

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR VE TESPİTLER

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU*

Özet

Ticaret hayatının gerektirdiği hızlilik, kolaylık ve güvenlik gerekçelerinden dolayı ticari uyuşmazlıklar kendilerine özgü usuller ile uzman mahkemeler vasıtası ile çözüme kavuşturulurlar. Asliye ticaret mahkemelerinde görülen ticari uyuşmazlıkların yanında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği meselelerde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının her geçen gün daha da önem kazandığı görülmektedir. Uzun yıllardır ticari uyuşmazlıkların çözümünde kişilerce tercih edilen tahkim uygulamasının yanında 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı kanunla Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine gelen değişiklikle *ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı* haline gelmiştir. Ticari uyuşmazlıklardan hangilerinin zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu tespit edebilmek için öncelikle ticari davaların neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu itibarla, sempozyum tebliğinde öncelikle ticari davalar, akabinde ise arabuluculuğa elverişli olan ticari davalar, örnekler ile birlikte açıklanacaktır. Bu açıklamalar, bellibaşlı ticari dava türlerinin arabuluculuğa elverişlilik bağlamında incelenmesi ile yapılacaktır.

Zorunlu arabuluculuğa tâbi olan ticari uyuşmazlıkların belirlenmesinde son iki yılda Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen kararlar da ticari arabuluculuğa ilişkin önemli veriler içerdiğinden dolayı tebliğde incelenecektir. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuculuk süreçlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlığı kazan-kazan anlayışı ile dostane bir şekilde çözümlenme amacının son iki senede ne ölçüde amacına ulaştığı,

* İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, msulu@29mayis.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-9634-2272.

uygulamadan örnekler ve ticari uyuşmazlıkların doğal yapısı bağlamında detaylı bir şekilde tebliğde irdelenecektir.

Yüzyıllardır bu topraklardaki lonca teşkilatlarında “helalleşme” gibi yollarla dostane bir şekilde çözümlenen ticari uyuşmazlıkları canlandırma gayretinin önemli bir sonucu olan ticari dava şartı arabuluculuk uygulamasının pozitif hukukumuza ve uygulamanın ihtiyaçlarına ne ölçüde uygun olduğu ticaret hukukunun genel prensiplerinin de incelenmesini elzem kılar. Günümüzdeki ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına ne ölçüde uygun olduğunu belirlemek için, kamu düzeni olgusu ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan doğan uyuşmazlıkların tespiti de önem arz eder. Dolayısıyla tebliğde tüm bu hususlar detaylı bir şekilde irdelenecektir.

Sunulacak tebliğde, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun ticaret hayatındaki toplumsal uzlaşma kültürüne ne ölçüde katkıda bulunabileceği sorusuna bilimsel bir cevap aranırken, hukukumuzdaki diğer zorunlu arabuluculuk türleri olan iş ve tüketici uyuşmazlıklarındaki güncel durumun tespiti de mukayeseli olarak yapılacaktır. Ticari uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuğun hukukumuzda yeni olması hasebi ile yargı kararlarının ve doktrindeki eserlerin azlığı, konunun teorik temellerinin oluşturulması bağlamında uygulamadan verilecek örnekleri daha da önemli kılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Ticari Uyuşmazlık, Uzman Arabuluculuk, Dostane Çözüm, Ticari Dava,

Abstract

Due to the speed, convenience and security reasons required by commercial life, commercial disputes are resolved through specialized courts with their own procedures. In addition to the commercial disputes seen in the commercial courts of first instance, it is seen that alternative dispute resolution mechanisms gain more importance day by day in matters on which the parties can freely decide. In addition to the arbitration practice preferred by individuals in the settlement of commercial disputes for many

years, the amendment to the article 5/A of the Turkish Commercial Code with the law dated 06.12.2018 and numbered 7155, the subject of which is the payment of a certain amount of money, were applied with the mediator before the lawsuit was filed, it has become a case requirement. In order to determine which commercial disputes are subject to compulsory mediation, first of all, it is necessary to determine what the commercial cases are. In this respect, in the symposium notice, firstly the commercial cases and then the commercial cases that are eligible for mediation will be explained together with examples. These disclosures will be made by examining the main types of commercial cases in the context of eligibility for mediation.

The decisions made by the Regional Courts of Justice and the Court of Cassation in the last two years in determining commercial disputes subject to mandatory mediation will also be examined in the notice, as they contain important data on commercial mediation. In the notice, the extent to which the purpose of resolving the dispute between the parties amicably with a win-win approach in commercial disputes has reached its purpose in the last two years, will be discussed in detail with examples from the implementation and the nature of commercial disputes.

Commercial litigation clause, which is an important result of the efforts to revive commercial disputes that have been resolved amicably by means of “helalleşme” in the guild organizations in these lands for centuries, makes it necessary to examine the general principles of commercial law to what extent the practice of mediation is suitable for our positive law and the needs of the practice. It is also important to examine the public order phenomenon and the disputes arising from the issues that the parties can decide freely, in order to determine to what extent the current commercial disputes are suitable for the scope of the case clause mediation. Therefore, all these issues will be examined in detail in the notice.

In the notice, a scientific answer is sought to the question of how much mediation can contribute to the culture of social consensus in commercial life, and the current situation in business and consumer disputes, which are other mandatory mediation types in our law, will be determined comparatively.

The fact that mediation is new in our law and the scarcity of judicial decisions and works in the doctrine make the examples to be given in practice in the context of forming the theoretical basis of the issue more important.

