları Final Raporu, 1996 senesinde yayınlanan Adalet Erişim hakkında Geçici ve Nihai Raporları'nı destekleyen düşüncelerle, dava masraflarının kontrol altına alınması için arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kullanılmasının mümkün olduğunu, fakat arabuluculuğun kamuoyunda takdir edilmediğini ve ihtiyaç duyulunan bir yasa değişikliği değil, bir kültür değişikliği olduğunu ifade etmiştir⁸⁷.

İngiltere, 2011 senesinde 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'ni yerel mevzuatına dâhil etmiştir⁸⁸. Bununla birlikte doktrinde İngiliz örneğinin Direktif'in ötesine geçemediği vurgulanmaktadır⁸⁹.

İngiliz hukukunda arabuluculuğa dair ilgi çekici başka bir husus, İngiliz teamül hukukunun, toplum içinde yerleşmiş geleneklere verdiği ağırlığın bir başka görünümü olarak, arabuluculuk faaliyetlerinin bir kanunla düzenlenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla, arabulucuların faaliyetleri mahkemeler ve hükümetin teşvikiyle, fakat devlet denetimi olmaksızın yürütülmektedir⁹⁰.

⁸⁶ MACKENZIE/PHILLIP, Compulsory Mediation On A Voluntary Basis?.

⁸⁷ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s.817.

⁸⁸ DÜR, s.185.

⁸⁹ ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s.817.

⁹⁰ DÜR, s.183.

1.5. Türkiye’de Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları ve Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu

1.5.1. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk

Arabuluculuk ihtiyari bir çözüm yöntemi olarak Türk hukukunda uygulanan bir yöntemdir. Dava şartı arabuluculuk ise Türk hukukunda ilk olarak iş hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklarda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. 11. ve 12. maddelerinin 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi ile uygulamaya konulmuştur. Buna göre; iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

7036 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, iş yargılamasının özelliği, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin niteliği, iş mahkemelerinin iş yükü, iş davalarının ortalama görülme süreleri, zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil edilen uyuşmazlık konularının mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle çözülmesinin gerekliliği ve bu gerekliliğin son zamanlarda konunun paydaşları ve aktörleri tarafından dile getirildiği belirtilmiştir. Bununla birlikte genel gerekçede yasa koyucu, 2013-2017 yılları arasında ihtiyari arabuluculuk kapsamında tarafların çözüme ulaşmaya çalıştıkları uyuşmazlıkların %89’unun işçi ve işveren uyuşmazlığı konusunda olduğunu ve bu uyuşmazlıkların da %93’e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığını ve arabuluculuk çözüm sürecinin uyuşmazlıkların ciddi bir oranında bir gün civarında sürdüğünü belirtmiştir.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2017 Yılı Adli İstatistikler Yayını’na göre 2017 yılında bir önceki yıldan gelen, yıl içerisinde açılan ve bozularak gelen olmak üzere toplam 557986 iş davası görülmüştür⁹¹. 2018 Yılı Adli İstatistikler Yayını’na göre ise 2018 yılında bir önceki yıldan gelen, yıl içerisinde açılan ve bozularak gelen olmak üzere

⁹¹ Adli İstatistikler 2017, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2682019155449istatistik2017.pdf> (E.T. 09.07.2019).

toplam 540156 iş davası görülmüştür⁹². Yine 2018 Yılı Adli İstatistikler Yayını'na göre Türkiye'de 2018 yılında dava şartı olarak arabuluculuk süreçlerinde anlaşma oranı %69,4 olarak tespit edilmiştir⁹³. İstatistikleri çalışan nüfusunun artışı ile birlikte değerlendirdiğimizde iş hukukunda zorunlu arabuluculuğun belirli bir oranda da olsa başarı yakaladığı kanaatine ulaşmaktayız.

6325 sayılı Kanun'un 4. maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin gizli tutulacağı düzenlenmiştir. Söz konusu gizlilik yükümlülüğü, gerek arabuluculuk sürecinde gerek arabuluculuk sonrasında dava açılması halinde de geçerlidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, gizlilik yükümlülüğünün tarafların iddialarını ispatlama haklarını bertaraf edecek seviyede olmamasıdır⁹⁴. 6325 sayılı Kanun'un 5. maddesinde buna ilişkin pozitif düzenlemeler de yer almaktadır. İş hukukunda zorunlu arabuluculuğun başarıya ulaşmasındaki temel etkenlerden birinin de arabuluculuk sürecinin gizli olması ve tarafların birbirlerine sundukları tekliflerin, herhangi bir vakıanın kabulünün ve uyuşmazlığa ilişkin görüşlerin paylaşılabilmesidir. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk ile uyuşmazlığın çözümü için 7036 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme ile arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç haftalık süre öngörülmüş ve zorunlu hallerde bu sürenin bir hafta uzatılabileceği belirtilmiştir. 2018 yılında iş mahkemelerinde açılan davaların ortalama görülme süresinin 629 gün olduğu dikkate alındığında⁹⁵ arabuluculuk ile çözülen uyuşmazlıkların çözüm süresi ile dava yolu ile uyuşmazlığın çözüm süresi arasındaki farkın kayda değer olduğu açıkça görülmektedir. İşçi-işveren uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulamasının işçi açısından uyuşmazlığın çözüm süresi, işveren açısından ise gizlilik yükümlülüğü kapsamında

⁹² Adli İstatistikler 2018, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf> (E.T. 09.07.2019).

⁹³ Adli İstatistikler 2018, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf> (E.T. 09.07.2019).

⁹⁴ YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.57.

⁹⁵ Adli İstatistikler 2018, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf> (E.T. 09.07.2019).

bilgilerinin ifşa edilmemesi ve her iki taraf açısından da maddi ve manevi açıdan tüketici olmaması ve barışçıl bir çözüm yolu olması sebebiyle yerinde bir uygulama olduğu kanaatindeyiz⁹⁶.

7036 Kanun ile yapılan ve hukukumuzda ilk defa uygulama alanı bulan zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerle, iş hukuku kapsamında bazı uyuşmazlık konularının mahkeme tarafından çözüme kavuşturulmasından önce zorunlu arabuluculuk uygulaması öngörülmüştür. Buna göre arabuluculuğa başvurmaksızın dava açılması ve bu davanın mahkeme tarafından esası bakımından incelenmesi 7036 sayılı Kanun'da belirtilen iş uyuşmazlıklarında mümkün olmayacaktır. Davacının zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmadan dava açması halinde ne olacağına ilişkin yasanın tasarı döneminde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması halinde mahkemenin, davayı usulden reddetmesi ve eksikliğin giderilmesi için davacıya süre vermesi söz konusu olacaktır⁹⁷. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, mahkemenin dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan açılan davada davacıya arabuluculuğa başvurması ve bu şekilde dava şartı eksikliğinin giderilmesi için süre vermesi imkânı bulunmamaktadır⁹⁸. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115/2. maddesinde dava şartı yokluğu halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği ve ancak dava şartı yokluğunun giderilmesinin mümkün olması halinde giderilmesi için kesin süre vereceği düzenlenmiştir. Bu durumda zorunlu arabuluculuğun eksikliği giderilmesi mümkün olan bir dava şartı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu durum anılan hükmün gerekçesinde de *“Bir başka ifadeyle dava şartı noksanlığının giderilmesi (arabulucuya başvurulması) için mahkemece davacıya süre*

⁹⁶ KURT, Resul, “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBBD, 2018, S. 135, s.428.

⁹⁷ ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, SİHD, 2016, S.35, s.61; OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 31.

⁹⁸ ÇİL, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018, s.25; KAR, s.427; MUTLAY, Faruk Barış: “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, ÇTD, 2018, S.4, s.2135.

verilmeyecektir. Böylece açılan davaya ilişkin dosya mahkemede derdest halde beklemeyecektir.” ifadesi ile de açıkça ortaya konulmuştur. Bu kapsamda 6325 sayılı Kanun hükümleri ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun eksikliği sonradan giderilebilecek bir dava şartı olmadığı ve dava açılırken bu şartın gerçekleşmemiş olması halinde davanın usulden reddi gerektiği kanaatine varmaktayız.

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulaması dava konusu bakımından belirli sınırlamalarla uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalar, dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmış, ancak iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle vuku bulan maddi veya manevi tazminat davaları ve bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmamıştır. Böylece, tarafları işçi-işveren olan, konusu 7036 sayılı Kanun’da belirtilen kapsama dâhil olan ve konuya ilişkin taleplerin işçinin işverene karşı veya işverenin işçiye karşı ileri sürüldüğü davalarda arabuluculuğa başvuru zorunlu hale gelmiştir. Buna göre işçi-işveren ilişkisi kapsamında doğması muhtemel alacak ve tazminat kalemleri; ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, cezai şart, avansın geri verilmesi ve eğitim/kurs giderleri konulu davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur. Bununla birlikte işçinin işe iade talebi bulunduğu hallerde de dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi gerekmektedir. Yukarıda sayılan uyuşmazlıklara ilişkin işçi ve işveren öncelikle arabulucu önünde müzakerelerde bulunarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya çalışacak, ancak taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı halde dava açılması yoluna gidilebilecektir. 7036 sayılı Kanun’un 3. maddesinin gerekçesinde işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil sebepleriyle açılacak alacak ve tazminat davalarında da dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olduğu, buna rağmen işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanmayan alacak ve tazminat taleplerinde arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmadığı belirtilmiştir⁹⁹. Bu bağlamda 7036 sayılı Kanun

⁹⁹ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 Gerekçesi.

ile gelen zorunlu arabuluculuk uygulaması, temelinde uyuşmazlık konusunun öncelikle işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan ve konusu kanunda belirtilen belirli konularda olan uyuşmazlıklarda yürütülmesi gereken bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak Türk hukukunda zorunlu arabuluculuğun ilk uygulamasını oluşturmuştur.

1.5.2. Ticaret hukukunda zorunlu arabuluculuk

19.12.2018 tarihli ve 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un (“7155 sayılı Kanun”) 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu’na 5/A maddesi eklenmiş ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi ve tazminat talepleri olan ve Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan mutlak ticari davalar ile nispi ticari davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler, 7155 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalarda uygulanmayacaktır. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ileride detaylı olarak incelenecektir.

1.5.3. Zorunlu Arabuluculuğun Anayasaya Aykırılığının Değerlendirilmesi

Arabuluculuk yukarıda da belirtildiği üzere esasen ihtiyarilik ilkesine bağlı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Zorunlu arabuluculuk uygulaması ile birlikte zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına ve bunun bir sonucu olarak da Anayasa’ya aykırılığı sorunu gündeme gelmiştir.

Hak arama özgürlüğü, haklarını mahkeme önünde aramak isteyen herkese aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu yola başvuru yapabilmesi imkânının sağlanmasıdır¹⁰⁰. Bununla birlikte hak arama özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan bir

¹⁰⁰ BUDAK, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s.6.

araç niteliğini de beraberinde taşır¹⁰¹. Hak arama özgürlüğünün dayanağını Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) oluşturur. Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca; herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından haklarının korunmasını talep edebilir. Buna göre temel dayanağını Anayasa’dan alan hak arama özgürlüğü kapsamında hak sahiplerine dava açma hakkının tanınması gerekmektedir. Dava açma hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanım biçimlerinden birisini oluşturur¹⁰².

Mahkemeye erişim hakkı, hak sahiplerinin iddia ve savunmalarını bağımsız ve tarafsız adli bir makam önünde aşılması zor bir engel bulunmaksızın ileri sürebilmeleridir¹⁰³. AİHS’nde Anayasa’dan farklı olarak mahkemeye erişim hakkı açıkça ifade edilmemiş ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ile mahkemeye erişim hakkının AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴. Mahkeme erişim hakkı, nihayetinde adaletin sağlanmasını hedefleyen bir yargılama sürecinin başlatılması ile adalete erişimi sağlamaktadır.

Zorunlu arabuluculuk, kişinin dava açmadan bir diğer ifadeyle mahkemeye erişmeden önce başvurması gereken zorunlu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu kapsamda ilk bakışta zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişimi engellediği gündeme gelse de adalete erişimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile de sağlanabileceği unutulmamalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, tüm uyuşmazlıkların dava ile çözüme kavuşturulması gerek maliyet, gerek süre, gerekse de mahkemelerin iş yükü açısından yorucu

¹⁰¹ DOĞANOĞLU, Ali Erdem, “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Atipik Örgütlenmeler”, The Turkish Yearbook of International Relations, 2016, S.47, s.102.

¹⁰² TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.464.

¹⁰³ EKİNCİ, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, GÜHFD, 2014, C. 18, S. 3-4, s.823; AKTEPE ARTIK, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s.74.

¹⁰⁴ Bkz. Golder-Birleşik Krallık davası, 21.02.1975 tarihli karar, Başvuru Numarası 4451/70, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D>) E.T. 03.12.2019).

ve yıpratıcı bir çözüm sürecini de beraberinde getirmektedir. Bu sebeple de yargılamanın sonucunda adalete erişim bazen geç sağlanmakta bazense tam olarak sağlanamamaktadır. Buna bağlı olarak da süreç ve ulaşılan sonuç tarafları tatmin etmemektedir. Ancak öğretide zorunlu arabuluculuğun temel bir hak olan hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil ettiği, hali hazırda uzun süren yargılamaların uzamasına sebep olacağı ve arabuluculuğun temel ilkelerinden olan ihtiyarilik ilkesi ile bağdaşmayacağı yönünde görüşler de mevcuttur¹⁰⁵. Bu görüşe göre kişilerin rızası dışında yargı dışı bir çözüm yoluna mecbur bırakılmasının hak arama özgürlüğü için devlet yargısının ve davanın sağladığı asgari güvencenin kaybolması sonucunu ortaya çıkardığı, hakkın kullanımını güçleştirdiği ve ortadan kaldırdığı ve zorunlu arabuluculukla yargısal güvencelerin dışarıda bırakıldığı bu sebeple de zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶. Bu görüşe göre, mahkemeye başvurabilmek ve hak aramak, herkes için anayasal güvenceye bağlanmış temel bir haktır ve her ne şekilde olursa olsun kişiler bu haktan yoksun bırakılamaz.¹⁰⁷ Bu doğrultuda zorunlu arabuluculuk ile mahkemeye erişim hakkı engellenmektedir. Yine bu görüşe göre arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulması arabuluculuğun ihtiyarilik ilkesi ile çelişmekte ve arabuluculuğun ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olması özelliğinin kaybetmesine sebep olmaktadır¹⁰⁸. Öğretideki bu görüş aynı zamanda zorunlu arabuluculuğun yargılamanın yavaş ilerlediği ülkelerde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması sürecini daha da uzatabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹. Öğretide bir diğer görüş ise zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne, mahkemeye erişim hakkına ve arabuluculuğun ihtiyarilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönündedir¹¹⁰. Zorunlu

¹⁰⁵ Bkz, EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.144-150; KARACABEY, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, ABD, 2016, S. 1, s.489; TANRIVER, Arabuluculuk Kanun Tasarısı, s.186-187; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.127; ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s.838, YAZICI TIKTIK, s.38; GÜZEL, Ali, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı

Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016, S. 3, s.1146.

¹⁰⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.149-150.

¹⁰⁷ KARACABEY, s.472; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.148.

¹⁰⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 151; ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk, s.827; KARACABEY, s.466-467; YAZICI TIKTIK, s.38.

¹⁰⁹ TANRIVER, Arabuluculuk Kanun Tasarısı, s.187; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.127;

¹¹⁰ KURU, Baki: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler,” Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2010, C. 16 S. 2, s.239; ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Yayınları,

arabuluculuk ile kişilerin dava açma hakları kısmen sınırlandırılmış olsa da esasen bu sınırlandırma hukuki açıdan meşru olup adalete etkin bir şekilde erişim imkanının alternatif bir yolla sağlanma gayreti olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa Konseyi'nin arabuluculuğa ilişkin 21.05.2008 tarihli Direktif'inde¹¹¹, “Bu Direktif, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.” hükmüne yer verilmiş ve arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasını kişilerin yargı sistemine erişim hakkını ortadan kaldırmaması halinde mümkün olduğu işaret edilmiştir¹¹². Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi de 2012/94 E. sayılı kararında, “*Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.*” şeklinde hüküm kurarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğunun hak arama özgürlüğüne aykırılığını değerlendirmiştir¹¹³. Zorunlu arabuluculuk uygulamasında kişilerin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması zorunluluk olarak kabul edilse de arabuluculuk görüşmelerinin devam ettirilmesi ve sonlandırılması tarafların serbest iradelerine bağlıdır. Taraflar, arabuluculuk sürecinde anlaşmama hakkına sahiptirler. Bu sebeple de taraflar arabuluculuk sürecinde adil ve kendilerini tatmin edecek bir sonuca ulaşılmayacağını anladıkları takdirde veya herhangi bir sebeple süreci sonlandırabilir ve mahkemeye başvurabilirler. Bu serbesti herhangi bir makamın, arabulucunun veya karşı tarafın onayına ve rızasına bağlı değildir. Uyuşmazlığın tarafı dilediği zaman arabuluculuk

Ankara 2010, s.139; ÜSTÜNDAĞ, Saim, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”; Yargı Dünyası, 2008, S.145, s.16; DÜR, s.258-259; AZAKLI ARSLAN, s.154,178-189; ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016, s. 43; ERDOĞAN, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2017, C.14, S.55, s.1231-1236; ILDIR, s.48; KAYA, Sedat, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, EBÜHFD, 2018, C. 22, S. 1–2, s.224-225; KURT, İş Yargısında Arabuluculuk, s.428.

¹¹¹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008, (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> E.T. 03.12.2019)

¹¹² DÜR, s.259; ÖZBEK, Anayasal Hak, s.140; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.226; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1224.

¹¹³Anayasa Mahkemesi Kararı, 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c6af87a2-29fa-47d9-9bc0-6c085a20a681?highlightText=%22kad%C4%B1%22&excludeGerekce=True&wordsOnly=False>).

sürecinden çekilebilir ve hakkını mahkemede arayabilir. Nitekim 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinin 15. fıkrası ile arabuluculuğa başvurudan itibaren son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği açıkça belirtilmiş ve bu bağlamda tarafların arabuluculuk süreci sonucunda dava açma imkânları koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla hak talebinde bulunmak isteyen bir kimsenin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmasının zorunlu tutulması, o kişinin dava açma imkânından yoksun bırakıldığı anlamına gelmemektedir.

Hak arama özgürlüğü kapsamında bireyler kanunla belirlenen sınırlar içerisinde yargı yoluna yani devlete başvurabilir ve devletin de kendiliğinden hak alma yasağı ve hukuk devleti gerekliliklerine uyarak bu başvuruları karşılaması, bağımsız mahkemelerde yargılama yapılmasını ve kararların uygulanabilirliğini sağlaması gerekir¹¹⁴. Zorunlu arabuluculuktan, devletin yargılama yapmak ve hak dağıtmak yükümlülüğünden vazgeçtiği veya bunu başka bir merciiye devrettiği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri bu uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülemeyeceği anlamına gelmez. Zorunlu arabuluculuk yalnızca dava şartı olarak öngörülmektedir ve kişilerin dava açmasını ve mahkemelerde hak aramasını ortadan kaldırmamaktadır¹¹⁵. Zorunlu arabuluculuğun devletin yargılama yapmak ve hak dağıtmak yükümlülüğünü başka bir kuruma veya kişiye devredilmesi yönünde yorumlanmaması gerekir. Zira arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafından veya başka bir kişi veya kurum tarafından yargılama yapılmamakta ve karar verilmemektedir¹¹⁶. Yeni düzenlemelerle her ne kadar arabulucuya çözüm önerisinde bulunma yetkisi verilmişse de bu belirli koşulların varlığı halinde kullanılacak ve öneri niteliğinden öteye geçemeyecektir. Arabulucu, zorunlu arabuluculuk sürecinde dahi taraflara bir çözüm üzerinde baskı kuramaz, tarafların haklılığına karar veremez. Arabulucu tarafından yapılan faaliyet hak dağıtmak veya yargılama yapmak değil, tarafların tatmin olabileceği bir çözüm üzerinde mutabakata varmaları için uygun müzakere ortamını oluşturmaktır. Bu

¹¹⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.13; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.12-13; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.79; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.3.

¹¹⁵ KURT, İş Yargısında Arabuluculuk, s.428; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.225; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s.41; AZAKLI ARSLAN, s.182.

¹¹⁶ TANRIVER, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s.165; ÖZMUMCU, Uzak Doğu, s.282-283; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.218.

bağlamda devletin hak dağıtmak ve yargılama yapmak yükümlülüğünün devredilmesi söz konusu değildir.

Zorunlu arabuluculuk, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını kısmen sınırlasa da bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında ele alınması gerekecektir. Buna göre hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması, meşru amaca dayanması ve amaca ulaşmada elverişli olması gerekmektedir. Zorunlu arabuluculukta, tarafların süreci sona erdirmekte serbest olmaları ve anlaşamama sonucunda dava açabilecekleri dikkate alındığında hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmadığı bir diğer ifadeyle hakkın özüne dokunmadığı kanaatindeyiz¹¹⁷. Gerek iş hukukunda zorunlu arabuluculukta gerekse ticaret hukukunda zorunlu arabuluculukta uyuşmazlığın daha kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesi ve yargılamaların gereği gibi yürütülebilmesi için mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, zorunlu arabuluculuğun meşru amaçlara hizmet ettiği ve uyuşmazlık tarafları ile birlikte kamu yararını koruduğu söylenebilir. Arabuluculuk süreçlerinde öngörülen zaman sınırlamaları, arabuluculuk süreçlerinin gerek maddi gerekse manevi olarak taraflara daha az yükümlülükler yüklemesi ve arabuluculuk süreci ile çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmaması sebebiyle mahkemelerde iş yükünün azaldığı dikkate alınarak esasında zorunlu arabuluculuk uygulaması ile adalete etkin bir şekilde erişimin sağlandığı ve zorunlu arabuluculuğun hedeflere ulaşmakta elverişli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zorunlu arabuluculuğun makul bir süre ile mahkemeye erişimi ertelemesi, bu süreçte zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri işletmeyerek tarafları koruması, tarafların dava açmalarını tamamen engellememesi ve anlaşamama halinde dava açılmasına imkân vermesi birlikte değerlendirildiğinde zorunlu arabuluculuğun ulaşılmak istenen amaçlar ile orantılı olduğu ve Anayasa ile koruma altına alınan hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına aykırı olmadığı kanaatindeyiz¹¹⁸.

¹¹⁷ ILDIR, s.48; AZAKLI ARSLAN, s.184; ÖZBEK, Anayasal Hak, s.140; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s.41; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1235; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.225.

¹¹⁸ AZAKLI ARSLAN, s.187; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.226; ILDIR, s.48; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1239; ÖZBEK, Anayasal Hak, s.140; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s.41; YARDIM, Mehmet Ertan, "Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", Toprak İşveren Sendikası E-Dergi, 2018, S. 117, s.19.

2. TİCARİ DAVALAR BAKIMINDAN ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN ZORUNLU OLDUĞU HALLER

2.1. Ticari Dava / Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık, bir hak çerçevesinde taraflar arasında çıkan anlaşmazlıktır. Uyuşmazlık, dava konusu olabilecek hukuki meselelerde görünür hale gelir¹¹⁹. Uyuşmazlık, hukuk düzeni tarafından koruma altında olan hakka dayalı bir menfaatin ihlali veya hukuk düzeni tarafından kurulmuş yarar dengesinin bozulması sebebiyle meydana gelir¹²⁰. Uyuşmazlık kavramı ile anlaşmazlık kavramı arasındaki farka değinecek olursak, anlaşmazlık esasen pasif niteliği haiz, diğer tarafa yöneltilmemiş veya diğer taraftan talepte bulunulmamış, kişinin kendi içerisinde yaşadığı içsel bir durumken uyuşmazlık, anlaşmazlığın diğer tarafa aktarılması ve bunun üzerine taraflar arasında mutabakat sağlanamaması yoluyla vuku bulur¹²¹. Bir diğer anlatımla, anlaşmazlık taraflar arasında talepte bulunarak veya bildirilerek uyuşmazlık haline dönüşür. Taraflar arasında uyuşmazlığın çözülememesi halinde bireylerin haklarına ulaşmak için kendiliğinden kuvvet kullanmaları yasak olduğundan dava açma gereksinimi doğar¹²².

Ticari dava, genel olarak bir ticari uyuşmazlığın uzmanlık gerektiren çözümünün özel mahkemeler nezdinde gerçekleşmesiyle ortaya çıkan davalardır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlendiği üzere, ticari davalar mutlak ticari davalar ve nispi ticari davalar olarak ikiye ayrılmaktadır.

2.2. Mutlak Ticari Davalar

Bir davanın ticari dava olarak sınıflandırılmasında, tarafların sıfatı, işlem veya işlemin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığı dikkate alınmadan yalnızca uyuşmazlığın TTK'nın 4. maddesinde belirtilen kapsamda olup olmadığı dikkate alınıyorsa

¹¹⁹ ÖZBEK, s.105.

¹²⁰ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.8; ILDIR, Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.386.

¹²¹ ÖZBEK, s.106; AKSU, Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Zorunlu Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.4.

¹²² PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.13.

mutlak ticari davadır¹²³. Bir diğer ifadeyle mutlak ticari davalar, tarafların sıfatı, işlem veya işlemin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığı değerlendirilmeksizin kendiliğinden ticari dava niteliği taşıyan davalardır¹²⁴. Bir davanın ticari dava olmasının tabii sonucu davanın o yerdeki ticaret mahkemesinde görülmesidir¹²⁵. TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının a ve f bentleri arasında düzenlenen konulardan doğan davalar ve özel kanunlarda düzenlenen uyuşmazlıklardan doğan davalar mutlak ticari davaları oluşturur. Bu halde mutlak ticari davalar, TTK gereği mutlak ticari davalar ve özel kanunlar gereği mutlak ticari davalar olarak incelenecektir.

2.2.1. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Mutlak Ticari Davalar

TTK'nın 4. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, TTK'da düzenlenen hususlardan doğan davalar, tarafların sıfatına veya uyuşmazlığın tarafların ticari işletmelerine ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava niteliğindedir¹²⁶. Bu bağlamda ortaya çıkan sonuç, TTK'dan kaynaklanan mutlak ticari davaların belirlenmesinde, uyuşmazlık konusunun TTK'da düzenlenen hususlardan biri olmasının yanında herhangi bir özelliğin dikkate alınmamasıdır. Bu kapsamda örneğin; tacir olmayan taraflar arasında poliçe, bono veya çek sebebiyle oluşan davalar¹²⁷, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalar¹²⁸, limited şirkete ilişkin davalar, eşya taşımaya ilişkin

¹²³ BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019, s.92; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019, s.133; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.197; ERDOĞAN, Abdullah, "Ticari Davalar", Regesta, 2013, C. 3, S. 1, s.61; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2019, s.65; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.160; ERDOĞAN, s.60; DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, "Ticari Davalar", MÜHFHAD, 2012, C. 18, S. 2 (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum), s.103.

¹²⁴ KOÇYİĞİT, İlker/BÖRÜ, Levent, Ticari Dava, Ankara 2013, s.9; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.66.

¹²⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.72; KARSLI, s.97; ERDOĞAN, s.58; DELİDUMAN/ORUÇ, s.101.

¹²⁶ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.160; KARSLI, s.97; BAHTİYAR, s.92; POROY/YASAMAN, s.133; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.65; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.197.

¹²⁷ KURU, Medeni Usul Hukuku, s.679; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.66; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.160; DELİDUMAN/ORUÇ, s.104; ERDOĞAN, s.61.

¹²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001/13-1026 E. 2001/765 K. 01.11.2001 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 30.04.2019), AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.66.

davalar¹²⁹, yolcu taşımaya ilişkin davalar¹³⁰, sigorta hukukuna ilişkin davalar¹³¹ ve TTK'da düzenlenen diğer hususlardan kaynaklanan davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilir.

2.2.2. Diğer Kanunlar Kapsamında Mutlak Ticari Davalar

TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca Türk Medenî Kanunu'nun 962 ila 969. maddelerinde düzenlenen rehin karşılığında ödünç verme işinden doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak kabul edilmektedir. Bunun temelinde genel olarak, rehin karşılığı ödünç verenlerin tacir ve bu gibi işlemlerin ticari faaliyetlerle ilgili olarak görülmesi yer almaktadır¹³². Ancak 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun geçici 5. maddesi uyarınca 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den aldıkları yetkiyle ikrazatçılık faaliyetinde bulunanların 6361 sayılı Kanun kapsamında faaliyetlerine devam edebilmeleri için 6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde gerekli izinleri almaları şartı öngörülmüştür. Gerekli izinleri alamayan ikrazatçıların ise ikrazatçılık faaliyet izinlerinin kendiliğinden sona ereceği ve mevcut sözleşmelerden kaynaklanan alacakların tahsili hariç olmak üzere yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamayacakları düzenlenmiştir. Bir diğer anlatımla, TMK'nın 962 ila 969. maddeleri arasında düzenlenen ödünç para verme işi ile iştigal edenlerin izinleri ortadan kaldırılmış ve TMK'nın bu hükümleri uygulanabilirliğini yitirmiştir.

TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde ise Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden kaynaklanan mutlak ticari davalar düzenlenmiştir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 202 ve 203. maddelerinde yer alan malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilecektir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179 ve 180. maddelerinde yer alan malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesine ilişkin hükümlerin ticari işletmeler dışındaki işletmelere uygulanıp

¹²⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2010/10197 E. 2012/1788 K. 13.02.2012 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 30.04.2019)

¹³⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/18343 E. 2015/495 K. 16.1.2015 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 06.05.2019).

¹³¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2014/5204 E. 2015/12834 K. 26.11.2015 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 06.05.2019).

¹³² ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 109.

uygulanmayacağına yönelik çeşitli görüşler mevcuttu. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde ise işletmeye ilişkin ticari işletme ve diğerleri ayrımı yapıldığından 202. ve 203. maddelerden kaynaklanan davalar işletme ayrımı yapılmaksızın ticari dava olarak nitelendirilecektir¹³³.

TBK'nın 444. ila 447. maddeleri arasında rekabet yasağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı yazılı olmak kaydıyla, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren işverenle rekabet etmemeyi, kendi hesabına rakip bir işletme açmamayı, başka bir rakip işletmede çalışmamayı veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemeyi taahhüt edebilir. Rekabet yasağı hukuken işçinin işten ayrılmasıyla son bulan bir yükümlülük olup esasen işçinin sadakat borcunun bir sonucu olup işveren tarafından istihdam edildiği sürece işverenle rekabet etmemesini ifade eder¹³⁴. İşçinin rekabet etmeme borcu, işverenin haklı menfaatlerini korumaya yöneliktir. İşverene ait ticari sırların, gizli veya mesleki bilgilerin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da işçi tarafından kullanılması işverenin haklı menfaatlerine zarar verebilir. Bu sebeple taraflar arasında iş sözleşmesi ile veya münferiden bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilir¹³⁵. Ancak bu sözleşmenin işverenin haklı menfaatlerini koruduğu kadar işçinin haklı menfaatlerini ve temel hürriyetlerini koruması gerekmektedir. Örneğin, rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin Anayasal bir hak olan çalışma ve sözleşme hürriyetini engeller nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu sebeple de TBK'nın 444 ila 447. maddeleri ile tarafların menfaatlerini korumak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Rekabet yasağından kaynaklanan davaların asliye ticaret mahkemesinde mi yoksa iş mahkemesinde mi görüleceği ise tartışmalıdır. Zira 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işçi ile işveren arasındaki ilişkiye ilişkin iş akdinden veya kanundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemeleri görevlidir. Bununla birlikte TTK'nın 4/1-c maddesinde ise rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıkların ticari dava olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

¹³³ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.68; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.160; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer./KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2019, s. 119; KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 251.

¹³⁴ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, s.138.

¹³⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 338.

Bununla birlikte Yargıtay tarafından da konuya ilişkin verilen çelişkili kararlar da bulunmaktadır. Yargıtay, konuya ilişkin 2008 tarihli bir kararında¹³⁶, rekabet yasağının dayanağın işçinin hizmet sözleşmesinden doğan sadakat borcundan kaynaklanmakta olduğunu belirterek iş mahkemelerinin görevli olduğuna karar verirken, 2012 tarihli bir kararında ise¹³⁷ iş akdinin devamı sırasında ortaya çıkan rekabet etmeme yasağına aykırılık hali ile iş akdinin sona ermesi sonrasında çıkan rekabet etmeme yasağına aykırılık ayırımına giderek rekabet yasağından kaynaklanan davaları ticari dava olarak kabul etmiş ve asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir. TTK'nın 4/1-c maddesinde yer alan açık hüküm gereği rekabet yasağına ilişkin davalar ticari davalardır. Ancak her ticari dava asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girmemektedir¹³⁸. TTK'nın 5/1. maddesinde yer alan “aksine hüküm bulunmadıkça” ifadesini de dikkate aldığımızda öncelikli görevli mahkemenin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemeleri olduğu kanaatindeyiz¹³⁹.

TBK'nın 487 ila 501. maddeleri arasında yayım sözleşmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Yayım sözleşmesi, telif hakkına konu bir eser sahibinin mali haklarından olan çoğaltma ve yayma hakkını yayımcıya devretmesine ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir¹⁴⁰. Yayım sözleşmesinde, yayımcı da eser sahibine karşı eseri çoğaltarak yayımlamayı üstlenmektedir. Yayım sözleşmesinden doğan davalar TTK'nın 4/1-c hükmünün lafzı gereğince mutlak ticari davalardır. TTK'nın 5/1. maddesinde yer alan “aksine hüküm bulunmadıkça” ifadesi dikkate alınarak her ne kadar mutlak ticari dava olsa da yayım sözleşmesinden kaynaklanan davaların ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına gireceği kanaatindeyiz¹⁴¹.

TBK'nın 515 ila 519. maddelerinde düzenlenen kredi mektubu ve kredi emrine ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar TTK'nın 4/1-c hükmü gereği mutlak ticari

¹³⁶ YHGK Kararı, 2008/517 E. 2008/566 K. 22.09.2008 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 10.05.2019)

¹³⁷ YHGK Kararı, 2011/781 E. 2012/109 K. 29.2.2012 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 10.05.2019)

¹³⁸ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s. 14.

