

**T.C.
ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**



**ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI
KAPSAMINDA TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI
ARABULUCULUK**

Yüksek Lisans Tezi

Safa TARKAN

Danışman

Dr. Öğretim Üyesi Zeynep ÖZCAN

SAMSUN
2021

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK BEYANI

Hazırladığım yüksek lisans tezinin bütün aşamalarında bilimsel etiğe ve akademik kurallara riayet ettiğimi, çalışmada doğrudan veya dolaylı olarak kullandığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin Kaynaklar'da gösterilenlerden oluştuğunu, her unsurun enstitü yazım kılavuzuna uygun yazıldığını ve TÜBİTAK Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Yönetmeliği'nin 3. bölüm 9. maddesinde belirtilen durumlara aykırı davranılmadığını taahhüt ve beyan ederim.

İmza
28/06/2021
Safa TARKAN
Öğrenci

TEZ ÇALIŞMASI ÖZGÜNLÜK RAPORU BEYANI

Tez Başlığı : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Kapsamında Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışması için şahsım tarafından 28/06/2021 tarihinde intihal tespit programından alınmış olan özgünlük raporu sonucunda;

Benzerlik oranı : % 16
Tek kaynak oranı : % 1 çıkmıştır.

İmza
28/06/2021
Dr. Öğretim Üyesi Zeynep ÖZCAN
Danışman

ÖZET

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAPSAMINDA TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Safa TARKAN

Ondokuz Mayıs Üniversitesi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans, 06/2021

Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Zeynep ÖZCAN

Teknoloji, sanayi, ulaşım ve ticaretin gelişmesi ile birlikte insanlar arasındaki ulusal ve uluslararası ilişkiler artarak çeşitlenmiştir. Bu sebeple bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar da artmakla birlikte karmaşılaşarak mahkemelerin iş yükünü artırmıştır. Devlet yargısının usul kuralları çerçevesinde belirli sınırlar dâhilinde kalması da yargılamaların daha uzun sürmesine, maddi-manevi kayıplara neden olmasına sebep olmuş ve devlet yargısı ilişkilerin yapısına uygun çözümlerin ortaya çıkmasını sağlayamamıştır. Bütün bu durumlar devlet yargısına alternatif çözüm yollarına yönelimi dünyada ve Türkiye’de artırmıştır.

Zamanla alternatif yollar geleneksel yöntem olmaktan çıkmış belli kurumsal yapılara dönüşmüştür. Türkiye’de de bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği yürürlüğe konulmuş, mevzuat çalışmaları ile alternatif çözüm yollarının en yaygın türlerinden birisi olan arabuluculuk kurumuna ilişkin geniş düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümlerle, taraflar uyuşmazlıklarını ihtiyari arabuluculuk yolu ile çözümleseler de arabuluculuk kurumundan beklenen fayda ve arabuluculuğun toplumda yaygınlaşması beklentisi karşılanamamıştır. Bu nedenler ve sözü edilen amaçlar için öncelikle iş hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda daha sonra ise ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunlu hale getirilerek dava şartı arabuluculuk kurumu hukukumuzda yerini almıştır. Bu çalışma ile dava şartı arabuluculuk hükümleri ve kurumun ticari uyuşmazlıklardaki özel görünüşleri incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Alternatif uyuşmazlık çözümü, arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk, ticari uyuşmazlık.

ABSTRACT

MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION ON COMMERCIAL DISPUTES IN THE SCOPE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS

Safa TARKAN

Ondokuz Mayıs University
Institute of Graduate Studies
Department of Private Law

Master, 06/2021

Supervisor: Asst. Prof. Dr. Zeynep ÖZCAN

National and international relations among people have increased and diversified as well since technology, industry, transportation and trade developed. For this reason, the disputes arising from these relationships have also increased the workload of the complex courts. State judiciary remaining in of certain borders in frame of procedural rules has also resulted in judgement taking longer and material and moral damages and could not ensure solutions to emerge which are appropriate to structure of relations. All these conditions have increased the tendency to dispute resolution methods alternative to state judiciary in our country and the world.

In time, alternative methods have converted into certain institutional structures by being no longer traditional methods. In Türkiye, in this context, wide regulations have been made regarding mediation institution which is one of the most methods in prevailing alternative resolution methods with the Mediation on Civil Disputes Act taking into effect. The benefit wanted from the mediation institution and the expectation for the mediation to spread in the community could not met even though parties resolve their disputes by optional mediation method with these provisions. Mediation institution as a cause of action has taken its place in our law system for these reasons and aims mentioned by resorting to mediation being made compulsory primarily on some disputes arising from labour law, subsequently on commercial disputes .

In this study, the provisions of mediation which is a cause of action and the special appearances of this institution on commercial disputes have been examined.

Keywords: Alternative dispute resolution, mediation, cause of action mediation, commercial dispute.

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR

Bu yüksek lisans tez çalışmasında ülkemizde hukuk alanında en güncel konulardan birisi olma özelliğinde bulunan ve hâlâ mevzuat çalışmalarına konu olan dava şartı arabuluculuk kurumu ve bu kurumun ticari uyuşmazlıklardaki uygulamaları incelenmiştir. Bu çalışma, güncelliği ile beraber çalışmanın özünü oluşturan arabuluculuğun ülkemize ve hukuk sistemimize sağlamış olduğu faydalarıyla birlikte değerlendirildiğinde daha da önemli hale getirmektedir.

Ülkemizin son dönem hukuk mevzuatı çalışmalarının ana konularından biri haline gelen arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk kurumuna ilişkin çalışmanın kurum için faydalar getirmesini diler, bu vesileyle lisans ve lisansüstü eğitimimiz boyunca yol göstericiliğini ve rehberliğini esirgemeyen, bizleri kendimiz ve milletimiz için faydalı çalışmalara yöneltten ve her daim desteğini hissettiğimiz saygıdeğer Hocam Sayın Prof. Dr. Mustafa TİFTİK'e, tez çalışmamız boyunca yardımlarını ve desteklerini esirgemeyen, tezimizi başarı ile bitirme hususunda bizi teşvik eden değerli tez danışmanı Hocam Sayın Dr. Öğretim Üyesi Zeynep ÖZCAN'a teşekkürlerimi sunuyorum.

Hayatımın her alanında ve tez yazım sürecinde her zaman beni destekleyen ve yanımda olan değerli hayat arkadaşım Sema TARKAN'a, rehberliğiyle kendimi güvende hissettiğim, beni yetiştirip bu günlere gelmeme en büyük vesile gördüğüm, maddi-manevi desteklerini esirgemeyen, dualarıyla yanımda olan başta babam Mustafa TARKAN ve annem Hacer TARKAN olmak üzere tüm aile ve dostlarıma sonsuz teşekkürler.

Safa TARKAN

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix

GİRİŞ

1. Konunun Takdimi	1
2. Konunun Önemi	2
3. Konunun Sınırlandırılması	4

BİRİNCİ BÖLÜM

UYUŞMAZLIK KAVRAMI VE ÇÖZÜM USULLERİ

I. ANLAŞMAZLIK VE UYUŞMAZLIK KAVRAMLARI	6
A. Genel Olarak	6
B. Anlaşmazlık Kavramı	6
C. Uyuşmazlık Kavramı	7
D. Uyuşmazlık ve Anlaşmazlık Kavramları Arasındaki Farklılık	8
II. ANLAŞMAZLIK VE UYUŞMAZLIK YÖNETİMİ İLE ÇÖZÜM USULLERİ	9
III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI	11
A. Genel Olarak	11
B. Tanımı	16
C. Özellikleri	18
D. Türleri	18
1. Müzakere	21
2. Uzlaştırma	21
3. Ombudsman	22
4. Tahkim	22
5. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)	25
6. Tarafsız Ön Değerlendirme	26
7. Kısa Jüri Yargılaması	27
8. Kısa Duruşma	27
9. Arabuluculuk	28
E. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Faydaları	30
F. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Olumsuz Yönleri ve Gelişmesine Engel Olan Hususlar	32

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUK KAVRAMI	35
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARABULUCULUK UYGULAMALARI	38
A. İslam Hukuku	38
B. Alman Hukuku	45
C. İngiliz Hukuku	48
D. Avusturya Hukuku	51
E. Fransa Hukuku	53
F. Japonya Hukuku	54

G. Çin Hukuku	56
H. ABD Hukuku	57
III. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ	59
A. Bir Arabulucunun Varlığı.....	59
B. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Eşitlik.....	60
C. Gizlilik İlkesi ve Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması.....	63
D. İradilik	67
E. Tarafların Uyuşmazlığın Çözümünde Egemen Olması	69
IV. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ	70
V. ARABULUCULUK TEŞKİLATI, EĞİTİMİ VE ARABULUCULUK SİCİLİ	73
A. Arabuluculuk Teşkilatı.....	73
B. Arabuluculuk Eğitimi ve Sınavı	73
C. Arabulucular Sicili.....	77
1. Arabulucular Siciline Kayıt Şartları	78
2. Arabulucular Sicilinden Silinme.....	79
VI. ARABULUCULUK TÜRLERİ	80
A. Niteliğine Göre.....	80
1. Adi Arabuluculuk	80
2. Nitelikli Arabuluculuk	81
B. Faaliyete Göre	82
1. Dönüştürücü Arabuluculuk.....	82
2. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk.....	83
3. Değerlendirici Arabuluculuk	84
C. Uyuşmazlığın Türüne Göre	86
1. İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk Ayrımı	86
a. İhtiyari Arabuluculuk ve Hukukumuzda Görünümü	86
b. Dava Şartı Arabuluculuk ve Hukukumuzda Görünümü.....	94
(1). Genel Olarak.....	94
(2). Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru ve Başvurmamanın Sonuçları.....	101
(3). Dava Şartı Arabuluculukta Yetki, Arabulucunun Seçimi ve Görevlendirilmesi.....	102
(4). Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyeti ve Oturumlar	105
(5). Dava Şartı Arabuluculuğun Sürelere Etkisi.....	106
(6). Dava Şartı Arabuluculuğun Medeni Usul ve Takip Hukukuna Etkisi	107
(7). Dava Şartı Arabuluculuk Ücreti ve Giderler	109

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

I. TİCARİ DAVALARLA İLGİLİ KAVRAMLAR VE GENEL BİLGİLER.....	112
A. Ticari Davalar.....	112
1. Genel Olarak.....	112
2. Mutlak Ticari Davalar.....	114
a. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar	114
b. Türk Ticaret Kanunu Dışındaki Diğer Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar	118
3. Nispi Ticari Davalar.....	119
4. Ticari Dava Olmanın Sonuçları	121
B. Ticari İş.....	121
1. Genel Olarak.....	121
2. Ticari İş Olmanın Sonuçları.....	123
C. Tüketici İşlemi-Ticari Dava Ayrımı	125
II. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜ	129

A. Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Ticari Davalar	129
1. Genel Olarak	129
2. Mutlak Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk	134
a. TTK m.4'te Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar	134
b. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar.....	136
3.Nispi Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk.....	137
a. Her İki Tarafın Ticari işletmelerine İlişkin Ticari Davalar.....	137
b. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşlere İlişkin Ticari Davalar.....	138
III. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK FAALİYETİNİN SONA	
ERMESİ VE SONUÇLARI.....	138
A. Genel Olarak	138
B. Tarafların Anlaşmaya Varması ve Sonuçları.....	140
1. Genel Olarak	140
2. Son Tutanak/Anlaşma Belgesi.....	140
a. Anlaşmanın Taraflara Etkisi ve Hüküm Doğurma Zamanı	142
b. Anlaşılan Hususlar Hakkında Dava Açma Yasağı	143
c. Anlaşma Belgesinin Sona Ermesi, İptal Edilebilirlik ve Kesin Hükümsüzlük	
Halleri.....	144
(1). Yeni Bir Anlaşma Belgesi	144
(2). İptal Edilebilirlik Halleri	145
(3). Kesin Hükümsüzlük Halleri	146
3. İcra Edilebilirlik Şerhi ve Bu Şerhin Aranmadığı Durumlar	146
C. Tarafların Anlaşamaması ve Sonuçları.....	150
SONUÇ	152
KAYNAKÇA	160
ÖZGEÇMİŞ	166

KISALTMALAR

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	:Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
ASKPAİTBUHK	: 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun
ASM	: Salat ve Selam Onun Üzerine Olsun
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Av. K.	: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
C.	: Cilt
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
E.	: Esas
ed.	: Editör
EGZPO	: Alman Medeni Usul Kanununun Yürürlüğü Hakkındaki Kanun
haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMKBKDYHK	:7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İSTAC	: İstanbul Ticaret Merkezi
İş. MK.	: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İTOTAM	:İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

K.K	: 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu
Koop.K	: 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu
Köy K.	: 442 Sayılı Köy Kanunu
KTK	: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu
KTO	: Konya Ticaret Odası
m.	:Madde
Med-Arb	:Arabuluculuk-Tahkim Alternatif Çözüm Yolu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SMYAMTDHK	:5957 sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TAEK	: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TPK	: 6491 Sayılı Türk Petrol Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	: Ve devamı
VUK	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
ZPO	: Alman Medeni Kanun

GİRİŞ

1.Konunun Takdimi

Alternatif uyuşmazlık çözümü, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığın taraflarını bir çatıda toplayarak ortak bir çözüme ulaşmak amacıyla müzakere ve uzlaşma ortamı oluşturduğu ve nihayetinde de çözüme katkı sağlamaya çalıştığı, yargısal mercilerin yanında ihtiyari olarak başvurulmuş çözüm yollarının bütünüdür. İnsanlar arasındaki etkileşim ve iletişim gün geçtikçe arttığından insanların sosyal ve ekonomik ilişkileri de artarak çeşitlenmiş bu durum alternatif çözüm usullerine olan yönelimi yaygınlaştırmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde yer alan arabuluculuk; ABD ve Avrupa’da uzun süredir uygulandıktan sonra faydaları görülerek 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Türkiye’de de uygulanmaya başlamıştır. Söz konusu kanunla aynı zamanda arabuluculuk teşkilatlanması oluşturulmuştur. Kanun yürürlüğe girse de arabuluculuk; Türkiye’de yeterince ve beklendiği kadar yayılamamış, uzlaşma kültürüne de katkısı çok sınırlı düzeyde kalmıştır. Bu noktadan hareketle arabuluculuğa eğilimi artırmak, mahkemelerin iş yükünü azaltmak, uzlaşma kültürünü toplumda yaygınlaştırmak ve birçok başkaca amaçlar için arabuluculuk yoluna başvuru, birtakım uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilmiştir. Türkiye’de güncel yasal düzenlemelerle birlikte iş hukukunda; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi-işveren alacak ve tazminatları ile işe iade sebebiyle açılacak uyuşmazlıklarda, ticaret hukukunda; TTK m.4 ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tüketici hukukunda; tüketici mahkemelerinde görülen bir kısım uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir.

Özel düzenlemeler ile arabulucuya başvuru zorunluluğunun getirildiği uyuşmazlıklarda; arabulucuya başvurmadan dava açılması durumunda mahkemece, dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddine karar verilir. Yapılan düzenlemeler ile arabulucuya başvuru zorunlu hale getirildiğinde kurumun adı “zorunlu arabuluculuk” olarak anılsa da; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve diğer yasal düzenlemelerde kurumun adı dava şartı arabuluculuk olarak

belirlendiğinden çalışmada kanunun lafzına uygun olarak kanuni adlandırma olan “dava şartı arabuluculuk” terimi kullanılmıştır.

Dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin genel hükümleri 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda düzenlenmiş, uyuşmazlığın özel düzenlemeleri ise konusuna göre kendi mevzuatlarında yerini bulmuştur. Dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanması özel düzenlemelerin varlığına bağlı olup: istisnai olarak başvuru bir kurum olması sebebi ile hangi düzenlemelerin bu kapsamda olduğu belirlenmelidir. İnceleme konusu olan ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen TTK m.5A hükmü; TTK m.4’te ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Bu sebeple hangi uyuşmazlıkların ticari dava kapsamında kalıp hangi uyuşmazlıkların bunun dışında kalacağını belirlenmesi uyuşmazlıklarda dava açılmadan arabuluculuğa başvurunun gerektiği haller açısından önemlidir.

2.Konunun Önemi

İnceleme konusu olan ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kurumu, İş Hukukunda getirilen dava şartı arabuluculukta edinilen kazanımlardan ve faydalardan hareketle Türkiye hukuk sisteminde yer almıştır. Ticari uyuşmazlıkların çözümünün hızlı, şeffaf ve gizlilik içerisinde az masrafla yapılması tarafların ticari hayatının zararsız veya az zararlı devam ettirilmesi açısından son derece önemlidir. Bu nedenle ticari uyuşmazlıkların çözümünde dava şartı kurumunun düzenlenmesi ticari uyuşmazlıkların yapısı gereği yerinde bir düzenleme olmuştur.

Ticari uyuşmazlıkların çözümünde en önemli husus, diğer uyuşmazlık türlerinde olduğu gibi tarafların arasındaki sorunların sona erdirilmesi olsa da; ticari uyuşmazlıklar çözülürken uyuşmazlığın taraflarının ticari ilişkilerinin devamı ve korunması da özenle hareket edilmesi gereken bir durumdur. Zira ticari hayat durağan değil dinamiktir ve ayrıca öngörülebilirliğin gerekli ve önemli olduğu alanlardan birisidir. Bu nedenle uzun zamana yayılan ve sonucunun belirsiz olduğu dava süreçleri, uzun süren davaların getirdiği mesai ve ekonomik kayıplar ticari hayatın yapısına ve gelişimine uygun değildir. Ayrıca kamuya açık alanda görülen dava sürecinde tacirlerin ve şirketlerin ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerinin açığa çıkması tarafların ticari hayatında telafisi güç sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur. Söz konusu dava sürecinin ortaya çıkardığı olumsuz durumlar ilişkilerin uluslararası görünümünün artması ve ilişki ağının daha da karmaşıklaşması nedenleri

ile günümüzde güncelliğini koruyarak ve daha da önemini artırarak devam etmektedir. Bu gerekçelerle uyuşmazlıkları çözme konusunda mahkeme yargılamalarına karşı taraflara bir alternatif yol sunan arabuluculuk çözüm yolu, taraflara zaman ve ekonomi konusunda önemli kazanımlar verir ve mahkeme hükmünün aksine her iki tarafın da ticari hayatının menfaatine olan kazan-kazan şeklindeki çözümlerin ortaya çıkmasına hizmet eder. Ayrıca normal şartlarda yargı yoluna gitmesi gereken uyuşmazlıkların, tarafların anlaşmaları mümkün birçok uyuşmazlıkta bu yola gidilmeyerek arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi mahkemelerdeki iş yükünün azaltılmasına da önemli katkılar sunar. Böylelikle mahkemelere yalnızca daha nitelikli dosyalar taşınacak ve gereksiz masraf ve mesailerden taraflar ve kamu düzeni etkilenmeyecektir. Bu nedenlerle ticari davalarda arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması ve bu yolun yaygınlaşması taraflar ve ülke menfaatleri için büyük öneme sahiptir.

Bu açıklamalar ışığında sözü edilen amaçlar doğrultusunda, 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklı Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile TTK'ye m.5A eklenmiş ve ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere mevzuattaki yerini almıştır.

Kurumun ülkeye sağladığı ve yaygınlaşmasıyla artarak sağlayacağı menfaatler ile kurumun ihdas amaçlarından birisini oluşturan uzlaşi kültürünün artmasına sağlayacağı fayda bu konunun çalışılmasında önemli bir sebeptir. Zira taraflar arabuluculukla öncelikle sorunu birlikte tespit etmeye çalışacak, uyuşmazlığın hemen dava yoluyla husumete dönüşmesini birlikte engelleyecek ve yapılacak müzakere ve toplantılarla her iki tarafın menfaatine olacak çözümü arabulucunun organizasyonunda birlikte bulacaklardır. Dava şartı arabuluculukta taraflar her ne kadar zorunlu olarak bu yola başvurmuş iseler de bir araya geldiklerinde müzakere etmenin zor bir durum olmadığı anlaşılacaktır. Nitekim bu durum şimdiye kadar uygulanan dava şartı arabuluculuk yolunda elde edilen anlaşma oranlarından anlaşılmış ve uyuşmazlıklar tarafların iletişim ve müzakereleri sonucu çözüme kavuşmuştur.

3. Konunun Sınırlandırılması

Bu yüksek lisans tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. Bu çalışmada arabuluculuğun daha iyi anlaşılması ve özümsemişi açısından arabuluculuğun kökenini oluşturan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına birinci bölümde yer verilmiştir. Öncelikle terimleri yerinde kullanmak amacıyla anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramlarının ayrımı belirtilmiş, sonrasında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitleri, fayda ve muhtemel zararları ile birlikte incelenmiştir. İncelenen alternatif uyuşmazlık çözüm yolu türlerinin mevzuatımızda yer alan örneklerine ad sayma sureti ile değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü arabuluculuk kurumuna ayrılmıştır. Öncelikle arabuluculuğun tanımı, mevzuatımızdaki ve öğretideki tanımlardan hareketle yapılmış, sonrasında karşılaştırmalı hukuktaki arabuluculuk uygulamalarına değinilmiştir. Karşılaştırmalı hukuktaki arabuluculuğa ilişkin açıklamalarda daha çok uygulamaya yönelik durumlara değinilmiş, ayrıntılı hüküm ve esaslara temas edilmemiştir. İkinci bölümün devamında mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk kurumunun ilkeleri açıklanmış ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen arabuluculuk teşkilatına, sistemin işleyişini kavrama noktasında değinilmiştir. Geniş anlamda arabuluculuk kurumu dikkate alındığında arabuluculuğun farklı uygulanış şekillerine göre arabuluculuğun türlerinin ayrımı ve tanımları yapılmış, mevzuattaki farklı arabuluculuk şekillerinin hangi tür içerisinde kaldığı belirtilmiştir. Bölümün son kısmında uyuşmazlığın türüne göre ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk hükümleri açıklanmıştır. Çalışmanın esas konusunu oluşturmayan ihtiyari arabuluculuk kurumu tek başlık halinde incelenmiştir. Bölümün son kısmında uygulamaya etkisi olmayan doktrinsel tartışmalara gerekmedikçe yer verilmeyerek HUAK m.18A'da yer alan hükümler doğrultusunda dava şartı arabuluculuğun genel hükümleri ve esaslarına yer verilmiştir.

Tez çalışmasının üçüncü ve son bölümünde ise TTK m.5A düzenlemesi olan ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk incelenmiştir. Bölümün başında öncelikle TTK m.5A/1 gereği ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun uygulanacağı ticari davaların neler olduğu, kapsamı ve türleri incelenmiştir. Kanunun ticari dava olmaya bağladığı iş ve işlemler ile ticari davaya benzer kavramlar olan ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarının ticari dava kavramından ayrımı

belirlenmiştir. Bu kapsamda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin hangi uyuşmazlıkları kapsadığı hususundaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmış, güncel yüksek mahkeme kararları ile dava şartı arabuluculuğun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Zaman zaman HUAK m.18A/19-20 hatırlatılarak ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta, dava şartı arabuluculuğun genel hükümlerinin ve dava şartı arabuluculukta hüküm bulunmaması halinde genel arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ve gerekmedikçe tekrar niteliğindeki hükümlere değinilmemiştir. Bu sebeple son bölümde dava şartı arabuluculuk genel hükümleri için genellikle çalışmanın ikinci bölümünde yer alan açıklamalarla yetinilmiş üçüncü bölümde ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin özel durumlar incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

UYUŞMAZLIK KAVRAMI VE ÇÖZÜM USULLERİ

I. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Kavramları

A. Genel Olarak

Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve arabuluculuk kurumunun yapısını ve muhtevasını anlamak için açıklanması gereken kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, çok çeşitli ve yapıları birbirinden farklı anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilir. Karşımıza çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak yöntemin belirlenmesi açısından adı geçen kavramları bilmek çok önemlidir¹.

Çalışmanın devam eden kısmında kısaca anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları ve ayrımı açıklanmaktadır.

B. Anlaşmazlık Kavramı

Anlaşmazlık Kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğünde “İki veya daha çok tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, ihtilaf, ikilik, maraza, sürtüşme” şeklinde tanımlanmıştır². Anlaşmazlık; düşmanca durum, zıt fikirlerin çarpışması veya mücadele-kavga olarak da tanımlanmaktadır³. Anlaşmazlıkta, gelecekte ortaya çıkması muhtemel olan çatışmaların farkında olan ve karşıt pozisyonlarda bulunmayı düşünen kişilerin varlığı söz konusudur. Bu kişiler zamanla söz ve eylemleriyle rekabet ve çatışma içine girebileceklerdir⁴.

1 ÖZBEK, Mustafa Serdar *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.99 (Kısaltılışı: Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*).

2 Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (26.03.2020).

3 Şule Şahin Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.41-43.

4 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.100.

Anlaşmazlık kişilerin iç dünyalarında ve kişilerin birbirleri arasında olmak üzere iki çeşittir. Doğal olarak alternatif çözüm yolları kişilerin veya grupların arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için kullanılmaktadır⁵.

Anlaşmazlık insanın yaşayışında karşısına çıkabilecek olası bir kavram olmasına rağmen yukarıdaki tanımlamalarda da görüldüğü üzere içindeki kazan-kaybet fikrinden dolayı yıkıcı ve aşılamaz bir durum olarak algılanmaktadır. Her ne kadar insanlar arasında bu şekilde bir algı bulunsa da anlaşmazlık; insanın davranışlarının çok olası bir neticesi, farklı fikirlerin çarpışmasıyla fikirlerde ilerleme ve gelişmeye olanak sağlayan bir araçtır. Ayrıca anlaşmazlık, uzlaşma ve görüşmelerle daha demokratik yöntemlerin gelişmesine fırsat veren bir kavramdır⁶.

C. Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık bir tarafın eyleminin, hukuki işlem veya davranışının diğeri tarafından ret-inkâr gibi olumsuz tutum ve davranışlarla karşılandığı anlaşmazlık durumu olarak tanımlanabilir⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; uyuşmazlığın varlığından bahsedebilmek için bir davranış veya hukuki işlemle dış dünyada değişiklik meydana getiren kişiye karşılık ve zıt olarak diğeri bir kişinin varlığı ve bununla birlikte ilk kişinin durumunda ısrar etmesi gerekmektedir. Tarafların birbirlerine karşı kullandıkları kişisel veya hukuki durumları farklı olabileceği gibi bunu yaparken kullandıkları usuller de farklı olabilmektedir. Bu çeşitliliği tarafların aralarında bulunan ilişki derinliği, konumları ile yöneltilen itiraz ve şikâyetlerin yoğunluğu ve benzeri faktörler belirleyecektir⁸.

Uyuşmazlık, dava konusunu oluşturabilecek hukuki meselelerde görünür hal alan bir anlaşmazlık türüdür⁹. Uyuşmazlık kavramı farklı konular hakkında

5 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.100.

6 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.101.

7 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.65; Cihan Nebi Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2019, s.6; Doğan Kökdemir ve Ünsal Sığı, "Çatışma Teorisi", *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, s.15.

8 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.65.

9 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.100; Kökdemir ve Sığı, "Çatışma Teorisi", s.15; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.6.

müzakere, arabuluculuk, üçüncü kişinin müdahalesi ve benzeri çözüm usulleriyle giderilmesi mümkün olabilen anlaşmazlıkları ifade etmektedir¹⁰.

Anlaşmazlıkla uyuşmazlık kavramının ayrıldığı temel nokta uyuşmazlığın hukuki anlamda görünür kılınması olarak ifade edilebilir. Bir kişi, gündemindeki konu hakkında fikir veya davranış tarzında aykırılık olduğunu iç dünyasında idrak ettiğinde bir anlaşmazlık durumu ortaya çıkmaktadır. Fakat uyuşmazlık, her iki tarafın aykırılık durumunun bilincinde olduğu ve taraflar arasındaki çekişmeli noktalardan ibaret olan anlaşmazlıktır.

D. Uyuşmazlık ve Anlaşmazlık Kavramları Arasındaki Farklılık

Anlaşmazlık, birden fazla kişi veya topluluğun çekişmeli oldukları konuların idrakinde oldukları bir karşıtlılık hali iken; uyuşmazlık, çekişmeli noktaları gidermek için birtakım hareketlerde bulunulmasıdır¹¹. Sonuç olarak bir anlaşmazlığın hukukun ilgilendiği kapsama dâhil olması anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesiyle olacaktır. Tarafların arasında gerçekleşen çekişmenin anlaşmazlık aşamasında çözümlenemeyip uyuşmazlık safhasına taşınması, buna neden olan çekişmenin diğer türlü ve daha erken bir aşamada çözümlenemediği anlamına gelmektedir¹².

Anlaşmazlık doğduğu yerde çözülür ve böylece çatışma durumu giderilirse çekişme konusu hak ve menfaatler denge durumuna geri döneceğinden çekişme dış ortama yansımadan sona ermiş olur¹³. Mesela alacaklı ile borçlunun kendi durumlarını zora soktukları sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayarak yeniden düzenlemeleri; işçi-işverenin anlaşmazlığın kaynağını kendileri fark ederek bu anlaşmazlığı gidermeleri; eşler arasındaki sorunların karşılıklı anlayışla sona erdirilmesi ile menfaat çatışması da sona erecek ve böylelikle potansiyel

10 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.100; Kökdemir ve Sığı, "Çatışma Teorisi", s.15; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.6.

11 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.65-66; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.6; Kökdemir ve Sığı, "Çatışma Teorisi", s.15.

12 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.65-66; Kökdemir ve Sığı, "Çatışma Teorisi", s.15.

13 Kökdemir ve Sığı, "Çatışma Teorisi", s.15.

uyuşmazlıklar ortadan kalkacaktır¹⁴. Yani anlaşmazlıklar uyuşmazlığa dönüşmeyecek ve kamusal ortamda görünür hale gelmeyeceklerdir.

Hukuki uyuşmazlıkların tarihi insanlığın başlangıç tarihine kadar gitmektedir. Semavi kitaplar Kur'an-ı Kerim¹⁵ ve Tevrat'ta¹⁶ Habil ve Kabil arasında cereyan eden uyuşmazlıktan ve dolayısıyla bu uyuşmazlık etrafındaki çekişmelerin toplumsal barışın bozulmasına etkisinden bahsederek dersler sunulmaktadır¹⁷.

Uyuşmazlıkların insanın sosyal yaşam ve ilişkilerinde bulunması insanın ve yaşamının doğal bir sonucu olarak görülmektedir. Hukukun görevi bu uyuşmazlıkları öncelikle en aza indirmek ve hali hazırdaki uyuşmazlıkları da adil ve hızlı yoldan çözüme kavuşturmaktır. Tüm dünyada özellikle hukuk, sosyoloji ve siyaset bilimleri insanın tüm alanlardaki ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların en isabetli şekilde çözülmesi için en ideal çözüm yolunu belirlemeye çalışmaktadır¹⁸.

II. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Yönetimi ile Çözüm Usulleri

Güncel hukuk dünyasında her türlü hukuksal ilişkilerde uyuşmazlıklarla karşılaşılması çok sık rastlanan bir durum olmuştur. Anlaşmazlıklar karşısında taraflar bazen uyuşmazlıkları çözme hususunda çalışmalara başlamayı tercih ederken

14 Ömer Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul 2019, s.2; Kökdemir ve Sıgır, “Çatışma Teorisi”, s.15.

15 Kur'an-ı Kerim, Maide, 5/27-31.

16 Tekvin, 4/1-24.

17 Cemal Şanlı, “Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22/1, 2002, s.57; “Kur'an-ı Kerim'de insanların hem dünya hayatında hem ahiret hayatında huzurlu ve esenlik içinde yaşamaları istenmektedir. Bundan dolayı çeşitli nedenlerle beliren anlaşmazlıkların sulh ile çözüme kavuşturulması tavsiye edilmektedir. Kur'an-ı Kerim, anlaşmazlıkların sulh yoluyla ortadan kaldırılmasını teşvik etmektedir. Tarihte ve günümüzde görüldüğü gibi toplumlarda ve devletlerarasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar sulh ile sonuçlanmadığında maddi ve manevi kayıplar olmakta ve toplumsal barış ve dayanışma da zarar görebilmektedir. Söz konusu durum huzur yerine mutsuzluk ve sıkıntılar ortaya çıkarmaktadır. Bu minvalde Kur'an-ı Kerim'de tavsiye edilen sulhun insanlık için değerinin ne denli önemli olduğu idrak edilecektir. Bununla birlikte Kuran-ı Kerim ayetleri, toplumu ayırışma ve dağılmalardan muhafaza; toplumda sulhu, adaleti ve hakkı yerleştirme ve benzeri amaç ve müesseseleri de içerisinde barındırmaktadır. Kur'an-ı Kerim, beliren anlaşmazlıkların sulh ile sona erdirilmesini tavsiye etmekle birlikte taraflara sulh yapmaları için emirler vererek sulh yapılmasının meşru bir işlem ve emir anlamının bulunduğunu belirtmiştir. Sulhta büyük hayırlar bulunduğunu özellikle belirterek (Nisa, 4/28; Hucûrat, 49/9-10; Nisa, 4/114; Bakara, 2/178; Enfal, 8/1) sulha verdiği önemi bariz bir şekilde gözler önüne sermiştir”: Yusuf Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11/22, Şubat 2012, ss.105-135.

18Şanlı, “Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları”, s.57.

bazen de çekişmeye neden olan meseleleri önemsiz görmeleri veya çaba sarf etmek istememeleri gibi sebeplerle uyuşmazlık halinden sakınmayı tercih etmektedirler. Taraflar arasında çekişme arttığı durumlarda ise uyuşmazlık kaçınılmaz bir hale geldiğinden taraflar resmi veya gayr-ı resmi sorun çözme görüşmelerine başvurmaktadırlar¹⁹.

Tarafların ortaya çıkan anlaşmazlıkları hukukun ilgilendiği kapsama dahil ederek uyuşmazlık haline getirdikleri durumda, uyuşmazlıkların çözümünde kendilerini etkin kılabilirdikleri gibi üçüncü kişi veya kurumları da devreye sokarak çözüm üretebilirler. Üçüncü kişi veya kurumların etkin olduğu çözüm yöntemleri tarafların iradelerini önceleyen ya da tarafların iradelerine yardımcı olabilen usuller olabileceği gibi tarafların iradelerini ikincil sayan zorlayıcı usuller de olabilmektedir²⁰. İkinci durumda taraflara rağmen karar verilme durumları da ortaya çıkabilecektir.

Taraflardan birinin veya her ikisinin uyuşmazlığı çözme çalışmalarına başlamaya karar vermesi durumunda kural olarak²¹ karşılıklı iki yol çıkacaktır. Taraflar ya resmi makamların katılmadığı, kendi girişimleriyle uyuşmazlığı çözmeye ilişkin iş birliğine dayalı barışçıl çözüm yollarına başvuracak veya kurumsal niteliğe haiz ve toplumsal kabulü olan bir otoritenin uyuşmazlığa müdahalesini kabul ederek yargısal başvuru yollarına müracaat edecektir²².

Kişilerin arasında çıkan hukuki uyuşmazlıkta tarafların hareketsiz kalmayı tercih etmemesi durumunda geleneksel olarak başvurdukları ilk ve asıl çözüm yolu mahkemelere başvurmadır²³. Mahkemelere yapılan başvuruların ilk ve asıl çözüm yolu olarak görülmesi bunun haricindeki çeşitli ve çok sayıda çözüm usullerinin alternatif çözüm yolu olarak görülmesine neden olmuştur.

Çalışmanın bu bölümünün devam eden kısımlarında tarafların uyuşmazlığın çözümünde takip etmeleri muhtemel olan yalnızca kendilerinin katılımı ile veya

19 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.118.

20 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.3.

21 Mevzuatın emredici hükümlerinin varlığı halinde anlaşmazlık çözümü şüphesiz mevzuatın gösterdiği yol çerçevesinde çözülecektir.

22 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.119-120.

23 İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/3-4, 2006, s.459.

üçüncü kişi ya da kurumların müdahalesiyle ortaya çıkabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esaslarına ve çeşitlerine değinilecektir.

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

A. Genel Olarak

Bilimde ve teknikte yaşanan hızlı gelişmeler neticesinde insanlar arasındaki sosyal ve ekonomik ilişkiler de çeşitlenmiş ve hızlanmıştır. Bu durum insanlar arasındaki hukuki ilişkilerin sayılarında ve çeşitlerinde önemli ölçüde artışlar meydana getirmiştir. Artan sayılar ile çeşitlilik beraberinde hukuki uyuşmazlıkları da artırmıştır. Uyuşmazlıkların bu şekilde artması çözüm için hızlı, etkili ve kalıcı usullerin bulunması sonucunu doğurmuştur²⁴. Hali hazırdaki hukuki çözüm yöntemleri ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekte uyuşmazlıkların nitelikleri ve niceliklerine uygun çözümler sunmakta zorlanmaya başlamıştır. Bu çözüm yöntemleri, usul ve zaman bakımından tarafları tatmin etme görevini de sağlayamamakta, tarafların beklentisinde olan hızlı, ucuz, etkin ve sorunları ortadan kaldırmaya yönelik çözümleri de sunamamaktadır²⁵.

Uyuşmazlıkların çözümünde, geleneksel yargı haricinde alternatif yolların tercih edilmesinin nedeni, yargıda iş yoğunluğunun fazla olması nedeni ile yargılamaların makul sürede bitirilememesiyle birlikte, uyuşmazlığın taraflarına, uyuşmazlığı mahkemeye taşımadan yüz yüze görüşme ve sulh olma imkânı tanıyan kurumların yetersizliği ve tarafların iyi ilişkilerini sürdürebilmesine olanak tanıyan nitelikte çözümlerin üretilmemesidir²⁶. Geleneksel yargı yolunun ortaya çıkardığı bu olumsuz durumlar karşısında, alternatif yolların uyuşmazlığın çözümüne tarafların etkin katılımını ve iyi ilişkilerine devam etmesini sağlaması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en önemli tercih sebeplerindendir²⁷.

24 BULUR, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 65/4, 2007, s.31 (Kısaltılışı: Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”).

25 Cengiz Serhat Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul 2011, s.6.

26 ILDIR, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *TBB Dergisi* 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, s.386 (Kısaltılışı: Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”).

27 Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, s.386.

Hali hazırdaki hukuki çözüm yöntemlerinin yukarıda sayılan olumsuz durumları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortaya çıkmasına, tercih edilmesine ve yaygınlaşmasına neden olmuştur. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri; geleneksel yargı yola göre daha ucuz, daha hızlı ve tarafların çözüm aşamalarına daha etkin bir şekilde dâhil olmasını sağlayan, düşmanlıklara neden olmak yerine tarafların ekonomik ve ticari faaliyetlerinin devamı için uygun çözümler üretilmesine olanak sağlayan, her iki tarafın da menfaatlerinin koruyarak kazan-kazan ilişkisini temel alan bu nedenlerle daha etkili çözümlerin ortaya çıkabildiği yöntemlerdir²⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacı devlet yargısında sıklıkla karşılaşılabilecek tıkanıklığı hafifletmek, ekonomik kayıpları önlemek, zamanı verimli kullanmak, uyuşmazlığın tüm aşamalarında taraf iradesine öncelik vermek, en kısa zamanda düşük maliyetle tarafların belirleyebileceği usulle hak ve adalete erişimi sağlamaktır²⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan yönelimin sebeplerinden birisi de yerel mahkemelerin resmi kimliği ve yerel mahkemelerce uyuşmazlığın çözümünde takip edilmesi gerekli olan katı usul kurallarıdır³⁰. Mahkemelerin kanunla belirlenmiş belli usul kurallarının dışına çıkamamaları onların uyuşmazlık çözümünde çok defa dostane aracı misyonu ile hareket edebilmelerine engel olmaktadır³¹. Bu durumun sonucu olarak da takip edilmesi gerekli olan usul davanın esasının yani asıl çözülmesi gerekli olan meselenin önüne geçebilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları özünde ve isabetli uygulandığında mahkemelerin yargılama yetkisine müdahalede bulunmayan ve onla rekabet halinde

28 Konuralp; "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.6.

29 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.178-185; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.6; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.:64, 2006, 158 vd.

30 Şanlı, "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları", s.58.

31 Şanlı, "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları", s.58.

olmayan bir uyuşmazlık çözüm yoludur³². Zira yargı yolunu sona erdirecek bir alternatifin kabulü, devletin temel taşlarından birisi olan yargı erkini ortadan kaldıracığından bu durumun kabulü mümkün olmayacaktır³³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargısal mercilere yapılacak başvuru yolunu kapatmadan belli şartlar ve durumlarda onlarla birlikte ve yanında hareket edebilen tamamlayıcı bir işleve de sahiptir³⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanabileceği en etkin alan kamu düzenini ilgilendirmeyen, tarafların iradelerinin ön planda olduğu, nitelikli olmayan yani tarafların üzerinde kolaylıkla anlaşma sağlayabileceği, bu özellikleri nedeniyle mahkemelerin mevcut iş yükünü artırmadan³⁵ çözülebilecek uyuşmazlıklardır³⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün ortaya çıkmasına ve gelişmesine neden olan etkenlere değindikten sonra kurumun dünyada ve Türkiye’de tarihsel gelişimine kısaca değinmek yerinde olacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, ilk olarak Anglosakson hukukunu uygulayan ülkelerde kullanılmaya başlanmıştır³⁷. Söz konusu yöntemlerin Amerika Birleşik Devletleri’ndeki tarihi gelişimi, 1960’lı yıllara dayanmaktadır. Fakat esas gelişimi 1980’li yıllara denk gelmektedir. İngiltere’de ise

32 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.152;Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.191 vd.; ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002 Cilt:51 Sayı:2,s.137 vd. (Kısaltılışı: Özbek, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”); Melis Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2012 Ankara, s.24; ILDIR, Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.26 vd (Kısaltılışı: Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.8; Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, s.386.

33 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.201; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.8.

34 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.8.

35 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun genel gerekçesinin ilk paragrafında bu husus şu şekilde düzenlenerek kanunun en önemli amaçları sıralanmıştır: “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır.” TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat>, (31.03.2020).

36 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.8.

37 Erdoğan “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, s.22.

daha yenidir ve özellikle son 30 yılda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir³⁸. Kıta Avrupası ülkelerinde ise, küreselleşmenin de rolüyle, son yıllarda seri bir şekilde gelişim göstermeye başlamıştır³⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde sistemselsel olarak ilk defa arabulucular 1940 yılından itibaren toplu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarında devreye girmişlerdir. 1950'li yıllarda bazı mahkemelerde uzlaştırma ismiyle basit suçlarda ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kullanılması teşvik edilmiştir. 1960 yılına gelindiğinde ise ABD'de alternatif uyuşmazlık çözümleri kavram olarak şekillenmeye başlamıştır⁴⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ikinci olarak geliştiği yer olan İngiltere'de ise küçük miktarlardaki uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözülmesi fikri 1846 yılında ilçe mahkemelerinin kurulmasıyla gündeme gelmiştir. Bu mahkemelerin özellikle ticari örf adetleri ön planda tutan bir anlayışla uyuşmazlıklara bakması ve de bu mahkemelerdeki yargılama usulünün sade ve hızlı olması sebebiyle tacirler için çekici hale gelmiştir⁴¹. ABD'de alternatif uyuşmazlık çözümünde 1980 yılından başlayarak önemli gelişmeler kaydedilmiş ve ABD'deki uyuşmazlık merkezlerince çok tercihli mahkeme teşkilatları kurulmuştur⁴². Bu teşkilatlarda uyuşmazlıklar alternatif yollarla çözümlenmeye başlamıştır. Devam eden yıllarda ADR'nin kanunlaşma sürecine geçilmiş toplumun farklı kesimlerine alternatif uyuşmazlık eğitimi verilmiş, kongre tarafından her bir federal bölge mahkemesine kendi alternatif uyuşmazlık çözüm yolu programlarını kurma yetkisi verilerek kurumsallaşma süreci tamamlanmıştır⁴³.

Türkiye'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının görünümü özellikle meslek örgütleri ve belli sosyal gruplardaki barıştırma veya arabulma halleriyle çok eskilere

38 Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, s.31

39 BULUR, Alper, "Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi", *TBB Dergisi*, 2010, s.198 (Kısaltılışı: Bulur, "Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi").

40 Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", s.462.

41 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.123; Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", s.462-463.

42 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.123.

43 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.123; Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", s.462-463.

dayanmaktadır. Ayrıca öncelerde kadılık kurumu sonrasında yeni yargı sisteminde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının farklı uygulama ve şekilleri görünmüştür⁴⁴.

Türk Hukuk sistemi ve kamu düzenine aykırı olmamak üzere tarafların uyuşmazlıklarını çözmek üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarında hiçbir engel yoktur. Bununla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının üstün faydalarından dolayı devlet kurumları ve yasama organı gün geçtikçe farklı türlerdeki uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere alternatif uyuşmazlık yollarını ihdas etmektedir⁴⁵. Türk hukukunda, esas noktaları ve getirdikleri usuller bakımından farklılıklar barındırmalarına rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Mesela *hukuk muhakemesinde* 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 137/1’de yer alan hâkimin tarafları sulh veya arabuluculuğa teşvik ödevi, m. 313-315’te yer alan mahkeme içi sulh ve m. 407-444’de yer alan tahkim usulü; *toplular hukukunda*⁴⁶ 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) m.49-57 ve m.63-65’de düzenlenen toplu iş uyuşmazlıklarında arabulucu çözümü; *avukatlık hukukunda* Avukatlık Kanunu (Av. K.) m. 35/A ve m. 95/2, b.5’de düzenlenen avukatlar aracılığıyla tarafların uzlaşması ve baro yönetim kurulunun avukatlar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapması; *tüketici hukukunda* 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 66-72’de yer alan tüketici hakem heyetlerine yapılan başvuru; *aile hukukunda* 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7’de düzenlenen aile mahkemesi hâkiminin tarafları sulhe teşvik etme yükümlülüğü; 442 sayılı *Köy Kanunu* (Köy K.) m. 53’teki köy ihtiyar meclisinin tarafların anlaşabilecekleri durumlarda sulhu sağlaması; 6491 sayılı *Türk Petrol Kanunu*(TPK.) m. 11/4 ve m. 20’deki petrol işletme ruhsatının devri durumunda devreden ile devralan arasında yapılacak anlaşmaya öncelik tanınması ve belirtilen uyuşmazlıklarda bakanlığın tahkim görevi görmesi; 2942 sayılı *Kamulaştırma*

44 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.39-40.

45 Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişim aşamaları hakkında ayrıntılar için bakınız: Özbek, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s.148 vd.

46 Derya Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019, s.32 vd.

Kanunu (Kamulaştırma K.) m.8’de yer alan kamulaştırılacak taşınmazın bedeli konusunda öncelikle anlaşma usulünün denenmesi zorunluluğu; 213 sayılı *Vergi Usul Kanunu* (VUK) Ek Madde 1-12’teki vergi mükellefi ile idarenin uzlaşması; *idare hukukunda* 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de (KHK) idarenin diğer tarafla çıkacak adli ve idari uyuşmazlıklarda sulh ve uzlaşma yolunun esas alması gerektiği yönündeki düzenlemeler⁴⁷ ve bunlarla birlikte kamu düzeninin korunması fikrinin en çok benimsendiği alanlardan birisi olan *ceza hukuku* alanında dahi 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) m. 253-255’te uzlaşmaya ilişkin hükümler⁴⁸ ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilecek çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

Yukarıda sayılan alternatif çözüm yollarından sonra değinilmesi gerekli olan ve Türkiye’de bu hususta düzenlenmiş en temel ve en önemli düzenleme kabul edilebilecek 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ve bu kanuna dayanılarak çıkarılmış yönetmeliktir⁴⁹. 6325 sayılı kanun ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuk kurumsallaşmıştır⁵⁰. Devam eden yıllarda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na (İşMK.), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na (TTK)⁵¹ ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’na getirilen yeni düzenlemelerle dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler getirilmiş ve böylelikle uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk kurumunun daha etkin ve işlevsel hale getirilmesi amaçlanmıştır.

B. Tanımı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının doktrinde ve uygulamada farklı tanımlamaları yapılabilmektedir. Yukarıda verilen bilgiler ışığında ve ittifakla üzerinde durulan tanıma göre; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “Bağımsız, tarafsız ve objektif davranabilen bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan

47 Mehmet Karaarslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019, ss. 71-113.

48 Can Yavuz, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Ceza Yargılamasında Uzlaştırma Kurumu”, *Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Niğde 2014.

49 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği; Resmî Gazete (RG), 02.06.2018, Sayı (S):30439

50 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.39-42

51 RG, 25.10.2017, S.30221; RG,19.12.2018, S.30630.

tarafları aynı ortamda toplayarak, ortak bir çözüme ulaşma konusunda iletişim ve müzakere ortamı sağladığı ve aralarındaki çekişmeyi ya kendi önerileri doğrultusunda çözmeleri için onlara yardımcı konumunda olduğu ya da durumun özelliklerine göre taraflara üzerinde uzlaşabilecekleri çözümleri sunduğu; tamamen ihtiyarîliğe göre işlerlik kazanmış ve yargısal mercilerde gerçekleşen yargılamaya göre ihtiyarî bir yol olarak uygulanabilen uyuşmazlık çözüm yollarının bütünüdür” denilmektedir⁵².

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tanımda olmayan ayırt edici özellikleri takip edilecek usuller sonunda taraflar için bağlayıcı nitelikte olmayan önerilerde bulunulması ve yine sürecin sonunda uzlaşılabilmesi durumunda yargı mercilerine başvuru hakkının devam ediyor olmasıdır⁵³.