Keywords: Commercial Dispute, Expert Mediator, Amicable Resolution, Commercial Litigation, Court

GİRİŞ

Tarih boyunca yaşanan ilk uyuşmazlık; ilk insanın çocukları olan Habil ile Kabil arasında cereyan etmiş ve fiziken güçlü olanın güçsüz olanı yok etmesiyle son bulmuş. Dolayısıyla kişiler arasındaki menfaat çatışmalarının ilk insanın çocuklarından bu yana süregeldiğini söylememiz hatalı olmayacaktır. Kişiler mizaçları gereği kişisel menfaatlerini diğerlerinden daha ön planda tutma temayülü içerisinde. İşte bu noktada güçsüz olanın da haklı olabileceği ve dahi uyuşmazlıkların her iki tarafın da menfaatine olacak bir şekilde, geleceğe dönük kazanımlarla çözümlenmesi arayışları tarih boyunca hukuk ilminin en önemli iştigal alanlarından biri olmuştur. Bu yöndeki arayışların ülkemiz hukuk sistemindeki sonuçlarından birisi de arabuluculuk sisteminin yerleştirilmeye çalışılması ve bazı dava türlerinde dava şartı olarak kabul edilmesidir. Konumuz bakımından da, 2019 yılının başından itibaren, TTK m. 5/A uyarınca, *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* bakımından açılacak ticari davalardan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Topraklarımızda özellikle ahilik teşkilatından bu yana ticaret hayatı belirli kurallar çerçevesinde yürütüldü. Ticari dava şartı arabuluculuğun kabulünü, yüzyıllardır topraklarımızdaki “helalleşme” gibi yollarla dostane şekildeki ticari uyuşmazlık çözümünü canlandırma gayreti olarak görmek gerekir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki “müslih” denilen kişiler, uyuşmazlıkların kadı önüne gitmeden çözümlenmesi için arabuluculuk yapmaktaydılar¹. Dolayısıyla arabuluculuk kurumunun ülkemiz için yeni ve yabancı bir kurum olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

1 Müslihun kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılınç, **Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu**, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2, İstanbul 2016, s. 15-83.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun kapsamını ve uygulamasına ilişkin sorunlarını sağlıklı bir şekilde tespit etmek için öncelikle hangi uyuşmazlıkların ticari davaya vücut verdiğinin tespiti gerekmektedir. Zira genel olarak ticari davaları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)’nın 4. maddesi uygulamada ciddi tereddütlere sebebiyet vermektedir. Bu itibarla çalışmada öncelikle ticari dava kavramının sınırları çizilmeye çalışılacak, akabinde ise bu davalardan hangilerinin ticari dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği irdelenecektir. Nihayet çalışmanın son bölümünde zorunlu ticari arabuluculuk süreçlerinde karşılaşılan/karşılaşılması muhtemel sorunların tespiti yapılmaya ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

1. Ticari Davalar

TTK’nın 3. maddesine göre, TTK’da düzenlenen tüm hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş mahiyetindedir. Yine TTK m. 19’a göre, bir tacirin tüm borçları ile taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetindeki işler yayma kriteri ile ticari iş sayılır. Ne var ki, kanunumuzda dört grup altında sayılan ticari işlerin hepsi bir ticari davaya vücut vermez. Kanun koyucu, yalnızca niteliği ve konusu itibarıyla ticaret mahkemesi hakiminin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren davaları, ticari dava olarak kabul etmiştir. Bu itibarla, ticari davaların belirlenmesinde ticari iş kavramından ziyade, ticari işletme ve tacir kavramları önem arz etmektedir. Bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinin iki sonucu vardır. Bunlardan birincisi bu davaların asliye ticaret mahkemesi adındaki özel bir mahkemede görülmesi, ikincisi ise bu davalarda bazı özel muhakeme usullerinin uygulanmasıdır².

Ticari davaların birtakım ayrı usul, bilgi ve teknikler ile özel mahkemelerde görülmesi hiç şüphesiz ticaret hayatının kendine özgü ihtiyaçlarından doğmuş bir gerekliliktir. Ticaret hayatındaki hızlılık, kolaylık ve güvenlik ihtiyaçlarının ticari uyuşmazlıkların çözümünde de aranması, ticari örf ve adet kurallarına sıklıkla ve genel hükümlerden önce uygulanması

2 Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 131; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 123.

gereklilikleri gibi haller ticari davaların diğerlerinden ayrı bir kategoride değerlendirilmelerini zorunlu kılar. Nitekim günümüzde Fransız ve Alman ticaret mahkemelerinde tacirlerin de üye olarak bulunduğu müşahade edilmektedir. Topraklarımızın kodifiye edilmiş ilk ticaret kanunu olan Kanunname-i Ticaret'e göre de ticaret mahkemesinin altı üyesinden dördü "muteber ve tasavvuf erbabı" tacirlerden oluşmaktaydı³. Günümüz uygulamasında ise bu konuda bir geriye dönüş olduğu ve tacir sıfatını haiz kimsenin asliye ticaret mahkemelerinde bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca ülkemizdeki hakimlerin tayin dönemlerinde mahkemeler arasındaki sık rotasyonları, yani bir dönem asliye ticaret mahkemesi hakiminin diğer tayin döneminde asliye ceza mahkemesi hakimi vb. olduğu göz önünde bulundurulduğunda "ticaret mahkemesi hakiminin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren davalar" meselesinin yeniden sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim uygulamada yüksek meblağlı ticari uyuşmazlıkların⁴ asliye ticaret mahkemesi önüne götürülmeden ticari uyuşmazlıklar hususunda özel uzmanlığa sahip hakemler ile tahkim yargılamasında çözümlendiği sıklıkla gözlemlenmektedir.

Ticari davalar, TTK m. 4'ün kaleme alınış şekline de uygun olarak mutlak ve nisbi ticari davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tarafların sıfatına ve işin niteliği ile ilgili olmaksızın herhalükarda mutlak olarak ticari dava olarak görülen uyuşmazlıklara mutlak ticari davalar, uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması şartıyla ticari dava sayılanlara ise nispi ticari dava denir. TTK m. 4'e göre TTK'nın altı kitabının herhangi bir yerinde düzenlenmiş bir husustan doğan uyuşmazlık mutlak ticari davaya vücut verir. Bu itibarla tarafların sıfatına, alacağın veya borcun sebebine/kaynağına bakmaya gerek yoktur⁵. Ayrıca Ticaret Kanunu'nda sayılmakla birlikte; Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde; Türk Borçlar

3 Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018, s. 105.

