



TAHKİM VE DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDE GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUM KİTABI

(2-3 Şubat 2023)



CUMHURBAŞKANLIĞI İDARİ İŞLER BAŞKANLIĞI
HUKUK VE MEVZUAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

Ankara 2023



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
CUMHURBAŞKANLIĞI**

**TAHKİM VE DİĞER ALTERNATİF
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDE
GÜNCEL GELİŞMELER
SEMPOZYUM KİTABI**

(2-3 Şubat 2023)

Ankara 2023

Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138
Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8
Ankara, Ekim 2023
ISBN: 978-625-7368-30-8

EDİTÖRLER

Dr. Metin KIRATLI, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı
Hakkı SUSMAZ, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve
Mevzuat Genel Müdürü
Doç. Dr. A. Eda MANAVÖZDEMİR, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler
Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Açelya
ŞAHİN, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat
Genel Müdürlüğü Raportörü
Dr. Güray ÖZSU, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve
Mevzuat Genel Müdürlüğü Raportörü

TASARIM VE MİZANPAJ

Seda DEMİR

CİLT

İlhami İNAN

Baskı Sertifika No: 17187

Bu kitapta yer alan görüşler yazarlarına ait olup Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının görüşlerini yansıtmamaktadır.
© Bütün hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir parçası Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının yazılı izni olmadan elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri yollarla çoğaltılamaz, aktarılamaz, yayımlanamaz.



TAKDİM

Türk hukukunda köklü bir geçmişe sahip olan tahkim kurumu ve diğer alternatif çözüm yöntemleri devletin sunmuş olduğu adalet hizmetini destekleyen önemli hukuki müesseselerdendir ve günümüzde modern hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası haline gelmişlerdir. Söz konusu öneme binaen ve anılan yöntemlerin ülkemizdeki gelişimini sağlama amacına matuf olarak; Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından 2-3 Şubat 2023 tarihlerinde Cumhurbaşkanlığı Külliyesi Sergi Salonunda “*Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyumu*” düzenlenmiştir.

Bu kitap, Sempozyumda sunulan tebliğler çerçevesinde, kamu kurumlarımızın bu alana ilişkin faaliyetlerinde istifade etmesi ve alternatif çözüm yollarının önemine dikkat çekmesi amacıyla hazırlanmış olup, Cumhuriyetimizin 100. yılında yayımlanan bu eserin okuyuculara fayda sağlamasını temenni eder, emeği geçen mesai arkadaşlarıma ve tebliğleriyle katkı sunan değerli konuşmacılara teşekkür ederim.

Dr. Metin KIRATLI

Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı

ÖNSÖZ

2018 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi sonrasında yatırım tahkimi davalarının koordinasyonu 659 sayılı KHK çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünce yürütülmektedir. Bu bağlamda Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğümüzün görevlerinden biri *“Ulusal ve uluslararası tahkim mercilerinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ya da idarelerin taraf veya müdahil oldukları her türlü uyuşmazlıktan Cumhurbaşkanlığınca takip edilmesi gerekli görülenleri takip ve müdafaa etmek”* tir.

Tahkimin günümüzdeki önemi, kamuda çalışan hukukçuların bu konudaki tecrübelerinin artırılması ve Ülkemiz aleyhine açılan tahkim davalarının bir koordinasyon içinde ülkemiz menfaatleri doğrultusunda takip edilmesi gerekliliği karşısında, bu alandaki kapasite artırımını gerçekleştirmek, kamu kurumları nezdinde tahkimin farkındalığını artırmak ve ülkemiz menfaatlerinin uluslararası hukuk zemininde en iyi şekilde korunmasını sağlamak amacıyla Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü bünyesinde Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı kurulmuştur. Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü faaliyetlerini bu amaç çerçevesinde bugüne kadar devam ettirmiş ve halen ettirmektedir.

Bunun yanı sıra tahkimle ilgili ulusal ve uluslararası çalışmalar yakından takip edilmektedir. ICSID kurallarında güncelleme çalışmaları Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü koordinasyonunda ilgili idarelerle birlikte yürütülmüş olup, UNCITRAL reform çalışmalarına da ilgili idarelerle birlikte

iştirak edilmektedir. Genel Müdürlüğümüz koordinasyonunda ilgili idarelerle yapılan toplantılarda uluslararası alanda reform çalışmalarına yönelik yazılı görüş hazırlanmakta ve gerek sözlü gerek yazılı verilen görüşlerle birlikte Ülkemiz temsil edilmektedir.

Öte yandan, Ülkemizde tahkim kurumunun gelişimine katkı sağlamak amacıyla Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, İbn Haldun Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi arasında imzalanan iş birliği protokolü ile Türk Tahkim Akademisi kurulmuş olup, Türk Tahkim Akademisi faaliyetleri çerçevesinde pek çok etkinlik gerçekleştirilmiştir.

Aynı şekilde, coğrafi açıdan stratejik konumu olan bir ülke olarak Türkiye Cumhuriyeti, uluslararası ticaretin gelişmesine önem vermekte ve uzun süreli ticari ilişkilerin ve yatırımların sürdürülebilir hale getirilebilmesi için uyuşmazlıkların hızlı ve dostane bir şekilde çözülmesini sağlayan arabuluculuğu çok kıymetli görmektedir.

Ülkemizde 2013 yılında uygulanmaya başlanan arabuluculuk; bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak hızla gelişmiş ve uygulama alanı önemli ölçüde artmıştır. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda başlangıçta ihtiyari olarak düzenlenen arabuluculuk sistemi ile hukuki uyuşmazlıkların arabulucu yoluyla daha kısa sürede ve daha az masrafla çözümlenmesinin önü açılmış olup, sonrasında iş uyuşmazlıklarında, ticari uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk sistemi uygulanmaya başlamıştır.

Bu çerçevede, 02-03 Şubat 2023 tarihlerinde Cumhurbaşkanlığı Külliyesi Sergi Salonunda Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü koordinasyonunda, başta tahkim ve arabuluculuk olmak üzere,

alternatif çözüm yöntemlerine dair farkındalığın artırılması, güncel gelişmelerin takibi ve varsa eksiklik ve sorunların tartışılması amacıyla kamu kurumlarının ve yargı teşkilatımızın kıymetli temsilcilerinin katılımıyla “Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler” konulu sempozyum düzenlenmiştir.

Bu kitap, Sempozyumda sunulan tebliğler çerçevesinde, icracı kurumlara kaynak teşkil etmesi ve alternatif çözüm yollarının önemine dikkat çekmesi amacıyla hazırlanmıştır. Bu vesile ile; Sempozyuma iştirak eden tüm katılımcılara ve Kitabın hazırlanmasında emeği geçen çalışma arkadaşlarıma teşekkür eder, tüm kurum ve kuruluşlara faydalı olmasını temenni ederim.