Kanaatimizce daha kapsayıcı ve günümüz koşullarındaki görünüşleri de içine alan diğer bir tanıma göre; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; tarafların, aralarında ortaya çıkan uyuşmazlığı çözmek amacıyla geleneksel devlet yargısında ortaya çıkabilecek olumsuz durumların ortaya çıkmaması amacıyla genellikle tarafların iradesine bağlı olmakla birlikte bazen zorunlu olarak başvurdukları, devlet yargısının

52 Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler,)* s.30; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.151; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.83; Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s.31; İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019; Yaşın Gizem Erdoğan “Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2009/2, s.22; Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, s.386; Bulur, “Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, s.198; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.460; Özbek, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s.136; Gizem Ersen Perçin, “Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31/2, 2012, s.179; Ceylan, “Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s.135; Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.7; Selda Çil, “Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Kayseri 2019, s.5; Muammer Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.55; Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.7; Serdar Taş, “Hukuk ve Siyaset Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019, s.18; Yavuz, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Ceza Yargılamasında Uzlaştırma Kurumu”, s.9; Tuba Eler, “Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Gaziantep 2019, s.3.

53 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.151; Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s.31.

yerine geçmeyip onu tamamlayan, tarafların uyuşmazlık çözüm sürecine katılımını sağlayan, tarafları etkin fakat kural olarak bağlayıcılığı olmayan bir çözüme götüren, yargılama süreci haricinde veya yargılama süreci dâhilinde başvurulabilen ve hukuk sisteminde kabul edilebilecek her türlü yoldur⁵⁴.

C. Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının genel özelliklerine bakılacak olursa karşımıza şu özellikler çıkacaktır: Gönüllülük, gizlilik, tarafların çözümde ve çözüm usulünde etkin ve hâkim olması ve varılacak çözümün tarafları bağlamaması.

Taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlığı dava yoluna taşımadan önce alternatif yollara başvurabileceği gibi dava aşamasına geçtikten sonra da isterlerse uyuşmazlığın bir kısmını ya da tamamını alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla çözümlendirebilirler. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru kural olarak gönüllülük esasına dayalı olsa da devletler kendi hukuk sistemindeki düzenlemelere göre uyuşmazlığın konusuna veya mahkemelerin görev alanına göre bazı uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruyu zorunlu hale getirebilir⁵⁵. Her iki durumda da taraflar süreç sonunda belirlenen çözümü benimsemezler ise uyuşmazlık dava yoluna tekrar taşınabilecektir⁵⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının özelliklerinden birisi de tarafların uyuşmazlığı çözerken kullandığı bilgi ve belgeler ile görüşme içeriklerinin gizli tutulmasıdır⁵⁷. Bu özellik alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilme sebeplerinden birisini de oluşturmaktadır. Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü hem uyuşmazlığın taraflarını hem de uyuşmazlık çözümü için çağrılacak üçüncü kişileri de kapsamaktadır⁵⁸.

54 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.9; bakınız: Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, Ankara 2019, Seçkin Yayınevi, s.27; Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.8.

55 İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler.)* s.29.

56 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.205.

57 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.12; Şanlı, “Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları”, s.66-67.

58 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.12.

Tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında kullanılacak usulü ve şayet isterlerse müdahale etmesini isteyecekleri üçüncü kişiyi seçmekte serbest olmaları onların çözüm yolunda hâkim ve etkin olduklarını göstermektedir⁵⁹. Bu sayede her iki taraf da elde edilecek çözümlerden dolayı tatmin olacaklardır.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün neticesinde elde edilen çözümün taraflar için bağlayıcı olmaması da alternatif uyuşmazlık çözümünün özelliklerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflar varılacak çözümün bağlayıcı olacağını kararlaştırdığı durumlar haricinde varılacak sonuç taraflar için bağlayıcı nitelikte olmayacaktır⁶⁰. Taraflar eğer çözümün uyuşmazlıklarına uygulanmasını isterlerse belirlenen çözüm taraflar hakkında icra edilecektir. Bu bağlayıcı olmama özelliğinden dolayı taraflar bir çözümde uzlaşsalar bile yargı mercilerine başvurabileceklerdir⁶¹.

D. Türleri

1. Müzakere

Müzakere kelime anlamı itibariyle “*Bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunma, iki veya daha çok kişi arasında bir uzlaşmaya erişmek için tesis edilen ilişkiler bütünü*” olarak ifade edilmektedir⁶². Müzakerede önemli olan kurulan ilişkilerin nasıl ve ne şekilde sağlandığı değil; tarafların düşünce ve isteklerini, açık bir şekilde aralarında yapacakları görüşmeye taşımaları ve uyuşmazlığın çözümüne etkin katılım sağlamalarıdır⁶³.

Müzakere, Anglo-Amerikan uygulamasında uyuşmazlık çözümünün en yaygın şekli olarak görülmektedir. Müzakere, karşılıklı hak ve menfaatleri çekişme konusu olan kişilerin, mahkemeye veya tahkime başvurmadan doğrudan ya da dolaylı bir şekilde kurdukları her çeşit görüşme ortamını ve sürecini ifade etmektedir⁶⁴.

59 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.209; Konuralp, ““Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim””, s.12.

60 İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, s.30.

61 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.13.

62 Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (26.03.2020).

63 Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.260

64 Haluk Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, *Türkiye Barolar Birliği Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun, 2001, s.495.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında müzakere; tarafların, üçüncü bir kişinin herhangi müdahalesi olmadan, bazı zamanlarda avukat veya temsilcilerini de görüşmelerde bulundurarak, bir araya gelip, karşılıklı olarak fikirlerini öğrenmeleri ve birbirlerine karşı durumlarını anlayarak bir çözüme varmalarını hedefleyen ve alternatif uyuşmazlık çözümünün en klasik halini oluşturan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁶⁵. Müzakere, özellikle, devletlerarasında gerçekleşen çekişmelerin diplomatik çerçevede nihayete erdirilmesinde de sıklıkla uygulanan bir yöntemdir.⁶⁶

Müzakere hukuki uyuşmazlıkları çözmede tarafların görüşme ve çözüm usulünü tamamen serbestçe belirlemeleri ve diğer çözüm yollarına göre en az resmiyete sahip olması yönünden kolay yöntemlerden birisi olmakla beraber süreç olarak çok zor bir hale gelebilmektedir. Zira tarafların, uyuşmazlığı çözmek üzere bir araya gelebilmeleri için ortaya çıkan hukuki uyuşmazlık nedeniyle yaşadıkları psikolojik gerginlikten ve uyuşmazlığın diğer tarafına karşı besledikleri hasmâne tutumdan uzaklaşmaları gerekecektir.

Müzakere usulü, üçüncü bir kişinin varlığını zorunlu kılmamaktadır. Bu nedenle müzakere, anlaşmazlıktan uyuşmazlığa geçişine engel olan çözüm yolu olarak görülmektedir. Bu noktadan bakıldığında, Anglo-Amerikan müzakere modelinin Batı Avrupa hukuk sistemlerindeki sulh modeli ile örtüştüğü görülebilir⁶⁷. Bununla birlikte Türk hukuk sistemimizdeki sulh sözleşmesinin de aynı şekilde üçüncü bir kişinin uyuşmazlık çözümüne katılmaması, çözümü tarafların bulması özellikleri yönünden müzakereden farklı olmadığı kabul edilmektedir⁶⁸.

Müzakerenin amacına ulaşabilmesi için görüşmelerin ilk aşamasında uyuşmazlık oluşturan konuların nelerden ibaret olduğu belirlenmeli bu konular üzerinde durulmalıdır. Aksi takdirde devam eden müzakere görüşmelerinde eklenen sorunlar ve sıkıntılar kişilerde menfaatlerinin zarar göreceği düşüncesini

65 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.73; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.160.

66 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.160.

67 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, s.496.

68 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, s.496.

uyandıracak, sınırlandırılmamış hisler ve duygular canlanacak ve uyuşmazlığın sınırları çok genişleyecek böylelikle müzakere görüşmelerinden beklenen amaç sağlanamayacaktır⁶⁹.

2. Uzlaştırma

Uzlaştırma yönteminde uzlaştırıcı adı verilen tarafsız üçüncü kişi, uyuşmazlığın taraflarının önceden yapmış oldukları anlaşmaya göre çözüm hususunda yalnızca tavsiyelerde bulunabileceği gibi kendi değerlendirmeleri neticesinde bir karar da verebilir⁷⁰. Uzlaştırmacının uyuşmazlıkla ilgili tarafların kendilerinin çözüm üretecek görüşmeler yapamadıktan sonra devreye girmesinin daha yerinde olacağı kabul edilmektedir. Yani uzlaştırmada esas olan tarafların uyuşmazlığı kendi kendilerine çözüme kavuşturmalarıdır⁷¹.

Uzlaştırma, uzlaştırıcı konumunda olan bağımsız üçüncü kişinin somut olayın özelliklerine göre belirecek çeşitli çözüm önerilerini taraflara aktarıp tarafların sunulan somut çözüm önerilerinden birisinde anlaşmaya varmalarını amaçlamaktadır⁷².

Uzlaştırma sürecinin nihayetinde eğer bir çözüme ulaşılmış ise sözleşme hazırlanacak ve bu sözleşme taraflarca imzalanacaktır. Tarafların imzaladıkları sözleşmeye göre edimlerini yerine getirmesi gerekecektir. Ancak aksine bir yasal dayanak yok ise uzlaştırma sonunda elde edilen çözümün bağlayıcılığı yoktur. Taraflar bir çözüme vararak sözleşme yapsalar dahi yargı yoluna başvurabileceklerdir. Sözleşmedeki hükümlere aykırı davranılması durumunda diğer taraf sözleşme hukukundan doğan haklarını kullanabilecektir⁷³.

69 “Mesela 1970’de cam fabrikalarından birinde, düşük ücretlerden şikâyetle başlayan kriz, diğer fabrikalardaki işçilerin de katılımıyla, hepsinin daha yüksek ücret talep ettiği genel bir greve dönüşmüştür”: Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.126.

70 Perçin, “Arbuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, s.181.

71 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.462.

72 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk”, s.166.

73 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.37.

3. Ombudsman

Ombudsmanlık idare ile kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla hareket eden ombudsman adlı üçüncü kişinin yer aldığı alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁷⁴. Ombudsmanlık, mevzuatımıza 28.09.2006 tarihinde kabul edilen 5548 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile girmiş ancak bu kanun 25.12.2008 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla⁷⁵ iptal edilmiştir. Daha sonra 30.03.2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği teklifiyle 74. Madde başlığı “Dilekçe, bilgi edinme ve Kamu Denetçisine başvuru hakkı” olarak değiştirilmiş ve Kamu Denetçiliği Kurumu anayasal bir kurum olarak mevzuattaki yerini almıştır. Bu gelişmelerden sonra 14.06.2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun teklifi kabul edilerek yasalaşmış ve halen yürürlükte bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Türk Hukuku’nda ombudsman kavramı yerine kullanılan kavram kamu denetçisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁶.

6328 Sayılı Kanun’un m.1 ve m.5’e göre Kamu Denetçiliği Kurumu’nun amacı ve görevi; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle idarenin her türlü eylem ve işlemleriyle tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmaktır.

4. Tahkim

Tahkim, yapılacak bir sözleşmeyle tarafların doğmuş veya ilerde doğması muhtemel bir hukuki uyuşmazlıkta çözüm için devlet mahkemeleri yerine hakem denilen kişi ya da kişilere başvurusu olarak tanımlanabilir⁷⁷. Daha kapsamlı olarak

74 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.76-77.

75 Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararla 5548 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Anayasanın 6., 87., ve 123. maddelerine aykırı olduğunu açıklamış ve sözü edilen kanunun tümünü iptal etmiştir: Anayasa Mah. 2006/140 Esas, 2008/185 Karar, 25.12.2008 Tarih, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (05.04.2020)

76 Ombudsmanlık ve kamu denetçiliği müesseseleriyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.149 vd.

77 Konuralp; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.37; Mustafa İmamoğlu, *Marka Hukuku’nda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri*, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2014, s.11; Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.128; Güven Yazar; “Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk”, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Doktora Tezi*, Antalya 2019, s.17; Onur İlhan, *Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2020, s.18.

yapılan diğer tanıma göre ise tahkim; yasal mevzuatın yalnızca devlet mahkemelerini yetkili kılmadığı hususlarda, ortaya çıkmış veya ilerde ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların, tahkim-hakem sözleşmesi veya kanunun emredici hükmü gereğince mahkemeye başvurulmadan tarafların kendileri, mahkeme veya bunların yetki verdiği bir kurumca ya da kanunun belirlemiş olduğu bağımsız ve tarafsız üçüncü kişiler vasıtasıyla çözümlenmesidir⁷⁸.

Bir hukuki uyuşmazlığın tarafları aralarında çıkan uyuşmazlığın çözümü için yargılama yapılmasını isterlerse ya devlet yargısına başvuracaklar ya da tahkim yolunu seçeceklerdir⁷⁹. Bu nedenle devlet yargılamasının bir istisnasını oluşturan tahkim; çıkış noktasını tarafların iradesinden alması, yargılama süresinin devlet yargısına göre daha kısa sürmesi, uygulanacak usul kurallarının taraflarca önceden bilinebilir olması ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında olduğu gibi gizlilik ilkesinin uygulanması gibi özellikleri bulunduğu özelliklerle uluslararası ticaret alanında tercih edilir olmuştur⁸⁰.

Öğretide tahkimin hukuki niteliği yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir türü olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde değerlendirmeyen görüşe göre⁸¹ tahkim; devlet mahkemelerine ikame yani onun yerine gidilen bir yol olarak kabul edilir. Hakemin hâkim gibi yargılama yaparak uyuşmazlığı bir çözüme ulaştırması, sürecin sonucunda devlet yargısında da rastlanan taraflar arasındaki birlikteliğin sonuçtan sonra devam etmemesi, yargılama masraflarının devlet yargısına yakın olması, hakem kararlarının denetiminin devlet

78 Konuralp; "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.128; Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.128; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.14; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.15; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.9; Özlem Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", *Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2019, s.10; Tuğçenaz Uğurlu Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", *Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2018, s.5.

79 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.4.

80 Perçin, "Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", s.179.

81 Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.171; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.10-11; H. Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Birlikçilik", s.492-495; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.10-12; Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, s.27; Perçin, "Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", s.181; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.6.

yargısına açık olması, bazen tahkim sürecine devlet yargısının müdahalesi olması, takip etmeleri gereken belli usul kuralları olması özellikle hakem kararlarının kesin hüküm niteliğinde ve bağlayıcı olmaması tahkim yolunun özellikleri arasında sayılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esasları ise yöntemin gönüllülüğü, sürecin esnekliği, tarafların çözümde etkin olması şeklinde kabul edildiğinden tahkimin bu esasları zayıflattığı bazen kaldırdığı kanaatinden hareketle tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olarak kabul edilmemektedir. Tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde değerlendiren diğer görüşe⁸² göre ise alternatif çözüm yolları; devlet yargısının dışında tarafların iradelerinin az veya çok uyuşmazlığın çözümüne de etki ettiği çözüm yöntemleridir. Tahkim de devlet yargısından farklı bir yoldur ve uyuşmazlıklar devletin atadığı hâkimler tarafından değil genelde tarafların seçtiği bir yargı yolu oluşturmayan hakemler tarafından sonuçlandırılır. Ayrıca işlev yönünden tahkimde bir yargılama yapılıyor olsa da hakemler mahkemeye ait olan tanıklara yemin verdirme, tedbir kararlarının icrası gibi iş ve işlemleri yapamazlar. Kural olarak tahkime başvuru tarafların isteğine hatta yapılan bir sözleşmenin varlığına bağlıdır. Yani gönüllülük tahkimde de bir esastır. Hakem yargılamasında takip edilecek usul de taraflarca belirlenecektir. Özellikle ticari uyuşmazlıklarda taraflar için çok önem arz eden gizlilik de tahkim sürecinde bulunmaktadır.

Kanaatimizce tahkim müessesesini alternatif çözüm yolu kapsamında kabul eden görüş daha isabetlidir. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ulaşılabilecek çözümün bağlayıcı olmaması gibi bazı esasları bazı türlerde biraz daha esnek iken diğer türlerde ise baskındır. Tahkimde de hakem kararlarının bağlayıcılığı daha baskın olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda anlatıldığı üzere diğer alternatif çözüm usullerinde de taraflar önceden yapacakları bir anlaşma ile ulaşılabilecek çözümün haklarında bağlayıcı olacaklarına karar verebileceklerdir. Bu durum onları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dışına çıkarmayacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce hakem kararlarının bağlayıcılığı ve tarafların kendi iradeleri ile

82 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.211-213; İmamoğlu, "Marka Hukuku'nda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri", s.13; Özbek, "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.142; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.265.

aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluna taşımaları, tahkim müessesesini alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmaktan çıkarmayacaktır.

5. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde bulunan arabuluculuk ve tahkimin bir arada uygulandığı arabuluculuk-tahkim karma çözü yolunda uyuşmazlığın arabuluculukla çözilememesi durumunda sürece tahkim yoluyla devam edilmektedir⁸³.

Arabuluculuk-tahkim yolunda ilk önce takip edilecek yol arabuluculuktur. Bu yolda çözüme ulaşılamazsa kural olarak⁸⁴ ilk etapta arabulucu olarak çalışan aynı kişi tahkim aşamasında da hakem olarak görev yapacaktır. Bu yöntemin ortaya çıkmasının nedenleri arasında arabuluculuğun olumsuz sonuçlanması halinde devlet yargısına ihtiyaç duymadan tahkimle bağlayıcı bir çözüm bularak uyuşmazlığı nihayete erdirmek ve arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın tüm yönlerine tarafların ve arabulucunun vâkıf olması nedeniyle farklı bir yol denemek yerine önceki aşamaya bitişik bir yolun seçilerek zaman kayıplarının önüne geçilmesi gösterilebilir⁸⁵.

Arabuluculuk-tahkim yolunda açığa kavuşması gereken bir konu da arabuluculuk aşamasının başarısız, sonuçsuz kaldığına ve artık tahkim aşamasına geçilmesine nasıl ve kim tarafından karar verileceğidir. Bu noktada bazen belirsizlikler ortaya çıkmasından dolayı tarafların yapacakları bir anlaşmayla

83 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.469; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.16; Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.50; Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.269; Brian A. Pappas, “Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 20: 157, Spring 2015, ss.157-203, s. 159.

84 Kural bu olmakla beraber arabuluculuk-tahkimin diğer bir çeşidinde genellikle tahkimin bağlayıcı olduğu durumlarda ikinci aşamada farklı bir kişi uyuşmazlığı nihayete erdirecektir. Diğer çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.50 vd.; Ceylan, "Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.270.

85 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.16; YEŞİLİRMAK, Ali, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 6-7 Aralık 2018, ss. 181-188 (Kısaltılışı: Yeşilirmak, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”).; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.469

arabulucunun veya tarafların ortak kararıyla tahkim aşamasına geçişe karar verileceği hususu sözleşmede düzenlenmelidir⁸⁶.

Arabuluculuk-tahkim yolu uygulaması ülkemizde nadiren⁸⁷ uygulanan alternatif çözüm yöntemlerinden birisidir. Tarafların bu yola gidebilmesi için aralarında yapacakları sözleşmeye bir kayıt veya ayrı bir sözleşme yapmaları gerekir⁸⁸.

6. Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafların aralarında çıkan uyuşmazlığın ilk zamanlarında; birbirlerine karşı olan hukuki durumlarını, uyuşmazlığın durumuna göre birbirlerine karşı hakları ve borçlarının neler olduğunu, avantaj ve dezavantajlarının neler olduğunu, uyuşmazlığın ortaya çıkış nedenlerinin ve uyuşmazlığın esaslı noktalarının nelerden ibaret olduğunu, aralarındaki uyuşmazlığın ilerleyen süreçte nelere sebep olabileceğini ve gelişimini kavramak üzere tecrübeli, objektif ve bağımsız bir üçüncü kişiden aldıkları değerlendirmelere tarafsız ön değerlendirme adı verilmektedir⁸⁹.

Tarafsız ön değerlendirme yöntemine taraflar yalnızca kendileri başvurabileceği gibi birlikte de başvurabilirler⁹⁰.

Tarafsız ön değerlendirme çözüm yolunun dar anlamda amacı tanımda da yer verildiği gibi uyuşmazlığın konusunu olgunlaştırmak ve tarafların haklarını belirlemektir. Bu şekilde taraflar tarafsız bir uzmanca belirlenmiş tarafsız standartlar ile birbirlerine karşı kendi durumlarını değerlendirebileceklerdir⁹¹.

86 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.51.

87 Her ne kadar şu anda bir yasal düzenleme bulunmasa da ülkemizde yaşanan ticari uyuşmazlıklardan sonra arabuluculuk aşamasının anlaşamama ile sonuçlanmasıyla düzenlenecek anlaşamama tutanağına eklenecek tahkim şartıyla uyuşmazlığın İstanbul Tahkim Merkezi’ne (İSTAC) veya İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi’ne (İTOTAM) gönderileceğine ilişkin gelişmeler görülmektedir: İstanbul Tahkim Merkezi, <https://istac.org.tr/arabulucuda-cozulemeyen-ticari-davalar-istac-tahkiminde-sonuclanacak/>, (05.04.2020). Ayrıca Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) kurallarının yer aldığı doküman için bakınız: İstanbul Tahkim Merkezi, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-vson.pdf>, (05.04.2020)

88 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.17.

89 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.161; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.467-468; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.15.

90 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.15.

91 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, s.499.

Tarafsız ön değerlendirme sonucunda uyuşmazlığın tarafları, bir bakış açısı kazanır ve uyuşmazlığın çözümünde nasıl bir yol izleyeceklerinin hatta uyuşmazlık için hangi uyuşmazlık çözüm yönteminin seçilmesinin daha uygun olacağının idrakinde olacaklardır⁹². Süreç sonucundaki değerlendirmeler, tarafları bir çözüme bağlama veya dayatma niteliğinde olmayıp tarafların uyuşmazlığa ve değerlendirilen çözüme nasıl yaklaşımları hususlarında yol göstericidir⁹³.

7. Kısa Jüri Yargılaması

Kısa jüri yargılamasında, gayri resmi olarak bir araya getirilen bir kurul, yargılamanın sonucuna yönelik bir tahminde bulunarak bir karar vermektedir. Bu şekilde jüri tarafından verilen muhtemel yargıya bakarak taraflar duruma göre yargıya gitmeden aralarında anlaşma yolunu seçebilirler⁹⁴. Jürinin vereceği kararın taraflar açısından bir bağlayıcılığı bulunmamakta yalnızca tarafları anlaşmaya teşvik edici rolü bulunmaktadır⁹⁵.

Kısa jüri yargılaması ülkemizde uygulaması olmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

8. Kısa Duruşma

İçinde birden fazla çözüm yoluna ait unsurları barındıran kısa duruşma, uyuşmazlığın tarafları ve/veya temsilcileri ve tarafsız üçüncü kişinin katılımıyla oluşturulan bir kurul önünde yapılan bir duruşmayla uyuşmazlığı nihayete erdirmek ya da bağlayıcılığı olmayan bir çözüm üretmek üzere uygulanan bir yöntemdir⁹⁶. Kısa duruşma yöntemi daha çok iş dünyasında ve ticari ve patent uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmaktadır⁹⁷.

92 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.161.

93 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.15.

94 Özbek, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, 141; Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, s.171; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.16.

95 Ceylan, “Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s.271.

96 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.470

97 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.42; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.470; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.164.

Yapılacak duruşmada taraflar iddia ve savunmalarını açıklarlar. Yapılan duruşma klasik mahkeme duruşması olarak görülmemelidir. Çünkü burada taraflar resmi olmayan bir kurul karşısında uyuşmazlığın esas noktalarını ortaya koymaktadırlar⁹⁸. Duruşmada uygulanacak usulü taraflar kendileri belirleyebilirler. Duruşmadan sonra taraflar ve vekilleri, kendi aralarında görüşerek genellikle emekli bir hâkim veya kıdemli bir avukat olan tarafsız üçüncü kişinin önerdiği çözümün uyuşmazlıkta uygulanıp uygulanmayacağını belirlerler⁹⁹. Taraflar varılacak çözümün bağlayıcı olup olmayacağına da yapacakları anlaşmayla karar vereceklerdir¹⁰⁰.

9. Arabuluculuk

Genel kabule göre arabuluculuk; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde en etkin, en çok tercih edilen, uyuşmazlığın çözümünde en elverişli sonuçlara ulaşılacağı kabul gören ve uygulaması en başarılı olan müessesedir¹⁰¹.

Arabuluculuk, aralarında uyuşmazlık ortaya çıkan tarafları görüşmek ve müzakere etmek amacıyla bir araya toplayan, birbirlerine göre durumlarını

98 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.14.

99 Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik", s.498-499.

100 Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.164-165.

101 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.13; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.165; Perçin, "Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", s.185; H. Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik", s.496; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.27-28; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.21; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.10; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.17; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.27; Benzer tanımlar için bakınız: Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.12; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.64; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.37; Azarkan, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", s.42; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.43; Yazar, "Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk", s.5; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.15; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.29; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.15; Taha Polat Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", *Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019, s.39; Zeynep Ezgi Gökem, "Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak ve Yükümlülükleri", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2015, s.4; Menekşe Gamze Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", *Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2019, s.18; Taş, "Hukuk ve Siyaset Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri", s.33; Özge Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019, s.16; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.23.

anlamalarını ve kural olarak kendi çözümlerini kendilerinin ortaya koymalarını sağlamak üzere iletişimlerini basitleştiren, uzmanlık eğitimini tamamlamış, tamamen bağımsız, tarafsız ve objektif bir konuma sahip üçüncü kişinin katkısı veya katılımıyla icra edilen, dava şartı arabuluculukla ilgili düzenlemeler hariç olmak üzere, ihtiyarî olarak işlev yürüten bir uyuşmazlık çözme yoludur¹⁰².

Arabuluculuk üçüncü kişinin katılımıyla yapılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak karşımıza çıkarken, bu üçüncü kişi uyuşmazlık hakkında karar verebilen bir konuma sahip değildir¹⁰³. Taraflar üçüncü kişiyi aralarında çıkan uyuşmazlığı çözecek kişi olarak belirlemişler ise artık burada arabuluculuk müessesesinden bahsedilemez. Bu cümleden olarak arabuluculuğu mahkeme ve tahkim yargılamasından ayıran özelliklerden bir tanesi arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte karar verememesidir¹⁰⁴.

Arabuluculuk yönteminin genel kullanımında ve görünümünde; tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili çözümleri yine tarafların bulmasını sağlamak maksadıyla bir araya gelme, diyalog ve iletişimi sürekli ve dengeli sağlama, tarafları anlaşma zemininde tutma ve değişik çözüm seçeneklerinin genel bir çerçevede değerlendirilmesi varken taraflara hukuki tavsiyelerde bulunma, bir hukuki uyuşmazlığın çözümü için öneri getirerek taraflara sunma gibi kullanımlar

102 Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler,)* s.88; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.14; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.17; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.27; Cafer Eminoglu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.29; Benzer tanımlar için bakınız: Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.12; Büyükcay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.64; Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.37; Azarkan, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", s.42; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.43; Yazar, "Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk", s.5; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.15; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.29; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.15; Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.39; Gökem, "Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak ve Yükümlülükleri", s.4; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Taş, "Hukuk ve Siyaset Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri", s.33; Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.16; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.23.

103 Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler,)* s.113; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.165.

104 Necat Azarkan, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Tahir Muratoğlu ve M. Burak Buluttekın (ed.), Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.45

bulunmamaktadır¹⁰⁵. Ancak öğretilerdeki azımsanamayacak çoğunlukta diğer kabule¹⁰⁶ ve hukuk mevzuatımıza göre¹⁰⁷ arabulucu uyuşmazlık görüşmelerinin son aşaması olarak nitelendirilebilecek safhada tarafların herhangi bir çözüm getiremedikleri uyuşmazlıklar karşısında haklılığı veya haksızlığı tespit etmek amacıyla değil tarafların menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesi maksadıyla çözüm için çaba sarf edebilir, fikrini taraflara açıklayabilir ve tarafların mutabakatı için çözüm üretebilir. Şu kadar ki arabulucu hiçbir zaman tarafları anlaşma için zorlayamaz ve bağlayıcı kararlar alamaz.

E. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Faydaları

Türkiye’de özellikle son yıllarda getirilen yasal düzenlemelerle birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelimde büyük artışlar yaşanmaktadır. Bunun sebebi olarak alternatif uyuşmazlık çözümünün uyuşmazlıkların çözümüne getirdiği faydalarla birlikte geleneksel yargı yolunda karşılaşılan sıkıntılar ve olumsuzluklar gösterilebilir. Devletleri ve yönetimleri bu düzenlemeleri yapmaya sevk eden de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının faydaları ve avantajlarıdır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlıca faydalarından birisi zamandan ve ekonomiden tasarruf sağlanmasıdır. Mahkeme dava sonucunda hükmünü açıklarken yargılama giderlerini haksız çıkan tarafa yükletir. Bu durum ekonomik bakımdan farklılığı olan kişiler için zaman zaman adalet erişim noktasında eşitsizliklere sebep olabilmektedir¹⁰⁸. Ayrıca mahkeme aşamasında iş yoğunluğu nedeniyle duruşmalar ileri tarihlere verilmekte, devam eden duruşmalar nedeniyle uzun zamanlar harcanmakta ve bu nedenle avukatlara ve davaya harcanan giderlerde artışlar olmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise mahkemelerde yapılması gerekli çoğu usulî kural uygulama alanı bulmadığından uyuşmazlıkların

105 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.165-167; Perçin, “Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, s.185; H. Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, s.497.

106 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.466-467; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.14-15; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.567.

107 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na 7036 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle kanunun hem arabuluculuk tanımına ilişkin 2. maddesi değiştirilmiş hem de arabuluculuk faaliyetine ilişkin 15.maddeye 7.fıkra eklenerek tarafların çözüme ulaşamadıklarının anlaşılması ile arabulucunun çözüm önerisi getirebileceğini düzenlemiştir.

108 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.257.

çözümü için harcanan zaman kısalmakta ve kısa süren görüşmeler nedeniyle yapılan masraflar da sınırlı olmaktadır¹⁰⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri, tarafların uyuşmazlığın çözümüne doğrudan katılmalarını, ulaşılabilecek çözümde ve süreçte etkin, dinamik olmalarını, uyuşmazlığın taraflarının kendi durumlarını, ilişkilerini, kişiliklerini, ihtiyaçlarını bilmelerinden dolayı daha yenilikçi ve uyuşmazlığın doğasına daha uygun tek tip olmayan çözümler bulabilmelerini de sağlamaktadır¹¹⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli özelliklerinden ve faydalarından birisi de tarafların uyuşmazlık konularının belirli düzeyde gizli kalmasını sağlamaktır. Bu durum yargı yolunda genel prensip olarak uygulanan alenilik esasının özellikle aile meselelerinde ve özel ticari meselelerde özel hayatın gizliliğinin ve dokunulmazlığının ihlali, kişisel, mesleki ve ticari sırların açıklanması ve mahremiyet taşıyan bilgi ve belgelerin gizliliğine halel gelmesi gibi ortaya çıkarabileceği zararların bertaraf olmasına yardımcı olacaktır¹¹¹. Bu duruma ilişkin olarak bir örnek¹¹² vermek gerekirse; bir ticaret şirketinden ayrılan bir işçinin aynı iş kolunda faaliyet gösteren rakip şirkete geçerek önceki şirketinde öğrendiği ticari sırları kullandığı iddiasıyla iki şirket arasında doğan uyuşmazlıkta, taraflar öncelikle alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurma ve görüşmeler sırasında sınırlı düzeyde getirilen belgelerde inceleme yapılması hususunda anlaşmışlar ve olayların başlangıcından nihayetine kadar altı aylık bir süreçte tüm ihtilafları çözümle sonuçlandırmışlardır.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün bir diğer faydası ise elde edilecek çözümün kanunun çizdiği belli dar sınırlar yerine her iki tarafın da menfaatlerine uygun olması yani her iki tarafın da kazanabildiği somut olaya en uygun çözümler

109 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.17.

110 Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”, s.499-501; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.12; Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.14.

111 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.265; Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.15.

112 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.259.

üretilebilmesidir¹¹³. Alternatif uyuşmazlık çözümünde taraflar bazen haklılıklarını değil de menfaatlerinin ileriye dönük olarak korunmasını amaçlar ve bu şekilde uyuşmazlıkta tatmin olurlar. Bu durum uygulamada kazan-kazan ilişkisi olarak adlandırılmaktadır¹¹⁴. Mahkemelerde ise bunun aksine kazan-kaybet anlayışı yaygındır.

Müessesenin uygulanmasına uyuşmazlığın tarafı olan devletleri ve kişileri teşvik eden diğer faydaları arasında; uyuşmazlığın konusunun alanında uzman kişi veya kişilerce incelenebilmesi, yargı yolunun açık olması nedeniyle yargısal yollara başvuruyu kısıtlamaması, mahkemelerdeki yargılamaya nazaran tarafların daha dostane tavırlar içinde olması ve toplumda uzlaşma kültürünü artırması sayılabilir¹¹⁵.

F. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Olumsuz Yönleri ve Gelişmesine Engel Olan Hususlar

Alternatif uyuşmazlık çözümünün uyuşmazlıkların çözümünde hukuk sistemlerine ve taraflara sağlayacağı faydalar yanında oluşturabileceği bir takım olumsuz durumlar da vardır. Ayrıca bazen olumsuz durumların sebep olduğu bazen ise istisnai olarak alternatif yolların gelişimini engelleyen durumlar da ortaya çıkmaktadır.

113 Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.158; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.16; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.16; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.9; Emre Akyıldız, "İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019, s.12; Erdoğan "Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri", s.33; Ildır, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", s.388; Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, s.41.

114 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.13; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.158; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.16; Erdoğan "Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri", s.33; Ildır, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", s.388; Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, s.41; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.16; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.9; Akyıldız, "İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi", s.12.

115 Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik", s.499 vd.; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.12 vd.; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.158; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.13 vd.; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.16 vd.

Uyuşmazlıkların çözümünde yargısal çözüm yolunun yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının devreye girebilmesi için öncelikle her iki tarafın da bu yola başvuruda ve uzlaşmakta istekli ve ayrıca çözüm aşamalarında egemen olmaları gerekir¹¹⁶. Süreç boyunca yüzeysel-bilinçsiz temaslar ve çözüm yolunun önemini kavramama gibi durumlar sürecin çözüme katkısını etkisizleştirecektir.

Alternatif uyuşmazlık yollarına katılan uyuşmazlığın tarafı olsun veya olmasın bütün kişi ve kurumların uyuşmazlığın çözümünü sekteye uğratacak davranışlardan kaçınmaları gerekecektir. Ayrıca üzerlerindeki tüm sorumlulukların bilincinde olmalıdırlar. Uyuşmazlığın tarafları çözümü sekteye uğratacak keskin çıkışlardan kaçınmalıdır. Uyuşmazlığı bir üçüncü kişiye taşıyacaklarsa seçilecek üçüncü kişinin tarafsızlığı, bağımsızlığı ile diğer beklenen nitelikleri konusunda hiçbir şüphe olmamalı üçüncü kişinin uyuşmazlık süreci ve konusu hakkında mesleki uzmanlığının, gizlilik noktasındaki bilincinin yeterli düzeyde olması gerekir¹¹⁷. Belirtilen hususlarda şüphe, tereddüt veya eksikliklerin yaşanması alternatif yollardan elde edilecek çözümle birlikte alternatif yollara olan başvuruları da engelleyebilecektir¹¹⁸.

Uyuşmazlık taraflarının ekonomik bakımdan farklı konumlarda bulunmaları hem uyuşmazlık sürecinin olumlu ilerlemesini engeller hem de çözüme ulaşıldığı takdirde çözümün her iki taraf açısından tatminkâr olmasını zedeler¹¹⁹. Tarafların ekonomik yönden farklılığı özgür ve rahat müzakere ortamına sekteye uğratacaktır. Ayrıca ekonomik yönden zayıf olan taraf güçlü olan tarafa göre kısıtlı savunma imkânlarından yararlanabilecek dolayısıyla hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir¹²⁰.

116 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.13; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.10; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.13.

117 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.306; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.158; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.13.

118 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.306.

119 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.300; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.22; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.159.

120 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.300; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.159.

Yukarıda sayılan durumlardan haricinde; tarafların birbirlerine olan güvenlerinin zayıf olması, bazen taraflarca alternatif yollara başvurunun zayıflık olarak algılanması, tarafların düşmanca tavır içinde bulunmaları, gizlilik ilkesinden kaynaklı varılan çözümlerin açıklanamaması dolayısıyla içtihat oluşumunu engellemesi ve alternatif yolların yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklarda kullanılabilmesi gibi haller alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumsuz durumları ve gelişmesine engel olan hususlar arasında sayılabilirler¹²¹.



121 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.257 vd. Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.159 vd.; Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, s.13 vd.; Cihangir, "Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu", s.16 vd.; Erdoğan “Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi, Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, s.33 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ARABULUCULUK

I. Arabuluculuk Kavramı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde en çok tercih edileni arabuluculuktur¹²². Arabuluculuk kısaca, uyuşmazlığın taraflarının arabulucu adı verilen üçüncü kişinin katılımıyla yapılan gizli görüşmelerle aralarındaki ihtilafı sona erdirmeye sürecini ifade etmektedir¹²³.

Arabuluculuk uygulamalarını da içine alan ayrıntılı bir diğer tanıma göre ise arabuluculuk, bağımsız ve taraflara eşit mesafede olan üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığın taraflarını, aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak amacıyla gizlilik içerisinde bir araya getirerek ilk etapta kendilerinin çözüm üretmelerini kolaylaştırmak amacıyla iletişim kurmalarını sağlamayı bunun mümkün olmadığını tespit ettiği durumda tarafların ve uyuşmazlığın özelliğine, niteliğine ve şartlarına uygun değerlendirmelerle uyuşmazlığı çözmeye yönelik önerileri taraflara sunmayı hedefleyen kural olarak ihtiyari bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur¹²⁴.

122 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.592; Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, s.88.

123 YEŞİLİRMAK, Ali, "Arabuluculuk Nedir?", *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, s.28 (Kısaltılışı: Yeşilirmak, "Arabuluculuk Nedir?"); Eminoğlu ve Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, s.29; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.17; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.27; Benzer tanımlar için bakınız: Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.12; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.64; Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.37; Azarkan, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", s.42; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.43; Yazar, "Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk", s.5; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.15; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.29; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.15; Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.39; Gökrem, "Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak ve Yükümlülükleri", s.4; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Taş, "Hukuk ve Siyaset Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri", s.33; Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.16.

124 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.17; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.27; Benzer tanımlar için bakınız: Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.12; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.64; Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.37; Azarkan, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", s.42; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.43; Yazar, "Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk", s.5; Eler,

Arabuluculuğun tanımı, son hukuksal düzenlemeler ve gelişmelerle birlikte HUAK m.2 ve HUAKY m.4'te:

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir.

şeklinde yapılmıştır.

Yukarıda verilen tanımlarda ortak olarak yer alan ifadelerden yola çıkarak arabuluculuğun genel esaslarının; taraflara eşit mesafede olan ve bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan bir arabulucunun varlığı, arabulucu tarafından ilk başlarda çözüm önerisine ilişkin açıklama yapılmaması yani tarafların müzakerelerine öncelik verilmesi, sürecin gizli işlemesi ve kural olarak tarafların ihtiyari olarak başvurmaları gibi durumlar olduğu söylenebilir. Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel esasları olan taraflarca ihtiyari olarak başvurulması, sürecin gizli olması ve tarafların iradelerinin uyuşmazlığın çözümünde etkin ve egemen olmasını içinde barındırdığından alternatif uyuşmazlık çözümü türlerinin içinde değerlendirilmektedir¹²⁵.

Birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun esasında, uyuşmazlığın ortaya çıkmasına sebep olan tarafların uyuşmazlığın çözümünde rol almaları vardır. Yani uyuşmazlığın tarafı olanlar çözüme ya kendileri ulaşacaklar ya da çözüme katkı sağlayacaklardır¹²⁶. Bu durumun uyuşmazlık çözümündeki görünümü, tarafların birbiriyle görüşerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları olabileceği gibi bunun

"Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Alkan, "Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", s.15; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.29; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.15; Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.39; Gökem, "Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak ve Yükümlülükleri", s.4; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.18; Taş, "Hukuk ve Siyaset Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri", s.33; Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.16; Jacqueline Noaln-Haley, "Mediation: The New Arbitration", Harward Negotiation Law Review, Vol.: 17: 61, Spring 2012, ss.61-95, s. 73.

125 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.592; Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler.)* s.77; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.9; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.8;

126 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.19.

mümkün olmadığı durumlarda yine kendilerinin katkısıyla üçüncü kişinin yardımını almaları da söz konusu olabilecektir¹²⁷. İşte bu noktada tarafların üçüncü kişinin yardımını almaları arabuluculuğu müzakereden ayırmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde üçüncü kişinin bulunması ve uyuşmazlık konusu hakkında çözüm üretmesi, öneriler getirmesi ve çözüm ortamını hazırlaması arabuluculuk kurumu ile uzlaştırmayı birbirine çok yaklaştırmaktadır¹²⁸. Öğretide iki kurumun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde birbiri yerine kullanıldığı¹²⁹ görülmekle birlikte iki kurum birbirinden farklıdır. Zira arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü hususunda tarafların iradesi baskın ve egemendir. Uzlaştırma da ise baştan itibaren uyuşmazlığın çözümünde takip edilecek usulü ve çözüm önerilerini uzlaştırmacı belirlemektedir¹³⁰. Arabuluculuğun temelinde tarafların menfaatlerinin dengelenmesi olduğu halde uzlaştırmada haklılık ve hukuk kurallarının uygulanması esastır¹³¹. Ayrıca taraflar uzlaştırma yolunun herhangi bir aşamasında arabulucuya başvurabileceklerinden arabuluculuk uzlaştırmayı kapsamaktadır denilebilir¹³². Hem arabuluculukta hem de uzlaştırmada bulunan ortak özellikler ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın sonlandırılması için hareket edilmesi, her iki yolda da elde edilen çözüm önerilerinin uygulanması için tarafların zorlanamaması ve çözümün tarafları bağlamaması olarak görülmektedir¹³³.

Yukarıda yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere arabuluculuk sürecinde arabulucunun görevi, taraflar arasındaki iletişim zemininin sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlamak ve devam ettirmek¹³⁴ böylelikle her iki tarafın menfaatine olan kalıcı çözüme ulaşmaktır. Ancak arabulucu tarafları çözüm için zorlayamaz ve kendi

127 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.19.

128 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.18.

129 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.592.

130 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.158; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.28; İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler.)* s.78.

131 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.28; Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.465.

132 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.465.

133 Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s.466 vd.; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.28.

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

önerisinin taraflarca kabul görmesi amacıyla baskıcı veya bağlayıcı girişimlerde bulunamaz¹³⁵.

Arabuluculuk sürecinin nihai amacı uyuşmazlığı tam olarak sona erdirmek olsa da müzakere ortamının sağlanmış olması, tarafların müzakereden memnun olarak ayrılmaları, kısmi olarak anlaşmalar sağlanması nedeniyle zaman ve ekonomiden tasarruf sağlamaları sürecin doğru bir şekilde yürütüldüğünü gösterecek ve bu katkılarından dolayı süreç başarılı kabul edilecektir¹³⁶. Bu nedenle arabuluculuk sürecinin doğru bir şekilde yürütülmesi önem arz etmektedir. Zira deneyim ve profesyonellik kazanmış bir arabuluculuk süreci, tarafların en azından belli bir tatmin duygusuna erişmesini sağlayacak, süreç olumsuzlukla sonuçlansa dahi taraf ilişkilerinin korunmasını hiç olmazsa daha fazla bozulmamasını temin edecek ve daha da önemlisi tarafların bir kez daha arabuluculuk veya diğer alternatif yollara başvurmalarının önünü açacaktır¹³⁷.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun bir türü olduğundan arabuluculuğun yargı yoluna nazaran uyuşmazlık çözümüne sağladığı faydalar veya ortaya çıkarabileceği olumsuz durumlara yukarıda yeterince yer verildiğinden tekrara düşmemek amacıyla bu bölümde yer verilmemiştir.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuk Uygulamaları

A. İslam Hukuku

İslam dini, insanın kendi nefis ve benliğini ıslah etme gayretiyle birlikte diğer insanlara da bu konuda katkı sunmayı ve yardım etmeyi, insanlar arasındaki uyuşmazlıkları düzeltmeyi ve barışı tesis etmeyi ona bir vazife olarak yüklemiştir. Ayrıca bu durumu faziletli ve ahlaken yüksek bir değer olarak kabul etmiştir¹³⁸.

İnsanlar arasında ortaya çıkması kaçınılmaz olan uyuşmazlıkları çözmek için İslâm dininin belirlediği bazı müesseseler ve vasıtalar bulunmaktadır. Bu vasitalardan birisi olarak karşımıza çıkan ve İslâm hukukunun temel kaynakları olan

135 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.22.

136 Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.30

137 Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.30.

138 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.61.

Kur'an ve Hadislerde teşvik edilen arabuluculuk, uyuşmazlıkları kısa ve kolay bir şekilde sona erdirmekte ve barışçıl bir toplum oluşturmaya katkı sağlamaktadır¹³⁹.

Kur'an-ı Kerim'de arabuluculuk uygulamalarına örnek olarak birçok¹⁴⁰ ayet gösterilmektedir. Hucurat Suresi 9. Ayette mealen *“Eğer müminlerden iki gurup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse artık aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, âdil davrananları sever.”* denilerek uyuşmazlıkların tarafları anlaşmaya, diğer insanlar ise tarafların aralarını bulmaya teşvik edilmektedir. Aynı surenin devam eden 10. ayetinde ise *“Müminler ancak kardeşirler. Öyleyse kardeşlerinizin arasını düzeltin ve Allah'tan korkun ki esirgenesiniz.”* hükmüyle inananların kardeşliği vurgulanarak bozulan ilişkilerde ara bulmanın önemi pekiştirilmiştir. Yine Enfal Suresi 46. ayette *“Allah ve Resulüne itaat edin, birbirinizle çekişmeyin; sonra korkuya kapılırsınız da kuvvetiniz gider. Bir de sabredin. Çünkü Allah sabredenlerle beraberdir.”* âmir hükmüyle çekişmelerin ve nizaların devamının toplumsal barış ve birlikteliğin bozulmasına sebep olacağına dikkat çekilmektedir¹⁴¹.

Hiz. Muhammed (A.S.M)'nin örnek uygulamalarında ve tavsiyelerinde de arabuluculuk müessesesinin örnekleri görülmektedir. Bu uygulamalar arasında ilk akla gelen olaylardan birisi de Hacerül Esved taşının yerleştirilmesi olayıdır. Söz konusu olay şu şekilde¹⁴² cereyan etmiştir: Kâbe'nin eşraf tarafından tamirinden sonra Hacerü'l-Esved'in yerleştirilmesi gerektiğinde, bu durumun bir övünç kaynağı olmasından dolayı aile ve kabile liderleri arasında taşın kimin tarafından yerleştirileceği hususunda uyuşmazlık çıkar ve aralarında anlaşamazlar. Bu durum üzerine taraflar, dost ve düşmanlarının tasdikiyle dahi güzel ahlakta, doğruluk ve

139 Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.132.

140 Bakara, 2/188; Fussilet, 41/34; Hucurat, 49/9-10; Al-i İmran, 3/103; Enfal, 8/46; Nisa, 4/35-128.

141 Aile hukukuna ilişkin olarak verilen örneklerden birisi de *“Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından endişeye düşerseniz, o vakit kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”* şeklindeki hükmüdür. (Nisa, 4/34) Hükümde geçen hakem sözcüğünün teknik anlamda arabuluculuğa işaret ettiğine ve hükme ilişkin açıklamalar için bakınız: Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.115 vd.

142 Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.120; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.42.

eminlikte en yüksek derecede olan Hz. Muhammed (A.S.M)’in¹⁴³ arabuluculuğuna başvururlar. Hz. Muhammed (A.S.M) da kabul ederek şu şekilde uyuşmazlığı çözer: Önce hırkasını çıkararak yere serer ve Hacerü’l-Esved’in, hırkasının üzerine konulmasını ister. Taş hırkanın üzerine konulur ve tüm taraflar hırkanın uçlarından tutarak taş Kâbe’deki yerine yerleştirilir. Sonuç olarak tarafların arasındaki uyuşmazlık sona erer¹⁴⁴.

İslâm, insanların birbirine güvenle yaklaştığı, aralarındaki anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların ilanihaye devam etmediği yani kin ve hasedin olmadığı, hak ihlallerine dikkat edildiği sağlıklı bir toplum amaçlamaktadır¹⁴⁵. İslâm Hukuku da bu amacı gerçekleştirmek üzere insanları sık sık mahkemelerde karşı karşıya gelmekten korumak ve mahkemelerin iş yükünü azaltmak maksadıyla arabuluculuk müessesesini tavsiye etmektedir¹⁴⁶.

İslâm hukukunun en güzel uygulamalarından bir tanesini yansıtan Hz. Ömer döneminde Hz. Ömer (R.A) Kuf’e Kadısı Ebu Musa El Eş’ari’ye gönderdiği yargı talimatnamesinde “*Husumetin taraflarını arabuluculuk için yönlendirin. Zira davaların mahkeme kararıyla sonlanması onlar arasında düşmanlığa sebep olabilir.*” şeklindeki beyanıyla arabuluculuğun adalet sistemindeki ve toplumsal barışı ayakta tutmaktaki önemine vurgu yapmıştır¹⁴⁷.