4 Ticari uyuşmazlık kavramı ile ticari dava kavramı aynı anlamda kullanılmaktadır.

5 Bu noktada son dönemlerde Yargıtay'ın, mutlak ticari dava kıstasına aykırı olarak uyuşmazlığın bir tarafını tüketicinin oluşturduğu bazı davaları tüketici uyuşmazlığı kabul ederek tüketici mahkemelerini görevli saydığı kararları mevcuttur. Bkz. Y13HD, 2010/993 E. 2010/5138 K. 14.04.2010 T. (Kaya s. 129)

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 yardımcılarını için öngörülmuş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde⁶; Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta⁷; Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde; Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan davalar tarafların tacir sıfatına bakılmaksızın ticari dava olarak tebarüz ederler. Bunlara ilaveten, Ticaret Kanunu dışındaki kanunlardaki bazı özel hükümler de taraflar arasındaki uyuşmazlığın mutlak ticari dava olmasını gerektirebilir. Örneğin, İcra ve İflas Kanunu m. 154/3 uyarınca, iflas davaları, asliye ticaret mahkemelerinde görülen mutlak ticari dava mahiyetindedirler. Yine Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesine göre, *"Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır."*

Ticaret Kanunumuzun herhangi bir kitabında düzenlenmeyip de uyuşmazlık konusunun her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğu durumlarda da ticari davanın söz konusu olduğu görülmektedir. TTK'nın merkez kavramı olarak nitelendirilen ticari işletmenin TTK m. 11 uyarınca *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme* olarak tanımlanması mümkündür. Bu noktada, uyuşmazlığın bir tarafının bir ticaret şirketi olduğu hallerde yalnızca diğer taraf için değerlendirme yapılması yeterli olacaktır. Zira bilindiği üzere, ticaret şirketlerinin ticari olmayan bir faaliyet yürütebilmeleri teorik olarak mümkün değildir. TTK m. 16'da belirtilen, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıf, dernek veya bazı

6 TTK m. 4/1-c'de sayılan bu hallerden bir çoğunun taciri ve ticari işletmeyi ilgilendirmediği halde mutlak ticari dava sayılmasının hatalı ve zararlı olduğu yönünde bkz. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1**, İstanbul 1988, s. 23.

7 Havale, vedia, fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların ticari davaya vücut verebilmesi için uyuşmazlığın, taraflardan en az birinin ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir.

kamu tüzel kişilerinin de tüzel kişi tacir sayıldığını ve bunların hiç şüphesiz ticari olmayan adi alanlarının da bulunabileceği göz önünde bulundurulduğunda, nisbi ticari davanın belirlenmesinde işlemin bir tarafında tüzel kişi tacirin olması sadece diğer tarafı değerlendirmeye yeterli gelmez⁸. Hukuki işlemlerden doğan uyumsuzluklar gibi haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan uyumsuzlukların da ticari davaya vücut verebilmesi için uyumsuzluk konusunun her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir. Bu konuda verilen tipik örnek; ticari işletmeye tahsis edilmiş bir aracın bir başka ticari işletmeye çarpması halinde meydana gelen uyumsuzluktan doğan davanın ticari dava olduğudur⁹. Bu örnekteki araç şayet bir gerçek kişiye veya ticari işletme mahiyetinde olmayan bir yapıya çarpmış olsa idi, ticari davadan söz etmek mümkün olmayacaktı.

Kanaatimizce, TTK m. 4'te yapılan ticari dava ayrımı, amaca tam olarak hizmet etmeyen ve uygulamada da çeşitli zorluklara sebebiyet veren bir yapıdadır. Özellikle nisbi davaların belirlenmesinde yaşanan tereddütler ve bir davanın görevsizlik kararları ile mahkemeler arasında gidip gelmesi mağduriyetler doğurmaktadır. Bu itibarla, ticari davaların belirlenmesinde uyumsuzluğun ticari işletme ile ilgili olması kıstası yerine uyumsuzluğun türüne, başka bir deyişle uyumsuzluğun ticari bir işten doğup doğmadığına bakmak gerektiği kanaatindeyiz¹⁰.

2. Ticari Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olan Belli Başlı Uyumsuzluklar

2019 yılının başından itibaren, *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* bakımından açılacak ticari davalardan önce ticari dava şartı arabuluculuğa başvurulması gerektiğini belirtmiştik. Bu türden davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu 6325 sayılı Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18/A

8 Krş. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 137.

9 Bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 138.

10 Bkz. İsmail Kırca, **Nispi Ticari Davaya Dair**, Batider 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 57. Domaniç de ticari davaların tayini için TK m. 4 dışında birçok unsura ve hususen mantık ölçülerine de bakmak gerektiği görüşündedir. Domaniç, s. 23.

maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. Hakikaten ilgili hükme göre, “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.” Hal böyle olunca, dava şartı arabuluculuğa tâbi bir uyuşmazlık hakkında doğrudan dava yoluna gidilmişse hakim en geç tensip tutanağı ile birlikte, işin esasına girmeden davayı usulden reddetmesi gerekecektir.