Hakkı SUSMAZ

*Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı
Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürü*

İÇİNDEKİLER

Takdim	i
Önsöz.....	iii
İçindekiler.....	vii
Program	ix
TAHKİME İLİŞKİN TEMEL KONULAR.....	1
Tahkim Türleri ve Tahkim Dayandığı İlkeler	3
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU	
Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Tahkim İradesi ve Tahkim Anlaşması.....	29
Dr. Adem ASLAN	
Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Yardımı ve Denetimi	51
Nevzat BOZTAŞ	
Güncel Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	65
Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK	
HAKEM KARARLARININ DENETİMİ	77
Tahkim Kararlarının İstinaf Denetimi.....	79
Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN	
Hakem Kararlarına Karşı Açılan İptal Davaları.....	97
Tülin KURTOĞLU	
Tahkimde İçerik Denetimi	145
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK	
BAZI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM UYGULAMALARI	157
Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim	159
Doğan AĞIRMAN	

Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim173

Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT

Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim203

Prof. Dr. Rauf KARASU

Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Tahkim.....235

Dr. Yusuf Ziyaeddin SÖNMEZ

İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim313

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR

**DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMALARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ333**

Genel Olarak Arabuluculuk335

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları.....357

Hakan ÖZTATAR

İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları363

Doç. Dr. Seracettin GÖKTAŞ

Ticari Davalarda Arabuluculuk Uygulaması Tartışmaları.....395

İlker KOÇYİĞİT

Tüketici Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması423

İlhan KARA

**İDARİ YARGIDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM
YÖNTEMLERİ429**

Türk İdari Yargılama Sisteminde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm
Yolları431

Dr. Hasan GÜL

Fransa İdari Yargısında Uygulanan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
Kapsamında Türk İdari Yargı Sistemimiz İçin Geliştirilen Alternatif
Uyuşmazlık Çözüm Yolları Önerileri.....447

Metin ENGİN

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin İdari İhtilaflar Bakımından
Değerlendirilmesi - Engeller, Çözüm Önerileri.....461

Prof. Dr. Nilay ARAT

TAHKİM VE DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDE GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUM PROGRAMI

2-3 Şubat 2023

Cumhurbaşkanlığı Külliyesi Sergi Salonu

BİRİNCİ GÜN

09.00 Kayıt

09.30 Açılış Konuşması

Dr. Metin KIRATLI, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı

Birinci Oturum

10.00-12.30

TAHKİME İLİŞKİN TEMEL KONULAR

Oturum Başkanı: Adem ALBAYRAK, Yargıtay Birinci Başkan Vekili
ve Hukuk Genel Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi, “Tahkimin Dayandığı Temel Prensipler ”

Dr. Adem ASLAN, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi, “Yargıtay
Uygulamaları Kapsamında Tahkim İradesi ve Tahkim Sözleşmesi”

Nevzat BOZTAŞ, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi
Başkanı, “Tahkim Yargılamasında Mahkeme Yardımı”

Dr. Öğr. Üyesi Serhat ESKİYÖRÜK, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
Danışmanı, “Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”

12.30-14.00- Öğle yemeği

İkinci Oturum

14.00-15.30

HAKEM KARARLARININ DENETİMİ

Oturum Başkanı: Abdullah YAMAN, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, “Tahkim Kararlarının İstinafta Denetimi”

Tülin KURTOĞLU, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi Başkanı, “Hakem Kararlarına Karşı Açılan İptal Davaları”

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK, İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı, “Tahkimde İçerik Denetimi”

15.30-15.45- Kahve arası

Üçüncü Oturum

15.45-17.30

BAZI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM UYGULAMALARI

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Divan Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doğan AĞIRMAN, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi, “Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim”

Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim”

Prof. Dr. Rauf KARASU, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, “Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim”

Dr. Yusuf Ziyaeddin SÖNMEZ, Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi Başkanı, “Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Tahkim”

Doç. Dr. Eda MANAV ÖZDEMİR, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, “İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim”

İKİNCİ GÜN

Dördüncü Oturum

09.30-12.00

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Oturum Başkanı: *Hakkı SUSMAZ*, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürü

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, TED Üniversitesi Öğretim Üyesi, “Genel Olarak Arabuluculuk”

Hakan ÖZTATAR, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü, “Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları”

Dr. Seracettin GÖKTAŞ, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı, “İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”

İlker KOÇYİĞİT, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Başkanı, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk”

İlhan KARA, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”

12.00-14.00 Öğle yemeği

Beşinci Oturum

14.00-15.30

İDARİ YARGIDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Oturum Başkanı: *Mahmut VURAL*, Danıştay Başkanvekili

Dr. Hasan GÜL, Danıştay 13. Daire Üyesi, “Türk İdari Yargı Sisteminde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Öneriler”

Metin ENGİN, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, “Fransa İdari Yargısında Uygulanan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Kapsamında Türk İdari Yargı Sistemimiz İçin Geliştirilen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Önerileri”

Doç. Dr. Nilay ARAT, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin İdari İhtilaflar Bakımından Değerlendirilmesi-Engeller, Çözüm Önerileri”

TAHKİME İLİŞKİN TEMEL KONULAR

TAHKİM TÜRLERİ VE TAHKİM DAYANDIĞI İLKELER

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu*

I- Tahkimin Tanımı ve Tercih Nedenleri

Ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yönetimi olarak bilinen tahkim, tarafların bir uyuşmazlığın hakem denilen kişilerce çözülmesine rıza gösterdikleri, hakemlerin de uyuşmazlığı tarafları dinleyerek yargısal prosedürlere uygun bir şekilde ve tarafsızca çözmek üzere bağlayıcı karar verdiği bir süreç olarak tanımlanmaktadır¹.

Tahkim bir yargılama usûlü olsa da taraflar arasında yapılan tahkim anlaşması sayesinde gerçekleşir ve ayrıca uyuşmazlığı çözen hakemler ile taraflar arasında yazılı veya sözlü bir hakem sözleşmesi² bulunmaktadır. Tahkim anlaşması ise tarafların, sözleşmeye dayalı olsun ya da olmasın, belirli bir hukuki ilişki bakımından aralarında çıkan veya çıkabilecek tüm veya belirli uyuşmazlıkları tahkime sunmak için

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Bu tanım aynı zamanda tahkim terimi ile neyin kastedildiği hususunda genel kabul gören bir yaklaşımı ortaya koymaktadır: Born, Garry B., *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd Edition, Wolters Kluwer, The Netherlands 2021, s. 2. Türk hukukunda, benzer özellikleri içeren tanımlar yapılmaktadır. Genel kabul gören tanımlardan birine göre “*tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümüne izin verdiği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözümü konusunda tarafların anlaşması*” olarak tanımlanmaktadır: Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, B. 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 5. Benzer bir tanıma 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun (RG. 5.7.2001-24453) 4. maddesinde yer verilmiştir: “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır*”. HMK’nın 412(1). Maddesinde de benzer bir tanıma yer verilmiştir.