İslam hukukunda uyuşmazlık çözümünde tarafların dışındaki üçüncü kişi konumundaki arabulucular muslihun adıyla anılmakta ve mahkeme sürecinin başında veya devamında hâkimin görevlendirmesiyle tarafların memnuniyeti esasına göre

143 Ebû Muhammed Abdülmelik b. Hişâm, *Es-Sîretü’n Nebeviyye*, tahk.: Mustafa Es-Sakka, Kahire 1955, C. 1, ss. 192-197.

144 Hz. Muhammed (A.S.M.) hadisleriyle de arabuluculuğu teşvik ve tavsiye etmiştir. Buna ilişkin hadislerin bazıları şu şekildedir: “*Haramı helâl yahut helalı haram yapan çeşidi hariç, Müslümanlar arasında sulh caizdir*” (Tirmizî, es-Sünen, Ahkâm s.17; Ebû Dâvûd, es-Sünen, Akdiye s.12); “*Pazartesi ve Perşembe günleri, Müslüman kardeşi ile arasında kin, düşmanlık ve kırgınlık bulunanlar hariç, Allah’a ortak koşmayan herkesi affetmek için Cennet kapıları açılır. Sonra Cenabı Hak şöyle buyurur: Bu iki kişi anlaşıp barışana kadar bekleyin*” (Müslim, el-Câmiu’s-sahîh, el-Birr ve’s-Sıla s.11.) Diğer örnekler için bakınız: Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.118 vd.

145 Bora, “Arabuluculuk Sözleşmesi”, s.41.

146 Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.132.

147 Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, s.121; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.61; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.61; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.37.

görev yapmaktaydılar¹⁴⁸. Hukukumuzdaki arabuluculuk uygulamaları ile İslam Hukuku arabuluculuk uygulamaları, arabulucunun önerdiği çözümün tarafları bağlamaması, uygulanan usul kurallarının esnek olması, ispat vasıtalarının kullanılmaması, gönüllülük ve fedakârlık ilkelerinin esas olması ve görüşmelerin gizlilik içerisinde sürdürülmesi ve benzeri noktalardan büyük benzerlikler içermektedir¹⁴⁹.

Arabuluculuk, İslam Hukukunda teknik olarak sulh akdinin ön aşaması olarak kabul edilmektedir. Yani arabuluculuk sulh akdine giden bir yolun başlangıcıdır. Ancak İslam hukukunda arabuluculuk bir akit olmaması, yazılı olmaması ve bir bedele bağlanmaması hususlarından dolayı sulhten tamamen farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁰.

Yukarıda yer alan İslam'ın temel kaynaklarından da anlaşılacağı üzere arabuluculuk ahlaken her Müslümanın yerine getirmesi gereken bir görevdir. Bununla birlikte yargısal mercilere yardımcı olacak konumdaki arabulucunun birtakım niteliklere sahip olması gerektiği İslam hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Bu niteliklerin başında özellikle aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda rol alacak arabulucunun genel hukuk bilgisine ve iletişim becerilerine sahip olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵¹. Arabulucunun sahip olması gereken hukukçular tarafından da belirtilen diğer özellikleri ise; Müslüman olması, eda yani fiil ehliyetine sahip olması, dini konularda duyarlı haramlardan ve şüpheli şeylerden kaçınma konusunda bilinçli olması, bedenlen sağlam ve sıhhatli olması, İslam'ın temel kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve Hadislere vukufiyeti bulunması, sabırlı ve dikkatli olması, güvenilir ve objektifliğiyle bilinir olması ve ikna kabiliyetinin yüksek olması gibi özelliklerdir¹⁵².

Arabuluculuk ve benzeri uygulamalara, İslam Hukukunun uygulandığı bir diğer örnek olan Osmanlı Devletinde, bölümleri 1868-1876 yılları arasında

148 Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s.110.

149 Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s.110 vd.

150 Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s.112-113.

151 Ahmet Akgündüz, "Hakem", *Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları İslam Ansiklopedisi*, 1997/15, s.172; Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s.120.

152 Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s.123 vd.

peyderpey yürürlüğe konulan Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan bir komisyon tarafından Hanefi Mezhebi imamlarının içtihatlarına göre düzenlenmiş ve aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğunun modern anlamda ilk kanuni düzenlemesi olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye¹⁵³ de rastlanmaktadır¹⁵⁴. Toplam 16 kitap olarak hazırlanan Mecellede ayrıntılı olarak borçlar hukuku, eşya hukuku, usul hukukuna; esas hatlarıyla ise kişiler, aile ve miras hukuklarına yer verildiğinden Mecelle, hazırlandığı dönemin ihtiyaçlarına cevap veren ileriki dönemlere ise ışık tutabilecek bir özel hukuk kanunu olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁵.

Mecelle'nin 16 Eylül 1876 tarihinde yürürlüğe konulan 16. ve en son kitabı olan Kitab-ı Kaza'nın (Yargılama Kitabı) dördüncü bölümünde tahkim bölümüne yer verilmiştir. Her ne kadar söz konusu bölüm başlığının adı tahkim olsa da bölümde yer alan hükümlerin günümüzde arabuluculuğu karşıladığı kabul edilmektedir¹⁵⁶. Mesela Mecelle'nin m.1851 *"Bir kimse hakem tayin edilmediği halde, iki kişi arasındaki davayı çözümledikten sonra, iki taraf ona razı olsalar ve onun kararını onaylasalar yani icazet verseler, hakemin kararı yerine getirilmesi gereken bir hüküm olur"* şeklindedir¹⁵⁷. Hükme göre hakem yetkisi verilmeyen üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarına önerdiği çözümün taraflarca kabul edilmesi halinde artık bu çözüm taraflar için bağlayıcı olacaktır ve icra edilebilir bir hüküm oluşacaktır. Ancak tarafların bu çözümü kabul etmemeleri halinde herhangi bir bağlayıcılık söz konusu olmayacaktır¹⁵⁸. Öğretide bu duruma aşağıda da değinileceği üzere değerlendirici arabuluculuk denilmektedir¹⁵⁹.

153 Bundan sonra "Mecelle" adıyla anılacaktır; Eserin orijinal metnine, Osmanlıca metnin Latin alfabesiyle yazılışına ve güncel Türkçesine ulaşmak için bakınız: Yaşar Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Osmanlıca Aslı, Günümüz Alfabesiyle Yazımı, Güncel Türkçesi Birlikte)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

154 Yaşar Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Osmanlıca Aslı, Günümüz Alfabesiyle Yazımı, Güncel Türkçesi Birlikte)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.9; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.65; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.42.

155 Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, s.8; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.66.

156 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.66; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.43.

157 Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, s.596.

158 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.67.

159 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.67.

Mecelle’de benzer nitelikteki bir diğer hüküm ise şu şekildedir: *"Akrabalar arasında olan veya iki tarafın sulhe rağbet etmeleri umulan çekişmelerde hâkim bir veya iki defa taraflara sulh olmayı tavsiye eder ve uyarıda bulunur. Kabul ederlerse Sulh Kitabında yer alan konulara göre sulh eder. Ve kabul etmezlerse yargılamayı tamamlar"*¹⁶⁰. Hükümde akrabalar arasında cereyan eden uyuşmazlıklarda hâkimin sulh ihtimalini gördüğü zaman tarafları sulhe yönlendirmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir uygulama ise İlk Türk Aile Hukuku Uygulamalarını içinde barındıran ve günümüzde düzenlemeleri planlanan aile arabuluculuğuna da ışık tutabilecek mahiyette¹⁶¹ olan 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesidir¹⁶². Aile Kararnamesinin 130. maddesi¹⁶³ aile uyuşmazlıklarında çözüm yolu olarak aile meclisinin uygulamaya konulması şekli düzenlenmiştir¹⁶⁴. Maddede belirtilen aile meclisi, eşler arasındaki uyuşmazlıklarda her iki taraftan da seçilen hakemlerle oluşturulmaktadır. Eğer ailelerden hakem bulunamazsa hâkim hakemleri aile dışından atamaktadır. Bu çözüm yolunun uygulamasında önce ailelerden seçilen hakemler eşlerin arasındaki uyuşmazlığı çözmeye ve eşleri barıştırmaya çalışır. Bu aşamada çözüme ulaşılamazsa tahkim yoluyla taraflar hakkında bağlayıcı kararlar alınır. Bu noktada ilk aşamada arabuluculuk yoluna gidilmesi, çözüm alınamaması durumunda bağlayıcı tahkim yoluna geçilmesi

160 1826. maddenin orijinal şekli şu şekildedir: *"Akriba beyninde vuku' bulan veyahut tarafeynin sulha rağbetleri me'mul olan muhasamada hâkim bir veya iki defa tarafeyne musâlehayı tavsiye ve ihtar eder; muvafakat ederlerse kitab-ı sulhde münderiç olan mesâile tevfikan müsâleha eder ve muvafakat etmezlerse muhakemeyi itmam eder."* Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, s.588.

161 Ahmet Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", *Darülfünun İlahiyat Dergisi*, 30/2, ss. 311-336.

162 Söz konusu kararname 8 Ekim 1917’de yürürlüğe konmuş ancak 1919’da İtilaf devletlerinin İstanbul’u işgaliyle Yüksek Komiserya tarafından tam 1 yıl 9 ay 11 gün sonra yürürlükten kaldırılmıştır.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.68.

163 Aile Kararnamesi m. 130: *"Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailesinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamazsa veya bulunup da hakem olarak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadat ve müdafaatını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaa eyler. Hakemler ittîfak edemezler ise hâkim evsaf-ı lazıme haiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kati ve nakabil-i itirazdır"* şeklindedir. Kararnamenin diğer maddeleri ve ayrıntılı bilgiler için bakınız: Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi*, Konya 2012, s.16.

164 Aile Kararnamesinde yer alan aile meclisinin kaynağını oluşturan ayete ulaşmak için bakınız: Nisa, 4/34; dipnot:140.

nedeniyle kararnamede belirtilen çözüm yolu; yukarıda da açıklamalarına yer verilen modern anlamda arabuluculuk-tahkim (med-arb) uyuşmazlık çözüm yolunun bir görünümü olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Sonuç olarak, Osmanlı Adliye Teşkilatında teknik anlamda arabuluculuk faaliyetini muslihun denilen arabulucular yürütmekteydi. Düzeltip iyileştiren demek olan muslihun, günümüzde olduğu gibi uyuşmazlıklar mahkemeye gelmeden önce uyuşmazlığı tarafların rızasına dayanarak çözmek için nasihat ederler, tarafları anlayışlı, sabırlı ve fedakâr davranmaya davet ederler ve böylelikle tarafları uygun bir çözümde birleştirmeye çalışırlardı¹⁶⁶. Aynı zamanda mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yardımcı olarak mahkeme öncesinde uzlaşa ile sonlandırılabilen uyuşmazlıkları çözerlerdi. İstanbul Kadı sicillerinde birçok uyuşmazlığın muslihun yani arabulucular yoluyla çözüldüğüne¹⁶⁷ ilişkin belgeler bulunmaktadır¹⁶⁸. Bu başlığı Hafız-ı Şirazi'nin¹⁶⁹ insanın sosyal ilişkilerini düzene koymak ve toplum

165 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.70; Temel, İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları, s.324.

166 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.68.

167Musa b. Ali’nin ortak oldukları tarlalarını ziraat eden Seyyid Hüseyin ile aralarında çıkan uyuşmazlığı Muslihun yoluyla çözdüklerine dair ve İstanbul Kadı Sicillerinde yer alan bir örnek şu şekildedir: "...Es-Seyyid Hüseyin işbu târîh-i i'lâma gelince on beş seneden berü tarla-yı mezkûrlarda olan nısf hissemi kendi hissesiyle ma'an zabt ve zirâ'at etmekle sinîn-i mezkûrede lâzım gelen ecr-i mislini mezbûr es-Seyyid Hüseyin'den taleb ederim [deyü da'vâya] tasaddî eylediğimde beynimizde muslihûn tavassut edip beni da'vâ-yı mezkûremden otuz guruş üzerine sulh eylediklerinde ben dahi sulh-ı mezkûru kabûl ve sâlifü'z-zikr tarlanın ecr-i misline ve bi'l-cümle husûs-ı mezkûra müte'allika âmme-i de'âviden mezbûr es-Seyyid Hüseyin'in zimmetini ba'de'l-ibrâ ve'l-kabûl bedel-i sulh-ı merkûm otuz guruşu edâ ve teslim eylemek üzere ta'ahhüd ve bu vechile kat'-ı münâza'a eylediklerini mezbûr es-Seyyid Hüseyin tasdik eylediği tescil ve bi'l-iltimâs huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu." Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, M.1790-1793, C.81, s. 373, Hüküm No:488, Orijinal metin no: 42b-1, <http://www.kadısicilleri.org/>, (19.04.2020).

168 Söz konusu sicil kayıtları için bakınız: <http://www.kadısicilleri.org/>, (19.04.2020).

169 "Gerçek adı, Hacı Şemseddin Muhammed olan Hafız-ı Şirazi, on dördüncü yüzyılda yaşamış İranlı bir şairdir. Öğrenimi sırasında Kur'an-ı Kerim'i ezberlediği için "Hâfız" lakabını almıştır. Dinî ilimlerin yanı sıra başta Arap edebiyatı olmak üzere çok iyi bir edebiyat kültürü de aldığı şiirlerinden anlaşılmaktadır. Bunun dışında eserlerinde, döneminin musikisi ve çeşitli sanatları hakkında bilgi edindiğine ve iyi satranç oynadığına dair bilgilere de rastlanmaktadır. Bir rivayete göre Timur Şiraz'ı aldıktan sonra yeni vergiler koymuş, Hafız'a da küçük bir miktar vergi isabet etmişti. Hâfız bu miktarı da veremeyecek halde olduğu için Timur'a başvurup durumunu arz etmiş ve Timur'un, kendisinin, "Eger an Türk-i Şîrâzî bedest âred dil-i mârâ / Behâl-i hindüyeş bahşem Semerkand ü Buhârârâ" (Eğer o Şirazlı Türk gönlümüzü tutsak ederse yanağındaki siyah ben için Semerkant'ı ve Buhara'yı bahşederdim) beytini okuyup, "Sevgilisinin yüzündeki bir ben için Semerkant'ı ve Buhara'yı veren insan nasıl yoksul olur?" demesi üzerine, "Bu kadar cömert olduğumuz için bu hale düştük" cevabını vererek hükümdarın sempatisini kazanmış ve vergi ödemekten kurtulmuştur. Hâfız divanı, Türkiye'de Mesnevi ve Gülistan'dan sonra en çok okunan Farsça metinlerin başında gelir. Hem Fars dilinin hem de belâgat konularının öğretiminde

barışını sağlamak noktasında çok yardımcı olacak şu hikmetli ve özlü sözüyle bitirmek yerinde olacaktır: *"İki cihanın rahat ve selametini iki harf tefsir eder kazandırır: Dostlarla mürüvvetkârâne muaşeret, düşmanlarla sulhkârâne muamele etmektir¹⁷⁰."* Yani iki dünya ve ahiretini rahatla ve selamtle geçirmek isteyen dostlarıyla iyi geçinmeli, onlara yardım ve iyilikte bulunmalı; anlaşmazlıklar ile düşmanlıklara karşı ise sulh ve barışma yolunu esas tutmalıdır.

B. Alman Hukuku

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve tabi arabuluculuğun sistematik olarak ilk gelişimlerinin Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde yaşandığını yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla Kıta Avrupası ülkelerinde arabuluculuk uygulamaları gelişmeleri Anglo Sakso hukuk sisteminin uygulandığı ülkelere nispeten yeni tarihlere dayanmaktadır¹⁷¹.

Avrupa Birliği hukukunda ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi ve arabuluculuk uygulamaları noktasında bir takım önemli gelişmeler yaşanmış ve bu gelişmeler arabuluculuk uygulamalarının Avrupa Birliği ülkelerinde yaygınlaşmasına yardımcı olmuştur¹⁷². Avrupa Birliği, üye ülkelere arabuluculuğun ve alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin daha fazla uygulamada yer alması noktalarında çağrılarda bulunmuştur. Bu çağrıların en önemlileri arasında Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2002 yılında yayınlanan Avrupa Birliği Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap gösterilebilir¹⁷³. Bu çalışma ile uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun işletilmesine ilişkin genel ilke ve esaslar belirlenmiştir. Avrupa Birliği'nde yaşanan bu gelişmeler

ezberletilen şiirler arasında Hafız'ın şiirlerinin önemli yeri vardır. *Hâfız Divanı Türkçe* 'ye ilk defa Abdülbaki Gölpınarlı tarafından tercüme edilmiştir (İstanbul 1944). Hafız'ın Divanı ve şiirleri üzerine Batı'da çeviri ve metin neşri olarak çok sayıda çalışma yapılmıştır. Bazı diller için divanın tamamı bazıları için ise içindeki bazı bölümleri; Almanca, İngilizce, Fransızca, Rusça, Çekçe, Tatarca, Urduca gibi dillere çevrilmiştir. *Hâfız 1389 veya daha kuvvetli bir ihtimalle 1390 yılında İran'ın Şiraz kentinde ölmüş ve bugün türbesinin bulunduğu Hâfızıye semtine defnedilmiştir.*"

Tahsin Yazıcı, "Hafız-ı Şirazi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 1997/15, ss.103-106.

170 Hâfız-ı Şirazi, *Hâfız Divanı*, İhracizade İsmail Hakkı (haz.), Abdülbaki Gölpınarlı (çev.), s.7.

171 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.34.

172 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.41.

173 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.39.; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.41; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.34.

Ülkelerin i mevzuatlarındaki düzenlemelerin oluşumuna ve gelişmesine katkı saęlamıřtır¹⁷⁴.

Avrupa Birliği uygulamasında ayrıca 2003 tarihli Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararı, 2004 yılında yayınlanan Avrupa Birliği Komisyonu Arabulucuların Görevlerini Yürütürken Uyması Gereken Etik Kurallara İlişkin Tavsiye Kararlar ve 2008'de Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi arabuluculuğa ilişkin diğer düzenlemeler olarak gsterilebilir¹⁷⁵.

Avrupa Birliği'nin kurucu ülkelerinden olan Almanya'da da özellikle 2008'de yayınlanan yönergeden ve diğer düzenlemelerden etkilenilerek birtakım gelişmeler görülmüştür. Almanya'da 1950 yılında Alman Medeni Kanunu (ZPO) ile zorunlu sulh (m.279) uygulaması ve 2000 yılında Medeni Usul Kanununun Yürürlüğü Hakkındaki Kanun (EGZPO) ile dava şartı arabuluculuğa (m.15) ilişkin düzenlemeler yapılırsa da bunlar Almanya'da arabuluculuğun etkin bir şekilde uygulanmasında yeterli olamamıřlardır¹⁷⁶. Söz konusu düzenlemelerden sonra 26.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Alman Arabuluculuk Kanunu hem önceki düzenlemeleri işlevsel hle getirmiş hem de arabuluculuğun hukuk sisteminde yaygınlaşmasını sağlamıştır. Sözü edilen kanunda; arabuluculuğun tanımı, arabulucuların eğitimi ve aranan nitelikler, arabulucuların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, arabuluculuk süreci boyunca arabulucuların dikkat etmesi gereken görüşme içeriklerini, belgeleri ve taraf sırlarını gizleme, tarafların iradelerine üstünlük tanıma ve benzeri hususlar dzenlenmiřtir¹⁷⁷.

Alman Arabuluculuk Kanununda hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözülebileceğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla her türlü hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk yolu ile zlebilecektir¹⁷⁸. Türkiye'deki

174 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı erevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.41.

175 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.39.

176 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.36.

177 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.35; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.36; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.150.

178 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.150.

arabuluculuk düzenlemelerinden de farklı olarak Alman Arabuluculuk Kanununa göre gizlilik ilkesi yalnızca arabulucular için geçerlidir. Taraf vekilleri yahut taraflar birbiri hakkında öğrendikleri bilgilerden dolayı sır saklama yükümlülüğü altında değildirler¹⁷⁹.

EGZPO 15/A maddesiyle özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu hale getirilebilmesi noktasında eyalet meclislerine yetki verilmiştir¹⁸⁰. Buna göre eyalet meclisleri belirledikleri uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alabileceklerdir. Bu cümleden olarak başta Bavyera eyaleti olmak üzere birçok eyalet arabuluculuk yoluna ilişkin düzenlemeleri hayata geçirmişlerdir. Bavyera eyaletinde yapılan arabuluculuk düzenlemeleri özellikle dava şartı arabuluculuk bakımından Türk Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hazırlanırken model alınan düzenlemelerden birisi olarak belirtilmektedir¹⁸¹. Bavyera Arabuluculuk Kanununda, tarafların arasındaki uyuşmazlığın konusu dava şartı arabuluculuk kapsamına giriyorsa talepte bulunan kişi karşı tarafın onayını almadan arabuluculuk sürecini başlatabilir ve böylelikle zamanaşımı suresini durdurabilir¹⁸².

EGZPO m.15/a'ya göre konusu 750 Euro'ya kadar olan uyuşmazlıklar, komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar¹⁸³, hakaret, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlar gibi kişilik hakkı ihlallerinden kaynaklanan tazminat davaları, sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalar, eşitlik ilkesine aykırılık iddialara dayalı tazminat davaları için arabuluculuk ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisinin kullanılması zorunludur¹⁸⁴. Bu zorunluluğa dikkat edilmeden açılan davalarda mahkemeler davanın reddine karar vermelidirler. Söz konusu

179 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.151.

180 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.37.

181 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.38.

182 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.38.

183 Mesela; gürültü yapılması, araziye ağaç taşması vb.

184 Bulur, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", s.36; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.59; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.35; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.38; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.160; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.48; Söz konusu maddenin 2. Fıkrasında ise dava şartı arabuluculuğa başvurulamayacak haller düzenlenmiştir. Hükme göre Türkiye'deki ilamsız icra takibine konu olabilecek uyuşmazlıkların karşılığını oluşturan durumlar ile aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa başvurulamayacaktır.

maddenin Alman Anayasasında yer alan hak arama hürriyetini engellediği ve mahkemelerin yargılama yetkisini kısıtladığı yönündeki başvuruyu Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 2007 yılında reddetmiştir¹⁸⁵.

Almanya’da arabuluculuk yapabilmek için hukuk fakültesinden mezun olma şartı bulunmamakla birlikte belli standartları olan bir arabuluculuk eğitimini de tamamlamak gerekmemektedir. Yalnızca enstitüler tarafından verilen 120 saatlik eğitimin 12 saati Arabuluculuk Kanunu eğitimi olarak değerlendirilip bu eğitim arabuluculuk için yeterli kabul edilmektedir¹⁸⁶. Arabuluculuk Kanununun 5. ve 6. maddeleri arabuluculuğun kalitesini artırmak amacıyla sertifikalı arabulucu unvanı ihdas etmiş ve bu arabulucuların zorunlu ve sertifikalarının devam etmesi için sürekli eğitimini düzenleme amacıyla Federal Adalet Bakanlığı’na yetki vermiştir. Ancak bu düzenleme sertifikasız arabulucular için geçerli olmadığından onların eğitimi, bilgi ve deneyimleri konusunda kendilerini kanıtlamaları gerekmektedir¹⁸⁷.

C. İngiliz Hukuku

ABD ile birlikte Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen İngiltere’de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve arabuluculuğa olan yönelim ve kat edilen gelişme özellikle ABD’deki gelişmelerden sonra gerçekleşmiş ancak ülkenin hukuk sisteminin kemikleşmiş ve kökleşmiş devlet yargısının alternatif yollar yanında işlevini yitireceği düşüncesi arabuluculuğun gelişimini yavaşlatmıştır¹⁸⁸.

İngiltere’de Lord Harry Woolf tarafından 1994-2000 yılları arasında yapılan “Adalet Erişim” adlı çalışmalar sonucunda hazırlanmış raporlar ve tavsiyeler, alternatif uyuşmazlık çözümünün ve arabuluculuğun gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Söz konusu çalışmalarda, taraflar; mahkeme aşamasına geçilmeden önce veya mahkeme aşamasında alternatif çözüm yollarına başvurarak uyuşmazlığın sona erdirilmesi ve böylelikle tarafların anlaşmaları ayrıca çalışmada tarafların

185 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.38.

186 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.39.

187 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.153; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.39.

188 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.31.

açtıkları dava sürecinde de anlaşarak davayı sona erdirmeleri veya dava açmamaları hususlarında teşvik edilmektedir¹⁸⁹.

Yürürlüğe girmesinde ve içeriğinde yukarıda sözü edilen çalışmanın büyük etkileri olan ve 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe giren İngiliz Hukuk Usulü Kurallarına göre mahkemeler uyuşmazlığın taraflarını, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmak ve dava yönetimi konusunda çözüme yönelik mahkeme ile işbirliği yapmak konularında teşvik etmekle yükümlüdürler¹⁹⁰. Mahkemelerin bu konudaki tavsiye ve teşviklerine karşı, özellikle tarafların alternatif yollardan yararlanmasının mahkeme yargısını kullanmaya göre daha uygun olacağının belirlendiği durumlarda, kayıtsız olan taraflar dava sonucunda haklı çıksalar dahi yargılama masraflarından sorumlu tutulabileceklerdir. Mahkeme yargılama masraflarından kimi sorumlu tutulacağı konusunda uyuşmazlığın çözümü süreçlerinde tarafların takındıkları tutum ve gayretleri nazara almaktadır¹⁹¹.

İngiliz Mevzuatında her ne kadar genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenlemeler yapılmış olsa da mahkemelerin dava açılmadan önce yapılan başvurularda tarafları arabuluculuk yoluna yönlendirdikleri görülmektedir. Mahkemenin, davacı tarafı arabuluculuk yoluna gitmesi için teşvik etmesine rağmen davacının bu yola gitmeyip dava açması ve nihayetinde haklılığına karar verildiği halde yargılama masraflarına hükmedildiği duruma ilişkin örnekler bulunmaktadır. İngiliz İstinaf Mahkemesi, daha sürecin başında ilk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru için teklifte bulunulduğu halde bu teklifi reddeden davacı şirketin haklılığının tespit edilmesine rağmen yargılama masraflarının davalı aleyhine hükmedilmesinin uygun olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi; mahkemenin arabuluculuk yoluna gidilmesini tavsiye ettiği takdirde, bu yolun taraflarca ve vekillerince değerlendirilmesinin üzerlerine düşen bir görev olduğunu

189 ÖZMUMCU, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74/2, s.816 (Kısaltılışı: Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”); Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.32.

190 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.32.

191 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.366; Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, s.816.

belirterek makul olmayan bir sebeple arabuluculuğa gitmeyi reddeden haklı davacıyı yargılama masraflarından sorumlu tutmuştur¹⁹².

Mahkemeler, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı alternatif yollarla çözmek istedikleri durumda taraflara teşvikler ve kolaylıklar sağlayacakları yukarıda belirtilmiştir. Buna göre taraflar dava aşamasında, arabuluculuk yoluyla anlaşabileceklerini belirtirlerse dava re'sen bir aya kadar ertelenecek, dava süreci duracak ve taraflara anlaşmaları için bir aya kadar süre verilebilecektir¹⁹³. İngiltere'de Ticaret Mahkemesi, içinde kraliçenin görevlilerinin de bulunduğu ticari uyuşmazlıklarda uzman hâkimlerden oluşan yüksek bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüksek Ticaret Mahkemesi, davanın ön aşamasında mahkeme hâkiminin uyuşmazlığın alternatif yolların uygulanmasına uygunluğunu araştırmasını, eğer uygun ise tarafları arabuluculuk veya diğer bir alternatif yola teşvik etmesini, hatta taraflara alternatif yollara başvuru emrini verebileceğini belirtmiştir. Alternatif çözüm yolu ya da arabuluculuk süreci tarafların anlaşamaması ile sonuçlanırsa, taraflar anlaşamadıklarına ilişkin bir belge ile mahkemeye bildirimde bulunacaklardır¹⁹⁴.

İngiltere'de medeni ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların, dava süreci başlamadan önce ve sonra birlikte olmak üzere %85-%95'i tarafların anlaşmasıyla neticelenmektedir. Verilerin yüksekliği, arabulucuların ve arabuluculuk sürecinin denetimsizlik ve takipsizliğinin yetersiz istatistiki bilgiye sebep olmasıyla beraber ülkedeki uzlaşma kültürünün yüksekliğiyle de açıklanmaktadır¹⁹⁵. İngiltere'de arabuluculuk sürecinin işleyişine ilişkin bir arabuluculuk kanunu ise bulunmamaktadır.

Günümüzde İngiltere'de arabuluculuk kurumunun yaygın ve etkin olarak kullanıldığı söylenmektedir. Dava şartı arabuluculuk mevzuatta düzenlenmemiş olmakla beraber, yukarıda da belirtildiği üzere yüksek mahkeme kararlarının

192 Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", s.816.

193 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.366; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.33.

194 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.179.

195 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.177; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.40.

arabuluculuk sürecini fiilen zorunlu kıldığı haller de bulunmaktadır. Bu durumun nedeni olarak ihtiyari arabuluculuk uygulamalarında elde edilen başarılar gösterilmektedir¹⁹⁶.

İngiltere’de arabulucu olarak çalışabilmek için eğitim ve staj zorunludur. Eğitimler 40 saatten az olmayacak şekilde Etkili Çözüm Merkezi, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Grubu gibi birkaç belirli kurum ve kuruluşlar tarafından verilebilmektedir. Verilen eğitimler İngiltere ve Galler Hukuk Topluluğu ve Baro Konseyi tarafından onaylanıp Sivil Arabuluculuk Konseyi tarafından da tanınmaktadır¹⁹⁷.

İngiltere’de arabulucu olabilmek için hukukçu olmak gerekmez. Hatta bazı alanlarda yaşanan uyuşmazlıklarda o sektörde uzmanlaşmış kişilerin arabulucu olarak görev yaptığına ilişkin genel uygulamalara rastlanmaktadır. Mesela yazılı inşaat sözleşmelerinde ve sanayi alanında yaşanan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın çözüm sürecinde genellikle alanında deneyim sahibi ve uzmanlığı bulunan konusuna göre uzman, mimar ya da mühendis gibi profesyonel meslek sahipleri görev yapmaktadır¹⁹⁸.

Arabuluculuk uygulamalarının genellikle ticari uyuşmazlıklar, aile hukuku uyuşmazlıkları, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan tazminat davalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kullanıldığı görülmektedir¹⁹⁹.

D. Avusturya Hukuku

Avusturya, Avrupa’da arabuluculuğun gelişimine katkı sağlayan ve arabuluculuk kullanımı yaygın olan ülkelerden birisidir. Bu durumun önemli sebeplerinden birisi 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Arabuluculuk Kanunu'dur. Alman Hukukunda olduğu gibi özel olarak arabuluculuğu düzenleyen bir kanunun varlığı ülkedeki arabuluculuk

196 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.177.

197 Belirtilen kurumlar ve diğer hususlar hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız: Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.170 vd.

198 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.180.

199 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.58.

uygulamalarını hem yaygınlaştırmış hem de belli bir düzen içinde genişlemesini sağlamıştır²⁰⁰.

Kanun herhangi bir sınırlama getirmeyerek özel hukuk yargılamasına ilişkin bütün uyuşmazlıkları uygulama kapsamına almıştır. Kanuna göre esas hakkında asliye hukuk mahkemelerinin karar vermeye yetkili olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluna taşınabilirler. Bu noktada tarafların arabulucuya götürecekleri uyuşmazlığın üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hak konusu olması sınırlaması Avusturya Hukukunda bulunmamaktadır²⁰¹.

Kanuna göre taraflar uyuşmazlığı kendi kendilerine arabulucuya götürebilecekleri gibi mahkeme tavsiyesi üzerine de götürebileceklerdir. Kanundaki tanıma göre geniş anlamıyla arabulucu; taraflar arasında iletişimi sağlayan kişidir. Kanunun arabulucuyu iletişimi sağlayan kişi olarak tanımlamasıyla birlikte arabulucunun taraflara çözüm önerisi sunma yetkisi de bulunmamaktadır. Arabuluculuğun geleneksel kabulüne uygun bir şekilde arabuluculuk sürecinde tarafların iradeleri etkin ve egemen olmaktadır. Ayrıca taraflar da uyuşmazlığı arabulucuya taşıma konusunda birbirlerini zorlayamazlar²⁰².

Avusturya hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulaması henüz bulunmamaktadır. Avusturya'da arabuluculuk uygulamaları hâkimlerin teşvikiyle beraber tamamen ihtiyari yürümektedir. Bununla birlikte korunmaya ihtiyacı olduğu kabul edilen işçilerin, ayrımcılığa uğramaları nedeniyle tazminat talepleri ve işten çıkarılmaya ait itirazlarına yönelik başvurular yönünden ilk önce arabuluculuk yoluna gidilmesi gerekmektedir²⁰³.

Avusturya'da arabulucu olmak için, diğer bazı Avrupa ülkelerinden farklı olarak bazı şartları taşımak gerekmektedir. Avusturya'da arabulucu olabilmek için 28 yaşını doldurmak, Adalet Bakanlığı bünyesindeki sicile kayıt olmak, mesleki

200 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.186 vd.

201 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.50.;Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.187.

202 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.51; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.58.

203 Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.142.

anlamda uzman olmak, güvenilir olmak, sorumluluk sigortası sahibi olmak gibi şartları taşıyor olmak gerekmektedir²⁰⁴.

Kanunda, arabuluculuk şartları içerisinde hukuk eğitimi almak gibi bir zorunluluğun olduğu şeklinde açık bir madde yoktur. Ancak Arabuluculuk Kanunu m.10'a göre, arabuluculuğa ait bilgi, yetenek ve arabuluculuğun hukuki ve psikososyal temelleri hakkında bilgi sahibi olan şahsın mesleki uzmanlığa sahip olduğu şeklindeki düzenleme karşısında arabulucu olabilmek için en azından temel düzeyde hukuk eğitimi almanın gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁰⁵.

Arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgi, belge ve görüşme içerikleri gizlidir ve taraflar bu ilkeye uygun davranmalıdır. Bu yükümlülüklerin ihlali durumunda altı aya kadar hapis cezası ve karşılığı adli para cezası öngörülmüştür²⁰⁶.

E. Fransa Hukuku

Fransa'da arabuluculuğun yalnızca medeni ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda değil idare ve ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulandığı belirtilmektedir²⁰⁷. Fransa'da da arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler ayrı bir kanunda yer almasa da Fransız Medeni Usul Kanununda kendine yer bulmuştur²⁰⁸.

Medeni Usul Kanununda arabuluculuk ve uzlaştırmanın tanımları, kamu düzeninin gerektirdiği haller ile arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla gizlilik ilkesine ilişkin düzenlemeler ve mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk hükümleri yer almaktadır²⁰⁹.

Taraflar mahkeme aşamasında anlaşma ihtimalinin varlığını beyan ederlerse ve bu durumu mahkeme de takdir ederse tarafların masrafı yatırmaları koşulu ile mahkeme uyuşmazlığı arabulucuya yönlendirir. Arabulucuya başvuru masraflarını

204 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.42.

205 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.42.

206 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.17.

207 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.195.

208 Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.129.

209 Medeni Usul Kanununun 1533. maddesine göre arabulucu; ceza mahkûmiyeti bulunmayan ciddi idari veya disiplin suçu olmayan uyuşmazlığın türü dikkate alınarak gerekli niteliklere uygun eğitime ve deneyime sahip olan ve belirli kanuni şartları yerine getirebilecek gerçek veya tüzel kişi olmalıdır; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.196.

mahkeme karar verecektir. Bundan dolayı Fransız Hukukunda mahkeme içinde cerayan eden arabuluculukta somut uyuşmazlığa göre arabuluculuk ücreti ve giderleri değişebilecektir. Tarafların arasındaki uyuşmazlık mahkeme aşamasına taşınmamış ise arabuluculuk sürecinin kontrolü tamamen tarafların elinde olacaktır. Bunun sonucu olarak mesela arabulucuyu taraflar seçecek ve arabuluculuk ücreti de birlikte kararlaştırılacaktır. Bununla birlikte Fransa’da bir gerçek kişi arabulucunun bir saatlik ücreti ortalama 150 Euro, tüzel kişi arabulucunun ise 250 Euro civarındadır²¹⁰.

Fransa’da arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı bulunmamaktadır. Arabulucu sıfatını kazanabilmek için aranan şartlar şu şekilde belirtilmektedir: Arabulucu uyuşmazlığın türüne göre olması gereken nitelikleri taşımali, arabuluculuğa ilişkin eğitimi almış olmalı, alanında deneyim sahibi olmalı, iyi ahlak sahibi olmalı ve ceza veya idari yaptırım gerektiren bir eylem nedeniyle herhangi bir sorumluluğu doğmamış olmalıdır²¹¹.

Arabuluculuk süreci tarafların anlaşması ile sonuçlanırsa ortaya çıkan anlaşmanın kendi kendine icra edilebilir kabiliyeti bulunmamaktadır. Tarafların yaptıkları anlaşmayı icra edilebilir duruma getirebilmeleri için bütün tarafların onayı alındıktan sonra uyuşmazlık konusu hakkında yetkili olan mahkemeden icra edilebilirlik şerhi almaları gerekmektedir. Hâkim iş uyuşmazlığı haricindeki uyuşmazlıklarda genellikle yüzeysel inceleme yaparak yalnızca taraflar arasındaki aşırı dengesiz paylaşımları ve kamu güvenliğine ilişkin hususları incelemektedir²¹².

F. Japonya Hukuku

Japonya’da Konfüçyüs felsefesinin bir sonucu olarak uzlaşi kültürünün yüksek olduğu belirtilmektedir. Bu felsefenin ürünü olarak ülkede toplumsal barışın temellerinin uyum ilkesine dayandığı kabul edilir. Yine aynı anlayışla uyuşmazlıkların çözümü için mahkemelere başvuruda bulunmanın erdemli bir hal

210 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.197.

211 Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s.39; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.196.

212 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.201.

olan uyum ilkesi ile bağdaşmadığı düşünülmektedir²¹³. Ayrıca mahkeme yoluna başvuru noktasında tarafları olumsuz etkileyen durumlardan birisi olarak ayıp kültürü de gösterilmektedir. Bu sebeplerden dolayı Japonya’da uyuşmazlıkların Batı ülkelerindeki yargı yoluyla çözümlenme aksine uzlaşma ve barış içinde çözümlendiği görülmektedir²¹⁴.

Japonya, yukarıdaki açıklamaların bir sonucu olarak dava açma alışkanlığının çok düşük olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Japonya’da arabuluculuğun teşviki ve yaygınlaştırılması için yapılan en önemli hukuki düzenlemeler arasında 2007 yılında yürürlüğe giren Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Teşviki Hakkındaki Kanun (Law Concerning Promotion of Alternative Dispute Resolution) belirtilmektedir.

Japonya’da başta boşanma olmak üzere aile hukuku uyuşmazlıklarında ve taşınmaz kira sözleşmelerinden ve arazi değerinin değişmesinden doğan uyuşmazlıklarda mahkeme bağlantılı arabuluculuğa başvuru zorunludur²¹⁵.

Arabuluculukta uygulanacak usulün belirlenmesi, genellikle arabuluculuk hizmeti sunan kurum veya şahıslara ve uyuşmazlığın taraflarına bırakılmıştır. Yani bu noktada sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Japonya’da, arabuluculuk hizmetinin sunulduğu belirli ve sürekli kurumlar da bulunmaktadır ve bu kurumlar kendilerine ilişkin usul kurallarını belirler ve bunları yaygınlaştırılabilir. Arabulucu olarak faaliyet gösterebilmek için avukat veya alternatif uyuşmazlık çözümüne katılıma ilişkin elinde sertifika bulundurmak gerekir. Ancak bu şekilde ücretli arabuluculuk yapılabilir. Arabuluculuk sertifikasının içeriği arabuluculuk yapılabilecek alanın kapsamını belirleyebilir. Dolayısıyla her arabuluculuk sertifikası bulunan arabulucular her türlü uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk faaliyetine katılamayacaklardır²¹⁶.

Arabulucu olabilmek için avukat olma şartı yoktur. Avukat arabulucular ile diğer arabulucu arasındaki en önemli farklardan bir tanesi avukatların arabuluculuk

213 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.49.

214 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.49.

215 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.384; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.233; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.39

216 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.238.

faaliyeti çerçevesinde edindikleri bilgi ve açıklamaları gizleme yükümlülüğünün bulunmasıdır. Avukat olmayan arabulucular için ise gizlilik ilkesinin uygulanması yalnızca tavsiye edilmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak avukat olmayan arabulucuların arabuluculuk görüşmelerine ilişkin edindikleri bilgi ve açıklamaları mahkemeden gizlemeleri mümkün değildir²¹⁷.

Mahkeme ile bağlantılı olan arabuluculuk yolunda anlaşmaya ilişkin belge icra edilebilir nitelikte iken mahkeme dışında cereyan eden arabuluculuk yolu sonucunda ulaşılan anlaşma icra edilebilir niteliğe sahip değildir. Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları aynı arabulucuyu hakem sıfatına taşıyarak tahkim sözleşmesi niteliğine çevirebilir. Bu durumda arabuluculukta kazanılan anlaşma tahkim kararı olarak kaydedilir. Ancak her ne kadar icra edilebilirlik sağlanmış olsa da icra edilebilen sözleşme arabuluculuk sözleşmesi değil tahkim sözleşmesidir²¹⁸.

G. Çin Hukuku

Çin Hukuku'nda arabuluculuk, Japonya'da olduğu gibi Konfüçyüs felsefesi temeline dayanmakta ve dolayısıyla çok eski zamanlara gitmektedir. Yukarıda ifade edilen felsefenin dışına Çin halkı tarafından çıkılmaması uzlaşma halinin gündelik yaşantılarında çok önemli olduğuna işaret etmektedir²¹⁹. Bunun yanında yakın geçmişte 1912-1949 yılları arasında Avusturya Usul Kanunundan yararlanılarak Çin Hukuku Usul Kanunu ve Fransa hukuk sisteminden mahkeme teşkilatı düzenlemeleri alınarak günümüz uygulamaları da takip edilmektedir²²⁰.

Halk arabuluculuğu, idari arabuluculuk, adli arabuluculuk ve kurumsal arabuluculuk gibi yöntemler Çin'de uygulanan arabuluculuk yöntemleridir. Ayrıca gelişen ekonomi ve ulusal-uluslararası ticaretiyle birlikte uluslararası arabuluculuk ve tahkim yolları da Çin'de sıklıkla kullanılmaktadır. Çin'deki arabuluculuk uygulamaları, aile uyuşmazlıklarında, ticari ve ekonomik uyuşmazlıklarda etkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Çin'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının

217 Dür, *Arbuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.238.

218 Dür, *Arbuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.240.

219 Kaynaklarda bu durumu özetleyen şu dikkat çekici atasözü ve ifadeler yer verilmektedir:

“Yaşarken mahkemeye gitmekten kaçınan öldükten sonra cehenneme gitmez”; “Mahkemeye girmek kaplanın ağzına girmektir”: Yıldırım, *Arbuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.48.

220 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.50.

yargılama aşamasına geçilmeden önceki kullanımı yargılama sırasında veya yargılamadan sonraki kullanımına nazaran daha az sayıdadır²²¹.

Çin, bir milyondan fazla arabulucuyu barındırması açısından da dikkat çekicidir. Erkeklerin egemen olduğu belirtilen Çin’de bayan arabulucunun da nadir olduğu söylenmektedir²²².

Günümüzde arabuluculuk Çin ve Japonya’da artık bir temel uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir. Çin’de 2005 yılında yapılan araştırmalarda 4.486.800 adet davanın arabuluculukla çözüme kavuşturulduğu, bu davaların 847.100 adedinin ise halk arabuluculuğuyla sonuçlandığı tespit edilmiştir²²³.

H. ABD Hukuku

Güncel evrensel hukukta ortaya çıkan yapısıyla profesyonel arabuluculuğun temelleri Amerika Birleşik Devletleri’nde atılmıştır. Her ne kadar 1960 ve devam eden yıllarda alternatif yollara ilişkin kısmî gelişmeler yaşansa²²⁴ da Amerika’da arabuluculuk ve diğer çözüm usullerinin yaygınlaşmaya başlamasını sağlayan gelişmenin, 1998 yılında kabul edilen Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu²²⁵ ile her federal mahkemeye arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin usul ve esasları yerel usullere göre belirleme yetki ve görevinin verilmesi olduğu kabul edilmektedir²²⁶.

ABD’de arabulucu olabilecekleri ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucular, hakemler veya resmi olmayan yollardan uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayan kişilerin alması gereken herhangi bir sertifika ya da lisans da yoktur. Hukukçular veya diğer meslek uzmanlığı kazanmış kişiler arabulucu olabilirler. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklarda arabulucular konularına göre sözgelimi inşaat sözleşmelerinden kaynaklananlarda mühendis ve

221 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.48.

222 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.38.

223 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.38.

224 Lisa Blomgren Amsler, "Dispute System Design and The Global Pound Conference", *Cardozo J. Of Conflict Resolution*, Vol: 18, 2017, ss.621-635, s. 621

225 Söz konusu kanunda alternatif uyuşmazlık çözümü ; "hâkim tarafından nezaret edilen bir yargı sürecinin dışında kalan tarafsız ön değerlendirme, arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim gibi usuller yoluyla üzerinde uyuşmazlık bulunan konuların çözümüne yardımcı olmak için tarafsız bir üçüncü kişinin katıldığı herhangi bir usul veya süreç" şeklinde tanımlanmaktadır.

226 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.51-52; Monika Oboth and Al Weckert, *Mediation für Dummies*, Wiley-VCH Verlag, 2. Aufl., Weinheim, 2014, s. 33.

mimarlardan, ekonomiye ilişkin uyuşmazlıklarda muhasebecilerden, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda sosyal hizmet uzmanları veya psikologlardan teşekkül eder. Mahkeme ile bağlantılı olarak çalışan arabulucular yürürlükteki fiyat veya mahkemenin tespit ettiği fiyat üzerinden ücret almakla birlikte bazen gönüllü olarak avukatların ücretsiz olarak arabuluculuk hizmeti verdiği de görülmektedir²²⁷.

Amerika'da Federal Tahkim Kanunu hükümlerine göre tahkim kararlarının icra edilebilirliği mümkün iken arabuluculuk anlaşma belgesi hakkında bu durum söz konusu değildir. Arabuluculuk anlaşma belgesi hususunda sözleşme hukukundan kaynaklanan haklar dışında herhangi bir bağlayıcılık yoktur²²⁸.

Arabuluculuk hizmeti veren belli bir merkez veya kuruluş bulunmadığı için dini ve etnik gruplar kendi toplulukları içinde cereyan eden belli uyuşmazlıklar için kendi arabuluculuk servislerini uzun yıllardır kullanmaktadırlar. Bu durumun sonucu olarak farklı dinlere mensup kişiler, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tartışmalar ve gerginlikler yaşamaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk merkezleri Yahudiler, Hristiyanlar ve Müslümanlar tarafından kullanılmaktadır²²⁹.

Mahkeme ile bağlantılı olarak ortaya çıkan arabuluculukta mahkeme, arabuluculuk sürecini bizzat yönetebileceği gibi mahkeme dışında arabuluculuk hizmeti veren bir merkeze de tarafları yönlendirebilir. Federal mahkemelerde karşımıza çıkan en yaygın usul, esasında bir arabuluculuk olan, uzlaştırma oturumlarının mahkeme hâkimi veya sulh hâkimleri ile gerçekleştirilmesidir²³⁰. Bazı yerel mahkemeler, belirli bir dava değerinin altında olan uyuşmazlıklarda tarafları zorunlu olarak alternatif yollara sevk etmektedir ancak denenen çözüm yolunda ortaya çıkan sonuç bağlayıcı değildir. Eyaletlerin bazılarında bazı dava çeşitleri ayırık olmak üzere hukuk davalarında alternatif yollara başvuru zorunludur. Bu durumun uygulandığı adliyeler çok seçenekli adliye olarak adlandırılmıştır. Bu adliyelerde taraflar kendilerine sunulan ve uyuşmazlıklarında uygulanabilecek alternatif çözüm

227 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.427; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.248.

228 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.246.

229 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.247.

230 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.424.

yollarına ilişkin listeden istedikleri yolu seçebileceklerdir. Taraflar bir yol üzerinde anlaşamazlarsa tarafların seçtiği yollardan en küçük rakam sırasında olan yol kabul edilmiş sayılacaktır. Bazı eyaletlerde ise tarafların bir alternatif yolda anlaşamadığı durumlarda zorunlu olarak arabuluculuk yoluna gidilecektir²³¹.

III. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

A. Bir Arabulucunun Varlığı

Arabuluculuk çözüm yolu, uyuşmazlığın çözümünde arabulucu adı verilen tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımını zorunlu kılmaktadır. Arabulucu, karar veren bir merci veya kişi konumunda olmadığından arabuluculuğun temelinde tarafların uyuşmazlığı kendilerinin müzakere etmesi ve yine kendilerinin çözüme ulaşması yatmaktadır²³². Arabuluculukta üçüncü kişinin katılımı esas olduğundan bu noktada arabuluculuk müzakereden ayrılmaktadır²³³.

Arabulucu, çözüm yoluna olan katkı yapma yetkisini kural olarak yine taraflardan almakta ve taraflarla arasında bir arabuluculuk sözleşmesi gerçekleşmektedir. Arabulucunun esas görevi, çözüm sürecinde taraflar arasındaki iletişim ve müzakerenin devamını sağlamak ve geliştirmektedir²³⁴.