Bir uyuşmazlığın ticari dava şartı arabuluculuğa tâbi olmasının iki şartı mevcuttur: Öncelikle uyuşmazlık ticari davaya vücut verecek bir uyuşmazlık olmalıdır. Bundan sonra ikinci şart ise, ticari davaya konu edilmek istenen uyuşmazlığın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve/veya tazminat talebi olmalıdır. Kanun koyucu, uygulamayı dondurmamak adına ticari arabuluculuğa elverişli olan konuları tek tek saymaktan, tarif edip tahdit etmekten kaçınmış ve HUAK m. 1/2’ye de uygun olacak bir şekilde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ticari davalar için dava şartı olarak arabuluculuğu kabul etmiştir. Ahilik teşkilatından bu yana “helalleşme” gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarını ihya etme çabalarının bir sonucu olarak ihdas edilen ticari dava şartı arabuluculuk kurumunun emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiş alanlarda geçerli olmadığını söylemek gerekir¹¹.

Bilindiği üzere emredici hukuk kuralları (ahkâm-ı amire, jus cogens), kendilerine mutlak surette uyulması gereken, kişilerin aksini kararlaştırmayacakları hukuk kurallarıdır¹². Genel itibariyle kamu düzenine, genel ahlak ve adaba, kişilik haklarına ilişkin hükümler emredici hukuk kuralları

11 Cafer Eminoğlu/Ersin Erdoğan, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020, s. 196.

12 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Bursa 2019, s. 268; AYTEKİN ATAAY, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul 1971, s. 180; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 2019, s. 65.

ile düzenlenmiştir. Kamu düzeni, tanımlanması zor olan soyut bir kavram olsa da, toplumun temel yapısını ve temel menfaatlerini korumak amacıyla konulan kuralların kamu düzenine ilişkin kurallar olduğu ifade edilir¹³. Başka bir deyişle, sadece iki tarafı değil, genel olarak toplumun bütününe etkileme kabiliyetine sahip olgular kamu düzeni ile ilgilidir ve taraflar bu olgular üzerinde serbestçe tasarruf edebilme iktidarına sahip değildir¹⁴. Kamu düzenine kavramına yüklenen anlamın zaman içerisinde değişiklik arz ettiği sıklıkla müşahade edilmektedir. Örneğin Yargıtay, önceleri iş hukuku uyuşmazlıklarının büyük bölümünün kamu düzenine dayandığını ve bu itibarla iş tahkime elverişli olmadıkları yönünde kararlar verirken artık bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu¹⁵ ve dahi dava şartı arabuluculuk kapsamına alındığını görmekteyiz¹⁶. Daha ziyade kamu hukuku disiplinlerinin emredici kaidelerle çevrili olduğu dile getirilse de, özel hukuka dahil olan pek çok alanda da emredici hukuk kuralları ile bazı konularda tarafların tasarruf kabiliyeti sınırlandırılmıştır. Nitekim özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözüm usullerinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308 ve 313. maddelerine göre kabul ve sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda hüküm doğurmaktadır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konular, kişilerin özgür iradelerine bırakılmış, bunları kullanıp kullanmama hususunda kendilerinin karar verebilecekleri hak ve yetkileri kapsamaktadır¹⁷.

13 Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1983, s. 149.

14 Yargıtay'a göre, "„Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir..." YHGK 1990/3-527 E. 1990/627 K. 12.12.1990 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim:05.12.2020)

15 Yargıtay, iş sözleşmesinin feshinden önce yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, buna mukabil fesihden sonra yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu görüşündedir. Bkz. Y9HD 2008/5830 E. 2008/29774 K. 03.11.2008 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim:18.12.2020)

16 **7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1**: "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

17 Ahmet M. Kılıçoğlu, **Arbuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara 2020, s. 22-23.

Ticari dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ticari uyuşmazlıklar konusundaki genel esasları belirlerken, hakimin müdahalesini gerektiren ve yargılaması sonucunda inşai bir hükmün ortaya çıkacağı uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yani başka bir deyişle, hakimin tespitine ihtiyaç duyulan hususlarda zorunlu arabuluculuk sürecinden bahsedilemez. Bu itibarla anonim şirket genel kurul kararının iptali davası (TTK m. 445), haklı sebeple fesih davası (TTK m. 531), iflas davası (İİK m. 155 vd.) gibi hallerde dava şartı arabuluculuğa başvurulmaz. Zira bu türden davalar hakimin tespitini gerekmekte ve yargılamasının sonucunda inşai bir hüküm ortaya çıkmaktadır. Bu davalardan örneğin haklı sebeple fesih davasının sonucunda da hiç şüphesiz bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olabilir. Fakat bu durum, uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamına dahil edilebilmesi için yeterli olmaz.

Emredici hukuk kuralları ile çevrilmiş ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, keza yargılamasının sonucunda bir inşai hükmün ortaya çıkacağı uyuşmazlıkların ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadıkları noktasında doktrinde ve uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte çeşitli soru işaretleri barındıran bazı uyuşmazlık türleri de mevcuttur. Bunların en önemlilerinden biri İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenleme altına alınan itirazın iptali davasıdır. Bu dava, borçlunun icra takibine itirazının iptal edilmesi, takibe konu alacağın varlığının saptanması ve akabinde icra takibine devam edilmesi amacıyla açılmaktadır. Hal böyle olunca, itirazın iptali davasının konusunu oluşturan uyuşmazlık bakımından tarafların, arabulucunun da imzasıyla birlikte kendi aralarında anlaşarak icra takibinin devam etmesini sağlamaları mümkün değildir. Ayrıca taraflar arasındaki icra takibine konu edilmeyen bir talep hakkında da itirazın iptali davasının açılması mümkün değildir¹⁸. Bu dava, icra-inkar tazminatı (İİK m. 67/2) gibi