² Uygulamada, tahkim yargılamasının başlarında hazırlanan görev belgesinde (ki bu belge hakemler ve taraflarca imzalanmaktadır) hakem sözleşmesi yazılı hale gelmektedir: Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Fıganmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 10, Beta, İstanbul 2023, s. 782.

yaptıkları bir anlaşma olarak tanımlanmaktadır³.

Genel kabul gören anlayışa göre tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkim; uzlaştırma (*conciliation*) arabuluculuk (*mediation*), tarafsız ön değerlendirme (*early neutral evaluation-ENE*) vakıaların saptanması (*fact finding*), arabuluculuk-tahkim (*mediation-arbitration, Med-Arb*) mini yargılama (*mini-trial*) gibi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden⁴ farklı olup en çok tercih edilen yöntem olarak bilinmektedir. Tahkimin milletlerarası ticarî uygulamada tercih edilmesinde başlıca etkenleri şöyle sıralayabiliriz: Hakem kararlarının

³ Bkz. UNCITRAL Model Kanununun (*United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration*) 7. maddesi. Model Kanunun 1985 metni için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (erişim 10.6.2023). Benzer bir tanım Türkiye'nin de taraf olduğu New York Sözleşmesi olarak bilinen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2(1). maddesinde tahkim anlaşmasının yazılı olması unsuru da katılarak yapılmıştır (RG. 21.05.1991-20877). *The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. İngilizce metin için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf> (erişim 10.06.2023)

⁴ Alternatif uyuşmazlık yöntemleri ve her bir yöntemin özellikleri ile ilgili ayrıntılı ve toplu bilgi için bkz. Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 2006 EÜHFD, C. X, S. 3-4; s. 459-475. Makaleye online erişim bulunmaktadır: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1859664> (erişim 10.06.2023). Eserde sayılanların yanı sıra hakem-bilirkişilik (*expert determination*) olarak adlandırılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi de yaygın bir kullanıma sahiptir. Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Yeşilirmak, Ali, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009 (basım yılı 2010) s. 693-734. Makaleye online erişim bulunmaktadır: <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz11-9-ozel/usul/22%20yesilirmak.pdf> (erişim 10.06.2023). Son yıllarda milletlerarası tahkim uygulamasında geniş uygulama alanı bulan acil durum hakemliğinin (*emergency arbitrator*) tahkim ile bağlantısı ve niteliği bakımından tartışmalar için bkz. Bilgetekin, Tuğçe N., Acil Durum Hakemliği, MHB, C. 36, S. 1, s. 40-43. Makaleye online erişim bulunmaktadır: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411289> (erişim 10.06.2023). Acil durum hakemliğine benzeyen tahkim öncesi hakemliği (*pre-arbitral referee*) olarak adlandırılan usûlün bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler, TBB Dergisi, 2008, S. 76, s. 125-140. Makaleye online erişim bulunmaktadır: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421> (erişim 10.06.2023).

mahkeme kararları gibi nihai olup bağlayıcı etkiye sahip olması, uyuşmazlığın tarafları için ‘tarafsız-objektif-nötr’ olması, hakem kararlarının mahkeme kararlarına göre daha kolay tanınması ve tenfizi, uyuşmazlığın uzman kişiler tarafından çözümüne imkân vermesi, tahkim yargılamasının gizliliği, taraf iradesine dayanması ve iradenin tahkimin her aşamasında geniş rolü, tahkimin süre ve masraf bakımından etkili olması⁵.

II- Tahkimin Türleri

Tahkim değişik açılardan ayrıma tâbi tutulmaktadır. Milletlerarası tahkim uygulamasından hareketle, kurumsal tahkim ve herhangi bir kurumdan bağımsız olarak gerçekleşen *ad hoc* tahkim ayrımı en çok karşımıza çıkan ayırım olarak dikkati çekmektedir. Günümüzde, yatırımcılar ile devletler arasındaki uyuşmazlıkların katlanarak artmasının da etkisiyle ticarî tahkim ve yatırım tahkimi ayrımının önemi göz ardı edilemez. Uzun yıllar tahkimle ilgilenen hukukçuların ilgi odağı olan ve üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı yerli tahkim ve yabancı tahkim ayrımı ise esasen yerli-yabancı tahkim olmaya bağlanan sonuçlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Ayrıca, yaygın şekilde kullanılan milletlerarası tahkim kavramı vardır ve bu kavramın karşısındaki tahkim türünün yerli tahkim mi yoksa milli tahkim mi olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nihayet zorunlu tahkim diye bilinen bir tahkim türünden bahsedilmektedir ki tahkimin tamamen iradeye dayanması nedeniyle zorunlu tahkim-iradî tahkim ayrımının uygun olmadığı genel kabul görmektedir. Tahkime hâkim olan ilkelerin daha kolay anlaşılabilmesi için yukarıda belirtilen tahkim türleri üzerinde bazı özlü bilgilere yer vermenin yararlı olacağı kanısındayız.

⁵ Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 6, İstanbul 2016, s. 219-222, Akıncı, s. 9-12; Born, s. 8.

1. Kurumsal Tahkim ve Ad hoc tahkim

Ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü için ICC (*International Chamber of Commerce*), AAA (*American Arbitration Association*), LCIA (*London Court of International Arbitration*) SCC Arbitration Institute (*Stockholm Chamber of Commerce*), ICSID (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), SIAC (*Singapore International Arbitration Centre*) ve CIETAC (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*) gibi uluslararası kurumların tahkim yargılamasına ilişkin kuralları bulunmaktadır. Türkiye’de yabancı unsurlu uyuşmazlıklar dahil pek çok ticarî uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünde önemli rol üstelenen başta ISTAC (İstanbul Tahkim Merkezi) ve ITOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi) olmak üzere birçok tahkim kuruluşu bulunmaktadır.