¹³⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.305.

¹⁴⁰ BAK, Başak, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “Yayın Sözleşmesine” İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler”, TBBD, 2012, S. 101, s.15.

¹⁴¹ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.16; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.133.

davadır. Kredi mektubu TBK'nın 515. maddesinde belirtildiği üzere, mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye istemde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belgedir. Kredi mektubu terimi yerine ticari hayat içerisinde sıkça teminat mektubu da kullanılmaktadır. Kredi mektubu, vekalet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabiidir. Kredi emrinde ise, kredi emri alan kişi, kendi adına ve hesabına yazılı olarak kredi emri verenin sorumluluğunda olmak kaydıyla üçüncü kişiye kredi açar veya kredi yeniler. Kredi emri veren, krediden dolayı kefil gibi sorumlu olur. Kredi mektubu ve kredi emri işlemleri, genel olarak ticari faaliyetlere ilişkin olduğundan mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir¹⁴².

TBK'nın 532 ila 545. maddelerinde komisyon sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler yapılmış, konusunu kıymetli evrak veya taşınırların alım satımının oluşturması sebebiyle yasa koyucu tarafından ticari hayatın bir parçası olarak değerlendirilmiş ve TTK'nın 4/1-c maddesinde de belirtildiği üzere ticari dava olarak kabul edilmiştir.

Ticari temsilci, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılara ilişkin TBK'nın 547 ila 554. maddelerinde düzenleme yapılmıştır. TTK'nın 4/1-c hükmü uyarınca ticari temsilci, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılara ilişkin TBK'nın 547 ila 554. maddelerinden doğan davalar da mutlak ticari davadır.

TTK'nın 4/1-d hükmü uyarınca fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari davadır. Bununla birlikte fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatla ilgili bütün düzenlemeler mutlak ticari dava olarak kabul edilmez¹⁴³. TTK'nın 4. maddesinde, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar istisna tutulmuştur. Bu doğrultuda, bir ticari işletmeyi ilgilendiren fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan kaynaklanan davalar ticari dava niteliğindedir¹⁴⁴. Fikri mülkiyet hukukundan doğan davalar ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar mahkemesinde görülmektedir. Fikri ve sınai haklar mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasında görev

¹⁴² POROY/YASAMAN, s.134; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.132.

¹⁴³ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR s.69.

¹⁴⁴ ERDOĞAN, s.65.

ilişkisi bir diğer ifadeyle görev ayrılığı mevcuttur¹⁴⁵. Çünkü iki mahkeme de belirli dava ve uyuşmazlıkları çözümlenmek amacıyla kurulmuş ihtisas mahkemesidir¹⁴⁶. Bu kapsamda her iki mahkemenin görev alanının kesişmesine sebep olmaktadır¹⁴⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken hususun TTK'nın 4/1-d maddesi uyarınca “aksine bir hüküm bulunmadıkça” hükmü gereğince ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar mahkemesinin görevli olmasıdır¹⁴⁸. Bu davaların fikri ve sınai haklar mahkemesinde görülmesi, davaların ticari dava olma niteliklerini değiştirmeyecektir¹⁴⁹. Ancak bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz¹⁵⁰.

TTK'nın 4/1-e hükmü uyarınca, borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerden doğan davalar mutlak ticari davadır. Borsalara ilişkin özel düzenlemeler, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nda ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer almaktadır. Bunlara ek olarak 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'ndan ile 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu'ndan ve bunlara ilişkin düzenlemelerden doğan davalar da ticari davadır. Ek olarak belirtmek gerekir ki, ticarete mahsus yerler, esasen devletin denetiminden kaynaklı olarak kamu hukukuna ilişkin düzenlemelere tabiidir¹⁵¹. Bu sebeple, bu hükümlerden doğan davaların ticari dava olarak değerlendirilmesi için uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olması gerekmektedir¹⁵².

TTK'nın 4/1-f hükmü gereğince, bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan davalar da ticari dava sayılmaktadır. Bankalar ile ilgili temel düzenlemeler 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yapılmıştır. Bunun yanında, bazı bankalara özgü çıkartılan yasalar da bulunmaktadır. Örneğin, 1211 sayılı T.C. Merkez Bankası Kanunu ve 4603 Türkiye

¹⁴⁵ ARKAN, s.118; KARSLI, s.132; POROY/YASAMAN; s.132; BAHTİYAR, s.99; ERDOĞAN, s.66.

¹⁴⁶ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.109.

¹⁴⁷ KURT KONCA, Nesibe, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, TAAD, 2013, Y. 4, S. 15, s. 99.

¹⁴⁸ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.20.

¹⁴⁹ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.20.

¹⁵⁰ Bkz. 2.4.3.

¹⁵¹ POROY/YASAMAN, s.136.

¹⁵² POROY/YASAMAN, s.136.

Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun bunlardan bazılarıdır. Bununla birlikte, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'ndan kaynaklanan davalar da mutlak ticari dava niteliğinde olup asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girecektir.

TTK'da belirtilen hususlar dışında bazı özel kanunlarda düzenlenen işlerden kaynaklanan davalar da ticari dava olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Bir takım kanunlarda yer alan özel hükümler gereğince söz konusu kanunlardan doğan uyuşmazlıklar veya özel hükümler gereği muayyen bazı hususlar ticari dava olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁴. 1163 sayılı Kooperatif Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca, Kooperatif Kanunu'nda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de bu Kanun'un 22. maddesi uyarınca ticaret sicilinin bulunduğu yer ticaret mahkemesi görevlidir. İcra İflas Kanunu'ndan kaynaklanan bazı ticari davalar ise; İflas davası (İİK m. 154/3), iflas ödeme emrine ilişkin itirazın kaldırılması (İİK m. 156/3), kambiyo senetlerin iflas yoluyla takibi (İİK m. 174), iflasın kaldırılması (İİK m.182), iflasta sıra cetveline itiraz davaları (İİK m. 235), iflasın kapanması (İİK m. 254), konkordato tasdiki (İİK m. 296) ve feshi (İİK m. 307-308) davalarıdır.

2.3. Nispi Ticari Davalar

TTK'nın 4/1. maddesinde, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu düzenlenmektedir. Bu davalar doktrinde nispi ticari dava olarak anılmaktadır¹⁵⁵. Belirtmek gerekir ki, bu davaların mutlak ticari davalar dışında kalan hususlardan doğan davalar olması gerekir¹⁵⁶. Bu sebeple her ticari işten doğan uyuşmazlık, doğrudan ticari dava oluşturmamaktadır¹⁵⁷. Tarafların tacir sıfatına sahip olduğu

¹⁵³ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.23.

¹⁵⁴ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.135; ARSLANLI, Halil, Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960, s.33.

¹⁵⁵KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.681; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.76; BAHTİYAR, s.95; KARSLI, s.97; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.160; DELİDUMAN/ORUÇ, s.106; BERZEK, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Baskı, İstanbul 2016, s.36-37; KIRCA, İsmail; "Nispi Ticari Davaya Dair", Batider, 2017, C. 33, S. 1, s.56.

¹⁵⁶ SÜMER, Ayşe, Ticaret Hukuku, Beta, 2. Baskı, İstanbul, 2018, s.16.

¹⁵⁷ BAHTİYAR, s.95; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.76; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.161.

ve tarafların ticari işletmesini ilgilendiren uyuşmazlıklardan kaynaklanan hukuk davaları nispi ticari davadır¹⁵⁸. TTK'nın 4/1. maddesi uyarınca, bir davanın nispi ticari dava olarak kabul edilebilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, tarafların tacir olması ve uyuşmazlığın tacir olan tarafların ticari işletmesiyle ilgili olması, davanın nispi ticari dava olarak nitelendirilmesi için aranan koşullardır¹⁵⁹. Tarafların tacir olmasına rağmen, uyuşmazlığın konusunun tarafların ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili olmaması halinde, söz konusu dava TTK'nın 4/1. maddesi kapsamında nispi ticari dava olarak kabul edilmemektedir¹⁶⁰. TTK'da düzenlenenlerden hariç olmak üzere, haksız fiillerden doğan davaların ticari dava olarak kabul edilebilmesi için de haksız fiile konu fiilin tacir olan tarafların ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir¹⁶¹. TTK'nın 4/1. maddesinde havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar istisna tutulmuştur. Buna göre, havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıkların taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olması, davanın nispi dava olarak nitelendirilmesi için yeterlidir¹⁶². Zira TTK'da açıkça "herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen" ifadesi kullanılmış olduğundan bu kullanımdan yalnızca bir ticari işletmeyi ilgilendirmenin yeterli olacağı kanaatine varılmaktadır.

2.4. Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesine Dair Bir Yöntem Önerisi

7155 sayılı Kanun ile TTK'ya eklenen 5/A maddesi ile, konusu bir miktar paranın ödenmesi ve tazminat talepleri olan TTK'nın 4. maddesinde düzenlenen mutlak ve nispi ticari davalar, dava şartı olan zorunlu arabuluculuk sürecine tabi tutulmuş ve dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunluluk haline getirilmiştir. Ancak TTK'nın 5/A maddesinde hangi uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmayacağı açıkça

¹⁵⁸ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.23; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.681, BAHTİYAR, s.95; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.76; KARSLI, s.97.

¹⁵⁹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.160; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.681; DELİDUMAN/ORUÇ, s.106.

¹⁶⁰ BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa 2012, s.49,73; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.161; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.76; BAHTİYAR, s.95.

¹⁶¹ BAHTİYAR, s.95; DELİDUMAN/ORUÇ, s.106-107; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.49,73.

¹⁶² KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.682; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.161; POROY/YASAMAN, s.140; DELİDUMAN/ORUÇ, s.106; ÇEKER, Mustafa, Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Adana 2012, s.59; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.49,73.

düzenlenmemiş ve bazı genel kavramlar kullanılarak buna ilişkin kapsam belirtilmeye çalışılmıştır¹⁶³. TTK'da yer alan hüküm ile zorunlu arabuluculuğa tabi ticari uyuşmazlıklara ilişkin genel kapsamın belirtilmesi, bu kapsamın oldukça geniş ele alınması ve mevcut düzenlemenin açık olmaması zorunlu arabuluculuğa tabi ticari uyuşmazlıkların tespitinde belirsizlik yaratmaktadır. Zira konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içeren her türlü ticari davada zorunlu arabuluculuğa başvurulması mümkün değildir. Bununla birlikte, zorunlu arabuluculuğa tabi olan ticari uyuşmazlıkları da tek tek belirtmek de pek mümkün değildir¹⁶⁴. Bu sebeple uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığının tespitinde kullanılmak üzere basamaklı bir yöntem kullanılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁶⁵. Aşağıda sayılan koşullar, her bir somut olayın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, aşağıdaki koşullardan herhangi birisinin bulunmaması halinde somut olayın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı ve koşulların tamamının bulunması halinde somut olayın zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu tespiti yapılmalıdır¹⁶⁶.

2.4.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edilebileceği Bir Uyuşmazlığın Varlığı

HUAK m.1 uyarınca, bir uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında çözülebilmesi için aranan koşullardan birisi, uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden olmasıdır. Medeni yargılama hukukunda kamu düzeni, irade serbestisinin sınırlarını çizmektedir¹⁶⁷. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden olması ve olmaması kavramı ile kamu düzeni ölçütü kastedilmektedir¹⁶⁸. *“Kamunun her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde*

¹⁶³ YARDIM, Mehmet Ertan, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan, Ankara 2019, s.92.

¹⁶⁴ YARDIM, s.93.

¹⁶⁵ ASLANPINAR, Burak, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı, TBB, Ankara 2019, s.8.

¹⁶⁶ YARDIM, s.93.

¹⁶⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.109.

¹⁶⁸ BİLGE, Turgay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, (Ed. Yasemin Işıktaç), İstanbul 2014, s.93.

hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallar” kamu düzenini oluşturur¹⁶⁹. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Madde metninde yer verilmese de kamu düzenine ilişkin konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamında kaldığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur.*” ifadesi ile kamu düzeni ve serbestçe tasarruf edilebilecek alan arasındaki çizgiyi açıkça belirtmiştir¹⁷⁰. Uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi, uyuşmazlığın kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi ve her iki tarafın arzularına tabi işler kapsamında olması halinde mümkündür¹⁷¹. HUAK m.1’de de bu durum açıkça ifade edilmektedir. Bir diğer anlatımla, tarafların serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak tanımayan hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıklar arabuluculuk sureti ile çözülemez¹⁷². HUAK m.1’de aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ise arabuluculuk kapsamından açıkça istisna tutulmuştur.

“Üzerinde serbestçe tasarruf edebilme” ifadesi hukukumuzda yabancı ve yeni bir kavram değildir. Medeni usul hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir¹⁷³. Tasarruf ilkesi uyarınca; taraflardan birinin talebi olmaksızın hâkim resen davayı inceleyemez ve karar veremez, kanunda açıkça belirtilmedikçe kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya talepte bulunmaya zorlanamaz ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m.24)¹⁷⁴. HMK m.24’te yer alan “*üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri*” ifadesi ile HUAK m.1’de yer alan “*üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri*” ifadelerinin birbirlerine karşılık geldiği kanaatindeyiz¹⁷⁵. Bunun yanı sıra söz konusu kavram; HMK m.226 uyarınca, *tarafların*

¹⁶⁹ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2001, s.468.

¹⁷⁰ AYM Kararı, 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/E.T.24.07.2019>).

¹⁷¹ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.109

¹⁷² ÖZBEK, s.1184; YILDIRIM, Ferhat, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, İstanbul 2019, s.75.

¹⁷³ KARSLI, s.241; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.156; AKİL, Cenk, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, C. 1, s.78.

¹⁷⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.783-784; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.362-363; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.157; KARSLI, s.242.

¹⁷⁵ AKİL, s.78.

üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar yemine konu olamaz, HMK m.313/2 uyarınca, sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir hükümlerinde de yer almaktadır. Başkaca örneklerin mevcut olduğunu belirterek, Avukatlık Kanunu m.35/A'da da tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara ifadesine yer verildiğini belirtmek isteriz.

Serbestçe tasarruf edebilme ifadesinin arabuluculuk kapsamında kullanılmasının uygun olup olmadığı konusu hali hazırda tartışmalıdır¹⁷⁶. Bununla birlikte ifade taşıdığı anlam bakımından hali hazırda değişmekte ve gelişmektedir. Bir diğer anlatımla üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek işler zamanla değişiklik göstermektedir¹⁷⁷. Örnek olarak, önceleri Yargıtay iş hukukunun geniş bir bölümünün kamu düzenine dayandığı ve buna binaen tahkim şartının hukuka uygun olmadığı görüşünde iken¹⁷⁸ günümüzde iş davalarının büyük bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Hatta İş Kanunu'nun 20. maddesi doğrultusunda işe iade davalarında arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, uyuşmazlık, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde tarafların anlaşmaları koşuluyla tahkime de götürülebilmektedir. Yargıtay işe iade davalarının tahkime götürülmesi için iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma yapılması koşulunu gözetmekte ve aksi halde işçinin iradesi dışında yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanmasının söz konusu olacağını ifade etmektedir¹⁷⁹.

Serbestçe tasarruf edebilme ifadesinin geniş bir anlama geldiği kanaatindeyiz. Ancak söz konusu kavramın hukukumuzda yabancı bir kavram olmaması ve arabuluculuğa elverişli konuların teker teker sayılmasının arabuluculuğun kapsamını daraltacağından¹⁸⁰ ifadenin uygun olduğu ve arabuluculuğa elverişlilik meselesinin her bir somut olayda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hukuki neticenin tarafların anlaşması ile ortaya çıkmadığı veya bir tarafın mahkemeye başvurmasının mutlak olduğu ve bunun sonucunda talep edilen neticenin ortaya çıktığı davalarda arabuluculuk dava şartı olarak

¹⁷⁶ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.111 dp.24.

¹⁷⁷ YARDIM, s.94.

¹⁷⁸ YHGK Kararı, 1949/9-634 E. 1965/405 K. 10.11.1965 T., Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁷⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2008/10997 E. 2008/12660 K. 26.05.2008 T. (www.lexpera.com.tr E.T. 02.12.2019)

¹⁸⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.111 dp.24.

değerlendirilemez¹⁸¹. Birçok inşai dava, konusu sebebiyle tarafların üzerinde anlaşarak sonuca ulaşmasının mümkün olmadığı davalardır. Örneğin, anonim şirket genel kurul kararının iptaline ilişkin davaların TTK'nın 445. maddesi ve davanın mahiyetini dikkate aldığımızda zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kanaatindeyiz¹⁸². Buna ek olarak, iflas davası, iflas kararının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu olmaması sebebiyle arabuluculuk kapsamında değildir¹⁸³. Ancak her inşai dava da tarafların üzerinde anlaşarak sonuca ulaşmasının mümkün olmadığı davalar olarak değerlendirilemez. Kimi inşai davalar, bir tarafın varlığının yeterli olmaması sebebiyle açılmaktadır ve bu davalarda taraflar karşılıklı olarak mutabık kalarak sonuca ulaşabilirler¹⁸⁴. Bu bağlamda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği inşai davalar da vardır. Bununla birlikte belirtmek isteriz ki taraflar, üçüncü tarafların haklarını doğrudan etkileyen hususlarda serbestçe tasarruf edemez ve bu sebeple bu tür uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir.

2.4.2. Çekişmeli Yargı

Çekişmeli yargı, nizalı kazadır¹⁸⁵. Çekişmeli yargı, taraflar arasındaki hukuki ihtilafın bir tarafın isteği üzerine, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce belirli usul kurallarına uyarak ve eşitlik temeline bağlı kalarak taraflara karşılıklı iddia ve savunma imkânı tanıyarak objektif hukuk kuralları çerçevesinde çözülmesini ifade eder¹⁸⁶. Çekişmeli yargıda, iddia ve karşı iddia ileri süren iki taraf bulunur ve bir dava söz konusudur¹⁸⁷. Çekişmeli yargıda taraflar arasında bir uyuşmazlık hali bulunur ve bir tarafın diğer taraftan hak talebi söz konusudur¹⁸⁸. Çekişmeli yargının konusunu davalar oluşturur¹⁸⁹. Arabuluculuğa

¹⁸¹ YARDIM, s.95.

¹⁸² Anonim şirket genel kurul kararlarının arabuluculuğa elverişli olmaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİL, s. 110-112; KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019, s. 75.

¹⁸³ KOÇYİĞİT /BULUR, s.75.

¹⁸⁴ YARDIM, s.95.

¹⁸⁵ ŞENER, s.136, ÜSTÜNDAĞ, s.181.

¹⁸⁶ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.111, KARSLI, s.51-52.

¹⁸⁷ KURU, Baki, Nizasız Kaza, Ankara, 1961, s.16; KARSLI, s.51.

¹⁸⁸ KARSLI, s.51; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.103,107.

¹⁸⁹ ARAS, Aslı, “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.7, S.1, s.65; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.102.

gidilebilmesi için, çekişmeli yargı bir diğer ifadeyle dava söz konusu olmalı, taraflar arasında bir ihtilaf bulunması bir diğer anlatımla taraflardan birinin sübjektif hakkının ihlal edilmiş veya edilme tehlikesi bulunmalıdır¹⁹⁰. Zira TTK'nın 5/A maddesinde açıkça belirtildiği üzere, arabuluculuğa başvuru şartı dava açmadan önce gerçekleşmesi gereken bir husustur.

Dava, başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan kişinin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir¹⁹¹. Başka bir anlatımla dava, bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacının), mahkemeden hukukî koruma (himaye) istemesidir¹⁹². Dava olmayan bir süreçten önce arabuluculuğa başvurulması açık yasa hükmü doğrultusunda bir zorunluluk değildir. Zira kanunda açık bir şekilde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü zorunlu arabuluculuk dava şartı olarak öngörülmüştür. Bu sebeple icra takibi açılmadan önce¹⁹³ veya ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi geçici hukuki korumalara başvurulmadan önce¹⁹⁴ arabuluculuğa başvurulması zorunlu değildir¹⁹⁵.

Çekişmesiz yargı, yasada açıkça düzenlenen haller ile birlikte sübjektif hakkın bulunmadığı veya ilgililer arasında ihtilafın bulunmadığı veya hâkimin resen harekete geçtiği hallerde, objektif hukukun özel usul kuralları kapsamında somut meseleye uygulanmasıdır¹⁹⁶. Çekişmesiz yargıda amaç, bir işin mahkemeler tarafından incelenerek karar verilmesi olup çekişmesiz yargıda dava bulunmamaktadır ve bu sebeple de çekişmesiz yargı işi olarak isimlendirilir¹⁹⁷. Bir ihtilaf kapsamında, davacı sıfatı bulunan ve hukuki koruma talep eden bir taraf ile davalı sıfatı bulunan ve aleyhine hukuki koruma talep edilen

¹⁹⁰ BÜYÜKAY, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018, s.178.

¹⁹¹ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.923.

¹⁹² KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.871.

¹⁹³ YARDIM, s.96; KOÇYİĞİT/BULUR, s.67.

¹⁹⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.194.

¹⁹⁵ ASLANPINAR, Burak, s.20.

¹⁹⁶ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.101; KARSLI, s.53; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.27; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.112-114, ÜSTÜNDAĞ, s.33-34;

¹⁹⁷ ARAS, s.65-66.

bir tarafın bir araya gelmesiyle dava oluşur¹⁹⁸. Çekişmeli yargıda, davacı ve davalı sıfatları varken çekişmesiz yargıda talepte bulunan ve ilgili sıfatları bulunmaktadır. Çekişmesiz yargıda, davacı sıfatının kullanılması, çekişmesiz yargının mahiyeti ile çelişmekte¹⁹⁹ ve yanlış hukuki nitelermelere ve yargılamalara sebep olabilmektedir²⁰⁰. HMK m.382 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinin belirlenmesinde; ilgililer arasında uyuşmazlık olmaması, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması, hâkimin resen harekete geçmesi kriterleri esas alınmakta ve bu kriterlerden bir veya birkaçının bulunması çekişmesiz yargının kabulü için yeterli görülmektedir. Çekişmesiz yargı işlerine ilişkin örnek olarak HMK m.382’de bazı haller sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu sayım çekişmesiz yargı işlerinin maddede sayıldığı şekilde sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir.

Çekişmesiz yargı işlerinde taraflar arasında bir niza²⁰¹ mevcut olmadığından²⁰² konu arabuluculuk usulüyle çözülemez. Çekişmesiz yargıda, ihtilaf halinde olan taraflar ve sübjektif bir hakkın ihlal edilmesi veya ihlal edilmesi tehlikesi söz konusu değildir. Çekişmesiz yargı işlerinde tarafların müzakere ederek çözebilecekleri bir mesele bulunmaz. Bu sebeple de çekişmesiz yargı işlerinde arabuluculuğa gidilmemesi gerekir²⁰³. Çekişmesiz yargı işlerinde konu ancak mahkeme kararıyla çözülebilir²⁰⁴. Nitekim çekişmesiz yargı işleri dava değildir ve TTK m.5/A bazı davalardan önce arabuluculuğa gidilmesini zorunlu tutmuştur. Bu kapsamda çekişmesiz yargı işleri olan; ticari defterlerin zıyaı hâlinde belge verilmesi, kıymetli evrakın iptali, malikin bulunamadığı hâllerde kayyım tayini, konkordatonun tasdiki, iflasın kaldırılması, iflasın kaldırılmasına karar verilmesi işlerinde arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir. Bu örnekler çoğaltılabilir.

¹⁹⁸ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s.323.

¹⁹⁹ GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018, s.65.

²⁰⁰ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.924.

²⁰¹ “Çekişme, uyuşmazlık, ihtilaf”, ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.601.

²⁰² POSTACIOĞLU/ALTAY, s.27; ÜSTÜNDAĞ, s.33.

²⁰³ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.80.

²⁰⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2117; KARSLI, s.52.

2.4.3. Ticari Dava

TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu kapsamda zorunlu arabuluculuk ticari davaları kapsamaktadır²⁰⁵. Anılan hükümde açıkça ticari dava kavramı kullanılmıştır. Ticari iş TTK'nın 3. Maddesinde düzenlenmiş olup TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş olarak ifade edilmiştir. Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesi o işe uygulanacak hukuk kuralları bakımında önem taşımaktadır²⁰⁶. Adi işlere başta TMK ve TBK olmak üzere genel hükümler uygulanırken ticari işlere ticari hükümler uygulanmaktadır²⁰⁷. TTK'nın çeşitli hükümlerinde ticari işe bağlanan sonuçlara ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin, TTK m.8 uyarınca ticari işlerde faiz serbestçe belirlenir, TTK m.7/1 uyarınca iki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar²⁰⁸. Ticari iş ve ticari dava birbirlerinden farklı kavramlar olup bunlara bağlanan sonuçlar da farklıdır. Zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa gidilebilmesi ticari davanın sonuçlarından biridir. Bu bağlamda ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa gidilmesi için bir ticari iş değil ticari dava söz konusu olmalıdır. Ticari dava ifadesiyle TTK'nın 4. maddesinde yer alan ticari davaların tamamı kapsama alınmaktadır.

Ticari davalarda delillere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m.4/2 uyarınca, ticari davalarda delillerin sunulması HMK hükümlerine tabi tutulmuştur. Tacirler, tacir sıfatını haiz olduktan başlayarak bu sıfatı kaybedinceye kadar usulüne uygun bir şekilde ticari defter tutma yükümlülüğü altındadır²⁰⁹. TTK m.12 uyarınca, tacirler, tacir sayılanlar ve

²⁰⁵ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.80.

²⁰⁶ ORBAY ORTAÇ, "Nurdan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", ABD, 2014, S. 2, s.120.

²⁰⁷ BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, 2016, C. 22, S. 3, s.396.

²⁰⁸ POROY/YASAMAN, s.93.

²⁰⁹ SÜMER, s.33; TOPAL, Önder, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, İstanbul 2015, s.32.

tacir gibi sorumlu olanlar da ticari defter tutma yükümlülüğü altındadır²¹⁰. TTK m.18/1’de tacirlerin ticari defter tutma yükümlülüklerinin bulunduğu açıkça belirtilmektedir. Ticari defterlerin delil olarak kabul edilmesinin sebebi, ticari defterlerin bir içeriği ile bir bütün oluşturması, kayıtların birbirleriyle ilişkili olmasından kaynaklı olarak doğruyu yansıttıklarına dair karine yaratması ve ticari hayatın hız ve güven gerektirmesidir²¹¹. HMK m.222/1’in lafzından ticari defterlerin ticari davalarda delil olarak kullanılabilmesi sonucu anlaşılmaktadır. Sahiden de, ticari defterler, tarafların tacir oldukları ticari davalarda lehe delil olarak kullanılabilir²¹². Zira HMK m.222/5’te yer alan “taraflardan biri tacir olmasa dahi” ifadesinden taraflardan birinin tacir olmadığı ticari davalarda ticari defterlerin delil olarak kullanılabilmesi için tacir olmayan tarafın ticari defterleri delil olarak kabul etmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır²¹³. Tarafların uyuşmazlığa konu işlemin icrası zamanında tacir olmaları ticari defterlerin delil olarak kullanılabilmesi için yeterlidir²¹⁴. Yine belirtmek gerekir ki, ticari defterlerin delil olarak kullanılabilmesi için tarafların tacir olmasının yanı sıra, ilgili işin tacir olan tarafların ticari defterlerine işlenmesi gereken bir iş olması gerekir²¹⁵. Örneğin, ticari iş niteliğindeki haksız fiil sebebiyle ticari defterler delil olarak kullanılamaz²¹⁶.

Ticari defterlerin, her iki tarafının da tacir olmadığı davalarda delil olarak kullanılması taraflar arasındaki iddia ve savunmada eşitlik ilkesini zedeleyecek ve tacir olmaması sebebiyle defter tutmayan taraf aleyhine sonuç doğurabilecektir²¹⁷. Bu sebeplerle, ticari davalarda, ticari defterlerin delil olarak değerlendirilmesinin davanın ticari dava olmasından ziyade tarafların tacir olmasının ve ticari defterlerin belirli prensiplere bağlı olmasının bir sonucu olduğu kanaatindeyiz²¹⁸.

²¹⁰ POLAT, İlayda İrem, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s.15.

²¹¹ TOPAL, s.94.

²¹² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1980/1245 E. 1980/1662 K. 13.03.1980 T. “... davalı tacir olmadığı için TTK’nın 82. maddesi hükmünce davacının ticari defter ve kayıtları da olayda davacı yararına delil olamaz.” (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 15.06.2019).

²¹³ UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2014, s.726.

²¹⁴ BERZEK, s.132; UMAR, s.726.

²¹⁵ BERZEK, s.133; TOPAL, s.132.

²¹⁶ BERZEK, s.133;

²¹⁷ POLAT, s.72.

²¹⁸ YARDIM, s.98.

TTK m.4/2 uyarınca, miktar veya değeri yüz bin TL'yi geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanır. Bu halde miktar ve değeri yüz bin TL'yi geçen ticari davalarda yazılı yargılama usulü uygulanacaktır. Ancak, tüketici mahkemelerinde herhangi bir parasal sınır söz konusu olmaksızın basit uyuşmazlıklar basit yargılama usulüne bağlı olarak çözülmektedir.

Bir davanın ticari dava olarak kabul edilmesinin sonuçlarından en temel olanı davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesidir. TTK m.5 uyarınca, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bununla birlikte, TTK uyarınca ticari dava olarak kabul edilen ancak tüketici mahkemelerinde veya fikri ve sınai haklar mahkemesinde görülen davalar da bulunmaktadır. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu m.156 uyarınca, bu kanunda öngörülen davalarda fikri ve sınai hukuk mahkemeleri yetkilidir. Keza Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.73 uyarınca, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Bu kapsamda bu mahkemelerde görülen davaların zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhil olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. TTK m.5/1'de yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça ifadesi" burada önemlidir. Asliye ticaret mahkemesi ile diğer hukuk mahkemeleri arasında görev ayrımı bulunmaktadır²¹⁹. Bir görüşe göre, ticari davaların bu mahkemelerde görülmesi "aksine bir hüküm bulunmadıkça" hükmünün bir sonucudur ve bu mahkemelerin ihtisas mahkemesi olması ve davanın bu mahkemelerde görülmesi davanın ticari dava olma niteliğini değiştirmez²²⁰. Ancak görülmektedir ki, bir davanın ticari dava olmasının tabii sonuçlarından biri olan davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi sonucu ortadan kalkmaktadır. Şayet bir tüketici işlemi söz konusu ise davanın tüketici davası olduğu kabul edilmelidir²²¹. Ticari dava olarak nitelendirilen bir davanın bir tarafının tüketici olması halinde diğer kanunlarda farklı bir düzenleme olsa bile davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir (TKHK m. 83/2). Zira tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava

²¹⁹ KARSLI, s.96; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.72; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.163-164.

²²⁰ KOÇYİĞİT/BÖRÜ, s.19-20.

²²¹ BAHTİYAR/BİÇER, s.424.

niteliğinde olması, işlemin niteliğini ve buna bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz²²². Bu kapsamda tüketici mahkemesinde görülen bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz²²³. Yine aynı şekilde ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülen bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinin bir öneminin olmadığı düşünülebilir²²⁴.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğini haiz olsa bile tüketici işlemi niteliğinin ve bunun sonuçlarının ortadan kalkmayacağını belirtmiştir²²⁵. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli kararında, kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsiline yönelik açılan davanın tüketici işlemi niteliğinde olduğu, ticari dava olmadığı, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu ve zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı açıkça belirtilmiştir²²⁶. Başka bir kararda da tüketici uyuşmazlıklarına uygulanacak kanunun 6502 sayılı kanun olduğu belirtilmiş ve bir tarafın tüketici olduğu uyuşmazlıkların ticari uyuşmazlık olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir²²⁷. Sonuç olarak tüketici işlemi niteliğindeki uyuşmazlıklarda bir ticari dava söz konusu olmadığı için tüketici işlemlerine ilişkin dava açılmadan önce ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz²²⁸.

Son olarak işçi ile işveren arasındaki rekabet yasağı TBK m.444 ila 447 arasında düzenlenmiştir. TTK'nın 4. maddesindeki ifadeye göre rekabet yasağından kaynaklanan davalar ticari davalardır. Ancak 7036 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca işçi ile işveren arasında sözleşmeden veya kanundan meydana gelen her türlü uyuşmazlıkta iş mahkemeleri görevlidir ve bu sebeple bu davalar artık ticari dava olarak kabul edilmeyecektir²²⁹. Buna

²²² POROY/YASAMAN, s.129.

²²³ BAHTİYAR/BİÇER, s.424; YARDIM, s.98; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.306.

²²⁴ ERDOĞAN, s.66-67; KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 37.

²²⁵ Ankara BAM 19. Hukuk Dairesi, 2019/856 E. 2019/834 K. 03.05.2019 T.

²²⁶ İstanbul BAM, 19. Hukuk Dairesi, 2019/1062 E. 2019/937 K. 11.04.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 17.06.2019).

²²⁷ İstanbul BAM, 19. Hukuk Dairesi, 2019/1060 E. 2019/936 K. 11.04.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 03.11.2019).

²²⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.306; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.82.

²²⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.305.

binaen de bu davalar ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmeyecektir²³⁰.

2.4.4. Konusu Bir Miktar Paranın Ödenmesi Olan Davalar

TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, bütün ticari davalar değil, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin davalar açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunludur²³¹. Her ne kadar ilk bakışta kullanılan ifade ile zorunlu arabuluculuğa tabi olan ticari dava konularının kapsamının açıkça belirtildiği düşünülse de kullanılan ifade birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Örneğin menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağına tartışmalıdır. Bu konu ileride detaylı olarak ele alınacaktır.