18 "...İtirazın iptali davasının amacı itiraz üzerine duran ilamsız icra takibinin devamını sağlamaktır. Böylece itirazın iptali davasının konusunu icra takibinde yer alan talepler oluşturabilir. İcra takibine konu edilmeyen bir talep hakkında itirazın iptali davası açılmaz. Somut olayda dava konusu edilen %15 cezai şart takibe konu edilmediği halde mahkemece bu talep yönünden alacak hükmü kurulmuş olması doğru görülmüştür..." Y19HD 2012/6066 E. 2012/13541 K. 25.09.2012 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (erişim: 16.12.2020)

kendine özgü yaptırımları bulunan, icra hukukuna özgü bir davadır¹⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında itirazın iptali davasını, alacak davasından net çizgilerle şu şekilde ayırmıştır: “... *itirazın iptali davası, takiple dolayısıyla İcra Hukukunun kendine özgü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kendine özgü bir dava türüdür. Salt alacak davasının doğuramayacağı sonuçlar bu davanın sonuçlanmasına bağlı olup, süresinde açılmayan itirazın iptali davasının sonuçlarını etkileyecek, hatta bu nedenle verilecek red kararı nedeniyle doğacak hukuki etkileri ve borçlu yararına gerçekleşecek hakları ortadan kaldıracak, takibi askıda bırakacak şekilde, eldeki itirazın iptali davasının bir başka davaya alacak (Tahsil) davasına dönüştürülerek davaya devam edilebileceğini kabule olanak bulunmamaktadır...*”²⁰ İcra hukukuna özgü yapısı sebebi ile tarafların her ikisinin de ticari işletmesi ile ilgili olsa dahi itirazın iptali davalarının dava şartı olarak araboluculuk kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz²¹. Fakat uygulamanın ve yargı kararlarının bu kanaatin aksi yönde geliştiğini belirtmek gerekir. Son dönemlerdeki İstinaf Mahkemesi kararlarında şayet uyuşmazlık her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili ise itirazın iptali davasının açılmasından önce dava şartı olarak araboluculuk sürecinin tamamlanması, aksi takdirde davanın usulden reddedilmesi gerektiği benimsenmektedir²². İtirazın iptali davaları için dava şartı olarak uygulamada kabul edilen bu durumun hak arama hürriyetinin önüne gereksiz bir engel koymaktan ibarettir. Nasıl ki, bir

19 Kuru, alacaklının dava dilekçesinde hem itirazın iptali ve icra inkar tazminatı hem de tahsil taleplerinde bulunabileceğini, böylece itirazın iptali davasının aynı zamanda bir alacak davası olduğunu belirtmektedir. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013, s. 248. Aksi yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. YHGK 2005/19-528 E. 2005/568 K. 12.10.2005 T. (Kuru s. 272.)

20 YHGK 2005/19-528 E. 2005/568 K. 12.10.2005 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) (erişim: 05.12.2020)

21 Eminoğlu/Erdoğan, s. 145; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Araboluculuk**, İstanbul 2019, s. 197. (Yazarlar, kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz ederek alacaklıyla anlaşma ihtimalinin bulunmadığını göstermiş olan borçluyla birlikte alacaklıyı buna rağmen arabolucu önüne göndermenin anlamlı olmadığını da savunmaktadır. Yazarların, itirazın iptali davasının dava şartı araboluculuğa tâbi olmadığı görüşüne katılmakla birlikte, bu gerekçelerine uygulamayı göz önünde bulundurduğumuzda katılamamaktayız. Zira ödeme emrine sırf zaman kazanmak veyahut alacaklı ile pazarlık yapmak saiki ile itiraz edildiği ve bu itibarla anlaşma zemini oluşturmaya çalışıldığı da müşahade edilmektedir.)

22 AnkBAM 3HD 2020/1462 E. 2020/1420 K. 15.10.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

alacak ve tazminat talebi için arabuluculuğa başvurmadan doğrudan icra takibi yapılabiliyorsa, icra takibine yapılan itirazın iptali için açılacak dava da zorunlu arabuluculuğa tâbi olmamalıdır. Nitekim Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin 17.06.2020 tarihinde vermiş olduğu bir kararda kanaatimizce son derece isabetli bir şekilde; "... icra takibiyle itirazın iptali davası arasındaki organik bağ da dikkate alındığında; [itirazın iptali] dava[sını] karakterize eden öğeler, borçlunun, itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamın dışında kalır..."²³ şeklinde hüküm kurarak itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ne var ki, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın yanında farklı Bölge Adliye Mahkemeleri'nin aksi yönde verdikleri kararlar²⁴ neticesinde Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 04.12.2020 tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik bir karar vermiştir. Bahsi geçen kararda Yüksek Mahkeme, "İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği ..." ve devamlı "*itirazın iptali davasında alacaklının davadan kısmen veya tamamen feragat etmek*

23 SakBAM 7HD 2020/808 E. 2020/670 K. 17.06.2020 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim: 16.12.2020)

24 AdanaBAM 9HD 2019/1538 E. 2020/234 K. ; AnkBAM 22HD 2020/105 E. 2020/494 K. ; TrabzonBAM 4HD 2020/318 E. 2020/316 K.; İstBAM 12HD 2019/1376 E. 2019/1059 K.; İstBAM 13HD 2020/39 E. 2020/45 K.; İzmirBAM 17 HD 2020/246 E. 2020/516 K.; SamsunBAM 3 HD 2019/2035 E. 2020/213 K.; AnkBAM 23 HD 2019/2420 E. 2019/1789 K.

suretiyle alacağından vazgeçebileceği, buna karşılık borçlunun yargılama sırasında alacak tutarını kısmen veya tamamen ödemesinin geçerli olduğu, ödeme tutarınca borcun sona ereceği, borçlunun icra takibine yaptığı itirazdan kısmen veya tamamen vazgeçmek suretiyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen kabul edebileceği...” gerekçeleri ile İİK m. 67’de düzenlenen itirazın iptali davasının HUAK’ın aradığı anlamda “tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların dava konusu alacak hakkında serbestce tasarrufta bulunabileceği dava türlerinden olduğu”ndan dolayı ticari nitelikteki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğuna ve dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğuna karar vermiştir²⁵. Bu kararda arabuluculuk kurumu ile ilgili yapılan genel değerlendirmelere²⁶ son derece isabetli bulmakla birlikte, itirazın iptali davalarının kendine özgü yapıları mahiyetiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında olduklarına yönelik görüşe katılamamaktayız. Nitekim bu çalışmanın hazırlandığı zamana kadar geçen iki yıllık gözlemlere dayandığımızda itirazın iptali davası evvelinde gerçekleştirilen zorunlu arabuluculuk süreçlerinde elde edilen anlaşma oranının oldukça düşük olduğu gözlemlenmektedir. Kanaatimizce itirazın iptali davasının bünyesinde barındırdığı icra-inkar tazminatı gibi imkanlardan yararlanma imkanı, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşma oranlarını ziyadesiyle düşürmektedir.