Tarafların belirli bir kurumun kuralları uyarınca tahkim yargılaması yapılması hususunda anlaşmaları halinde, ilgili kurumunun organizasyonu ile gerçekleşen ve yine onun kurallarına göre yürütülen tahkim yargılaması kurumsal tahkim olarak adlandırılmaktadır⁶. Bu kurumların tahkim kuralları, tahkim yargılaması için temel bir usûlî çerçeveyi belirlemekte ve ilgili kuruma tahkimin yürütülmesine yardımcı olacak yetkiler vermektedir. Bu yetkiler bazı uyuşmazlıklarda hakemleri tayin etmek, hakemlerin reddine ilişkin taleplere bakmak, tahkim yerini tayin etmek, hakem ücretlerini belirlemek ve bazen de hakem kararlarını gözden geçirmeyi içermektedir. Kurumsal tahkimde, tahkim yargılamasını kurumun kendisi yürütmez; tahkim yargılamasını yürütecek olanlar hakem veya hakem kurullarıdır ve hiçbir hakem o kurumun çalışanı değildir. Diğer tahkim türlerinde olduğu gibi hakem veya hakemler esasen taraflarca seçilmektedir. Taraflar hakemlerini

⁶ Born, s. 28; Akıncı, s. 6.

seçmez ise çoğu tahkim kurumunun kuralları uyarınca ilgili kurum hakem atama yetkisine sahip olmaktadır⁷.

Ad hoc tahkim, herhangi bir tahkim kurumunun himayesi veya gözetimi altında yürütülmeyen tahkim anlamına gelmektedir. *Ad hoc* tahkimde taraflar tahkim yargılamasının yürütülmesi için herhangi bir kurum tayin etmeden uyuşmazlığın tahkim yargısında çözüleceği hususunda anlaşmaya vardığından hakem veya hakem kurulu bir tahkim kurumunun gözetimi ve himayesi olmadan uyuşmazlığı çözmektedir. Tarafların, *ad hoc* tahkimde bazen UNCITRAL tahkim kuralları⁸ gibi usûl kurallarına tâbi olmayı seçmeleri de mümkündür. *Ad hoc* tahkimde, taraflar hakemlerini seçmedikleri ya da hakem seçimi üzerinde anlaşamadıkları takdirde (hakemleri tayin edecekleri bir makam da tayin etmemişlerse), genellikle tahkim yeri mahkemeleri bu görevi yerine getirir. Tahkim yeri mahkemeleri ayrıca hakemlerin reddi ve tahkim süresinin uzatılması konularında da yetkili kılınmaktadır.

⁷ Örneğin, ISTAC Tahkim Kurallarının 8 (3). maddesi uyarınca taraflardan biri hakemini seçmediği takdirde ISTAC Tahkim Divanı bu hakemi tayin eder. Kuralların 14 (1). maddesi ise, uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözüleceği durumlarda tarafların hakem seçimi konusunda anlaşamamaları halinde tek hakem Divan'ın tayin edeceğini hükme bağlamaktadır. Kuralların 14(3). maddesi uyarınca seçilen veya tayin edilen iki hakem üçüncü hakemi belirlemedikleri takdirde üçüncü hakemi Divan tayin eder. Kurallar için bkz. <https://istac.org.tr/ISTAC-TAHKIM-KURALLARI-20151026.pdf> (erişim 10.06.2023).

⁸ Tahkim sürecinin tamamını ayrıntılı olarak düzenleyen UNCITRAL Tahkim Kurallarında hakemlerin atanması ve tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin usûl kuralları öngörmüş, hakem kararının şekli, etkisi ve yorumlanması ile ilgili düzenlemelere ve örnek tahkim kaydına yer verilmiştir. Şu anda, UNCITRAL Tahkim Kurallarının dört farklı versiyonu bulunmaktadır: (i) 1976 Metni (ii) 2010 Revize Metin (iii) Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkimi için Şeffaflık Hakkında UNCITRAL Kurallarını içeren 2013 Metni ve (iv) UNCITRAL Hızlandırılmış Tahkim Kurallarını içeren 2021 metni. Söz konusu metinler için bkz. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (erişim 10.06.2023).

Kurumsal ve *ad hoc* tahkim arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse⁹ kurumsal tahkimde usûle ilişkin ihlaller daha seyrek ortaya çıkmaktadır. Kurumun uzman personelinin ve görevlilerinin; hakemlerin tayininde ve reddinde, tahkim yerinin seçiminde, hakem ücretlerinin belirlenmesinde işleri kolaylaştırdığı görülmektedir. Kurumsal tahkim kuralları, tahkim sürecini, *ad hoc* tahkime göre daha etkili kılan mekanizmalar öngörmektedir. Bu kurallarda öngörülen *kompetenz-kompetenz* ve ayrılabilirlik ilkeleri, ihtiyatî tedbirler, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hakem kararın düzeltilmesi, görevini yapamayacak hakemin yerine yenisinin seçilmesi (veya tayin edilmesi), tahkim ve yargılama giderleri gibi konularda öngörülen mekanizmalar kurumsal tahkimin *ad hoc* tahkime göre avantajlı yönleridir. *Ad hoc* tahkimde, mahkemelerin bu konularda uzmanlığı ve deneyiminin daha az, tahkim sürecine müdahalesinin ise daha fazla olduğu görülmektedir. Buna karşılık *ad hoc* tahkimde, kurumsal tahkime göre daha fazla esneklik ve gizliliğin olması göz ardı edilememesi gereken bir avantaj olarak kabul edilmektedir¹⁰.

Diğer tahkim türlerinde olduğu gibi gerek kurumsal tahkimde gerek *ad hoc* tahkimde hakemlerin yetkisinin dayanağı tarafların tahkim iradesidir ve bu husus tahkim anlaşması ile ortaya konmaktadır. Her iki tahkim yoluna da tahkime elverişli uyuşmazlıklar bakımından gidilebilir. Ayrıca, hakem seçimi de dahil olmak üzere pek çok husus tarafların iradesine tâbidir. Tahkim yargılamasına hâkim olan ilkeler her iki tahkim yargılamasında da geçerlidir.

⁹ *Ad hoc* tahkimde izlenen usûl ile kurumsal tahkim kurallarının izlediği usûl farklı olabileceği gibi, kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kuralları çerçevesinde kurumların uygulayacağı bazı usûller de farklı olabilir ve bu farklılıklar olağan kabul edilmektedir: Ataman-Fıganmeşe, İnci: Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, MHB, C. 31, S. 1, s. 96.

¹⁰ Born, s. 29.

2. Ticarî Tahkim ve Yatırım Tahkimi

Ticari tahkim özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde en çok başvurulanan bir uyuşmazlık çözüm yolu iken, yatırım tahkiminin konusu yatırım uyuşmazlıklarıdır; diğer bir deyişle yatırım tahkimi ev sahibi devletin yatırımcıya karşı yükümlülüklerini ihlâl etmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüştür. Bununla birlikte, milletlerarası ticari tahkim kavramının sıklıkla yatırım uyuşmazlıkları için başvurulanan yatırım tahkimini de kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir¹¹.