HUAK m. 2’de ve HUAKY m.4’te arabulucu; “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığı’nca düzenlenen arabulucular siciline kayıt edilmiş bulunan gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki bu hükme göre Türkiye’de tüzel kişilerin arabuluculuğu mümkün kılınmamıştır. Ayrıca HUAK m.9’da arabulucu, görevini özenle ve şahsen yerine getirir denilerek vekil arabuluculuk da kabul edilmemiştir.

Arabulucunun en önemli görevleri tarafların iletişiminin devamına yardımcı olmak, anlaşma ve çözüm zeminini korumak ve genel tabirle tarafların masada

231 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.443; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.247.

232 Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.19; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.34; Mustafa Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.31.

233 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.443; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.156

234 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.27; Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.47.

kalmasını sağlamak şeklinde gösterilmektedir. Arabulucudan beklenen faydanın gerçekleşmesi açısından bu görevlerin itinayla yerine getirilmesi gerekmektedir. Arabulucunun bunu yerine getirirken sahip olması gereken bazı nitelikler, takınması gereken yaklaşımlar ve dikkat etmesi gereken bir takım ilkeler²³⁵ bulunmaktadır. Buna göre öncelikle ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere arabulucu tarafsız olmalı ve taraflara eşit mesafede bulunmalıdır²³⁶. Arabulucu, dürüstlükten, güven sarsıcı hareketlerden ve şeffaflıktan süreç içinde ve şahsi yaşantısında asla ödün vermemelidir. Sağlıklı iletişimin usul ve tekniklerine uygun olarak taraflara açıklamalarda bulunmalı ve aynı şekilde tarafları dinlemelidir²³⁷. Uyuşmazlığın varlığından dolayı kendisine başvurulduğunu düşünerek çözüm için sabırlı olmalı ve bu sabrını süreç boyunca taşımalıdır²³⁸. Tarafları çok dikkatli dinlemeli, iyi bir gözlemci olarak tarafların hangi noktalarda anlaşılmadıklarını tespit ederek bu noktalara yoğunlaşmayı sağlamalıdır²³⁹.

B. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Eşitlik

Arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsız oluşu sürecin en temel esaslarından birini oluşturmaktadır. Tarafsızlığı konusunda tereddütler bulunan bir arabulucunun varlığı, taraflardaki her iki tarafın menfaatine uygun çözüme ulaşma beklentisini zayıflatacak ve onlardaki adalet anlayışını yıpratacak ve nihayetinde çözüme ulaşmayı engelleyecektir. Tarafsızlık, arabulucunun süreç boyunca konuşmalarıyla,

235 HUKAK m.28-32 arasında yer alan hükümler Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na ve Arabulucular Kurulu'na arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler ve arabuluculuk meslek kurallarını belirleme görev ve yetkisi vermiştir. Bunun bir gereği olarak Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından Türkiye Arabulucular Etik Kuralları (TAEK) hazırlanmış ve Arabulucular Kurulu tarafından onaylanmıştır. Bu kurallar arabulucular için kesindir ve bağlayıcıdır. Kanunun 21/2. maddesine istinaden bu kurallara aykırılığın sicilden silinmeye kadar götürülebileceği TAEK'te belirtilmektedir. TAEK'e ulaşmak için bakınız: http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html.

236 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.59-60; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.20.

237 Geçmez, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.47; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.59-60; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.20.

238 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.59-60; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.20.

239 Görkem, "Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak ve Yükümlülükleri", s.96; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.59-60; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.20; Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.44.

hal ve hareketleriyle ve de görünümüyle taraflara eşit mesafede olmasını ve taraflarca da o şekilde algılanmasını ifade etmektedir²⁴⁰.

Arabulucunun tarafsız olması; taraflara karşı ön yargılardan uzak, eşit mesafede davranma, kendi iç dünyasındaki değer ve kabullerden arınma şeklinde olabileceği gibi uyuşmazlık konusu hakkında anlaşılmaya varılması durumunda elde edebileceği herhangi bir menfaatinin, taraflarla kişisel veya iş ilişkisinin bulunmaması şeklinde de olabilir²⁴¹.

Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilecek durumun varlığı halinde nasıl bir yol izleneceği HUAK m.9'da düzenlenmiştir. Hükme göre böyle bir durumun varlığı hususunda arabulucu tarafları bilgilendirecek ancak her iki taraf da bilgilendirmeye rağmen aynı arabulucu ile süreci işletirmek isterlerse herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Ayrıca maddenin son fıkrası ile arabulucunun tarafsızlığını korumak amacıyla görev yaptığı uyuşmazlık çözüm faaliyetinin anlaşamama veya kısmen anlaşma ile sonuçlanması durumunda açılacak davada tarafların avukatlığını üstlenemeyeceği düzenlenmiştir²⁴².

Arabulucunun tarafsızlığı ilkesi TAEK'te de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kuralların 3. maddesinde yer alan hükümlere göre arabulucu; taraf tutmamalı, taraflar hakkında kişilikleri, geçmişleri, inanç ve değerleri, hatta belki en önemlisi arabuluculuk sürecindeki tutum ve davranışları nedeniyle ön yargılı olmamalıdır. Tarafsızlığını şüpheye düşürecek şekilde taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka herhangi bir mal vermemeli ve taraflardan da kabul etmemelidir. Ayrıca arabulucu arabuluculuk görüşmelerinin yapılacağı yeri arabuluculuğa uygun tarafsızlık ilkesini zedelemeyecek şekilde seçmelidir. Bu son kural arabuluculuk sürecinin tarafsız bir yerde yapılması ile birlikte görüşmeler için seçilen mekânın da arabuluculuğa uygun olmasını ifade etmektedir²⁴³.

240 Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, s.54.

241 Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.54.

242 Hakan Albayrak, "Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018/17, s.14

243 ÖZMUMCU, Seda, "Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019,10/1, s.273

HUAK m.3/2’de tarafların arabulucuya başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu belirtilerek eşitlik ilkesi açıkça vurgulanmıştır. Bu durumda taraflar sürecin işleyişinde ve sürece katılımında eşit haklara sahiptir ve ayrıca tarafların konumu, durumu ve nitelikleri ne olursa olsun hiçbir taraf süreç dışına çıkarılamayacaktır²⁴⁴.

Tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmaları durumunda yaptıkları anlaşmadan; anlaşmaya varamasalar da arabuluculuk sürecinden memnun olabilmeleri için süreç boyunca eşit şekilde muameleye tabi tutulduklarını hissetmeleri gerekmektedir. Aksi halde süreç hangi şekilde sonuçlanırsa sonuçlansın kendisine eşit davranılmadığını düşünen taraf neticeden memnun olmayacaktır²⁴⁵.

Eşitlik ilkesi ile arabulucunun tarafsızlığı birbirini tamamlar niteliktedir. Çünkü arabulucunun taraflardan herhangi birini dışlaması, onu zayıf gösterecek hal ve hareketlerde bulunması arabulucunun bir tarafın yanında olduğu sonucunu doğuracak artık tarafların eşit haklara sahip olması ilkesini ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle eşitliğin sağlanması için arabulucunun mutlaka tarafsız olması gerekmektedir²⁴⁶.

Tarafların süreç boyunca eşit haklara sahip olması ilkesinin, somut durumda aralarında güç dengesizliği bulunan taraflar arasında mesela işçi ile işveren veya büyük bir sermaye şirketiyle vatandaş arasında nasıl uygulanacağı da büyük önem arz etmektedir. Taraflar arasında bulunan bu güç dengesizliği arabuluculuğun gelişmesine engel olan sebepler arasında da sayılmaktadır. Zira güç dengesizliği; arabuluculuk faaliyeti sürecinde, müzakerelerin yürütülmesi sırasında, hukuki yardıma ulaşmada, hakların ve sorumlulukların kavranmasında dengesizlikleri doğurabilecek ve anlaşılan çözümün adil ve hakkaniyetli olmasını engelleyebilecektir²⁴⁷. İşte bu aşamada arabulucu, adalete ve hakkaniyete aykırı

(Kısaltılışı: Özsumcu, “Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi”).

244 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.31.

245 İrfan Atış, “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, *Sakarya İktisat Dergisi*, 2019,8/1, s.78.

246 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.31.

247 Tıttık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.54.

sonuçların çıkmasını engellemek amacıyla güç dengesizliğinin ne zaman karar verme sürecine etki edeceğini saptamalı ve gerekli tedbirleri almalıdır²⁴⁸.

Arabulucu tarafsız bir yaklaşımdan geri durmamakla beraber; zayıf olan tarafın kendini geri konumda ve negatif pozisyonda görmemesi ve isabetli kararlar verebilmesi için TAEK m.2/4'te de belirtildiği üzere taraflara, aydınlanmış iradeleriyle seçim yapmalarına yardımcı olmak için uzmanlara danışmalarının önemini hatırlatmalı ve bu konuda bilgilendirmelerde bulunmalı; süreç boyunca söz konusu tarafa eşit haklara sahip olduğunu hissettirmeli ve taraflarla yapılan özel görüşmelerde varsayımsal olarak talepler dinlenilerek güven ve kontrol hisleri canlandırılmaya çalışılmalıdır²⁴⁹.

C. Gizlilik İlkesi ve Beyan veya Belgelerin Kullanılmaması

HUAK m.4'e göre taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe arabulucu süreç boyunca kendisine sunulan veya başka bir nedenden dolayı edindiği bilgi, belge ve sair kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Maddenin 2. fıkrasında tarafların ve sıfatı ne olursa olsun görüşmelere katılan diğer kişilerin de gizliliğe uymakla yükümlü olduğu belirtilerek ilkenin kapsamı genişletilmiştir. Hükme göre taraflar bu kuralın aksini kararlaştırabilecek ve gizlilik ilkesini göz ardı edebileceklerdir.

248 Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.54.

249 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.32; Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.54. ; Anayasa Mahkemesi 11.07.2018 T., 2017/178 E., 2018/82 K. sayılı kararıyla bazı iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesine ilişkin düzenlemelerin işveren karşısında güçsüz durumda olan işçinin haklarını zedeleyeceği ve eşitlik ilkesine aykırı olacağına ilişkin iptal talebini şu açıklamalarla reddetmiştir: "...İşçi ve işveren ilişkilerinde işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğu genel olarak kabul edilmekte ise de eşitlik, arabuluculuk kurumunun temel özelliklerindendir. Nitekim 6325 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (2) numaralı bendinde tarafların gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları düzenlenmiştir. Yine 6325 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, ilgili mevzuat gereği iletişim teknikleri yönünden profesyonel, konusunda uzman, eğitilmiş, tarafsız, güvenilir ve objektif bir kimliğe sahip arabulucu uyuşmazlık çözüm sürecinin tüm aşamalarında taraflar arasında eşitliği gözeterek sürecin sonuçlanmasını sağlayabilecektir. Eşitliğin ön planda tutulduğu bir ortamda, işçi ve işverenin eşit düzeyde ve kendilerini rahatça ifade edebilecekleri şekilde karşılıklı olarak uyuşmazlığa çözüm bulmaları sağlandığında, işveren karşısında zayıf konumda olduğu değerlendirilen işçinin baskı altına alınacağı söylenemez....", <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (05.05.2020).

Hükmün aksi açık ve net bir şekilde kararlaştırılmalı, yorum veya ihtimallerle arabulucu veya diğer kişiler gizlilik ilkesini ihlal etmekten kaçınılmalıdır²⁵⁰.

Tarafları, alternatif yollara sevk eden hususlardan ve alternatif yolların devlet yargısına göre avantajlarından birinin gizlilik ilkesi olduğu yukarıdaki açıklamalarda belirtilmiştir. İşte bu noktada tarafların ticari ilişkilerinin, ticari ve ailevi sırlarının, bazen çok yüksek ekonomik değere ulaşan uyuşmazlıklarının aleniyet kazanmasından ve ileride aleyhlerine delil olarak kullanılmasından çekinerek arabuluculuk yoluna başvurmalarına rağmen gizlilik konusunda şüphe içinde olmaları hem çözüme olan güvenlerini sarsacak²⁵¹ hem de arabuluculuk yoluna olan ilgi ve yönelimleri zedeleyecektir²⁵². Bu yüzden arabuluculuk sürecindeki gizliliğin arabuluculuk çözüm yolunun yayılması ve genişlemesi için çok önemli olduğu söylenilebilir.

Kanunun ilgili maddesinin gerekçesinde de arabuluculuk yolunda sağlanan gizlilikten dolayı tarafların ilişkilerine devam edebileceği ancak bunun geleneksel yargılamada mümkün olmadığı, bununla birlikte gizlilik içerisinde yürütülen bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranarak, birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığı çözmeye odaklanmalarının gerektiği ve bunun arabuluculukta mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu durumun, çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağını ayrıca duygusal tepkiler yerine, tarafların kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılarak bundan sonra da ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacağı açıklanmaktadır²⁵³.

Arabulucu, taraflar veya görüşmelere katılan diğer kişiler²⁵⁴, gizlilik ilkesini ihlal ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatine aykırı hareket ederse, HUAK

250 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.19; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.25.

251 Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", s.83.

252 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.33; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.20.

253 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Gerekçeli Kanun Metinleri, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanunlasanlar.html>, (06.05.2020).

254 HUAK Yönetmeliği m.6'da gizlilikle yükümlü olan kişiler arasında taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları, arabulucunun yanında çalışan kişiler, arabulucunun denetimi ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Adalet Bakanlığı ve Arabuluculuk Kurulu görevlileri şeklinde açık olarak sayılmıştır.

m.33'e göre menfaati zarar gören kişinin şikâyeti üzerine 6 aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Ayrıca gizlilik yükümlülüğünü ihlal edenler, cezai yaptırımla birlikte HUAK m.21 ve Yönetmelik m.6/4'e göre şahısların zararını tazmin etme ve Arabulucular Sicilinden silinme ile de karşılaşabilirler.

Gizlilik ilkesinin sonucu olarak kısaca görüşmelere katılan tüm kişilerin edindikleri bilgi ve belgeler hakkında sır saklama yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişiler edindikleri bilgileri başkalarıyla paylaşamaz ve daha sonra başka mecralarda kullanamaz²⁵⁵. Bu durumun istisnaları olarak; tarafların aksini kararlaştırmaları (HUAK m.4), bir kanun hükmünün emredici olarak düzenlediği hallerin varlığı (HUAK m.5/3) ve arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilmesi gereken haller (HUAK m.5/3) sayılabilir²⁵⁶.

Arabuluculuk görüşmelerinde kullanılan beyan ve bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi veya kamuya açıklanması gizlilik ilkesinin ihlalini oluşturmakta ve arabuluculuk sürecinden beklenen en önemli faydayı zedelemektedir. Bununla birlikte arabuluculuk sürecinde paylaşılan beyan ve belgelerin arabuluculuk sürecinin anlaşamama veya kısmi anlaşma ile sonuçlanması halinde mahkemede ya da tahkimde kullanılamaması da gizlilik ilkesinin bir sonucudur. Tarafların bilgi sahibi olmadıkları bilgi ve belgeleri arabuluculuk yolunu kullanarak elde ettikten sonra mahkemede veya tahkimde kullanması, tarafların iletişimini, -paylaşımlarının ileride kendi aleyhlerine kullanılabileceğinden- bilgi ve belge paylaşımını sınırlandıracak, uyuşmazlığın çözümünü sekteye uğratacak ve hatta bu nedenle tarafların arabuluculuk yoluna gitmesi de zorlaşacaktır²⁵⁷.

Söz konusu durum, önemine binaen HUAK m.5'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükme göre “Taraflar, arabulucu veya arabuluculuk görüşmelerine katılanlar da dâhil bir üçüncü kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası

255 Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.38; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.34; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.20; Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.52.

256 Çil, “Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği”, s.26; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.34.

257 Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.43; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.135; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.35; Yakıcı, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, s.41; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.22.

açıldığında ya da tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri şekline bakılmaksızın delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar:

-Tarafların, aralarında bir uyuşmazlık olduğunun bilinmesini ve alenileşmesini istemeyebileceklerinden; tarafların birbirlerine yaptıkları davet veya arabuluculuk yoluna katılma isteği,

-Tarafların söylemleriyle bağlı kalmayacaklarını bilerek rahatça ve samimi bir şekilde uyuşmazlığı müzakere edebilmeleri amacıyla; uyuşmazlığın sona erdirilmesi için tarafların ileri sürdüğü görüş ve teklifler,

-Yargılama dışındaki bir özgür müzakere ortamında kabul edilen vakıa ve iddiaların görüşmelerde çekinceli, dikkatli ve kapalı davranarak istenen samimi çerçevede konuşamamalarını engellemek için; arabuluculuk sürecinde taraflarca ileri sürülen önerilerin ve herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü,

-Tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları delil ve belgeler yani arabuluculuk süreci başlamadan önce zaten ellerinde bulunan bilgi ve belgeler hariç olmak üzere (HUAK m.5/5) sadece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan mesela tarafların arabuluculuk sürecinin başında hazırladığı bir kısım ikrarlar, görüşme sırasında hazırlanmış ara sonuç evrakları veya borç ikrarı içeren tutanaklar gibi belgeler²⁵⁸.”

Belirtilen beyan ve belgelerin taraflar, arabulucular ve sürece katılanlar için kullanımı yasak olduğu gibi mahkeme, hakem ve idari makamlar tarafından istenmesi de yasaklanmıştır. (HUAK m.5/3) Beyan ve belgelerin hükümde gösterilen yerlere veya makamlara yasağa aykırı şekilde sunulmuş olması halinde hükme esas alınmaması ve sonuç doğurmaması da kanunda düzenlenmiştir. Son olarak yasağın kapsamına girmesi için, beyan veya belgelerin elde edildiği arabuluculuk sürecindeki uyuşmazlık konusu ile daha sonra ortaya çıkan mahkeme, tahkim ya da idari makam önündeki dava ya da işin ilgili olması gerekmez. (HUAK m.5/4) Mesela ticaret hukukundan kaynaklan ve arabuluculuk yoluna taşınan bir uyuşmazlıkla ilgili

258 Atış, “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, s.79; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.21-22.

arabuluculuk sürecinde elde edilen beyan veya belgenin daha sonra açılan bir alacak davasında kullanılması da yasaktır²⁵⁹.

D. İradilik

Alternatif uyuşmazlık yollarının ve arabuluculuğun en temel ilkelerinden birisi iradilik ve tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinde iradelerinin etkin olmasıdır. Bu durum HUAK m.3'te "*Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir.*" şeklinde açıklanmıştır.

İradilik ilkesinin amacının, tarafların dış dünyadan herhangi bir zorlama etkisi altında olmadan, tüm iletişim kanalları açık olarak, şeffaflık ve samimiyet içerisindeki bir müzakere ortamında görüşüp konuşmalarını sağlamak olduğu ifade edilmektedir²⁶⁰. İradilik ilkesinin tam manasıyla görünür olabilmesi için arabulucunun, tarafları HUAK m.11'de belirtildiği üzere sürecin başında arabuluculuğun esasları, arabuluculuk süreci ve arabuluculuğun sonuçları hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.

HUAK'ta da belirtildiği üzere taraflar, sürecin iradi olmasının bir sonucu olarak arabuluculuk yolunun başında sürecin kapsamını ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilir, sürece başladıklarında istedikleri herhangi bir zamanda süreçten çekilebilir ve süreci sonlandırabilir²⁶¹. Dolayısıyla iradilik arabuluculukta sürece başvuruda, sürecin devam ettirilmesinde ve süreç sonunda bir anlaşmaya varılmasında karşımıza çıkmaktadır²⁶². Sözü edilen ilkenin bir gereği ve arabuluculuğun esnek yapısından kaynaklı olarak taraflar süreci tamamen çözümler yani tam anlaşmayla sonuçlandırabilecekleri gibi kısmen anlaşarak veya farklı bir çözümde uzlaşarak da arabuluculuk faaliyetini sonlandırabilirler²⁶³.

259 Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.27; Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", s.80; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.36.

260 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.249; Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", s.81

261 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.17.

262 Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.47.

263 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.17.

Görüldüğü üzere iradiliğin arabuluculuktaki görünümünün çok geniş ve kapsamlı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yalnızca sürece başvuru noktasında, özellikle son yıllarda Türkiye’de de gelişmeleri görüldüğü üzere iradilik ilkesine istisna getirilerek mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve yöntemin uygulamasının genişletilmesi gibi amaçlarla dava şartı arabuluculuk uygulamaları düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk gereği olarak mahkemelerde dava açılmadan önce arabulucuya zorunlu olarak başvurulacak, yani arabulucuya başvuru süreci zorunlu olarak başlatılacak, aksi takdirde dava şartı eksikliğinden dolayı açılan dava usulden reddedilecektir²⁶⁴. Bu durum iradilik ilkesini düzenleyen HUAK m.3’te, Türkiye’de dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemeler içeren HUAK m.18/A’da yer alan hükümlerin saklı olduğu belirtilerek açıklanmıştır²⁶⁵.

Öğretide dava şartı olarak düzenlenmiş arabuluculuk uygulamalarının iradilik ilkesini zedeleyip zedelediği ve arabuluculuk sürecine başvurunun zorunlu olmasının arabuluculuğun yapısını bozup bozmadığı hususları tartışmalıdır. Birinci görüşe²⁶⁶ göre arabuluculuğun tamamen gönüllülüğe dayanan bir çözüm yolu olması, gönüllülükten bahsedebilmek için tarafların isteyerek arabulucuya başvurmaları gerekmesi, dava şartı arabuluculuğun özündeki gönüllülüğe aykırı olması, zamanla bu durumun iradiliği tamamen ortadan kaldırması ihtimali ve dava şartı arabuluculukla birlikte düzenlenen prosedürlerin yargı benzeri kurumları ortaya çıkarmasının muhtemel olması nedenleri ile dava şartı arabuluculuk iradilik ilkesini zedelemektedir²⁶⁷. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre²⁶⁸ ise kanunun yalnızca

264 Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.47.

265 Devam eden bölümlerde dava şartı arabuluculuğa ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verileceğinden tekrara düşmemek adına burada bu açıklamalarla yetinilecektir.

266 Dava şartı arabuluculuğun iradilik ilkesini zedelediği ve diğer eleştiriler için bakınız: Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.29 vd.; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.127; Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemin Genel Bir Bakış”, s.837.

267 Arabuluculuk yoluna başvurunun ihtiyari veya zorunlu olmasının arabuluculuk yoluna olan eğilimi artırıp artırmayacağına ilişkin psikolojik değerlendirmeler için bakınız: Eler, “Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk”, s.22 vd.

268 ÖZBEK, Mustafa Serdar “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, *Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı*, Ankara 2010, s. 139 (Kısaltılışı: Özbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”); Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.47.; Çil, “Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği”, s.22; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.257-258; Akyıldız, “İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi”, s.25; Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.47 vd.;

arabulucuya başvururken zorunluluk getirmesi, arabuluculuk yoluyla anlaşmak istemeyen tarafın istediği zaman süreçten çekilip mahkemeye başvurmakta serbest olması ve de süreci iradesiyle devam ettirse bile süreç sonunda çıkan anlaşmayı kabul edip etmemekte hür olması gerekçeleriyle dava şartı arabuluculuk uygulamalarının iradilik ilkesini zedelediği düşünülemez.

E. Tarafların Uyuşmazlığın Çözümünde Egemen Olması

Alternatif uyuşmazlık çözümünün ve arabuluculuğun olumlu yönleri arasında da gösterilen arabuluculukta tarafların uyuşmazlığın çözümünde egemen olmaları ilkesi, taraflara kendi uyuşmazlıklarıyla ve haklarıyla ilgili sorumluluk alabilme iradesi vermekle beraber süreci etkileme, anlaşma şartlarını belirleme ve karar verme yetkisine sahip olma gibi avantajları da kazandırmaktadır. Taraflar arabuluculukta karar verme yetkilerini arabulucuya devretmemekte, karar verme yetkisini ellerinde bulundurmakta ve tarafların uyuşmazlığın çözümüne hâkimiyetleri bulunmaktadır. Arabulucunun arabuluculuktaki rolü, yargılama yapma veya haklı ve haksızı belirlemek değil tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığı sona erdirmek için çaba sarf etmektir²⁶⁹.

Arabuluculuk süreci boyunca arabulucunun uyuşmazlığın ayrıntılı noktalarını yalnız başına araştırması ve bu hususlarda tarafları zorlaması mümkün değildir. Taraflar süreç boyunca hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak üzere özgür iradeleriyle davranabilir, karar alabilir ve süreci kontrol edebilirler²⁷⁰.

Arabulucu, söz konusu ilkenin de bir sonucu olarak taraflara bir çözüm sunarak bu çözümün taraflarca benimsenip uygulanmasını isteyemez ve uzlaşmaları hususunda taraflara baskıda bulunamaz. Bununla birlikte HUAK'ta 7036 sayılı kanunla yapılan değişiklikle 15. maddeye 7. fıkra eklenerek tarafların çözüm üretemediklerinin görüşmeler neticesinde ortaya çıkması durumunda arabulucu artık bir çözüm önerisinde bulunacaktır. Arabulucuya verilen bu yetkinin tarafların uyuşmazlığın çözümündeki egemenliklerini etkilememesi için arabulucunun taraflara müdahale etmeden tarafların özgür, bağımsız bir şekilde vakıaları ve kişisel

269 Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.56.

270 Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.28.

durumlarını gözden geçirmelerini sağlaması ve çözüm önerisi ile kendilerini baskı altında hissederek karar vermemeleri için gerekli açıklamaları yapması gerekir²⁷¹. Getirilen ek hükümden ve genel arabuluculuk düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere taraflar arabulucunun getireceği çözüm önerisiyle bağlı değildir.

IV. Arabuluculuk Sözleşmesi

Tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk yolunun kullanılabilmesi için aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlık doğmadan önce veya hâlihazırdaki uyuşmazlıkta çözüm için arabulucuya gidileceğine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gerekmektedir. İşte bu ortak anlaşmaya arabuluculuk sözleşmesi denmektedir²⁷².

Öğretideki yerleşik kullanımlara göre²⁷³ arabuluculuk müessesesine ilişkin olarak üç tür sözleşme vardır. Bu sözleşmelerden *birincisi*; yalnızca uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen, uyuşmazlık hakkında arabuluculuğa başvuru yapılmasına ilişkin olan ve inceleme konusunu oluşturan arabuluculuk sözleşmesidir. *İkinci sözleşme türü*; tarafların uyuşmazlığın çözümünde rolü bulunan arabulucu ile yapmış oldukları ve taraflarla arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen arabulucu sözleşmesidir²⁷⁴. *Üçüncü ve son sözleşme türü ise* tarafların sürecin sonunda çözüme dair yaptıkları anlaşmadır²⁷⁵.

Taraflar uyuşmazlığı arabulucuya taşıyacaklarına ilişkin irade beyanlarını aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen temel sözleşmeye koyacakları sözleşme şartıyla düzenleyecekleri gibi ayrı bir arabuluculuk sözleşmesiyle de düzenleyebilirler²⁷⁶. Aynı zamanda taraflar arabuluculuk sözleşmesini HUAK m.

271 Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", s.56.

272 Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.95; Onur İlhan, "Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020, s.124; Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.30; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.61.

273 Benzer ayrımlar için bakınız: Yeşilırmak, "Arabuluculuk Nedir?", s.42; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.101 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.54 vd.

274 Arabulucu sözleşmesinin tahkimdeki görünümü hakem sözleşmesi, arabuluculuk sözleşmesinin tahkimdeki görünümü ise tahkim sözleşmesidir: Yeşilırmak, "Arabuluculuk Nedir?", s.42

275 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 328.

276 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.61-62.

13'e göre dava açılmadan önce kurabilecekleri gibi yargılama aşamasında da doğrudan kendi iradeleriyle veya hâkimin teşvikiyle de kurabilirler.

Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarını asıl uyuşmazlık konusunun tarafları oluşturur. Arabuluculuk sözleşmesine taraf olmamak HUAK m.15/6'da belirtildiği üzere arabuluculuk faaliyetine katılıma engel teşkil etmez. Hükme göre taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat katılabilecekleri gibi sözleşmenin tarafı konumunda olmayan avukatları²⁷⁷ ve de kanuni temsilcileri vasıtasıyla da süreci yönetebilirler. Ayrıca çözüme katkı sağlayabilecek uzman kişiler de uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konularda hem taraflara hem de arabulucuya yardımcı olmak, durumun aydınlanmasına ve çözüme katkı sağlamak, çelişkili veya eksik bilgilerden dolayı gereksiz tartışma ve anlaşmazlıkların meydana gelmesine engel olmak amacıyla müzakerede hazır bulundurulabilirler²⁷⁸. (HUAK m.15/6)

Arabuluculuk sözleşmesinin konusu aynı zamanda arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıkları ifade etmektedir. Bu nedenle HUAK m.1/2'de belirtilen durumlar arabuluculuk sözleşmesine konu olabilecek uyuşmazlıkları düzenlemektedir. Kamu düzenini korumak amacıyla getirilen söz konusu düzenlemeye göre arabuluculuk sözleşmesinin konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kamu düzenine ilişkin olmayan iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarıdır²⁷⁹. Bu konuda uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı da önemli değildir. Söz konusu hükümle bir de istisna getirilerek aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk sözleşmesine konu olamayacağı ve bu uyuşmazlıklar için arabulucuya gidilemeyeceği düzenlenmiştir.

Kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıkların ne olduğuna kısaca değinmek gerekirse, Anayasa Mahkemesinin bir kararında²⁸⁰ da değinildiği üzere kamu düzeni, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanması ve ayrıca devletin yapısının korunmasını

277 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren haller başlıklı 74. Maddesine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuk sürecinde yer alacak avukatların görüşmelere katılabilmeleri için vekâletnamesinde özel yetki bulunmalıdır: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.36.

278 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.74.

279 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.109.

280 Anayasa Mahkemesi, 28.01.1964 T., 63/128 E, 64/8 K.; Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.63.

amaç edinen her şeyi ifade etmektedir²⁸¹. Kamu düzenine ilişkin olduğu ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklara örnek olarak; ceza davaları, idari davalar, nüfus kayıtlarına ilişkin davalar, işçilerin hizmet tespitine ilişkin davalar, sosyal güvenlik hukukuna ait uyuşmazlıklar, asliye ticaret mahkemelerinde görülen iflas davası, genel kurul kararlarının iptali davaları, taşınmazın aynından kaynaklanan davalar, evliliğin feshi davası, evlat edinme ve benzeri davalar gösterilmektedir²⁸².

Genel olarak çekişmesiz yargı işleri de arabuluculuğa elverişli olan konular kapsamında değildir. Çekişmesiz yargı işlerinde davacı ve davalı sıfatlarına sahip taraflar olmadığından hali hazırda iki tarafı olan bir uyuşmazlığın varlığı söz konusu değildir. Bu nedenle çekişmesiz yargı işleri mahkemece sonuçlandırılması gereken işlerdendir. Çekişmesiz yargı işlerine örnek olarak HMK m.382’de belirtilen gaiplik, mirasçılık belgesi verilme, ticari defterlerin zıyaı, konkordato gibi durumlar sayılabilir²⁸³.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan olan evliliğin butlanı, boşanma, velayet, aile ve çocuğun korunmasına ilişkin hususlar arabuluculuğa elverişli değilken malvarlığı, tazminat ve nafaka gibi hususlar kamu düzenine ilişkin olmayıp tarafların serbestçe tasarruf edebileceği durumlardan olduğundan arabuluculuğa elverişlidir²⁸⁴.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin; kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğundan bahisle kendine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olduğu

281 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 12.12.1990 T, 3-527/627 sayılı kararında kamu düzeni belirlemesinin ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihi açılarından toplumun gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği belirlenen kuralın vazgeçilmezliği ve toplumsal yararı ölçüsünde kamu düzeniyle bağlantılı olacağı belirtilmiştir; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.51.

282 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.51; Mehmet Ertan Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.93 vd.

283 Büyükcay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.178.

284 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.109; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.51.

ve bu durumun bir sonucu olarak sözleşme için herhangi bir şekil şartının da bulunmadığı belirtilmektedir²⁸⁵.

V. Arabuluculuk Teşkilatı, Eğitimi ve Arabuluculuk Sicili

A. Arabuluculuk Teşkilatı

Arabuluculuk müessesesinin işleyişini yürütmek, gerekli denetimleri yapmak ve kurumsallaşmayı sağlamak Adalet Bakanlığı ve hiyerarşisi içerisinde yer alan kurumların uhdesine bırakılmıştır. Ülkemizde arabuluculuk teşkilatı içerisinde yer alan bu temel kurumlar ve görevleri HUAK m.28 ve devamında düzenlenmiştir. Kuruluş ve teşkilat başlıklı maddede Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı, yine bakanlık bünyesinde teşkilatlanan Arabuluculuk Kurulu ve adliyelerde görev yapan arabuluculuk bürolarından bahsedilmektedir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığının oluşumu ve görevleri m.29 ve 30'da sayılmıştır. Buna göre Başkanlık bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hâkimi ve personelden oluşmaktadır. Başkanlığın arabuluculuk kurumunun işleyişindeki konumu, icraî bir organ olarak faaliyetlerin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁸⁶. HUAK m.30'da sayılan diğer görevleri ise; arabuluculukla ilgili yayınları yapmak ve yapılan bilimsel çalışmaları desteklemek, arabuluculuk müessesesinin tanıtımı ve bilgilendirme amacıyla kongre, sempozyum ve seminerleri düzenlemek veya desteklemek, arabuluculuk istatistiklerini tutmak ve yayımlamak, arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar ve arabulucular sicili hakkındaki genel işlemleri ve başvuruları yönetmek, arabuluculuk yolunun sonunda düzenlenen son tutanakların kaydını tutmak ve saklamak ve yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi hazırlamaktır.

Arabuluculuk Kurulu; bünyesindeki toplam 19 üyeye yalnızca Bakanlık hiyerarşisi içerisindeki unsurları barındırmayıp arabuluculukla ilgili farklı alanlardaki temsilcileri ve unsurları içerisinde barındırmasıyla ayrı bir öneme sahip olan ve daha

285 İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, s.66; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.103.

286 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.267; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.45; Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.32.

çok arabuluculuk faaliyetine ait düzenleme, yönlendirme, denetleme ve tavsiyelerde bulunma görevleri bulunan arabuluculuk teşkilatı içerisindeki diğer bir kuruluştur²⁸⁷. Ayrıntıları maddeler halinde HUAK m.31’de sayılmakla birlikte Arabuluculuk Kurulunda; Bakanlık Hukuk İşleri Genel Müdürü, Arabuluculuk Daire Başkanı, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler, TBB temsilcileri, Türkiye Noterler Birliği temsilcileri, özel hukuk alanında görev yapan öğretim üyesi, TOBB temsilcisi, işçi sendikaları konfederasyon temsilcisi, işveren sendikaları konfederasyon temsilcisi ve diğer üyeler yer almaktadır. Kurulun görevleri arasında; arabuluculuk faaliyet ve hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek, arabuluculuk eğitimi ve arabuluculuk sınavına ilişkin ilkeleri belirlemek, arabulucuların denetim kurallarını tespit etmek, arabuluculuk eğitimi verebilecek kuruluşların izinlerini iptal etmek, arabuluculuk aidatlarını belirlemek, Arabuluculuk Asgari Ücret tarifesi onaylamak veya değiştirerek onaylamak gösterilebilir. (HUAK m.32)

Arabuluculuk Büroları, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 26. maddesiyle HUAK’a eklenerek kurulmuştur²⁸⁸. Yukarıda yer alan kuruluşlardan farklı olarak yerel bir şekilde hizmet veren Bakanlığın uygun gördüğü adliyelerde kurulan arabuluculuk büroları, teşkilat içerisinde yer alan diğer bir unsurdur. Arabuluculuk bürolarındaki hizmetler Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında yalnızca bu bürolarda çalıştırılmak üzere İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlıklarınca görevlendirilen yazı işleri müdürü ve personel tarafından yürütülür. Arabuluculuk büroları, arabuluculuğa başvuracak kişilerle temas eden, onları bilgilendiren bir konuma ve misyona sahip olduğundan arabuluculuk faaliyetinin işleyişi açısından önemlidirler. Arabuluculuk bürolarının görevleri arasında arabuluculuk sürecinde görev yapacak arabulucuları görevlendirmek de bulunmaktadır.

287 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.44; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.268.

288 Arabuluculuk Daire Başkanlığının internet sitesinde yer alan arabuluculuk büroları listesine göre ülkemizde güncel olarak 72 adliyede arabuluculuk bürosu bulunmaktadır; <http://www.adb.adalet.gov.tr/arbburo.html>, (06.05.2020).

Arabuluculuk bürolarıyla birlikte arabulucuları görevlendirmekle ilgili birim belirlenmiş ve icra edilebilirlik şerhini verecek yetkili merciin neresi olduğu hususunda ortaya çıkabilecek belirsizliğin en az seviyede tutulması sağlanmıştır²⁸⁹.

HUAK'ta arabulucuların kendi aralarında örgütlenmelerine veya teşkilat kurmalarına ilişkin herhangi bir yapıya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu m.44'ten hareketle avukatlık ortağı şirketleri kurulduğu gibi mevzuatta herhangi bir engel bulunmadığından arabuluculuk kurumlarının örgütlenmesine örnek olarak 2018 yılı sonları itibariyle ülke genelinde resmi bir açıklama olmamakla birlikte 43 Özel Arabuluculuk Merkezi ve 37 Arabuluculuk Derneği bulunduğu belirtilmektedir²⁹⁰.

Arabuluculuğa ilişkin merkez ve derneklerin, arabulucuların arabulucu sıfatlarıyla teşkilatlanmasına, mesleğin daha güçlü icrasının sağlanmasına, kurumsal bir yapıya ulaşılmasına, arabuluculuğun yayılımı ve gelişimine hizmet edeceği görüşü hâkim olmakla birlikte Avukatlık Kanunu m.44 benzeri herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığından arabuluculuğun ve arabulucuların ihtiyaçlarına tam anlamıyla cevap veremeyeceği belirtilerek Anayasal bir kurum olan ve m.135'te düzenlenen Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşu benzeri bir yapı şeklinde Türkiye Arabulucular Birliği kurulmasının isabetli ve faydalı olacağı ifade edilmektedir²⁹¹.

B. Arabuluculuk Eğitimi ve Sınavı

Arabuluculuk sürecinin en önemli unsurlarından birisi olan arabulucuların, arabuluculuk faaliyetini yürütebilmesi ve başarılı sonuçlar alınabilmesi için eğitimleri büyük önem taşımaktadır. İyi bir arabuluculuk eğitimi, arabulucunun

289 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.279.

290 Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.279; Söz konusu merkez ve derneklerin adres ve iletişim bilgileri için bakınız: Öncü Arabulucu Dergisi, Temmuz/Ağustos 2018, s.42-45.

291 Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Çalıştay Faaliyet Raporları, <http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/>; Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, s.280.

niteliğini ve tecrübesini artıracak ve böylelikle arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasına doğrudan katkı sunacaktır²⁹².

Arbuluculuk mevzuatımızda arabuluculuk eğitimi; hukuk fakültesinin ve beş yıllık mesleki kıdemin tamamlanmasından sonra alınabilen, arabuluculuğun yerine getirilebilmesi için gerekli bilgi ve yeteneklerin temini amacıyla verilen eğitim olarak ifade edilmiştir. Eğitim aynı zamanda, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde kullanılacak temel bilgileri, iletişim tekniklerini, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerini, davranış psikolojisi eğitimlerini ve yönetmelikte belirtilen diğer teorik ve pratik eğitimleri kapsar. (HUAKE m.22, HUAKEY m.32)

Kanunun eğitimin içeriğinin belirlenmesi için yönetmeliğe yaptığı atıf gereğince HUAKEY m.32’de düzenlenen arabuluculuk eğitimi; 68 saat teorik ve 16 saat pratik ders olmak üzere toplam 84 saatten oluşur. Arabuluculuk eğitiminde verilen dersler arasında; temel hukuk bilgisi, arabuluculuğa elverişli konuların neler olduğu, yargılama aşamasında sürece başvurulması halinde yapılacak işlemler, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma veya anlaşamama halinde yapılacak belge ve düzenlemeler, iletişim becerileri, beden dili kullanımı, psikoloji, toplantı yönetimi, öfke kontrolü, sorun çözme becerileri, etik kurallar gibi teorik dersler gösterilmektedir²⁹³. Uygulama eğitimlerinde arabulucu adayları bireysel veya gruplar halinde arabuluculuk faaliyetine ilişkin sistematik teknikler kullanarak becerilerini geliştirmek üzere örnek uyuşmazlıkları çözme çalışmalarında bulunmaktadır²⁹⁴.

Arbuluculuk eğitimi verebilecek kurumlar Kanunda hukuk fakülteleri, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği şeklinde sayılmıştır. Ancak bu kuruluşların eğitim verebilmeleri için Adalet Bakanlığından talep ettikleri eğitim izninin, şartları taşıdıklarının anlaşılması üzerine onaylanması gerekmektedir²⁹⁵. Eğitim izni eğitimin amaçlarına ulaşacağı ve devamlılığın sağlanacağı tespit edilirse en çok 3 yıl için verilebilir. (HUAKE m.23) Eğitim vermek için gereken şartları yerine

292 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.45.

293 Tuğçem Şahin, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.44.

294 Şahin, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, s.44.

295 Arabuluculuk Daire Başkanlığının güncel eğitim kuruluşları listesine göre şu anda eğitim izni verilmiş olan kuruluş sayısı 44 üniversite ve TBB olmak üzere 45 tanedir. Liste için bakınız: <http://www.adb.adalet.gov.tr/arbulucu/Egitim.aspx>, (06.05.2020)

getirmeyen ve şartlardan birini kaybeden kuruluşun eğitim izni Arabuluculuk Kurulu tarafından iptal edilir. (HUAK m.27) Eğitim kuruluşlarının denetimi ve gözetimi, her yıl belirli aralıklarla Daire Başkanlığına sundukları eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı hakkındaki sundukları raporla ve de sürekli olarak yapılmaktadır. (HUAK m.26, HUAKY m.50-51)

Arabuluculuk sıfatını kazanmak için arabuluculuk eğitimini tamamlamak yeterli olmayıp bakanlıkça yapılacak yazılı sınavda da başarılı olmak gerekmektedir²⁹⁶. Sınavın ilke ve kuralları HUAKY m.38 ve devamında açıklanmıştır. Yönetmeliğe göre yazılı sınavın tarihi Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarihinden belirlenir ve belli sayıda arabulucu sınavdan sonra başarılı ilan edilir²⁹⁷.

C. Arabulucular Sicili

Türkiye’de arabulucu olarak görev yapabilmek için arabulucular siciline kayıtlı olmak gerekir. Arabulucular sicilinin varlığı yöntemin güvenilirliğini ve sistemin belirli bir düzen içerisinde işlemesini sağlamaktadır. Kuşkusuz bu şart Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun verdiği hak ve yetkilerden yararlanmak için vardır. Yoksa uyuşmazlıkları gar-ı resmi arabulucular yardımı ile çözmek için böyle bir şartın varlığı gerekmez²⁹⁸. Arabulucular siciline kayıtlı olmak arabulucuya arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkını verir. (HUAK m.6)

Arabuluculuk faaliyetlerine başlayabilmek için Arabuluculuk Daire Başkanlığına sicile kayıt başvurusu yapılması ve bu başvurunun kabul edilerek arabulucunun sicile kaydedilmesi gerekir. Arabulucular, kaydedilmelerini istedikleri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonlarını, Arabuluculuk Daire Başkanlığına bildirir ve o komisyonlardaki arabulucu listelerine kaydedilirler. Bir arabulucu en fazla üç komisyon listesine kaydedilebilir. (HUAK m.20) Farklı bir

296 Kanunun yürürlüğe girdiği ilk şeklinde bulunan uygulamalı sınav 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 25. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

297 Son arabuluculuk sınavı 24 Kasım 2019 tarihinde yapılmış ve 5000 arabulucu sisteme alınmıştır. HUAKY m.45’e göre sınavdan başarılı sayılabilmek için 70 puan alınması ve alınacak arabulucu sayısı içerisine girilmesi yeterli iken söz konusu sınavda başarılı olan son arabulucunun puanı 91 olmuştur: <https://www.haberler.com/arabuluculuk-sinav-sonuclari-aciklandi-12706417-haberi/>; 2020 yılında arabuluculuk için yine 5000 sayısı öngörülmüş ve sınav tarihi olarak 26 Temmuz 2020 planlanmaktadır: <http://www.adb.adalet.gov.tr/>, (06.05.2020).

298 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s.45.

usul kararlaştırılmamışsa uyuşmazlığın tarafları bu listelerden arabulucu seçerler. (HUAK m.14)

Arabulucular sicili kamuya açık bir şekilde Arabuluculuk Daire Başkanlığının internet sitesinde yayınlanmaktadır²⁹⁹.

1.Arabulucular Siciline Kayıt Şartları

Arabuluculuk Daire Başkanlığı aşağıda yer alan şartların varlığını tespit ettiğinde başvurunu arabuluculuk siciline kaydeder. Bu şartlar HUAK m.20’de açık olarak şu şekilde sayılmıştır:

-Türk vatandaşı olmak,

-Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak³⁰⁰,

-Tam ehliyetli olmak,

-26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına veya affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,

-Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,

299 <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabulucu/>, (06.05.2020)

300 Kanunun tasarısında dört yıllık lisans mezunu olmak arabulucu olmak için yeterli kabul edilmişken TBMM Adalet Komisyonu müessesenin etkin şekilde işletilmesini sağlamak maksadıyla arabulucuların, hukuk eğitimi alanlardan teşekkül etmesini uygun bularak madde metni şu anki haliyle değiştirilmiştir. Doktrinde bu durumu eleştiren yazarlar bulunmakla birlikte ilk teşekkülde bu durumun sistemin yerleşmesine katkı sağlayacağı ancak ilerideki dönemde tasarı şekline geçişin isabetli olacağı belirtilmektedir; İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, s.90; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.83; Özümücü, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemin Genel Bir Bakış”, s.330; Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.159; Kanımızca da özellikle uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konularda uyuşmazlık konusu hakkında uzman olan kişilerin taraflara uyuşmazlığın yapısına uygun olarak gösterecekleri yaklaşımlar veya öneriler arabulucuların çözüme olan katkılarını artıracığından diğer lisans mezunlarının da karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi arabulucu olmalarında fayda bulunmaktadır.

-Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak.

2.Arabulucular Sicilinden Silinme

Arabuluculuk mevzuatımızda arabulucuların sicilden silinmesi sonucunu doğuran üç durum bulunmaktadır. Bu haller HUAK m.21 ve HUAKY m.31’de düzenlenmiştir.

Kişinin yukarıda sayılan sicile kayıt şartlarını taşımadığı halde sicile kaydedilmesi ve bu durumun sonradan anlaşılması veya söz konusu şartları kaydolurken taşıyıp daha sonra yitirmesi durumunda Arabuluculuk Daire Başkanlığı kişinin sicilden silinmesine karar verir.

İkinci olarak arabulucunun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda yer alan yükümlülükleri³⁰¹ ihlalde daire başkanlığının yazılı ihtarlarına rağmen ısrar etmesi durumunda başkanlık 10 gün içinde arabulucunun savunmasını alır ve gerek görürse Arabuluculuk Kurulundan söz konusu arabulucunun Arabulucular Sicilinden silinmesini talep eder. Bu ikinci durumda arabulucunun arabulucular sicilinden silinmesine Daire Başkanlığı değil Arabuluculuk Kurulu karar verir ve sicilden silinmeye ilişkin kararın ilgili arabulucuya tebliği Daire Başkanlığı tarafından yapılır.

Sicilden silinmeyi gerektiren üçüncü durum ise arabulucunun kendi isteğiyle sicilden silinmesidir. İlgili arabulucu sicilden silinme talebini her zaman ve koşulda yapabilir. Bu durumda arabulucunun sicilden silinmesi hususunda kendi iradesi bulunmakta başka dış bir etken bulunmamaktadır. Arabulucunun sicilden silinme talebini Arabuluculuk Daire Başkanlığına yapması gerekir. Silinme işlemi de Başkanlık tarafından yerine getirilir. Kendi istekleriyle arabuluculuk sicilinden silinenler HUAKY m.31/3’e göre sınava girmelerine gerek kalmaksızın diğer şartları taşımaları durumunda tekrar Arabulucular Siciline kaydolabilirler.

301 HUAK’ta yer alan yükümlülükler örnek olarak; gizlilik yükümlülüğünü (m.4), görevini özenle ve tarafsızlıkla yerine getirme yükümlülüğü (m.9), reklam yasağına uyma yükümlülüğü (m.10), tarafları aydınlatma yükümlülüğü (m.11), aidat ödeme yükümlülüğü (m.12), arabuluculuk faaliyeti sonucunda kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, süreç sonunda düzenlenen tutanağı 5 yıl süreyle saklama yükümlülüğü (m.17) gibi yükümlülükler gösterilebilir.

HUAK m.17 gereği Arabulucular Sicilinden silinse bile arabulucunun, belgeleri saklama yükümlülüğü gibi bazı yükümlülüklerinin devam ettiği belirtilmektedir³⁰²

VI. Arabuluculuk Türleri

Öğretide arabuluculuğun, günümüze kadar kullanılageliş şekilleri, uyuşmazlığın çözümüne yaklaşım tarzları, faaliyet gösterme biçimleri ve izlenilecek usullere göre çeşitli ayrımları ve kullanımları bulunmaktadır³⁰³. Çalışmanın bu bölümünde arabuluculuğun niteliğine, faaliyet ve uyuşmazlığın türüne göre arabuluculuğun ayrımları incelenecektir.