Menfi tespit davası, dava şartı olarak ticari arabuluculuğa tâbi olduğu ilk zamanlarda tartışmalı olan, fakat artık içtihatlarla bu tartışmaların son bulduğu bir dava türüdür. Hakikaten menfi tespit davası, mahiyeti itibariyle bir alacak davasını içermediğinden dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunlu değildir. Kaldı ki, arabuluculuktaki anlaşma belgesi bir

25 Y23HD 2020/1943 E. 2020/4052 K. 04.12.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

26 “...Modern dünyada hukuk uyuşmazlıklarının artan nüfus, sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak büyük bir hızla arttığı, mevcut mahkemelerin kapasitelerinin veya hâkim sayısının artırılmasının tek başına çözüm olmadığı bir gerçektir. Bu nedenle gelişmiş toplumlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bu yöntemlerden en yaygın olanı arabuluculuktur. Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabulucu eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi aracılığıyla çözülmesi yöntemidir. Arabuluculuk kazan kazan ilkesi gereğince her iki tarafın da kazançlı çıktığı, sorunların iletişim kurularak çözüldüğü, uyuşmazlıkların da bu yöntemle giderildiği, toplumsal barışa katkı sunan para ve zamandan tasarruf sağlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir...” Y23HD 2020/1943 E. 2020/4052 K. 04.12.2020 T. (Yayınlanmamıştır.)

ilam niteliğinde olduğundan icra edilebilirlik kabiliyetine sahip olmalıdır. Menfi tespit davasının sonucunda ise yalnızca bir borç olgusunun var olup olmadığı tespit edilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, hakimin tespitini gerektiren bir uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa elverişli değildir. Arabulucu, uyuşmazlığa dair tespit yapma yetkisine sahip bir kişi değildir²⁷. Yakın tarihli bir İstinaf Mahkemesi kararı da şu şekildedir: “Arabuluculuk sonucunda 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.”²⁸

Ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmaması meselesinde önem arz eden bir diğer konu, HMK m. 110²⁹ bağlamında bir dava yığılmasının olduğu hallerde, bazı taleplerin dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında iken bazılarının olmaması halinde dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmamasıdır. Örneğin ortaklık durumunun tespiti ve alacak veyahut uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere haksız rekabetin tespiti³⁰, menfi ve durumun eski hale iadesi ile alacak

27 HUAK m. 2/1-b: “Arabuluculuk: Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelede 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 ihtiyar olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini, ... ifade eder.”

28 İstBAM 12HD 2020/1227 E. 2020/1042 K. 23.10.2020 T. (Yayınlanmamıştır.) Daha önceki tarihli aksi yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Y11HD 2019/3048 E. 2020/1093 K. 10.02.2020 T. (“...Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığının tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığının tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ile TTK’nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de...”)

29 “Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.”

30 Eminoğlu’na göre, “Arabuluculuk sözleşmesinin salt bir tespit üzerine kurulu olmasına

taleplerinin bulunduğu uyuşmazlıklarda ticari arabuluculuk sürecinin işletilmesi gerekecek midir? Belirtmek gerekir ki, davadaki taleplerin birbirinden ayrılamayacağı, başka bir deyişle alacak veya tazminat uyuşmazlığı için öncelikle tespit yapılmasının gerektiği uyuşmazlıklar için dava şartı olarak arabuluculuğa gitmeye gerek yoktur. Doğrudan mahkemede dava açılabilir. Bu minvalde aksi yönde Bölge Adliye Mahkemesi kararları³¹ mevcutsa da son dönemdeki müstakar Yargıtay içtihatlarına³² göre de dava yığılması hallerinde davacının talepleri arasında arabuluculuğa tâbi olmayan bir husus varsa tüm talepleri bakımından doğrudan mahkemede dava açılabilir³³.

3. Ticari Dava Şartı Arabuluculukta Karşılaşılacak ve Karşılaşılması Muhtemel Olan Bazı Sorunlar

Günümüz kapitalist ekonomik sistemlerinde ticaret hayatının karmaşık ve çok taraflı ilişkilerden oluştuğu görülmektedir. Dolayısıyla ticari uyuşmazlıklar da, çok taraflı ve menfaat ilişkileri fazlasıyla girift davalardır. Likit bir fatura alacağın talep edilmesi gibi örneklerde değil fakat örneğin,

mani olan bir düzenleme bulunmamaktadır.” Dolayısıyla yazar, bir davranışın veya ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediğine ilişkin tespit arabuluculuğa elverişli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Eminoglu/Erdoğan s. 248-249.