Yatırım tahkimi sadece uyuşmazlığın konusu bakımından değil uyuşmazlığın tarafları bakımından da ticarî tahkimden ayrılır. Yatırım tahkimine, sadece yatırımcının yabancı uyruklu özel kişi olması halinde başvurulmaktadır. Prensip itibarıyla ev sahibi devletin uyrukluğunda bulunan gerçek veya tüzel kişiler yatırım tahkimi sürecini başlatamazlar. Yatırım uyuşmazlığında yatırımcının ev sahibi devlet nezdinde yabancı uyruklu olması, başlı başına yatırım tahkimine milletlerarası tahkim niteliğini vermektedir. Ticarî tahkimde ise yabancı unsur olması şart değildir. Ticarî tahkimde yabancı unsurun varlığının tek önemi, uyuşmazlığı konu bakımından milletlerarası niteliğe dönüştürmesidir.

Uyuşmazlığın tarafları bakımından önem taşıyan diğer bir husus ise, ticarî tahkimde uyuşmazlığın tarafları eşit menfaat ilişkileri çerçevesinde özel hukuk kişileri iken, yatırım tahkiminde uyuşmazlığın bir tarafı daima ev sahibi devlettir. O halde yatırım tahkimine konu olan uyuşmazlığın taraflarının bir yanda mutlaka egemen sıfatıyla ev sahibi devlet, diğer yanda ise prensip itibarıyla o devletin uyrukluğunda bulunmayan (yabancı) yatırımcı olması gerekir. Buna karşılık, ticarî tahkimde uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olması halinde dahi taraflar arasında eşitlik vardır; devlet bir özel hukuk kişisi gibi sözleşmenin veya bir hukukî ilişkinin ve uyuşmazlığın tarafıdır.

¹¹ Ataman-Fıganmeşe, s. 93.

Ticarî tahkim ve yatırım tahkimi arasında davacı ve davalı sıfatları bakımından da fark vardır. Ticarî tahkimde uyuşmazlığın taraflarından biri devlet olsa bile, devlet bu yargılamada davacı veya davalı sıfatıyla yer alabilir. Yatırım tahkiminde ise, uyuşmazlığı tahkime götüren davacı olarak hareket eden esas itibarıyla yabancı yatırımcıdır. Ev sahibi devletin bir talepte ya da karşı talepte bulunmasına genellikle rastlanmamaktadır. Yatırımdan kaynaklanan yükümlülükleri ihlâl edebilecek olan sadece ev sahibi devlettir; bu nedenle yatırım uyuşmazlığını yatırım tahkimi önüne götüremez. Bu nedenle ev sahibi devlet daima davalı sıfatıyla yatırım tahkiminde yer almaktadır¹².

Her ikisi de rızaya dayanmakla beraber ticarî tahkimde ve yatırım tahkiminde tarafların rızanın kaynağı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Ticarî tahkimde rızanın kaynağı, taraflar arasında yapılmış olan bir tahkim anlaşması iken, yatırım tahkiminde uyuşmazlığın tarafları olan yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkime rızanın kaynağını teşkil eden bir tahkim anlaşması genellikle bulunmamaktadır. Yatırım tahkiminde rızanın asıl kaynağı yatırımcının taraf olmadığı ancak yatırımcının mensup olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında yapılan iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalardır¹³.

Ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki diğer fark, gizlilik bakımından ortaya çıkmaktadır. Tahkimin devlet yargısı yerine tercih sebeplerinden biri olan gizlilik, ticarî tahkimin aksine yatırım tahkim bakımından önemli bir role sahip değildir¹⁴; yatırım tahkimi yargılaması sonucunda verilen hakem kararları uzun zamandan beri

¹² Born, s. 499-500.

¹³ Tahkime rızaya kaynaklık teşkil yatırım anlaşmalarında uyuşmazlık çözümüne ilişkin farklı seçenekler için. bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, Yatırım Tahkiminde Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Uluslararası Tahkim Sempozyumu Kitabı, Yetkin, Ankara 2019, s. 205 vd.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ataman-Fıganmeşe, s. 139-142; Yasan, Candan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 780.

yayınlanmaktadır¹⁵. Gizlilik nedeniyle, ticarî tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarına ulaşmak ise esas itibarıyla çok istisnai bir durumdur. Bu durum, yatırım tahkiminde hakemlerin daha önceki hakem kararlarına atıf yapmalarına da imkân vermektedir. Nitekim yatırım uyuşmazlıklarını ele alan hakem kurulları, ticarî uyuşmazlıkları ele alan hakem kurullarına göre çok daha yoğun biçimde, hatta hemen her davada önceki hakem kararlarına atıfta bulunmaktadır¹⁶.

Ticarî tahkim ile yatırım tahkimi arasında işaret edeceğimiz son farklılık uygulanan hukuk konusunda ortaya çıkmaktadır. Yatırım tahkiminde ev sahibi devlet ile yatırımcının mensup olduğu devlet arasındaki iki veya çok taraflı milletlerarası anlaşma hükümleri geniş uygulama alanı bulmaktadır. Yatırımcılar tarafından söz konusu anlaşmalarda kabul edilen ev sahibi devletin yatırımlara uygulamakla yükümlü olduğu muamele standartlarını ya da kamulaştırma standartlarını ihlâl ettiği iddiası ile yatırım tahkimi yoluna başvurulmakta¹⁷ ve ev sahibi devlet tarafından zararın giderilmesi talep edilmektedir. Bu nedenle yatırım tahkiminde uluslararası kamu hukukunun yoğun uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Ticari tahkimde ise genellikle bazı istisnalar dışında millî hukuk uygulanır¹⁸;

¹⁵ ICSID hakem kararları <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> adresinde uzun süredir yayınlanmaktadır. Ayrıca italaw adlı web sitesinde hem ICSID hakem kararlarına hem yatırım tahkimine ilişkin diğer hakem kararlarına ulaşılabilir: <https://www.italaw.com/> (erişim 10.06.2023).

¹⁶ Born, s. 498-499; Ataman-Figanmeşe, s. 143.

¹⁷ Yatırım tahkiminde ev sahibi devletin uymakla yükümlü olduğu kamulaştırma dahil her bir standardın ayrıntılı olarak ele alındığı çalışma olarak bkz. Reinisch, August (Ed), *Standards of Investment Protection*, Oxford 2008.