A. Niteliğine Göre

1. Adi Arabuluculuk

Adi arabuluculuk, mevzuatta belirlenen belirli usul ve şartlarla kayıtlı olmayan arabuluculuk faaliyetidir³⁰⁴. Bu durumun sonucu olarak uyuşmazlığın çözümünde yer alacak arabulucunun herhangi bir niteliğe sahip olması veya resmi sicile kayıtlı olması gerekmez. Taraflar, kendi uyuşmazlıklarının çözümüne katkı sağlayacağını düşündükleri herhangi bir kişiyi arabulucu olarak seçebilirler³⁰⁵.

Adi arabuluculukta, geleneksel arabuluculukta yapıldığı gibi arabulucu olarak genellikle taraflara yakın ve ortak saygı duyulan kişiler seçilmektedir³⁰⁶. Adi arabuluculukta, arabulucunun taraflar ve toplum için konumu, saygınlığı, bilgeliği ve ikna etme yeteneği ön planda olduğundan uyuşmazlık çözümünde hâkimiyeti yüksektir. Zira arabulucunun taraflarca seçilme nedeni, arabulucunun tarafların üzerinde nüfuz ve etki sahibi olmasıdır³⁰⁷.

302 Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.91.

303 Diğer ayrımlar için bakınız: Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.628 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 114; Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.37; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 63.

304 Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.37; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64; Yazar; “Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk”, s.15; Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.17.

305 Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.37; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64.

306 Yeşilirmak, *Arabuluculuk Nedir*, s.36.

307 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.632; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 115.

Adi arabuluculukta, yukarıda sayılan nedenlere dayalı olarak ve arabulucunun sorun odaklı davranması nedeniyle nitelikli arabuluculuğa göre sürecin anlaşma ile sonuçlanması daha muhtemeldir. Ancak adi arabuluculuk, kaynağını kanundan almadığından kanunun tanıdığı hak ve yetkilere sahip değildir. Kanunun anlaşmaya bağladığı sonuçlar da adi arabuluculukta bulunmaz³⁰⁸. Adi arabuluculukta, tarafların yapılan anlaşmaya uymaması durumunda icraîlik, genel takip usullerine göre sağlanır³⁰⁹.

2. Nitelikli Arabuluculuk

Arabuluculuk faaliyetinin tüm aşama ve unsurlarının kanun tarafından düzenlendiği arabuluculuk türü nitelikli arabuluculuktur. Buna göre nitelikli arabuluculukta arabulucu olarak görev yapabilecek kişinin kanuna göre arabuluculuk için gerekli eğitimini tamamlamış, belirlenen şartları taşıyıp arabuluculuk unvanını kullanabilen bir kişi olması ve tüm sürecin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda belirlenen düzenlemelere göre yürütülmesi söz konusudur. Arabuluculuğun kaynağını kanundan almasından dolayı nitelikli arabuluculuk “*resmi arabuluculuk*” olarak da adlandırılmaktadır³¹⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında³¹¹ resmi arabulucuyu arabulucular siciline kayıtlı olup arabulucular listesinde ismi yazılı taraflarca üzerinde anlaşılıp görevlendirilen arabulucu olarak tanımlamıştır.

Nitelikli arabuluculukta kanunda yer alan usul ve esaslara bağlı kalındığından ve arabulucunun etki ve nüfuzundan bahsedilemeyeceğinden çözüm olasılığı daha düşüktür. Ancak tarafların irade ve hâkimiyetleri adi arabuluculuğa göre daha etkindir³¹². Dava şartı arabuluculuk müessesesi de nitelikli (resmi) arabuluculuğun açık örneklerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır³¹³.

308 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64.

309 Yeşilırmak, *Arabuluculuk Nedir*, s.36.

310 Taş, “Hukuk ve Siyaset Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri”, s.53; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64; Alkan, “Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, s.58.

311 YHGK, 2017/2783E., 2017/1427 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (07.05.2020).

312 Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.37.

313 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64.

Nitelikli arabuluculukta, tarafların anlaşma belgesine uymamaları durumunda resmîlikten faydalanılarak -ayrıntılara aşağıda değinileceği üzere- HUAK m.18’te belirtilen ilamlı icra yolunun kolaylıklarından faydalanılır³¹⁴.

B. Faaliyete Göre

1.Dönüştürücü Arabuluculuk

Dönüştürücü arabuluculuk; tarafların birbirlerinin içinde bulundukları durumlarını, menfaatlerini, ihtiyaçlarını ve değerlerini anlayarak birbirlerinin güçlüklerle mücadele gibi zayıf yanlarının geliştirilmesini amaçlayan bir arabuluculuk türüdür³¹⁵. Bu arabuluculukta amaç anlaşmazlıkları ve uyuşmazlıkları olumsuz etkilerinden kurtarıp yapıcı hale getirerek taraflara farklı bakış açıları da kazandırmak suretiyle uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmadır³¹⁶.

Bu tür bir arabuluculuk faaliyetinde arabulucu; sürecin arabuluculuk türünün yapısına uygun bir şekilde işleyebilmesi için taraflara, müzakerelerin ve karşılıklı iletişimin nasıl işleyeceği, kararların hangi usullerle yürürlüğe konulacağı ve tarafların birbirlerine karşı bakış açılarının ve duyarlılıklarının nasıl olması gerektiği konularında beceri kazandıracak çalışmalar yapmalıdır³¹⁷.

Dönüştürücü arabuluculukta; arabuluculuk sürecinin, anlaşamama ile sonuçlanması halinde bile taraflara, sosyal ilişkilerinde insanlara karşı netlik ve özgüven kazandırmasından dolayı *güçlendirme vasfını* ve yine başkalarına karşı anlayışlı ve duyarlı olma yetisi kazandırdığından dolayı *tanıma vasfını* kazandırdığından bahsedilmektedir³¹⁸. Bu kazanımlardan dolayı sürecin bireylerin kişiliklerine faydalı olacağı ve ileride yaşayacağı uyuşmazlıklarla daha iyi mücadele edeceği belirtilmektedir³¹⁹.

314 Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.36.

315Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65; Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.36.

316Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.627; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

317 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

318 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

319 Yeşilırmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.36.

Dönüştürücü arabuluculuk; faaliyete göre yapılan ayırmda arabuluculuk türleri içerisinde çözüme ulaştırma ve öneriler sunma konusunda en düşük düzeyde kalmaktadır. Arabulucu bu durumda bilinçli olarak konu, teklif ve anlaşma koşullarına şekil vermekten kaçınmaktadır. Bu nedenlerle ve alışılmışın dışında farklı bir bakış açısıyla çaba, sabır ve beceri gerektirdiğinden dönüştürücü arabuluculuğun, arabuluculuk sürecinin en fazla zaman aldığı arabuluculuk türü olarak da karşımıza çıkmaktadır³²⁰.

2.Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu; tarafların ortak menfaatleri esas olarak çözümü kendilerinin bulmasını sağlamak amacıyla tarafların uyuşmazlıktaki konum, ihtiyaç ve menfaatlerini bulduktan sonra süreci çözüme götüren seçeneklerin taraflarca değerlendirilmesini sağlamaya çalışır³²¹.

Arabulucu değerlendirmeler sonucunda bir çözüm elde etse bile bunu taraflara uygulanmak üzere tavsiye etmez ve dayatmaz. Tarafların iradelerinin ve egemenliklerinin etkin olması bu arabuluculuk türünde belirgindir. Arabulucunun rolü, arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi, süreç hakkında tarafların aydınlatılması, tarafların etkili iletişim kurması ve sürece devam etmesi için gerekli çabayı sarf etmesidir. Yani arabulucunun yapması gereken, süreci yönetip tarafların çözümlerinin yine kendileri tarafından bulunmasını koordine etmektir. Arabulucudan beklenen hukuki tespit, tavsiye ve çözüm önerileriyle uyuşmazlığı sona erdirmek değildir. Bu tür arabuluculukta arabulucunun sürece müdahalesinin sınırlı olması gerektiği belirtilmektedir³²².

320 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

321 ÖZMUMCU, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71/1, İstanbul 2013, s.1372 (Kısaltılışı: Özmumcu, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”); Yeşilirmak, “Arabuluculuk Nedir?”, s.36; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 64.

322 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 118; Yeşilirmak, *Arabuluculuk Nedir*, s.36; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65; Scott H. Hughes, "Facilitative Mediation or Evaluative Mediation: May Your Choice Be a Wise One", *The Alabama Lawyer Vol. 59*, 1998, ss.246-249, s. 246; Murray S. Levin, "The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About The Nature and Quality of an Evaluative Opinion", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 16:2, 2002, ss. 267-296, s. 268.

3. Değerlendirici Arabuluculuk

Değerlendirici arabuluculuk modeli kolaylaştırıcı arabuluculuktan farklı olarak tarafların menfaatlerine göre değil haklılık durumlarına göre hareket edilen bir arabuluculuk türüdür. Arabuluculuk faaliyeti boyunca ve müzakerelerde tarafların konumu, belirttikleri hukuki veya fiili durumlarda zayıf ya da güçlü olduğu alanlara dikkat çekilebilir³²³. Arabulucu, söz konusu uyuşmazlıkta tarafların birbirine göre haklılık durumlarını hukuki bilgilendirmelerle belirtip uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye gitmesi durumunda nasıl bir karar verileceğini tahmin ederek taraflara uyuşmazlığın çözülmesi konusunda yardımcı olur³²⁴.

Değerlendirici arabuluculuk süreci doğrudan çözüm odaklı olarak yürütülür. Tarafların aralarındaki ilişkilerin çözüme ulaşma konusundaki etkileri üzerinde durulmaz³²⁵. Arabuluculuk süreci mümkün olduğunca hızlı bir şekilde anlaşma ile sonuçlandırılmaya çalışılır³²⁶.

Bu noktada Türkiye’deki arabuluculuk düzenlemelerinin ve uygulamalarının hangi arabuluculuk türünü esas aldığını belirlemek faydalı olacaktır. Öncelikle belirtilmelidir ki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun yürürlüğe giren ilk şeklinde arabulucunun taraflara çözüm önerisi getirebileceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm yoktu. Gerek arabulucunun tanımında ve gerek sürecin işleyişinde arabulucuya yalnızca tarafların birbiriyle iletişiminin ve görüşmesinin sağlanması görev ve yetkisi verilmişti. Bu nedenle Kanun’un yürürlüğe girdiği ilk şeklinde uyuşmazlığın taraflarına, kendi çözümlerini kendilerinin üretmesine yönelik düzenlemeler bulunduğundan Kanunun ilk şeklindeki arabuluculuk modelinin kolaylaştırıcı arabuluculuk olduğu kabul edilmektedir³²⁷.

323 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 119.

324 Yeşilırmak, *Arabuluculuk Nedir?*, s.37; Özümücü, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, s.1375.

325 Yeşilırmak, *Arabuluculuk Nedir?*, s.37.

326 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65.

327 Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.48; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65; Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.72; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 120; Değişiklikten önceki arabulucunun işlev ve tanımının yapıldığı 2. maddenin gerekçesinden bu hususa şu şekilde yer verilmektedir: “...Arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik

Kanunda kolaylaştırıcı arabuluculuğun benimsenerek, arabulucunun rolünün yalnızca taraf menfaatlerini dengelemek şeklinde belirlenmesinin hukukçu olan arabulucuların yürürlükteki kanun hükümlerine göre tarafların hukuki durumları hakkında yorum ve değerlendirmelerde bulunmamalarının hayatın olağan akışıyla ve gerçeklikle bağdaşmayacağı gerekçesiyle Kanun eleştirilmiştir³²⁸. Zira belli bir seviyede donanım ve beceriye sahip olan, tarafların hukuki haklarına yönelik bir görüşmede bulunan bir hukukçu arabulucunun; taraflara adil ve hakkaniyetli tavsiye, görüş ve çözüm önerileri paylaşması çok olası ve olağandır³²⁹.

Kanun koyucu öğretide yer alan eleştirilere uygun olarak 7036 sayılı İşMK m.17 ile HUAK m.2'ye ekleme yaparak ve faaliyetin yürütülmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı m.15'e ek 7. fıkra getirerek tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunabileceğini hükme bağlamıştır³³⁰. Böylelikle kanun, arabuluculukta benimsediği kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden vazgeçerek değerlendirici arabuluculuk modeline geçiş yapmıştır³³¹.

Değerlendirici arabuluculuk modelinde kolaylaştırıcı arabuluculuk modeline göre arabulucunun daha aktif bir role sahip olabildiği düşünüldüğünde söz konusu

kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.” TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat>, (08.05.2020).

328 Dür, *Arbuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 355; Yıldırım, *Arbuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.71-72;

329 Özümücü, “Arbulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, s.1375 vd.

330 HUAKY m.17/6'da arabulucunun çözüm önerisi getirirken nasıl bir yol izleyeceği ve dikkat edeceği hususlar belirtilmektedir. Hükme göre; “*Arbulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir. Bununla beraber tarafları bir çözüm önerisi veya öneriler dizisini kabule zorlayamaz. Ancak, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu bir önerinin arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda değerlendirilemez.*”

331 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 65; Yıldırım, *Arbuluculuk ve Ombudsmanlık*, s.72; Dür, *Arbuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

değişikliğin arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında bilgilendirme ve somut çözüm önerileri getirmesinin arabuluculuk yolunun uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasındaki katkısını artıracığı belirtilmektedir. Ayrıca aktif arabuluculuk imkânı tanıyan modelde taraflara yapılacak bilgilendirme, telkin ve yardımların güç dengesizlikleri durumunda olaya uygun yaklaşım tarzının benimsenerek dengesizliğin en aza indirilmesine, taraflarda bulunan önyargıların giderilmesine ve tarafların birbirlerini ve içinde bulundukları durumları anlayabilmelerine de katkı sağlayacağı ifade edilmektedir³³².

C. Uyuşmazlığın Türüne Göre

1. İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk Ayrımı

Arabuluculuk mevzuatımız kural olarak arabulucuya başvuruda iradilik ilkesini benimsemekle beraber konusuna göre bazı uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvuruyu dava şartı olarak düzenleyerek bu gibi durumlarda arabulucuya başvuruyu zorunlu kılmıştır³³³. Buna göre kanunun uyuşmazlık konusunu dava şartı arabuluculuk kapsamına alması durumunda arabulucuya başvuru zorunlu olacak diğer durumlarda ise tarafların iradesine göre olmak üzere ihtiyari olacaktır. Dava şartı arabuluculuk hukukumuzda istisna bir arabuluculuk modeli olarak yer almaktadır³³⁴.

a. İhtiyari Arabuluculuk ve Hukukumuzda Görünümü

Türkiye modern ve sistematik anlamda arabuluculuk kurumu ile 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle³³⁵ tanışmıştır. Kanun arabuluculuk düzenlemelerini, arabuluculuk müessesesinin geleneksel yapısına uygun olarak ve temelde ihtiyari arabuluculuk şeklinde ele almıştır. Bu durum HUAK m.3'te "*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam*

332 Özümücü, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", s.1388-1389; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 122.

333 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 131; Ertürk, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.37.

334 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 131.

335 Yürürlük maddesi olan HUAK m.37'ye göre kanunun teşkilata ilişkin 28-32 maddeleri ile geçici maddeleri yayım tarihi olan 22.06.2012 tarihinde; diğer maddeleri ise yayım tarihinden bir yıl sonra olan 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunun ilk şeklinde dava şartı arabuluculuk bulunmayıp devam eden yıllarda dava şartı arabuluculuk kanundaki yerini almıştır. Dava şartı arabuluculuk uygulamaları kanunda istisnai hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁶. Dolayısıyla uyuşmazlıklarının türü dava şartı kapsamında düzenlenmeyen uyuşmazlıklarda taraflar ihtiyari arabuluculuk hükümlerine göre arabuluculuk faaliyetini yürüteceklerdir³³⁷.

Ayrıntılarına yukarıda değinildiği üzere taraflar yapacakları arabuluculuk sözleşmesiyle arabuluculuğa elverişli olan, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ancak aile içi şiddet iddiasını içermeyen iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra uyuşmazlığın çözümünü arabulucuya taşıyabilirler. Mahkeme tarafları arabulucuya başvurmak için arabuluculuk faaliyeti ve hukuki sonuçları hakkında bilgilendirip, taraflara arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözülmesinin avantajları hakkında hatırlatmalar yaparak onları arabuluculuk yoluna başvuruya teşvik etmelidir. (HUAK m. 13/1) Mahkeme davanın hangi aşamada olduğuna bakmaksızın tarafların uyuşmazlık noktalarını belirledikten sonra; uyuşmazlığın zayıf bir noktadan kaynaklandığını veya tarafların anlaşmaya yakın olduklarını tespit ettiğinde tarafları arabulucuya teşvik etmesi önemli ve yararlıdır³³⁸. Ayrıca HMK m.137,140 ve m.320 tarafların ön inceleme aşamasında sulhe ve arabuluculuğa teşvik edilmesi hatta sonuç alınacağı kanaati uyanırsa duruşmayı bir defaya mahsus ertelemesi için mahkeme hâkimini görevlendirmiştir³³⁹.

Arabuluculuğa tarafların birlikte anlaşarak değil de yalnızca taraflardan birinin başvurması üzerine gidilmesi diğer tarafın bu teklife 30 gün içinde³⁴⁰ olumlu cevap

336 Bunun bir sonucu olarak genel kullanımda ve bu çalışmada arabuluculuk terimi kullanımından ihtiyari arabuluculuk faaliyeti kastedilmektedir.

337 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 131.

338 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.32.

339 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 82.

340 Maddede tarafların aksini kararlaştırabilecekleri belirtildiğinden taraflar kanuni cevap verme süresi olan 30 günü artırıp azaltabilirler: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.32.

vermesine bağlıdır. Aksi takdirde yapılan teklif reddedilmiş sayılır. (HUAK m.13/2) Diğer tarafın teklife olumsuz cevap vermesi tarafların devam eden zamanda tekrar arabuluculuğa başvurusuna engel olmaz ve kabul edilmeyen arabuluculuk teklifinin hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır³⁴¹.

Arabulucu, arabuluculuğa başvuru öncesi süreçte, taraflardan herhangi birisi veya her ikisiyle arabuluculuk süreci ve hukuki sonuçları hakkında bilgilendirme, aydınlatma, yol gösterme, gerekirse HUAK m. 13/3'te belirtilen arabuluculuk ücretini karşılama konusunda arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinden adli yardım³⁴² talebinde bulunulabileceğini anlatma ve arabuluculuğa etkin bir şekilde katılmayı zorlaştıracak sebeplerin varlığı durumlarında hukuki yardımdan³⁴³ yararlanabileceğini önerme gibi amaçlarla görüşmelerde bulunabilir³⁴⁴.

HUAK m.14'e göre kural olarak uyuşmazlığın çözümünde görev yapacak arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilecektir. Maddenin “*başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça*” ibaresi tarafların yine kendi iradeleriyle arabulucu seçim usulüne istisna getirebileceklerini göstermektedir. Buna örnek olarak kanunda düzenlenmemekle birlikte açıkça yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığından kurumsal arabuluculuk³⁴⁵ gösterilmektedir. Bu kurumlar, kurumsal arabuluculuğa başvuran taraflara, rehberlik ve sekretarya hizmeti vererek uyuşmazlığın türüne ve niteliğine göre hangi alanlarda uzmanlığı ve yeterliliği bulunduğu belli olan arabulucular tavsiye edip süreçteki kişilerin bir araya gelmesini sağlayan görüşmeler düzenleyebilirler. Bu merkezler hizmetlerinin karşılığı olarak bünyelerinde görev alan arabulucu veya taraflardan aidat ya da ücret talep edebilirler. Kurumsal arabuluculuğun, uyuşmazlık yaşayan tarafların bir arabulucu üzerinde karar

341 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.32.

342 HUAKY m.15/4'e göre sulh hukuk mahkemesine yapılan talebin olumlu neticelenerek arabuluculuk hizmeti verilmesi hâlinde arabulucunun ücreti Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenecektir.

343 HUAKY m.15/5'e göre ise Arabuluculuk sürecinde tarafların avukatlık hizmeti bakımından adli yardımdan yararlanabilmesi hususunda 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176 ilâ 181 inci maddeleri uygulanır

344 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.33.

345 Ülkemizde kurumsal arabuluculuk müesseselerine örnek olarak gösterilen Arabuluculuk Merkezleri ve Dernekleri hakkında bu çalışmadaki bilgiler için bakınız: İkinci Bölüm III. Numaralı başlık.

kılabilmelerini kolaylaştırmaya, arabuluculuk kurumunun Türkiye’de yerleşmesine ve arabuluculuk yolunun yaygınlaştırılmasına imkân sağlayacağı kabul edilmektedir³⁴⁶. Arabuluculuk için seçilecek veya belirlenecek arabulucunun kanunun sağladığı hukuki sonuçlardan yararlanmak amacıyla her halükârda arabulucular siciline kayıtlı olması gerektiği unutulmamalıdır³⁴⁷.

Uyuşmazlığın çözüm aşamalarında görev yapacak arabulucu belirlendikten sonra bu arabulucu en kısa zamanda tarafları ilk toplantıya davet etmelidir. Taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla sürecin işleyişini ve usulünü serbestçe tayin edebilirler. Tarafların herhangi bir yöntem belirlememeleri durumunda arabulucu kanunun verdiği yetki ile uyuşmazlığın türü, niteliği ve tarafların arzularını gözeterek uyuşmazlığın hızlı ve basit şekilde çözümüne götürecek bir yol izleyecektir. Bununla birlikte arabuluculuk yargısal bir faaliyet olmadığından arabulucu yargısal otoritenin kullanılmasını icap eden ve yalnızca hâkimin yapabileceği işlemleri yerine getirmekten kaçınılmalıdır. (HUAK m.15, HUAKY m.17) Mesela zaten çözümü uzattığı için arabulucuya başvuru sebeplerinden bir tanesini oluşturan mahkeme işlemleri olan tahkikat, keşif, bilirkişiye başvuru gibi işlemler arabulucu tarafından yapılamaz³⁴⁸. Bununla birlikte arabuluculuk faaliyetinde tarafların uyuşmazlık konusu olan taşınır veya taşınmaz üzerinde incelemeler ve değerlendirmelerde bulunmasında ya da sürece katkısı

346 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.34.

347 Büyükcay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.78.

348 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 359; Büyükcay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.78; Arabulucunun sonuç ve anlamı usul hukukunda yer alan tanık dinleme yerine geçmemekle birlikte, bir olay hakkında kişinin görgüsü veya bilgisini üçüncü kişiye aktarması şeklinde tanık dinleyebileceği belirtilmektedir. Ayrıca uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek seçenekleri belirlemek için kanunun açık ifadesine göre uyuşmazlığın tarafları uzman kişilere başvurabilir, uyuşmazlık konusuyla ilgili görülmesinin kararlaştırıldığı kaza yeri vb. mahalleri birlikte inceleyebilirler. Ancak bu durumlar yargılama faaliyeti kapsamında yapılan tahkikat uygulamaları değildir. Zaten bu faaliyetleri yapan ve etkin rol oynayan arabulucu değil taraflardır, Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 359; Kanunun ilk yürürlüğe girdikten sonra yayınlanan 26.01.2013 tarihli eski HUAKY m.19/4’te açıkça belirtilen arabulucunun tanık dinleme yasağı, kanundaki değişikliklerden sonra yürürlüğe giren 02.06.2018 tarihli yeni yönetmeliğin 17. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilmeyerek genel yargısal nitelikte işlemler yapılmayacağı şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Bu noktada açıkça kullanılan önceki ifadelerden kaçınılması, kuralın esnetildiği şeklinde açıklanabilir.

olacağı düşünölen uzmanların müzakere ve mütalaasından yararlanılmasında herhangi bir engel yoktur³⁴⁹.

HUAK m.16'da arabuluculuk sürecinin başladığı anın üzerinde ayrıntılı bir şekilde ve önemle durulmaktadır. Zira maddenin 2.fikrasına göre, arabuluculuk sürecinin başladığı an itibariyle sürecin sonuna kadar zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir. Hükme göre arabuluculuk süreci; dava açılmadan arabulucuya başvurulmuşsa tarafların ve arabulucunun birlikte katıldığı toplantıda arabuluculuk sürecinin işletileceğine dair yapılan anlaşmadan sonra tutulan tutanağın düzenlendiği andan itibaren başlayacaktır. Dava açıldıktan sonra ise; mahkemenin tarafları arabuluculuk aşamasına teşvik etmesi üzerine tarafların arabuluculuk sürecinin işletilmesini kabul ettiklerinin tutanağa geçirildiği anda veya duruşmalar dışında tarafların arabulucuya gideceklerini mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri anda arabuluculuk süreci başlamış kabul edilecektir³⁵⁰. Kanun, usul ekonomisi ve davaların sürüncemede kalmaması amacıyla sürelerin ne kadar duracağına ilişkin bir sınırlama getirmiştir. HUAK m.15/5'e göre mahkeme arabuluculuğa gidilmesi durumunda yargılamayı üç ay geçmemek üzere erteleyecektir. Taraflar bu süre içinde anlaşmaya varamaz ve birlikte ertelenen sürenin uzatılmasını isterlerse mahkeme en fazla üç aya kadar daha süreyi uzatabilir³⁵¹. Bununla birlikte söz konusu süre sınırlaması, yalnızca arabuluculuğa dava açıldıktan sonra başvurulması halinde vardır³⁵².

Arabuluculuk sürecinin başlamasıyla birlikte sürelerin duracağına ilişkin düzenleme, bu aşamada geçirilen süreler dolayısıyla tarafların haklarına zarar

349 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.35-36.

350 Büyökyay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.80.

351 Dava açıldıktan sonra başvurulanan arabuluculukta uzatılan süre sonunda da anlaşma sağlanamaz ve arabuluculuk faaliyeti devam ederse ne olacağı hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bu durumda taraflardan herhangi birinin müracaatıyla yargılamanın kaldığı yerden devam edebileceği, yargılamayı durdurmamakla birlikte tarafların arabuluculuk görüşmelerine yargılamayla beraber her zaman devam edebilecekleri veya dava devam ederken taraflar anlaşılırlarsa davanın bu anlaşmaya göre sonlandırılabilirliği belirtilmektedir. Eğer taraflar verilen uzatma süresine rağmen anlaşma sağlamaz ve de mahkemeye herhangi bir müracaatta bulunmazlarsa, erteleme süresinin son günü son işlem tarihi olarak kabul edilip HMK m.150/3,4 ve 5. fıkralara göre hâkim belirlenen tarihten 1 ay geçmekle dosyayı işlemden kaldırmalı toplamda 3 ay geçtiğinde yine herhangi bir işlem yapılmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir: Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 90-91.

352 Büyökyay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.80.

gelmemesi ve hak arama hürriyetlerinin zedelenmemesi noktasında yerinde bir düzenlemedir. Tarafların hak ve menfaatlerine zarar gelmeyeceğine olan güvenle arabuluculuk yoluna yönelimi sağlaması yönünden de faydalı kabul edilmektedir³⁵³.

Arabulucu, süreç boyunca tarafların uyuşmazlığın somut durumuna göre farklı çözüm seçeneklerini üretebilmeleri ve değerlendirebilmelerini sağlamaya çalışacaktır. Daha önce de belirtildiği üzere tarafların çözüm üretemediklerinin artık belirgin hale gelmesi durumunda arabulucu çözüm önerisinde bulunabilir. (HUAK m.15/7) Arabuluculuk sürecindeki müzakerelerde tarafların istek ve talepleri belirliliğe kavuşturularak çözüm aralığı oluşturulmalı ve ortaya çıkan seçenekler tarafların görüş alışverişleriyle birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır³⁵⁴. Tarafların pozisyonlarındaki menfaat ve ihtiyaçlara göre çözüm tekliflerinin şekillenmesi noktasında yoğunlaşılmalı; sürecin uzamasına ve yorucu hale getirilmesine sebep olan sürekli aynı noktalarda dönüp dolaşma niteliğindeki kısır döngüler engellenmeye çalışılmalıdır. Bu durumlarda gerekirse müzakerelere makul aralar verilmeli ve tıkanılan noktaların aşılabilmesine ilişkin noktasal çözümler üretilmelidir. Müzakere aşamalarından sonra oluşacak anlaşma durumunda tarafların anlaşmalarına uygun düzenlenecek anlaşma belgesi üzerinde çalışılmalıdır³⁵⁵. Anlaşılan hususların tekrar gündeme getirilmesine sebep olan söylemlerden kaçınılmalıdır.

Arabuluculuk faaliyetini sona erdirecek haller HUAK m.17/1’de sıralanmaktadır. Hükme göre arabuluculuk faaliyeti; tarafların anlaşmasıyla, arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşma sağlayamadığı ve daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilip taraflarca da sürece devam edilmek istememesi durumunda, taraflardan herhangi birinin diğer tarafa veya arabulucuya arabuluculuktan çekildiğini beyan etmesi, arabuluculuğa getirilen uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespiti ya da arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların anlaşmasıyla sona erer.

353 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 89; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.80.

354 Ünsal Sığı, “Arabuluculuğun Aşamaları: Müzakere Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, s.155.

355 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 102.

Arabuluculuk faaliyeti ne şekilde sona ererse ersin faaliyetin nasıl sonuçlandığı ve faaliyetin sonunda kısmen veya tamamen anlaşma oldu ise anlaşılabilir ve anlaşılabilir hususların neler olduğunu belirten bir tutanak düzenlenmelidir³⁵⁶. (HUAK m.17/2) Söz konusu tutanak arabulucu tarafından düzenlenmeli ve taraflar ve varsa kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmalıdır. Tutanak, arabulucu haricindeki kişiler tarafından imzalanmazsa imzalamama sebebi tutanağa yazılarak arabulucu tarafından imzalanmalıdır. Söz konusu belgenin düzenlenmesiyle birlikte arabuluculuk sürecinin sonuçlanıp sonuçlanmadığı ve sonuçlandı ise ne zaman sonuçlandığı netlik kazanacak ve belgelenmiş olacaktır³⁵⁷.

Gizlilik ilkesinin sonuç ve faydalarından birisi olarak; arabulucunun tutanak ve sonuçları konusunda yapacağı bilgilendirmeler eşliğinde, taraflar faaliyet sonucunda düzenlenecek tutanağa arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi dışında nelerin yazılıp yazılmayacağına, istekleri dâhilinde gizli kalacak hususların neler olduğuna ve hangi hususların ayrıntılı yazılacağına³⁵⁸ karar verebileceklerdir. (HUAK m.17/3) HUAK m.5'e göre ilk oturum tutanağı ve süreç sonunda hazırlanan son tutanak hukuk davasında veya tahkimde gizlilik ilkesi gereği delil olarak ileri sürülemez. Ancak anlaşma belgesi³⁵⁹ bir özel hukuk sözleşmesidir ve alenidir. Taraflar anlaşma belgesinin içeriğini gizli tutmak istiyorlarsa anlaşma belgesinde cezai koşul şeklinde hüküm düzenleyebilirler³⁶⁰.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma ile sonuçlandırır ise bu anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Taraflar isterlerse kendileri ve arabulucu tarafından imzalanacak ayrı bir anlaşma belgesi de düzenleyebilirler. Arabuluculuk yolunun yapısı gereği tarafların düzenleyeceği

356 Sığı, "Arabuluculuğun Aşamaları: Müzakere Aşaması", s.157.

357 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.40; Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren 1 ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermelidir. (HUAK m.17/4)

358 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.40.

359 Bu noktada karışıklıklara neden olmaması için son tutanak ile anlaşma belgesi arasındaki ayrımı dikkat edilmelidir. Son tutanak arabuluculuk faaliyetinin sonunda faaliyetin ne şekilde sonlandığına dair bir belge iken; anlaşma belgesi faaliyetin anlaşma ile sona ermesi durumunda tarafların anlaştıkları konuların kapsamını belirten bir belgedir. Taraflar ayrı bir anlaşma belgesi düzenlemezler ise son tutanak anlaşma belgesi hükmündedir.

360 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.41.

anlaşma belgesinde de keskin sınırlar çizilmemiş, anlaşmanın kapsamı ve şekli tarafların iradesine bırakılmıştır³⁶¹.

Düzenlenen anlaşma belgesinin niteliği ve etkisi arabuluculuk görüşmelerine katılıp anlaşma belgesini imzalayan kişilere göre değişmektedir. Arabuluculuk müzakerelerine taraflardan biri veya tüm taraflar avukatı olmadan katılıp da anlaşma belgesi yalnızca taraflar ve arabulucu tarafından imzalanırsa hazırlanan anlaşma belgesi genel hükümlere göre bir sözleşme niteliğinde olacaktır³⁶². Bu belgenin İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde bir belge olabilmesi için anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh alınması gerekmektedir³⁶³. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh; arabuluculuk sürecine dava açılmadan başvurulmuşsa arabulucunun görev yaptığı sulh hukuk mahkemesinden, arabuluculuk sürecine mahkeme aşamasında başvurulmuşsa davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir. Arabuluculuk müzakerelerine tüm taraflar avukatlarıyla birlikte katılarak anlaşma belgesini arabulucu ile imzalarlar ise icra edilebilirlik şerhi almaya gerek olmaksızın söz konusu anlaşma belgesi İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge sayılacaktır. (HUAk m.18)

İcra edilebilirlik şerhi verilmesinin çekişmesiz yargı işi olduğu ve arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hariç olmak üzere incelemenin dosya üzerinden yapılacağı HUAk m.18/3'te açıkça belirtilmiştir. Ayrıca hâkim tarafından yapılacak icra edilebilirlik şerhi incelemesinin, yalnızca anlaşma belgesi içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olacağı belirtilmiştir.

Son olarak arabuluculuk süreci sonunda tarafların kısmen veya tamamen anlaşması durumunda anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacaktır. (HUAk m.18/5)

361 Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.25; Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", s.83; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.41.

362 Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.26; Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", s.84; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.42.

363 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.42.

b. Dava Şartı Arabuluculuk ve Hukukumuzda Görünümü

(1). Genel Olarak

Dava şartı arabuluculukta da iradilik ilkesi etkin olmakla birlikte yalnızca arabulucuya başvuru zorunlu tutulmaktadır. Taraflar uyuşmazlık türlerinin dava şartı kapsamında kalmasıyla zorunlu olarak arabulucuya başvuracak ancak bu zorunlu başvurudan sonra arabuluculuk sürecini devam ettirmek, sona erdirmek veya vazgeçmek konusunda serbest iradeleriyle karar vereceklerdir³⁶⁴.

Hukuk sistemimiz dava şartı arabuluculuk kurumuyla ilk defa arabuluculuğun yaygınlaştırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılarak nitelikli dosyalardaki yargılama hızının artırılması maksadıyla³⁶⁵ 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı İşMK'nin 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe giren 3. maddesi ile tanışmıştır³⁶⁶. Dava şartı arabuluculuk başlıklı m.3 ile kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi-işveren alacak ve tazminatları ile işe iade³⁶⁷ sebebiyle açılacak davalarda arabulucuya başvuru dava şartıdır. Uyuşmazlığın türü maddede sayılan hallerden birine girdiği halde arabulucuya başvurulmadan dava açılması durumunda mahkemece herhangi bir işlem yapılmadan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir. (İşMK m.3/2)

İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre ihbar, kıdem, kötü niyet, eşit davranma ilkesine aykırılık tazminatlarından; ücret, fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarından; iş sözleşmesi feshinin geçersizliği

364 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 132.

365 Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.77; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 136.

366 Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s.75; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 125; 25.10.2017 Tarih ve 30221 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm>, (05.01.2021).

367 İşe iade sebebiyle açılacak davalarda arabulucuya başvurma'nın dava şartı olduğuna ilişkin hüküm detayları İşMK. m.3 ile birlikte yine 7036 Sayılı Kanun'un 11 ve 12. maddeleri ile getirilmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda işe iade ile ilgili 20. ve 21. maddelere eklemeler getirmiştir. Söz konusu hükme göre "İş Sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir."

ile işe iade ve ona bağlı olarak iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacaklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar için dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu ve dava şartıdır³⁶⁸. Bu konuda iş sözleşmesinin İş Kanunu'na veya Türk Borçlar Kanunu'na tabi olması arasında bir fark bulunmadığı belirtilmektedir. Zira İşMK. m.5'e göre İş Mahkemelerinin görev alanına TBK m.393-447 arasında düzenlenen hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan davalar da dâhildir³⁶⁹.

İş hukukunda söz konusu uyuşmazlıklara getirilen dava şartı arabuluculuk uygulamasında sağlanan başarılar³⁷⁰, dava şartı arabuluculuğun diğer bazı uyuşmazlıklarda da uygulanmasında faydalar getireceği ve mahkemelerdeki iş yükünü azaltacağı düşüncesinin oluşmasını sağlamıştır³⁷¹. Diğer uyuşmazlıklarda da dava şartı arabuluculuk uygulamasının uygulanmasını sağlamak amacıyla HUAK'a 06.12.2018 tarihli 7155 Sayılı ASKPAİTBUHK m.23 ile m.18/A eklenmiştir³⁷². HUAK m.18/A hükümleri, ilgili kanunlara eklenecek dava şartı arabuluculuk hükümleriyle ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta uygulanacak genel düzenlemeleri ve usulleri içermektedir³⁷³. İlgili kanunlardaki özel hükümler ise saklı olacak ve özel durumlarda HUAK m.18/A değil ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır³⁷⁴. (HUAK m.18A/19) Dava şartı arabuluculuk için uygulanacak

368 İşMK. m.3/3'e göre iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı arabuluculuk müessesesi uygulanmayacak ancak taraflar isterlerse ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurabilecekler: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.47.

369 Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 299.

370 Arabuluculuk Daire Başkanlığının verilerine göre ülkemiz genelinde 7036 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2018 ile 19.12.2019 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk görevlendirmesi yapılan 739.235 dosyadan 460.090 dosya anlaşma ile sonuçlanarak %65 anlaşma oranı yakalanmıştır: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html>, (Erişim Tarihi: 12.05.2020) Ayrıca yalnızca 2019 yılında yaklaşık 230.000 dosya anlaşma ile sonuçlanarak 400 iş mahkemesinin bir yılda ortalama baktığı dosya sayısı kadar uyuşmazlık dava açılmadan arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılmıştır: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakani-gul-yargi-hicbir-yerden-ve-kimseden-emiralmaz/>, (12.05.2020)

371 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.47.

372 19.12.2018 Tarih ve 30630 Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm>, (05.01.2021).

373 Maddenin 1. fıkrasında bu durum "İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecinde bu madde hükümleri uygulanacaktır" şeklinde düzenlenmiştir.

374 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.47; İşMK'da yer alan dava şartına ilişkin düzenlemeler HUAK m.18/A'da yer alan birçok düzenleme ile benzerlik taşımaktadır. Ancak iş hukukuna özgü bazı düzenlemelerin İşMK'de farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda HUAK m.18A/19 gündeme gelecek ve özel düzenleme niteliğindeki hükümler

hükümler HUAK m.18A'da bulunamazsa kanunun diğer hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde kullanılacaktır. (HUAK m. 18A/20)

7155 Sayılı Kanun, getirdiği genel dava şartı arabuluculuk düzenlemeleriyle birlikte m.20'yle de 6102 sayılı TTK'ye m.5/A ekleyerek 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmek kaydıyla TTK'nin 4. maddesinde ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalardan konusunu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat istemleri hakkında dava açılmadan arabulucuya başvuruyu dava şartı olarak belirlemiştir³⁷⁵. 7155 Sayılı Kanun'un m.21 ise TTK'ye geçici m.12 ekleyerek söz konusu ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin maddelerin yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2019 itibarıyla ilk derece, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'da görülmekte olan davalarda uygulanamayacağını düzenlemiştir.

TTK m.5A/1 ile hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı; 2. fıkrası ile ise arabuluculuk sürecinin normalde 6 hafta içinde sonuçlanacağı zorunlu hallerde bu süreye en fazla 2 hafta ekleneceği belirtilmektedir. Yukarıda önemle üzerinde durulduğu üzere bu durumlar haricinde ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sürecinde HUAK m.18A'da yer alan hükümler uygulanacaktır³⁷⁶.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk faaliyetinde uygulanacak mevzuat hükümleri niteliklerine uygun düştüğü ölçüde sırasıyla; TTK m. 5/A, HUAK 18/A, HUAK'ın diğer hükümleri ve HUAKY şeklindedir³⁷⁷.

HUAK m.18A/18'de dava şartı arabuluculuğun uygulama alanına bir istisna getirilmiştir. Hükme göre özel kanunlarda tahkime veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu olarak düzenlendiği haller ile tahkim

uygulanacaktır. Ancak özel düzenlemelerde uygulanacak hüküm bulunmazsa dava şartı arabuluculuk kapsamında genel düzenleme niteliğinde olan HUAK m.18/A hükümleri uygulanacaktır; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 128.

375 Arabuluculuk Daire Başkanlığının verilerine göre kurumun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2019 ile 19.12.2019 tarihleri arasında ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamaları kapsamında 146.413 adet arabuluculuk görevlendirmesi yapılan dosyadan 73.046 adedi anlaşma ile sonuçlanarak %57'lik oran yakalanmıştır: <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html>, (14.05.2020)

376 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 127.

377 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.55-56.

sözleşmesinin varlığı hallerinde dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. Ancak taraflar bu hallerde de ihtiyari arabuluculuğa başvurabileceklerdir³⁷⁸. Maddede belirtilen istisnalara örnek olarak; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. maddesinde düzenlenen belirli değer altındaki³⁷⁹ tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu gösterilebilir. Ayrıca tarafların tüketici hakem heyeti kararına karşı tüketici mahkemesine yaptıkları itiraz bir dava niteliğinde kabul edilmediğinden dava şartı arabuluculuk hükümleri bu halde de uygulanamayacaktır³⁸⁰.

Dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanamayacağı bir diğer durum ise HMK'de düzenlenen tahkim sözleşmesinin varlığıdır³⁸¹. Tahkim sözleşmesi HMK m.116'da ilk itirazlar arasında düzenlendiğinden, taraflardan birinin çözüm için mahkemede dava açması durumunda karşı taraf süresinde tahkim ilk itirazında bulunursa dava usulden reddedilir. Ancak tarafların aralarında bulunan tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen tahkim itirazının süresinde veya hiç yapılmaması durumunda uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava şartı arabuluculuk kurumu devreye girecektir³⁸².

Dava şartı arabuluculuğun kapsamı noktasında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.30'da düzenlenen Sigorta Tahkim Komisyonu yoluyla uyuşmazlık çözümünde HUAK m.18A/18 gereği olarak dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Sigorta Tahkim Komisyonuna, sigorta ettiren veya sigortadan menfaat sağlayan kişiler ile sigorta tahkim sistemine üye sigorta kuruluşları arasında sigorta sözleşmesinden doğan

378 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.64 vd.

379 26/12/2020 tarihli ve 31346 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Ticaret Bakanlığının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğine göre "7.550,00 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri, Büyükşehir statüsünde olan illerde 7.550,00 Türk Lirası ile 11.330,00 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 11.330,00 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 7.550,00 Türk Lirası ile 11.330,00 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru zorunludur.

380 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.65.

381 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 136.

382 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.65.

uyuşmazlıkların çözümü için başvurulabilir³⁸³. Ayrıca mevzuatın zorunlu kıldığı sigortalardan kaynaklanan ve tahkim sistemine dâhil olan uyuşmazlıklarda, ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa bile hak sahibi söz konusu tahkim usulünden yararlanabilir³⁸⁴.

Bu noktada söz konusu tahkim yolunun istisna kapsamında olup olmadığı incelenmelidir. Lafzi yorum yapıldığında; Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru HUAK m.18A/18’de belirtildiği şekliyle zorunlu tahkim başvurusu şeklinde bir yol olarak düzenlenmediği, ayrıca ikinci istisna hali olarak değerlendirilebilecek taraflar arasında yapılmış bir tahkim sözleşmesi de bulunmadığından³⁸⁵ HUAK’ın Sigortacılıkta Tahkime ilişkin herhangi bir istisna getirmediği belirtilmektedir³⁸⁶. Dolayısıyla lafzi yorum yapılarak Tahkim Komisyonuna yapılacak her bir başvuruda uyuşmazlığın türüne bakılacak ve dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediği belirlenecektir³⁸⁷. Amaçsal yorum yapıldığında ise kanunun genel olarak tahkim öngörölmüş uyuşmazlıkları da istisna kapsamına aldığı, Sigorta Tahkim Komisyonunun da istisnai bir alternatif çözüm yolu olduğu, komisyona yapılan başvuruların dört aylık sürede sonuçlandırılma zorunluluğu bulunması nedeniyle zamandan tasarruf sağladığı ve de başvuru ücretlerinin yargısal yola göre düşük olması dikkate alınarak dava şartı arabuluculuk ile aynı amaca yöneldiğinden,

383 Maddenin 13. fıkrasına göre “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir.”

384 *Ekmekçi, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 395.

385 Zira Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurabilmek için sigorta kuruluşunun komisyona üyeliğinin bulunması ve rizikonun üyelik tarihinden sonra meydana gelmesi gerekir: *Ekmekçi, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 395-396.

386 Sigorta Sözleşmesinin tarafları arasında bir tahkim anlaşması var ise arabuluculuk dava şartı kapsamında olmayacaktır. Ayrıca sigortalı uyuşmazlık meydana geldikten sonra tahkim anlaşması yaparsa yine istisna söz konusu olacak ve dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmeyecektir: Aslıhan Erbaş Açık, “Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.48-49.

387 *Ekmekçi, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 395 vd.

Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurun dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmasına istisna teşkil ettiği kabul edilmektedir³⁸⁸.

Sigorta Tahkim Komisyonuna 2918 sayılı KTK m.97'ye göre zarar görenin, zorunlu trafik sigortasında belirtilen sınırlar dâhilinde dava açmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Sigorta kuruluşu başvurudan itibaren 15 gün içinde başvuruyu cevaplamaz veya verdiği cevap yeterli görülmezse zarar gören artık dava açabilir ya da 5684 sayılı kanuna göre tahkime başvurabilir. KTK m.97 hükmünden anlaşılabileceği üzere zarar görenin sigorta kapsamında belirlenen sınırlar dâhilinde dava açmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması özel dava şartıdır. Zarar görenin tahkime değil de doğrudan dava yoluna başvurması durumunda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda netlik bulunmamakla birlikte, zarar görenin talep hakkının kaynağının kusursuz sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) (KTK m.85 vd.) ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KTK m.91 vd.) olduğu, zarar gören üçüncü kişi ile sigorta kuruluşu arasında bir sigorta sözleşmesi bulunmadığından bahisle zarar görenin açtığı dava kural olarak ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği dolayısıyla dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının her sigorta sözleşmesine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir³⁸⁹. Dava yoluna başvuru uyuşmazlık, dava şartı kapsamında ise özel dava şartı ile birlikte arabuluculuğa başvuru dava şartı da uygulama alanı bulabilir. Bu noktada öncelik sonralık ilişkisi kurulmadan her iki dava şartı da birlikte sağlanmalıdır. Bunun için her iki dava şartına aynı anda başvuru yapılması talep edenler için faydalı olacaktır³⁹⁰.

KTK m.97'ye göre zarar görenin dava açma yolunu değil de 5684 sayılı Kanunda yer alan tahkim yolunu seçerse dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanmaması konusunda yukarıdaki açıklamalar yine gündeme gelecektir³⁹¹.

388 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.66; *Ekmekçi, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 396-397; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.88-89;

389 Ekmekçi, *vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 397.

390 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.65-66.

391 Ekmekçi, *vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 397-398, Yazarlar bu durumun kolay olmadığını, uygulamada farklılıklar oluşturabileceğine ve başvuru için zaman kayıplarına

Türkiye’de dava şartı arabuluculuk uygulamalarının mahkemelerin iş yükünü azalttığı, uyuşmazlıkların daha kısa ve ekonomik yollardan çözüldüğü ve uzlaşa kültürüne katkı sağladığına olan inanç ve tespitlerden dolayı farklı uyuşmazlık türlerinin de dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmasına dair gelişmeler yaşanmaktadır. Bu noktada yaşanan son gelişmelerden birisi de 7251 sayılı HMKBKDYHK m.59 ile düzenlenen tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuktur³⁹². Söz konusu madde ile tüketici uyuşmazlıklarında uygulanan esas kanunlardan birisi olan 6502 Sayılı TKHK’ye³⁹³ m.73/A eklenerek tüketici mahkemesinde görülecek uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir³⁹⁴.

Tüketici uyuşmazlıklarında uygulanacak dava şartı arabuluculuk hükümlerinin genel dava şartı arabuluculuk usullerinden ayrılan en belirgin yönü; HUAK m.18A/11’de düzenlenen hükümlere istisna getirilmesidir. TKHK m.73A/2’ye göre diğer dava şartı arabuluculuk usullerinden farklı olarak mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmayan tarafın tüketici olması durumunda yargılama gideri dava sonucunda tüketici üzerine yükletilemeyecek ve tüketicinin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle dava şartı arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlandığı halde dahi dava sonucunda tüketici lehine vekâlet ücretine hükmedilebilecektir. Ayrıca TKHK m.73A/3’e göre tüketicinin arabuluculuk ücreti sonucunda ödemesi gereken ücretler de Adalet Bakanlığının bütçesinden karşılanacaktır. Tüketici uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk yoluyla çözümünde, HUAK m.18/A’da düzenlenen genel dava şartı arabuluculuk usullerinden farklı usuller getirilmesinin

neden olacağından dolayı Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan başvurularda dava şartı arabuluculuğa ait hükümlerin uygulanmamasının daha yararlı olacağını belirtmektedirler.

392 28 Temmuz 2020 tarih ve 31199 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir, bakınız: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm>, (05.01.2021). 39328.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>, (05.01.2021).