Anılan hükmün lafzında açıkça bir miktar paranın ödenmesine ilişkin davaların zorunlu arabuluculuk kapsamında olacağı belirtilmiştir. Hükümde bir miktar paranın ödenmesi ile yetinilmiş ve herhangi bir alt veya üst sınır belirlenmemiştir. Bu kapsamda eda davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olacağı kanaatindeyiz. Ancak, konusu yapma, yapmama veya para dışındaki verme borçları olan eda davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmaması gerekir²³². Bu doğrultuda, taraflar arasındaki ihtilafın “bir miktar paranın ödenmesi”ne ilişkin olması mutlak bir gerekliliktir²³³. Bu kapsamda dava konusu bir miktar paranın ödenmesi dışında kalan davaların zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.4.5. Başka Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolunun Bulunmaması

HUAK m.18/A'nın 18. bendi uyarınca, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu hükmün arabuluculuğun dava şartı niteliği ile bağdaştığı kanaatindeyiz. Zira

²³⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.305.

²³¹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.80.

²³² YARDIM, s. 99.

²³³ KURT KONCA, Nesibe, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, Seta Perspektif, 2018, S. 225, s. 4; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.80.

arabuluculuğun dava şartı niteliği ile amaçlanan, tarafların uyuşmazlığın çözümünde anlaşmaya zorlanması değil, tarafların daha az maddi ve manevi külfet ile daha etkili bir alternatif çözüm ortamı sağlanmasıdır²³⁴. Bununla birlikte, dava şartı ifadesi ile de bir davanın açılmasından önce tüketilmesi gereken bir yol olduğu anlaşılmaktadır. Arabuluculuk, yaygın olarak kullanılan tabirle zorunlu arabuluculuk olarak anılsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur²³⁵. Bu sebeple, yasalarda aksine açık bir düzenleme bulunmadıkça, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan zorunlu arabuluculuk başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulmasına engel değildir²³⁶. Örneğin sigortacılık tahkim prosedüründen önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekmeyecektir. Bununla birlikte taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması veya özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun bulunması durumunda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu olmayacaktır²³⁷.

3. BAZI TALEPLER, ÖZEL DAVALAR İLE TALEP SONUCUNA GÖRE DAVA ÇEŞİTLERİ VE USULİ KURUMLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

3.1. Bazı Özel Talepler ve Davalar Bakımından Zorunlu Arabuluculuk

3.1.1. İtirazın Kaldırılması ve İtirazın İptali Davası

İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinde itirazın kaldırılmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. İlamsız icra, mahkeme kararı almaksızın, alacaklının alacağını hızlı ve kolayca almasını sağlamayı amaçlamaktadır²³⁸. Alacaklının alacağını hızlı ve kolayca almasını sağlamak ve borçlu tarafından yapılacak itiraz ile ilamsız icranın işlerliğinin ortadan kaldırılmasını engellemek üzere ve bununla birlikte borçlunun haklarına hanel getirmeden borçlunun itirazının ilamsız icra süreci içerisinde kaldırılması için icra mahkemesinde itirazın

²³⁴ AZAKLI ARSLAN, s.31.

²³⁵ AZAKLI ARSLAN, s.31.

²³⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.136; YARDIM, s.100.

²³⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.136.

²³⁸ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s.275.

kaldırılması yolu bulunmaktadır²³⁹. İtirazın kaldırılması, ilamsız icra sürecinde, takip borçlusunun borcunun bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışan ve esasen bir dava niteliği bulunmayan bir yol veya hukuki çaredir²⁴⁰. Yargıtay kararlarında da itirazın kaldırılmasının dava niteliği taşımadığı açıkça belirtilmektedir²⁴¹. TTK'nın 5/A maddesi ile düzenlenen arabuluculuk ise dava şartı niteliğindedir. İtirazın kaldırılması dava niteliğinde olmadığından borçlu tarafından ödeme emrine yapılan itirazın kaldırılması için bu hukuki yola gidilmeden önce arabuluculuğa başvurulması zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz.

İtirazın iptali davası; borçlunun itirazının iptal edilmesi, takibe konu alacağın varlığının saptanması ve akabinde icra takibine devam edilmesi amacıyla açılır²⁴². İtirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin hukuk doktrininde ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre itirazın iptali davası diğerlerinden farklı olmayan alacak (tahsil), eda davasıdır²⁴³. İtirazın iptali davasının bir eda davası olarak kabul edilmesi halinde alacaklının itirazın iptali ile birlikte, alacağının tahsil edilmesini talep edebileceği sonucu doğmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise, itirazın iptali davası icra hukukuna özgü olup²⁴⁴ itirazın iptali ile duran takibin devam etmesi amaçlanır ve itirazın iptali davasında eda davasından farklı olarak itirazın iptal edilmesi kararı verilirken bununla birlikte tahsil

²³⁹ KURU, El Kitabı, s.275.

²⁴⁰ KURU, El Kitabı, s.275; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI Emel, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s.186; ERCAN, İsmail, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019, s.253; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019, s.116; ULUKAPI, Ömer, İcra ve İflas Hukuku, Konya 2015, s.116.

²⁴¹ YHGK Kararı, 2011/434 E. 2011/522 K. 13.07.2011 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 29.06.2019); YHGK Kararı, 2013/1654 E. 2015/1106 K. 27.3.2015 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T.29.06.2019).

²⁴² KURU, El Kitabı, s.249; ULUKAPI, s.110; DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat, İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2013, s.81; COŞKUN, Mahmut, İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, İstanbul 2019, s.22; UYAR, Talih, İtirazın İptali Davası ile Tahsil (Eda) Davası, 2. Baskı, Ankara 2019, s.9.

²⁴³ ARSLAN /YILMAZ /TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, İcra ve İflas, s.174; ERCAN, s.234; KURU, El Kitabı, s.248; ULUKAPI, s.110; GÜRDOĞAN, Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s.38; YILMAZ, Ejder, “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s.615; YAVUZ, Nihat, İtirazın İptali ve Tahsil (Eda Davası), 2. Baskı, Ankara 2007, s.29.

²⁴⁴ ERİŞ, Gönen, Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar, ABD, 1977, S.5, s:828; DEYNEKLİ/KISA, s.78.

kararı verilemez²⁴⁵. Başka bir görüşe göre ise, itirazın iptali davası eda davasından farklı olarak tespit davası niteliğindedir; itirazın iptaline yönelik ilam tahsil ilamı değildir ve mahkeme tarafından verilen kararın masrafa ve icra inkâr tazminatına ilişkin olan kısmı eda hükmü niteliğindedir²⁴⁶.

Yargıtay kararlarında ise genel olarak itirazın iptali davasının tahsil davası olmadığı ve itirazın iptali kararıyla birlikte tahsil kararı verilemeyeceği belirtilmiştir²⁴⁷. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Yargıtay tarafından ağırlıklı olarak verilen itirazın iptali davasının tahsil davası olmadığı yönündeki kararları ve itirazın iptali davasının kendisine özgü nitelikleri doğrultusunda, itirazın iptali davasının TTK'nın 5/A hükmünde belirtildiği şekilde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin bir dava olarak değerlendirilerek zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. İtirazın iptali davası esasında, borçlunun itirazı sebebiyle duran takibin devamının sağlanmasını amaçlamaktadır²⁴⁸. İtirazın iptali davasının tipik özellikleri icra tazminatları ve dava sonucunun takibe etkisidir. Alacaklı, mahkeme tarafından verilen itirazın iptaline yönelik kararın kesinleşmesini dahi beklemeden takibe devam edilmesini sağlayabilir²⁴⁹. İtiraz ile duran takip, mahkeme tarafından iptal edilinceye veya kaldırılınca kadar devam etmez²⁵⁰. Tarafların kendi aralarında anlaşarak icra takibinin devam etmesini sağlamaları da mümkün değildir²⁵¹. İtirazın iptali için taraflar arasında yapılacak arabuluculuk görüşmelerinde taraflar itirazın iptal edilerek takibin devam etmesine karar verseler de bu anlaşma itirazın iptalini sağlamayacaktır. Arabulucunun gerek icra tazminatı gerekse itiraz üzerine durmuş takibin devam ettirilmesi bakımından bir yetkisi

²⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, s.108-109; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı, Ankara 2017, s.304; KARSLI, s.634.

²⁴⁶ ÇAĞA, Tahir, "Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair", Batider, 1976, C. 8, S.3, s.25.

²⁴⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2017/9783 E. 2019/3899 K. 18.2.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 04.07.2019); Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2014/17928 E. 2015/7816 K. 27.04.2015 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 04.07.2019).

²⁴⁸ MUŞUL, s.304.

²⁴⁹ KURU, El Kitabı, s.261.

²⁵⁰ KURU, El Kitabı, s.239.

²⁵¹ YARDIM, s.100.

bulunmamaktadır²⁵². Buna rağmen öğretilerdeki bir görüşe göre, itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmektedir²⁵³. İtirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu görüşünde TTK m.5/A'da yer alan "alacak ve tazminat davaları" ifadesiyle talep sonucundan ziyade dava sebebinin dikkate alındığı, yasa koyucunun taraf iradelerine tabi uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanmasını yaygınlaştırmak olduğu ve itirazın iptali davasının konusunun da bir miktar paranın ödenmesi olduğu ifade edilmektedir. Bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu belirtilmiştir²⁵⁴. Kararlarda, itirazın iptali isteminin alacak istemi olduğu ve TTK'nın 5/A hükmünde davalardan değil taleplerden bahsedildiği belirtilmiş ve bu sebeple itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte itirazın iptali davalarında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmadığını belirten kararlar da bulunmaktadır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi kararında "*Kaldı ki TTK nun 5/A maddesinin incelenmesinde "bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." bu maddede sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır.*" ifadelerine yer vererek itirazın iptali davasının alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin olmadığını ve bu sebeple dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir²⁵⁵. Bununla birlikte uygulamada itirazın iptali davalarında dava

²⁵² EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s.196.

²⁵³ KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, s.5; BERBEROĞLU YENİPINAR, FİLİZ, Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi, 2. Baskı, İstanbul 2019, s.93; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, s.458; KOÇYİĞİT/BULUR, s.67; COŞKUN, s.81.

²⁵⁴ İstanbul BAM, 31. Hukuk Dairesi, 2019/2016 E. 2019/1614 K. 17.7.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 09.07.2019); İstanbul BAM, 3. Hukuk Dairesi, 2019/1248 E. 2019/1197 K. 11.7.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 09.07.2019)

²⁵⁵ İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi, 2019/1075 E. 2019/939 K. 11.4.2019 T., 2019/1060 E. 2019/936 K. 11.4.2019 T., 2019/1062 E. 2019/937 K. 1.1.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 04.11.2019).

açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönündeki kararların daha yaygın olduğu tespit edilmiştir²⁵⁶.

İcra takibine özgü bir dava olan itirazın iptali davasına ilişkin özel hüküm bulunması, özel süresi ve yaptırımının mevcudiyeti karşısında, itirazın iptali davası açılması için arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz²⁵⁷. Elinde İİK m.68 anlamında belge olmayan takip alacaklısının, takip borçlusunun itirazı karşısında itirazın bertaraf edilebilmesi için başvurabileceği yegâne yol itirazın iptali davasıdır. İtirazın iptali davasında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğunun kabul edilmesi halinde, alacaklı tarafından takip yapılmasının anlamı kalmayacak, haksız ve kötü niyetli takip başlatmanın ve itirazda bulunmanın yaptırımı yok sayılacaktır²⁵⁸. İtirazın iptali davası belirli bir miktar alacağın veya tazminatın ödenmesi olarak nitelendirilerek zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilmemelidir. İtirazın iptali davasının en önemli özellikleri, alacaklı veya borçlu aleyhine icra tazminatı verilebilmesi, borçlunun itirazının bertaraf edilmesi, itiraz ile durmuş takibin devamının sağlanmasıdır²⁵⁹. Ancak arabuluculuk ile tarafların anlaşması halinde dahi anlaşma belgesi ile duran takibin devamı sağlanamayacaktır. İtiraz edildikten sonra duran takip borçlunun rızasını açıkça ortaya koyması halinde dahi bertaraf edilemeyecek ve takip devam etmeyecektir. İtiraz üzerinde duran takibin devam edebilmesi için mahkemenin icra takibinin devamına karar vermesi gerekir. Bu bağlamda itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kanaatindeyiz.

3.1.2. İflas Davası

Konusu para ve teminat olan alacaklar için iflas takibi yapılabilir²⁶⁰. Alacaklının iflas takip yolu ile aleyhine takip başlattığı borçlu tarafından süresi içerisinde ödeme emrine

²⁵⁶ Aksi yöndeki kararlar için bkz. Ankara BAM 3. Hukuk Dairesi, 2019/856 E. 2019/834 K. 3.5.2019 T.; İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2019/500 E. 2019/758 K. 3.9.2019 T.; İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2019/4 E. 2019/4 K. 8.1.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 21.12.2019).

²⁵⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.196.

²⁵⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.197.

²⁵⁹ YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s.104-105; YARDIM, s.104.

²⁶⁰ ULUKAPI, s.353.

itiraz edilmesini takiben veya borçlunun süresi içerisinde borcunu ödememesini takiben alacaklı tarafından iflas davası açılır²⁶¹. İflas davasında borçlu ödeme emrine itiraz ettiyse, itirazın kaldırılmasına ve borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilirken borçlu ödeme emrine itiraz etmediyse ve borcunu ödemediyse borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilir²⁶². Mahkeme tarafından yapılan incelemeler sonucunda aleyhine iflas takibi yapılan tarafın iflasa tabi olduğu ve borçlu olduğu tespit edilirse ve depo kararı sonrasında borçlu borcunu ödemezse, alacaklının masrafları önden ödemesi halinde iflasa karar verir²⁶³. İİK m.154/3 uyarınca, iflas davaları mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde görülür ve ticari dava niteliğindedir. Ancak iflas kararı yalnızca mahkeme tarafından verilebilir²⁶⁴. İflas kararı üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemez. Zira İİK m.178’de borçlunun talebi üzerine iflas düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında borçlu ihtiyari olarak iflas talebinde bulunurken, üçüncü fıkrasında ise iflas talebinde bulunma zarurietiyi vardır²⁶⁵. Bu hallerde de iflas talebi ticaret mahkemesine yöneltilir. Görüldüğü üzere, borçlu kendisi ihtiyari veya zaruri olarak istese de dahi iflas kararı mahkeme tarafından verilmektedir. Bu kapsamda gerek tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir konu olan gerekse iflas kararının mahkeme tarafından verilmesi gerektiğinden iflas davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayacağı kanaatindeyiz.

3.1.3. Menfi Tespit Davası

Tespit davası, bir hukuki ilişkinin varlığının, içeriğinin, mevcudiyetinin veya hakkın bulunup bulunmadığının veya bir evrakın gerçek olup olmadığının tespit edilmesinin talep edildiği davalardır²⁶⁶. Tespit davası eda davasının öncüsü mahiyetindedir²⁶⁷. Menfi tespit davası, kavram olarak olumsuz saptama davasıdır²⁶⁸. Menfi tespit davası, davalı tarafından mevcut olduğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığı tespit edilmesi için açılan

²⁶¹ KURU, El Kitabı, s.1113.

²⁶² ULUKAPI, s.370.

²⁶³ ULUKAPI, s.377.

²⁶⁴ KOÇYİĞİT/BULUR, s.17.

²⁶⁵ MUŞUL, s.744.

²⁶⁶ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.972; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.583; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1409; KARSLI, s.320; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.254; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.342.

²⁶⁷ ÜSTÜNDAĞ, s.328; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1416.

²⁶⁸ YILMAZ, s.575.

davadır²⁶⁹. İcra hukuku anlamında menfi tespit davası ise, davalı tarafın iddia ettiğinin aksine para borcunun bulunmadığının tespit edilmesi için açılan davalardır²⁷⁰. Menfi tespit davası, isminden de anlaşılacağı üzere bir tespit davasıdır. Menfi tespit davası, kesinleşmesi halinde maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder²⁷¹. Menfi tespit davası sonucunda verilecek kabul veya ret kararı, tespit hükmü niteliğinde olup eda hükmü içermez²⁷². Bu sebeple menfi tespit davası sonrasında verilecek karar tespit hükmü niteliğinde olacağından ilamlı icraya konu edilemez²⁷³.

TTK'nın 5/A maddesinde ise açıkça konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki davaların zorunlu arabuluculuk kapsamında olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Buna göre, borç ile ilgili menfi tespit davalarının ve bir miktar paranın ödenmesine ilişkin menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu ve bu hallerde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir²⁷⁴. Uygulamada menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğuna yönelik kararlar da verilmektedir²⁷⁵. Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında, *“Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüştür ise de, TTK nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibariyle bir miktar paranın*

²⁶⁹ ÜSTÜNDAĞ, s.327; KURU, El Kitabı, s.346; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1409; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.978, TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.584; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.273.

²⁷⁰ MUŞUL, s.313.

²⁷¹ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.255; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1466; KURU, El Kitabı, s.374, ANSAY, s.231.

²⁷² ANSAY, s.231; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.273; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1466; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.983; ÜSTÜNDAĞ, s.334; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.584.

²⁷³ ANSAY, s.231; ÜSTÜNDAĞ, s.327; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.255; KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1466; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.584-585; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.273; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.343.

²⁷⁴ KURT KONCA, Zorunlu Arabuluculuk, s.5; KOÇYİĞİT/BULUR, s.140; BUDAK/KARAASLAN, s.458.

²⁷⁵ *“Mahkememizce alacak (eda davasının) karşı davası olan menfi tespit davasında zorunlu arabuluculuk müessesesi içinde olduğu kabul edilmiştir.”* İstanbul Anadolu 10. ATM, 2019/464 E. 2019/198 K. 22.2.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 19.07.2019).

ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.” şeklinde hüküm kurmuştur²⁷⁶.

Usul hukukunda dava konusu, talep konusu bir diğer ifadeyle netice-i talep anlamında kullanılmakta, TTK'nın 5/A maddesinde yer alan dava konusu ifadesiyle de yine talep sonucuna işaret edilmektedir²⁷⁷. Menfi tespit davasının konusu bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi değildir. Menfi tespit davasının konusu, bir miktar paraya veya tazminata ilişkin borcun olup olmadığının tespit edilmesidir. Yani, menfi tespit davası bir tespit davasıdır. Bu sebeple de menfi tespit davası sonucunda alınan karar ile ilamlı takip yoluna gidilememektedir. Kaldı ki, TTK'nın 5/A hükmünün lafzından da menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira TTK'nın 5/A maddesinde açıkça “bir miktar paranın ödenmesine” ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte, yasanın gerekçesinde de menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhil edilmesini işaret eden herhangi bir husus yer almamaktadır. Burada zorlayıcı bir yorumla menfi tespit davalarının arabuluculuğa tabi olduğu sonucunu çıkarmak hem yasanın lafzına hem de menfi tespit davasının niteliğine aykırıdır²⁷⁸. Menfi tespit davaları, bir alacağın tahsil edilmesi için açılan davalar değildir ve bu sebeple menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır²⁷⁹. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu yoktur. Bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da isabetli olarak, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi bulunmadığı için zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır²⁸⁰. Yine güncel bir bölge adliye mahkemesi kararında, “*Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğa tabi tuttuğu dava türlerini istem sonucuna göre sınırlamış ve istem sonucunun bir miktar alacağın ödenmesi ve tazminat olarak açıklamıştır. Menfi tespit davası ise esasen bir eda davası değil “tespit” davasıdır...*

²⁷⁶ İstanbul BAM, 19. Hukuk Dairesi, 2019/1734 E. 2019/1521 K. 28.6.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 10.08.2019).

²⁷⁷ YARDIM, s.99.

²⁷⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.191.

²⁷⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.191; POROY /YASAMAN, s.129; BERKHAN, İhsan, Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.150.

²⁸⁰ İstanbul BAM, 14. Hukuk Dairesi, 2019/521 E. 2019/423 K. 21.03.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 02.11.2019); İzmir BAM, 9. Hukuk Dairesi, 2019/1722 E. 2019/882 K. 11.07.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 03.11.2019).

...Somut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup menfi tespit istemi; 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tabi değildir ve somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurularak menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı ifade edilmiştir²⁸¹. Bu sebeplerle menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu görüşüne katılmayarak, menfi tespit davası açmadan önce arabuluculuğa gidilmesine gerek olmadığı ve menfi tespit davalarının hükmün lafzına aykırı olarak yorum yoluyla zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhil edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz²⁸².

3.2. Talep Sonucuna Göre Dava Çeşitleri Bakımından Değerlendirme

3.2.1. Belirsiz Alacak Davası

HMK m.119 ve HUMK m.179/5 uyarınca, davacının dava dilekçesinde talep sonucunun bir diğer ifadeyle netice-i talebinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Bazı hallerde ise davacının alacağını dava açmadan önce tam olarak belirlemesi mümkün olmamaktadır. Davacının davasında belirtmiş olduğu talebinin miktar ve değerini arttırması iddianın genişletilmesi yasağı kapsamındadır²⁸³. Belirsiz alacak davası, davacının netice-i talebinin dava dilekçesinde açık bir şekilde belirtilmesinin bir istisnası niteliğindedir²⁸⁴.

Belirsiz alacak davası, HMK m.107’de düzenlenmiştir. Buna göre belirsiz alacak davası, davayı açan tarafın davanın açıldığı tarihte alacak miktarını tam ve kesin olarak belirlemesinin kendisinden beklenemediği veya bunun imkânsız olduğu hallerde davacı tarafından hukuki ilişkinin belirtilmesi ve talep sonucunda asgari bir miktar belirtmesi ile açılan davadır. Alacak miktarının belirlenmesinin davanın açıldığı tarihte davacı tarafından belirlenmesinin beklenememesi halinde davacının, dürüstlük ve doğruluk ilkesi kapsamında dürüst ve ortalama bir kişinin makul dikkat ve özeni göstermesine karşın, alacak miktarını

²⁸¹ İstanbul BAM, 16. Hukuk Dairesi, 2019/2603 E. 2019/2482 K. 15.11.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 21.12.2019)

²⁸² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.191; YARDIM, s.100.

²⁸³ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.276.

²⁸⁴ SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s.23; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.277.

tam ve kesin olarak tespit edip edemeyeceği dikkate alınmalıdır²⁸⁵. Davacının davanın açıldığı tarihte talep sonucunun miktar ve değerinin belirlenmesinin imkânsız olduğu hallerde ise bu imkânsızlık sübjektif bir imkânsızlık değil, objektif bir imkânsızlık olmalıdır²⁸⁶. Alacağın belirlenebilir olduğu hallerde, sırf fazla yargılama gideri ödememek niyetiyle veya başka bir amaçla belirsiz alacak davası açılmaz²⁸⁷. Önemle ifade etmek gerekir ki, davacıdan, dava açmadan önce alacağını tespit etmek için alacağının hesaplanması için bir uzmana başvurması veya tespit davası açması gibi yolları tüketmesi beklenemeyeceğinden bu gibi hususlar belirsiz alacak davasının açılmasının koşullarından değildir²⁸⁸.

HMK m.19'da yer alan taleple bağlılık ilkesi gereği, hâkim yasalarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır ve tarafların talep sonuçlarından fazlasına veya talep sonuçlarından farklı bir şeye karar veremez. Belirsiz alacak davasında ise hâkim davacının talebini sadece dava dilekçesindeki asgari miktar üzerinden bilmekte ve kesin olarak bilmemektedir²⁸⁹. Davacı tarafından dava dilekçesinde belirtilen asgari talep sonucu ise maddi vakianın nitelikleri dikkate alınarak, nesnel olarak tespit edilebilen veya edilemeyen miktardır²⁹⁰.

Ek olarak, belirsiz alacak davasında zamanaşımı, davanın açıldığı tarihte alacağın tamamı için kesilir ve davanın açıldığı tarihten itibaren faiz istenebilir²⁹¹. Davacı da belirsiz alacak davasında alacak miktarını tam ve kesin olarak bilememektedir. Bu sebeple davacı, belirsiz alacak davasında alacağının belirlenebilir hale gelmesi ile iddianın genişletilmesi yasağına aykırı olmaksızın, ıslaha veya karşı tarafın rızasına gerek duymaksızın talebini arttırabilir²⁹².

²⁸⁵ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.582; BASIM, Aybüke, “Kısmı Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, ANÜHFD, 2016, C. 65, S. 4, s.2697.

²⁸⁶ PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s.46; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.277.

²⁸⁷ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.20.

²⁸⁸ KILIÇOĞLU, Mustafa, “İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davaları ve Uygulamadaki Çelişkiler”, BÜHFD, 2016, C. 2, S. 1, s. 81, PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.44.

²⁸⁹ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.15.

²⁹⁰ BASIM, s.2694.

²⁹¹ PEKCANITEZ, Hakan, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, DEÜHFD, 2013, C. 15, Özel S., s.934.

²⁹² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.345-347.

Belirsiz alacak davasında, davacı, davalının bir şeyi vermesini, bir diğer ifadeyle edaya hükmedilmesini talep etmektedir²⁹³. Davacının, davalının bir şeyi yapmamasını talep ettiği davalar belirsiz alacak davasının konusu oluşturmaz²⁹⁴. Belirsiz alacak davası mahkemeden talep edilen hukuki himaye dikkate alındığında eda davasıdır²⁹⁵. Belirsiz alacak davasının diğer eda davalarından farkı, davacının alacağını davanın açıldığı tarihte tam ve kesin olarak belirleyememesi ve bu sebeple hukuki ilişki belirterek asgari miktar üzerinden davanın açılmasıdır²⁹⁶. Davacı her ne kadar dava dilekçesinde geçici olarak asgari bir miktar talep etse de daha sonra bu miktarı arttırabilir. Bu kapsamda da belirsiz alacak davasının konusu para olduğu zaman esasen bir miktar ödenmesine ilişkin olduğuna ulaşılmaktadır. TTK'nın 5/A maddesinde yer alan “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” ifadesi dikkate alındığında şartları sağladığı takdirde belirsiz alacak davasının ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu ve belirsiz alacak davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasında alacağın belirlenebilir hale geldiği vakit davacının talep sonucunu arttırması halinde TTK m.5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz²⁹⁷. Zira bu durumda bir dava açılması söz konusu değil, mevcut bir davada iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talep sonucunun arttırılması söz konusudur. TTK m.5/A'da düzenlenen zorunlu arabuluculuk ise bir dava şartıdır ve anılan hükümde arabuluculuğa başvurma şartının dava açılmadan önce gerçekleşmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir.

3.2.2. Kısmi Dava

Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının tümünü değil ancak bir kısmını dava ettiği ve alacağının kalan kısmını davanın kapsamı dışında tuttuğu davalar kısmi davadır²⁹⁸. Kısmi davada, davacının alacağının tümü aynı hukuki ilişkiden kaynaklanmasına

²⁹³ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.31.

²⁹⁴ SİMİL, s.95.

²⁹⁵ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.31; SİMİL, s.94.

²⁹⁶ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s.31-32; SİMİL, s.95.

²⁹⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, s.70.

²⁹⁸ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1516; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.990; KARSLI, s.325; AKİL, Cenk, Kısmi Dava, Ankara 2013, s.63; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.589; TANRIVER, Süha, “Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.851.

rağmen davacı alacağının bir bölümünü dava eder²⁹⁹. Kısmi dava, HMK m.109'da düzenlenmiştir. Buna göre talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, kısmi dava yoluyla bir kısmı dava edilebilir. Bu kapsamda görülmektedir ki, kısmi dava açılabilmesi için öncelikle davacının talep konusunun bölünebilir nitelikte olması gerekir³⁰⁰. Bu kapsamda talep konusunun bölünebilir olmadığı hallerde kısmi dava açılması mümkün değildir. Talep konusunun bölünebilir olması ile ifade edilmek istenen ise, talep konusu edimde herhangi bir değer kaybı, azalma veya eksilme olmaksızın bir kısmının ifa edilebilmesidir³⁰¹. Kısmi dava açılmasının tek koşulu bölünebilir bir talep konusunun mevcudiyeti değildir. Bununla birlikte talep konusunun taraflar arasındaki aynı hukuki ilişkiden kaynaklanmış olması ve tamamının muaccel olması gerekmektedir³⁰². Talep konusunun bir kısmının muaccel olduğu ancak bir kısmının muaccel olmadığı hallerde muaccel olan kısma ilişkin olarak açılan dava kısmi dava değildir. Yine davacının alacağının bakiye kısmının sonradan muaccel hale gelmesi sebebiyle açılacak dava da kısmi dava değil tam davadır³⁰³. HMK m.109/3 uyarınca, dava açıldığında, davacının talep konusunun bakiye kısmından feragat ettiğini açıkça belirtmemesi halinde, kısmi dava açılması talep konusunun bakiye kısmından feragat edildiği sonucunu doğurmaz. Kısmi dava, talep sonucunda belirtilen kısım için zamanaşımı süresini durdurur ve bakiye kısım için zamanaşımı işlemeye devam eder³⁰⁴.

Kısmi dava, bir eda davasıdır³⁰⁵. Kısmi davada davacı, davalıdan alacağının tamamını değil bir kısmını talep etmektedir. Bununla birlikte konusu para veya tazminat olduğu takdirde, kısmi dava para veya tazminatın ödenmesine ilişkin bir eda davası niteliğindedir. Bu sebeple kısmi dava olarak açılacak davalarda, uyuşmazlığın ticari

²⁹⁹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.990-991; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.286.

³⁰⁰ TANRIVER, Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler, s.851; KARSLI, s.325; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.589; AKİL, Kısmi Dava, s.65; NOMER, Haluk, "Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür?", İÜHFİM, C. 1, S. 2, s.222; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.286.

³⁰¹ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.590; TANRIVER, Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler, s.851; NOMER, s.223.

³⁰² PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.231; AKİL, Kısmi Dava, s.68.

³⁰³ AKİL, Kısmi Dava, s.69.

³⁰⁴ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1540; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1008; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.594; KORKMAZ, Erkan, "İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava", ABD, 2016, S. 1, s.229-230; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.286.

³⁰⁵ NOMER, s.221.

uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamında olması halinde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak buradaki sorun, kısmi dava içinde talebin arttırılması halinde veya ayrı bir ek davanın açılması halinde yeniden arabuluculuğa başvurmanın gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre, kısmi davada, davacının talep sonucunu ıslah veya davalının açık rızası ile arttırması halinde, arttırılan miktar bakımından zorunlu arabuluculuğa gidilmesi gerekmezken, davacının talep konusunun bakiye kısmı için ek dava açtığı hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa gidilmesi zorunludur³⁰⁶. Diğer bir görüşe göre ise, aynı alacak için bir defa arabuluculuk süreci işletilmişse; bu alacağın kısmi veya tam olması önem taşımamalı, arabuluculuk şartı alacağın tamamı için yerine getirilmiş kabul edilmeli ve tekrar arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamalıdır³⁰⁷. Zira kısmi talepte anlaşamayan tarafların bakiye kısım için anlaşmaları beklenemeyecektir³⁰⁸. Sahiden de kısmi dava açıldığı halde aynı dava içerisinde davacı tarafından talebin arttırılması halinde arabuluculuğa gidilmesine gerek olmayacaktır. Zira taraflar daha önceden talep konusunun daha azına ilişkin arabuluculuk sürecinde müzakere etmiş ve anlaşma sağlayamadıkları için dava ikame edilmiştir. Davacının kısmi dava sırasında talep sonucunu arttırmaması ve daha sonra bakiye kısım için ek dava açacak olması halinde de dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa gidilmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır. Çünkü taraflar bir defa arabuluculuk sürecinde bulunmuş ve arabuluculuğa başvuru zorunluluğunu yerine getirmişlerdir. Artık burada zorunlu arabuluculuk sürecinin alacağın tamamı için yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim burada aynı hukuki sebebe dayanan bölünebilir talep söz konusudur. Farklı bir hukuki sebep veya hukuki ilişki olmadığı için aynı hukuki sebebe dayanan talebin bir kısmında uzlaşmamış tarafların iradelerinde bir değişiklik olmasını ve anlaşmalarını beklemek yalnızca yargılamanın gecikmesini sağlayacaktır. Bu kısmi davada aynı alacak için bir defa arabuluculuk süreci işletildiyse bakiye kısım için ayrı bir dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunmadığı görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

³⁰⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.69.

³⁰⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.188.

³⁰⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.188.

3.2.3. Terditli Dava

Terditli dava, davacının dava dilekçesinde davalıya karşı yönelttiği ve kendi aralarında aslilik/ferilik ilişkisi bulunan birden fazla talebini içeren davadır³⁰⁹. Terditli davada, davacının aslilik/ferilik ilişkisi içerisinde birden fazla talebi olmasına rağmen mahkeme tarafından tek bir hüküm verilir³¹⁰. Terditli dava, HMK m.111’de düzenlenmiştir. Buna göre, davacının talepleri arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Davacının talepleri arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantı bulunmaması halinde, aslilik/ferilik ilişkisi kurularak terditli dava açılması mümkün değildir. Terditli davada, davacı taleplerinin ekonomik ve hukuki olarak aynı yönde olması gerekirken, ileri sürülen taleplerin aynı olaylara veya hukuki nedenlere dayanması gerekmez³¹¹. Zira HMK m.111’de açıkça talepler arasında aslilik/ferilik ilişkisi olması gerektiği belirtilmiş ve dayanılan vakıalara ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Terditli davada, mahkeme tarafından asıl talep esastan reddedilmedikçe, feri talep incelenemez ve feri talep hakkında hüküm kurulamaz (HMK m. 111/2). Bu sebeple terditli davada, talepler birbirinden bağımsız ve asli nitelikte değildir³¹². Terditli davanın, objektif dava yığılmasından en temel farkı, davacının talepleri arasında eşitlik ve bağımsızlık ilişkisinin olmamasıdır³¹³. Terditli davada esasen davacı tarafından, taleplerinin mahkeme tarafından değerlendirilme sırası tayin edilmektedir³¹⁴ ve öncelikle asıl talebin incelenmesi ve kabul edilmesi, asıl talebin reddedilmesi halinde feri talebin incelenerek feri talebe ilişkin hüküm kurulması istenmektedir³¹⁵. Terditli davada birbirinden bağımsız davalar da bulunmamaktadır³¹⁶. Bu

³⁰⁹ KARSLI, s.324; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.629; TUTUMLU, Mehmet Akif, “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”, THD, C. 9, S. 97, 2014, s.92; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.356; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1083.

³¹⁰ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1086; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.282.

³¹¹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1083-1084; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.282.

³¹² BULUT, Uğur, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara 2017, s.143.

³¹³ TUTUMLU, Mehmet Akif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.116.