¹⁸ Uluslararası Ticarete İlişkin UNIDROIT İlkeleri gibi *soft law* niteliğindeki düzenlemelerin ticari tahkimde hakem heyetleri tarafından uygulandığı durumlar ve *lex mercatoria* ile tahkim arasındaki ilişki için bkz. Erdem Ercüment, H., “*Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi*”, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (2007-2016), Beta Yayıncılık, İstanbul 2008; Güven, Koray, *Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim*, MHB, C. 34, S. 2, s. 41-52.

bu hukuk taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa o ülkenin; hukuk seçimin olmadığı durumlarda uyuşmazlık konusu ilişki ve taraflarla en sıkı irtibatlı ülkenin hukuku ya da hakem veya hakem kurulunun uygulanmasını uygun gördüğü bir ülkenin hukukudur. Bu nedenle ticarî tahkim yargılamasında uluslararası kamu hukukunun müdahalesine ihtiyaç duyulacak hallerde genellikle rastlanmamaktadır¹⁹.

Gerek ticarî tahkim gerek yatırım tahkimi, *ad hoc* veya kurumsal tahkim yargılaması olarak gerçekleşebilir. Uluslararası ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlerde yatırımcılara bazen ev sahibi devlet mahkemelerine başvurduktan sonra bazen de herhangi bir ön koşul aranmadan tahkim yoluna gitme imkânı tanınmaktadır²⁰. Söz konusu anlaşmalarda yatırımcıya sunulan seçenekler arasında başta ICSID olmak üzere ICC, SCC gibi kurumsal tahkim yollarının yanı sıra, *ad hoc* (UNCITRAL kurallarına göre) tahkim yolları bulunmaktadır. Yatırımcılara sunulan seçenekler arasında yer alan, bazen de tek seçenek olan ICSID tahkimine esas itibarıyla sadece yatırım uyuşmazlıkları götürülebilir²¹.

¹⁹ Ataman-Fıganmeşe, s. 102-103, 120 vd.

²⁰ İki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm kayıtlarında yatırımcıya sunulan seçenekler hakkında değerlendirme için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of, Public and Private International Law Bulletin (2023), s. 13-21. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/77192/1174730> (erişim 10.06.2023).

²¹ ICSID, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla Devletler ve Değer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulmuş bir merkezdir. Bu sözleşme, ICSID merkezini kuran sözleşme olması sebebiyle çoğunlukla ICSID Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Sözleşmeye Türkiye taraf olmuştur (RG. 2.6.1988-19830). Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> (erişim 10.06.2023).

3. İç Tahkim (Yerli Tahkim) ve Dış Tahkim (Yabancı Tahkim)

İç tahkim tüm unsurları itibarıyla sadece bir devleti ilgilendiren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için o devletin getirmiş olduğu tahkim düzenlemelerine tâbi olarak yürütülen tahkim anlamına gelmektedir. Türkiye bakımından değerlendirildiğinde, Türk iç hukuk kurallarının tahkim usûlüne uygulandığı ve tahkim yerinin Türkiye olduğu, diğer bir ifadeyle yabancı unsurun bulunmadığı uyuşmazlıklar bakımından yapılan tahkim yargılaması iç tahkim başlığı altında yer alır.

Dış tahkim (yabancı tahkim) ise, yabancı bir ülkenin usûl kanunlarının uygulandığı ve esas itibarıyla tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu tahkim türü olup, bu yargılama sonucunda verilen hakem kararları da yabancı hakem kararı olarak kabul edilmektedir.

İç tahkim ve dış tahkim ayırımı özellikle hakem kararlarının iptali ile tanıma ve tenfiz bakımından önem taşımaktadır. İç tahkim yargılamasında tahkim yeri de aynı ülke olacağı için hakem kararları, iptali yoluna başvurulmamış ya da başvurulduktan sonra iptal talebi reddedilmiş ve karar kesinleşmiş ise Türkiye’de verilmiş bir mahkeme kararı gibi bağlayıcı olup doğrudan icra kabiliyetine sahiptir. Bu kararların ayrıca tanınmasına ve tenfiz edilmesine gerek yoktur. Dış tahkim yargılaması sonucunda, yani tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu ve tahkim usûlüne de yabancı bir ülke hukukunun uygulandığı tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar sadece o ülkede iptal edilebilir. Söz konusu kararlar Türkiye’de doğrudan bir etkiye sahip değildir; kararların kesin hüküm ve kesin delil etkisini doğurabilmeleri için tanınmaları, icra kabiliyeti kazınmaları için Türkiye’de tenfiz edilmeleri gerekir.

Gerek iç tahkim gerek dış tahkim kurumsal tahkim kurallarına göre yürütülebileceği gibi *ad hoc* tahkim olarak da gerçekleşebilir.

4. Millî Tahkim-Milletlerarası Tahkim Ayrımı

Millî tahkim aslında yabancı unsur taşıyın ya da taşımasın, bir devletin millî usûl kanunlarının otoritesi altında verilen tahkim anlamına gelmektedir. O halde, yatırım tahkimi bir tarafa bırakılacak olursa her tahkim aslında kaynağı bakımından millî tahkimdir. Yabancı unsur taşısa bile tahkim usûlünün Türk hukukuna tâbi olduğu ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği durumlarda konu bakımından milletlerarası, kaynak bakımından millî tahkim söz konusudur²². Bu durumda yukarıda sözü edilen iç tahkim-dış tahkim ayrımı kapsamında iç tahkim her durumda kaynağı ve konusu bakımından millî olan bir tahkimdir; ancak millî tahkim iç tahkim ile sınırlı değildir. Aynı şekilde dış tahkim ile milletlerarası tahkim de birbirinin yerine kullanılamaz. Eğer milletlerarası unsurlu uyuşmazlığın olduğu her durumda milletlerarası tahkim söz konusu ise, böyle bir uyuşmazlığın Türkiye’de Türk kanunlarına tâbi olarak çözülmesi halinde dış tahkimden bahsedilemez; bununla beraber, kaynak bakımından millî, konu bakımından milletlerarası tahkimin varlığından bahsedilebilir.

Yatırım tahkimi (özellikle ICSID tahkimi) bir tarafa bırakılacak olursa, milletlerarası tahkim kavramı ile tüm millî hukuklardan bağımsız bir tahkim kastedilmemektedir. Milletlerarası tahkim sadece *milletlerarası unsurlu* uyuşmazlıklar bakımından yapılan tahkim yargılamaları için kullanılmaktadır. Milletlerarası unsur yabancı unsuru da içine alan geniş bir kavramdır. Kişi ve yer bakımından yabancı unsur olmasa bile bir sözleşmenin milletlerarası alanda etkileri varsa bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için gidilen tahkim yargılaması milletlerarası tahkim kapsamında ele alınmaktadır. Bu anlamda, milletlerarası tahkim, yabancı bir ülkede yabancı bir ülkenin

²² Aynı yönde değerlendirme için bkz. Takavut, İbrahim, D., Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi, İstanbul 2021, s. 17

kanunlarına göre yürütülen milletlerarası unsurlu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim yargılamasını kapsadığı gibi (dış tahkim), yine milletlerarası unsur taşıyan ancak Türk Milletlerarası Tahkim Kanununa (MTK) göre yürütülen tahkim yargılamasını da kapsamaktadır. Ancak ikinci durumda konu bakımından milletlerarası, usûle Türk hukuku (MTK) uygulandığı için de kaynak bakımından millî tahkim yargılamasından bahsedilmelidir²³.