394 6502 sayılı TKHK m.73/A maddesiyle, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamındaki uyuşmazlıklar; tüketici hakem heyeti kararı için tüketici mahkemelerine yapılan itirazlar; tüketici örgütleri, kamu kurum ve kuruluşları ile Ticaret Bakanlığının tüketicilerle ilgili olarak doğabilecek tehlikelere karşı açacakları önleme, durdurma, ihtiyati tedbir kararları ve tespit davaları ile satışa sunula seri malın ayıplı olduğunun tespiti, satışının durdurulması ve toplatma gibi amaçlarla açacakları davalar hariç olmak üzere tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olacaktır, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=270864, (17.05.2020).

temel sebebi kanunun satıcı, sağlayıcı veya üretici karşısında tüketicinin korunması amacıyla düzenlenmiş olan TKHK ve dava şartı arabuluculuk uygulamalarının tüketici aleyhine sonuçlar doğurmasının önüne geçmektir³⁹⁵.

(2). Dava Şartı Arabuluculuğa Başvuru ve Başvurmamanın Sonuçları

HUAK m.18A/4'e göre dava şartı arabuluculuğa başvuru, uyuşmazlığın türüne göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, henüz büro kurulamayan yerlerde görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılmalıdır. Arabuluculuğa başvuran taraf kendi hazırlayacağı bir dilekçe ile dava şartı arabuluculuğa başvurabileceği gibi içeriğini kendisi hazırlayacağı önceden hazırlanmış arabuluculuk bürolarında bulunan ön başvuru formlarıyla veya elektronik ortamda başvurabilir³⁹⁶. (HUAKY m.23/3)

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde HMK m.5-18 arasında yer alan hükümler ile diğer özel yetki kuralları uygulanacaktır. Bu noktada genel yetkili arabuluculuk bürosunun, davalı gerçek veya tüzel kişinin başvuru anındaki yerleşim yeri mahkemesinin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu olduğu söylenilebilir. Özel yetki halinin bulunduğu durumlarda başvuran ister özel yetkili arabuluculuk bürosuna isterse genel yetkili arabuluculuk bürosuna başvurabilirken, kesin yetki halinde yalnızca kanunda gösterilen yer mahkemesinin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna başvuru yapılabilir. Taraflar HMK m.17'de yer alan şartların bulunması durumunda yetkili mahkemeyi dolayısıyla başvurulacak arabuluculuk bürosunu belirlemek amacıyla yetki sözleşmesi yapabilirler³⁹⁷.

Başvuran, kendisine ve bilgisi dâhilinde ise uyuşmazlığın diğer tarafına ait iletişim bilgilerini arabuluculuk bürosuna vermelidir. Arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak arabuluculuk büroları tarafların resmi kayıtlardaki iletişim bilgilerine ulaşmaya ve diğer kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge toplamaya yetkilidir. İlgili

395 Adalet Bakanlığının istatistiklerine göre; tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk yolunun uygulanmaya başlandığı tarih olan 28 Temmuz 2020'den 9 Ekim 2020 tarihine kadar olan süreçte 5 bin 357 dosya arabulucuya gitti. Bu dosyalardan 3 bin 393'ünde anlaşma sağlandı. Böylece başarı oranı yüzde 63 oldu. (Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, <https://basin.adalet.gov.tr/arabuluculuk-uygulamasi-basarili-bir-sekilde-devam-ediyor>, (26/10/2020).

396 Söz konusu hazır form örnekleri için bakınız: <http://web2.e-baro.web.tr/uploads/55/Formlar/arabuluculuk>, (17.05.2020)

397 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.49-50.

kurum ve kuruluşlar bu noktada arabuluculuk bürosunun taleplerini karşılamaya kanunen yükümlü kılınmıştır. (HUAK m.18A/6)

Uyuşmazlık konusu dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu halde arabulucuya hiç başvuru yapılmadan dava açıldığı anlaşılırsa mahkeme herhangi bir işlem yapmadan dosya üzerinden dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar vermelidir. (HUAK m.18A/2) Bu şekilde düzenlenen dava şartı uygulaması HMK m.115/2’te düzenlenen dava şartından olduğu gibi davacıya kesin süre verilerek tamamlanabilen bir dava şartı da değildir. Ancak dava şartı noksanlığı davanın esasına girildikten sonra fark edilir ve hüküm anında giderilmiş bulunursa HMK m.115/3’e göre dava açılırken mevcut olan dava şartı eksikliğinden dolayı dava usulden reddedilmez. Bununla birlikte dava şartı arabuluculuk süreci başlatılır³⁹⁸.

Dava şartı kapsamına giren bir uyuşmazlıktan dolayı arabuluculuk sürecinden sonuç alamayarak dava açmak isteyen davacı, arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucunun onayladığı³⁹⁹ bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan davacıya, mahkeme tarafından arabuluculuk anlaşamama son tutanağını 1 haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunması gerektiği, sunmadığı takdirde davasının usulden reddedileceği ihtarını içerir davetiye gönderilir. Davetiye içerisinde belirtilen şart sağlanmaz ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaz ve davanın usulden reddine karar verilir. (HUAK m.18A/2)

(3). Dava Şartı Arabuluculukta Yetki, Arabulucunun Seçimi ve Görevlendirilmesi

Dava şartı arabuluculukta arabuluculuk sürecinin ve görüşmelerinin yürütülmesinde yetkili yer, aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren

398 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.48; Aksi yönde diğer bir görüşe göre ise; kanunun açık hükmü bulunduğundan mahkemece hangi aşamada fark edilirse edilsin dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmamışsa başka hiçbir işlem yapılmadan dava usulden reddedilmelidir: Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.109.

399 Maddenin açık hükmünden anlaşılacağı üzere taraf avukatlarının arabuluculuk tutanaklarını onaylaması veya aslı gibidir yapması yeterli değildir.

arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu Adalet Komisyonu Başkanlığının yetki alanıdır. (HUAK m.18A/17) Arabulucu, birden fazla komisyon listesine kayıtlı olsa bile dava şartı arabuluculuk görüşmeleri kendisini görevlendiren komisyonun yetki alanı içerisinde yürütülecektir. Ancak taraflar görüşmeler sürerken anlaşarak başka bir yerde görüşmelere devam edebilirler⁴⁰⁰.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı dava şartı arabuluculuk kapsamında görev yapmak isteyen sicile kayıtlı arabulucuları uzmanlık alanları olanları da belirterek görev yapmak istedikleri adalet komisyonlarına bildirir. İlgili Adalet Komisyonu Başkanlıkları da listeleri kendi yargı çevresindeki arabuluculuk bürolarına henüz büro kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderirler. (HUAK m.18A/3) Kural olarak dava şartı arabuluculuk kapsamında görevlendirilecek arabulucu arabuluculuk bürosu tarafından söz konusu listeden puanlama yöntemiyle belirlenir. Ancak üzerinde anlaşacakları arabulucunun HUAK m.18A/3'te belirtilen listede yer alması⁴⁰¹ kaydıyla taraflar da uyuşmazlıklarının çözümünde görev yapacak arabulucuyu seçebileceklerdir. Taraflar tarafından seçilecek arabulucunun görevlendirilebilmesi için ya tarafların başvuru sırasında büroya durumu bildirmeleri veya görev yapmasını istedikleri arabulucunun tarafların imzalarını içeren tutanağı büroya vermesi gerekmektedir. (HUAK m.18A/5, HUAKY m.24/1) Taraflardan biri, dava şartı arabuluculuğu başlatırken büroya başvurduğunda bir arabulucu üzerinde anlaşma zorunluluğu bulunmadığından diğer tarafla iletişim sağlamadan doğrudan listeden bir arabulucu görevlendirilmesini sağlayabilir⁴⁰².

Arabulucu, kesin yetkinin varlığı söz konusu olsa bile görevlendirmeyi yapan arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını re'sen dikkate alamaz. Büronun yetkisizliğine başvuruda bulunmayan karşı taraf itiraz edebilir. Karşı taraf bu itirazı en geç yapılacak ilk toplantıda yetki itirazına konu belgelerle birlikte yapmalıdır. Karşı taraf arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz ettikten sonra arabulucu, dosyayı

400 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.63; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.45.

401 Gürsu, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s.43; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.51.

402 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.51; ; Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.45 vd.

hemen yetkili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere arabuluculuk bürosuna teslim eder. Sulh hukuk mahkemesi harçsız olarak dosya üzerinden yapacağı inceleme ile en geç 1 hafta içerisinde yetkili arabuluculuk bürosunun neresi olduğu hakkında kesin karar vererek dosyayı büroya geri verir. (HUAK m.18A/8)

Arabulucu görevlendirildikten sonra tarafların iletişim bilgileri büro tarafından arabulucuya verilmektedir. Arabulucu taraflara ulaşırken bu bilgileri esas almakla birlikte ihtiyaç halinde re'sen araştırma yapabilir. (HUAK m.18A/7) Ancak arabulucunun, büronun sahip olduğu ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi isteme yetkisinin bulunmadığı; rehber, internet gibi açık kaynaklardan araştırma yapabileceği belirtilmektedir. Böylelikle arabuluculuk sürecinin başlatılması için elzem olan taraflara ulaşma gerçekleştirilmeye ve kolaylaştırılmaya çalışılmıştır⁴⁰³.

Arabulucu büro tarafından kendisine verilen taraflara ait iletişim bilgilerini ve kendi çabalarıyla edindiği bilgileri kullanarak görevlendirme hakkında tarafları bilgilendirir. Daha sonra tarafları varsa avukatlarıyla birlikte ilk arabuluculuk toplantısına davet eder. Arabulucu bilgilendirme, toplantıya davet, ulaşmak için hangi yolların kullanıldığı veya eğer olursa taraflara ulaşamama ve ulaşamamanın nedenleri gibi hususları belgeye bağlar ve taraflara ulaşamadığı durumlarda bu hususu son tutanakta gösterir. (HUAK m.18A/7, HUAKY m.24/3) Arabulucu tarafından yapılan söz konusu belgelendirme işlemi; geçerli mazereti olmadan ilk toplantıya katılmayan tarafa, bu sebeple arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine neden olduğundan dolayı açılacak davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması ve lehine vekalet ücretine hükmedilmemesinden dolayı önem arz etmektedir. (HUAK m.18A/11) Bu yüzden arabulucunun, tarafları ilk toplantıya davetine ilişkin hususları belgelendirmesi ilerde yaşanabilecek ispat ve ihtilaf sorunlarının giderilmesi noktasında önemlidir⁴⁰⁴.

403 Yardım, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", s.104; Ertürk, Arabuluculuk Sözleşmesi, s.50 vd.

404 Çil, "Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği", s.45 vd.; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim", s.120; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.52; Ertürk, Arabuluculuk Sözleşmesi, s.50 vd.

(4). Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyeti ve Oturumlar

Görevlendirilen arabulucu öncelikle uyuşmazlığın asıl tarafı olan asiller ile ön görüşme yapmalı, başvuru yapandan ve uyuşmazlığın diğer tarafından uyuşmazlığın esas noktalarını tespit etmek amacıyla bilgiler edinmelidir. Arabulucu taraflarla yapacağı ön görüşmede sürecin ve çözümün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydaları hakkında da bilgilendirmelerde bulunmalı ve ayrıca bu süreçte yapılacak ilk oturuma asilleri varsa vekilleriyle birlikte davet etmelidir. (HUAKEY m.25/2)

Arabulucu tarafları ilk oturuma davet ederken yapılacak toplantının yer ve saatini belirlemek için taraflarla görüşür ve mutabakat sağlanmaya çalışılır. Görüşme yer ve saati konusunda tarafların anlaşamadığı durumlarda arabulucunun görüşme yer ve saatini belirlemesi gerekli ve yeterlidir. (HUAKEY m.25/3)

HUAK m.18A/11'e göre yapılacak ilk toplantıya geçerli mazeretini göstermeyerek katılmayan taraf nedeniyle arabuluculuk faaliyetini sonlanması durumu son tutanakta belirtilir. Toplantıya katılmayan tarafın mazeret sunması durumunda mazeretinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda ilk aşamada arabulucu karar verecektir. Tarafın toplantıya katılmamasından veya sunduğu mazeretin kabul edilmemesinden dolayı ortaya çıkacak ihtilaflar davanın görüleceği mahkeme tarafından nihayete erdirilecektir. Yapılan itirazın mahkemece kabul edilmesi durumunda mahkeme dosyayı tekrar arabulucuya göndermelidir⁴⁰⁵.

İlk toplantıya katılmayan taraf açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur. Bununla birlikte söz konusu taraf lehine vekâlet ücretine de hükmedilemez. İlk toplantıya tarafların ikisinin de katılmamaları durumundan dolayı arabuluculuk faaliyeti sona ererse ileride açılacak davada yapılacak yargılama giderleri tarafların üzerinde bırakılacaktır. Kanaatimizce dava şartı arabuluculuğa ilişkin tarafların etkin katılımı ile uyuşmazlığı hızlı bir şekilde sona erdirmek başta olmak üzere kanuni düzenlemelerin ihdas amacı göz önüne alındığında söz konusu düzenleme yerinde bir düzenlemedir. Tüm tarafların ilk toplantıya katılması durumunda genel kurallar

405 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.59.

geçerli olup yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴⁰⁶.

HUAK m.18A/9'da yer alan genel düzenlemeye göre arabulucu kural olarak dava şartı arabuluculuk sürecini 3 hafta içerisinde nihayete erdirmelidir. 3 haftalık süre, zorunlu durumlarda arabulucunun kararıyla en fazla 1 hafta daha uzatılarak 4 haftaya çıkabilir. Bu süreler iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk sürecinde İşMK. m.3/10'da da aynı şekilde düzenlenmiştir. Ancak ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk süresi TTK m.5A/2'de yer alan özel düzenlemeye göre 6 hafta olarak düzenlenmiş ve zorunlu hallerde arabulucu tarafından 2 hafta daha uzatılabileceği belirtilerek toplamda en fazla 8 hafta şeklinde belirlenmiştir. Mevzuattaki sözü edilen süreler sonunda anlaşamama durumu olduğunda arabulucu re'sen anlaşamama son tutanağını düzenleyecektir. (HUKY m.25/5)

(5). Dava Şartı Arabuluculuğun Sürelere Etkisi

Dava şartı arabuluculukta ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak zamanaşımı ve hak düşürücü süreler, tarafların ilk toplantıda arabuluculuk sürecine devam edecekleri hususundaki anlaşmanın tutanağa kaydedildiği an değil taraflardan herhangi birisinin arabuluculuk bürosuna başvurduğu anda durur ve işlemmez. Dava şartı arabuluculukta duran süreler son tutanağın düzenlenmesiyle tekrar işlemeye başlayacaktır. (HUAK m.18A/15)

Sürelerle ilgili bu noktada değinilmesi gereken bir diğer konu hukukumuzda geçici hukuki korumalar olarak yer alan ihtiyati tedbir (HMK m.389 vd.) ve ihtiyati haciz (İİK m.257 vd.) söz konusu olduğunda sürelerle ilişkin nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Öncelikle belirtilmelidir ki ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dava niteliğinde olmayıp geçici hukuki koruma niteliğinde mahkemelerce karara bağlanan değişik iş olduğundan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. HUAK m. 18A/16'ya göre dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebi kabul edilirse HMK m.397'deki 2 haftalık dava açım süresi; ihtiyati haciz talebi kabul edilirse İİK m.264'teki 7 günlük dava açım

406 Yusuf Burak Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, TBB Yayınları, Ankara 2019, s.15 vd.

süresi, arabuluculuk bürosuna başvurudan son tutanağa kadar geçen süre için duracaktır⁴⁰⁷. Dikkat edilirse hüküm dava açılmadan önce söz konusu hukuki korumalar talep edildiğinde sürelerin ne şekilde duracağı düzenlenmiştir. Hukuksal korumaların dava açılırken dava dilekçesi veya ayrı bir dilekçe ile ya da dava açıldıktan sonra talep edilmesi durumunda sürelerle ilişkin nasıl bir yol izleneceği konusunda tereddüt bulunmaktadır. Bu durumda tereddütleri ortadan kaldırmak için tavsiye edilen koşulların varlığı halinde dava açmadan sırasıyla değişik işle hukuksal koruma talep edilmesi, talebin kabul edilmesi durumunda kararın yerine getirilmesinin istenmesi daha sonra ise dava şartı arabuluculuk sürecinin başlatılmasıdır⁴⁰⁸.

(6). Dava Şartı Arabuluculuğun Medeni Usul ve Takip Hukukuna Etkisi

Medeni usul hukukumuzda bir çok dava çeşidi bulunmaktadır. Dava çeşitlerinin özelliklerine göre uyuşmazlık konusuna dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da farklılık gösterebilmektedir.

Davacının birden fazla talebini aralarında aslilık ferilik ilişkisi olmadan birbirinden bağımsız olarak aynı dava dilekçesinde istemesi durumunda davaların yığılması söz konusu olur. Davaların yığılması durumunda taleplerin dava şartı değerlendirilmeleri birbirinden ayrı yapılacaktır⁴⁰⁹. Sonuç olarak konusu dava şartı arabuluculuk kapsamında olan asli talep hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanırken kapsam dışında kalan asli talep hakkında dava şartı arabuluculuk müessesesi işlemeyecektir. Kural bu olmakla beraber asli taleplerin sonuçlarının birbirini etkileme ihtimali olduğu durumlarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması, bu yol seçilmeyerek dava açılması durumunda ise dava şartı arabuluculuk sürecinin bekletici mesele yapılması tavsiye edilmektedir⁴¹⁰.

407 Yıldırım, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, s.116; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.64; Bora Arabuluculuk Sözleşmesi, s.110;

408 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.64.

409Ali Paslı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.24-25;Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.69.

410Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 193 vd.

Davacının birden fazla talebini aralarında aslilik ferilik ilişkisi kurmak suretiyle yani taleplerden birini asıl talep diğer talebi ise asıl talebi kabul edilmediği durumda değerlendirilmesini istediği talep şeklinde dava dilekçesinde göstermesi durumunda terditli dava çeşidi karşımıza çıkmaktadır. Terditli davada taleplerden herhangi birisinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması halinde dava dosyası hakkında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁴¹¹. Bu kurala uyulmayarak dava açılması halinde HUAK m.18A/2’de belirtildiği üzere dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilecektir.

Borçlunun borcunu istediği şekilde ödeyebileceği birden fazla ifa seçeneği olduğu durumlarda seçim hakkını kullanmaktan kaçınması halinde alacaklının açacağı dava seçimlik davadır. Seçimlik davalarda taleplerden herhangi birisinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması durumunda tüm dosya hakkında dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır.

Kısmen ıslah, belirsiz alacak davasında yalnızca talep konusunun artırılması veya karşı tarafın açık muvafakati ile talep sonucunun artırılabilirdiği kısmi davalarda talep konusu bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. Ancak daha sonradan açılan ayrı bir dava ile fazlaya ilişkin talep istenirse dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır. Tam ıslah ve bağımsız bir dava olarak değerlendirilen karşı dava durumlarında ise yeni dava konusunun dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması halinde dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır⁴¹².

Medeni usul hukukumuzda dava arkadaşlığı ihtiyari ve mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere iki çeşittir. HMK m.57 ve devamına göre ihtiyari dava arkadaşlığında; birden çok kişi isterlerse birlikte dava açabilir veya davacının isteğine bağlı olarak birden fazla kişinin aleyhine de birlikte dava açılabilir. İhtiyari dava arkadaşlığında açılan davalar ve dava arkadaşları birbirinden bağımsız olarak yürümektedir. Bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlığında diğer dava şartlarında olduğu gibi dava şartı arabuluculukta da her bir ihtiyari dava arkadaşı için ayrı

411 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.21; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.69.

412 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.69.

değerlendirme yapılacaktır. Mecburi dava arkadaşlığında HMK m.59 ve devamına göre bir hakkın birden çok kişiye karşı birlikte kullanılması veya birden çok kimsenin birlikte kullanması durumu vardır. Mecburi dava arkadaşları davacı veya davalı oldukları durumlarda birlikte hareket etmelidirler ve mahkeme hükmü de tek hüküm olarak ortaya çıkar. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere mecburi dava arkadaşlığı durumunda dava arkadaşlarından herhangi birisi hakkında söz konusu uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıyorsa tüm dava arkadaşları bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır⁴¹³.

(7). Dava Şartı Arabuluculuk Ücreti ve Giderler

Dava şartı arabuluculukta uygulamaya katılımı teşvik etmek ve sürece katılımı engelleyebilecek ekonomik sebepleri en aza indirmek amacıyla bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Arabuluculuk süreci bir bütün olarak ele alındığında dava şartı arabuluculukta arabulucu ücreti, arabuluculuk bürosu giderleri ve süreç sonunda dava açılırsa yargılama giderleri olmak üzere üç temel giderin varlığı söz konusudur⁴¹⁴.

Dava şartı arabuluculukta arabuluculuk ücreti her yıl Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan tebliğle Resmi Gazete’de yayımlanan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenmektedir⁴¹⁵. Arabuluculuk ücreti, anılan tarife hükümleri gereğince tarafların anlaşıp anlaşamamalarına, uyuşmazlıktaki taraf sayısına ve görüşmelerin ne kadar zamanda sonlandığına bakılarak hesaplanır⁴¹⁶.

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyetinin sonucunda anlaşmaları durumunda arabuluculuk ücreti, tarifenin ikinci kısmına göre kural olarak taraflarca eşit ödenir. Taraflar, anılan kurala istisna getirerek arabuluculuk ücretini farklı paylaşımlar şeklinde de ödeyebilirler. Taraflar süreç sonunda anlaşılırlar ise tarafların arabuluculuk görüşmeleri iki saatten az bir zamanda sonuçlansa da belirlenen ücret

413 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.69; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.69.

414 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 181 vd.

4152020 Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bakınız: Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191231-16.htm>, (26.10.2020).

416 ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2014, ss. 1159-1156, s.1135 (Kısaltılışı: Özbek, "Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili").

tarifenin birinci kısmındaki iki saatlik ücretten az olamayacaktır. (HUAK m.18A/12) Mesela ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta 2020 yılı Arabuluculuk Ücret Tarifesinin birinci kısmında iki taraflı bir uyuşmazlık için öngörülen bir saatlik arabuluculuk ücret tutarı 660 TL'dir. Bu nedenle iki tarafın anlaşması ile sonuçlanan bir ticari uyuşmazlıkta arabuluculuk ücreti 1320 TL'den daha düşük bir şekilde belirlenemeyecektir⁴¹⁷.

Uyuşmazlığın konusunun işe iade olması durumunda, taraflar arabuluculuk süreci sonunda anlaşılırsa arabulucuya ödenecek ücrete ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Özel bir düzenlemeye olan gereksinimin nedeni, işe iade davalarının doğrudan doğruya parasal bir değerinin bulunmaması şeklinde açıklanmaktadır⁴¹⁸. İşMK m.3/13'te yer alan söz konusu düzenlemeye göre, uyuşmazlığın konusunu işe iade talebi oluşturuyorsa ve taraflar görüşmeler sonucunda anlaşmışlarsa kanun gereği tarafların anlaştıkları kabul edilen arabuluculuk ücreti; işçinin işe başlatılmaması halinde işçiye ödenen işe başlatmama tazminatı, çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenmesi gereken ücreti ve diğer haklarının toplamından oluşur.

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyetinin sonucunda taraflara ulaşılamama, tarafların görüşmeye katılmaması sebebiyle arabuluculuk görüşmelerinin yapılamaması veya iki saatten az süren toplantılar sonucunda tarafların anlaşamaması halleri nedeniyle tarafların arabuluculuk görüşmeleri olumsuz sonuçlanırsa iki saatlik arabuluculuk ücreti tutarı tarifenin birinci kısmında yazan asgari miktarlar üzerinden Adalet Bakanlığınca karşılanır. (HUAK m.18A/13) Olumsuzlukla sonuçlanan iki saatten fazla süren görüşmelerdeki iki saati aşan arabuluculuk ücreti aksi taraflarca belirlenmedikçe taraflarca eşit şekilde ödenir. Arabuluculuk sürecinde bakanlıkça veya taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti uyuşmazlık hakkında dava açılması durumunda yargılama gideri olarak kabul edilir. (HUAK m.18A/13)

Dava şartı arabuluculukta arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi konusunda merkez konumunda olan arabuluculuk bürolarının, faaliyetin yürütülmesi için gerekli olan bir takım giderleri bulunmaktadır. Bu giderler taraflar görüşmeler sonunda

417 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.59.

418 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 183.

anlaşmaya varırlar ise aralarında yapacakları anlaşmaya göre taraflarca ödenir. Tarafların anlaşmaya varamaması halinde ise dava sürecinde haksız çıkacak taraftan yargılama gideri kalemi altında tahsil edilmek üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. (HUAK m.18A/14)

Yargılama gideri olarak taraflarca ödenecek miktarın ne olduğu hususunun mahkemeye nasıl bildirileceği yönetmelikle düzenlenmiştir. HUAKY m.26/2 ve 4'e göre uyuşmazlık konusunda dava açılması halinde mahkeme, arabuluculuk bürosunun yapmış olduğu zorunlu giderler ve arabulucuya ödenen tutar hakkında düzenlenen makbuzu dosyaya eklemeli ve yargılama giderine hükmederken makbuz doğrultusunda arabulucu ücretini ve arabuluculuk bürosunun giderlerini de dikkate almalıdır⁴¹⁹.

419 İlhan, Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, s.260; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.61 vd; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.141; Akyıldız, *İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi*, s.129.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI

ARABULUCULUK

I. Ticari Davalarla İlgili Kavramlar ve Genel Bilgiler

A. Ticari Davalar

1. Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre bir davanın ticari dava olup olmadığının belirlenmesi, bu davalara yargılama aşamalarında uygulanacak usulün belirlenmesi açısından önemlidir. Bir davanın ticari dava olarak kabulü bu davaların ticaret mahkemesinde görülüp görülmeyeceği ve davalara özel bir takım usullerin uygulanıp uygulanmayacağını da belirler⁴²⁰. Zira TTK m.5/1'e göre aksi kararlaştırılmadıkça tüm ticari davalarda ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde, hukuk uyuşmazlıklarında genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi yerine asliye ticaret mahkemesi görevlidir⁴²¹.

Genel olarak belirtilmelidir ki bir davanın ticari dava olabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin olması ve davanın hukuk davası niteliğinde bir dava olması gerekir⁴²².

TTK'nin yürürlüğe girdiği zamanki ilk halinde, ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri terimi yer almazken kanuna 6335 sayılı kanunla getirilen değişikliklerle çekişmesiz yargı işi terimi Türk Ticaret Kanunu'ndaki yerini almıştır. Ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri, HMK m.382 ve devamında genel ölçütlerine yer verilen çekişmesiz yargı işlerinin ticaret hukukundaki görünümünü oluşturur.

420Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 289 vd.

421 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016, s.38; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.630 vd.; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*, C.I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.150; Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.65; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s.31.

422 Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.65; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.31; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.89.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen TTK m.5/A'ya göre dava şartı arabuluculuk hükümleri tüm ticari uyuşmazlıklarda değil TTK m.4 ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalara ilişkin bir kısım uyuşmazlıklarda uygulanır⁴²³. Bu nedenle öncelikle bu kapsamdaki ticari davaların ne olduğu ve çeşitlerini incelemek yerinde olacaktır⁴²⁴.

Hangi davaların ticari dava kapsamında değerlendirileceği hususu hakkında genel düzenlemeler TTK m.4'te yer almaktadır. Söz konusu madde hükmüne göre:

“Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.”

Yukarıda yer alan hükümden de anlaşılabacağı üzere kanun ticari davaları ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işlerini belirlerken uyuşmazlığın ticari iş kapsamında kalmasını değil uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgisinin bulunmasını, dava ve taleplerin özelliğinin hâkimin özel uzmanlığını gerektirmesini ve bu nedenlerle Türk Ticaret Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda düzenlenmesini kıstas almıştır⁴²⁵.

Yüksek mahkeme içtihatlarında⁴²⁶, uygulamada ve doktrindeki⁴²⁷ yerleşmiş istikrarlı uygulamalara göre kanunda yer alan tanımlamadan ve açıklamalardan hareketle ticari davalar mutlak ve nisbi ticari davalar olmak üzere iki kısma ayrılır.

423 Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara 2019, s.266.

424 Bu noktada önemle belirtmek gerekirse yukarıda da açıklandığı üzere çekişmesiz yargı işlerinde ve HMK 382/1-e'de yer alan ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde arabuluculuğa başvuru dava şartı değildir: Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 398.

425 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 289 vd.; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.89.

426 “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4. maddesinde nisbi ve mutlak ticari davalar düzenlenmiş olup her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları nisbi ticari dava

2. Mutlak Ticari Davalar

Kanunun tanımında yer alan ve kanuni düzenleme kıtası içerisinde sayılan davalar mutlak ticari davalardır. Kanunun yer verdiği söz konusu uyuşmazlıkların mutlak ticari dava sayılabilmesi için tarafların tacir olmaları gerekmez⁴²⁸. Ayrıca uyuşmazlığın tarafların herhangi birisinin ticari işletmesiyle ilgisi olmasına da ihtiyaç yoktur. Bu dava çeşitleri Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu veya Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenebileceği gibi başka özel kanunlarda da düzenlenebilir. Kanunda yer verilen bu davaların kapsamına giren bir uyuşmazlığın varlığı halinde başkaca bir araştırma yapılmasına mahal kalmaksızın uyuşmazlık ticari dava olarak incelenecektir⁴²⁹. Kısaca kanun gereği ticari dava sayılan davalar mutlak ticari davalardır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; mutlak ticari davalar TTK m.4/1'de yer alan uyuşmazlıklarla sınırlı olmayıp başkaca kanunlarda ticari dava olduğu düzenlenen uyuşmazlıkları da kapsamaktadır⁴³⁰. O halde mutlak ticari davalar TTK'de düzenlenenler ve diğer kanunlarda düzenlenenler olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

a. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar

TTK m.4/1-a'ya göre **tarafların tacir olup olmadığına veya borcun hangi sebepten doğduğuna bakılmaksızın uyuşmazlığın TTK'de düzenlenen bir**

olup, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın maddenin ilk fıkrasında a, b, c, d, e ve f bentlerinde sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ise mutlak ticari dava niteliğindedir. 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.” Yarg. 3. HD., 11/12/2019 T., 2019/687 E., 2019/9983 K., uyap.gov.tr, (1.11.2020); Benzer yöndeki içtihatlar için bakınız: Yarg. 3.HD., 24/04/2019 T., 2017/7545 E, 2019/3708 K.,; Yarg. 3. HD., 24/04/2019 T., 2017/533 E, 2019/3707 K.; Yarg. 3.HD., 18/02/2019 T., 2017/5264 E., 2019/1240 K., uyap.gov.tr, (1.11.2020).

427 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.89; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 288 vd; Paslı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.15.

428 Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, s.246; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.108; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.66.

429 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 291.

430 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.94.

konuya ait olması durumunda dava mutlak ticari dava olarak kabul edilir⁴³¹. Kanunda düzenlenen ve sık karşılaşılan uyuşmazlık konularına örnek vermek gerekirse; acente ile ilgili uyuşmazlıklar, anonim ve limited şirketlerle ilgili uyuşmazlıklar, bono, poliçe ve çekle ilgili uyuşmazlıklar ve deniz hukukundan doğan uyuşmazlıklar gösterilebilir.

TTK m.4/1-b yollamasıyla TMK m.962-969 arasında düzenlenen **rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar ilgili uyuşmazlıklardan** kaynaklanan davalar mutlak ticari davadır. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde belirtilen rehin türü ise taşınır rehinidir. Dolayısıyla taşınmaz rehni karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla ilgili uyuşmazlıktan kaynaklanan davalar bu kapsamda olmayıp ticari dava olarak kabul edilemez⁴³². Bu madde hükümlerinin ticari dava kapsamında değerlendirilmesinin nedeni, rehin karşılığı ödünç para verme faaliyetinin esnaf ölçülerinin üzerinde ticari işletme seviyesinde yapılabilecek bir faaliyet olmasından kaynaklanmaktadır⁴³³.

TTK m.4/1-c yollamasıyla TBK'de düzenlenen **malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi, rekabet yasağı, yayım sözleşmesi, kredi mektubu ve kredi emri, komisyon sözleşmesi ve ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları ile ilgili uyuşmazlıklardan** doğan davalar mutlak ticari davadır.

Bu noktada rekabet yasağına ilişkin farklı anlamlar taşıyan kanuni düzenlemelerin varlığı nedeniyle uygulamada karışıklığa sebep olabilecek hususları tespit etmekte fayda vardır. TTK m.4/1-c'nin atfına göre, TBK m.444-447 arasında düzenlenen rekabet yasağından kaynaklanan davalar mutlak ticari davadır. Bununla birlikte işçi ile işveren arasında bulunan iş ilişkisi nedeni ile sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık türü olan rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıklarda 7036 sayılı İşMK m.5/1'de iş mahkemelerinin görevli olduğu

431 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 291.; Özellikle kıymetli evraka ilişkin uyuşmazlıklarda kıstas alınması gereken ilişkiye göre değişen davanın mutlak ticari dava olup olmadığına ilişkin açıklamalar için bakınız: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.94.

432 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.98.

433 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 292.

belirtilmektedir. Bu durum TTK m.4'te yer alan düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde hükümler arasında giderilmesi gereken bir çelişki oluşmuştur.

Rekabet yasağı işçinin işverene karşı iş sözleşmesinin bitiminden sonra işverenle rekabet etmekten, rakip işletme açmaktan, başka rakip bir işletmede çalışmaktan veya bunların haricinde herhangi bir şekilde başkaca bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenmesidir.

Doktrinde iş mahkemelerinin asliye ticaret mahkemelerine göre özel nitelikte olması⁴³⁴ ve kanun gereği bu davalarda iş mahkemelerinin görevli olması⁴³⁵ nedenleri ile rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözülmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak YHGK⁴³⁶ ve ilgili hukuk dairelerinin⁴³⁷

434 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.99.

435 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 305.

436 “Davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli değildir. Zira bu taahhüt iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır. Gerek davalı işçinin açıklanan taahhüdünün kapsamı, gerek davalının davacıya ait işyerinden istifae ayrılmış ve başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması ve gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 348.maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 4/1-3.) maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığı duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir.”(YHGK, 27.02.2013 T., 2012/9-854 E, 2013/292 K., , www.uyap.gov.tr, (1.11.2020).

437 “Gerek davalı işçinin açıklanan taahhüdünün kapsamı, gerek davalının davacıya ait işyerinden istifae ayrılmış ve başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması ve gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 348.maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 4/1-3.) maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığı duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir. O halde, mutlak ticari dava niteliğindeki eldeki davaya bakma görevi de ticaret mahkemesine aittir... Hukuk Genel Kurulunun bahsi geçen kararında belirtildiği gibi işçi ve işveren arasında düzenlense de rekabet yasağına ilişkin davalar mutlak ticari dava olup ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece, davacı işverenin rekabet yasağına ilişkin talebinin tefrik edilerek bu talep yönünden mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.”: Yarg. 22. HD, 07/07/2020 T., 2017/46163 E, 2020/8959 K., www.uyap.gov.tr, (1.11.2020); Benzer yöndeki ilgili Yarg. HD. kararları için bakınız: Yarg. 9.HD., 19/06/2019 T., 2016/8763 E., 2019/13748 K.; Yarg. 11.HD., 14/11/2018 T., 2018/4805 E.,

güncel içtihatlarına göre rekabet yasağı sözleşmesi; hüküm ve sonuçlarını iş sözleşmesinin bitiminden sonra doğurması bu nedenle işçinin yapmamakla yükümlü ediminin iş sözleşmesinin bitiminden sonra gerçekleşmesi karşısında uyuşmazlığın iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalması nedeniyle rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıkların TTK m.4/1'e göre mutlak ticari dava olarak kabul edilir. Bu noktadaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli mahkeme de asliye ticaret mahkemesidir⁴³⁸.

Geniş anlamda fikri mülkiyet uyuşmazlıkları; fikir ve sanat eserleri, markalar, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, coğrafi ad ve işaretler, bitki çeşitleri ve ıslah hakları, elektronik devrelerin topografyaları ve açıklanmamış bilgilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak ifade edilebilir⁴³⁹. TTK m.4/1-d de yer alan ve mutlak ticari dava olarak nitelendirilen davalardan birisi de **fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan kaynaklanan hukuk davalarıdır**⁴⁴⁰. Ancak söz konusu madde fıkrasının son cümlesine göre fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar mutlak ticari dava kapsamında değildir. Sonuç olarak fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilemez ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi durumunda nispi

2018/7037 K.; Yarg. 13.HD., 29/03/2018 T., 2016/18081 E., 2018/3841 K., (www.uyap.gov.tr), (1.11.2020).

438 Ayrıntısına aşağıda değinileceği üzere bu belirleme ve ayırım uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmaması noktasında çok büyük önem arz etmektedir. Zira ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerini düzenleyen TTK m.5/A'ya göre ticari davalarda dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanabilecektir. Rekabet yasağının iş uyuşmazlığı kapsamında değerlendirilmesi halinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/1'de sayılan dava şartı arabuluculuğu tabi uyuşmazlıklar arasında sayılmadığından rekabet yasağına dair uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamının dışında kalacaktır. Yukarıdaki açıklamalara ve yüksek mahkeme kararlarına göre rekabet yasağı ticari dava olarak nitelendirildiğinden rekabet yasağından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru dava şartıdır.

439 Eda Giray, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.30-31.

440 Bu hüküm madde gerekçesinde şu şekilde açıklanır: "...fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticarî davalardır. Fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikrî ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticarî dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez. Fikrî mülkiyet davalarına bakan mahkemelerin tek hâkimli olmaları, fikrî ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadığı anlamına gelemaz. Çünkü ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hâkimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla ticarî davalara bakmaktadır", www.tbmm.gov.tr, (02.11.2020).

ticari dava olabilirler⁴⁴¹. Yani fikri mülkiyet hukukunda, fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların haricindeki davalar mutlak ticari davalardır⁴⁴².

TTK m.4/1’de yer alan diğer düzenlemelere göre **borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerle ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar, Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı KHK, ticaret borsalarını düzenleyen 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ve 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu ve bu kanunlardan doğan uyuşmazlıklar** mutlak ticari dava kapsamındadır. Ayrıca yine aynı maddedeki düzenlemeye göre bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerle ilgili uyuşmazlıklardan doğan davalar ile 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 1211 sayılı T.C. Merkez Bankası Kanunu, 6107 sayılı İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu’ndan doğan uyuşmazlıklara konu olan davalar da mutlak ticari davalardır⁴⁴³.

b. Türk Ticaret Kanunu Dışındaki Diğer Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar

Mutlak ticari davalar, Türk Ticaret Kanunu’nda yukarıdaki şekilde bazen doğrudan bazen dolaylı olarak belirlenmiş olmakla beraber Türk Ticaret Kanunu haricinde de yer alan mutlak ticari davalar vardır. Özel kanunlarda davanın ticari dava olduğu, bazen açıkça ifade edilirken bazen de uyuşmazlığın ticaret mahkemesinde görüleceği belirtilerek düzenlenmiştir. Ancak bu durum söz konusu davaların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu doğrudan göstermemektedir. Aşağıda da yer verileceği üzere uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olması için ayrıca TTK m.5/A’da yer alan şartları da taşıması gerekir.

441 Giray, “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, s.32.

442 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.100;Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 303.

443 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.100-101.

Özel kanunlarda düzenlenen mutlak ticari davalara örnek olarak; 1163 sayılı Koop.K m.99'a⁴⁴⁴ göre **Kooperatifler Kanunu'ndan doğan hukuk davaları**, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.154 ve devamında düzenlenen özellikle **iflas davası, iflasın kaldırılması ve iflasın kapanması davaları ve iflasta sıra cetveline itiraz davaları olmak üzere iflas yoluyla takipten doğan uyuşmazlıklar**⁴⁴⁵, SMYAMTDHK m.10'da⁴⁴⁶ belirtilen meslek mensuplarının kendi arasında veya üreticilerle aralarında kanunun uygulanmasından ortaya çıkan belli miktarın üzerindeki uyuşmazlıklar ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 62. maddesinde düzenlenen esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifeleri hakkında itiraz üzerine teşekkül eden komisyon kararlarına karşı açılacak davalar örnek gösterilebilir⁴⁴⁷.

3. Nispi Ticari Davalar

Nisbi ticari davalar, kanun tarafından açıkça ticari dava olduğu belirtilmeyen ancak durum ve koşulların gerçekleşmesi halinde ticari dava kapsamına giren davalardır⁴⁴⁸. TTK m.4/1'in giriş kısmında yer alan düzenlemeye göre **her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan davalar** nispi ticari davalardır.

444 Anılan madde hükmü "Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır." şeklindedir.

445 Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.161; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, s.252; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.113; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.76.

446 5957 Sayılı Kanunun m. 10/5 ve 10/6'e göre: "Değeri elli bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, hal hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar ilam hükmündedir. Bu kararlar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar, bu kararlara karşı on beş gün içinde hal hakem heyetinin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, hal hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hâkim, hal hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Hal hakem heyeti kararlarına yapılan itiraz üzerine asliye ticaret mahkemesinin vereceği karar kesindir. Değeri elli bin Türk Lirası ve üstündeki uyuşmazlıklarda hal hakem heyetinin vereceği kararlar, asliye ticaret mahkemesinde delil olarak ileri sürülebilir. Bu maddede yer alan parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı *Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri* uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Artırılan parasal sınırlar, her yıl aralık ayı içinde Bakanlıkça Resmi Gazete'de ilan edilir. " Söz konusu parasal sınır 24/12/2020 tarihli ve 31344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5957 Sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 10 uncu Maddesinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ ile bu 1/1/2021 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 128.088,99 TL olarak belirlenmiştir.

447 Eler, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.62; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.192 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 299.

448 Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, s.254; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.75.

Ayrıca TTK m.4/1 son cümleye göre **havale, vedia (saklama TBK 561 vd.) ve fikir ve sanat eserlerinden doğan davalarla sınırlı olmak üzere taraflardan herhangi birisinin ticari işletmesiyle ilgili olmak kaydıyla söz konusu uyuşmazlıklardan doğan davalar** da nispi ticari davalardır⁴⁴⁹.

Görüldüğü üzere bir davanın nispi ticari dava olarak kabulü için aranan temel şart; belirli uyuşmazlık konuları ile sınırlı olmak üzere uyuşmazlığın taraflardan herhangi birisinin ticari işletmesiyle ilgili olması veya konu sınırlaması olmaksızın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmasıdır⁴⁵⁰.

Uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması doğrudan her iki tarafın tacir olmasını ve uyuşmazlığın her iki tarafının ticari işletmesinin varlığını ve de söz konusu uyuşmazlığın da bu ticari işletmelerle ilgili olmasını zorunlu kılar⁴⁵¹. Zira TTK m.11 ve devamında yer alan hükümlere göre ticari işletme; esnaf işletmesi için belirlenen sınırları aşan düzeyde gelir elde etmeyi hedefleyen faaliyetlerin devamlılık ve bağımsızlık unsurlarını taşıyacak şekilde yürütüldüğü işletmelerdir. Ticari işletme, işletmenin maliki konumunda olarak işletmenin faaliyetini yürüten tacirin mal varlığı içinde yer alan iktisadi bir teşekküldür⁴⁵². Ticari işletmenin tanımında yer alan esnaf faaliyeti sınırı⁴⁵³ TTK m.11/2'ye göre Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenir. Her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili uyuşmazlığın nisbi ticari dava niteliği kazanabilmesi için uyuşmazlığın kaynağının sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olmasının herhangi bir önemi yoktur. Her üç halde de uyuşmazlık nisbi ticari dava niteliğindedir⁴⁵⁴.

449 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.197 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 302.

450 Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.129; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.161; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, s.254; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.75.

451 Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.161; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.101.

452 Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, s.254; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 300.

453 Esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırlar VUK 177. maddesine Cumhurbaşkanınca alınan kararlar üzerine her yıl güncellenerek işlenmektedir: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.117; 01/01/2021 tarihinden itibaren uygulanacak hadler için bakınız: 29/12/2020 Tarih ve 31349 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201229M1-13.htm>.

454 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.12; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.211 vd.

4. Ticari Dava Olmanın Sonuçları

Mevzuat hükümleri, ticari dava niteliğine sahip davalar için bir takım özel sonuçlar düzenlemiştir. TTK m.5'te yer alan düzenlemelere göre ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine dava konusu şeyin değer veya tutarına bakılmaksızın bakmakla görevli mahkemeler asliye ticaret mahkemeleridir⁴⁵⁵. HMK m.222'de yer alan düzenlemeye göre ise maddede belirtilen şartların yerine gelmiş olması koşuluyla ticari davalarda, uyuşmazlığın taraflarının ticari defterlerinin mahkemeye ibrazına mahkeme re'sen veya tarafların birinin talebi üzerine karar verebilir⁴⁵⁶.

Davanın ve uyuşmazlığın niteliğinin ticari dava kapsamında kaldığının kabulü halinde ortaya çıkan sonuçlardan birisi de inceleme konusunu da teşkil eden TTK m.5/A'da yer alan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat istemlerinde dava açmadan önce arabulucuya başvuruda bulunmanın dava şartı olmasıdır⁴⁵⁷. Uyuşmazlığın, dava şartı arabuluculuk kapsamında olması için ticari davanın varlığı gerekli ve yeterlidir. Dava konusunun nispi veya mutlak ticari dava olması arasında bir fark yoktur⁴⁵⁸. Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru yapılmadan dava açılması halinde mahkemece HUAK m.18A/2'ye gereğince dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilir⁴⁵⁹.

B. Ticari İş

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun sistematığına göre ticari işlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar ticari dava kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu nedenle ticari iş

455 Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.38; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.630 vd.; Pekcanitez, vd., 150; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.65; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.31.

456 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.119.

457 Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", s.1; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 141.

458 Paslı, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", s.17.

459 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.48.

kavramının açıklanarak ticari dava kavramına göre ayrımının belirlenmesi önem arz eder⁴⁶⁰.

Ticari iş kavramıyla ilgili genel bir düzenleme olan TTK m.3'e göre; Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tüm düzenlemeler borcun sebebinin ve tarafların sıfatının bir önemi olmaksızın ticari iştir⁴⁶¹. Bu kapsamda yer alan hususların ticari iş olarak kabulü için işin ticari işletmeyi ilgilendirmesi gerekmez⁴⁶². Mesela TTK'de düzenlenen kambiyo senetleri kapsamındaki bono, poliçe ve çekle yapılan herhangi bir sıfattaki kişinin yapmış olduğu alışveriş ticari iştir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari işler TTK m.4/1-a'da belirtildiği üzere ticari iş olmakla birlikte ayrıca mutlak ticari davadır. TTK m.3'e göre Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemelerdeki hususlardan başka ticari iş kabul edilen diğer husus ise Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemekle beraber bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir⁴⁶³.

Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işle ilgili düzenlemelerden bir diğeri ise TTK m.19'da yer alan ticari iş karinesidir. Hükme göre bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Yani tacirin yaptığı her türlü iş ticari iş kabul edilir. Bu karine TTK m.16'ya göre tüzel kişi tacirler için mutlak ve tüzel kişi tacirin adi iş sahası yoktur. Mesela bir ticari işletmenin TBK'ye göre işletme ihtiyacı için işyeri kiralaması ve ticari işletmeye ait bir aracın kaza sonucu haksız fiille insana veya eşyaya zarar vermesi ticari iş kapsamındadır⁴⁶⁴. TTK m.19/1,2. cümlesi gerçek kişi tacirler için karinenin aksini ispatlayabilme imkânı vermiştir. Buna göre gerçek kişi tacir söz konusu işlemi yaptığı anda yapılan işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya durum ve koşullara göre işin ticari iş sayılmasının mümkün olmadığı halde borç adi borçtur. Ticari iş karinesinin bir diğer görünümü ise TTK m.19/2'de düzenlenmiştir. Hükme göre taraflardan yalnız biri için ticari niteliğe haiz sözleşmeler kanunda aksi düzenlenmedikçe diğeri için de ticari iş sayılır. Hükümden de anlaşılacağı üzere bu karine yalnızca ticari nitelikteki sözleşmeler için geçerlidir.

460 Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.31.

461 Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.14.

462 Eminoğlu ve Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, s.184.

463 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.121-122; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.46

464 Eler, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.47; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.64.

Borcun kaynağının haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olması halinde bu karine geçerli değildir⁴⁶⁵.

Görüldüğü üzere ticari iş kavramı TTK m.3'te hüküm altına alınmışken ticari davalar TTK m.4'te düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarda ticari dava ile ticari iş arasında benzerlik bulunsa da ticari iş, bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemleri ifade ederken; ticari davalar, tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari dava sayılanlarla birlikte her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan hususlara ilişkindir. Bu noktada ticari davanın tarifine ilişkin eski Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde yer alan ticari iş karinesi terk edilmiştir⁴⁶⁶.

2. Ticari İş Olmanın Sonuçları

Bir işin adi iş sahasının dışına çıkarak ticari iş kapsamında yer almasının bir kaç önemli sonucu vardır. Bir işin ticari iş olarak kabulü halinde bu iş sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olur⁴⁶⁷. Müteselsil sorumluluk; alacaklının birden fazla borçludan her birinden borcun tamamının ifasını isteyebileceği ve de borcun tamamının ifa edilmesine kadar borçluların tamamının sorumluluğunun sona ermeyeceği borç ilişkisidir⁴⁶⁸. Ticari işlerde müteselsil sorumluluğun uygulanması hususu TTK m.7'de düzenlenmiştir. Hükme göre iki veya daha fazla kişi, aralarından herhangi biri ya da tamamı için ticari niteliğe sahip bir iş nedeniyle başka bir kimseye karşı birlikte borç altına girerlerse kanunda ya da sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Bu noktadan hareketle ticari işlerde borca kefalet halinde hem asli borçlu hem de

465 Şaban Kayıhan ve Mustafa Yasan, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 64. Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.122; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.46 vd.