- 31 İstBAM 16HD 2019/1868 E. 2019/2012 K. 07.10.2019 T. (Yayınlanmamıştır.) “6102 Sayılı TTK’nun 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Somut olayda davacının; her ne kadar markaya tecavüzün tespiti, ref’i ve haksız rekabete dayalı olarak ticaret unvanının kısmen iptali talepleri mevcut ise de, aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talepleri de mevcuttur. Tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğa tabidir. Davacının diğer talepleri de aynı iddiadan kaynaklanmakta olup tüm talepler yönünden davacı haklarının ihlalini ve tecavüzün varlığını ispatlamalı ve neticeten; uyuşmazlığın bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir.”
- 32 Y11HD 2019/3048 E. 2020/1093 K. 10.02.2020 T.
- 33 “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir...” Y11HD 2020/197 E. 2020/1578 K. 17.02.2020 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim: 06.12.2020)

farklılaştırılmış teselsülün söz konusu olduğu anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gibi davalarda dava şartı zorunlu arabuluculuğun amaca ne ölçüde uygun olduğu tartışılabilir³⁴. Zira bu örnekteki gibi çoğu ticari dava, bilirkişi incelemesine ve yargılamaya, daha doğrusu geniş yetkilerle uyuşmazlığın incelenmesine ihtiyaç duyulan davalardır. Bu durum da ticari arabuluculukta anlaşma oranını düşüren sebeplerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵. Her ne kadar HUAK m. 15/6'da belirtilen “Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir.” hükmünün bu olumsuzluğu bertaraf edebilecek bir enstrüman olarak kurgulandığı akla gelse de mevcut uygulamada hem arabulucuların hem de taraf/taraf vekillerinin bu yönde bir taleplerinin olmadığı müşahade edilmektedir. Uyuşmazlık konusunda uzman olan bir kişinin müzakerelerde hazır bulundurulmasının öneminin arabulucular ve taraflar nezdinde daha iyi anlaşılması ile birlikte bu sorunun çözümü yolunda önemli bir adım atılmış olacaktır. Bu uzman kişiler, uyuşmazlık konusunda teknik uzmanlığı bulunan kişiler olabileceği gibi, ilgili alanda uzmanlaşmış hukukçu kişiler de olabilir. Uzman kişi, pek tabidir ki münhasıran hakimnin yapabileceği işleri yapamayacaktır fakat uyuşmazlığın çözümü için getireceği öneri ile uyuşmazlığın dostane ve kalıcı bir şekilde çözümlenmesine önemli katkı sunabilir. Bu itibarla özellikle girift ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuk toplantılarında uzman kişilerin bulunmasına daha ağırlık verilmesi kanaatindeyiz.

Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk konusunda uygulamada karşılaşılan bir diğer önemli sorun ise uyuşmazlığın tâbi olduğu alanın yani görev ayrımının bazı arabuluculuk bürolarında katı bir şekilde uygulanmasıdır. Şöyle ki, özellikle tüketici uyuşmazlıklarının ticari uyuşmazlıklar ile karıştırıldığı ve bir tüketici uyuşmazlığı için ticari dava şartı arabuluculuk başvurusunda bulunulduğu sıklıkla müşahade edilmektedir. Özünde tüketici uyuşmazlığı olan fakat, ticari arabuluculuk kapsamında anlaşamama ile

34 Bu tür bir uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmasının usuli veya maddi bir temelinin olamayacağı eleştirisi için bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan s. 127.

35 Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın vermiş olduğu bilgiye göre, 02.01-19.12.2019 tarihleri arasındaki 146.413 ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk dosyasının %57'si anlaşma ile sonuçlanmıştır. (<https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ticaridavasarti.pdf>) (erişim: 12.12.2020)

sonuçlanan bir dosya için tüketici mahkemesinde dava açıldığı zaman tüketici dava şartı olarak arabuluculuk sürecinin gerçekleştirilmediği gerekçeyle davanın usulden reddedilmesi veyahut bazı cumhuriyet savcılıkların uyuşmazlığın ticari uyuşmazlık kapsamında değil de tüketici uyuşmazlığı olduğu veyahut ne ticari ne tüketici uyuşmazlığı kapsamında olduğundan bahisle ticari arabuluculuk tarifesindeki ücreti arabulucuya ödememeleri arabuluculuk kurumunun önündeki ciddi sorunlardır. Görev meselesinin bir içtihadı birleştirme kararına veya kanuni düzenlemeye kadar görev ayrımının çok katı olarak uygulanması ticari arabuluculuk kurumunun öngördüğü amaca zarar verecektir. Kaldı ki arabulucuk ücreti hakkında sarf kararını veren hakim kararının üstüne başsavcılığın ücreti herhangi bir sebeple ödemekten kaçınmaları açıkça hukuka aykırıdır fakat bazı yerlerde böyle durumlarla karşılaşıldığına şahit olunmaktadır. Geniş yetkilerle donatılmış hakimlerin dahi bazı hallerde tüketici ve ticari uyuşmazlıklar arasındaki sınırı belirlemede oldukça zorlandıklarını, zira bu iki tür uyuşmazlık arasındaki sınırın bazen oldukça geçirgen olduğunu ve tüketici hukukunun, ticaret hukukunun uygulama alanını daralttığını belirtmeliyiz.

Uygulamadaki bir diğer önemli sorun; tarafların iletişim bilgilerine, hususen adreslerine tam olarak ulaşamaması sebebiyle sürecin uzaması ve gerekli tebligatların yapılamamasıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 3. fıkrasında tarafların iletişim bilgilerinin adliye arabuluculuk bürosu tarafından verileceği, ihtiyaç duyduğunda arabulucunun kendiliğinden de iletişim bilgisi araştırması yapılabileceği belirtilmektedir. Bu hükmün işlev kazanabilmesi için tarafların MERNİS adreslerine arabulucuların ulaşabilmesi gibi imkanların sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ticari dava şartı olarak arabuluculuktaki anlaşma oranının yükselmesinin önündeki en önemli engellerden biri; bir uyuşmazlığın çözümü noktasında hakiki anlamda kazançlı bir sonucun yalnızca devlet mahkemeleleri aracılığıyla sağlanabileceği yönündeki sağlıklı düşüncedir. Aslında “en kötü sulh, en iyi davadan iyidir.” gibi pek çok özdeyişimiz olmasına rağmen ticari arabuluculukta halen tahkim veya mahkeme yargılamasının tercihe şayan olduğu şahsen gözlemlenilmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla

bunun iki sebebi vardır: Birincisi, her iki taraf için kazançlı olacak çözümü tarafların birlikte bulması yerine, en doğru çözümü mahkeme salonundaki kürsüde, yüksekte oturan hakimin bulacağı düşüncesi halen daha bir ön yargı olarak toplumumuzda mevcuttur. Başka toplumlarda da buna benzer ön yargıların mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Almanya'da, uyuşmazlık çözümünün hakimlerin asli işi olduğu, bu hususta kimsenin ve hiçbir kurumun hakimlerle "boy ölçüşemeyeceği" gibi ifadelerin sosyal platformlarda sıklıkla dillendirilmesinin arabuluculuk kurumuna ciddi zararlar verdiği belirtilmektedir³⁶. Benzer ön yargılara başka ülkelerde de tesadüf etmek mümkündür. Arabuluculuk kurumu özelinde diğer tüm dostane çözüm yollarının mahkeme yargısına ikame edilen değil de³⁷, onu tamamlayan, onunla birlikte yürüyen ve nihai kerte de uyuşmazlık çözümüne ve toplumsal barışa hizmet eden usuller olduğunun topluma anlatılıp bu psikolojik direncin aşılması gerekmektedir³⁸. Tam da bu noktada, kanaatimizce esnaf, ticaret ve sanayi odaları ile diğer sivil toplum kuruluşlarına ciddi sorumluluklar düşmektedir. Hususen ticaret ve sanayi odalarının üyelerine ticari dava şartı arabuluculuk kurumunu anlatmasının bazı psikolojik dirençlerin aşılmasında önemli katkılarının olacağı kanaatindeyiz. Tespit edebildiğimiz sebeplerden ikincisi ise, arabuluculukta anlaşma ile sonuçlanan bir durumla ilgili olarak taraf vekillerinin muhtemel sorumluluk davaları ile

36 Reinhard Greger, **Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland**, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003/6, s. 242. (240-245)

37 Nitekim konu ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararına göre; "...Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.... Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır..." AYM 2012/94 E. 2013/89 K. 10.07.2013 T. (RG 25.01.2014, S. 28893)

38 Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020, s. 176.

karşı karşıya kalmamak istemedikleri için arabuluculukta anlaşmayı uyuzmazlığı hakimın çözümüne havale etmeleridir. Aslında arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucunun bizatihi süreçte bulunması taraf vekilleri için ciddi bir güvence teşkil eder. Buna ilaveten taraf vekillerinin arabuluculuk sürecinde anlaşma hallerinden dolayı sorumsuzluk hallerinin mevzuatta açıkça düzenlenmesi de uygun olacaktır.

SONUÇ

Ticaret hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden ayrılmasına sebep olan husus; hızlılık, kolaylık ve güvenliğin ticaret hayatında arz ettiği büyük önemdir. Arabuluculuk sürecinin TTK m. 5/A'nın 2. fıkrası uyarınca en fazla 8 hafta içerisinde tamamlanma gerekliliği –ki bu hükmün bir düzen hükmü olmadığı, mutlak surette bu süre içerisinde anlaşma veya anlaşamama şeklinde sürecin tamamlanması gerektiği anlaşılmaktadır³⁹–. Ticaret hayatının gerektirdiği bir diğer unsur olan kolaylık unsuru da düşünüldüğünde, davadaki usuli zorunlulukların arabuluculukta olmaması, son derece esnek ve tarafların arabulucu ile belirledikleri müzakere usulü ile sürecin sürdürüldüğü ve nihayet güvenlik bakımından da arabuluculukta cari olan ve altı aya kadar hapis cezası ile müeyyidelendirilen gizlilik kuralı düşünüldüğünde ticari uyuzmazlıkların arabuluculuğa teorik olarak son derece uygun olduğu görülmektedir. Bunların yanında, hususen taraf vekillerinin, arabuluculuğun önemini biraz daha kavraması ve arabuluculukta anlaşma halinde kendilerine ilave mali avantajların sunulması halinde ticari dava şartı arabuluculukta tarafların el sıkışıp anlaşarak masadan kalkma oranlarının artacağı düşünülmektedir. Bu durumun da hiç şüphesiz çok uzak olmayan bir vadede toplumsal uzlaşma kültürümüze ciddi anlamda katkısının olacağını belirtmemize gerek yoktur.

39 Pek tabii ki tarafların bu süre içerisinde anlaşamamaları ve/fakat müzakerelere devam etmek istemeleri mümkündür. Bu durumda 8 haftanın son günü anlaşamama tutanağı ile dava şartı arabuluculuk süreci sonlanmalı ve Arabulucu Portal'ından yeni açılacak bir ihtiyari arabuluculuk dosyası ile sürece devam edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih; **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018.
- Ataay, Aytekin; **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, İstanbul 1971.
- Bilge, Necip; **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 2019.
- Domaniç, Hayri; **Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1**, İstanbul 1988.
- Edis, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1983.
- Ekmekçi, Ömer / Özekes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural; **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul 2019.
- Eminoğlu, Cafer / Erdoğan, Ersin; **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Gözler, Kemal; **Hukuka Giriş**, Bursa 2019.
- Greger, Reinhard; **Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland**, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003/6, s. 240-245.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara 2020.
- Kılınç, Ahmet; **Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu**, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 2, İstanbul 2016, s. 15-83.
- Kırca, İsmail; **Nispi Ticari Davaya Dair**, Batider 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 55-61.
- Kuru, Baki; **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Ankara 2013.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi; **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.
- Tanrıver, Süha; **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara 2020.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün; **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.