³¹⁴ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.283.

³¹⁵ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1484; TANRIVER, Medeni Husul Hukuku, s.629-630; KARSLI, s.325; BUDAK/KARAASLAN, s.149.

³¹⁶ BULUT, s.144.

sebeple, terditli davada davalarda taleplerin birbirinden ayrılması veya asli talep incelenmeksizin feri taleplere ilişkin hüküm kurulması mümkün değildir³¹⁷.

Doktrinde bir görüş, terditli davada asli veya feri taleplerden yalnızca birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi olması halinde ve ticari dava olması durumunda ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı yönündedir³¹⁸. Bir diğer ifadeyle, ticari dava niteliğindeki terditli davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunludur. Uygulamada da terditli davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olacağına yönelik kararlar mevcuttur³¹⁹. Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Zira yukarıda da belirtildiği üzere terditli davada davacı, talepleri arasında aslilik/ferilik ilişkisi kurarak dava açar ve HMK m.111/2 gereğince, mahkeme tarafından önce asli talebin incelenmesini ve asli talebin ancak esastan reddi halinde feri talebinin incelenmesini bekler. Davacının asli talebinin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olmaması ve feri talebinin bu yönde olması halinde, sırf feri talebinin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması sebebiyle terditli davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesine neden olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira böyle bir durumda davacının asıl talebi zorunlu arabuluculuk kapsamına giren dava konusuna ilişkin olmayacaktır. Kaldı ki, davacı asli talebini feri talebe göre kendisi açısından daha tatmin edici bulduğu için asli talep olarak nitelendirir. Terditli davada davacı, önce asıl talebinin incelenmesini, feri bir diğer anlatımla yardımcı talebinin ise asıl talebinin reddedilmesi halinde incelenmesini ister³²⁰. Asli talebin arabuluculuğa elverişli olmaması halinde ise taraflar yalnızca feri talebe ilişkin anlaşma sağlayabileceklerdir. Bununla birlikte HUAK m.18/5 uyarınca tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşması durumunda, anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz. O halde, feri talep üzerinde tarafların anlaşması halinde asli talep üzerinde dava açılıp açılamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Zira asli talebin arabuluculuğa elverişli olmaması halinde arabuluculuk sürecinde asli talebe ilişkin

³¹⁷ BULUT, s.144-145.

³¹⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.69.

³¹⁹ İstanbul 13. ATM, 2019/217 E. 2019/344 K 15.4.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 17.08.2019); İstanbul Anadolu 7. ATM, 2019/113 E. 2019/494 K. 2.4.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 17.08.2019).

³²⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.312; KARSLI, s.178.

karar verilemeyecektir. Ancak asli talebe ilişkin dava açılması da, terditli davanın özelliklerine aykırı düşmektedir. Zira terditli davada, asıl talebin reddedilmesi kaydıyla feri talebe ilişkin karar verilebilir³²¹. Bir diğer ifadeyle terditli davada hem asıl hem de feri talebe ilişkin karar verilemez. Taraflar arasında feri talebe ilişkin anlaşma sağlanmış olması, feri talebe ilişkin mahkeme tarafından karar verildiği anlamına gelmeyecektir, ancak, hem asli hem de feri talebe ilişkin netice alınması söz konusu olabilecektir. Bu sebeplerle kanaatimizce, terditli davalarda, asli ve feri talep ayrımı yapmadan ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk şartlarının sağlanması halinde dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi gerektiği görüşü yerinde değildir³²².

Terditli davada görevli mahkemenin nasıl belirleneceğine ilişkin usul hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, terditli olarak ileri sürülen taleplerden hangisinin değeri daha fazla ise, görevli mahkeme buna göre belirlenmeli ve terditli taleplerden biri para ise, mahkemenin görevi bu paraya göre belirlenmelidir³²³. Yine öğretide ister tek ister birden fazla talep olsun, dava konusu para ise ya da para ile değerlendirilebiliyorsa asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır ve terditli davalarda görevli mahkemeyi belirlemek için talepler arasında ayrı ayrı değerlendirme yapılmasına gerek yoktur³²⁴. Terditli davalarda görevli mahkemenin belirlenirken davacının ilk olarak ileri sürdüğü asıl talebine önem verdiği ve görevin bu talebe göre belirlenmesi gerektiği görüşü de öğretide yer almaktadır³²⁵. Terditli davalarda görevli mahkemenin nasıl belirleneceğine ilişkin Yargıtay kararlarında da görüş birliği mevcut değildir. Bazı kararlarda terditli davalarda görevli mahkemenin, terditli istenilen taleplerden hangisinin değeri fazla ise ona göre belirleneceği belirtilmekteyken³²⁶ bazı kararlarda ise terditli davalarda görev mahkemenin asıl talebe göre belirlenmesi

³²¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1494; KIRTILOĞLU, Serhat, “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, EBYÜHFD, 2014, C. 18, S. 3–4, s.160.

³²² PEKCANITEZ, Hakan “Tartışmalar”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (E.D. SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan), s.143.

³²³ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.195.

³²⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.116.

³²⁵ KARSLI, s.178.

³²⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2007/888 E. 2007/1279 K. 06.02.2007 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 29.11.2019); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2008/11531 E. 2010/1945 K. 22.02.2010 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 30.11.2019).

gerektiği ifade edilmektedir³²⁷. Yargıtay tarafından güncel olarak verilen ve terditli davada görevli mahkemenin nasıl belirleneceğini belirten kararda asıl talebin önde tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay tarafından verilen güncel karar, terditli davanın kendine özgü yapısı olan talepler arasındaki aslilik/ferilik ilişkisi ve asli talep reddedilmeden feri talebin incelenememesi de dikkate alındığında, taleplerden birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi olması halinde ve davanın ticari dava olması durumunda ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte sadece feri talebin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması sebebiyle arabuluculuk sürecinin işletilmesi, kanaatimizce arabuluculuk sürecinin işlerliğine de zarar verecektir. Zira asli talebini daha tatmin edici bulduğu için asli talep olarak belirleyen ve esasında buna ulaşmak isteyen ancak mahkeme tarafından bu talebin reddi halinde feri talebine yönelen müstakbel davacı, feri talebe ilişkin arabuluculuk görüşmesini tüketilmesi gereken usuli bir yol olarak görebilecektir. Bu bağlamda, terditli davalarda, davacının asli talebinin dikkate alınması gerektiği ve asli talebin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması halinde ve diğer şartların da karşılanması halinde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Her halükarda terditli davalarda arabuluculuk zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti yasal bir düzenlemeyi gerektirmektedir. Zira mevcut belirsizlik halinin birçok sorunu da beraberinde getirmesi muhtemeldir.

3.2.4. Objektif Dava Yığılması

Objektif dava yığılması, HMK m.110'da düzenlenmektedir. Objektif dava yığılması kapsamındaki davalar, davacının aynı davalıya karşı birden çok asıl talebini, taleplerinin tamamının aynı yargı türü içerisinde bulunması ve taleplerin tamamı açısından ortak yetkili mahkemenin bulunması koşuluyla tek dava dilekçesiyle ileri sürebildiği davalardır³²⁸.

³²⁷ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2016/18397 E. 2016/15934 K. 22.11.2016 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E. T. 30.11.2019).

³²⁸ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1496; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.268; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1092; TANRIVER, Medeni Husul Hukuku, s.628; KIRTILOĞLU, s.133.

Objektif dava yığılmasında tek bir dava dilekçesiyle ileri sürülen taleplerin birbirinden ayrı davalarda görülebilmesi mümkündür³²⁹. Objektif dava yığılmasında davacının birbirleri ile bağlı olmayan birden çok talebi bulunmakta ve bu talepler arasında aslilik/ferilik ilişkisi bulunmamaktadır³³⁰. Bununla birlikte, objektif dava yığılmasında mahkemenin davacının her bir talebine ilişkin ayrı ayrı hüküm vermesi talep edilmektedir³³¹. Bu bağlamda objektif dava yığılmasında görüntüde tek dava olmasına rağmen esasen birden çok asli talep ve birden çok bağımsız dava söz konusudur³³². Buna binaen objektif dava yığılmasında, davacının asli ve birbirinden bağımsız talepleri ayrı ayrı incelenmeli ve ayrı ayrı karar verilmelidir.³³³ Objektif dava yığılmasında davacının her bir asli talebi ayrı bir dava oluşturacağından davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı her bir asli talep için ayrıca incelenmeli, zorunlu arabuluculuk kapsamında olanlar için arabuluculuğa başvuru şartı aranmalı ve zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayanlar için arabuluculuğa başvuru koşulu aranmadan dava açılmasına müsaade edilmelidir³³⁴. Zira objektif dava yığılmasında, dava şartları her bir talep için ayrı ayrı değerlendirilir³³⁵. Nitekim uygulamada da, objektif dava yığılmasında her bir talep için arabuluculuğa gidilmesi gerektiği Antalya Bölge Adliye Mahkemesi kararında da belirtilmektedir³³⁶. Bu kapsamda objektif dava yığılmasında, davacı tarafından davalıya yöneltilen asli taleplerden birinin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması halinde ve davanın ticari dava olması halinde asli talebe ilişkin dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilecektir³³⁷. Bunun yanında zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayan diğer talepler içinse doktrinde ifade edildiği üzere arabuluculuk süreci beklenmeden dava açılabilceği ancak talepler arasında bağlantı bulunması halinde

³²⁹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1092; AKSOY, Elif, “Objektif Dava Birleşmesi”, TBBD, 2015, S. 117, s.203.

³³⁰ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.281; KARSLI, s.324; TANRIVER, Medeni Husul Hukuku, s.629.

³³¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1500; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.269; BULUT, , s.23.

³³² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.281; KARSLI, s.324; BULUT, s.23.

³³³ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1500; TOPALOĞLU, Ali, “Terditli Davalar Açısından HMK’nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İBD, 2014, S. 1, s.74; BULUT, s.24.

³³⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.192; KOÇYİĞİT/BULUR, s.69; YARDIM, s.101.

³³⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1093; TANRIVER, Medeni Husul Hukuku, s.629.

³³⁶ “Somut davada olduğu gibi birden fazla alacak kaleminin dava edildiği durumlarda objektif dava yığılmasından söz edilir ve dava konusu her bir alacak kalemi için arabulucuya başvurulması gerekir.” Antalya Bam 10. Hukuk Dairesi, 2019/178 E. 2019/92 K. 30.1.209 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 07.09.2019).

³³⁷ YARDIM, s.101; KOÇYİĞİT/BULUR, s.69.

mahkeme tarafından arabuluculuk kapsamına giren talep ile dava konusu yapılan talebin birlikte görülmesinin uygun olacağı düşünülerek arabuluculuk sürecinin bekletici mesele yapılabileceği kanaatindeyiz³³⁸.

3.2.5. Seçimlik Dava

Seçimlik dava, seçimlik borçlarda seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda açılabilir³³⁹. Seçimlik borç, birden fazla edimin borcun konusunu oluşturması, ancak edimlerden bir tanesinin ifasının borcu sona erdirmesidir³⁴⁰. Seçimlik borçta, farklı edim konularından birini seçme işi taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılır³⁴¹. Seçimlik borçlarda, seçim hakkına sahip olan borçlu veya üçüncü tarafın seçim hakkını kullanmaması durumunda alacaklı tarafından seçimlik dava açılabilir. Seçimlik dava, seçim hakkının borçluda veya üçüncü bir kişide olması halinde açılabilir, alacaklının seçim hakkına sahip olduğu durumlarda seçimlik dava açılmaz. Seçimlik davanın konusunu oluşturacak taleplerden bir tanesinin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi içeren ticari dava olması ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanması için yeterli olacaktır³⁴².

3.3. Bazı Usuli Kurumlarda Zorunlu Arabuluculuk

3.3.1. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz

İhtiyati tedbir geçici bir korumadır. İhtiyati ifadesiyle, geçiciliğe ve koruyuculuğa işaret edilmektedir³⁴³. İhtiyati ifadesiyle kararın geçici olduğu, bir diğer ifadeyle belirli bir süreyle bağlı olduğu ve geleceğe yönelik alınan bir önlem olduğu anlaşılmaktadır³⁴⁴. İhtiyati tedbir, alacağının dışındaki istemlerin koruma altına alınması için talebin ve gecikme durumundaki tehlikenin yaklaşık olarak ispat edilmesi kaydıyla geçici olarak koruma

³³⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.193; YARDIM, s.101.

³³⁹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1495; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1088; TANRIVER, Medeni Husul Hukuku, s.631; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.268.

³⁴⁰ SELİÇİ, ÖZER, “Seçimlik Borçların İfasi”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2011, S. 34, s.376.

³⁴¹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1088.

³⁴² KOÇYİĞİT/BULUR, s.69.

³⁴³ YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, s.37.

³⁴⁴ ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s.133.

sağlayan bir kurumdur³⁴⁵. Bir diğer anlatımla ihtiyati tedbir, davacının davayı kazanması halinde talep konusuna ulaşmasını sağlamak üzere dava öncesinde veya dava sırasında ve kesin hüküm verilinceye kadar mahkeme tarafından sağlanan geçici hukuki korumadır³⁴⁶. İhtiyati tedbir, HMK m.389 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre ihtiyati tedbir, mevcut durumda oluşabilecek bir değişiklikten kaynaklı olarak hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması veya tamamen imkânsız hâle gelmesi veya gecikme nedeniyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması endişelerinin bulunması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebilir (HMK m.398/1). İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK m.390/1). İhtiyati tedbir, bir dava niteliğinde değildir³⁴⁷. Bu sebeple de ihtiyati tedbir dosyaları mahkeme tarafından değişik iş numarası “D.İş.” ile numaralandırılır. Bununla birlikte mahkeme tarafından ihtiyati tedbire ilişkin verilecek karar kesin hüküm niteliğinde değildir³⁴⁸ ve bazı durumlarda kaldırılabilir veya kendiliğinden kalkabilir³⁴⁹. İhtiyati tedbir talebi, geçici bir hukuki koruma olduğundan ve kesin hüküm niteliğinde karar verilecek bir dava olmadığından³⁵⁰, bu hukuki korumaya başvurmadan önce zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığı kanaatindeyiz³⁵¹.

İhtiyati haciz, İİK m.257 ile m.268 arasında düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, ihtiyati tedbir ile birbirine benzemekte ve uygulamada birbirleri ile karıştırılmaktadır³⁵². İhtiyati haciz ile ihtiyati tedbir arasında, uygulanacak hükümlerin farklılığı, süreler ve şartları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bir defa ihtiyati haciz, yalnızca para alacaklarında uygulanan bir tedbirdir³⁵³. İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının vaktinde ödenmesini

³⁴⁵ ERİŞİR, s.135.

³⁴⁶ YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, s.178.

³⁴⁷ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.734.

³⁴⁸ KONURALP, Cengiz Serhat, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İÜHFİM, 2013, C. 71, S. 2, s.251.

³⁴⁹ ERİŞİR, s.149; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.735.

³⁵⁰ KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, 2019 Ankara, s.503.

³⁵¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.64.

³⁵² ULUKAPI, s.297.

³⁵³ MUŞUL, s.682.

sağlamak amacıyla, borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır³⁵⁴. İhtiyati haciz mahkemeden talep edilir ve ihtiyati haciz kararını ancak mahkeme verebilir. Aksi halde borçlu malları üzerinde ihtiyati haciz kararı konulamaz³⁵⁵. İhtiyati hacze mahkeme tarafından karar verilirken, kararın tatbiki bir diğer ifadeyle borçlu mallarının ihtiyaten haczi icra dairesi tarafından yapılır³⁵⁶. İhtiyati hacizde alacaklı, hali hazırda başlamamış olan veya devam etmekte olan bir dava veya takip sonucunda alacağının ödenmesini garanti altına almak ister³⁵⁷. İhtiyati haciz, davacının alacağını geçici olarak koruma altına alan geçici bir koruma niteliğindedir³⁵⁸. İhtiyati haciz kararının kesin hüküm etkisi bulunmamaktadır ve ihtiyaten haczedilmiş mallar istisna haller³⁵⁹ dışında satılamaz³⁶⁰. İhtiyati haciz talebi bir dava değildir³⁶¹. Öte yandan ihtiyati haciz dosyaları da mahkemeler tarafından “D.İş” olarak numaralandırılmaktadır. TTK m.5/A ile düzenlenen zorunlu arabuluculuk ise bir dava şartıdır. Bu sebeple dava niteliğinde olmayan ihtiyati haciz talebinde bulunmadan önce dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa gidilmeyeceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte HMK m.397 uyarınca, dava açılmasından önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde, tedbir talep eden, kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak zorundadır. İhtiyati hacizde ise, İİK m.264 uyarınca dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan önce alacaklının ihtiyati haciz kararı alması halinde, haczin gerçekleştirilmesinden, haciz alacaklının yokluğunda yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde dava açmak veya takip talebinde bulunmak zorundadır. İhtiyati tedbir veya ihtiyati hacze ilişkin belirtilen

³⁵⁴ KURU, El Kitabı, s.1033; DEYNEKLİ, Adnan/SALDIRIM, Mustafa, İhtiyati Haciz, 3. Baskı, Ankara 2011, s.3; ULUKAPI, s.297.

³⁵⁵ KURU, El Kitabı, s.1040.

³⁵⁶ MUŞUL, s.683.

³⁵⁷ KURU, El Kitabı, s.1060.

³⁵⁸ “(...) ihtiyati haciz müessesesi, medenî usul hukukundaki ihtiyati tedbir ve idare hukukundaki yürütmenin durdurulması müesseseleri gibi bir geçici hukuki koruma önlemidir.”, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2011/4749 E. 2011/6494 K. 11.05.2011 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 08.09.2019); ERİŞİR, s.225; KURU, El Kitabı, s.1060.

³⁵⁹ “Muvakkaten veya ihtiyaten haczedilen mallar ancak 113 üncü maddenin son fıkrasında yazılı hallerde satılabilir.” (İİK m.108/2), “İcra memuru kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir.” (İİK m.113/2).

³⁶⁰ KURU, El Kitabı, s.1060; MUŞUL, s.683.

³⁶¹ KURU, El Kitabı, s. 1042.

süreler, HUAK m.18/A-16 uyarınca arabuluculuk bürosuna başvurulmasından itibaren son tutanak düzenleninceye kadar işlemeyecektir.

Dava açıldıktan veya takip başlatıldıktan sonra yahut dava açılmadan veya takip başlatılmadan önce mahkemeye yöneltilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri geçici hukuki koruma niteliğinde olup dava niteliğinde değildir. Bu sebeple dava açıldıktan veya takip başlatıldıktan sonraki ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir taleplerinde de arabuluculuğa gidilmesi zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz.

3.3.2. Tam Islah

Hukukumuzda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı önemli bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple, iddia ve savunmalar belirli sürelerden sonra değiştirilemez ve genişletilemez³⁶². Ancak ön inceleme aşamasında diğer tarafın açık rızasının mevcudiyeti halinde iddia ve savunma genişletilebilir³⁶³. Islah, tarafların, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına bağlı olarak yapmış oldukları usul işlemlerini düzeltmesine veya yenilemesini imkân sağlamaktadır³⁶⁴. Bir diğer anlatımla ıslah, tarafların davada iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı nedeniyle gerçekleştiremedikleri işlemleri ıslah dilekçesi ile tamamen veya kısmen gerçekleştirmeleridir³⁶⁵. Islah, bir usul işleminin iptal edilerek yerine yenisinin yapılması olarak da ifade edilebilir³⁶⁶. Taraf usuli işlemi ise, genel bir ifade ile bir tarafın yaptığı ve yargılamanın yürütülmesine yarayan, bu sayede dava sonucunda etkisi bulunan, hüküm ve sonuçları usul hukuku tarafından tespit edilen işlemlerdir³⁶⁷. Tarafların maddi hukuk işlemleri değil³⁶⁸, usuli işlemleri ıslahın konusunu oluşturur³⁶⁹. Islah, mahkemenin usuli işlemlerini etkilemez³⁷⁰. Bununla birlikte iki taraflı usul işlemleri de ıslah

³⁶² YILMAZ, Ejder, Islah, 4. Baskı, Ankara 2013, s.45; EROĞLU, Orhan, Islah, 2. Baskı, Ankara 2018, s.27.

³⁶³ ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getiriyor”, Esas Hukuk Dergisi, 2011, S. 1, s.9.

³⁶⁴ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.3965; ANSAY, s.187; EROĞLU, s.26; TUTUMLU, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2019, s.18; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.537-538; ÜSTÜNDAĞ, s.549; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.423.

³⁶⁵ DEYNEKLİ, Adnan, Islah, Ankara 2013, s.15.

³⁶⁶ BİLGİN, Mahmut, “Usul Hukukunda Islah ve Sonuçları”, Fasikül Dergisi, 2019, S. 111, s.712.

³⁶⁷ YILMAZ, Islah, s.129.

³⁶⁸ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.537; EROĞLU, 29-30; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.423.

³⁶⁹ DEYNEKLİ, Islah, s.17; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.537; EROĞLU, 29-30.

³⁷⁰ EROĞLU, 29-30; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.423; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.537.

yoluyla değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz³⁷¹. HMK m.176/2 ve m.177/1 uyarınca, taraflar tahkikatın sona ermesine kadar, aynı davada ancak bir kez ıslah yoluna gidebilirler. İslahta, ıslahı yapan tarafın belirlediği noktadan itibaren, ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yemin ve teklifi ve reddi veya iadesi hariç olmak üzere bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğar (HMK m.179/2).

İslah, tam ıslah ve kısmi ıslah olmak üzere ikiye ayrılır. Yargılama süresinde yapılmış belirli bir veya birkaç usul işleminin ıslahının talep edilmesi sonucunda kısmi ıslah söz konusu olur³⁷². Örneğin, dava konusunun arttırılması kısmi ıslah niteliğindedir³⁷³. Tam ıslah ise, davanın dava dilekçesinden itibaren tamamının ıslah edilmesidir³⁷⁴. Tam ıslahta, davacı, talep sonucunu değiştirebilir³⁷⁵. Tam ıslaha, davacı veya karşı dava açılması halinde karşı davacı başvurabilir³⁷⁶. HMK m.180 uyarınca, davasını tamamen ıslah ettiğini bildiren tarafın, bildirimden itibaren bir hafta içerisinde yeni dava dilekçesi vermesi gerekmektedir. Yeni dava dilekçesi sonrasında görülecek dava yeni bir dava olmayıp eski davanın devamıdır³⁷⁷. Bununla birlikte, tam ıslahla verilecek yeni dava dilekçesi sonrasında, mahkeme tarafından yargılama koşullarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir³⁷⁸. Örneğin ıslah sebebiyle mahkemenin görevinde bir değişiklik oluyorsa mahkeme tarafından görevsizlik nedeni ile davanın usulden reddi gerekir³⁷⁹.

Dava sırasında var olan dava şartları, ıslah sonrasındaki davanın şartları açısından mevcut değilse dava şartı eksikliği sebebiyle dava reddedilecektir³⁸⁰. Yine tamamen ıslah

³⁷¹ DEYNEKLİ, İslah, s.17; YILMAZ, İslah, s.132.

³⁷² DEYNEKLİ, İslah, s.66; YILMAZ, İslah, s.132

³⁷³ PEKCANITEZ, Hakan/AKYAZILI, Erdem, “İslahta İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, 2008 İstanbul, s.540; YILMAZ, İslah, s.74.

³⁷⁴ DEYNEKLİ, İslah, s.64; YILMAZ, İslah, s.72; TUTUMLU, İslah, s.23.

³⁷⁵ KURU, Medeni Usul Hukuku, s.595; TUTUMLU, İslah, s.23.

³⁷⁶ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.3990;ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.179; YILMAZ, İslah, s.73; TUTUMLU, İslah, s.23.

³⁷⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018/523 E. 2019/70 K. 05.02.2019 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 30.11.2019); Yargıtay I. Hukuk Dairesi, 2013/754 E. 2013/5575 K. 16.04.2013 T. (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 16.09.2019); KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.3998; YILMAZ, İslah, s.586; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.425; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1541.

³⁷⁸ KURU, Baki., “Dava Şartları”, S.Ş. Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 144; YILMAZ, İslah, s.611.

³⁷⁹ TUTUMLU, İslah, s.543; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2002/255 E. 2002/2047 K. 04.03.2002 T. (www.hukukturk.com E.T. 30.11.2019).

³⁸⁰ YILMAZ, İslah, s.612.

edilen dava, eski davanın devamı olsa da, görevli mahkeme davanın yeni haline göre tespit edilir³⁸¹. Bu kapsamda esasen tam ıslah ile talep sonucunun değiştirilmesi mümkündür. Bu durumda mahkeme tarafından davanın yeni şekli üzerinden dava şartları değerlendirilmeli ve davanın TTK m.5/A kapsamında arabuluculuğa tabi olup olmadığının incelenmesi gerekecektir³⁸². Davanın tamamen ıslahı ile birlikte, yeni davanın konusunu, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebinin oluşturması halinde ve dava ticari dava ise, bu halde zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur³⁸³. Tam ıslahtan önceki dava dilekçesinden önce arabuluculuğa başvurulup başvurulmadığına bakılmaksızın, yeni dava dilekçesinin konusunun zorunlu arabuluculuk kapsamında olması halinde arabuluculuk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³⁸⁴. Arabuluculuğa başvuru, tamamlanabilir bir dava şartı olmadığından, mahkeme tarafından arabuluculuğa başvuru için süre verilmesine gerek bulunmamaktadır³⁸⁵. Zira HUAK m.18/A-2 uyarınca, arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. Bu bağlamda, davacı tarafın ıslah dilekçesinden önce arabuluculuğa başvurması gerektiği aksi takdirde dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usulden reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁸⁶. HUAK m.18/A-15 uyarınca, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadarki sürede zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyeceğinden, ıslahtan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması halinde davanın tamamen ıslah edildiğinin bildirilmesinden sonra başlayacak olan bir haftalık dilekçe verme süresinin de işlememesi gerekir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kısmen ıslah ile yalnızca talep sonucunun arttırılması halinde arabuluculuğa başvurulması gerekmemektedir. Zira bu durumda dava konusunda değişiklik yapılmamaktadır.

³⁸¹ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.431.

³⁸² YARDIM, s.102.

³⁸³ KOÇYİĞİT/BULUR, s.70.

³⁸⁴ YARDIM, s.102.

³⁸⁵ AZAKLI ARSLAN, s.143.

³⁸⁶ YARDIM, s.102.

3.3.3. Karşı Dava

Karşı dava, hali hazırda görülmekte olan bir davanın davalı tarafının, asıl davanın davacı tarafına karşı asıl dava kapsamındaki esasa cevap süresi içerisinde açtığı ve talepler arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunduğu veya davalar arasında bağlantı bulunduğu davalardır³⁸⁷. Davalı, davada yalnızca savunma yapmak zorunda değildir³⁸⁸. Davalı, davacıya karşı, asıl dosya üzerinden³⁸⁹ karşı dava da açabilir. Bir davada, davalı tarafın davacı tarafa açtığı her türlü dava karşı dava olarak nitelendirilemez³⁹⁰. Davalının, davacıya karşı açmış olduğu davanın karşı dava olarak nitelendirilmesi için, asıl davanın derdest olması, her iki davanın da aynı yargılama usulüne göre yürütülebilir olması, karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde açılmış olması ve talepler arasında takas mahsup ilişkisi bulunması veya davalar arasında bağlantı bulunması gerekir³⁹¹. HMK m.134 uyarınca, asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi hali, karşı davanın görülüp karara bağlanmasını engellemez. Bu bağlamda karşı dava, asıl davanın esas numarası üzerinden ve asıl dava dosyası ile birlikte yürütülmesine rağmen, esasında bağımsız, bir diğer anlatımla asıl davadan ayrı bir davadır³⁹². Asıl dava ile karşı davanın birbirinden bağımsız dava olmaları, dava şartlarının da her ikisi için ayrı ayrı incelenmesini gerektirecektir³⁹³. Çünkü davalardan biri için sağlanan dava şartı diğeri için sağlanmamış veya davalardan biri için bulunması zorunlu olan dava şartı diğeri için zorunlu olmayabilir. Örneğin, asıl davanın görüldüğü mahkeme yetkili mahkeme iken karşı dava için kesin yetki kuralının varlığı halinde mahkemenin yetkili olmaması halinde biri için sağlanan dava şartı diğeri için sağlanamamış olacaktır.

Karşı davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması ve davanın ticari dava olması halinde, karşı davanın asıl davadan bağımsız bir dava olmasına binaen dava şartlarının asıl davadan ayrı olarak incelenmesinin gerekmesi sebebiyle karşı dava için dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı ve

³⁸⁷ ARSLANPINAR, Tuğçe, Karşı Dava, Ankara 2017, s.18.

³⁸⁸ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.298; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.405.

³⁸⁹ ARSLAN, Muharrem, “Karşı Dava”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 1, S. 1, s.242.

³⁹⁰ ARSLAN, Karşı Dava, s.242.

³⁹¹ KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, “Karşı Dava”, TBBD, 2016, S. 123, s.209-210.

³⁹² ARSLANPINAR, s.110.

³⁹³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.191; ARSLANPINAR, s.110.

karşı dava açılmadan arabuluculuğa başvurulması gerektiği kanaatindeyiz³⁹⁴. Karşı davanın arabuluculuğa başvurulmadan açılması halinde, arabuluculuğa başvuru, tamamlanabilir bir dava şartı olmadığından karşı davanın mahkeme tarafından usulen reddi gerekecektir. Bu halde karşı dava açacak davalı, asıl dava devam ederken veya öncesinde dava konusu yapacağı alacağı için arabuluculuk yoluna başvurmalıdır ve arabuluculuk sürecini asıl davada bekletici mesele olarak ileri sürmelidir³⁹⁵. Bununla birlikte, asıl davada arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olması halinde, tarafların karşı dava konusuna ilişkin olarak da asıl davaya ilişkin zorunlu arabuluculuk sürecinde görüşmelerine ve bu konuda anlaşma sağlayamamaları durumunda, karşı dava konusunda anlaşma sağlanmadığının arabuluculuk son tutanağında belirtilmesi ve bu tutanağın karşı davanın açılmasıyla birlikte mahkemeye ibraz edilmesi halinde karşı dava için ayrıca arabuluculuğa başvurulması gerekmediği kanaatindeyiz. Zira, HUAK m.18/A-2 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunlu arabuluculuk dava şartının sağlanması için yeterlidir. Bu kapsamda, tarafların karşı dava konusuna ilişkin olarak arabuluculuk sürecinde anlaşamadıklarının arabuluculuk son tutanağına geçirilmesi halinde karşı dava için ayrıca arabuluculuğa gidilmesine gerek olmayacaktır.

3.3.4. Dava Arkadaşlığı

Bir davada birden çok kişinin davacı veya davalı sıfatıyla birlikte aynı tarafta bulunmaları durumuna dava arkadaşlığı denir³⁹⁶. Dava arkadaşlığı ihtiyari olabileceği gibi mecburi de olabilir. İhtiyari dava arkadaşlığı HMK m.57’de düzenlenmektedir. Buna göre, dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir nedenle ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin adına bir hak veya yükümlülük doğmuş, davaların temelindeki olayların ve hukuki sebeplerin aynı veya benzer nitelikte olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığından söz edilir. Mecburi dava arkadaşlığı HMK m.59’da düzenlenmektedir. Buna göre maddi hukuka göre, bir hakkın birden çok kişi tarafından beraber kullanılması veya

³⁹⁴ KOÇYİĞİT/BULUR, s.71.

³⁹⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.192.

³⁹⁶ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.685.

birden çok kişi aleyhine birlikte ileri sürölmesi ve tamamına ilişkin tek hüküm verilmesi gereken durumlarda mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur.

İhtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsız olup dava arkadaşlarından her biri, diğlerinden bağımsız olarak hareket edebilir³⁹⁷. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır³⁹⁸. İhtiyari dava arkadaşlığında davaların birbirinden bağımsız olması sebebiyle dava şartları da birbirlerinden bağımsız olacak ve ayrı ayrı incelenecektir³⁹⁹. Bu kapsamda ihtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde dava şartı arabuluculuk hükümlerinin her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı değerlendirileceği kanaatindeyiz.

Mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşları yalnızca birlikte dava açabilir veya aleyhlerine birlikte dava açılabilir⁴⁰⁰. Mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının beraber hareket etme zorunluluğu vardır. Mecburi dava arkadaşlığında tek hüküm verilmesi, bir diğere ifadeyle uyuşmazlığın çözümü için tek bir karar verilmesi gerekir⁴⁰¹. Mecburi dava arkadaşlığında, bir dava arkadaşının uyuşmazlık konusunun ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamında olması durumunda, tüm mecburi dava arkadaşları bakımından dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴⁰². Bu kapsamda dava şartı arabuluculuk için dava arkadaşları beraber hareket edecek ve aleyhlerine dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulması halinde ise tüm dava arkadaşlarını kapsayacak şekilde başvuru yapılacaktır.

³⁹⁷ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.560.

³⁹⁸ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.560.

³⁹⁹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.695.

⁴⁰⁰ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.555.

⁴⁰¹ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.713.

⁴⁰² KOÇYİĞİT/BULUR, s.72.

İKİNCİ BÖLÜM

ZORUNLU ARABULUCULUK USULÜ VE SONUÇLARI

1. ARABULUCULUK BAKIMINDAN GÖREVLİ MERCİLER

1.1. Arabuluculuk Kurulu

Arabuluculuk Kurulu, sekreterlik işlemleri ADB tarafından yürütülen ve aralarında ADB Başkanı'nın da bulunduğu ve HUAKY'nin 54. maddesinde belirtilen üyelerden oluşan, HUAK'ta yer alan görevleri yerine getirmek için Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan kuruldur. Arabuluculuk Kurulu, HUAK m.32'de ve HAUKY m.55'te yer alan görevleri yerine getirir.