466 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.51; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD bu durumu bir kararında şu şekilde açıklamıştır: "6102 sayılı TTK'nin 4/1. maddesine göre her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve her iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi, hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça uyumsuzluk konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer tarafı için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir." İstanbul BAM 19. HD, 11.04.2019 T., 2019/1075 E., 2019/939 K., www.uyap.gov.tr, (19.11.2020).

467 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 1200; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.64.

468 Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.1200.

kefil müteselsil borçludur⁴⁶⁹. Görüldüğü üzere ticari işin, bir borç ilişkisinde varlığı kabul edilirse aksi kanunda veya sözleşmede belirtilmediği müddetçe bu borç ilişkisi kanuni karine gereği müteselsil borçtur. Adi işlerde ise müteselsil sorumluluk ancak taraflarca belirlendiği hallerde söz konusu olur. Yani adi işlerde sorumluluğa ilişkin karine adi sorumluluktur⁴⁷⁰.

Ticari iş kapsamında yer alan işler için yapılan özel düzenlemelerden birisi de faiz konusudur⁴⁷¹. Öncelikle ticari işlerde, ödünç verilen para için öngörülen kapital faiz taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile istenebilir. Bu husus TBK m.387/2’de *“Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Adi işlerde ise kapital faiz ancak sözleşmede taraflarca kararlaştırılmışsa istenebilir. Belli bir para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde ortaya çıkan temerrüt faizi ise borç adi veya ticari olsun her iki halde de taraflarca kararlaştırılmış olmasa da istenebilir⁴⁷². TTK m.8/1’e göre; ticari işlerde adi işlerden farklı olarak gerek kapital faizde gerekse de temerrüt faizinde taraflar sözleşme ile faiz oranını serbestçe belirleyebilirler. Adi işlerde ise TBK m.88 ve TBK m.120 gereğince sözleşmeyle hüküm altına alınan kapital faiz oranı, kanuni faiz oranı olan %9’un %50 fazlasını yani %13,5’i, sözleşmeyle hüküm altına alınan temerrüt faizi ise yine sözleşmeyle hüküm altına alınan kanuni faiz oranının yani %9’un %100 fazlası olan %18’i geçemez⁴⁷³.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki kanunun bir işin ticari iş olmasının sonucuna özel olarak bağladığı hususlar yukarıda açıklandığı üzere faiz ve müteselsil sorumluluğu ilişkin hususlarla sınırlıdır. Bunun dışında mesela bir işin ticari iş kapsamında kalmasının o işle ilgili görevli mahkemeye bir etkisi yoktur. Ticari iş

469 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1200; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.49; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.122

470 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.49.

471 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1200; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.49; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.122.

472 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.49.

473 Kayıhan ve Yasan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.70; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.122; Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.49.

durumunda da konusuna göre görevli mahkeme genel mevzuat hükümlerine göre belirlenir⁴⁷⁴.

C. Tüketici İşlemi-Ticari Dava Ayrımı

Tüketici işlemi TKHK m.3/1’de tanımlanmıştır. Hükme göre tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir. Aynı maddenin (k) bendine göre; tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Kişinin tüketici sıfatı yapılan her işlem için durum ve koşullara göre belirlenir⁴⁷⁵. Yargıtay içtihatlarında⁴⁷⁶ tüketici işlemine ilişkin kriterler; mal veya hizmetin hukuki işlem neticesinde tüketicinin egemenliğinde olması, tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında bir sözleşmenin varlığı, mal veya hizmetin bedelinin geri kazanımının olmaması, tüketicinin mal veya hizmet alımında ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi ve tüketicinin mal veya hizmeti kendi ihtiyacı için kullanması şeklinde belirtilmektedir.

Bir işlemin tüketici işlemi olarak kabulünün bir takım sonuçları vardır. Tüketici işlemlerinde, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’na göre özel bir kanun olmasından ve de TKHK m.2’de yer alan emredici hüküm nedeniyle TKHK hükümleri öncelikle uygulanır⁴⁷⁷. TKHK m. 73/1’e göre tüketici işlemlerinde ve tüketiciye yönelik eylem ve uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir. TKHK m.83/2’de yer alan açık düzenleme, tüketici işlemi olarak kabul edilen bir işlem hakkında diğer kanunlarda bulunan herhangi bir düzenlemenin söz konusu işlemi tüketici işlemi olmaktan çıkarmayacağını ve görevli ve yetkili mahkeme konusunda bir değişiklik yapmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla tüketici işlemlerine ilişkin bir hususun diğer kanunlarda tüketici mahkemelerinden

474 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.122.

475 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.125.

476 YHGK, 22/11/2018 T, 2017/13-1982 E, 2018/1752 K, www.uyap.gov.tr, (05.01.2021); YHGK, 09/07/2020 T., 2017/19-913 E, 2020/568 K, www.uyap.gov.tr, (05.01.2021); Yarg. 3.HD, 24/09/2020 T., 2020/4508 E, 2020/4748 K, www.uyap.gov.tr, (05.01.2021).

477 Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.125.

başkaca bir mahkemece çözümleneceğine ilişkin düzenlemeler bu özel hüküm nedeniyle uygulanmayacaktır. Bu noktada söz gelimi TTK m.5/1'e göre ticari dava niteliğinde bulunan bir tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlık asliye ticaret mahkemelerinde değil tüketici mahkemelerinde çözüme kavuşturulacaktır⁴⁷⁸.

Bu noktada uygulamada ve doktrinde birlik sağlanamamış bir husus vardır. Taraflardan birisinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici olduğu özellikle bankacılık ve taşıma işleri ile sigorta sözleşmelerinin TTK m.4/a-f gereğince ticari dava niteliğinde mi yoksa tüketici işlemi niteliğinde mi olduğu tartışmalıdır. Birinci görüşe⁴⁷⁹ göre tüketici işlemi kapsamında kalan ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda tüketici mahkemeleri görevli olduğundan artık bu uyuşmazlıklardan doğan davalar ticari dava olarak kabul edilemez. Bu görüşü kabul edenlere göre; TTK m.4 ve 5'teki ticari davalara ilişkin hükümler ticari davaları görevli mahkeme ayrımına göre belirlemiştir. TTK'deki düzenlemelere göre ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların tamamı da asliye ticaret mahkemelerinde görülür. Bu nedenle tüketici mahkemesinde görülen bir dava artık ticari dava olarak nitelendirilemez⁴⁸⁰. İkinci

478 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.125.

479 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 297,306; Yardım, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.97-98.

480 Aynı doğrultuda verilmiş Bölge Adliye Mahkemesi kararları aynen şu şekildedir: "Somut olayda davacı banka tarafından davalı aleyhine ödenmeyen kredi kartı sözleşmesinden doğan alacağının tahsili için açılan davanın bir tüketici işlemi olduğu ticari dava olmadığı tüm dosya kapsamıyla da anlaşılmıştır. Başka bir anlatımla mahkemenin taraflar arasındaki davayı TTK 4/f maddesi uyarınca ticari dava olarak değerlendirilmesi de hatalıdır. 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 madde de sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır. Hal böyle olunca sadece ticari uyuşmazlıklarda alacak ve tazminat davalarında arabuluculuk kanunun 18/A maddesinin 2.fıkrası gereğince davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddi kararı verilmesi gerekirken eldeki davada davanın bir tarafının tüketici olduğu, tüketici uyuşmazlıklarına uygulanacak kanunun 6502 sayılı kanun olduğu, bu uyuşmazlığın ticari uyuşmazlık olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı anlaşıldığından mahkemece işin esası incelenerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." İstanbul BAM 19. HD., 11/04/2019 T., 2019/1062 E., 2019/937 K.; "Dava konusu somut uyuşmazlık, kredi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu tür davalar tüketici mahkemelerinde görüleceğinden eldeki davanın ticari dava olarak kabulü mümkün değildir. Davanın ticari dava olarak kabulü için uyuşmazlık konusu işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması zorunludur. Bu haliyle bir tarafın tüketici olduğu davalar ticari dava

görüŖe göre⁴⁸¹ ise söz TTK m.4 ve 5'teki yer alan uyuŖmazlıkların tüketici iŖlemi olması söz konusu davaların ticari dava niteliğini etkilemez. TKHK'de tüketici davası Ŗeklinde bir davanın bulunmaması, TTK m.3'te yer alan ticari iŖ kabulü ile tüketici iŖleminin birbirini engeller nitelikte olmaması nedenleriyle, bir uyuŖmazlık ticari dava ve ticari iŖle birlikte tüketici iŖlemi de olabilir. Kanaatimizce de bu kavramlar birbirini iptal eden veya geçersiz kılan kavramlar değildir. Bu kavramların bir uyuŖmazlık konusunda birlikte bulunması durumunda öncelikle özel kanun hükmünde olan TKHK hükümleri daha sonra ise genel hükümler olan TTK, TBK ve TMK hükümleri uygulanır. Dava tüketici mahkemesinde görölse de dava, ticari dava niteliğinde kalmaya devam edecek ve bu niteliğin sonuçlarını taşıyacak mesela ticari defter kayıtları delil olarak kullanılabilecektir⁴⁸².

Söz konusu görüş ayrılığı hakkında Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuŖmazlığın giderilmesine ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararında; iŖlemin tüketici iŖlemi olarak kabulü

sayılamayacağından dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmezler.” Antalya BAM 3. HD., 25/11/2019 T., 2019/1445 E., 2019/1757 K., www.uyap.gov.tr, (20.11.2020).

481 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.125-126; PaŖlı, “Ticari İŖletme ve Ticaret Ŗirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari UyuŖmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.16.

482 Bu görüşle aynı doğrultudaki diğer Bölge Adliye Mahkemesi kararları ise Ŗu Ŗekildedir: “*Dosya kapsamındaki yazı, belge ve bilgilere, yasaya uygun gerektirici nedenlere, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinde dayanan delillerle, delillerin tartıŖılması sonucu maddi olay ve hukuki değerlendirmede usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılp, kamu düzenine herhangi bir aykırılığın da bulunmamasına, uyuŖmazlığı çözmekle görevli olan mahkemenin tüketici mahkemesi olması hususunun, davanın "ticari dava" niteliğini deęiŖtirmeyeceğinin açık bulunmasına göre davacı vekilinin tüm istinaf itirazları yerinde görülmediğinden istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerekmiştir.” Ankara BAM 23. HD., 02/05/2019 T., 2019/646 E., 2019/728 K., www.uyap.gov.tr, (05.01.2021).; ...Ayrıca iŖlemin tüketici iŖlemi niteliğinde olması, uyuŖmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici iŖlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici iŖlemi niteliğindeki özel hukuk uyuŖmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, iŖlemin tüketici iŖlemi niteliğini ve bunu bağlanan sorunları ortadan kaldırmaz. TKHK'nin 83/2. maddesine göre taraflardan birini tüketicinin oluŖturduęu iŖlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu iŖlemin tüketici iŖlemi sayılmasını ve 6502 sayılı Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Bu düzenlemeye göre bir iŖlemin tüketici iŖlemi olması halinde başka kanunlarda aynı tüketici iŖlemine ilişkin düzenleme bulunsa bile iŖlem tüketici iŖlemi olarak kalmaya devam edecek, dava açılması halinde ise görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Örneğın tüketici iŖlemi niteliğindeki bankacılık iŖlemlerine ilişkin uygulanacak faizle ilgili TTK düzenlemeleri iŖlemin tüketici iŖlemi niteliğini ortadan kaldırarak iŖlemi ticari iŖ niteliğine dönüŖtöremeyecektir.” Ankara BAM 3. HD., 03/05/2019 T., 20019/856 E., 2019/834 K., www.uyap.gov.tr, (05.01.2021).*

karşısında davanın niteliğinin ticari dava olarak kalmasının mümkün olmadığını, TKHK'nin 83/2'de yer alan tüketici işlemleriyle ilgili başkaca kanunlarda düzenleme olsa bile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanacağını bu nedenlerle tüketici işlemlerinin ticari dava olarak kabulünün mümkün olmadığını hüküm altına almıştır⁴⁸³.

Kanaatimizce tüketici işlemine konu olan uyuşmazlığın ticari dava olarak kabul edilip edilmemesinin inceleme konusu açısından çok önemli olan dava şartı arabuluculuk hususundaki belirsizliğin şu an için önemi kalmamıştır. Zira 7251 Sayılı Kanun ile TKHK'ye m.73/A eklenmesi ile dava şartı arabuluculuk müessesesi, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için de getirildiğinden tüketici işlemi ticari dava olarak kabul edilsin veya edilmesin TKHK m.73/A ve HUAK m.18A'da

483 Söz konusu yüksek mahkeme kararı aynen şu şekildedir: “TTK'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı düzenlenmiştir. İş bu hükmün lafzi yorumundan ilk bakışta bankalar tarafından verilen bireysel kredi kartı dolayısıyla açılacak davaların ticari dava olarak değerlendirileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak TTK'dan daha sonra 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve özel bir yasa olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri incelendiğinde böyle bir sonuca varmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 6502 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (l) bendinde tüketici işleminin tanımı yapılmış olup anılan hükme göre tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir. Bu düzenleme gereğince bankalarla tüketiciler arasında akdedilen kredi kartı üyelik sözleşmeleri uyarınca tüketicilere kredi kartı verilmesi, bir tüketici işlemidir. Yani TTK'dan daha sonra yürürlüğe giren TKHK'nda kredi kartı üyelik sözleşmeleri uyarınca bankalarca tüketici niteliğindeki bireylere kredi kartı verilmesi işleminin, tüketici işlemi olduğu hususu hüküm altına alınmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren ve özel yasa niteliğine sahip TKHK'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (l) bendi karşısında bireysel kredi kartlarından doğan uyuşmazlıklar dolayısıyla açılan davaların ticari dava olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. TTK'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi, ancak işlemin diğer tarafının tüketici olmaması halinde söz konusu olacaktır. Bankalar tarafından ticari işletmelere kredi kartı verilmesi halinde durum böyledir. Bu halde açılacak dava, elbette ticari davadır. Zira kredi kartının hamili tüketici değildir. Ancak kredi kartı hamilinin tüketici olduğu bir halde açılacak davanın, ticari dava olarak değerlendirilmesi TKHK'un getiriliş amacına da uygun olmamaktadır. Öte yandan TKHK'un 83. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de bireysel kredi kartları dolayısıyla açılacak davaların ticari dava olmayacağını ve ticaret mahkemelerinde değil, tüketici mahkemelerinde görüleceğini göstermektedir.” Yarg. 19. HD., 11/06/2020 T., 2020/439 E., 2020/976 K., www.uyap.gov.tr, (20.11.2020).

yer alan şartların varlığı halinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava açılmadan önce arabulucuya başvuru dava şartıdır.

II. Ticari Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuk Yoluyla Çözümü

A. Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Ticari Davalar

1. Genel Olarak

7155 Sayılı ASKPAİTBUEHK m.20-23 ile hem HUAK m.18A hükümleri ile dava şartı arabuluculuk müessesesinin genel esasları belirlenmiş hem de 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe girmek üzere TTK'ye 5A maddesi eklenerek bir takım ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir.

TTK m.5A'daki hüküm⁴⁸⁴ ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk için özel bir düzenleme niteliğindedir. Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle TTK m.5A hükümleri uygulanacak burada bir hüküm olmaması durumunda sırasıyla HUAK m.18A, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hükümleri uygulanacaktır⁴⁸⁵.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere ticari uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olması için, dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel sınırlamaların -mesela tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan doğan özel hukuk uyuşmazlığı olma- yanında uyuşmazlığın konusunun alacak ve tazminat taleplerine ilişkin bir miktar paranın ödenmesi olmalıdır. Bu kapsamın dışında kalan uyuşmazlıklar için şartları varsa ya ihtiyari arabuluculuğa gidilecek ya da doğrudan dava açılacaktır. Ayrıca dava konusu olan uyuşmazlık için kapsamı yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan ya TTK m.4'te ya da diğer kanunlarda ticari dava niteliği belirtilmiş olmalıdır. Bir davanın ticari dava niteliğine sahip olup olmadığı

484 TTK m.5A'daki hüküm aynen şu şekildedir: "Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir."

485 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.55.

her uyuşmazlık çeşidi için belirlenmeli, ticari dava kapsamında kalan uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmalıdır⁴⁸⁶.

Tespit davalarının- müspet veya menfi- özellikle İİK m.72 bağlamında menfi tespit davalarının kanunun lafzında yer alan “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” kapsamında yer alarak dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadıkları hususunda tereddütler ve farklı uygulamalar vardır⁴⁸⁷. Madde gerekçesinde de bu husus açıklanmadığından net ve nihai bir sonuca ulaşmak da mümkün gözükmemektedir. Menfi ve müspet olmak üzere tüm tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını kabul eden ve gerekçelerini kanunun genel gerekçesine dayandıran *görüğe göre*; kanun koyucunun nihai amacı bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk uygulamalarındaki çözüm ve başarıların ticari uyuşmazlıklarda elde edilmesidir. Bu noktadan hareketle genişletici yorum yaparak, uygulamada yaşanacak karışıklığı engellemek için açıkça düzenlemese de tüm tespit davalarında şartların varlığı halinde dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmalıdır⁴⁸⁸. *Ağırlıkta olan diğer görüşe göre ise* tespit davalarında talep konusunun TTK m.5A’nın aradığı bir miktar paranın ödenmesi olmadığı, bu davaların konusunu bir hak veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun mahkeme tarafından tespitinin istenmesini oluşturduğu, söz konusu hükümlerin usul hükmü olduğu bu nedenle lafzi yorum yapılması gerektiği, amaçsal yorum ile dava şartı arabuluculuğun kapsamının genişletilemeyeceği, bu nedenlerle tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olamayacağı şeklindedir⁴⁸⁹.

Söz konusu görüş ayrılığı hakkında Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararında doktrindeki tartışmalar ve istinaf

486 Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, s.92 vd.

487 Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.126.

488 Taş, “Hukuk ve Siyaset Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri”, s.126; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.66;

489 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 189 vd.; Paslı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.18; Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.99-100.

mahkemelerinin farklı nitelikteki kararlarını da irdeleyerek ağırlıktaki görüşün gerekçelerine göre ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir⁴⁹⁰.

Kanaatimizce, ağırlıktaki görüşün belirttiği gibi tespit davaları TTK m.5A kapsamında konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ya da tazminat talebini içermediğinden, dava neticesinde bir eda hükmü değil alacağın varlığı ya da yokluğuna ilişkin tespit hükmü kurulduğundan ve dava şartı arabuluculuk müessesesinin istisnai hallerde uygulanması dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenmediğinden tespit davalarında arabulucuya başvurunun dava şartı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

490 Söz konusu karar gerekçesi aynen şu şekildedir: “Madde metni her hangi bir tereddüde ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde açık yazılmıştır. TTK’na bu maddenin eklenmesini sağlayan 7155 sayılı Kanun’un genel gerekçesinin bu konuyla ilgili kısmı ve madde için özel olarak yazılan gerekçe de bu açık anlamı desteklemektedir. Bir ticari davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre; (a) Öncelikle konusu, bir miktar paranın ödenmesi olmalı, (b) Sonra dava konusu olan bir miktar paranın ödenmesi için yapılan talep, bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmelidir. Bu koşulların bulunması halinde dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olacaktır. Bu koşulların gerçekleşmediği ticari davalarda davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak kabul edilmeyecektir. Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. Hal böyle olunca, yukarıda mahiyeti açıklanan menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK’nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır. Yukarıda doktrinden yapılan alıntılarda da bu sakıncalara önemle işaret edilmektedir. Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelere rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir. Böyle bir yaklaşım, özel bir dava şartı olan arabuluculuğa başvuru halini genel bir dava şartı haline getirecektir. HMK’nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu’nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 19.HD, 04/06/2020 T., 2020/237 E, 2020/805 K, www.uyap.gov.tr, (20.11.2020).

Doktrinde tespit davalarında olduğu gibi ticari mahiyetteki itirazın iptali davalarında da dava şartı arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ayrılık vardır. Bir kısım yazarlar⁴⁹¹ itirazın iptali davasının, icra takibine özgü olması, özel nitelikte olması kendine özgü prosedürlerinin bulunması sebebiyle dava şartı arabuluculuğun dışında olduğunu kabul eder. Ayrıca itirazın iptali davası kanunun aradığı şarta göre bir paranın ödenmesine dair alacak veya tazminat talebi de içermez. Farklı gerekçelerle kapsam dışında kaldığını söyleyen diğer *bir görüşe göre ise*⁴⁹² ödeme emrine yapılan itirazın sonucunun takibi durdurmak olduğu, itirazın iptali davasına göre takibin devam edebileceği, aksi halde takibin taraflarının mahkeme dışı sulh ile bile devam edemeyeceği, hatta borçlunun kendi rızası ile de itirazın etkisini kaldıramayacağını, her halde mahkemenin takibin devamı konusunda bir karar vermesiyle takibin devam edebileceğini sonuç olarak dava şartı arabuluculuğun itirazın iptali davasının özü ve yapısı ile bağdaşmadığından dava şartı arabuluculuk hükümlerinin itirazın iptali davalarında uygulanamayacağını belirtmiştir⁴⁹³.

491 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 196.

492 Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım (ed.), s.103-104.

493 Bu görüşü savunanlar yukarıda (bakınız: dipnot 470) yer verilen İstanbul BAM 19. HD’nin 11/04/2019 Tarihli kararının şu kısmına atıf yapmaktadırlar: “....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 madde de sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır....” Kanaatimizce, itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını belirten görüş sahiplerinin dayanmış olduğu, tüketici işleminin ticari dava olarak kabul edilemeyeceğine dolayısıyla dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmayacağına ilişkin BAM kararları genel olarak itirazın iptali için yapılan inceleme olmayıp davanın ticari dava niteliğinde olup olmayacağına dair bir inceleme olduğundan bu noktada dayanak olarak kullanılması yerinde değildir. Ayrıca İstanbul BAM 19. HD son güncel içtihatlarında bu görüşünden döndüğü anlaşılmaktadır: İstinaf Mahkemesi, tüketici mahkemesinde görülen ve tüketicinin açtığı itirazın iptali davasında arabuluculuğa başvuruyu dava şartı sayan ilk derece mahkemesinin kararına karşı yapılan başvuruyu esastan reddetmiştir: “....Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu belirlemelerden sonra somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 29/04/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmakla, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurup anlaşamama tutanağının (son tutanağın) aslının veya onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafın da kabulündedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal düzenleme ve açıklamalara göre, davacı tarafından, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak davacının emekli maaş hesabına koyulan blokenin kaldırılması ve alacak

Bu konu hakkında Yargıtay ilgili dairelerince henüz bir karar verilmemiş olmakla beraber *Bölge Adliye Mahkemelerinin birçok kararı*⁴⁹⁴ ve doktrindeki *bazı görüşlere*⁴⁹⁵ göre itirazın iptali davalarında da dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanır. Bu görüşlere göre her ne kadar itirazın iptali istemiyle bir alacak doğrudan talep edilmese de belli bir alacağın tespiti istenip onun sonucuna göre devam edecek icra takibinin neticesinde belirli bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olacağından söz konusu uyuşmazlık bütün halde bir alacağın talebinden oluşur. Kanaatimizce de bu noktada itirazın iptali menfi tespit davalarından ayrılır. Zira menfi tespit davalarında sadece bir tespit hükmü aranırken itirazın iptalinde belirli bir alacağın tespit edilerek bu alacağın tahsili için engel oluşturan itirazın kaldırılması istenir. Bu

talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir. Hal böyle olunca davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle dilekçeler aşamasının başında usulden reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamıştır. Dosya kapsamındaki yazı, belge ve bilgilere, yasaya uygun gerektirici nedenlere, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinde dayanan delillerle, delillerin tartışılması sonucu maddi olay ve hukuki değerlendirmede usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapıp, kamu düzenine herhangi bir aykırılığın da bulunmamasına, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan mahkemenin tüketici mahkemesi olması hususunun, davanın "ticari dava" niteliğini değiştirmeyeceğinin açık bulunmasına göre davacının tüm istinaf itirazları yerinde görülmediğinden istinaf başvurusunun esastan reddine...." İstanbul BAM 19. HD, 09/10/2020 T, 2020/1988 E, 2020/1421 K, www.uyap.gov.tr, (20.11.2020).

494 İtirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalabileceğine dair farklı BAM kararları aynen şu şekildedir: “....Yukarıda açıklanan yasal mevzuat ve açıklamalara göre davacı tarafından açılan işbu ticari nitelikli kabul edilen davada, 6325 sayılı HUAK'nın 18/A 2.fikrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması gerektiği halde arabulucuya başvurulmadığı anlaşıldığından uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan işbu davanın usulden reddi gerekmektedir. Hal böyle olunca ilk derece mahkemesince davanın, işbu nedene dayalı dava şartı yokluğu sebebiyle dilekçeler aşamasının başında usulden reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık yoktur. Davacının istinaf sebepleri bu nedenlerle yerinde görülmemiştir....” Kayseri BAM 6.HD, 12/11/2020 T, 2020/843 E, 2020/852 K.,; Bir başka istinaf kararında mahkeme işçi işveren uyuşmazlığından kaynaklanan itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna karar vermiştir: “dava dilekçesi ekinde arabuluculuk son tutanağının fotokopisinin sunulduğu görülmektedir. 7036 sayılı yasanın 3/2. maddesi arabuluculuk son tutanak aslının ya da arabulucu tarafından onaylı örneğinin dosyaya sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Davacı tarafca yargılama sürecinde bu zorunluluğa uyulmadığı gibi Mahkemece de yasal düzenleme doğrultusunda uygulama yapılmamıştır. Yerel Mahkemece yapılması gereken davacıya arabuluculuk son tutanak aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğinin sunulması için bir haftalık kesin süre verilmesi, ihtarath yazı içerisinde süreye uyulmadığında davanın usulden reddedileceği ihtarathının yer alması, süreye uyularak usulüne uygun arabuluculuk son tutanağı sunulduğunda dava şartının yerine getirildiği kabul edilerek yargılamaya devam edilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesidir...” İzmir BAM 9. HD, 10/11/2020 T., 2020/37 E, 2020/1115 K.,; Ticari satımdan kaynaklanan itirazın iptalinde de durum değişmemektedir: “...Somut olayda, dava para alacağının tahsili amacıyla yapılan itirazın iptali davası olup, davanın arabuluculuk dava şartına tabi olduğu açıktır. Davacı vekili, dava dilekçesinde 2019/93944 dosya numarası ile arabulucuya başvurduğunu, ancak davalının davete icabet etmeyerek toplantıya katılmadığını belirtmiştir....” İstanbul BAM 43. HD, 05/11/2020 T., 2020/1571 E, 2020/243 K, www.uyap.gov.tr, (20.11.2020).

495 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.66; Paşlı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, s.22.

nedenle itirazın iptali davaları kanunun aradığı şartları taşımakla dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil olur. İtirazın iptalinde ortaya çıkan bu durum sıra cetveline itiraz davalarında da geçerlidir⁴⁹⁶.

2. Mutlak Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk

Mutlak ticari davalar; yukarıda da açıklandığı üzere TTK m.4/1,a-f’de belirtilenler ve diğer kanunlarda ticari dava olarak düzenlenen davalardan oluşur. Bir ticari davanın mutlak ticari dava olması için tarafların tacir olması ve uyuşmazlığın, tarafların ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmez⁴⁹⁷.

a. TTK m.4’te Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar

TTK m.4’te, TTK’de düzenlenmiş mutlak ticari davalara ve diğer kanunlarda düzenlenmiş mutlak ticari davalara yer verilmiştir. Ancak her iki halde de bu davaların mutlak ticari dava olduğu TTK m.4’te hüküm altına alınmıştır.

TTK’de düzenlenen ticari davaların başında kanunun birinci kitabında yer alan ticari işletmeyle (TTK m.11-123) ilgili alacak ve tazminat taleplerinden kaynaklanan davalar gelmektedir. Ticaret unvanı, haksız rekabet, cari hesap ve acentelikle ilgili uyuşmazlıklardan kaynaklanan ve konusu bir miktar paranın ödenmesine dair alacak ve tazminat talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. TTK m.124-644 arasında düzenlenen ticaret şirketleriyle ilgili uyuşmazlıklar da şartların varlığı halinde dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Ayrıca özellikle; usul ve yasaya uygun sermaye artırım kararına rağmen ortaklardan birinin sermaye koyma borcunun yerine getirmemesi nedeniyle açılacak sermaye koyma borcundan kaynaklı alacak talebi, birleşme bölünme ve tür değiştirmeden kaynaklanan tazminat talepleri (TTK m.134-194), şirketler topluluğundan kaynaklanan tazminat talepleri, kolektif, komandit, anonim, limited şirketlerden kaynaklanan tazminat ve alacak talepleri (TTK m.195-644), kıymetli evraklarla ilgili alacak veya tazminat talepleri (TTK m.645-849), taşıma işlerinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TTK m.850-

496 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.66; Pashı, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, s.22.

497 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.129.

930), deniz ticareti ve sigorta hukukundan doğan tazminat ve alacak talepleri niteliği ve şartları uygun düştüğü ölçüde dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alırlar⁴⁹⁸.

TTK m.4'te mutlak ticari dava olduğu belirtilen ancak Türk Medeni Kanunu'nda yer alan rehin karşılığında ödünç verme işinden kaynaklanan tazminat ve alacak talepleri (TMK m.962-969), Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ticari işletme devralınması, birleşmesi ve şekil değiştirmesinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.202-203), rekabet yasağından kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.444-447), komisyon sözleşmesinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.532-545), ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarında kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.547-554) ve yayım sözleşmesinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TTK m. 487 – 501) dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁴⁹⁹.

TTK m.4/1-d'ye göre; fikri mülkiyet hukuku mevzuatından kaynaklanan davalar mutlak ticari davadır. Ancak fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan davalar, bir ticari işletmeyle ilgili olması durumunda nisbi ticari dava olabilir ama mutlak ticari dava olamazlar. Fikri mülkiyet ile fikir ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar, özellikle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda yer alan marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretlerden doğan alacak ve tazminat taleplerine dair uyuşmazlıklar da şartların varlığı halinde dava şartı arabuluculuğa elverişlidir⁵⁰⁰.

TTK m.4/1-e'de mutlak ticari dava olarak düzenlenen borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin ticari davalar bir alacak veya tazminat talebi içermesi halinde dava şartı arabuluculuğa elverişlidir⁵⁰¹.

TTK m.4/1-f de mutlak ticari dava olduğu belirtilen bir diğer dava ise bankalara, diğer finans kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden doğan davalardır. Bu konuda düzenlemelerin yer

498 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.129 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 306 vd.

499 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.129 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 306 vd.

500 Giray, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk", s.31-32; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.179.

501 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.176.

aldığı temel mevzuat 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'dur. Hükümde adı açıkça belirtilmeyen finans kuruluşlarının finansal kiralama, faktöring ve finans şirketleri olmak üzere çeşitli kurum veya kuruluşlar olduğu belirtilir⁵⁰². Bu tür davaların uygulamada da çoklukla görüldüğü üzere taraflarının tacir olması halinde davanın niteliğinin ticari dava olduğu konusunda tereddüt yoktur. Bu davalar da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi, kredi sözleşmelerinden kaynaklanan davaların genellikle para alacağı talebi içermesi nedenleriyle dava şartı arabuluculuğa uygundur ve hatta yüksek meblağlı dava konularının yargı harç ve masraflarını ciddi oranda artırması nedeniyle taraflar için oldukça faydalıdır⁵⁰³. Ancak genellikle tüketici kredilerinde görüldüğü üzere bir tarafı tüketici olan uyuşmazlıkların öncesinde açıklandığı üzere ticari dava olarak kabulü anılan yüksek mahkeme kararlarına⁵⁰⁴ göre mümkün değildir. Her ne kadar bu durum, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun yürürlüğe girmesinden önce uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağı konusunda ciddi belirsizliklere sebep olmuşsa da kanaatimizce şu an için söz konusu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna dair herhangi bir tereddüt yoktur.

b. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu dışındaki kanunlarda uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olduğu bazen uyuşmazlığın ticari dava olarak ifade edilmesi ile bazen de uyuşmazlık konusu hakkında asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunun belirlenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Farklı özel kanunlarda bu hususlarda düzenlemeler olmakla birlikte uygulamada sık rastlanan 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'ndan kaynaklanan kooperatif üyesinin kooperatif alacağının tahsili, kooperatifi zarar uğratan yöneticilere karşı açılan alacak ve tazminat talepleri ile 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunundan kaynaklanan tasarrufun iptali, sıra cetveline itiraz, iflas masasına

502 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 297.

503 Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.169.

504 Yarg. 19. HD, 2020/439 E, 2020/976 K, 11.06.2020 T., www.uyap.gov.tr, (05.01.2021); İstanbul BAM 19. HD, 2019/1062 E, 2019/937 K, www.uyap.gov.tr, (05.01.2021); Antalya BAM 3. HD, 2019/1445 E, 2019/1757 K, www.uyap.gov.tr, (05.01.2021).

kayıt gibi alacak talepleri şartların varlığı halinde dava şartı arabuluculuğa tabi ticari davalardır⁵⁰⁵.

3.Nispi Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk

a. Her İki Tarafın Ticari İşletmelerine İlişkin Ticari Davalar

Konu veya hangi kanunda düzenlendiğine ilişkin bir sınırlama olmaksızın her iki tarafın TTK m.12 ve 16'ya göre tacir olduğu ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan davalar nisbi ticari davalardır⁵⁰⁶. Ayrıca bir davanın nisbi ticari dava olması için ticari iş niteliğine sahip olması da gerekmez⁵⁰⁷. Bu noktada eski TTK m.4'te yer alan ve nisbi ticari davanın kabulü için gerekli olan ticari iş sayılma kriteri yeni TTK'de terk edilmiştir⁵⁰⁸. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu hüküm altına alan TTK m.5A dava şartı arabuluculuğa tabi ticari davalar arasında ayırım yapmadığından nisbi ticari davalar da şartların varlığı halinde mutlak ticari davalar gibi dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabidir⁵⁰⁹.

Konu sınırlaması olmadığından şartların varlığı halinde herhangi dava konusu uyuşmazlık, nisbi ticari dava niteliği kazanabilecektir. Bu nedenle sayısız nisbi ticari dava örneği vermek mümkündür. Her iki tarafı tacir olan ve her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olan mesela eser, kira, hasılat kirası, hizmet, kefalet, simsarlık, satış, ödünç sözleşmelerinden ve inancılı işlem, haksız işgal tazminatı, tacirler arası haksız fiilden kaynaklanan tazminat ve/veya alacak talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olması nisbi ticari davalar için verilebilecek örneklerdir⁵¹⁰.

505 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 299; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.192 vd.

506 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.12; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.75.

507 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.12; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.75.

508 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 301.

509 Paslı, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", s.17.

510 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.12; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, s.75.

Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.197 vd.

b. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşlere İlişkin Ticari Davalar

Çok sınırlı kapsamı olmakla beraber nisbi ticari davanın bir çeşidi daha vardır. Her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmasına gerek olmaksızın taraflardan herhangi birinin ticari işletmesiyle ilgili olan yalnızca havale, vedia(saklama) ve fikir ve sanat eserlerine dair haklardan doğan uyuşmazlıklar nisbi ticari davadır⁵¹¹. Bu nedenlerle mesela havaleden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.555-560) ve saklama (vedia) sözleşmelerinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri (TBK m.561-580) taraflardan herhangi birinin ticari işletmesiyle ilgili olması halinde nisbi ticari dava olarak kabul edilir ve dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olur⁵¹².

III. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Dava şartı arabuluculuk faaliyetinin sona erme halleri ile ihtiyari arabuluculuğa ilişkin HUAK 17/1’de yer alan sona erme halleri birbirine çok büyük oranda benzese de birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk için HUAK m.18A/10’da düzenlenen sona erme sebepleri ihtiyari arabuluculuk için yapılan düzenlemeleri tamamlayan ve dava şartı arabuluculuğun yapısından kaynaklı farklılıkları içeren şekilde düzenlenmiştir. HUAK m.18/A’daki sona erme sebepleri; taraflara arabulucu tarafından yapılan çalışmalarda nihayete ulaşılamaması, tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılmaması sebebiyle görüşmelerin yapılamaması, tarafların görüşmeler sonucunda anlaşamaması ve görüşmeler neticesinde tarafların anlaşması şeklinde sayılmıştır⁵¹³.

İhtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculukla ilgili sona erme halleri birbiri ile mukayese edildiğinde; tarafların anlaşmaya varmaları ile tarafların anlaşamaması hallerinin ortak olduğu söylenebilir. Dava şartı arabuluculuk

511 Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s.115; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.160; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 302.

512 Arslanpınar, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, s.12; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.211 vd.

513 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, s.31; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 175.

faaliyetinin genel olarak tarafların iradesi dışında görevlendirilen arabulucu tarafından yürütülmesinin sonucu olarak taraflara ulaşılamaması ve tarafların görüşmelere katılmaması sebepleri dava şartı arabuluculuğun yapısı gereği sona erme sebebi olarak eklenmiştir⁵¹⁴. Kanunda açıkça sayılan sona erme hallerinin dışında uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığına anlaşılmaması halinde de dava şartı arabuluculuk faaliyeti sona erer. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin kapsamını belirleyen TTK m.5A'daki sınırların dışında bir uyuşmazlığın arabulucuya getirilmesi ve arabulucu tarafından bu durumun tespit edilmesi halinde arabulucu bu durumu tutanakla tespit eder ve faaliyeti sona erdirir. Ayrıca açıkça dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağını düzenlediği uyuşmazlıklar hariç olmak üzere uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı durumlarda da arabuluculuk faaliyeti sona erer⁵¹⁵.

Diğer dava şartı arabuluculuk hükümlerinde olduğu gibi HUAK m.18A/20'ye göre sona ermeye ilişkin dava şartı arabuluculuk hükümlerinde hüküm bulunmaması halinde ihtiyari arabuluculuğa ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmelik hükümleri uygulanır⁵¹⁶.

Arabulucu, HUAK m.18A/10'a göre faaliyet hangi sebeple sona ermiş olursa olsun bir son tutanak düzenler ve durumu hemen arabuluculuk bürosuna bildirir. Daha önce ifade edildiği gibi HUAK m.18A/15'e göre arabuluculuk bürosuna başvuru ile duran ve işlemeyen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler son tutanağın düzenlenmesiyle düzenlenme tarihi itibarı ile tekrar işlemeye başlar.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle dava şartı arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşmaya varması ve anlaşmaya varamaması olarak iki temel şekilde sonlanır.

514 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 175; Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası ve Sonuçları", s.31.

515 Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.152 vd.; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 176.

516 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 128.

B. Tarafların Anlaşmaya Varması ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Dava şartı arabuluculuk faaliyetinin şüphesiz en önemli ve istenen sonucu tarafların anlaşmaya varmasıyla sürecin sonlanmasıdır. Tarafların anlaşmaya varmaları halinde düzenlenebilecek anlaşma belgesine ilişkin hükümler dava şartı arabuluculuk için özel olarak düzenlenmediği için bu hususta ihtiyari arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır⁵¹⁷. Taraflar süreç sonunda anlaşmışlar ise düzenlenen son tutanak yanında isterlerse HUAK m.18/1 de belirtildiği üzere bir anlaşma belgesi de düzenleyebilirler. Bu anlaşma belgesinin düzenlenmesi zorunlu olmasa da yapılan anlaşmanın ilam niteliği kazanması için anlaşma belgesinin HUAK m.18’de belirtildiği şekilde düzenlenmesi gerekir⁵¹⁸. Her ne kadar anlaşma belgesinin düzenlenmesi ihtiyari olsa da özellikle ayrıntılı ve teknik alanları ile kendine özel yapısı bulunan ticaret hukukuna ilişkin hükümlerden doğan uyuşmazlıklarda anlaşmanın tarafların iradeleri doğrultusunda gereği gibi ifası ve icrası için anlaşılan durumlar ayrıntılı olarak anlaşma belgesiyle kayıt altına alınmalıdır. Anlaşma belgesi uyuşmazlığın tüm yönlerini kapsayacak şekilde belirsizlik ve yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarmayacak şekilde kapsamı tarafların iradelerine göre belirlenmek üzere düzenlenmelidir⁵¹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki taraflar sona erme tutanağından farklı olarak bir anlaşma belgesi düzenlemezler ise arabulucu tarafından düzenlenen sona erme tutanağı anlaşma belgesi hükmündedir⁵²⁰.

2. Son Tutanak/Anlaşma Belgesi

Anlaşma belgesi, tarafların anlaştıkları hususların kapsamını belirleyen, bu kapsamda anlaşılan hususların icrasına ilişkin doğabilecek sıkıntıları giderme

517 Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.152; Yakıcı, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, s.41.

518 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, s.31; Yakıcı, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, s.61.

519 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108.

520 Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.98; HUAK m.18 gerekçesinde bu durum şu şekilde düzenlenmiştir: “Arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması hâlinde, faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir anlaşma belgesi niteliğindedir. Bu belge, bir önceki maddeye uygun olarak, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanacaktır.” www.tbmm.gov.tr, (22.01.2020).

noktasında son derece önemli olan bir belgedir⁵²¹. Ancak anlaşma belgesinin tarafların iradeleri dışında gizlilik ilkesini bertaraf edecek şekilde başkalarının bilgi ve görgüsüne açılmaması hususunda taraflar ve arabulucu özenli davranmalı, HUAK m.17'ye göre arabulucu, düzenlenen anlaşma belgesi ve sonuçları hususunda tarafları bilgilendirmelidir⁵²².

HUAK m.18/1'e göre; anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmalıdır. Bu nedenle anlaşma belgesinin hukuken geçerli olabilmesi için yazılı olması ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir⁵²³. Hukuken geçerli bir anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak varılan anlaşma belgesinin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içermesi nedeniyle bir sözleşme olduğu, bu sözleşmenin gereklerine uyulmadığı veya sözleşmenin mevcudiyetinin ispat edilemediği durumlarda mahkeme yoluna başvurulacağı hususunda tereddüt yoktur⁵²⁴. Öğretideki genel kabule göre arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulmuş ise anlaşma belgesi mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğinde; dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurularak anlaşma belgesi düzenlenmesi ve bu anlaşmayla mahkemeye uyuşmazlığın sulh ile sonuçlandığının bildirilmesi halinde ise mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliğindedir⁵²⁵. Hukuk

521 Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s.150.

522 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108.

523 Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.131.

524 Mine Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2018, Cilt:20 Sayı:2, s.14.;İlçir, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", s.166;Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.130.; Bununla birlikte, gerek ihtiyari gerekse dava şartı arabuluculuk sürecinde hazırlanan anlaşma belgesi (HUAK m. 18) bir özel hukuk sözleşmesidir ve aleni bir belgedir; madde gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir "İkinci fıkrada, anlaşma belgesinin etkisi düzenlenmiştir. Taraflar varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır: Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.23, 73;Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.364.

525 Akyıldız, "İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi", s.103; Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", s.14.;İlçir, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", s.166;Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.130.;Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.73.

Mahkemeleri Kanunu'nda yalnızca mahkeme içi sulh⁵²⁶ düzenlenmekle beraber bu sulhun mahkeme huzurunda yapılmaması durumunda mahkeme dışı sulh söz konusu olur⁵²⁷.

Dava şartı arabuluculuğun dava açılmadan başvurulması zorunlu olan bir süreç içermesi sebebi ile tarafların süreç sonunda anlaşması halinde düzenlenen anlaşma belgesinin mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu söylenebilir. Zira yapılan anlaşma ne mahkeme huzurunda yapılır ne de anlaşma içeriğinde mahkemenin bir dâhili vardır. Yapılan bu anlaşma etkilerini yalnızca maddi hukuk anlamında gösterir. Bununla birlikte taraflar anlaşma belgesinin niteliğini kendileri de belirleyebilir. Taraflar söz konusu anlaşma belgesini adi yazılı şeklide düzenlerler ise durum hal ve şartlara göre bu belge adi senet şekliyle kesin delil (HMK 199-200 vd.) olarak kabul edilir ve İİK m.68 bağlamında ilamsız icrada itirazın kaldırılmasına yarar bir belge niteliğini kazanır⁵²⁸. Taraflar anlaşma belgesini noterde onaylama veya düzenleme şeklinde bir belge niteliğiyle hazırlar ise bu belge resmi belge hükmünde olur. Ayrıca noterde düzenleme şeklinde düzenlenir ise ve de içinde para borcu ikrarı varsa artık bu belge İİK.38 anlamında ilam niteliğinde belge vasfına sahip olur ve taraflar bu durumda icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç olmadan belgeyi ilamlı icraya konu edebilir⁵²⁹. Sonuç olarak anlaşma belgesi sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların düzenlemiş olduğu ve genel hükümlere tabi bir sözleşme olmakla birlikte taraflarca bu sözleşmenin hukuki niteliği farklı şekillerde belirlenebilir⁵³⁰.

a. Anlaşmanın Taraflara Etkisi ve Hüküm Doğurma Zamanı

Ticari uyuşmazlıklarda başvuru olan dava şartı arabuluculukta tarafların anlaşmaya varmaları halinde taraflar arabuluculuğun temelinde yatan sulhe ulaşmış

526 Anılan HMK'nin 313. maddesine göre mahkeme içi sulh “ ...görölmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. “

527 Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.130; Çil, “Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği”, s.12; Pekcanitez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.410.

528 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”,s.16;Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.130.

529 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 110;Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.130.

530 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”,s.16; Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.130.

olurlar. Sulhun kapsamı son tutanak ve düzenlenmiş ise anlaşma belgesinde sözü edilen hususlar ile sınırlıdır.

Anlaşma belgesi genel sözleşme hükümlerine tabi olduğundan Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme hükümleri gereği hazırlar arasında düzenlenen anlaşma belgesi taraflarca imzaladığında anda hüküm doğururken; hazır olmayanlar arasında ve kabul beyanının lüzumlu olduğu durumda ise kabul beyanının açıklandığı anda hüküm doğurur⁵³¹.

b. Anlaşılan Hususlar Hakkında Dava Açma Yasağı

Tarafların arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmalarının en önemli sonuçlarından bir tanesi, anlaşılan hususlar hakkında dava açma yasağının bulunmasıdır⁵³². Söz konusu durum HUAK m. 18'e 7036 Sayılı Kanun ile eklenen 5. fıkra ile getirilmiştir. Hükümle *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Söz konusu hüküm, anlaşmaya rağmen anlaşmaya varan taraflardan herhangi birinin anlaşılan hususlarla ilgili mahkemeye başvurması halinde mahkemece nasıl bir yol izleneceği hususunda belirsizlikler içermesi, hükmün başlı başına dava açma yasağı ortaya koyması nedeni ile arabuluculuğun mahkeme üzerinde bir karar mekanizması haline getirmesi⁵³³, bu durumun hak arama özgürlüğünü sekteye uğratması ve benzeri gerekçelerle oldukça eleştirilmektedir⁵³⁴. Kanaatimizce öğretideki yoğun eleştirilerin varlığına rağmen hükümden ne anlaşılması gerektiğine yoğunlaşmak ve sistemin tıkanıklığa ve hak kayıplarına yol açmasının engellemek için hükmün nasıl uygulanacağını belirlemek tüm taraflar için faydalı olacaktır. Bu nedenle tarafların anlaşma belgesinde yer alan hususlar için mahkemeye başvurmaları durumunda mahkemece HMK m.114/1-h uyarınca hukuki

531 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.242; Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.174; Yazıcı Tıktık, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, s.197.

532 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”,s.16; Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 100; Eler, “Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk”, s.76; Koçyiğit ve Bulur, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, s.43.

533 Özsumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Genel Bir Bakış”,s.837.

534 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 114; Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.130.

yarar yokluğu dava şartının bulunmaması sebebi ile davanın usulden reddine karar verilmesi yerindedir⁵³⁵. Zira anlaşma belgesinin düzenlenmesi ile taraflar için hukuk âleminde bu belgedeki yer alan hususlar hakkında bir uyuşmazlığın varlığından bahsedilemez. Bu noktada mahkemede dava açmakta da tarafların hukuki yararı yoktur. Ancak anlaşma belgesi ile ilgili geçersizlik, sahtelik, yanıltma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma gibi hallerde dava açma hakkı genel hükümlere göre talep edilir. Zira aşağıda değinileceği üzere anlaşma belgesi ilâm değil şartları varsa ilam niteliğinde bir belgedir⁵³⁶.

c. Anlaşma Belgesinin Sona Ermesi, İptal Edilebilirlik ve Kesin Hükümsüzlük Halleri

(1). Yeni Bir Anlaşma Belgesi

Sözleşmeyi sona erdiren genel sebeplerden birisi olan bozma (ikale) sözleşmesiyle yeni bir anlaşma belgesi düzenlenerek hali hazırdaki anlaşma belgesinin hükümleri sona erdirilir. Bu sözleşme ile taraflar anlaşma belgesindeki alacak ve borçlarından karşılıklı olarak vazgeçer. Taraflar genellikle aralarında hukuki ilişki kurulmadan önceki hale dönmek isteseler de yeni yapılan anlaşmanın geleceğe dönük sonuçlar içermesini de isteyebilirler. Yeni bir anlaşma belgesinin hukuken geçerli sonuç doğurması için önceki sözleşmedeki şekle bağlı kalınması ve önceki sözleşmedeki taraflarının tümünün katılımı ile sözleşme düzenlenmesi gerekir⁵³⁷.