Milletlerarası tahkimin ideal anlamı hem konu hem kaynak bakımından milletlerarası nitelik taşıması olsa da günümüzde esas itibarıyla tahkim yeri hukuku izin vermedikçe bu anlamda bir milletlerarası tahkim mümkün olmayacaktır²⁴. Dolayısıyla, yatırım tahkimi dışında her tahkimin, tahkim yeri hukukunun bir parçası olduğu, milletlerarası tahkim kavramının tam olarak gerçeği yansıtmadığı söylenebilir²⁵.

Millî ve milletlerarası tahkim ayrımı gerçeği yansıtmadığı gibi²⁶, hakem kararının iptali ile tanıma ve tenfiz davaları bakımından belirleyici bir kıstas olarak da kullanılamaz. Dolayısıyla tahkim yeri yabancı olan, yabancı usûl kanunları uygulanarak verilen hakem kararı Türkiye bakımından tahkim yerinin yabancı bir ülke olması nedeniyle hem milletlerarası hakem kararı hem de yabancı hakem kararı vasfını taşımaktadır. Bu nedenle, Türkiye’de kesin hüküm, kesin delil ve icra etkisi doğurması için tanınması ve tenfizine ihtiyaç vardır. Buna karşılık, tahkim usûlüne Türk hukukunun (MTK) uygulandığı ve/veya tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın çözümü için

²³ MTK. m. 2’de uyuşmazlığın ne zaman yabancı unsur taşıdığı belirlenmek suretiyle tahkimin ne zaman milletlerarası tahkim vasfını kazanmış sayılacağı da belirlemiş olmaktadır: Şanlı/Esen/Ataman-Figaneşe, s. 792.

²⁴ Nomer, E. Milletlerarası Usul Hukuku, B.2, İstanbul 2018, s. 226.

²⁵ Yeşilova, s. 105-106.

²⁶ Bu nedenle millî tahkim ve yabancı tahkim ayırımının daha gerçekçi olduğu söylenebilir: Yeşilova, s. 117.

yürütülen bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı, millî bir hakem kararı olduğundan tanınmasına ve tenfizine gerek olmadan Türkiye’de kesin hüküm, kesin delil ve icra gücüne sahip olacaktır²⁷.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse iç tahkim dış tahkim ayrımının karşılığı, millî ve milletlerarası tahkim ayrımı değildir. Esasında millî ve milletlerarası tahkim ayrımı da ikincisinin gerçek anlamda var olmaması nedeniyle kendi içinde doğru değildir²⁸.

5. Zorunlu Tahkim

Buraya kadar anlatılan tüm tahkim türleri özü itibarıyla rızaya dayanmaktadır. Nitekim tahkimin ön koşullarından biri uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü hususunda tarafların anlaşmış olmalarıdır. Uyuşmazlığın tarafları tahkim yoluna gitmek istemedikçe tahkim yargılaması yapılması için tarafların zorlanmaması gerekir. Bu nedenle, bazı kanunlarımızda taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümünü öngören ve zorunlu (mecburî) tahkim olarak anılan müessese, ismi öyle olsa da tarafların rızasına dayanmadığı için özü itibarıyla tahkim yargılaması değildir²⁹. Bu açıklamalar çerçevesinde ihtiyarî tahkim-zorunlu tahkim ayrımının yerinde olmadığı kanısındayım.

²⁷ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Takavut, s.17-21.

²⁸ Tahkimin milletlerarası niteliği ile ilgili ayrıntılı bir analiz için bkz. Yeşilova, s. 116-122.

²⁹ Zorunlu tahkimi öngören kanunlardan bazıları şunlardır: 29. 6.1988 tarih ve 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolile Halli Hakkında Kanun (RG. 16.07.1938-3961). 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (RG. 7.11.2012-28460). Anılan Kanunun 51. maddesinde yüksek hakem kuruluna başvurulması zorunlu tahkim kapsamında değerlendirilmektedir: Tuncay, Aziz C., Toplu İş Hukuku, B.6, İstanbul 2017, s. 373-374. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG. 28.11.2013-28835). Bu Kanunun 68. maddesinde yer alan tüketici hakem heyetlerine başvuru olsa da tüketicinin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaya engel teşkil etmemektedir. 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (RG.16.5.2009-27230). Anılan Kanunun 6. maddesinde TFF Tahkim Kurulu zorunlu tahkim mercii olarak öngörülmüştür.

Tamamen tarafların idaresine dayanan ve varlık sebebi tarafların rızası olan bir müessesenin mecburî bir yol olarak öngörülmesi mantıksız görünse de kanunlarımızda yer alan düzenlemeler nedeniyle istisnai de olsa zorunlu tahkimin varlığından bahsedilmektedir³⁰.

III- Tahkimin Dayandığı İlkeler

Bu başlıkta sadece tahkim yargılamasına özgü olan bazı özelliklere ve ilkelere yer verilecektir. Açıklık (aleniyet) ilkesi bir tarafa bırakılacak olursa medenî yargılamaya hâkim olan adil yargılanma, hukukî dinlenilme, tasarruf, usûl ekonomisi, taraflarca getirilme, talebe bağlılık gibi yargılama hukukuna hâkim olan bazı ilkeler³¹ tahkim yargılaması bakımından da geçerlidir.

A. Tahkimin Rızaya Dayanması ve İradenin Rolü

Tahkim yargılamasının başından sonuna kadar tarafların iradesi önemli bir rol oynamaktadır. Tahkimde taraf iradelerinin tahkim süreci üzerindeki hakimiyeti, tahkimi devlet yargısından ayıran en önemli temel özelliktir. Her şeyden önce, tahkim yargılamasının yolunu açan, hakemlerin yetkisinin dayanağı tarafların tahkime gitme iradesidir ve bu irade yatırım tahkimi bir tarafa bırakılacak olursa tahkim anlaşması ile ortaya konmaktadır. Her ne zaman bir tahkim yargılaması varsa, bunun sebebi tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için anlaşma yapmış olmalarıdır. Bu nedenle tarafların iradesi tahkim yargılamasının omurgası olarak görülmektedir³²

Tahkimde tarafların iradesi o kadar önemlidir ki, milletlerarası tahkim kanunlarında ve millî tahkim kanunlarında emredici kural sayısı

³⁰ Akıncı, s. 8-9.