1.2. Arabuluculuk Daire Başkanlığı

ADB, bir daire başkanı ve yeteri kadar tetkik hâkimi ve diğer personelden oluşur⁴⁰³. ADB bünyesinde, HUAK ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde yer alan arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin görevlerin yerine getirilmesi için gerekli bürolar oluşturulur. Bu büroların başlıcaları, Arabuluculuk Hizmetleri Bürosu, Sicil Bürosu ve Eğitim Bürosu'dur. ADB, arabuluculuk faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla çalışmalarını sürdürür. ADB'nin görevleri genel itibariyle, HUAK m.30'da ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 53. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre ADB, hizmetlerin verimli olarak sürdürülmesini sağlamakla, arabuluculuğa ilişkin yayın yapmakla veya desteklemekle, diğer paydaşlarla işbirliği yapmakla, arabuluculuğu tanıtmak ve bu konuda kamuoyunu bilgilendirmekle, arabuluculuk faaliyetlerini takip etmekle, arabuluculuk son tutanaklarının kayıtlarını tutmakla, Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ni hazırlamakla görevlidir. Arabulucuların uzmanlık alanları, ADB tarafından tespit edilir⁴⁰⁴. ADB, sicile kayıtlı olan arabulucuların uzmanlık alanlarını belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece

⁴⁰³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, m. 52.

⁴⁰⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, m. 8/3.

mahkemesi adalet komisyonlarına liste halinde bildirir⁴⁰⁵. Özel hukuk uyuşmazlıklarında yetkili olan arabuluculara ilişkin sicil de elektronik olarak ADB tarafından tutulur ve arabulucuların sicile kaydolma talepleri ve silinme halleri de ADB tarafından değerlendirilir. ADB, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü nezdinde çalışmalarını gerçekleştirir.

1.3. Adliye Arabuluculuk Bürosu

Adliye arabuluculuk bürosu, arabuluculuğun düzenli ve etkili bir şekilde işlemesi için kurulmuş taşra teşkilatlarıdır⁴⁰⁶. Adliye arabuluculuk bürosu, arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek için Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelerde kurulur⁴⁰⁷. Adliye arabuluculuk bürosu, ihtiyari ve zorunlu arabuluculuk kapsamında görevlerini yerine getirir⁴⁰⁸. HUAKY m.58 uyarınca, adliye arabuluculuk bürosu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun tespit ettiği sulh hukuk hâkiminin gözetiminde görevlerini yerine getirir. Bununla birlikte adliye arabuluculuk bürosunun bulunmadığı durumda bu görevler sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetiminde yapılır.

Zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvuru için adliye arabuluculuk bürosuna başvurulur⁴⁰⁹. Adliye arabuluculuk bürosu, başvuru sonrasında arabulucuyu ADB tarafından bildirilen listeden puanlama usulüyle belirler. Dava şartı arabuluculukta, görüşmeler, arabulucu görevlendirmesini yapan adliye arabuluculuk bürosunun bağlı bulunduğu yer yetki alanında sürdürülür, ancak taraflar aksini kararlaştırabilir.

1.4. Arabulucu ve Arabuluculuk Bürosu

Arabulucu, HUAK m.2/1-a uyarınca, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir. Arabulucu, tarafsız bir üçüncü kişi olarak, arabuluculuk faaliyetlerinin yönetiminden ve yürütülmesinden sorumludur⁴¹⁰. Arabulucu, arabuluculuk görevleri kapsamında, iletişim

⁴⁰⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m. 18/A-3.

⁴⁰⁶ BAŞ, Ülküm, Adım Adım Arabuluculuk, Ankara 2019, s.94.

⁴⁰⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, m. 56.

⁴⁰⁸ BAŞ, s.94.

⁴⁰⁹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, m. 23/1.

⁴¹⁰ AZAKLI ARSLAN, s.195.

tekniklerini kullanarak, tarafların birbirleri ile iletişime geçmelerine elverişli bir ortam sağlayarak uyuşmazlığın çözümü kapsamında taraflara destek olur⁴¹¹. Arabulucu, taraflarca uyuşmazlığın çözümü kapsamında tarafların birbirlerini daha iyi bir şekilde anlamalarını sağlamak üzere ve taraflarca üzerinde mutabakat sağlanabilir çözüm alternatiflerinin oluşmasını sağlamak üzere görüşmeleri sürdürür⁴¹². Arabulucu, arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığın niteliği, tarafların arzularını ve uyuşmazlığın sürüncemede kalmadan çözüme kavuşturulması için gerekli esasları dikkate alır. Arabulucu, arabuluculuk görüşmeleri sırasında taraflara hukuki tavsiyede bulunamaz (HUAKY m.17/5). Arabuluculuk sürecinde, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi niteliği gereğince, zorlayıcı veya yargısal nitelikte faaliyetler bulunamaz⁴¹³. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucu, haklılığın tespitini değil, tarafların yararına olacak ve tarafları tatmin edecek bir diğer anlatımla tarafların menfaatleri esasında anlaşmanın sağlanması için gerekli koşulları oluşturmayı hedefler⁴¹⁴. HUAKY m.17/6 gereğince, arabulucu kural olarak, çözüm önerisinde bulunamaz, fakat tarafların çözüm üretme konusunda başarısız olmaları halinde çözüm önerisinde bulunabilir. Ancak burada bahsedilen çözüm önerisi bir öneri niteliğinde olup arabulucunun tarafları çözüm önerisi kapsamında zorlayabileceği anlamına gelmez. Arabulucunun görevini şahsen ifa etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Arabulucu, görevini herhangi bir şekilde devredemez.

Arabulucunun seçiminde taraf iradeleri esas alınmıştır⁴¹⁵. Buna göre taraflar aralarında mutabakat sağlayarak, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listede yer alan arabulucular arasından arabulucu seçebilir (HUAKY m.24/1). Tarafların listede yer alan arabuluculardan birini seçmeleri halinde, seçilen arabulucu, taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla taraflarca arabulucu olarak seçildiğini adliye arabuluculuk bürosuna bildirir. Bunun üzerine seçilen arabulucu, arabulucu olarak görevlendirilir.

⁴¹¹ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.155.

⁴¹² AZAKLI ARSLAN, s.194.

⁴¹³ ÇİÇEK, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 122; LALE, Müktedir, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2016, s.62.

⁴¹⁴ BAŞ, s.12.

⁴¹⁵ AZAKLI ARSLAN, s.198; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN; s.163.

Kural olarak taraflar, aralarında çıkacak uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuğa başvurulacağına dair mutabakat sağlayabilirler. Bu mutabakat, taraflar arasındaki esas anlaşmanın bir koşulu olabileceği gibi esas anlaşmadan bağımsız da olabilir⁴¹⁶. Tarafların uyuşmazlığın çözümünde esas anlaşmadan bağımsız olarak arabuluculuğa başvurma konusunda mutabakat sağlamaları hali “arabuluculuk sözleşmesi” olarak anılırken tarafların esas anlaşmanın bir koşulu olarak arabuluculuğa başvuracaklarına dair mutabık kalmaları halinde “arabuluculuk koşulu” olarak anılır⁴¹⁷. Arabulucu sözleşmesi ise, taraflar ile arabulucu arasında yapılan sözleşmedir⁴¹⁸. Dava şartı arabuluculukta ise, arabuluculuğa başvurmak taraflar arasındaki anlaşmadan ziyade bir zorunluluk olduğundan bu halde taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesi bulunduğu bahsedilemez⁴¹⁹. Bunun yanı sıra, taraflar arasında listede yer alan bir arabulucu hususunda anlaşma sağlanması ve arabulucunun da arabulucu olmayı kabul etmesi halinde arabulucu sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁴²⁰. Tarafların anlaşma sağlayamamaları halinde ise arabulucunun adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanması ile arabuluculuk sözleşmesi zımni olarak kurulmuş olacaktır⁴²¹. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine karşılık ücret ve masraf talep etme hakkına sahiptir (HUKUK m.9/1). Arabuluculuk sürecinin tarafların kısmen veya tamamen anlaşması ile sona ermesi halinde, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre arabuluculuk ücreti doğar. Arabuluculuk ücretinin ödenmesine ilişkin taraflar arasında herhangi bir anlaşma yapılmadığı takdirde taraflarca eşit olarak ödenir. Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımında tarafların üzerinde anlaşıldığı tutara uygulanacak oranla arabuluculuk ücreti tespit edilmekte, bu da tarafların üzerinde anlaşacakları miktar arttıkça arabulucunun alacağı ücretin artacağı anlamına gelmektedir. Bu sebeple belirtmek isteriz ki, arabulucu ücretinin bu yönde bir dinamiğe bağlı olmasının arabulucunun tarafsızlığına ve bağımsızlığına zarar verebileceği kanaatindeyiz⁴²². Tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşma

⁴¹⁶ AZAKLI ARSLAN, s.202.

⁴¹⁷ ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, C. 20, S. 1, s.1123.

⁴¹⁸ ÖZBEK, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.1123.

⁴¹⁹ AZAKLI ARSLAN, s.202.

⁴²⁰ AZAKLI ARSLAN, s.202.

⁴²¹ AZAKLI ARSLAN, s.202-204.

⁴²² AZAKLI ARSLAN, s.205.

sağlayamadıkları halde ise, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre ilk iki saatlik arabuluculuk ücreti Adalet Bakanlığı tarafından karşılanırken, iki saati aşan kısım taraflarca aksi yönde anlaşılmadıkça eşit olarak ödenir. HUAKY m.26/2 uyarınca Adalet Bakanlığı'nın ve tarafların ödediği arabuluculuk ücreti ve HUAKY m.26/4 uyarınca adliye arabuluculuk bürosu tarafında yapılan zaruri giderler yargılama gideri olarak kabul edilir. AYM konuya ilişkin bir kararında, arabuluculuk ücretinin yargılama gideri olarak kabul edilmesinin makul bir temele dayandığını, yargılama giderlerini aşırı ve katlanılamaz derecede masraflı hale getirmeyeceğini ifade etmektedir⁴²³. HUAKY m.26/3 uyarınca, arabuluculuğun sehven veya mükerrer kayıt ya da uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmeye elverişli olmaması sebepleriyle sona ermesi halinde arabulucu ücreti doğmayacaktır.

Arabuluculuk bürosu, arabulucunun arabuluculuk kapsamındaki faaliyetlerini sürdürdüğü yerdir. HUAKY m.28/1 gereğince arabuluculuk, ilgili adliye arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı kapsamında gerçekleştirilir. Arabulucu ve taraflarca aksi kararlaştırılarak yetki alanının dışında veya içerisinde arabuluculuk bürosu dışında görüşme yapılabilir, ancak görüşme arabuluculuğun gizliliğine zarar verecek bir yerde yapılmamalıdır⁴²⁴.

2. BAŞVURULACAK MERCİ VE YETKİ SORUNU

2.1. Başvuru Mercii ve Yetkili Arabuluculuk Bürosu

Dava şartı arabuluculuk için adliye arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması gerekir (HUAK m.18/4, HUAKY m.23/1). Adliye arabuluculuk bürosunun mevcut olmaması halinde ise ilgili sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne başvurulur.

Yetkili arabuluculuk bürosu ise, HUAK m.18/A-4 gereğince, uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemenin yer aldığı yer adliye arabuluculuk bürosu olacaktır. Bu kapsamda, ticari uyuşmazlığın dava şartı olan arabuluculuk kapsamında çözümünde başvuru yapılacak adliye arabuluculuk bürosunun belirlenmesinde kanunlardaki ayırık düzenlemeler

⁴²³ AYM Kararı, 2017/178 E. 2018/82 K. 11.07.2018 T. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> E.T. 24.09.2019).

⁴²⁴ BAŞ, s.60.

hariç olmak üzere HMK'nın 5. ve 19. maddeleri arasında düzenlenen yetkiye ilişkin hükümler uygulanacaktır.

HMK m.6/1 uyarınca, genel yetkili mahkeme davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri olduğundan⁴²⁵, arabuluculuk için başvurulacak yer karşı tarafın başvuru tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinin bulunduğu adliye arabuluculuk bürosu olacaktır. Gerçek kişiler için yerleşim yeri sürekli kalma amacıyla ikamet ettikleri yerken bu hüküm tüzel kişiler için uygulanmayacaktır (TMK m.19/1 ve m.19/3)⁴²⁶. Tüzel kişiler için yerleşim yeri ise kuruluş belgesinde başkaca bir hüküm olmadıkça merkezi yani işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m.51)⁴²⁷. Karşı tarafın birden fazla olması durumunda ise birinin yerleşim yerindeki adliye arabuluculuk bürosuna başvurulabilir⁴²⁸. HMK m.9 gereğince, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan kimseler içinse mutlak meskeninin bulunduğu yer adliye arabuluculuk bürosu başvuru için yetkilidir.

Özel yetki, uyuşmazlık konusunun veya tarafların özellikleri doğrultusunda tespit edilir⁴²⁹. Özel yetki, kural olarak genel yetki kuralını kaldırmaz⁴³⁰. Bu kapsamda özel yetki olması halinde başvuru yapan taraf genel yetkili yer veya özel yetkili yer arasında yapabilir⁴³¹. Bununla birlikte kesin yetki olması durumunda ise, taraflar aralarında anlaşsalar bile yetkili yeri değiştiremezler⁴³². Buna bağlı olarak kesin yetki bulunması halinde, kesin yetkili yer mahkemesinin bulunduğu adliye arabuluculuk bürosu başvuru için yetkili olacaktır. HMK m.17 uyarınca, tacirler veya kamu tüzel kişileri, bir veya birden fazla

⁴²⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.112; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.268-269; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.233; KARSLI, s.214.

⁴²⁶ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.270; KARSLI, s.215; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.113; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.234.

⁴²⁷ KARSLI, s.216; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.114; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.271; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.235.

⁴²⁸ AZAKLI ARSLAN, s.152.

⁴²⁹ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.158.

⁴³⁰ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.382; KARSLI, s.218; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.202; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.158; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.279.

⁴³¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.553; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.202; KARSLI, s.218; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.279.

⁴³² PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.293; KARSLI, s.231; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.551; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.244; AKBULUT, Pakize Ezgi, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi ile Bu Kuralların 5718 Sayılı MÖHUK'a Etkisi", DEÜHFD, 2010, C. 12, Özel S., s.1057.

mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Bu halde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk başvurusu sadece yetkili mahkeme olarak belirlenen mahkemelerin bulunduğu yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna yapılır⁴³³.

2.2. Yetkisiz Arabuluculuk Bürosuna Başvurulması ve Sonuçları

Arabulucu, başvuru için yetkili olan adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmemişse, yetkisizlik hali söz konusu olur⁴³⁴. Uyuşmazlık konusuna göre yetkili mahkemenin yetkisinin tespitinde arabuluculuğa başvuran tarafın yazılı beyanı dikkate alınır ve arabulucunun görevlendirilmesi bu doğrultuda yapılır⁴³⁵. Arabuluculuk bürosu yetkili olup olmadığını kendiliğinden denetleyemez⁴³⁶.

HUAK m.18/A-8 uyarınca arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden denetleyemez⁴³⁷. Görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı konusunda itiraz hakkı karşı taraftadır⁴³⁸. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunarak yetki itirazında bulunabilir. Bu halde arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Mahkeme tarafından harç alınmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılır ve en geç bir hafta içinde yetkili büroya ilişkin kesin karar verilerek dosya büroya iade edilir. Mahkeme tarafından yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosu değil görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı olduğu komisyon dikkate alınır⁴³⁹. Yetki itirazının reddedilmesi halinde aynı arabulucu tekrar görevlendirilir ve bu görevlendirme ile zorunlu arabuluculuk süreci için kanunda öngörülen sınırlı süre yeniden başlar⁴⁴⁰. Yetki itirazının kabul edilmesi halinde ise kararın tebliğ olmasını takip eden bir haftalık süre içerisinde yetkili büroya başvuru yapılabilir ve bu durumda yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya

⁴³³ KOÇYİĞİT/BULUR, s.50.

⁴³⁴ AZAKLI ARSLAN, s.152.

⁴³⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, s.50.

⁴³⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.50.

⁴³⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.161.

⁴³⁸ AZAKLI ARSLAN, s.152.

⁴³⁹ DEMİREZEN, s.493; AZAKLI ARSLAN, s.152-153.

⁴⁴⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.162; AZAKLI ARSLAN, s.153.

başvurma tarihi olarak kabul edilir⁴⁴¹. Belirtmek gerekir ki, sulh hukuk mahkemesi tarafından verilecek yetkiye ilişkin karar, bir diğer ifadeyle sulh hukuk mahkemesi tarafından belirlenen yetki alanı dava açılması halinde davaya bakacak mahkemeyi bağlamayacaktır⁴⁴². Bu doğrultuda arabuluculuk faaliyetinden sonra yetki alanı farklı olan bir mahkemede dava açılması halinde yetki kuralları gereğince dava açılan mahkemenin yetkili olması halinde dava o mahkemede görülebilecektir.

3. BAŞVURU USULÜ VE ETKİLERİ

3.1. Başvuru Usulü

Dava şartı arabuluculuğa başvuru yetkili adliye arabuluculuk bürosuna, adliye arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Dava şartı arabuluculuk için doğrudan arabulucuya başvuru yapılmaz. Zira doğrudan arabulucuya başvurulması ve arabulucunun karşı tarafın arabuluculuk sürecinden haberdar etmesi ve arabuluculuğa davet etmesi dava şartı arabuluculuk sürecini değil ihtiyari arabuluculuk sürecini başlatacaktır⁴⁴³. Bu durumda tarafların anlaşma sağlaması halinde uyuşmazlık çözülmüş olacaktır. Ancak tarafların anlaşmaması halinde dava şartı arabuluculuk süreci başlatılmamış olması sebebiyle başvuranın haklarına hanel gelebilme riski doğacaktır⁴⁴⁴. Bu sebeple doğrudan arabulucuya başvurulması halinde arabulucu başvuran tarafı adliye arabuluculuk bürosuna yönlendirmelidir.

Taraflar, anlaşarak adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listede yer alan bir arabulucuya dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunabilirler. Bu durumda taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirecektir ve görevlendirme başlayacaktır. Anılan bu tutanak uygulamada “arabulucu belirleme tutanağı” olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁴¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.162; AZAKLI ARSLAN, s.153.

⁴⁴² ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1219; AZAKLI ARSLAN, s.153.

⁴⁴³ BAŞ, s.38.

⁴⁴⁴ BAŞ, s.38.

Dava şartı arabuluculuk başvurusu, dilekçe ile veya adliye arabuluculuk bürolarında bulunan formlar doldurularak yahut elektronik olarak yapılabilir (HUAKY m.23/3). Ancak mevcut uygulamada elektronik ortamda arabuluculuk bürosuna başvuru yapılamamaktadır. Adliye arabuluculuk bürolarında dava şartı arabuluculuğa başvuru yapılması için hazırlanmış matbu başvuru formları bulunmaktadır. Bu formlarda, başvuru bilgileri ile karşı taraf bilgilerinin doldurulacağı alanlar vardır. Bununla birlikte, davanın alacak, tazminat, itirazın iptali, sigorta, menfi tespit hususlarına ilişkin olması halinde bunun işaretleme suretiyle belirtileceği bir satır da başvuru formlarında yer almaktadır. Başvuru formlarında ayrıca uyuşmazlığın neyden kaynaklandığı belirten ve yine işaretleme suretiyle doldurulan bir kısım da bulunmaktadır. Bu kısımda; haksız fiilden kaynaklanan, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan, menfi tespit kira, rücu tazminat, ticari ilişkiden kaynaklanan, ticari satımdan kaynaklanan şekilde belirli sayıda uyuşmazlık kaynağı bulunmakta olup başvuru formunda başvuran tarafın formda belirtilenler dışındaki hususları yazması için “diğer” kısmı yer almaktadır. Başvuru formunda yetkili komisyon ve yetkinin dayanağının da başvuru tarafından belirtilmesi istenmektedir. Bir davanın nitelendirilmesi ve buna uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilerek uygulanması hâkimin işidir. Başvuru formunda yer alan kısımlarda ise adeta hakim tarafından yapılması gereken bir nitelendirilmenin form üzerinden ve sadece boş alanı işaretleme suretiyle yapılması sonucu doğmaktadır.

Bunun yanı sıra başvuru formunda yer alan ve başvuran tarafından doldurulması istenen kısımların yeterli ve açık olmadığı kanaatindeyiz. HUAKY m.23/4 uyarınca dava şartı arabuluculuk başvurusunda başvuran tarafın uyuşmazlık konusunu açıklaması gerekmektedir. Başvuru formunun mevcut halinde ise uyuşmazlığa ilişkin açıklama yapmaktan ziyade adeta matbu bir formun doldurulması söz konusudur. Matbu formda yer alan ve başvuran tarafından doldurulması beklenen alanlar ise hali hazırda arabuluculuk kapsamında olup olmadığı tartışmalı olan konuları içermektedir. Bunun yanı sıra başvuru formunda başvuran tarafın HUAKY’de belirtildiği şekilde uyuşmazlık konusunu açıklamasını sağlayacak bir soru veya bir kısım bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculuk başvuru formunu bu kapsamda incelediğimizde HUAKY m.23/3’te yer alan ve başvuran

tarafın uyuşmazlığa ilişkin hususların açıklamasını gerektiren hükmü dikkate aldığımızda matbu başvuru formlarının buna elverişli olmadığı kanaatindeyiz. Başvuran tarafın belirli format kapsamında çıkararak ve dilekçe ile başvurarak uyuşmazlığa ilişkin gerekli bilgileri açıklaması daha mümkün olacaktır.

Tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru bulunması halinde, hukuki neticeler açısından ilk başvuru dikkate alınacaktır. Böylelikle taraflar birbirinden ayrı olarak ve aynı konuya ilişkin arabuluculuğa başvurduğunda arabuluculuk azami süresinin başlamasında veya zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin işlememeye başlamasında ilk başvuru esas alınacaktır.

3.2. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler Bakımından Değerlendirme

Adliye arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (HUAK m.18/A-15, HUAKY m.27). Adliye arabuluculuk bürosuna yapılan başvuru ile zamanaşımının durması ve hak düşürücü sürelerin işlememesi esasında tarafların hak kaybetme baskısı olmadan daha rahat bir şekilde müzakere etmeye ve anlaşma sağlamalarına yardımcı olacaktır⁴⁴⁵.

Bununla birlikte zamanaşımının durması ve hak düşürücü sürelerin işlememesi esasında arabuluculuk görüşmesinin sona ermesi ile son tutanağın düzenleneceği tarihten itibaren işlemeye devam etmeleri anlamına gelmektedir. Bu halde de ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi hallerde bu hükmün taraflar açısından hak kaybına sebep olma riski taşıdığı kanaatindeyiz. Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumunda tedbir talep edenin ihtiyati tedbir kararının tatbikini talep ettiği tarihten itibaren iki haftalık dava süresi ve ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde haczin gerçekleşmesinden, haciz yokluğunda yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi günlük dava açma süresi arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez (HUAK m.18/A-16). Bu halde örneğin; ihtiyati haciz tatbikinden sonraki dava süresi içerisinde beşinci gün arabuluculuğa başvurulmuş olması halinde arabuluculuk son

⁴⁴⁵ AZAKLI ARSLAN, s.160.

tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki günlük dava açma süresi kalacaktır. Bu gibi durumlarda süre hesabının yapılması ve takibi oldukça zor ve karmaşık olabileceğinden, bu süre zarfında dava şartı arabuluculuğun konulması hak kayıplarına yol açabilecektir⁴⁴⁶.

Bununla birlikte, ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk süreci için belirlenen altı hafta ve zorunlu hallerde iki haftalık ek süre ile birlikte toplam sekiz haftalık süre içerisinde arabuluculuk faaliyetinin sona ermemesi, bir diğer anlatımla arabuluculuk son tutanağının düzenlenmemiş olması halinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin akıbetinin ne olacağı ise düzenlenmemiştir. 2018 Yılı Adli İstatistikler Yayını'na göre asliye ticaret mahkemesinde görülen davaların ortalama süresi 521 gündür. Zorunlu arabuluculuk için öngörülen azami süre ile ortalama yargılama süresi olan 521 günü kıyasladığımızda ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun başarılı bir şekilde işlemesi halinde uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında zaman bakımından büyük bir tasarruf ve fayda sağlayacağı ortadadır⁴⁴⁷. Zira zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin düzenleme adliye arabuluculuk bürosuna başvuru anından itibaren son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyeceğine yöneliktir. Son tutanağın arabuluculuk sürecinin azami süresini geçen bir tarihte düzenlenmesi halinde ne olacağı ise açık değildir. Böyle bir durumda kanun hükümlerinin emredici nitelikte olması sebebiyle azami sürenin aşılması halinde sürenin bitiminden itibaren zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işleyeceği kanaatindeyiz⁴⁴⁸.

3.3. Dava Açmanın Etkileri ile Karşılaştırma

Dava açılması maddi hukuk ve usul hukukunda birçok sonucu beraberinde getirir. Alacaklının, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurması, icra takibinde bulunması veya iflas masasına başvurması halinde zamanaşımı kesilir (TBK m.154/2). Zamanaşımının kesilmesi için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi aranmaz⁴⁴⁹. Dava şartı arabuluculuğa başvurulması halinde zamanaşımının kesilmesi söz konusu değildir.

⁴⁴⁶ PEKCANITEZ, Tartışmalar, s.143.

⁴⁴⁷ Adli İstatistikler 2018, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf> (E.T. 02.12.2019).

⁴⁴⁸ BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.110.

⁴⁴⁹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1649; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1170.

Dava şartı arabuluculuğa başvuru ile son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durmaktadır. Dava açılması ile kesilen zamanaşımı sürenin başından itibaren tekrar başlamakta iken⁴⁵⁰, dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecinde geçirilen süre boyunca zamanaşımı durmakta ve son tutanağın düzenlendiği tarih itibarıyla kaldığı yerden devam etmektedir. Müteselsil borçlu bulunması halinde borcun borçlularından birine dava açılması halinde zamanaşımı diğerleri açısından da kesilmiş olacaktır (TBK m.155/1). Dava şartı arabuluculukta da müteselsil borçluluk söz konusu olması halinde arabuluculuk başvurusundan son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar tüm borçlular açısından zamanaşımı süresinin işlemeyeceği kanaatindeyiz. Davanın açılmasıyla hak düşürücü süreler de korunmuş olur⁴⁵¹. Dava şartı arabuluculuğa başvurulması halinde de son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar hak düşürücü süre işlemeyecektir.

Kural olarak borçlu, muaccel olan borcu için alacaklı tarafından yapılacak ihtarla temerrüde düşer. Borcun muaccel olması, alacaklı tarafından borcun ödenmesinin talep edilebilmesidir⁴⁵². Borç muaccel olmadan borçlunun temerrüde düşmesi beklenemez. Ancak borçlunun ihtar gerekmeksizin temerrüde düşeceği haller de bulunmaktadır. Örneğin, haksız fiilde fiilin gerçekleştiği ve iyiniyetli olmayan sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşer. Bu durumlarda dava açılması borçlunun temerrüde düşmesine etki etmez. Ancak, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmesi ve alacaklı tarafından da borçlunun daha önceden temerrüde düşürülmemesi halinde dava açılması ve dava dilekçesinin borçluya tebliğ edilmesi halinde borçlunun temerrüde düşer⁴⁵³. Çünkü dava dilekçesinin davalıya tebliğ olması da bir ihtar niteliğindedir⁴⁵⁴. Bir tarafın arabulucuya başvuruda bulunması, o tarafın hak aramaya başladığını gösterir ve arabulucuya başvuru ile birlikte esasında karşı tarafa yöneltilen bir

⁴⁵⁰ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.428; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1649; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.655.

⁴⁵¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1670; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1178; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.655; KARSLI, s.432.

⁴⁵² YÜCESOY YILMAZ, Yasemin, “Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması”, TBBD, 2019, S. 140, s.321.

⁴⁵³ KARSLI, s.434; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1671; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.305; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.432; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1181; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.657.

⁴⁵⁴ KARSLI, s.434; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1672; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1181.

talep söz konusudur⁴⁵⁵. Bu sebeple de sadece arabulucuya başvuru ile değil, karşı tarafın arabuluculuk sürecinin başlatıldığından haberdar edilmesi ile temerrüde düşme sonucunun doğacağı kanaatindeyiz⁴⁵⁶.

Dava açılmasının usul hukuku açısından ortaya çıkardığı sonuçlardan birisi mahkemenin davayı inceleme zorunluluğudur⁴⁵⁷. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca, hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz. Dava dilekçesini takiben mahkemenin gerekli işlemler için harekete geçmesi, davayı incelemesi ve karar vermesi gerekir⁴⁵⁸. Arabuluculuğa başvuru ile böyle bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk bir dava şartıdır ancak arabuluculuğa başvuru dava açılması anlamına gelmemektedir.

Dava açılmasının usul hukuku açısından ortaya çıkardığı bir diğer sonuç ise derdestliktir⁴⁵⁹. Konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir davanın açılması halinde aynı dava derdest olması sebebiyle yeni bir dava olarak açılmaz⁴⁶⁰. Hukuki yarar dava şartı olup böyle bir durumda hukuki yarar da bulunmamaktadır. Bu aşamada arabuluculuğa başvuru halinde derdestlik sonucunun doğup doğmayacağı gündeme gelecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki arabuluculuğun dava şartı olduğu durumda, son tutanak ibraz edilmeden dava açılmış olması halinde veya arabuluculuğa başvurulmuş ancak henüz arabuluculuk süreci sonlanmamışken dava açılması halinde HUAK m.18/A-2 uyarınca mahkeme tarafından taraflar arasında anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesi ekinde olup olmadığı incelenecek ve olmaması halinde son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması için davacıya süre verilecektir. Son tutanağın bu sürede sunulmaması halinde dava usulden reddedilecektir. Son tutanağın ibraz edilebilmesi için davacıya bir haftalık süre verilmesine ilişkin bu düzenleme arabuluculuk sürecinin sona ermesine rağmen son tutanağın

⁴⁵⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.167.

⁴⁵⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.167.

⁴⁵⁷ TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.657; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.435; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1673; KARSLI, s.435.

⁴⁵⁸ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1181; KARSLI, s.435.

⁴⁵⁹ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.435; ; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1679; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.661.

⁴⁶⁰ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1679; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.305.

mahkemeye sunulmaması durumu için yerinde görülebilse de, arabuluculuk sürecinin sona ermediği durumlarda son tutanağın düzenlenerek bir haftada ibrazı muhtemelen mümkün olmayacağından bu hal için yerinde bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz⁴⁶¹. Bu durum, arabuluculuğun dava şartı olmasının bir sonucu olup arabuluculuk ile derdestliğin meydana geldiği anlamına gelmemektedir. Derdestlik bir davanın açılması ve hali hazırda görülmekte olmasıdır⁴⁶². Derdestlik itirazı içinse aynı davanın aynı veya farklı mahkemelerde açılması, ilk davanın açılmış ve hala görülmekte olması ve ilk dava ile ikinci davanın aynı olması gerekir⁴⁶³. Arabuluculuk müessesesi bir yargı yolu değildir. Arabuluculuk, bir alternatif çözüm yolu olup zorunlu arabuluculuk da bu kapsamdadır. Bununla birlikte hukuk mahkemesi önünde bir dava görülmekteyken arabuluculuk sürecinde bir davanın görülmesi söz konusu değildir. Bu sebeple bir uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk sürecinin başlamasıyla derdestlik sonucu meydana gelmeyecektir.

Geçici hukuki koruma yolları olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizde belirli bir süre içinde dava açılması halinde geçici hukuki korumanın korunmasını ve etkilerinin devam etmesi sağlanabilir. Dava şartı arabuluculuğa başvuru, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemlerini durduracak ve bu minvalde geçici hukuki koruma sonrasındaki dava açma sürelerinin işlememesini sağlayacaktır.

Dava açılması sonrasında davanın geri alınması karşı tarafın açık rızasına bağlıdır (HMK m.123). Dava şartı arabuluculuğa başvuru ile dava açılması sonucu doğmayacağından davanın geri alınması söz konusu olmayacaktır⁴⁶⁴. Bununla birlikte taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirmek konusunda ihtiyarilik ilkesi gereği serbest olduklarından arabuluculuktan her zaman için ve karşı tarafın muvafakati olmadan çekilebilecekleridir.

⁴⁶¹ YARDIM, İş Hukukunda Arabuluculuk, s.21.

⁴⁶² İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, TBBD, 2013, S. 106, s.174; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.661; POSTACIOĞLU/ALTAY, s.435.

⁴⁶³ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1185; TANRIVER, Medeni Usul Hukuk, s.662.

⁴⁶⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.89.

4. ZORUNLU ARABULUCULUK FAALİYETİNİN YÜRÜTÜLMESİNE DAİR TEMEL ESASLAR

4.1. Gizlilik

Arabuluculuk sürecinde önemli olan hususlardan birisi gizlilik ilkesidir. Zira arabuluculuk temelinde tarafların iletişimini barındıran bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur ve uyuşmazlığın çözümü için tarafların arabuluculuğa güvenmeleri gerekir⁴⁶⁵. Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısının dışında bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk suretiyle çözmelerinin temelinde yatan en önemli nedenlerden birisi de uyuşmazlığın üçüncü taraflarca bilinmemesini istemeleridir⁴⁶⁶. Gizlilik ilkesi, tarafların birbirlerine ve arabulucuya güvenmelerini sağlayan ve tarafların açık bir şekilde kendilerini ifade etmesini destekleyerek çözüm ihtimallerini arttıran arabuluculuğun temel ilkelerinden biridir⁴⁶⁷. Gizlilik ilkesi, iç ilişkide arabulucunun taraflardan biri ile yaptığı özel görüşmelerin ilgili tarafın rızası olmaksızın diğer tarafa açıklanmaması olarak ortaya çıkarken⁴⁶⁸, dış ilişkide, arabuluculuk sürecindeki beyanların ve ortaya konulan belgelerin üçüncü taraflara aktarılmaması olarak tezahür eder⁴⁶⁹. Arabuluculuk, devlet yargılaması gibi resmi bir yargılama süreci olmayıp devlet yargılamasındaki aleniyet ilkesi arabuluculukta geçerli değildir⁴⁷⁰. Arabuluculukta gizlilik ilkesi, esasında tarafların yararınadır. Gerçekten de, ticari bir uyuşmazlığın taraflarının ciddi tutarlara varan bir uyuşmazlığın ve bu kapsamdaki ticari sırların üçüncü kişilere duyurulması, tarafların ticari itibarlarını zedeleyebilir ve ticari hayatta zarara uğramalarına sebep olabilir. Arabuluculuk sürecinde gizlilik, taraflar arasındaki iletişimin üçüncü kişilerce bilinmemesini ve arabuluculuk kapsamında elde edilen bilgilerin üçüncü taraflarla paylaşılmamasını gerektirir⁴⁷¹. Şüphesiz gizliliğin kapsamına ticari sırların ifşa edilmemesi de dâhildir.