Genel hükümlere göre taraflar yeni bir anlaşma ile eski anlaşmayı sona erdirmek isteseler de arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen ilk anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcılığı konusu tartışmalıdır. Kanaatimizce bu konunun açıklığa kavuşturulması için yeni düzenlemelerin yapılması faydalı olacaktır. Ancak HUAK m.18/5 anlaşma belgesi aleyhine dava açılmayacağını belirttiğinden eski anlaşma belgesinden doğan haklar için dava yoluna başvurulamaz. Ayrıca eski anlaşma

535 Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları",s.20; Akyıldız, "İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi", s.103;

536 Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.118; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.119; Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.137.

537 Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları",s.25; İlhan, *Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*, s.226.

belgesinden doğan uyuşmazlıklar yeni anlaşma belgesi ile nihayete ermiştir. Ancak arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinde düzenlenmeyen hususlar hakkında dava yoluna başvurulabilir. Bu nedenlerle özellikle dava şartı arabuluculukta, anlaşma belgesinde anlaşılan haller ile anlaşılmayan hallerin neler olduğunun birlikte kayıt altına alınması belirsizlikler ve karışıklıkların önüne geçilmesi noktasında faydalı olur⁵³⁸.

(2). İptal Edilebilirlik Halleri

Anlaşma belgesinin iptal edilebilmesi anlaşma belgesinin sona erme halini oluşturmakla beraber aynı zamanda dava açma yasağının istisnalarından birisini de oluşturmaktadır. İptal edilebilirlik hallerinin varlığı durumunda başta hukuken geçerli bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşme şartların varlığı halinde süresi içerisinde geçmişe etkili olarak irade sahibi tarafından sonlandırılabilir. Hukukumuzda iptal edilebilirlik yaptırımına sahip olan durumlar irade bozukluğu halleri olan yanıltma (TBK m.30), aldatma (TBK m.36) ve korkutma (TBK m.37) ile aşırı yararlanma (TBK m.28) halidir⁵³⁹. İrade bozukluğu halinde irade sahibinin iradesi ile beyanı arasında farklılık olmamakla birlikte tarafın iradesi ya kendisinden ya da bir başkasından kaynaklanan sebeplerle sakatlanmakta; aşırı yararlanmada ise sözleşmenin tarafları için kararlaştırılan edimler arasında aşırı oransızlıklar bulunmaktadır⁵⁴⁰. İrade bozukluğu hallerinden kaynaklı iptal davası, icra edilebilirlik şerhi alınmadan önce veya sonra açılabilir.

İrade fesadı hallerinde ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta uygulanması ve dikkate alınması gereken bir takım özel hükümler vardır. Bu noktada TTK m.18/2’de tacirlerle ilgili şu genel düzenlemeye dikkat etmek gerekir: “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*” Bu kapsamda ticari uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk anlaşma belgesinin irade fesadı ve aşırı yararlanma nedeni ile iptali istemiyle açılan davada söz konusu

538 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”,s.25.

539 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.394; Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 51; Bora, Arabuluculuk Sözleşmesi, s.109.

540 Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.295;Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi", s.108.

kanunun emredici hükmü dikkate alınır. Ancak dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlığın tüm taraflarının tacir olması gerekmediğinden söz konusu hüküm yalnızca tacirler hakkında uygulanır⁵⁴¹.

(3). Kesin Hükümsüzlük Halleri

Arabuluculuk anlaşma belgesine karşı dava açma yasağının bir diğer istisnası ise TBK m.27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük halleridir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin esası hakkında dava açılması da ancak anlaşma belgesinin geçersizliğinin mahkemece tespit edilmesi halinde mümkündür⁵⁴².

Anlaşma belgesinin kesin hükümsüzlüğüne taraflardan herhangi birinin ehliyetsiz olması, anlaşmanın muvazaalı yapılması, konunun imkânsız olması, belgenin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına, kanunda öngörülen şekil koşullarına⁵⁴³ ve ahlaka aykırı olması halinde hükmedilir⁵⁴⁴. Mahkemeye icra edilebilir şerhi için yapılan başvuruda mahkeme kesin hükümsüzlük hallerini ve kanunun emredici hükümlerine aykırılık hallerini re’sen incelemeli ve bu durumu tespit etmesi halinde icra edilebilirlik şerhi talebini reddetmelidir⁵⁴⁵.

3. İcra Edilebilirlik Şerhi ve Bu Şerhin Aranmadığı Durumlar

Arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile neticelenmesi sonucu düzenlenen anlaşma belgesi maddi hukuk anlamında bir sözleşme niteliğindedir. Zorunluluk bulunmamakla beraber taraflar bu belgeye hukuki olarak bir sözleşmeden daha

541 Mahmut Kizir, “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2011, C.19, S.2, s.277; Kökbudak, “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi”, s.177.

542 Asiye Şahin Emir ve Büşra Kazmaz Tepe, “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2018, Sayı:3, s.1498.

543 Yukarıda da belirtildiği üzere anlaşma belgesinin şekil şartı yazılılık ve belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmasıdır. Ancak taraflar anlaşma belgesi için mesela resmi şekil olmak üzere başka şekil şartları da öngörebilir: Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.158.

544 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, s.22; Akyıldız, “İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi”, s.115; Kesin hükümsüzlük hallerine ilişkin borçlar hukukuna dair genel bilgilendirmeler için bakınız: Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.147 vd.

545 Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.151; Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.131; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s.291.

kuvvetli bir nitelik kazandırmak isterlerse HUAK m.18/2'ye göre icra edilebilirliğe ilişkin şerh verilmesini mahkemeden talep edebilir⁵⁴⁶. HUAK m.18/3'te belirtildiği üzere taraflar dava şartı arabuluculukta olduğu gibi dava açmadan önce arabuluculuğa gitmişler ise icra edilebilirlik şerhi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi tarafından verilir. Dava aşamasında gidilen arabuluculukta ise söz konusu şerhi davanın görüldüğü mahkeme verir. Madde fıkrasının son cümlesine göre; hakkında icra edilebilirlik şerhi alınmış bir arabuluculuk anlaşma belgesi İİK m.38 bağlamında ilam niteliğinde bir belge olur ve artık ilamlı icraya konu olabilir⁵⁴⁷.

Anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhi talepleri hakkında mahkemenin nasıl inceleme yapacağı ve inceleme konusunun nelerle sınırlı olarak yapılacağı HUAK m.18/3'te düzenlenmiştir. Hükme göre mahkemenin bu yönde yapacağı inceleme; çekişmesiz yargı işi niteliğindedir ve arabuluculuğa elverişli olan yani aile içi şiddet iddiası içermeyen aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hariç olmak üzere dosya üzerinden yapılır. Mahkemece yapılacak incelemenin kapsamı, anlaşmanın arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususu ile sınırlı⁵⁴⁸ olmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin 10/07/2013 tarihli kararında⁵⁴⁹ da

546 Eler, "Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk", s.76; Akyıldız, "İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi", 105; Bora, Arabuluculuk Sözleşmesi, s.114; Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", s.49.

547 Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.131.

548 Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının tavsiye niteliğinde hukuk mahkemelerine gönderdiği icra edilebilirlik şerhi taleplerine karşı yapılacak değerlendirmelerde incelemenin sınırlı yapılarak zaman kayıplarının önüne geçme amaçlı yazıdaki ilgili açıklamalar aynen şöyledir: ".....uygulamada, icra edilebilirlik şerhi talebi ile ilgili yapılan başvurularda, çekişmesiz yargılama işinin niteliğine uygun düşmeyecek şekilde; anlaşma tutanağının sıhhati konusunda araştırmalar yapıldığı, uzun duruşma günlerinin verildiği, anlaşma tutanağı ve içeriği hakkında tarafların ve diğer ilgililerin beyanlarının alındığı, bu ve benzeri şekilde uzun süreli yargılamalar yapıldığı, bu yöndeki yargılama faaliyetlerinin işin niteliğine aykırı olduğu gibi, usul ekonomisi ilkesinin de ihlal edildiği yönünde yakınmalara sebebiyet verildiği anlaşılmıştır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda, taraflardan en az birinin icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine; talebin esasa ilişkin bir dava olmayıp, çekişmesiz yargı işi olduğu dikkate alınarak, maddi hukukun emredici hükümleri dikkate alınmayıp inceleme 6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesi kapsamında sınırlı olarak yapılacaktır. Bu itibarla, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işinin çekişmesiz yargı işi olduğu da gözetilerek, incelemenin en kısa sürede ve mümkünse dosya üzerinden yapılması, belirtilen iki şartın dışında başka hususların inceleme konusu yapılmaması gerektiği değerlendirilmektedir..." Adalet Bakanlığı,
<https://adb.adalet.gov.tr/duyurular/2017/temmuz/icraedilebilirlik/icraedlebilirlikserhi.pdf>,
(23.11.2020).

549 Söz konusu kararın ilgili kısmı aynen şu şekildedir: ".... Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işleminin çekişmesiz yargı işi

belirtildiği üzere hâkimin resen inceleyeceği emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine ilişkin hususları da içermektedir⁵⁵⁰. Çünkü icra edilebilirlik şerhi çekişmesiz yargı işi olması nedeni ile HMK m.385/2'ye göre re'sen araştırma ilkesine tabidir. Anlaşma belgesinin arabuluculuğa elverişli olması kuralı, anlaşılan hususların tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işler arasında kalıp kalmadığını da kapsar.

Anlaşma belgesinin icra edilebilirliği; taraflara yüklenen edimin belli olması ve kayıtsız ve şartsız olarak ifasını amaçlamalıdır. Ayrıca anlaşma belgesine konu edimin belirsizlikler içermemesi ve tayininin mümkün olması gerekir. İcra edilebilirlik şerhi anlaşma belgesindeki tüm hususlar için istenebileceği gibi bir kısım hususlar için de istenebilir⁵⁵¹.

7036 Sayılı Kanun m.24 ile HUAK m.18'e eklenen 4. fıkra; anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın nasıl ilam niteliğinde belge sayılabileceğinin yolunu göstermiştir. Hükme göre anlaşma belgesi; taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından birlikte imzalanırsa bu belge icra edilebilirlik şerhine gerek olmadan ilam niteliğinde belgedir⁵⁵². Bu durumun mümkün olabilmesi için tarafların arabuluculuk sürecinde kendilerini avukatlarıyla temsil etmeleri gerekir⁵⁵³. Sözü edilen düzenleme Avukatlık Kanunu m.35/A'da⁵⁵⁴ yer alan uzlaşma kurumu ile uyumludur⁵⁵⁵. HUAK

olduğu ifade edilmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 382 ilâ 388. maddeleri arasında düzenlenen çekişmesiz yargının temel özelliklerinden birisi de resen araştırma ilkesinin geçerli olmasıdır. Resen araştırma ilkesinin gereği olarak, hâkim emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine ilişkin hususları resen inceleyebilecektir. Esasen anlaşmanın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceleme yetkisi, arabuluculuğa konu anlaşmanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyumsuzlukları olup olmadığının araştırılmasını içerir. Kamu düzenine ilişkin hususlar ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamındadır.” AYM, 2012/94 E, 2013/89 K, 10/07/2013 T, www.uyap.gov.tr, (23.11.2020).

550 Yargıtay 9. HD bir kararında işçi ile işveren arasında yapılan arabuluculuk anlaşmasının ibra niteliğinde olduğunu, ibranın TBK m.420'de yer alan kanunun amir hükmündeki şartları taşımadığı gerekçesiyle icra edilebilirlik şerhi talebini reddeden ilk derece mahkemesi hükmünü onamıştır: Yarg. 9. HD, 2016/25300 E, 2016/21744 K, 08.12.2016 T, www.uyap.gov.tr, (23.11.2020).

551 Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.131.

552 Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”,s.4; Büyükcay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.280; Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, s.131.

553 Ekmekçi, *vd.*, *Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk*, s. 112.

554 Söz konusu hükme göre: “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile

m.18/3'e göre icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine mahkemece verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. İstinaf Mahkemesinin yapacağı incelemenin sınırları ilk derece mahkemesinin inceleme sınırları ile aynı olmakla birlikte, İstinaf Mahkemesi, HMK m.355/1 ve HMK m.343/3 düzenlemeleri gereği kamu yararını gözeterek hem usul hukuku hem maddi hukuk hükümleri kapsamında inceleme yapar. HMK m.362/1-ç'ye göre çekişmesiz yargı işleri temyiz edilemeyen kararlar arasında olduğundan istinaf hükmü temyiz edilemez⁵⁵⁶. Kanun yoluna başvuruda alınacak harç her halde maktu harçtır.

Anlaşma belgesi icra edilebilir şerhi alsın veya almasın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁵⁵⁷. Belgenin ilam⁵⁵⁸ niteliğini kazanması, belgeye icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı şeklide hükümlerin uygulanmasını sağlar. İlamlar ve ilam niteliğindeki belgeler arasında hukuki nitelik ve işlevsellik açısından farklılıklar vardır. Bunlar arasında en önemlisi ilamların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi iken ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesidir⁵⁵⁹. Yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararında⁵⁶⁰ da anlaşma belgesinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği belirtilmektedir. Kesin

müvekkilliği tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.'

555 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 112; Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.132.

556 Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.136.

557 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 112; Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s.131; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.280;

558 İlâm, mahkemelerin uyuşmazlığın esasına ilişkin uyuşmazlığı sonlandıran ve bir daha o uyuşmazlığın mahkemelere taşınmayacağı nihai hükümlerdir. Hükme bağlanan davanın tekrar açılmaması da maddi anlamda kesin hüküm anlamındadır. Bir davada verilen hüküm maddi anlamda kesinleştikten sonra artık tarafları, konusu ve nedeni aynı olan başka bir dava açamaz. İlâm niteliğinde belgeler mahkeme hükmü olmadığından esasları hakkında kanun yoluna başvurulamayacağından kesinleşmesi mümkün olmadığı için bu belgeler maddi anlamda kesin hüküm oluşturamaz: Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.280 vd.

559 Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s.280.

560 Söz konusu kararın ilgili bölümü aynen şöyledir: "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmemekte, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlamlar ile ilam niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur.": AYM, 2012/94 E, 2013/89 K, 10/07/2013 T, www.uyap.gov.tr, (23.11.2020).

hüküm olarak kabul edilmeyen anlaşma belgesi hakkında dava açma yasağı bulunsa bile anlaşılan hususlarda tekrar dava açıldığında kesin hüküm itirazı yapılamaz⁵⁶¹.

C. Tarafların Anlaşamaması ve Sonuçları

Arabuluculuk faaliyetinde istenen ve beklenen tarafların anlaşması olmakla birlikte arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflara ulaşmakla birlikte taraflardan herhangi birinin toplantıya katılmaması ve yapılan müzakere ve görüşmelerin neticesinde veya kanunun belirlediği süre içinde tarafların anlaşamamaları durumunda arabuluculuk faaliyeti anlaşmaya varılamama ile sonuçlanmış olur⁵⁶². Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta TTK m.5A/2'ye göre arabuluculuk süreci dosya hakkında arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren 6 hafta içinde sonuçlandırılmalıdır. Bu süre zorunlu durumlarda en çok iki hafta uzatılabilir. Süreç hangi sebeple sona ererse ersin arabulucu sona erme sebebini de belirteceği bir tutanak düzenler ve bu tutanağı hemen arabuluculuk bürosuna gönderir.

Tarafların anlaşamaması sonucunda arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden sonra düzenlenen son tutanak ile birlikte taraflar dava şartını yerine getirmiştir. Taraflar isterler ise artık dava açma yoluna gidebilirler. Tarafların dava açmaları durumunda HUAK m.18A/2'ye göre dava açarken anlaşamadıklarına dair son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemeleri gerekir. Bu kurala uyulmaması durumunda davacıya 1 haftalık kesin süre verilir. Süreye rağmen gereği yapılmazsa davanın usulden reddine karar verilir. İlgiliye bu hususlar çıkarılacak davetiyede belirtilir.

Hükümde açıkça düzenlendiği üzere dava şartının yerine getirildiğine ilişkin bir delil hükmünde de olan son tutanağın ya aslı ya da arabulucu tarafından onaylanmış örneği davacı tarafından dava dilekçesine eklenmelidir. Uygulamada rastlanan taraf vekilleri tarafından tutanağa “*aslı gibidir*” şerhi düşülerek düzenlenen örnekler kanunu açık hükmü nedeniyle kabul edilemez⁵⁶³. Son tutanak dava açılan

561 Yakıcı, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk", s.41.

562 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 178.

563 Bu husus istinaf mahkeme kararlarına da konu olmakta ve bu şekilde dava şartı arabuluculuğun yerine getirilmediğine dair kararlar verilmektedir. Bu noktada verilen kararlardan bazıları şu şekildedir: “...davanın açıldığı tarihi itibarıyla 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi kapsamında dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi olduğu, davacı vekiline dava dilekçesine arabuluculuk son

mahkemece incelenir ve dava şartının yerine getirilip getirilmediğine karar verilir. Söz konusu tutanağın hiç veya usulüne uygun olarak dava dilekçesine eklenmediği durumda derhal usulden ret kararı verilmeyip bir haftalık kesin süre verildikten sonra tekrar değerlendirme yapılır. HUAK m.18A/2-son cümlede önemle ve gereksiz zaman kayıplarının önüne geçmek için düzenlenen hükme göre arabulucuya hiç başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden ve süre de verilmeden doğrudan davanın usulden reddine karar verilir⁵⁶⁴.

tutanağının eklendiği, ancak bu tutanağın fotokopi olduğu, dava dilekçesi ekinde sunulan vekâletname ile son tutanakta aslı gibidir yazısının altında aynı M A prafı/imzası bulunduğu, aslı gibidir yapanın arabulucu Zeliha AKÇUR olmadığı...” Kayseri BAM 7. HD, 2020/902 E, 2020/1006 K, 28/10/2020 T.; “..Dosya içinde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin bulunmadığı görülmüştür. Dava dilekçesine ekli sunulan tutanak fotokopi olup 28/03/2018 tarihli davacı dilekçesine ekli tutanağında arabulucu tarafından değil de davacı avukatı tarafından "aslı gibidir" şeklinde yazıldığı, yasada belirtilen şartları taşıyan şekilde arabuluculuk son tutanak aslı bulunmadığı tespit edilmiştir...” Antalya BAM 2020/1632 E, 2020/2326 K, 20/10/2020 T.; Genel uygulama ve kabul bu olmakla birlikte bazı istinaf kararlarında Avukatlık Kanunu m.56/2’ye atıf yapılarak taraf avukatlarının “aslı gibidir” şerhli tutanaklarını kabul etmekte ve mahkemenin de söz konusu tutanağın mevcudiyeti noktasında araştırmalar yapmasının gerektiğini belirtmektedir: “...1136 sayılı Avukatlık Kanunun 56/2.maddesi halen yürürlükte olup, 7036 sayılı Yasanın 3/2.maddesinin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 56/2.maddesini ortadan kaldırmadığı açıktır. Bu durumda davacı tarafça, tarafların anlaşmaya varamadığına dair tutanağın aslının veya avukat tarafından "Aslı Gibidir" denilmek suretiyle onaylanmış suretinin dava dilekçesine eklenmesi yeterlidir. Davanın, anlaşmaya varılamadığına dair tutanakta da ismi yer alan davacı vekili tarafından E-İmza ile UYAP sisteminden açıldığı dikkate alındığında, davacı vekilince dava dilekçesine anlaşılamama tutanağının aslının eklendiğinin kabulü gerekir. Kaldı ki, ilk derece mahkemesi, Arabuluculuk Bürosu’na UYAP sisteminde entegre olup, her zaman mahkeme tarafından anlaşılamama tutanağının sistemden görülmesi ve kontrol edilmesi mümkündür. Tüm bu açıklamalar kapsamında dosya değerlendirildiğinde; davacı vekilince, dava dilekçesinde yasal süre içerisinde arabulucuya başvurulduğu, başvuru numarasının 2018/3777 olduğuna ilişkin açıklamasının yer aldığı, davanın E-imza ile UYAP sisteminden açıldığı, Dairemizce yapılan incelemede; iş sözleşmesinin 19/11/2018 tarihinde feshedildiği, Arabulucuya 17/12/2018 tarihinde ve süresinde başvurulduğu, son tutanağın 26/12/2018 tarihinde düzenlendiği, davanın ise 09/01/2019 tarihinde ve süresinde açıldığı, Arabuluculuğa ilişkin tüm belgelerin UYAP sisteminde mevcut olduğu, buna ilişkin tüm belgelerin ilk derece mahkemesince UYAP sisteminden her zaman aslının istenebilmesinin ve kontrol edilmesinin mümkün bulunduğu dikkate alındığında, ilk derece mahkemesince verilen kararın hatalı olduğu, davacı vekilinin buna ilişkin istinaf itirazının yerinde olduğu ve kabulü gerektiği, ilk derece mahkemesince yargılamaya devam edilerek tarafların ileri sürmüş olduğu esasa ilişkin tüm delillerin toplanarak çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği...” Samsun BAM 8. HD, 2020/618 E, 2020/813 K, 25/03/2020 T ve aynı yönde İstanbul BAM 43. HD, 2020/1673 E, 2020/47 K, 24/09/2020 T., www.uyap.gov.tr, (24.11.2020).

564 Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 156.

SONUÇ

Süregelen dünya yaşantısında sosyalleşmede sanayileşmede ve teknolojik gelişmelerde yaşanan geniş çaptaki büyümeler insanlar arasındaki ilişkilerin daha girift ve karmaşık hale gelmesine neden olmuştur. Karmaşık olan bu ilişkilerin artması, ticari ve ekonomik alandaki ilişkilerde yaşanabilecek sorunların da hızlı ve etkin yollardan çözümünü gerektirmiştir. Bu bağlamda devlet yargısının hukuki bir ilişkinin tarafları arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümünde istenen ve gerekli olan sürati, ucuzluğu ve etkinliği sağlayamaması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesine sebep olmuştur. Çözüm yolları, uyuşmazlığın çözümünde tarafları daha etkin hale getirerek; daha kısa zamanda, daha düşük masrafla ve daha esnek usul kurallarıyla çözerek adalete ulaşmayı kolaylaştırmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uyuşmazlığın taraflarının gönüllü olarak başvurdukları, devlet mahkemelerine nazaran daha esnek usul kuralları içeren, seçilen çözüm yolu süreci sonunda ortaya çıkan sonucun kural olarak taraflar için bağlayıcı olmadığı ve gizlilik içerisinde yürütülen yöntemlerdir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları neticesinde ulaşılan çözüm taraflar açısından bağlayıcı olmadığından tarafların devlet mahkemelerine başvuru hakkı her zaman varlığını sürdürür. Bu açıdan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hak arama özgürlüğünü zedelemeyiz. Alternatif uyuşmazlık çözümü yargının, miktar ve değeri daha önemli olan nitelikli konularla meşgul olmasını sağlayarak yargıyı yoğun iş yükünden kurtarır. Bu halde alternatif uyuşmazlık çözümü yargının yanında yer alır ve ona yardımcı olur. Alternatif uyuşmazlık çözümü devlet yargısıyla rekabet halinde değildir ve yargısal yollara ikame edilemez.

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları neticeye bağlayacak olan birden fazla ve birbirinden farklı özelliklere sahip birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim belli başlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Bu yöntemler dışında uyuşmazlığın tarafları kendi koşullarını ve uyuşmazlığın niteliğini gözetmek suretiyle bunların bir veya birkaçını bir araya getirerek karma yöntemler oluşturabilecekleri gibi bunları bir araya getirmeden başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de ortaya koyabilirler.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde yaygın kullanıma ve öneme sahip usullerden birisi de arabuluculuktur. Arabuluculuk uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla tarafları bir araya getirip tarafların kendi çözümlerini ortaya koyarak anlaşmaları, tarafların çözüm ortaya koyamadıkları durumda arabulucunun çözüm önerisinde bulunabileceği genellikle ihtiyari olarak başvurulmuş bir çözüm yoludur.

İslam Hukuku, temel kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve hadislerde uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ve toplumsal barışın tesisi için arabuluculuğu teşvik eden bir hukuk sistemidir. İslam hukukunda uyuşmazlık çözümünde arabulucular muslihun adıyla anılır ve mahkeme sürecinin başında veya devamında hâkimin görevlendirmesiyle tarafların memnuniyeti esasına göre görev yapmaktadırlar. İslam Hukuku arabuluculuk uygulamaları, arabulucunun önerdiği çözümün tarafları bağlamaması, uygulanan usul kurallarının esnek olması, ispat vasıtalarının kullanılmaması, gönüllülük ve fedakârlık ilkelerinin esas olması ve görüşmelerin gizlilik içerisinde sürdürülmesi ve benzeri noktalardan günümüz arabuluculuk düzenlemeleri ile büyük benzerlikler içerir. Osmanlı İmparatorluğunun modern anlamda ilk kanuni düzenlemesi olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 16 Eylül 1876 tarihinde yürürlüğe konulan 16. ve en son kitabı olan Kitab-ı Kaza'nın dördüncü bölümünde günümüzde arabuluculuğa karşılık gelen tahkim bölümüne yer verilmiştir. İslam Hukukunda arabuluculuğa ilişkin önemli düzenlemeler içeren bir diğer belge ise 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesidir. Bu kararnamede aile arabuluculuğuna dair uygulamalar vardır. Kararnameye göre aile uyuşmazlıklarında çözüm yolu olarak aile meclisleri öngörülür. Aile meclisi, eşler arasındaki uyuşmazlıklarda her iki taraftan da seçilen günümüz karşılığı arabulucu olan hakemlerle oluşturulur. Aile meclisi, eşlerin arasındaki uyuşmazlığı eşleri bir araya getirerek gidermeye çalışan arabulucu konumunda olan hükmi şahıstır ve eşlerin arasındaki uyuşmazlığı çözmeye ve eşleri barıştırmaya çalışır. Çözüme ulaşılamazsa tahkim yoluyla taraflar hakkında bağlayıcı kararlar alınır. Bu çözüm yolu, ilk aşamada arabuluculuk yoluna gidilmesi, çözüm alınamaması durumunda bağlayıcı tahkim yoluna geçilmesi nedeniyle modern anlamda arabuluculuk-tahkim (med-arb) uyuşmazlık çözüm yolunun bir görünümüdür ve günümüz aile uyuşmazlıklarının çözümüne ışık tutar niteliktedir.

Arabuluculuk uygulamaları 1940'lı yıllarda ABD'de toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sistemsal olarak uygulanmış, sonrasında başkaca alanlarda da uygulanmaya başlanmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde arabuluculuğun uygulanması ve gelişimi 2000'li yılları bulmuştur. Avrupa Birliği, üye ülkelere arabuluculuğun geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması noktasında birtakım düzenlemeler yaparak çağrıda bulunmuştur. Bu bağlamda 2003 tarihli Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararı, 2004 yılında yayınlanan Avrupa Birliği Komisyonu Arabulucuların Görevlerini Yürütürken Uyması Gereken Etik Kurallara İlişkin Tavsiye Kararlar ve 2008'de Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi metinleri yayınlanmıştır. AB kurucu üyelerinden olan Almanya'da anılan tavsiye kararlar ve yönergeler doğrultusunda iç hukuk düzenlemeleri yapılmıştır. Ayrıca EGZPO 15/A maddesiyle özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu hale getirilebilmesi noktasında eyalet meclislerine yetki verilmiş ve başta Bavyera eyaleti olmak üzere birçok eyalet zorunlu arabuluculuk yoluna ilişkin düzenlemeleri hayata geçirmişlerdir. Bavyera eyaletinde yapılan arabuluculuk düzenlemeleri özellikle dava şartı arabuluculuk bakımından Türk Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hazırlanırken model alınan düzenlemelerden birisidir.

Arabuluculuk *niteliğine, faaliyetine ve uyuşmazlığın konusuna* göre olmak üzere üç farklı türe ayrılır. Her üç türün de kendi içerisine göre farklı çeşitleri vardır. *Niteliğine göre arabuluculuğun*, mevzuatta belirlenen belirli usul ve şartlarla kayıtlı olmayan adi arabuluculuk; tüm aşamalarının kanun ve mevzuatla düzenlendiği nitelikli arabuluculuk olmak üzere iki şekli vardır. *Faaliyet alanına göre* arabuluculuğun, çözümün ortaya çıkmasından çok tarafların birbirlerinin içerisinde olan durumlarını, ihtiyaçlarını ve menfaatlerini anlamaya çalıştıkları dönüştürücü arabuluculuk; tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda tarafların kendilerinin çözüme ulaşmasını sağlayan kolaylaştırıcı arabuluculuk; tarafların haklılık durumlarına göre ileride çıkabilecek tahkim ve mahkeme kararlarından hareketle taraflara uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olunan değerlendirici arabuluculuk olmak üzere üç çeşidi bulunur. *Uyuşmazlığın türüne göre* arabuluculuk ise;

arabulucuya başvurunun iradi olduğu ihtiyari arabuluculuk ve dava açmadan arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu dava şartı arabuluculuk olmak üzere ikiye ayrılır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesi ile arabuluculuk Türkiye'de kurumsal bir yapıya sahip olmuştur. Bunun ardından arabuluculuğun etkisini artırmak, mahkemelerin yoğun iş yükünü azaltmak, toplumsal uzlaşî kültürünü yaygınlaştırmak ve benzeri maksatlarla öncelikle 7036 sayılı kanunla İş Hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kurumuna yer verilerek dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu hükümlerde sağlanan çözüm-uzlaşî başarısı ve mahkemelerin iş yüküne sağladığı katkılar göz önüne alınarak İş Hukukundaki benzer düzenleme; TTK'ye m.5A eklenerek ticaret hukukunda da yapılmıştır. Şahısların ve işletmelerin ticaretin özüne uygun olarak yaşanacak uyuşmazlıkları ticari hayatlarını ve işletmelerin işleyişini sekteye uğratmayacak şekilde hızlı, yerinde, gizlilik içerisinde çözüme kavuşturmalarına imkân sağlaması noktasında yapılan düzenlemeler dava şartı arabuluculuğu yaygınlaştırmıştır. Son olarak 7251 Sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle tüketici mahkemesinde görülecek bir takım uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir.

Dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanmasında öncelikle özel hüküm niteliği taşıyan HUAK m.18A hükümleri, bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hükümleri uygulanacaktır.

Dava şartı arabuluculuk özel olarak düzenlenen uyuşmazlık konuları ile sınırlı olmak üzere dava açmadan önce arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu arabuluculuk türüdür. Bu nedenle bir uyuşmazlık türünde dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanması bu hususta özel düzenleme yapılmasına bağlıdır. Söz konusu düzenlemeler geleneksel arabuluculuk çözüm yolunun temel ilkelerinden birisi olan iradilik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira söz konusu düzenlemeler yalnızca arabulucuya başvuru noktasında zorunluluk getirmekte, söz gelimi tarafların

iradesine müdahale ederek tarafları sürece devam etmeye ya da süreç sonunda ortaya çıkan anlaşmayı kabul etmeye zorlamamaktadır. Bu nedenle üstün fayda ve yararları gözetilerek bir takım uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi iradîlik ilkesini zedelemeyiz.

Arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunduğu uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde mahkemece dava şartı yokluğu nedeni ile usulden ret kararı verilmelidir. Bu noktada verilecek usulden ret kararı sonradan tamamlanabilmesi mümkün olan bir dava şartı olmadığından mahkemece davacıya süre verilmez. Ancak dava şartının yerine getirilmediği davanın esasına girildikten sonra fark edilirse HMK m.115/3 gereğince dava şartı eksikliğinden dolayı dava usulden reddedilemez.

Davaların yığılması anlamına gelen birbiri arasında aslilik ferilik ilişkisi olmadan birbirinden bağımsız olan taleplerin dava edilmesi durumunda dava şartı arabuluculuk kapsamında olan talepler hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanırken, kapsam dışında kalan talepler hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır. Birden çok talep arasında aslilik ferilik ilişkisi kurulmak suretiyle açılan terditli davalarda, taleplerden herhangi birisinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması halinde dahi tüm dava konusu hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanır. Alacaklının, borçlunun istediği ifa seçeneğini seçmekten kaçındığı durumda açtığı seçimlik davada seçeneklerin herhangi birisinin dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı durumlarda dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanır. Davanın tam ıslahı, karşı dava ve mecburi dava arkadaşlığı durumlarında da tüm dava kapsamı için dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanırken kısmen ıslah, belirsiz alacak davası, kısmi dava ve ihtiyari dava arkadaşlığı dava türlerinde talep konuları bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz.

TTK m.5A'ya göre konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içeren ticari davalarda; dava açmadan önce arabulucuya başvuru dava şartıdır. Bu nedenle hangi uyuşmazlıkların ticari dava kapsamında kaldığının belirlenmesi uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığının tespiti için büyük önem arz eder.

Ticari davalar mutlak ve nispi ticari davalar olmak üzere iki kısma ayrılır. Mutlak ticari davalar Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ve bir takım özel kanunlarda ticari dava olduğu belirtilen, kanun gereği ticari dava sayılan davaları ifade eder. Mutlak ticari davaların ticari dava olarak kabulü için tarafların herhangi birisinin tacir olması ya da uyuşmazlığın tarafların herhangi birisinin ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmez. Bir kısım uyuşmazlıklardan doğan davaların mutlak ticari dava olduğu TTK m.4/1’de belirtilmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar; TTK m.4/1-c’ye göre ve YHGK ve Yargıtay ilgili Hukuk Dairelerinin istikrarlı ve güncel kararlarına göre rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını iş sözleşmesinin bitiminden sonra doğurması ve böylelikle işçinin iş sözleşmesinin bitiminden sonra edimin gerçekleşmesi nedeniyle mutlak ticari dava niteliğindedir ve dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alır.

Nispi ticari davalar; her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan davalar ile havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerinden doğan davalarla sınırlı olmak üzere taraflardan herhangi birisinin ticari işletmesiyle ilgili olmak kaydıyla söz konusu uyuşmazlıklardan doğan davalardan oluşur.

Ticari dava olmanın, mutlak veya nispi ticari dava olduğunun fark etmediği bir takım sonuçları vardır. Ticari davalardan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakma görevi TTK m.5’e göre asliye ticaret mahkemelerine aittir. Ticari dava niteliğini haiz bir davada HMK m.222’deki şartlar dâhilinde ticari defterlerin mahkemeye ibrazı zorunludur ve ticari defterler, sahiplerinin lehine ve aleyhine delil teşkil edebilir. Ayrıca ticari davalarda, dava şartı arabuluculuk hükümleri TTK m.5A’da belirtilen konularda uygulanacaktır.

Tüketici işlemi, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerle mesleki ya da ticari amaçla hareket etmeyen tüketiciler arasında kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir. Tüketici işlemi kapsamında kalan bir uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olması durumunda söz konusu uyuşmazlık asliye ticaret mahkemesinde değil tüketici mahkemelerinde sonuçlandırılır. Ancak bu durum uyuşmazlığın niteliğinin ticari dava ile birlikte tüketici işlemi olması hususunu etkilemez. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici davası

niteliğinde bir dava yoktur. Ticari dava ve tüketici işlemi kavramlarının birlikte ortaya çıkması durumunda özel kanun genel kanun sıralaması yapılarak özel nitelikteki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin uygulanacağına ilişkin kanun hükümleri yürürlüğe girdiğinden tüketici işleminin ticari dava niteliğini kaybedip kaybetmeyeceği yönündeki tartışmalar tüketici işleminde dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda önemini kaybetmiştir.

Bir alacak veya hakkın varlığı ya da yokluğunun tespitine ilişkin talepleri içeren menfi yahut müspet tespit davaları, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararında da belirtildiği üzere, TTK m.5A kapsamında konusu bir miktar paranın ödenmesi ya da tazminat talebini içermedikleri ve neticesinde eda hükmü değil tespit hükmü kurulduğu gerekçeleriyle dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Belirli bir alacağın varlığı tespit edilerek alacağın tahsili için engel oluşturan icra takibindeki ödeme emrine yapılan itirazın kaldırılması talebini içeren itirazın iptali davasında, dava neticesinin bir alacağın tahsili amacına matuf olması nedeni ile farklı Bölge Adliye Mahkemelerinin uyumlu ve istikrarlı kararlarında da belirtildiği üzere TTK m.5A kapsamında kaldığından dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanır.

Dava şartı arabuluculuk süreci; tarafların anlaşmaya varması, taraflara ulaşılamaması, tarafların görüşmelere katılmaması ve tarafların görüşmeler neticesinde anlaşamaması hallerinde sona erer. HUAK m.18A/2'ye göre; dava şartı arabuluculuk süreci hangi halde sona ererse ersin süreç sonunda dava şartının yerine getirildiğine ilişkin delil hükmünde olan son tutanağın aslı ya da arabulucu tarafından onaylanmış örneği davacı tarafından dava dilekçesine eklenmelidir. Bu noktada taraf vekilleri tarafından düzenlenen “*aslı gibidir*” şerhli tutanaklar, HUAK m.18A/2'nin belirlediği şartı taşımadığından dava şartının sağlanması bakımından geçerli değildir.

Dava şartı arabuluculuğun istenen ve en önemli sonucu şüphesiz tarafların anlaşmaya vararak sürecin sonlanmasıdır. Sürecin anlaşmayla sona ermesi halinde

diğer sona erme sebeplerinde olduğu gibi son tutanak düzenlenir. Süreç sonunda son tutanaktan ayrı olarak anlaşma belgesi düzenlemeleri zorunlu olmayıp tarafların ihtiyarında olan bir husustur. Anlaşma belgesi düzenlenmeyen durumlarda son tutanak anlaşma belgesi niteliğindedir ve anlaşma belgesine bağlanan hükümler son tutanak hakkında da geçerlidir. Anlaşma belgesinin hukuken geçerli olabilmesi için yazılı olması ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında düzenlenen anlaşma belgesi, belgenin dava açılmadan düzenlenmesi nedeni ile mahkeme dışı sulh niteliğinde bir belgedir. Bununla birlikte tarafların anlaşma belgesini düzenleyiş şekillerine göre adi yazılı şekilde yapabilecekleri gibi noterde onaylama veya düzenleme şeklinde resmi belge niteliğinde de yapabilirler. Anlaşma belgesi, yeni bir anlaşma belgesi yapılması veya anlaşma belgesinin Türk Borçlar Kanunu kapsamında yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması nedeni ile iptal edilmesi ya da kesin hükümsüzlük hallerinde sona erer.

Anlaşma belgesi, maddi hukuk anlamında bir sözleşme niteliğine sahip olmakla birlikte, taraflar belgeye sözleşmeden daha kuvvetli bir nitelik kazandırmak isterseler mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilirler. İcra edilebilirlik şerhi verilmiş bir anlaşma belgesi ilam niteliğinde bir belge olup ilamlı icraya konu olabilir. Anlaşma belgesi; taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından birlikte imza altına alınmış ise bu belge icra edilebilirlik şerhine gerek kalmaksızın ilam niteliğinde bir belge hükmündedir.

İstatistikî çalışmalar üzerine yapılan değerlendirmelere göre ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının, anlaşma oranları ve dolayısıyla mahkemelerin iş yükünü azaltması dikkate alındığında hukukumuza katkı sağladığı açıktır. Bununla birlikte özellikle ticari dava ayrımının belirlenmesi ve hangi tür uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu konusundaki uygulamadaki belirsizliklerin önüne geçilmesi gibi konularda açık yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu tür belirsizliklerin giderilmesi farklı yer ve zamanlardaki farklı uygulamaları kaldıracak ve arabuluculuktan beklenen menfaatlerin daha da artmasına katkı sunacaktır.

KAYNAKÇA

- Açıkel, Aslıhan Erbaş, “Deniz Ticareti Ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçınar Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, S.48-49.
- Akgündüz, Ahmet, “Hakem”, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları İslam Ansiklopedisi, 1997/15, Ss.171-173.
- Akkan, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018 Cilt:20 Sayı:2: 1-31.
- Akyıldız, Emre, “İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Albayrak, Hakan, “Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, Gaziantep 2018, Etik Özel Sayı:17, Ss.12-24.
- Alkan, Derya, “Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Amsler, Lisa Blomgren, “Dispute System Design And The Global Pound Conference”, *Cardozo J. Of Conflict Resolution*, Vol: 18, 2017, Ss.621-635, S. 621
- “Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu”, *Başkent Arabuluculuk Uyuşmazlık Çözüm Merkezi*, Ankara 2018.
- “Arabuluculuk Merkezleri Ve Dernekleri”, *Öncü Arabulucu Dergisi*, Temmuz/Ağustos 2018, S.42-45.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara 2019.
- Arslanpınar, Yusuf Burak, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, Tbb Yayınları, Ankara 2019.
- Atış, İrfan, “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması Ve Önemi”, *Sakarya İktisat Dergisi*, 2019, Cilt:8 ,Sayı:1, Ss.74-84.
- Ayhan, Rıza Ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Azarkan, Necat, "Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticari Tahkim", *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Tahir Muratoğlu Ve M. Burak Buluttekın (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara 2018, Ss.41-51.
- Bora, Özlem, “Arabuluculuk Sözleşmesi”, *Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2019.
- Bozkurt, Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara 2019, S.266.
- Bulur, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Arabuluculuk Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Güz 2007, Sayı:4, Ss. 30-46. (Kısaltılışı: Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Arabuluculuk Yöntemi”).
- Bulur, Alper, “Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi Ve Bir Düzenleme Önerisi”, *Tbb Dergisi*, 2010, Ss. 196-241 (Kısaltılışı:Bulur, “Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi Ve Bir Düzenleme Önerisi”).

- Büyükay, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Ceylan, Şule Şahin, “Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul 2007.
- Cihangir, Tuğçenaz Uğurlu, “Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Anayasaya Uygunluğu” *Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2018.
- Çeker, Orhan, *Osmanlı Hukuk-U Aile Kararnamesi*, Konya 2012.
- Çiçek, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Çil, Selda, “Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Kayseri 2019.
- Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti Ve Arabulucuların Hak Ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Efeçinar, Ceyda Sürel, Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Eler, Tuba, “Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Gaziantep 2019.
- Eminoğlu, Cafer Ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Emir, Asiye Şahin Ve Büşra Kazmaz Tepe, “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma Ve Toplum Dergisi*, 2018, Sayı:3, Ss.1481-1508.
- Erdoğan, Yaşın Gizem, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Hukuki Temelleri, Hak Arama Özgürlüğü İle İlişkisi, Olumlu Ve Olumsuz Yönleri”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2009, Sayı:2 Ss.21-36.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2013.
- Erol, Muammer, *Türk Hukukunda Arabuluculuk Ve Teşkilatlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Ertürk, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Geçmez, Taha Polat, “Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk” *Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Giray, Eda, “Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, Ss.29-40.
- Görkem, Zeynep Ezgi, “Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Hak Ve Yükümlülükleri”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2015.”
- Gürsu, Menekşe Gamze, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, *Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2019.
- Hişam, Ebû Muhammed Abdülmelik B., Es-Sîretü'n Nebeviyye, Tahk.: Mustafa Es-Sakka, Kahire 1955, C. 1, Ss. 192-197.

Hughes, Scott H., "Facilitative Mediation Or Evaluative Mediation: May Your Choice Be A Wise One", *The Alabama Lawyer* Vol. 59, 1998, Ss. 246-249.

İldır, Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Ve Hak Arama Özgürlüğü" *Tbb Dergisi* 75. *Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, 2004, Ss.385-401.

İldır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Seçkin Yayınları, Ankara 2003 (Kısaltılışı:İldır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)).

İlhan, Onur, "Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2020.

İmamoğlu, Mustafa, "Marka Hukuku'nda Tahkim Ve Arabuluculuğun Yeri", *Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı*, Ankara 2014.

Karaarslan, Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi", *Tbb Dergisi*, 2019, Ss.71-113.

Kayıhan, Şaban Ve Mustafa Yasan, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, S. 64.

Kızır, Mahmut, "Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2011, C.19, S.2.

Koçyiğit, İlker Ve Alper Bulur, Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.

Konuralp, Cengiz Serhat, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Tahkim." *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul 2011 (Kısaltılışı: Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Tahkim.").

Konuralp, Haluk, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Bilirkişilik", *Tbb Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun 2001, Ss. 489-510 (Kısaltılışı: Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Bilirkişilik").

Kökbudak, Cihan Nebi, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *Kto Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Konya 2019.

Kökdemir, Doğan Ve Ünsal Sıgı, "Çatışma Teorisi", *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, Ss.11-24.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016.

Levin, Murray S., "The Propriety Of Evaluative Mediation: Concerns About The Nature And Quality Of An Evaluative Opinion", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 16:2, 2002, Ss. 267-296, S. 268.

Muratoğlu, Tahir Ve M. Burak Buluttekın (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Noaln-Holay, Jacqueline, "Mediation: The New Arbitration", *Harward Negotiation Law Review*, Vol.: 17: 61, Spring 2012, Ss. 61-95.

Oboth, Monika And Al Weckert, *Mediation Für Dummies*, Wiley-Vch Verlag, 2. Aufl., Weinheim, 2014, S. 33

Özbay, İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006 Cilt:10 Sayı:3-4, Ss. 459-475.

- Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013. (Kısaltılışı: Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*).
- Özbek, Mustafa Serdar, “Anayasal Hak Ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, *Medenî Usûl Ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı*, Ankara 2010 (Kısaltılışı: Özbek, “Anayasal Hak Ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”).
- Özbek, Mustafa Serdar, “Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Ss. 1159-1156 (Kısaltılışı: Özbek, “Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili”).
- Özbek, Mustafa Serdar, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002 Cilt:51 Sayı:2, Ss. 121-162 (Kısaltılışı: Özbek, “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”).
- Özmumcu, Seda, “Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü Ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019 Cilt:10 Sayı:1ss. 262-276. (Kısaltılışı: Özmumcu, “Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü Ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi”).
- Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemin Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Ss. 807-842 (Kısaltılışı: Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemin Genel Bir Bakış”).
- Özmumcu, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı Ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71/1, İstanbul 2013, Ss.1369-1390 (Kısaltılışı: Özmumcu, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı Ve Değerlendirici Arabuluculuk”).
- Pappas, Brian A., “Med-Arb And The Legalization Of Alternative Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 20: 157, Spring 2015, Ss.157-203.
- Paslı, Ali, “Ticari İşletme Ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, Ss.13-25.
- Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, C.I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Perçin, Gizem Ersen, “Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri” *Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012 Cilt:31 Sayı:2 Ss. 177-201.
- Sığır, Ünsal, “Arabuluculuğun Aşamaları: Müzakere Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, Ss.151-174.
- Stone, Katherine, *Private Justice: The Law Of Alternative Dispute Resolution*, University Casebook Series, New York, New York, Foundation Press 2000, S. 33.
- Şahin, Tuğçem, Yasin Çelik Ve Ahmet Cemal Ruhi, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Şanlı, Cemal, “Ekonomik Ve Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarıyla Çözülmesi”, *Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Ss.57-67.
- Şen, Yusuf, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012 Cilt:11 Sayı:22, Ss. 105-135.

- Şirazi, Hafız-I, Hâfız Divanı, İhramcizade İsmail Hakkı (Haz.), Abdülbaki Gölpınarlı (Çev.). Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, *Tbb Dergisi*, 2006 Sayı:64 Ss. 151-177.
- Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Taş, Serdar, “Hukuk Ve Siyaset Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları Ve Düzenlemeleri”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Temel, Ahmet, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, *Darülfunun İlahiyat Dergisi*, 30/2, Ss. 311-336.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi El Kitabı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2019.
- Tıktık Çiğdem Yazıcı, “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, Ss.45-62.
- Tuğsavul, Melis Taşpolat, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Tuğsavul, Melis Taşpolat, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, Ss.130-137 (Kısaltılışı: Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”).
- Uluslararası İzmir 4. Hukuk Kongresi, "Anlaşmazlıkların Barışçı Yöntemlerle Çözümü", Hukuk Merkezi, İzmir 2013.
- Yakıcı, Özge, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk” *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Yarar, Güven, “Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk”, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Doktora Tezi*, Antalya 2019.
- Yardım, Mehmet Ertan, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ceyda Süral Efeçinar Ve Mehmet Ertan Yardım (Ed.), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, Ss.89-110.
- Yavuz, Can, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Ceza Yargılamasında Uzlaştırma Kurumu*, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Niğde 2014.
- Yazıcı, Tahsin, “Hafız-I Şirazi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 1997/15, Ss.103-106.
- Yeşilirmak, Ali, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 6-7 Aralık 2018, Ss. 181-188 (Kısaltılışı: Yeşilirmak, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”).
- Yeşilirmak, Ali, “Arabuluculuk Nedir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2019, Ss.25-44 (Kısaltılışı: Yeşilirmak, “Arabuluculuk Nedir?”).
- Yıldırım, Ferhat, *Arabuluculuk Ve Ombudsmanlık*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

İnternet Siteleri:

- Anayasa Mahkemesi, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>
- Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat>
- İstanbul Tahkim Merkezi, <https://istac.org.tr/arabulucuda-cozulemeyen-ticari-davalar-istac-tahkiminde-sonuclanacak/>
- <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-vson.pdf>
- Kadı sicilleri, <http://www.kadisicilleri.org>
- Adalet Bakanlığı Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları, http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html.
- Gerekçeli Karar Metinleri, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanunlasanlar.html>
- https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=270864,
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arbburo.html>
- Haberler, <https://www.haberler.com/arabuluculuk-sinav-sonuclari-aciklandi-12706417-haberi/>;
- Yargıtay Kararları, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>,
- Mahkeme Kararları, www.uyap.gov.tr
- Lexpera Dinamik Kitap, www.lexpera.com.tr
- Elektronik Kaynaklar, www.millikutuphane.gov.tr
- Elektronik Kaynaklar, www.turcademy.com.tr