⁴⁶⁵ YAZICI TIKTIK, s.34.

⁴⁶⁶ ÖZBEK, s.1245; BAŞ, s.45.

⁴⁶⁷ YAZICI TIKTIK, s.34.

⁴⁶⁸ ÖZBEK, s.1245.

⁴⁶⁹ YAZICI TIKTIK, s.95.

⁴⁷⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.134, EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.33.

⁴⁷¹ KEKEÇ, s.78-79; ÖZBEK, s.1245.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK m.4/1). Kural olarak arabulucu, arabuluculuk sürecinde elde ettiği bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmak zorundadır. Bu gizlilik yükümlülüğü, tarafları ve arabuluculuk sürecinde görüşmelere katılmış olan diğer kişilerle birlikte kanuni temsilcileri, avukatları, arabulucu yanında çalışan kişileri ve stajyerleri ve diğer kişileri de bağlar. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Taraflarca aksinin kararlaştırılması ise açık ve net bir şekilde olmalı⁴⁷² ve tarafların aksi yöndeki iradeleri açıkça ortaya konulmadığı müddetçe arabulucu tarafından yorum yoluyla taraflarca aksinin kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılmamalıdır⁴⁷³. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m.6/2 ve m.6/3 uyarınca, arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecindeki faaliyetlerine ilişkin üçüncü taraflara bilgi vermemeli ve taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelmesi halinde burada elde ettiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, hiçbir şekilde diğer tarafa vermemelidir. Arabulucu, gizlilik yükümlülüğü kapsamında kanunların imkân verdiği ölçüde tanıklıktan çekinme veya yasal bir zorunluluk bulunmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır⁴⁷⁴. Belirtmek gerekir ki, arabulucunun gizlilik yükümlülüğüne aykırı davranması halinde HUAK'ta yer alan sicilden silinme veya cezai müeyyidelerle karşılaşma riski ile birlikte taraflarca hukuki sorumluluğuna gidilme riski de bulunmaktadır.

HUAK m.5/1 uyarınca, taraflar, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında arabuluculuk sürecinde taraflarca ileri sürülen beyan veya belgeleri delil olarak kullanamaz ve bunlara ilişkin tanıklık yapamaz. Bu kapsamda, arabuluculuk sürecinde taraflarca ileri sürülen görüşler, teklifler, herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü ve sadece arabuluculuk faaliyeti kapsamında elde edilen belgeler bu kapsamda delil olarak ileri sürülemez. Arabuluculuk görüşmelerinde taraflar, birbirlerine teklifte bulunabilir veya karşı tarafın görüşmede iddia ettiği bir hususu kabul edebilir. Bu gibi hallerin gizli olmaması bir diğer ifadeyle mahkemeye veya ticari hayata taşınabilir olması durumunda, taraflar samimi bir şekilde uyuşmazlığa ilişkin kendilerini ifade edemeyebilir ve zorunlu arabuluculuk süreci

⁴⁷² BAŞ, s.45.

⁴⁷³ KOÇYİĞİT/BULUR, s.19.

⁴⁷⁴ ÖZBEK, s.1233.

tüketilmesi gereken usuli bir süreç haline gelebilir. Bu sebeple tarafların sözlü beyanlarının dahi gizlilik kapsamında olmasının ve arabuluculuk sürecinin gizlilik yükümlülüklerine bağlı olarak yürütülmesinin arabuluculuğun sağlıklı ve başarılı sonuçlar verebilmesi açısından önemli olduğu kanaatindeyiz⁴⁷⁵. Beyan ve belgelerin kullanılmaması kuralı, arabulucu ve arabuluculuk görüşmelerine katılan veya katılmayan diğer kişileri de kapsamakla birlikte tahkime başvurulması halinde de geçerlidir.

Beyan ve belgelerin kullanılmaması kuralına aykırı olarak herhangi bir bilgi veya belgenin taraflarca delil olarak ileri sürülmesi halinde bu bilgi ve belgeler hükme esas alınmaz. Bununla birlikte mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından bu bilgi ve belgelerin ifşa edilmesi talep edilemez⁴⁷⁶. Beyan ve belgelerin kullanılmaması kuralı, arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlık konusu ile sınırlı değildir. Hukuk davası veya tahkim görülen uyuşmazlığın konusu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıktan farklı olsa da arabuluculuk kapsamında elde edilen beyan ve belgeler kullanılmayacaktır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, beyan ve belgelerin kullanılmaması kuralı, arabuluculuk sürecinde elde edilmiş beyan ve belgelere ilişkindir⁴⁷⁷. Örneğin tarafların arabuluculuk sürecinde kabul ettikleri kusur oranları veya bir tarafın borçlu olduğunu kabul etmesi veya müzakereler sırasında belirli bir noktaya varılmasını takiben hazırlanan ara sonuç tutanağı arabuluculuk sürecinde elde edilen beyan ve belgelerdendir. Tarafların daha önceden sahip oldukları deliller, HUAK m.5/5 uyarınca, yalnızca arabuluculuk faaliyetinde kullanılmış olmaları gerekçesiyle kabul edilemeyecek delil haline gelmez. Bir diğer anlatımla, taraflar arabuluculuk sürecinden önce sahip oldukları bilgi ve belgeleri, arabuluculuk süreci olmasa da kullanılabilirdi. Bu bilgi ve belgelerin salt arabuluculuk sürecinde kullanılmaları, hukuk davası veya tahkimde delil olarak ileri sürülmelerini engellemez. Beyan ve belgelerin kullanılmaması kuralının istisnası, bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanmasıdır. Bununla birlikte tarafların açıkça beyan ve belgelerin

⁴⁷⁵ ÖZBEK, s.612; YAZICI TIKTIK, s.54-55; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.33.

⁴⁷⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.36.

⁴⁷⁷ AZAKLI ARSLAN, s.58.

kullanılabileceği yönünde anlaşılması halinde de beyan ve belgeler arabuluculuk sonrasında kullanılabilir ve delil olarak ileri sürülebilir.

Dava şartı arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşamaması halinde anlaşamama son tutanağı HUAk m.18/A-2 ve HUAk m.5/3 uyarınca aleni bir belgedir⁴⁷⁸. Dava şartı arabuluculukta davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte arabuluculuk görüşmeleri sonucunda tarafların anlaşması halindeki anlaşma son tutanağı ve anlaşma belgesi de aleni bir belgedir⁴⁷⁹. Zira madde gerekçesinde “*Taraflar varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır.*” ifadesine yer verilerek bu hususa açıklık getirilmiş ve anlaşma belgesinin aleni oluşuna işaret edilmiştir⁴⁸⁰.

4.2. Tarafların Katılımı, Temsili ve Sonuçları

Zorunlu arabuluculuk, bir dava şartı olduğundan ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak tarafların katılımı ve zorunlu arabuluculuk sürecinin başlaması için bir tarafın arabuluculuğa başvurmasından sonra diğer tarafın arabuluculuğa başvuru teklifine otuz gün içerisinde veya herhangi bir sürede cevap vermesi gerekmez. Dava şartı arabuluculuk süreci, karşı tarafın olumlu cevabı aranmaksızın arabulucunun görevlendirilmesi ile başlar.

Taraflar arabuluculuk görüşmelerine bizzat katılabilirler. Arabuluculuk sürecinin tarafların menfaatlerini açıklaması ve müzakere üzerine kurulu bir çözüm yolu olması sebebiyle de bizzat katılım esas olandır. Ancak tarafların arabuluculuk görüşmelerine bizzat katılmalarında, bir diğer anlatımla arabuluculuk görüşmelerinde karşılaşmalarında psikolojik engeller bulunabilir⁴⁸¹. Tarafların kanuni temsilcileri veya avukatları da arabuluculuk görüşmelerine taraflar adına katılabilir ve tarafları temsil edebilirler. İdareler ise komisyon oluşturarak arabuluculuk görüşmelerine katılabilir. HMK m.74 uyarınca avukatların

⁴⁷⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.23.

⁴⁷⁹ BAŞ, s.45, dp; KIYAK, Emre, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, TAAD, 2015, Y. 6, S. 21, s.541; KOÇYİĞİT/BULUR, s.23.

⁴⁸⁰ 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18 Gerekçesi.

⁴⁸¹ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.178-179.

alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmesi için açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir. Bu sebeple avukat tarafından arabuluculuğa başvuru yapılması veya müvekkilin arabuluculuk sürecinde temsil edilmesi için vekâletname ile açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir⁴⁸². HUAKY m.25/1 uyarınca işçi işveren uyuşmazlıklarından kaynaklanan arabuluculuk sürecinde işveren tarafından adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirilen çalışan da görüşmelerde işvereni temsil edebilir⁴⁸³. İşçi-işveren uyuşmazlıklarından farklı olarak ticari uyuşmazlıklarda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m.365 uyarınca anonim şirketler yönetim kurulu tarafından yönetilebilir ve temsil edilir. Bu bağlamda zorunlu arabuluculuk sürecindeki bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından temsil edilebilir. Yine TTK m.623 uyarınca limited şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketlerin temsili bakımından mevzuat çerçevesinde temsil yetkisi tanınması ve temsil yetkisinin imza sirküleri ile ispatı⁴⁸⁴ ve TTK m.373 ve m.628 hükümleri uyarınca ticaret siciline ilan gerekmektedir. Bu sebeple ticari bir uyuşmazlığa ilişkin yürütülen zorunlu arabuluculuk sürecine vekâletname ile açıkça yetkilendirilmiş avukat dışında bir kimsenin ilgili mevzuatta temsile ilişkin öngörülen gereklilikler tamamlanmadan yetkilendirilerek katılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Arabuluculuk sürecinde bir tarafın geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk sürecinin sonlanması halinde ilk toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilecek ve bu taraf açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu olacak ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmeyecektir. İlk toplantıya her iki tarafın katılmaması ve bu nedenle arabuluculuk sürecinin sona ermesi halinde açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri üzerlerinde bırakılacaktır (HUAK m.18/A-11). Arabulucu tarafları ilk toplantıya her türlü iletişim aracılığıyla davet edebilir. Fakat bunun arabulucu tarafından belgelendirilmesi gerekir. Mazeretin geçerli olup olmamasında arabulucunun düzenlediği belgeler esas alınır (HUAKY m.25/8).

⁴⁸² YARDIM, İş Hukukunda Arabuluculuk, s.22; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.73; AZAKLI ARSLAN, s.173.

⁴⁸³ AZAKLI ARSLAN, s.173; YARDIM, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.22.

⁴⁸⁴ YARDIM, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.22.

Bu düzenleme yargılama masraflarının davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi şeklindeki temel kuralın istisnalarından birini teşkil edebilecek niteliktedir⁴⁸⁵. Bir görüş bu düzenlemenin makul olmadığı ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu yönündedir⁴⁸⁶. Buna göre uyuşmazlık konusunda haklı olduğunu düşünen tarafın karşı tarafın arabuluculuğa başvurusunu oyalama süreci olarak değerlendirmesi ve bunun sonucunda da arabuluculuk yerine dava yoluna gitmeyi tercih etmesi ve davayı kazanması halinde yargılama giderlerine mahkûm edilmemesi gerekir⁴⁸⁷. Bu düzenlemenin karşı tarafın kötü niyetli olduğu hallerde hak arayan ve haklı olan tarafın kötü niyetli olan tarafın insafına bırakmak gibi bir sonucu da doğabilecektir⁴⁸⁸. Bir başka görüş ise bu düzenlemenin tarafların hak arama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadığı ancak sınırlandırdığı ve bunun meşru bir amaca yönelik olduğu yönündedir⁴⁸⁹. Zira taraflardan biri kendisini haklı görerek ve ihtilaf davaya konu edildiğinde haklı çıkacağını düşünerek arabuluculuk görüşmelerinden kaçınabilir ve bu da arabuluculuk müessesinin işlerliğini azaltabilir⁴⁹⁰. Biz de bu düzenlemenin tarafların hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı ancak sınırlandırdığı görüşüne katılmaktayız⁴⁹¹. Çünkü tarafların yargı yoluna başvurmalarını engelleyen bir durum söz konusu değildir. Burada amaç, uyuşmazlık taraflarının ortak bir çözüm için bir araya gelmesi ve uyuşmazlığın çözümü konusunda müzakere etmesi ve karara varmalarının sağlanmasıdır. Bir diğer anlatımla, tarafların ilk oturuma geçerli bir mazeret olmadan gelmemesi halinde yargılama giderlerinden sorumlu tutulmalarına ve vekâlet ücretine hak kazanmamalarına yönelik düzenleme, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan dava şartı arabuluculuğun işlemlerini sağlamaktır⁴⁹². Bu düzenleme ile arabuluculuğun işlerliğinin sağlanması için taraflara yalnızca ilk oturuma katılma ödevi yüklenmektedir. Zira bir tarafın uyuşmazlığın

⁴⁸⁵ AYM Kararı, 2017/178 E. 2018/82 K. 11.07.2018 T. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> E.T. 3.10.2019).

⁴⁸⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.184; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.241-242.

⁴⁸⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.184; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.241-242.

⁴⁸⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.184.

⁴⁸⁹ AZAKLI ARSLAN, s.158; ERDOĞAN, Ersin, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2017, C.14, S.55, s.1222.

⁴⁹⁰ AZAKLI ARSLAN, s.158; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1238.

⁴⁹¹ AYM Kararı, 2017/178 E. 2018/82 K. 11.07.2018 T. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> E.T. 03.10.2019); AZAKLI ARSLAN, s.158.

⁴⁹² 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 Gerekçesi,

mahkemeye taşınması durumunda haklı çıkacağını gözeterek arabuluculuk sürecine dâhil olmaktan imtina etmesi, dava şartı arabuluculuğun işlerliğini kaybetmesine ve amaçlanan sosyal menfaatin sağlanamamasına yol açabilecektir. Bununla birlikte, tarafların en azından ilk toplantıya katılması; arabulucu tarafından yapılan açılış konuşmasını dinlemesi, arabuluculuk müessesesi hakkında fikir sahibi olması, arabuluculuğun gelişimi, uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümünün arttırılması ve amaçlanan toplumsal faydanın sağlanması bakımından da katkı sağlayacaktır⁴⁹³. Avrupa Konseyi arabuluculuğa ilişkin 21.05.2008 tarihli Direktif’inde üye ülkelerde arabuluculuğun zorunlu yapılmasına ve yaptırım uygulanmasına mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi kaydıyla imkân verilmiştir⁴⁹⁴. Bu sebeple amacın meşru olduğu ve hak arama özgürlüğünün özüne dokunan ölçüsüz bir sınırlama olmadığı kanaatindeyiz.

Burada taraflardan birinin veya her ikisinin ilk toplantıya geçerli bir mazeret olmaksızın gelmemeleri şartı aranmakta, ilk toplantıdan sonraki toplantılar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Bir diğer anlatımla ilk toplantıdan sonraki toplantılara geçerli mazeret olmaksızın katılmama durumunda yargılama giderlerin sorumluluk ve lehine vekâlet ücreti hükmedilmemesi söz konusu değildir. Taraflara ulaşılamaması arabuluculuk faaliyetinin sona erme sebeplerinden biridir. Ancak taraflara ulaşılamaması halinde yargılama giderlerinden sorumluluk ve lehine vekâlet ücreti ödenmemesi yaptırımı uygulanmayacaktır.

Mazeretin geçerliliğine ilişkin ilk değerlendirme arabulucu tarafından yapılacak ve son tutanakta taraflara nasıl ulaşıldığı, toplantı tarihinin bildirilmesi, toplantının yapılması konusunda anlaşılması, belgelerle ortaya konulacaktır. Arabulucu tarafından mazeretin geçersizliğine ilişkin yapılan değerlendirme uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde mahkeme tarafından denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihai karar mahkeme tarafından verilecektir⁴⁹⁵. Arabulucunun geçersiz olarak değerlendirdiği

⁴⁹³ ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1238.

⁴⁹⁴ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008, (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> E.T. 03.12.2019); ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1224; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.226; ÖZMUMCU, s.811.

⁴⁹⁵ DEMİREZEN, s.492.

mazeret mahkeme tarafından geçerli görülürse uyuşmazlık yeniden arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır⁴⁹⁶. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde yer alan bu husus, dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın mahkeme dışında arabuluculuk yolu ile çözülmesi amacına aykırı düşmektedir⁴⁹⁷. Bu sebeple mahkemenin böyle bir durumda taraflara uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünü için süre vermesinin daha uygun olacağı gerektiği kanaatindeyiz⁴⁹⁸. Zira bu halde arabulucu tarafından geçersiz görülen mazeret mahkeme tarafından geçerli olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte belirtmek isteriz ki, mahkeme tarafından mazeretin geçerli olduğu kanaatine varılması ve uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi halinde yargılama giderlerinden sorumluluğa ve vekâlet ücretine hak kazanılmamasına ilişkin yaptırım uygulanmamalıdır. Benzer bir düzenleme, HMK m.327'de yer almaktadır. Buna göre, bir tarafın, yargılamanın gereksiz yere uzamasına veya gider yapılmasına neden olması halinde, davada lehine karar verilmiş olsa dahi bu taraf, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Ancak bu halde mahkemenin yaptırım uygulama konusunda takdir yetkisi bulunmakta ve yaptırım uygulama sebebinin farklı olduğu görülmektedir. Mazeretin geçersiz olması halinde ise hâkimin yaptırım uygulanması konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Uygulamada arabuluculuk görüşmeleri telekonferans yoluyla da yapılabilmektedir. Telekonferans yoluyla yapılan arabuluculuk görüşmelerinin uyuşmazlığın çözümüne ne kadar katkı sağlayacağı tartışmalı olmakla birlikte, günümüz teknolojisinde tarafların farklı şehirlerde veya farklı ülkelerde olduğu durumlarda uzaktan bağlantı ile arabuluculuk görüşmelerinin yapılması aynı zamanda bir gereklilik olarak da ortaya çıkar. Ancak uzaktan bağlantı ile yapılan arabuluculuk görüşmelerinde en azından yüz yüze görüşme sağlanarak tarafların birbirleri ile iletişiminin daha anlaşılır olması adına teknolojinin buna imkân veren uygulamalarının kullanılmasında fayda görüyoruz. Bununla birlikte uzaktan bağlantı kurularak yapılan arabuluculuk görüşmelerinde tutanakların imzalanması da taraflar ve arabulucular için problem oluşturabiliyordu. Bölge Adliye Mahkemesi konuya ilişkin bir

⁴⁹⁶ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 Gerekçesi.

⁴⁹⁷ AZAKLI ARSLAN, s.157.

⁴⁹⁸ AZAKLI ARSLAN, s.157.

kararında, arabuluculuk son tutanağının elektronik imza ile imzalanabileceğini belirtmiştir⁴⁹⁹.

4.3. Süre

HUAK m.18A/9 uyarınca dava şartı arabuluculuk için öngörülen süre Arabulucunun, görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta olup bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/10 hükmüne göre iş hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin dava şartı arabuluculuk süreci de buna göre yürütülmektedir ve azami olarak dört hafta sürmektedir⁵⁰⁰. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk süreci için ise TTK m.5/A-2'de ayrı bir azami süre belirlenmiştir. Buna göre arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır⁵⁰¹. Zorunlu hallerde ise altı haftalık süre arabulucu tarafından en fazla iki hafta olmak üzere uzatılabilir. Bu halde ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk süreci en fazla sekiz hafta sürebilir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, arabuluculuk faaliyeti, arabulucunun görevlendirildiği tarihte başlayacaktır ve arabuluculuk için öngörülen sürenin buna göre tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁰². Zorunlu arabuluculuk süreci için azami olarak öngörülen bu süreler esasen hak arama özgürlüğünün korunmasına hizmet etmektedir⁵⁰³. Tabi ki zorunlu arabuluculuk olsa da taraflar her zaman arabuluculuk sürecini sona erdirmekte serbesttir. Ancak uzayan görüşmeler sebebiyle tarafların yıpranmaması ve taraflarca vazgeçilmese dahi azami olarak belirli bir süre sonra dava açılabilceğinin bilinmesi şüphesiz taraflar açısından rahatlatıcı olacaktır. Bununla birlikte arabuluculuk için öngörülen azami sürenin sona ermesi sebebiyle herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak HUAKY m.25/5 hükmünde, sürenin sonucunda arabulucunun anlaşamama yönündeki son tutanağı resen düzenleyeceği belirtilmiştir. Yine HUAKY m.25/6 hükmünde de anlaşma veya kısmen anlaşma halleri dışındaki her durumda tarafların anlaşmamış sayılacağı ve anlaşmama son tutanağı düzenleneceği belirtilmiştir. Bu bağlamda sürenin sona ermesi ile

⁴⁹⁹ İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, 2019/2139 E. 2019/1551 K. 06.11.2019 T.

⁵⁰⁰ YARDIM, İş Uyuşmazlıklarına Arabuluculuk, s.21; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.169; KURT, İş Yargısında Arabuluculuk, s.434; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1220; YAĞCIOĞLU, s.482.

⁵⁰¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.169; KOÇYİĞİT/BULUR, s.55.

⁵⁰² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.169.

⁵⁰³ KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.227; ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1220.

zorunlu arabuluculuk anlaşma sağlanamadan sona ermiş olacaktır⁵⁰⁴. HMK m.427 hükmünde zorunlu arabuluculuğa benzer şekilde yine bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim için azami süre öngörülmüş ve bu sürenin taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl olacağı belirtilmiştir. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere süre konusunda taraflar aksi yönde anlaşma sağlayabilir, süreyi uzatabilir⁵⁰⁵, kısaltabilir ve kaldırabilir⁵⁰⁶. HMK m.427/2 uyarınca tarafların anlaşmamaları hâlinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından kesin olarak karar verilerek tahkim süresi uzatılabilir. Görüldüğü üzere HMK hükümlerinde tahkim süresine ilişkin taraflarca tasarrufta bulunulabileceği açıkça düzenlenmektedir. Oysa zorunlu arabuluculuğun süresine ilişkin düzenlemelerde taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğine yönelik bir ifade söz konusu değildir. Yalnızca ticari uyuşmazlıklar kapsamında arabuluculuk için altı haftalık sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple taraflarca aksinin kararlaştırılarak azami sürenin değiştirilemeyeceği kanaatindeyiz. Son olarak belirtmek isteriz ki azami süre ile tamamlanan zorunlu arabuluculuk sürecidir ve taraflar dilerlerse arabuluculuk süreci ihtiyari olarak devam edebilir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.170; KOÇYİĞİT/BULUR, s.55; ALBAYRAK/KOÇYİĞİT, s.176.

⁵⁰⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.1046; KARSLI, s.836.

⁵⁰⁶ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.2709.

⁵⁰⁷ ERDOĞAN, Zorunlu Arabuluculuk, s.1220.

5. ANLAŞMA DIŞINDA ARABULUCULUĞUN SONA ERME HALLERİ

5.1. Sürenin Bitmesi

Ticari arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk faaliyetinin azami süresi sekiz haftadır. Bu süre arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren başlayacaktır. HUAKY m.25/8 uyarınca, arabuluculuk faaliyetinin azami sürenin dolmasına rağmen sonuçlandırılmaması halinde arabuluculuk süreci kendiliğinden sona erecektir⁵⁰⁸. Bununla birlikte arabulucu tarafından sürecin sonra ermesinden sonra düzenlenecek tutanak da sürecin hali hazırda süre sona erdiği için tamamlanmış olması sebebiyle tespit niteliğinde ve dava şartının sağlanması için yeterli olacaktır. Arabulucu tarafından kasıtlı olarak ve maddi imkânsızlık nedeniyle son tutanak düzenlenememesi halinde usulüne uygun şekilde arabuluculuk başvurusunun yapıldığı ve bu sürede arabuluculuk görüşmelerinin yapıldığı gözetildiğinde dava şartının sağlanmış olacağının kabulü gerekir⁵⁰⁹. Zira dava şartı arabuluculukta amaç, tarafların dava öncesinde müzakere etmeleri ve uyuşmazlığı kendi aralarında çözmeleridir. Taraflar azami sürede uyuşmazlığı çözümü konusunda başarılı olamadıysa tekrar arabuluculuğa başvurulması konusunda tarafların zorlanması ise dava şartı ile amaçlanan arabuluculuğun amacına aykırı düşecektir.

5.2. Taraflara Ulaşamaması

HUAK m.18/A-10 uyarınca, arabulucunun taraflara ulaşamaması halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer. HUAKY m.24/3 uyarınca, arabulucunun taraflara ulaşamaması durumunda, hangi usullerle taraflara ulaşılmaya çalışıldığının ve taraflara ulaşamaması sebeplerinin son tutanakta belirtilmesi gerekir. Arabulucu görevlendirilmesinden itibaren taraflara ulaşmaya çalışmalı ve ilk toplantı için uygun tarih ve yer belirlemelidir. Arabuluculuk bürosuna başvuran taraf, karşı tarafa ulaşmayı sağlayacak her türlü iletişim bilgisini adliye arabuluculuk bürosuna vermelidir⁵¹⁰. Zira HUAK m.18/A-7 uyarınca, arabuluculuk bürosu görevlendirilen arabulucuya tarafların

⁵⁰⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.55; ALBAYRAK/KOÇYİĞİT, s.176; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.170.

⁵⁰⁹ ALBAYRAK/KOÇYİĞİT, s.184.

⁵¹⁰ AZAKLI ARSLAN, s.231.

iletişim bilgilerini verecektir. Bu aşamada belirtmek isteriz ki, taraflara ulaşılması için ihtiyaç duyulacak asgari iletişim bilgilerinin adliye arabuluculuk bürosu tarafından araştırılması gerekmektedir⁵¹¹. Arabulucu, adliye arabuluculuk bürosu tarafından kendisine bildirilen iletişim bilgilerini dikkate alır, ancak gerektiğinde kendiliğinden ek araştırma da yapabilir. Arabulucunun görevlendirme sonucunda mevcut iletişim bilgileriyle her türlü iletişim aracını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirmesi ve ilk toplantıya davet etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte arabulucunun bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini kayıt altına alması gerekir. İlk toplantıya geçerli bir mazeret olmaksızın katılmama halinde taraflara yaptırım uygulanması söz konusu olduğundan arabulucunun taraflara ulaştığı, görevlendirmeye ilişkin bilgilendirdiği ve toplantıya davet ettiği konularını kayıt altına alması uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde ortaya çıkabilecek ispat sorunlarını ve ihtilafları çözüme bakımından önemlidir⁵¹². Arabulucu tarafından gösterilen çabaların sonuçsuz kalması ve taraflara ulaşamaması halinde arabuluculuk faaliyeti arabulucu tarafından sona erdirilecektir⁵¹³.

5.3. Taraflar Katılmadığı İçin Görüşme Yapılamaması

Gerçek anlamda arabuluculuk faaliyetinin başlaması için tarafların görevlendirme konusunda bilgilendirilmesi, ilk toplantı tarihinin ve yerinin belirlenmesi ve tarafların toplantıya katılarak müzakerelere başlaması gerekir. Arabulucu tarafından taraflara ulaşılması ve toplantı tarihi ve yeri bakımından mutabık kalınması ve taraflardan toplantıya katılacaklarına ilişkin beyan alınmasına rağmen taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamaları halinde arabuluculuk süreci sona erdirilir. Taraflardan birinin ilk toplantıya geçerli bir mazeret olmaksızın katılmamaları sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk ve vekâlet ücretine hak kazanılamaması gibi yaptırımlar öngörüldüğünden taraflarla iletişim şeklinin, toplantı tarihi ve yeri konusunda anlaşıldığının ve tarafların toplantıya katılma iradelerini ortaya koyduğunun arabulucu tarafından kayıt altına alınması gerekir⁵¹⁴.

⁵¹¹ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 Gerekçesi.

⁵¹² 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 Gerekçesi.

⁵¹³ AZAKLI ARSLAN, s.231.

⁵¹⁴ AZAKLI ARSLAN, s.231.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, HUAK m.18/A-10'da " taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması" halinde arabuluculuğun sona ereceği belirtilmiş olup görüşmelere katılmama sebebiyle sona erme hali yalnızca ilk toplantıyla sınırlı değildir. Taraflarca ilk toplantıya katılım gösterilmesine rağmen devamındaki toplantılara katılım gösterilmemesi sebebiyle görüşme yapılamaması halinde de arabuluculuk faaliyeti sona erecektir. Ancak bu halde yargılama giderlerinden sorumluluk ve vekâlet ücretine hak kazanılmaması yaptırım uygulanmayacaktır.

5.4. Tarafların Ölümü ve İflası

Arabuluculuk sürecinin sona ermesine ilişkin HUAK ve HUAKY'de yer alan düzenlemeler dışında, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi m.4/1'de de düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, taraflardan birinin ölümü ya da iflası halinde arabulucunun Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nde belirlenen ücretin tümüne hak kazanacaktır. Buna göre, taraflardan birinin ölümü⁵¹⁵ veya iflas etmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

5.5. Yetkisizlik

Arabuluculuk görüşmelerinde görevlendirmenin yetkili adliye arabuluculuk bürosu tarafından yapılması esastır (HUAK m.18/A-5). Arabulucu, yetkili adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmediyse karşı taraf en geç ilk toplantıda yetki itirazında bulunabilecektir. Karşı tarafın arabulucuyu görevlendiren adliye arabuluculuk bürosunun yetkisiz olduğu yönünde itiraz etmesi halinde arabulucu dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderecektir. Yetki itirazı konusu incelenirken görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır. Mahkeme harç alınmaksızın dosyayı ivedilikle inceleyecek ve yetkili adliye arabuluculuk bürosunu kesin olarak belirleyecektir. Arabulucuyu görevlendiren adliye arabuluculuk bürosunun yetkisiz olduğu karara bağlanırsa, bu durumda ilgili adliye arabuluculuk bürosu görevlendirdiği arabulucuya durumu bildirecektir. Bunun üzerine arabulucu, Arabulucu Bilgi Sistemi üzerinden görevlendirmeyi sonlandıracaktır (HUAKY m.25/4). Bu bağlamda karşı tarafın en geç ilk

⁵¹⁵ ALBAYRAK/KOÇYİĞİT, s.102.

oturumunda yetki itirazını ileri sürmesi ve yetki itirazının kabul edilmesi halinde arabuluculuk sürecinin sona ereceği sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹⁶.

5.6. Anlaşma Sağlanamaması

Arabuluculukta amaç uyuşmazlığın anlaşma ile sona ermesi olsa da tarafların anlaşması her zaman gerçekleşmeyebilir⁵¹⁷. Taraflar, dava şartı arabuluculuk sürecinde bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişi olan arabulucunun desteği ile müzakere ederler⁵¹⁸. Dava şartı arabuluculuk, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılmakta ancak tarafların anlaşmasını ve uyuşmazlığı bir şekilde arabuluculuk sürecinde çözmeleri konusunda tarafları zorlamamaktadır⁵¹⁹. Zorunlu arabuluculuk sürecinde de taraflar anlaşma ve anlaşmama konusunda serbest iradeleri doğrultusunda hareket ederler.

Arabulucu tarafından gerekli destek sağlanmasına ve taraflarca çaba gösterilmesine rağmen uyuşmazlık arabuluculuk ile çözüme kavuşturulamayabilir. Taraflardan birisinin veya her ikisinin isteği halinde, arabuluculuk süreci her zaman ve arabulucunun veya taraflardan birisinin rızasına gerek olmaksızın sona erdirilebilir⁵²⁰. Bu durum arabuluculukta ihtiyarilik ilkesinin bir gereğidir. Bununla birlikte, tüm uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüleceğine ilişkin bir kural da söz konusu değildir⁵²¹. Bununla birlikte arabulucu tarafından uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülemeyeceğinin anlaşılması ve daha fazla çaba harcamanın gereksiz olduğu kanaatine varılırsa arabulucu tarafından taraflara danışılarak arabuluculuk süreci sona erdirilebilir. Ancak böyle bir durumda arabulucu tarafından taraflara danışılması sonrasında taraflar arabuluculuk görüşmelerini devam ettirmek isterlerse, arabuluculuk sürecinin sona ermemesi ve devam etmesi gerekir⁵²².

Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşamaması üzerine sona ermesi ile taraflar uyuşmazlığı mahkemeye taşımak isteyebilir. Bununla birlikte taraflar arabuluculuk süreci

⁵¹⁶ Yetki hususu için bkz. s.84 vd.

⁵¹⁷ YAZICI TIKTIK, s.55; AZAKLI ARSLAN, s.229; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.178; KEKEÇ, s.196; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2844.

⁵¹⁸ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2842.

⁵¹⁹ AZAKLI ARSLAN, s.233.

⁵²⁰ ÖZBEK, Anayasal Hak ve Hürriyetler, s.137; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2843.

⁵²¹ KEKEÇ, s.195.

⁵²² YILDIRIM, s.134.

sonunda dava açılmadan önce, dava sürecinde ve temyiz aşamasında dâhil başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlığı çözebilirler ve anlaşma sağlayabilirler⁵²³. Bu sebeple arabuluculuk görüşmelerinin tarafların anlaşamaması ile sona ermesi halinde arabulucu tarafından taraflar arasındaki gelecekteki ilişki de gözetilerek saygı çerçevesinde süreç sonuçlandırılmalıdır⁵²⁴.

Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma sağlanamaması halinde dava açacak tarafın anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekmektedir. Aksi halde son tutanağın mahkemeye sunulması için mahkeme tarafından son tutanağın sunulmaması halinde davanın usulden reddedileceği ihtar edilerek bir haftalık kesin süre verilir ve son tutanağın bu sürede sunulmaması halinde dava usulden reddedilir. Bu sebeple arabuluculuk sürecinin sona ermesi halinde düzenlenecek son tutanak önemlidir.

Arabuluculuk sürecinin anlaşma sağlanamaması sebebiyle sona ermesi halinde arabulucu tarafından son tutanak düzenlenerek durum derhal arabuluculuk bürosuna bildirilir ve aynı zamanda UYAP sistemi üzerinden gönderilir⁵²⁵. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, HUAKY m.25/6 uyarınca, tarafların uyuşmazlık konusunda kısmen veya tamamen anlaşmaları dışındaki yukarıda sayılan haller de dahil olmak üzere tüm hallerde taraflar anlaşmamış sayılır ve arabulucu tarafından anlaşmama son tutanağı düzenlenir. Anlaşmama son tutanağında dava şartının sağlanması için adliye arabuluculuk bürosuna başvuru ile alınan “arabuluculuk başvuru numarası” ve “arabuluculuk dosya numarası” olmak üzere iki numaranın yer alması gerekir⁵²⁶. Adliye arabuluculuk bürosu esas numarasını arabuluculuk başvuru numarası gösterirken Arabuluculuk Daire Başkanlığı esas numarasını ise arabuluculuk dosya numarası gösterecektir⁵²⁷. Arabuluculuk son tutanağında anlaşılmayan hususların açıkça ve ayrı ayrı yazılması önem taşır. Çünkü uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde son tutanakta belirtilen anlaşılmayan hususlar için dava şartı sağlanmış

⁵²³ KEKEÇ, s.195.

⁵²⁴ AZAKLI ARSLAN, s.233.

⁵²⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.178; BAŞ, s.75.

⁵²⁶ BAŞ, s.75-76; KOÇYİĞİT/BULUR, s.50.

⁵²⁷ BAŞ, s.76.

olacak ve dava açılabilir. Anlaşmama son tutanağı dava şartını sağlayan bir belge olup alenidir⁵²⁸. Anlaşmama son tutanağı arabulucu ile birlikte taraflarca, kanuni temsilciler ya da avukatları tarafından imzalanır. Son tutanağın taraflar, kanuni temsilciler veya avukatlar tarafından imzalanmaması halinde durumun nedeni belirtilerek son tutanak sadece arabulucu tarafından imzalanır.

Arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sona ermesi halinde arabuluculuk bürosunun yaptığı zaruri harcamalar ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Bununla birlikte arabuluculuk ücreti görüşmelerin iki saat sürmesi halinde Adalet Bakanlık bütçesinden karşılanır ve yargılama gideri kabul edilir. Görüşmelerin iki saatten fazla sürmesi ve tarafların anlaşmaması halindeyse iki saati aşan kısma ilişkin ücret taraflarca eşit şekilde karşılanır, ancak taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

6. ARABUCULUĞUN ANLAŞMA İLE SONA ERMESİ

6.1. Anlaşma

Dava şartı arabuluculuk süreci tarafların anlaşması ile sona erer. Taraflar uyuşmazlık konusunda tamamen anlaşmaya varabilecekleri gibi kısmi olarak da anlaşma sağlayabilirler. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir⁵²⁹. Tarafların uyuşmazlık konusunda tamamen ve kısmen anlaşma sağlamaları halinde, arabulucu tarafından son tutanak hazırlanır. Arabuluculuk süreci sonucunda arabulucu tarafından hazırlanan son tutanağın asli fonksiyonu sürecin tamamlandığının belgelenmesidir⁵³⁰. Bununla birlikte kısmi anlaşma halinde anlaşılmayan hususların son tutanakta belirtilmesi, dava açılması durumunda arabuluculuk dava şartının sağlandığının ispatı açısından önemlidir. HUAK m.18/5 uyarınca, tarafların arabuluculuk sürecinde kısmen veya tamamen anlaşmaya varmaları halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Son tutanakta arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı

⁵²⁸ KOÇYİĞİT/BULUR, s.23.

⁵²⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.108; ÖZBEK, s.1256;

⁵³⁰ ÖZBEK, s.1256; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.104; BÜYÜKAY, s.98; AZAKLI ARSLAN, s.230.

belirtilmekle birlikte taraflar dilerse bu husus dışındakileri de arabuluculuk tutanağına yazılmasına karar verebilir. Ancak üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmaması sebebiyle son tutanakta tamamen anlaşma sağlandıysa anlaşılan hususların kısmen anlaşma sağlandıysa anlaşılan ve anlaşılamayan hususların açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵³¹. Son tutanak, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanır. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne göndermesi gerekir (HUAK m.17/4). Arabuluculuk süreci anlaşma ile sona erdiğinde arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak anlaşma belgesi niteliğindedir⁵³².

Arabuluculuk sürecinde amaç uyuşmazlığın çözümüdür ve uyuşmazlığın çözümü ile birlikte amaç gerçekleşmiş olur⁵³³. Taraflarca arabuluculuk süreci sonucunda ayrıca bir anlaşma belgesi düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamasına rağmen⁵³⁴ taraflar daha sonra anlaşılan hususlar konusunda bir uyuşmazlık yaşamamak için anlaşmayı yazılı bir metin haline getirebilirler⁵³⁵. Bu bağlamda arabuluculuk sürecinin tamamlanması ile birlikte taraflarca arabulucu tarafından hazırlanan son tutanaktan başka anlaşma belgesi de imzalanabilir. Anlaşma belgesinin hazırlanması tarafların isteğine bağlı olup taraflar açısından zorunluluk teşkil etmemektedir⁵³⁶.

6.2. Anlaşma Belgesinin Şekli ve İçeriği

Anlaşma belgesinin HUAK m.18/1 uyarınca yazılı olarak hazırlanması ve taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir⁵³⁷. Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından imzalanması, belgenin HUAK kapsamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilmesi ve arabuluculuk süreci ile ilişkilendirilmesi açısından önemlidir⁵³⁸. Bununla

⁵³¹ BAŞ, s.76.

⁵³² 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18 Gerekçesi; BÜYÜKAY, s.99.

⁵³³ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.183.

⁵³⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.180-181; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.183.

⁵³⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2844; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.180-181.

⁵³⁶ BÜYÜKAY, s.104; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.180-181.

⁵³⁷ BÜYÜKAY, s.104.

⁵³⁸ KIYAK, s.530.

birlikte icra edilebilirlik şerhi bakımından da anlaşma belgesinin arabulucunun imzasını taşıması önem taşımaktadır. Zira arabulucu tarafından imzalanmamış belge, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması konusunda tarafların anlaşmasını içerse de HUAK kapsamında anlaşma belgesi olarak kabul edilmeyecek ve belgeye ilişkin icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinde bulunulamayacaktır⁵³⁹. Arabulucu tarafından imzalanmamış belge, anlaşma belgesi niteliğinde olmayacağından ve icra edilebilirlik talebine konu edilemeyeceğinden belge içerisinde tarafların yerine getirmeyi üstlendikleri edimlere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde dava açılması veya ilamsız takip yapılması gerekeceğinden belgenin arabulucu tarafından imzalanması tarafların üzerlerinde mutabık kaldığı hususların yerine getirilmesi açısından önemlidir⁵⁴⁰.

Arabuluculuk süreci sonunda hazırlanacak anlaşma belgesinin yazılı olarak yapılması ve arabulucu ve taraflarca imzalanması gerektiği HUAK m.18/1'de belirtilmektedir. TBK m.12/2 uyarınca, kanunlarda sözleşmeler için öngörülen şekil şartları kural olarak geçerlilik şeklidir ve şekle uyulmamasının yaptırımını sözleşmenin hükümsüz kalmasıdır⁵⁴¹. Bu kapsamda anlaşma belgesinin yapılmasına ilişkin şartların geçerlilik şartı olduğu⁵⁴² ve bu şartların bulunmaması halinde anlaşma belgesinin hükümsüz olması sonucunun doğacağı kanaatindeyiz⁵⁴³. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin anlaşma belgesinin içeriğinin nitelikli şekil şartını gerektiren bir sözleşmeyi içermesi halinde ise anlaşma belgesinin o sözleşmenin gerektirdiği şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi gerekecektir⁵⁴⁴.

Anlaşma belgesinin kim tarafından hazırlanacağı ilgili düzenlemelerde belirtilmemiştir. Bu sebeple anlaşma belgesi taraflarca veya avukatlarınca hazırlanabilir. Bununla birlikte uygulamada anlaşma belgesinin düzenlenmesinde arabulucunun da rol

⁵³⁹ KIYAK, s.530.

⁵⁴⁰ BÜYÜKAY, s.105.

⁵⁴¹ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2019, s.160; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.326.

⁵⁴² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan, Ankara 2019, s.131.

⁵⁴³ BÜYÜKAY, s.105.

⁵⁴⁴ KIYAK, s.532.

aldığı ve bazılarında arabulucu tarafından önerilen metin üzerinden anlaşma belgesinin imzalandığı görülmektedir. Bu sayede arabulucu, anlaşma belgesinin yazılı hale getirilme sürecini kontrol edebilmekte ve tarafların gerçek iradelerini ve karşılıklı menfaatlerini anlaşma belgesine geçirebilmektedir⁵⁴⁵. Bu uygulama esasında arabuluculuk görüşmelerine daha önce katılmamış olan veya konuya ilişkin tecrübeli olmayan taraflar arasındaki anlaşmanın tecrübeli bir hukukçu olan arabulucu tarafından mutabık kalınan şekilde metne dökülmesine fayda sağlamaktadır.

Anlaşma belgesi içeriği taraflar arasındaki anlaşmayı ve taraf menfaatlerini yansıtır şekilde hazırlanmalıdır. Bununla birlikte anlaşma metni taraflarca anlaşabilecek şekilde açık bir dille yazılmalı muğlak ve yoruma açık ifadelerden kaçınılmalıdır⁵⁴⁶. Anlaşma belgesinin taraflarca yorumlanabilecek belirsiz ifadeler içermesi halinde sonraki aşamalarda taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların doğması muhtemeldir. Bu nedenle anlaşma belgesinin içeriğinin taraf iradelerini açık bir şekilde yansıtmayı, nesnel ifadeler kullanılması ve taraflar arasında mutabık kalınan anlaşma kapsamında haklarına hanel getirmeyecek şekilde hazırlanması anlaşmanın uygulanabilirliği ve uyuşmazlığın nihai çözümü açısından çok önemlidir.

6.3. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arbuluculuk süreci sonucunda tarafların anlaşmaya varmaları sonucunda hazırlanan anlaşma belgesinin hukuki niteliği taraflarca anlaşma hükümlerine riayet edilmemesi halinde önem taşıyacaktır. Taraflar arasında imzalanan ve tarafların mutabakatını yansıtan anlaşma belgesi hukuki niteliği açısından borçlar hukuku anlamında sözleşmedir⁵⁴⁷. Zira anlaşma belgesi tarafların iradelerini barındırmakta ve içeriği sözleşme serbestisi çerçevesinde belirlenmektedir. Arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi borçlar hukukunun genel hükümlerine tabidir⁵⁴⁸. Anlaşma belgesinin genel hükümlere tabi olacağı

⁵⁴⁵ BÜYÜKAY, s.100.

⁵⁴⁶ YAZICI TIKTIK, s.60; AZAKLI ARSLAN, s.234; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.183; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.109. Benzer yönde bkz. KEKEÇ, s.197 vd.

⁵⁴⁷ AZAKLI ARSLAN, s.236; BÜYÜKAY, s.108; KIYAK, s.531; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.183-184.

⁵⁴⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Arbuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 3, S. 2, s.71; ÖZBEK, Arabuluculuğun İlkeleri, s. 465; KAZMAZ TEPE, Büşra, "Arbuluculuk Anlaşma Belgesine

HUAK gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir⁵⁴⁹. Bu bağlamda borçlar hukuku kapsamında aldatma, korkutma gibi sözleşmenin geçersiz olduğuna yönelik ileri sürülebilecek iddialar anlaşma belgesinin geçersiz olduğu yönünde de taraflarca ileri sürülebilir⁵⁵⁰.

Bu aşamada borçlar hukuku anlamında sözleşme niteliğinde olan anlaşma belgesinin hangi sözleşme tipine girdiğinin de değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere anlaşma belgesinin içeriği taraflarca sözleşme serbestisi çerçevesinde kararlaştırılır. Sözleşme serbestisinin bir diğer görünüm şekli de taraflarca sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğüdür⁵⁵¹. Anlaşma belgesinin hangi sözleşme tipine girdiği taraflarca belirlenen içeriği dikkate alınarak tespit edilecektir⁵⁵². Bu kapsamda arabuluculuk anlaşma belgesi barındırdığı hususlara bağlı olarak tipik bir sözleşme niteliğini haiz olabileceği gibi atipik bir sözleşme niteliğini de haiz olabilir⁵⁵³. Diğer bir anlatımla taraflar arasında imza edilen anlaşma belgesi belirli bir sözleşme tipinde olmayıp sözleşme tipi anlaşmanın muhteviyatı dikkate alınarak tespit edilecektir.

Doktrinde anlaşma belgesinin hangi sözleşme tipi içerisinde yer aldığına ilişkin farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, anlaşma belgesinin karşılıklı fedakârlıkları içermesi halinde sulh sözleşmesi olduğudur⁵⁵⁴. Başka bir görüşe göre anlaşma belgesi sulh benzeri sözleşme olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁵. Anlaşma belgesinin taraflar karşılıklı fedakârlıklarda bulunmadan yapılması halinde anlaşma belgesi sulh sözleşmesinin temel özelliklerinden olan karşılıklı tavizlerde bulunmayı içermeyeceğinden her durumda sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği de doktrinde belirtilmektedir⁵⁵⁶. Zira sulh

İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usulü”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2018, Y. 5, S. 1, s.140; AKKAN, s.16.

⁵⁴⁹ 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18 Gerekçesi.

⁵⁵⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s.137; AZAKLI ARSLAN, s.236.

⁵⁵¹ ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, İÜHF, 2016, C. 74, S. 2, İstanbul, s.719.

⁵⁵² BÜYÜKAY, s.108.

⁵⁵³ KIYAK, s.531.

⁵⁵⁴ ILDIR, s.166; HIZIR ASRAV, Fatma, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2019, s.83.

⁵⁵⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.236; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.18, S.1, s.346.

⁵⁵⁶ KURT, Ekrem, “Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu, İstanbul 2017, s.152; HIZIR ASRAV, s.83.

sözleşmesi tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunmaları halinde söz konusu olur⁵⁵⁷. Sulh sözleşmesi ile anlaşma belgesi arasındaki bir diğer fark ise, sulh sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarının katılımı ile yapılırken arabuluculuk sonucundaki anlaşma belgesinin taraflarla birlikte arabulucunun da katılımıyla yapılmasıdır⁵⁵⁸. Anlaşma belgesi gerekli şartları taşıdığı ilam niteliğinde belge sayılırken mahkeme dışı sulh mahkeme içi sulhe dönüştürülmeden ilam niteliğinde belge sayılmamaktadır⁵⁵⁹. Bununla birlikte 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nda sulh sözleşmelerinden binde 9,48 oranında damga vergisi alınacağı düzenlenmiştir. HUAK m.18/3 uyarınca tarafların anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmaları halinde damga vergisinin maktu olarak alınacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda damga vergisi açısından da sulh sözleşmesi ile anlaşma belgesi birbirinden ayrılmaktadır. Doktrinde bir başka görüş ise arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapılmamalı, tarafların sözleşme serbestisi doğrultusunda anlaşma belgesinin hukuki niteliğini kendilerinin belirleyebilecekleri ve bu sebeple anlaşma belgesinin kendisine özgü bir yapısı olduğudur⁵⁶⁰.

TBK m.133'te borcun sona erme sebeplerinden biri olan yenileme düzenlenmiştir. Buna göre yenileme mevcut bir borcun yeni bir borç sona erdirilmesi ve yerine yeni borç kurulmasıdır⁵⁶¹. Yenileme için tarafların açık iradesi şarttır⁵⁶². Yenileme ile eski borç ve eski borca bağlı haklar sona ermekte⁵⁶³ ve yerine yeni ve bağımsız bir borç ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁴. Anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin yenileme olarak nitelendirilebilmesi için anlaşma belgesi ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa sebep borç ilişkisi sona erdirilmeli ve yerine yeni

⁵⁵⁷ KURU, Medeni Usul, s.3742; TANRIVER, Süha, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler" Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1994, C.49, S.1, s.334.

⁵⁵⁸ HIZIR ASRAV, s.83.

⁵⁵⁹ AKKAN, Mine, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılacak Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", DEÜHFD, 2018, C. 20, S. 2, s.16; HIZIR ASRAV, s.84; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s.348.

⁵⁶⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.190; KIYAK, s.545. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s.130.

⁵⁶¹ OĞUZMAN, s.577; EREN, s.1413; ÖNAY, Işık, Türk Borçlar Hukukunda Yenileme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2014, s.72.

⁵⁶² OĞUZMAN, s.579.

⁵⁶³ ÖNAY, s.129; OĞUZMAN, s.581.

⁵⁶⁴ EREN, s.1413; OĞUZMAN, s.58; ÖNAY, s.101.

bir borç ilişkisi kurulması ve yeni borcun hukuki sebebinin eski borçtan farklı olması gerekir⁵⁶⁵. Bununla birlikte anlaşma belgesi içeriğinde tarafların yenilemeye ilişkin iradelerinin açık bir şekilde belirtilmiş olması da TBK m.133'te yer alan açık irade gerekliliğinin sağlanması açısından önemlidir. Bu irade yeni eski borcu ortadan kaldırma ve onu sona erdirme iradesidir⁵⁶⁶. Anlaşma belgesinin borcun yenilemesine ilişkin gereklilikleri taşımaması halinde ve anlaşma belgesi borç ikrarı olarak kabul edilebilir⁵⁶⁷. Bu halde TBK m.156/2 uyarınca zamanaşımı süresi anlaşma belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren on yıl olacaktır. Bununla birlikte anlaşma belgesi içeriğine göre ibra sözleşmesi niteliğinde de olabilecektir⁵⁶⁸. Gerçekten de arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşma belgesinin içeriği tarafların iradesi doğrultusunda şekil alacaktır. Bu sebeple de anlaşma belgesinin hangi tip sözleşme olduğunu kesin olarak önceden belirlemek oldukça güçtür. Taraflarca üzerinde anlaşılan edimlere göre anlaşma belgesinin farklı sözleşmelerin özelliklerini gösterebilecektir. Sonuç olarak anlaşma belgesinin kendisine özgü bir hukuki niteliğe sahip olduğu ve içeriğine göre farklı sözleşme tiplerinin özelliklerini gösterebileceği görüşüne katılıyoruz.

Borçlar hukuku anlamında sözleşme niteliğinde olan anlaşma belgesi, gerekli şartların sağlanması halinde ilam niteliğini de kazanabilir ve böyle bir durumda anlaşma belgesinin hukuki niteliğinde değişiklik ortaya çıkar⁵⁶⁹. Bu kapsamda anlaşma belgesinin taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzalamaları halinde veya mahkeme tarafından anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi halinde anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılır⁵⁷⁰.

İlam niteliğinde belge sayılmayan anlaşma belgesinin delil değeri de bir tarafın anlaşmaya aykırı hareket etmesi halinde önem taşır. Senet, bir hukuki işlemi veya vakıya ilişkin olarak düzenleyen aleyhine delil teşkil etmesi iradesi bulunmasına bağlı olmaksızın

565 BÜYÜKAY, s.115.

566 EREN, s.1415.

567 BÜYÜKAY, s.116.

568 ŞAHİN EMİR, Asiye/KAZMAZ TEPE, Büşra, "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", ÇTD, 2018, S.3, s.1487.

569 BÜYÜKAY, s.109.

570 HUAK m.18/2 ve HUAK m.18/4.

düzenleyen aleyhine delil teşkil eden imzalı belgedir⁵⁷¹. Bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenen senet resmi senet olarak adlandırılırken⁵⁷² resmi bir makam veya memurun katılımı bulunmadan düzenlenen senetler adi senet olarak adlandırılacaktır⁵⁷³. Adi senet ile resmi senet kesin delil niteliğindedir⁵⁷⁴. Noterlik Kanunu m.60 uyarınca resmi senetler kural olarak noterler tarafından düzenlenir ve bununla birlikte yasalarda belirtildiği ölçüde resmi makam veya merciler tarafından resmi senet düzenlenebilir. Örneğin HMK m.224'te, yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmi belgelerin, ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanarak Türkiye'de resmi belge vasfını taşıyacağı düzenlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan anlaşma belgesinin arabulucunun da imzasını taşıması sebebiyle adi senet olarak mı yoksa resmi senet olarak mı nitelendirileceği sorusu gündeme gelebilir. Arabulucu tarafından imzalanmış anlaşma belgesinin resmi senet olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz⁵⁷⁵. Zira Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi doğrultusunda bir belgenin resmi belge olarak kabul edilebilmesi için noterin katılımı bulunmalı veya kanunda işleme resmîyet kazandıracak belirtilmiş resmi bir makam veya merci olmalıdır. Arabulucu ise resmi bir kişi veya kurum değildir. Bu bağlamda şartlarını sağlaması halinde arabulucu tarafından imzalanmış anlaşma belgesinin adi senet olarak nitelendirileceği ve kesin delil olacağı kanaatindeyiz⁵⁷⁶.

İlamsız icra alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğinde bir belge olmaması halinde başvurabileceği bir takip yöntemidir⁵⁷⁷. Bu bağlamda arabuluculuk süreci sonundaki anlaşma belgesinde kararlaştırılan edimin para veya teminat alacağına ilişkin olması halinde ve anlaşma belgesinin ilam niteliğinde olmaması halinde alacaklı olan taraf ilamsız takipte bulunabilir⁵⁷⁸. İlamsız takipte borçlu tarafından ödeme emrine süresi içerisinde itiraz

⁵⁷¹ TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s. 848.

⁵⁷² PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1779.

⁵⁷³ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.1790.

⁵⁷⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul s.1782; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.854.

⁵⁷⁵ BÜYÜKAY, s.111.

⁵⁷⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.110; BÜYÜKAY, s.110; ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra, "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", THD, 2018, C. 13, S. 138, s.37; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s.130; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s.353.

⁵⁷⁷ ULUKAPI, s.83.

⁵⁷⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN; s.110.

edilmesi halinde ise takip durur. Bu halde anlaşma belgesinin İİK m.68 uyarınca itirazın kaldırılması talebinde kullanılıp kullanılmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Alacaklının kayıtsız şartsız belli bir miktar para borcunu ikrar eden imzası ikrar edilmiş veya borçlu tarafından yapılan itirazda imzaya itiraz edilmemiş bir senede sahip olması halinde icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılması talep edilebilir⁵⁷⁹. Taraflara karşılıklı olarak edimler yükleyen bir belge ise kayıtsız şartsız borç ikrarı olarak kabul edilmemektedir⁵⁸⁰. Bu kapsamda şayet anlaşma belgesi kayıtsız şartsız bir miktar para borcunu içeriyorsa ve borçlu tarafından anlaşma belgesindeki imzaya inkâr edilmemişse anlaşma belgesine dayanılarak itirazın kaldırılması talebinde bulunulabilir⁵⁸¹. Ancak anlaşma belgesi taraflara karşılıklı olarak borç yüklüyorsa, bir diğer ifadeyle kayıtsız şartsız borç ikrarını içermiyorsa o halde anlaşma belgesine dayanılarak itirazın kaldırılması talebinde bulunulamayacağı kanaatindeyiz.

6.4. Anlaşmanın İcra Edilebilirliği

Arabuluculuk süreci sonunda taraflarca uzlaşma sağlanan hususların hayata geçirilmesi arabuluculuk sürecinin uyumsuzluğu sona erdirmesi ve tarafların gerçek anlamda tatmin edilmesi açısından oldukça önemlidir. Zira arabuluculuk sürecinde anlaşılan hususların tatbik edilememesi hali yeni uyumsuzlukları ve tarafların hak kayıplarına uğraması sonuçlarını beraberinde getirebilir. Bu sebeple anlaşma belgesinin uygulanabilirliğini sağlamak adına anlaşma belgesine icrai etki kazandırılması mümkündür⁵⁸². Anlaşma belgesinin icra edilebilirliği, anlaşma belgesine katılanlar ve imza atanlara göre değişiklik göstermektedir.

⁵⁷⁹ KURU, El Kitabı, s.280; ULUKAPI, s.117; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, s.116; bkz. MUŞUL, s.284 vd.

⁵⁸⁰ KURU, El Kitabı, s.281; MUŞUL, s.288; ULUKAPI, s.118; BULUR, Alper, İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019, s.66; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s.162.

⁵⁸¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.110; AZAKLI ARSLAN, s.246; BÜYÜKAY, s.117; KAYA, Sedat, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, EBYÜHFD, 2018, C. 22, S. 1–2, s.243; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2845; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s.353.

⁵⁸² AZAKLI ARSLAN, s.239.

HUAK m.18/4 uyarınca, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Bu kapsamda anlaşma belgesinin taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması halinde ayrıca bir işleme gerek olmadan anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge kabul edilecektir. Bu düzenleme yapılırken 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Uzlaşma sağlama" başlıklı 35/A maddesi dikkate alınmıştır⁵⁸³. Çünkü uzlaşma faaliyeti sonucunda elde edilen anlaşma ile arabulucu ve taraflar ve avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti sonucunda elde edilen anlaşma birbirleri ile paraleldir⁵⁸⁴. Bu kapsamda tarafların ve avukatlarının imzalarıyla birlikte arabulucunun da imzasını içeren anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılmasının yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Anlaşma belgesine icrai etki kazandırılması anlaşma belgesinin arabulucu ile birlikte taraflar ve avukatları tarafından imzalanması dışında icra edilebilirlik şerhi alınması halinde de mümkündür. HUAK m.18/2 uyarınca, taraflar arabuluculuk sonundaki anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılır. Dava şartı arabuluculukta dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduğundan, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilir (HUAK m.18/2).

Bu aşamada öncelikle belirtmek gerekir ki icra edilebilirlik şerhinin alınması bir zorunluluk değildir. Anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması için bir tarafın arzusuna bağlı olarak icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilebilir⁵⁸⁵ ve karşı tarafın rızasının alınmasını da gerektirmez⁵⁸⁶. İcra edilebilirlik şerhi alınması bir zorunluluk olmadığı gibi⁵⁸⁷, icra edilebilirlik şerhinin alınması için zamanaşımı veya hak düşürücü bir süre de bulunmamaktadır⁵⁸⁸.

⁵⁸³ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 24 Gerekeçesi.

⁵⁸⁴ AZAKLI ARSLAN, s.239.

⁵⁸⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.2845.

⁵⁸⁶ OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s.57.

⁵⁸⁷ ÖZBEK, s.1259; AZAKLI ARSLAN, s.240.

⁵⁸⁸ ALBAYRAK/KOÇYİĞİT, s.106.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır⁵⁸⁹. Mahkeme tarafından dosya üzerinden inceleme yapılırken anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olarak inceleme yapılır⁵⁹⁰. Ancak HMK m.385/2 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu kapsamda icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde hâkim tarafından yalnızca anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının incelenmesiyle yetinilmemeli ve bununla birlikte taraflarca anlaşılmış anlaşma belgesi içeriğinin kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık da incelenmelidir⁵⁹¹. Zira anlaşma belgesinde düzenlenen hususların kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilemeyecektir⁵⁹². Mahkeme tarafından yapılan incelemenin sınırlı olması sebebiyle, verilecek karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁵⁹³. Bunun yanı sıra icra edilebilirlik şerhi verilmesi çekişmesiz yargı işidir ve HMK m.388 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir.

HUAK m.18/A uyarınca anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin mahkeme tarafından yapılacak inceleme sonucunda verilecek karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir⁵⁹⁴. Bu halde HMK m.355 uyarınca istinaf incelemesi taraflarca ileri sürülen sebepler dâhilinde yapılacak olup hükmün kamu düzenine aykırı olup olmadığı resen incelenebilir. HMK m.362/1-ç hükmü uyarınca istinaf incelemesi sonucunda verilecek karar kesin olup bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.

⁵⁸⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.111; ÖZBEK, s.1260.

⁵⁹⁰ ÖZBEK, s.1261.

⁵⁹¹ ÖZBEK, s.1262; AZAKLI ARSLAN, s.240; ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, “6325 sayılı Kanuna Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ile Arabuluculuk Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s.708; ÖZMUMCU, Uzak Doğu, s.380; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.195.

⁵⁹² PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.2846.

⁵⁹³ ÖZBEK, s.1262; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s.2846.

⁵⁹⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.112; AZAKLI ARSLAN, s.241; ÖZBEK, s.1263.

İcra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için; arabuluculuk anlaşma belgesi bulunmalı, anlaşma belgesinde düzenlenen hususlar arabuluculuğa elverişli olmalı, anlaşma belgesi cebri icraya elverişli olmalı ve anlaşma belgesi içeriği kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamalıdır⁵⁹⁵. Belgenin arabulucu tarafından imzalanmaması halinde anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyeceğinden bu belgeye icra edilebilirlik şerhi de verilemeyecektir⁵⁹⁶.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile birlikte anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge haline gelir. Ancak anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge haline gelmesi sadece ilamlar ile icra edilebilirliğe ilişkin aynı güçte olmasıyla sınırlıdır⁵⁹⁷. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi anlaşma belgesini ilam haline getirmeyecektir ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi sonucunu doğurmayacaktır⁵⁹⁸. Bununla birlikte taraflar ilam niteliğindeki anlaşma belgesini mahkeme ilamı gibi ilamlı icra takibine koyabileceklerdir.

6.5. Dava Açılmaz Kuralının Eleştirisi

HUAK m.18/5 uyarınca, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varmaları hâlinde, anlaşılan hususlara ilişkin taraflarca dava açılmaz. Bu hüküm 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile HUAK'a eklenmiş ve genel gerekçede ifade edildiği üzere mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır⁵⁹⁹. Anılan hüküm hukuk kurallarında arabuluculuğu kabul etmiş ülkelerde mevcut olmaması, arabuluculuk ile bağdaşmaması, arabulucunun hâkimden de ötede bir yerde konumlandırılması ve arabuluculuk sürecinde taraflar arasında gerçekleştirilen anlaşmanın hukuki kontrollerden uzaklaştırılarak kesin hüküm niteliği kazandırılması ve bu sebeple hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturması hususlarına değinilerek eleştiri konusu olmuştur⁶⁰⁰. Anılan hükümle anlaşma belgesine ilişkin yanılma, aldatma, aşırı yararlanma, korkutma, sahtelik iddiası gibi durumlarda

⁵⁹⁵ BÜYÜKAY, s.143-144.

⁵⁹⁶ KIYAK, s.528.

⁵⁹⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, s.285; ÖZBEK, s.1262; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.244.

⁵⁹⁸ MUŞUL, 642; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, s.285.

⁵⁹⁹ 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gereği.

⁶⁰⁰ ÖZMUMCU, s.837.

tarafının iddialarını mahkemede ileri sürme imkânlarının ortadan kaldırıldığı ve bu sebeple hak arama özgürlüğünün açıkça ihlal edildiği ileri sürülmektedir⁶⁰¹.

Üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme öğretide; böyle bir hükmün usul hukuku açısından kabul edilemez olduğu, teknik ve bir hukukçu tarafından kullanılacak bir ifade olmadığı, dava açılmasının mahkeme tarafından reddedilmesinin mümkün olmadığı, dava açılması ile yargılamanın yapılması şartlarının birbirinden farklı olduğu, ilgili düzenleme ile mahkemeye erişim hakkının engellendiği, bu düzenlemenin anlaşma belgesine kesin hüküm niteliği kazandırmadığı, bir konuda mahkeme ilamı bulursa bile kanunda dava açılmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığı ve kesin hükmün davanın esasına ilişkin inceleme yapılmasını engellediği ve bunun bir dava şartı olması sebebiyle hâkim tarafından dava açıldıktan sonra değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek eleştirilmektedir⁶⁰².

HUAK'ın 18/5 hükmü ile düzenlenen arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlemesi bir diğer ifadeyle davanın görülemeyeceğinin sebebi esasen bir dava şartı olan hukuki yarar ile ilgilidir⁶⁰³ ve dava şartı hukuki yararın özel bir görünümüdür⁶⁰⁴. Hukuki yarar, HMK m. 114'te düzenlenmiş bir dava şartıdır. Dava şartı, davanın esasının incelenmesi ve karara bağlanabilmesi için aranır ve tarafların talebine ihtiyaç duyulmaksızın hâkim tarafından resen dikkate alınır⁶⁰⁵. Hukuki yarar ile kastedilen ise, dava açan tarafın subjektif hakkına ulaşabilmesi ve hukuki himayeye kavuşabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmasıdır⁶⁰⁶. Bir kimsenin elinde ilam niteliğinde belge varsa, artık bu belgeye bağlı alacak için dava açılmasında hukuki yararı bulunmamaktadır⁶⁰⁷. Çünkü dava

⁶⁰¹ KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.245.

⁶⁰² AZAKLI ARSLAN, s.244; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.115-116.

⁶⁰³ AZAKLI ARSLAN, s.245; BÜYÜKAY, s.117; ÇELİKOĞLU, s.771.

⁶⁰⁴ AKKAN, s.27.

⁶⁰⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.927.

⁶⁰⁶ YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017, s.1729; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.470.

⁶⁰⁷ KURU, Medeni Usul, s.1372; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.965-966; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.471-472; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.292; HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007, s.275.

alacaklının alacağıının kesin olarak ve gerektiğinde cebri icra yolu ile elde etmesini sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁰⁸. İlam niteliğindeki belge, ilamların icrası gibi icraya konulabilir ve alacak cebri icra yoluyla elde edilebilir⁶⁰⁹. Bu sebeple ilam niteliğinde belgenin varlığı halinde dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

Gerçekten de taraflarca usulüne uygun bir arabuluculuk faaliyetinde müzakere edilerek ulaşılan anlaşma sonrasında tarafların anlaşma hususlarının değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep etmelerinde korunması gereken hukuki yarar bulunmamaktadır⁶¹⁰. Zira taraflar serbest iradeleriyle müzakere etmiş ve menfaatlerine uygun olacak çerçevede anlaşma sağlamışlardır. Taraflar anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olması halinde ilamlı icra veya ilam niteliğinde belge sayılmadığı halde ise ilamsız icra ile takip yapabileceklerdir.

HMK m.115 uyarınca, dava şartlarının hâkim tarafından her zaman araştırılacağı, taraflarca her aşamada ileri sürülebileceği ve dava şartı eksikliği bulunması halinde davanın usulden reddedileceği ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle kanunda dava şartı bulunmaması halinde davanın açılmayacağından söz edilmemekte davanın esasının incelenemeyeceğine işaret edilmektedir. Bölge Adliye Mahkemesi kararında ise bu husus ele alınmış ve kararda; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin hüküm, dava açılmasında hukukî yararın bulunması (HMK m.114/1-h) dava şartının özel bir görünümü olarak ifade edilmiş ve taraflarca üzerinde anlaşılan konularda dava açılması halinde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹¹. Bu bağlamda anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayıldığı hallerde de davacının elinde ilam gücünde belge olacağından dava

⁶⁰⁸ KURU, Medeni Usul, s.1372; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.292.

⁶⁰⁹ KURU, Medeni Usul, s.1372; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.292.

⁶¹⁰ BÜYÜKAY, s.118.

⁶¹¹ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, 2018/4550 E. 2019/812 K. 05.04.2019 T., 2018/3277 E. 2019/514 K. 22.02.2019 T., (<https://www.lexpera.com.tr> E.T. 27.10.2019).

açmakta hukuki yarar bulunmayacaktır⁶¹² ve dava açılması halinde davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerekecektir.

Anlaşma belgesini tarafların avukatlarının imzalamaması veya taraflarca imzalanmaması halinde anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge olmayacak ve ilamlı icra takibine konu edilemeyecektir. İlam niteliğinde olmayan anlaşma belgesi için taraflar ilamsız icra takibi yoluna başvurabilecektir. Arabuluculuk süreci sonucunda anlaşılan hususlara ilişkin dava açılmaması hükmü ise uygulama alanı açısından anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayıldığı hal ile sayılmadığı hal arasında bir ayrım yapmamaktadır. Arabuluculuk süreci sonucunda bir tarafın anlaşma belgesinde belirtilen hususlara aykırı davranması halinde bir diğer anlatımla bir tarafın anlaşma belgesinde yüklendiği borcu ifa etmemesi halinde dava açılıp açılmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Zira bir taraf ilam niteliğinde belge sayılmayan arabuluculuk anlaşma belgesi ile ilamsız icra takibine giriştiğinde diğer tarafın süresinde itiraz etmesi halinde icra takibi duracaktır. Böyle bir durumda itirazın iptali davası veya eda davası açılabilir midir?

Anlaşma belgesi ilam niteliğinde olmadığı durumda sözleşme niteliğindedir ve bu halde anlaşma belgesine aykırı davranılması halinde dava açılabilir⁶¹³. Çünkü tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmaları tek başına anlaşılan hususların yerine getirileceği anlamına gelmemekte ve bir tarafa anlaşılan hususları cebri icra yoluyla elde etme hakkını vermemektedir. Anlaşma belgesine istinaden alacağını elde etmek üzere ilamsız icra ile takip başlatan taraf, karşı tarafın ödeme emrine süresinde itiraz etmesi sonrasında takibinin durması ile karşı karşıya gelecektir. Böyle bir durumda itirazın bertaraf edilebilmesi için itirazın iptali davasının açılması gereksinimi doğabilecektir. Bu durumda ilamsız icra takibi yapan tarafın anlaşma belgesindeki hususlara ilişkin dava açamayacağının kabul edilmesi, arabuluculuk sürecinin ve arabuluculuk süreci sonucunda elde edilen anlaşmanın işlevsiz kalmasına ve menfaatlerin gerçek anlamda elde edilememesine neden olacaktır. Bu sebeple anlaşmaya aykırılık halinde dava açılabilir midir.

⁶¹² BUDAK/KARAASLAN, s.160; KURU, Medeni Usul, s.1372; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s.965-966; TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, s.471-472; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul, s.292.

⁶¹³ AZAKLI ARSLAN, s.245; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.184; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.116.

6.6. Anlaşmanın İptal Edilebilirliği Sorunu

Mahkeme ilamlarının irade sakatlığı hallerine bağlı olarak iptali istenememektedir. Bununla birlikte mahkeme ilamları için kanun yoluna başvurulabilir. Ancak ilam niteliğindeki belgelerin irade sakatlığı hallerinde iptali istenebilmekte buna karşın kanun yoluna başvuru imkânı bulunmamaktadır⁶¹⁴. Bu bağlamda gerekçesinde dava açma yasağı olarak ifade edilen ilgili hükmün mutlak bir şekilde uygulanmasının kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Anlaşma belgesine ilişkin irade sakatlıklarının bulunduğu hallerde, anlaşmaya varılan hususlara ilişkin olarak anlaşma belgesinin TBK m.30 vd. hükümleri çerçevesinde iptali talep edilerek dava açılabilir⁶¹⁵. Bölge adliye mahkemesi kararında da anlaşma belgesinin irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilmesi talebiyle dava açılacağı ve bunun yanında anlaşma belgesinin sahte olması halinde, aşırı yararlanmanın koşullarının bulunması halinde, anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olması halinde dava açılacağı belirtilmektedir⁶¹⁶. Böyle bir durumda tarafların anlaşma belgesinin iptalini talep ederek dava açmalarında hukuki yararlarının bulunduğunun kabulü gerekir. Zira irade fesadı bulunması halinde anlaşma belgesi tarafların serbest iradeleri doğrultusunda hazırlanmamış olacak ve irade sakatlığı sebebiyle tarafların iradelerini yansıtmayacaktır. Anlaşma belgesi nihayetinde borçlar hukuku anlamında sözleşme niteliğindedir. İrade bozuklukları hallerinde dahi dava yolunun kapatılmış olması mahkeme erişim hakkına aykırı olacak ve hak arama özgürlüğü önünde ciddi bir engel oluşturacaktır⁶¹⁷. Bununla birlikte irade sakatlığı sebebiyle anlaşma belgesinin iptali talep edilerek açılacak davalar anlaşma belgesinde üzerinde anlaşma sağlanmış hususlara ilişkin değil, anlaşma belgesinin geçerli olup olmadığı ile ilgilidir⁶¹⁸. Anlaşma

⁶¹⁴ AZAKLI ARSLAN, s.242-243; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.821; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.198; ÖZBEK, s.1263.

⁶¹⁵ ÖZBEK, s. 1263; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşmanın Hukuki Niteliği, s.137; AKKAN, s.22; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.775; BÜYÜKAY, s.119; ÇELİKOĞLU, s.709; ERDOĞAN/ERZURUMLU, s.53; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.821; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.252; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.198; ÇİÇEK, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.138.

⁶¹⁶ Bursa BAM 3. Hukuk Dairesi, 2018/4550 E. 2019/812 K. 05.04.2019 T., (<https://www.lexpera.com.tr> E.T.20.10.2019); Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, 2018/3277 E. 2019/514 K. 22.02.2019 T., (<https://www.lexpera.com.tr> E.T.30.10.2019).

⁶¹⁷ ERDOĞAN/ERZURUMLU, s.53.

⁶¹⁸ BÜYÜKAY, s.119.

belgesinin sahte olduğu durumlarda da menfi tespit davası niteliğindeki sahtelik davası açılarak anlaşma belgesinin sahteliği ileri sürülebilmelidir⁶¹⁹. Sonuç olarak, anlaşma belgesi ilam niteliğinde olsun veya olmasın, koşulları bulunuyorsa yanılna, aldatma, korkutma gibi irade sakatlıklarının varlığı halinde anlaşma belgesinin iptali talep edilebilecektir.



⁶¹⁹ AKKAN, s.22; KAYA, Zorunlu Arabuluculuk, s.246.

SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uyuşmazlık çözümlerinde ve taraflar arasında adaletin sağlanmasında günümüzde oldukça tercih edilmektedir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelerle birlikte uyuşmazlık çözümünde ciddi önem taşıdığı tartışmasızdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uyuşmazlık çözümünde taraflarca tercih edilmesinin artmasında modern toplum yapıları, insan ilişkileri, teknoloji çağı ve zamanın kıymetinin etkileri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra mahkeme huzurunda uyuşmazlığın çözümünde tarafların maddi ve manevi kayıpları ve yargılama sonucunda adalet sağlanarak hak korunsa da taraflar arasındaki ilişkilerin daha da bozulması söz konusu olabileceken alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde taraflar arasındaki husumetin yapıcı bir süreç sonucunda tamamen ortadan kaldırılması mümkün olabilmektedir.

Arbuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en önemli parçalarından birisidir. Yeterli ve açık bir hukuki düzenlemeye sahip arbuluculuk sistemi, tarafların uyuşmazlıkları daha mahkemeye taşınmadan, bağımsız bir kişinin taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırması suretiyle birbirlerini daha iyi anlamalarını sağlayarak uyuşmazlıklarını çözmelerini sağlayacak, bu sayede de esasında toplum barışına katkıda bulunacaktır. Dava ve tahkim yargılaması ile arbuluculuk arasındaki ince ayırım esasen sürecin taraf iradelerini bağlı olarak yürütülmesi, kalıplaşmış çözümlerden ziyade tarafların iradelerine uygun olarak çıkarlarını koruyacak hızlı ve yaratıcı çözümlerin oluşmasına imkân sağlamasıdır.

Ticari hayat, rekabetçi yapısı ve çeşitli dinamikleri gereği hızlı karar almayı ve pratik çözümlerle ilerlemeyi gerektirmektedir. Bu sebeple de ticari bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda tarafların mahkemede sürdürülecek bir yargılamadan ziyade karşılıklı müzakere ederek uygun bir zeminde çözüm oluşturması ticari hayatın işleyişinde ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde oldukça faydalı olabilecektir. Çünkü uyuşmazlık mahkemeye taşındığında, yargılama sürecinin sonucunda uyuşmazlık bir şekilde çözüme kavuşturulsa da bu çözüm belki de her iki tarafı da memnun etmeyen bir hal alabilecektir. Yargılama sonucunda bir taraf sonuçtan memnun olurken diğer tarafın memnun olmaması, yargılama sürecinin taraflar üzerinde gider yükü oluşturması, yargılama sürecinin uzun sürmesi ve bu

süreçte taraflar arasındaki ilişkilerin daha yıpranması uyuşmazlığın arabuluculuk suretiyle çözüme kavuşturulmasını taraflar açısından daha cazip kılmaktadır. Zira arabuluculuk sürecinde de taraflar için çeşitli masraflar ve belirli bir süre söz konusu olabilecek ise de bu mahkeme yargılamasına göre oldukça makul olacak, süreç sonunda varılan çözüm tarafların anlaşmalarının bir sonucu olarak tezahür edecek ve her iki tarafı da memnun edecektir.

7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiş ve 01.01.2019 tarihinden itibaren konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile ticari uyuşmazlıkları, mahkeme yargılamasına göre daha az masrafla ve daha kısa sürede tarafların iradeleri doğrultusunda çözüme kavuşturmak amaçlanmıştır. Şüphesiz amaçlanan hususlar, ticari hayatın gereklerine, tarafların yıpratıcı bir sürece maruz kalmadan memnun kalacakları bir çözüme kavuşmalarına ve taraflar arasında adaletin tarafların iradelerine bağlı olarak gecikmeden sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak mevcut düzenleme amaçlanan hususların gereği gibi yerine getirilmesi açısından yeterli derece açık olmayıp birçok soru işaretini ve tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

Uygulamada ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun kapsamının ne olduğu, hangi davaların ve hangi uyuşmazlıkların buna dâhil olduğu hali hazırda belirsizdir. Bunun temelinde ilgili düzenlemenin yeterince açık olmaması ile birlikte mahkemeler tarafından birbirleri ile çelişkili olarak verilen kararların da etkisi bulunmaktadır.

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalar farklı yorumlanmaktadır. İlk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlarda ticari davalarda dava şartı arabuluculuk hükümleri oldukça geniş yorumlanmakta ve bununla birlikte birbirleri ile çelişen karar verilmektedir. Öyle ki kararlarda; menfi tespit davalarında, hasımsız olarak açılan çekişmesiz yargı niteliğindeki kıymetli evrakın iptali davasında ve itirazın iptali davalarında dahi dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Halbuki tespit davaları bir hukuki ilişkin varlığının veya yokluğunun tespit edilmesi için açılmaktadır. Menfi tespit

davasında bir hukuki ilişkinin yokluğunun veya bir para borcunun bulunmadığının tespiti talep edilir ve sonucunda tespit hükmüne yer verilirken eda hükmüne yer verilmez. Bu bağlamda menfi tespit davalarında dava açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerekmemektedir. Yine itirazın iptali davasında, itiraz ile duran takip, mahkeme tarafından iptal edilinceye veya kaldırılınca kadar devam etmeyeceğinden itirazın iptali davası ile duran takibin devam ettirilmesi amaçlanmaktadır. İtirazın bertaraf edilmesine mahkeme karar verecek olup borçlu tarafından veya arabulucu tarafından bu yönde bir karar verilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de itirazın iptali davalarında da zorunlu arabuluculuğa başvurulmaması gerekmektedir. Yine iflas davasında, çekişmesiz yargı işlerinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde, belirsiz alacak davalarında öncesinde arabuluculuğa başvurulduysa talebin arttırılmasında, kısmi davada daha önceden arabuluculuk süreci işletildiyse ayrı dava açıldığında zorunlu arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunmadığı düşüncesindeyiz. Objektif dava yığılması söz konusu olduğunda birbirinden farklı davalar olacağından zorunlu arabuluculuğun her bir dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Dava arkadaşlığı mevcut olduğunda ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığı için ayırım yapılması gerektiği ve mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda dava arkadaşlarının birlikte arabuluculuğa başvuru yapması gerektiği ve yine aleyhlerine birlikte başvuru yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Karşı davada ve tam ıslahta ise dava konusunun şartları karşılması halinde zorunlu arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı kanaatindeyiz. Yine muğlak olan bir diğer konu ise terditli davalar ve seçimlik davalardır. Terditli davalarda asıl talep, seçimlik davalarda ise taleplerden bir tanesinin konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebi içeren ticari dava olması halinde ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Tüm bu hususların belirsizliği ve çelişkili mahkeme kararları uygulamada uyuşmazlığın taraflarını zor durumda bırakmaktadır ve bu sebeple bu hususları açıklığa kavuşturacak yasal düzenlemelerin arabuluculuğun da elverişli olması ve toplum tarafından kabul görebilmesi adına yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zorunlu arabuluculuk hükümlerinin bu denli geniş yorumlanması ve esasen dava açılarak ulaşılabilecek sonuçlara arabuluculuk sürecinin zorunlu tutulması taraflar açısından arabuluculuğun getireceği faydalardan ziyade zaman kaybı ve yargılama giderlerine ek mali

yükler yaratmaktadır. Zorunlu arabuluculuk, gizlilik, iradeye bağıllık, ucuzluk ve hızlılık gibi faydaları ile ticari uyuşmazlıklarda kullanılmaya oldukça elverişli bir çözüm yolu iken hatalı uygulamalar tarafların arabuluculuğa olan inancını azaltabilecektir. Bu durum da esasen ticari hayata ve uyuşmazlıkların çözümüne oldukça katkı sağlayabilecek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun işlevsiz kalmasına, ticari hayatın aktörleri tarafından benimsenmemesine ve adeta mahkeme yargılamasına geçebilmek için tüketilmesi gereken usuli bir yol olarak görülmesine yol açabilecektir. Bu sebeple bir ticari uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı dikkatlice değerlendirilmelidir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun mevcut hukuki düzenlemelerden ziyade daha detaylı olarak ele alınması gerekmektedir. Hangi uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğunun daha açık ve taraflarca daha kolay bir şekilde tespit edilebilmesi için ilgili düzenlemelerde belirtilmesi arabuluculuğun gereği gibi işleyebilmesi adına oldukça önemlidir. Bununla birlikte arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların konu bakımından sınırlandırıldığı gibi miktar bakımından sınırlandırılması da gündeme gelebilir. Zira ticari hayatta oldukça yüksek miktarlarda alacak ve tazminat kalemleri söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple de zorunlu arabuluculuğun nasıl uygulanacağını taraflarca bilinebilir olması önemlidir. Zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı ticari uyuşmazlıklar azami olarak belirlenecek bir miktar üzerinden sınırlandırılabilir. Bu sayede daha düşük miktarlar üzerinden zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlık çözümlerine etkisi takip edilebilir.

Zorunlu arabuluculuk hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına aykırı olduğu sorusu gündeme gelse de, Avrupa Konseyi'nin arabuluculuğa ilişkin 21.05.2008 tarihli Direktif'i de dikkate alındığında zorunlu arabuluculuğun esasen yargı sistemine erişimi ortadan kaldırmaması ve arabuluculuk sürecinde anlaşılmaması halinde dava açılabilmesi sebebiyle zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yine arabuluculuk sürecinde anlaşma olsa dahi, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olmadığı hallerde alacağın elde edilebilmesi için ve anlaşma belgesinin iradenin sakatlanması suretiyle oluşturulması halinde dava açılabilmelidir.

Her ne kadar arabuluculuk uyuşmazlık çözümü için dünyada oldukça ilgi gören bir müessese olsa da her toplumun kendisine göre dinamikleri vardır. Pilot bir uygulama ile zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlık çözümüne etkisi takip edilerek daha verimli ve işlevsel bir arabuluculuk sisteminin kurulmasını ve bu sürecin kademe kademe ilerletilmesini uyuşmazlıkların mahkemelere gitmeden çözülmesi için ve uzlaşmacı ve barışçıl bir toplumun oluşmasına katkıda bulunulması açısından elzem olarak görüyoruz. Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından 02.01.2019-24.10.2019 tarih aralığı baz alınarak açıklanan Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk İstatistikleri'ne göre arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı 119.787 iken bu dosyaların %57'si (57.525) anlaşma ile %43'ü (43.961) ise anlaşamama ile sonuçlanmıştır. Arabuluculuğun ticari uyuşmazlıkların çözümünde fayda sağlayacağı açıktır. Ancak ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler birçok konuda yeterli açıklığı sağlayamamaktadır. Bundan kaynaklı olarak da uygulamada karışıklıklara yol açmakta, adeta yeni uyuşmazlıklara davetiye çıkarmakta ve uzun süren hak arama süreçlerinin daha da uzamasına sebep olmaktadır. Bu sebeple de ilgili düzenlemelerin arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanabilmesi için daha açık ve tartışmaları ortadan kaldıracak şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir. Bu şekilde zorunlu arabuluculuk ile amaçlanan hususlara ulaşılabileceği, hali hazırda arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulmuş ticari uyuşmazlıkların sayısının arttırılabileceği ve aksi halde zorunlu arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanamayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi :“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi ile Bu Kuralların 5718 Sayılı Möhük’a Etkisi”, DEÜHFD, 2010, C. 12, Özel Sayı.
- AKİL, Cenk :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, C. 1.
- AKİL, Cenk :Kısmi Dava, Ankara 2013. **(Kısmi Dava)**
- AKKAN, Mine :“Arbuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası ve Sonuçları”, DEÜHFD, 2018, C. 20, S. 2.
- AKSOY, Elif :“Objektif Dava Birleşmesi”, TBBD, 2015, S. 117.
- AKSU, Özge :Ticari Uyuşmazlıkların Zorunlu Arbuluculuk Yolu ile Çözümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- AKTEPE ARTIK, Sezin :Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- ALBAYRAK, Adem/
KOÇYİĞİT, İlker :Sorularla Arbuluculuk Sınavına Hazırlık, Ankara 2019.
- ANSAY, Sabri Şakir :Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- ARAS, Aslı :“Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.7, S.1.
- ARKAN, Sabih :Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019.
- ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder/
TAŞPINAR AYVAZ, Sema/
HANAĞASI, Emel :Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019. **(Medeni Usul)**
- ARSLAN, Ramazan

- /YILMAZ, Ejder
/TAŞPINAR AYVAZ, Sema
/HANAĞASI Emel :İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019. (**İcra İflas**)
- ARSLAN, Muharrem :“Karşı Dava”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 1, S. 1. (**Karşı Dava**)
- ARSLANLI, Halil :Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- ARSLANPINAR, Tuğçe
ASLANPINAR, Burak :Karşı Dava, Ankara 2017.
:Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı, TBB, Ankara 2019.
- ATALI, Murat/
ERMENEK, İbrahim/
ERDOĞAN, Ersin :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Ankara 2018.
- ATALI, Murat/
ERMENEK, İbrahim/
ERDOĞAN, Ersin :İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019. (**İcra**)
- AYHAN, Rıza/
ÇAĞLAR, Hayrettin/
ÖZDAMAR, Mehmet :Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2019.
- AZAKLI ARSLAN, Betül :Medeni Usulü Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- BAHTİYAR, Mehmet :Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet/
BİÇER, Levent :Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, 2016, C. 22, S. 3.
- BAK, Başak :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Yayın Sözleşmesine” İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler”, TBB, 2012, S. 101.
- BİLGE, Necip/

- ÖNEN, Ergun :Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.
- BİLGİN, Hikmet :“Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, HGD, 2019, S.1.
- BILLIET, Phillipe/
KURLANDA, Ewa :“An Introduction to The Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”, The New EU Directive on Mediation: First Insights, 2008.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR,
Filiz :Ticari Davalarda Arabuluculuk Rehberi, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- BERZEK, Ayşe Nur :Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Baskı, İstanbul 2016.
- BİLGE, Turgay :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, (Ed. Yasemin Işıқтаç), İstanbul 2014.
- BİLGİN, Mahmut :“Usul Hukukunda Islah ve Sonuçları”, Fasikül Dergisi, 2019, S. 111.
- BİLGİLİ, Fatih/
DEMİRKAPI, Ertan :Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa 2012.
- BUDAK, Ali Cem :Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- BUDAK, Ali Cem/
KARAASLAN, Varol :Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.
- BASIM, Aybüke :“Kısmı Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, ANÜHFD, 2016, C. 65, S. 4.
- BAŞ, Ülküm :Adım Adım Arabuluculuk, Ankara 2019.
- BERKHAN, İhsan :Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul 2019.
- BORA, Özlem :Arabuluculuk Sözleşmesi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel

- Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- BULUR, Alper :İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019. (İcra)
- BULUR, Alper :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, ABD, 2007, S.4.
- BULUT, Uğur :Medeni Usul Hukukunda Davaların Yılgılması, Ankara 2017.
- BÜYÜKAY, Ferhat :Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018.
- COLOMBO, Giorgio Fabio :“Alternative Dispute Resolution (Adr) In Italy: European Inspiration and National Problems”, Ritsumeikan Law Reviews, 2012, S.29.
- COŞKUN, Mahmut :İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, İstanbul 2019.
- COMINELLI, Luigi :The “To Do” Law Decree And The Return Of Compulsory Mediation, Nctm Studio Legale.
- ÇAĞA, Tahir :“Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, Batider, 1976, C. 8, S.3.
- ÇEKER, Mustafa :Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Adana 2012.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel :“6325 sayılı Kanuna Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ile Arabuluculuk Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014.
- ÇİÇEK, Mustafa :İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019.
- ÇİL, Şahin :İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018.
- DELİDUMAN, Seyithan/
ORUÇ, Yakup :“Ticari Davalar”, MÜHFHAD, 2012, C. 18, S. 2 (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum).
- DEMİREZEN, Mine :Arabuluculuk Temel Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2019.

- DEYNEKLİ, Adnan :İslah, Ankara 2013. (**İslah**)
- DEYNEKLİ, Adnan/
SALDIRIM, Mustafa :İhtiyati Haciz, 3. Baskı, Ankara 2011.
- DEYNEKLİ, Adnan/
KISA, Sedat :İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2013.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem :“Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Atipik Örgütlenmeler”, The Turkish Yearbook of International Relations, 2016, S.47.
- DURAK, Yasemin :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü”, AÜHFD, 2013, C.3, S.2.
- D’URSO, Leonardo :“Italy’s ‘Required Initial Mediation Session’: Bridging The Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation”, Alternatives To The High Cost Of Litigation, 2018, C.36, S.4.
- DÜR, Orhan :Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara 2018.
- EKİNCİ, Ahmet :“Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, GÜHFD, 2014, C. 18, S. 3-4.
- EKMEKÇİ, Ömer/
ÖZEKES, Muhammet/
ATALI, Murat/
SEVEN, Vural :Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- ERCAN, İsmail :İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019.
ERDOĞAN, Abdullah :“Ticari Davalar”, Regesta, 2013, C. 3, S. 1.
- ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra :“Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, İÜHFM, 2016, C. 74, S. 2.
- ERDOĞAN, Ersin :“7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2017, C.14, S.55. (**Zorunlu Arabuluculuk**)

- ERDOĞAN, Ersin/
ERZURUMLU, Nurbanu :Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016.
- ERDOĞAN, Ersin/
CÖMERT, Büşra :“Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, THD, 2018, C. 13, S. 138.
- EREN, Fikret :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- ERİŞ, Gönen :Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar, ABD, 1977, S.5.
- ERİŞİR, Evrim :“Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı” DEÜHFD, 2009, C. 11, Özel Sayı.
- ERİŞİR, Evrim :Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- EROĞLU, Orhan :İslah, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ERSEN PERÇİN, Gizem :“Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2011, C. 31, S. 2.
- EYRENCİ, Öner/
TAŞKENT, Savaş/
ULUCAN, Devrim :Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019.
- FILLER, Ewald :Commercial Mediation in Europe: An Empirical Study Of The User Experience, Güney Hollanda 2012.
- GÖRGÜN, Şanal/
BÖRÜ, Levent/
TORAMAN, Barış/
KODAKOĞLU, Mehmet :Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018.

- GÜRDOĞAN, Burhan :İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- GÜZEL, Ali :“İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016, S. 3.
- HANAĞASI, Emel :Davada Menfaat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007.
- HIZIR ASRAV, Fatma :Sulh Sözleşmesi, Ankara 2019.
- ILDIR, Gülgün :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemleri), Ankara 2003.
- ILDIR, Gülgün :“Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004. (**Hak Arama**)
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit :“Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, TBB, 2013, S. 106.
- KAR, Bektaş :İş Yargılaması Usulü, 2. Baskı, Ankara 2019.
- KARACABEY, Kürşat :“Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, ABD, 2016, S. 1.
- KARAYALÇIN, Yaşar :Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1968.
- KARSLI, Abdurrahim :Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- KAYA, Sedat :“7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, EBYÜHFD, 2018, C. 22, S. 1–2. (**Zorunlu Arabuluculuk**)
- KAZMAZ TEPE, Büşra :“Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usulü”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2018, Y. 5, S. 1.
- KIRCA, İsmail :“Nispi Ticari Davaya Dair”, Batider, 2017, C. 33, S. 1.

- KIRTILOĞLU, Serhat :“Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, EBYÜHFD, 2014, C. 18, S. 3–4.
- KEKEÇ, Elif Kısmet :Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- KENDİGELEN, Abuzer :Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- KILIÇOĞLU, Mustafa :“İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davaları ve Uygulamadaki Çelişkiler”, BÜHFD, 2016, C. 2, S. 1.
- KIYAK, Emre :“Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, TAAD, 2015, Y. 6, S. 21.
- KOÇYİĞİT, İlker/
BÖRÜ, Levent :Ticari Dava, Ankara 2013.
- KOÇYİĞİT, İlker/
BULUR, Alper :Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019.
- KONURALP, Cengiz Serhat :“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İÜHFM, 2013, C. 71, S. 2.
- KORKMAZ, Erkan :“İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava”, ABD, 2016, S. 1.
- KURU, Baki :Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 İstanbul. **(Hukuk Muhakemeleri Usulü)**
- KURU, Baki :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler,” Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2010, C. 16 S. 2.
- KURU, Baki :Nizasız Kaza, Ankara, 1961.
- KURU, Baki :İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013. **(El Kitabı)**
- KURU, Baki :“Dava Şartları”, S.Ş. Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964.

- KURU, Baki :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, 2019 Ankara. **(Ders Kitabı)**
- KURT, Resul :“İş Yargısında Arabuluculuk”, TBBD, 2018, S. 135.
- KURT, Ekrem :“Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu, 2017 İstanbul.
- KURT KONCA, Nesibe :“Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, TAAD, 2013, Y. 4, S. 15. **(Ticaret Mahkemeleri)**
- KURT KONCA, Nesibe :“Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk”, Seta Perspektif, 2018, S. 225. **(Zorunlu Arabuluculuk)**
- KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı :“Karşı Dava”, TBBD, 2016, S. 123.
- LALE, Müktedir :Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2016.
- LAMBERT, Donald/
FINLAYSON, Nicole, :Mediation In United Kingdom.
- MACKENZIE, John/
PHILLIP, Matthew :Compulsory Mediation On A Voluntary Basis?
- MUŞUL, Timuçin :İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı, Ankara 2017.
- MUTLAY, Faruk Barış :“İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, ÇTD, 2018, S.4.
- NOMER, Haluk :“Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür?”, İÜHFM, C. 1, S. 2.
- ODAMAN, Serkan/
KARAÇÖP, Eda :“İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, SİHD, 2016, S.35, s.61; OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 31.
- OĞUZ, Özgür :Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016.

- OĞUZMAN, Kemal/
ÖZ, Turgut :Borçlar Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2019.
- ÖNAY, Işık :Türk Borçlar Hukukunda Yenileme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2014.
- ÖNEN, Ergun :Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- ORBAY ORTAÇ :“Nurdan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, ABD, 2014, S. 2.
- ÖZBAY, İbrahim :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EBYÜHFD, 2006, C.10, S.3-4.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar :“Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006. (**Arabuluculuğun İlkeleri**)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar :“Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010. (**Anayasal Hak**)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar :“Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 2014, C. 20, S. 1. (**Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili**)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar :“Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 3, S. 2. (**İcra**)
- ÖZEKES, Muhammet :“Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD, 2006, S.7.
- ÖZEKES, Muhammet :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getiriyor”, Esas Hukuk Dergisi, 2011, S. 1.

- ÖZDEMİR, Semih Sırrı :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere’deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 2, S. 1.
- ÖZMUMCU, Seda :“Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan, C. II. (**Arabulucunun Rolü**)
- ÖZMUMCU, Seda :“Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFM, 2016, C. 74, S. 2. (**Karşılaştırmalı Hukuk**)
- PEKCANITEZ, Hakan :Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017. (**Pekcanitez Usul**)
- PEKCANITEZ, Hakan :Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011. (**Belirsiz Alacak Davası**)
- PEKCANITEZ, Hakan :“Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/
ÖZEKES, Muhammet :İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019. (**İcra ve İflas Hukuku**)
- PEKCANITEZ, Hakan/
AKYAZILI, Erdem :“İslaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, 2008 İstanbul.
- PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
ÖZEKES, Muhammet :Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan :“Tartışmalar”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (E.D. SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan).
- POLAT, İlayda İrem :Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.
- POROY, Reha/
YASAMAN, Hamdi :Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019.

- POSTACIOĞLU, İlhan/
ALTAY, Sümer :Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015.
- SELİÇİ, Özer :“Seçimlik Borçların İfası”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2011, S. 34.
- SCOGINGS, Eleanor :English High Court Confirms Mediation Can Be Condition Precedent To Litigation.
- SİMİL, Cemil :Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- SÜMER, Ayşe :Ticaret Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2018.
- ŞAHİN EMİR, Asiye/
KAZMAZ TEPE, Büşra :“İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, ÇTD, 2018, S.3.
- ŞAHİN, Tuğçem/
ÇELİK, Yasin/
RUHİ, Ahmet Cemal :Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018.
- ŞENER, Esat :Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.
- TANRIVER, Süha :“Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, 2006, S. 64, s.152. (**Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**)
- TANRIVER, Süha :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri Ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Ankara 2011. (**Arabuluculuk Kanun Tasarısı**)
- TANRIVER, Süha :Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018. (**Medeni Usul Hukuku**)
- TANRIVER, Süha :“Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008. (**Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler**)

- TANRIVER, Süha :“Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1994, C.49, S.1. (**Sulh**)
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis :Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis :“Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan, Ankara 2019. (**Anlaşmanın Hukuki Niteliği**))
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis :“Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.18, S.1, s.346. (**Anlaşma**)
- TOPAL, Önder :Ticari Defterlerin Delil Niteliği, İstanbul 2015.
- TOPALOĞLU, Ali :“Terditli Davalar Açısından HMK’nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İBD, 2014, S. 1.
- TUTUMLU, Mehmet Akif :“Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”, THD, 2014, C. 9, S. 97.
- TUTUMLU, Mehmet Akif :Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- TUTUMLU, Mehmet Akif :Medeni Usul Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2019. (**Islah**)
- ULUKAPI, Ömer :İcra ve İflas Hukuku, Konya 2015.
- UMAR, Bilge :Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- UYAR, Talih :İtirazın İptali Davası ile Tahsil (Eda) Davası, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ÜLGEN, Hüseyin/
HELVACI, Mehmet/
KENDİGELEN, Abuzer/
KAYA, Arslan/
NOMER ERTAN, Füsun :Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2019.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim :Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.

- ÜSTÜNDAĞ, Saim :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”; Yargı Dünyası, 2008, S.145. (**Arabuluculuk**)
- YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem :“Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018.
- YARDIM, Mehmet Ertan :Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan, Ankara 2019.
- YARDIM, Mehmet Ertan :“Genel Hatlarıyla Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Toprak İşveren Sendikası E-Dergi, 2018, S. 117.
- YAKUT, Bahadır :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk”, BÜHFKHHD, 2010, S.67-68.
- YAVUZ, Nihat :İtirazın İptali ve Tahsil (Eda Davası), 2. Baskı, Ankara 2007.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem :Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- YILDIRIM, Ferhat :Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, İstanbul 2019.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil/
DEREN YILDIRIM, Nevhis :İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- YILMAZ, Ejder :Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017. (**Şerh**)
- YILMAZ, Ejder :Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2001.
- YILMAZ, Ejder :“İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009.
- YILMAZ, Ejder :Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001. (**Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**)
- YILMAZ, Ejder :İslah, 4. Baskı, Ankara 2013. (**İslah**)
- YÜCESOY YILMAZ, Yasemin :“Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması”, TBBD, 2019, S. 140.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Abdullah Berat MEMİŞ
Doğum Yeri ve Tarihi : İstanbul, 1993.

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurum ve Tarihi : Bozoğlu İzgi Avukatlık Ortaklığı, Kasım 2017 -