³¹ Bu ilkelerin tamamı ile ilgili bilgi için bkz. Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, B. 5, Ankara 2022, s. 93-129.

³² Takavut, s. 30.

çok azdır. Bu düzenlemeler tarafların iradesinin rolünü ortaya koyacak şekilde kaleme alınırken, çok sayıda hüküm “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” ifadesiyle başlamaktadır³³. Tarafların aksini kararlaştırdıkları konular, taraflar için emredici değilse de hakemler için emredicidir. Tarafların aksini kararlaştırdıkları durumlarda hakemler, tarafların iradesine uygun davranmakla yükümlüdür. Taraflarca kararlaştırılan usûl kurallarına uymamak çoğu durumda hakem kararının iptali sebebidir.

Tahkim sürecinin tamamına hâkim olan tarafların iradeleri, aslında çok geniş bir kavramdır. Tahkim yargılamasında, ayrıca tarafların irade özerkliği (yani uygulanacak hukuku tayin etmeleri) devlet yargısına göre daha geniş bir alana yayılmıştır. Devlet yargısında olduğu gibi uyuşmazlık sözleşmeden kaynaklanıyorsa tarafların asıl sözleşmeye, haksız fiilden kaynaklanıyorsa haksız fiile uygulanacak hukuku seçmeleri tahkim yargısında da mümkündür. Devlet yargısından farklı olarak taraflar hakemlerin hakkaniyete göre karar vermeleri üzerinde anlaşmaya varabilirler. Taraflara, tahkim anlaşmasının geçerliğine uygulanacak hukuku seçme imkânı da tanınmıştır³⁴. Son olarak taraflar, tahkim yargılamasının usûle ilişkin bütün aşamaları dahil olmak üzere tahkimin tâbi olduğu hukuku, yani tahkime uygulanacak hukuku (*lex arbitri*) seçme imkânına sahiptir³⁵.

³³ Örneğin, MTK’da sayısı göz ardı edilemeyecek kadar “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesine yer verilmektedir: M. 6/II, m. 7(B ve E), m.10(A, B, D/2, E), 11(A), 12 (A/2, C/2), 13 (A), 14 (A/2) ve (C), 16 (A) ve (D).

³⁴ Örneğin, MTK’nın 4 (3). maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliğine uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği açıkça ifade edilmiştir: “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*”.

³⁵ *Lex arbitri* (the law governing the arbitration) teriminin karşılığı olarak tahkimin tâbi olduğu hukukun yanı sıra, tahkime uygulanacak hukuk ve hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun (hukuk) terimleri sıklıkla kullanılmaktadır: Aygül, Musa, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, B.2, İstanbul 2014, s. 6, 29.

Tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitri*) ile tahkim yargılamasında uygulanacak usûl kuralları aynı anlamda olmadığından birbirinin yerine kullanılamaz. *Lex arbitri* daha üst bir kavram olup tahkim yargılamasına uygulanacak usûl kurallarından daha fazlasıdır. Taraflarca seçilsin ya da seçilmesin tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitri*) esas itibarıyla bir devletin milli hukukudur³⁶. *Lex arbitri*'nin çizdiği sınırlar içinde tarafların usûl kuralları ile ilgili irade serbestisi geniş bir alana yayılmaktadır. Bu çerçevede, tarafların iradesi hakem veya hakemlerin sayısı, hakemlerin seçimi usûlü, tahkim süresi, tahkim yeri ve tahkim dili, delillerin ikamesi gibi pek çok hususta önemli rol oynamaktadır. Bu serbestiye tarafların haklarının korunması ve tahkim yargısına karşı olan güvenin korunması amacıyla milli ve milletlerarası düzenlemeler ile sınırlar getirilmektedir. Böylelikle hakem kararlarının icra kabiliyetine sahip olması kolaylaştırılmakta ve hakem kararlarında keyfiliğin önlenmesi temin edilmektedir³⁷.

B. Hakem veya Hakem Kurulunun Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi (*Kompetenz - Kompetenz*)

Hakem veya hakem kurulunun yetkileri hakkında karar verme yetkisinin hakem veya hakemlere ait olduğunu ifade eden bu ilke ya da bazı yazarların ifade ettiği üzere doktrin³⁸, dünya çapında geniş kabule mazhar olmuştur. Nitekim millî ve milletlerarası tahkim kanunlarında, tahkim kurumlarının kurallarında, hakem kararlarında, UNCITRAL Tahkim Kurallarında ve UNCITRAL Model Kanununda³⁹ hakemlerin

³⁶ *Lex arbitri*'nin mutlaka bir devletin milli hukuku olması gerekmediğini, *a-national* bir *lex arbitri*nin mümkün olabileceği uzun süredir tartışılmaktadır. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle bu tartışmalara girmeyeceğiz.

³⁷ Takavut, s. 31.

³⁸ Born, s. 62.

³⁹ Hem UNCITRAL Tahkim Kurallarında (m. 23) hem UNCITRAL Model Kanununda (m. 16) yer alan hakem kurulunun “*tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliği ile ilgili itirazlar dahil olmak üzere hakem kurulu kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine sahip olacağı*” hükmü neredeyse bütün tahkime ilişkin millî ve milletlerarası belgelerde benimsenmiştir.

yetkisinin dayanağı olan tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliği ile ilgili itirazlar da dahil olmak üzere hakem kurulunun kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi hükme bağlanmıştır. MTK'nın, 7 (H) maddesinin ilk cümlesinde yer alan “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir*” hükmü ile Model Kanunun kullandığı formülü benimsemiştir.

Kompetenz-Kompetenz ilkesinin sonucu olarak, bir tahkim yargılamasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı ileri sürülmüş ise tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına ve buna dayanarak yetkili olup olmadıklarına hakemler karar verecektir.

Bu ilkenin diğer sonucu ise geçerli ya da geçersiz bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, taraflar mahkemeye başvurmuşlarsa, karşı tarafın tahkim itirazında bulunması halinde, mahkeme bu ilke gereğince tarafları tahkime yönlendirecektir. UNCITRAL Model Kanunun 8(1) maddesinde tahkim anlaşmasının konusuna giren bir uyuşmazlık millî mahkemelerin önüne götürülmüş ise; mahkemenin, anlaşmanın yok hükmünde, geçersiz, icra edilemez olduğunu *tespit etmediği sürece* tarafları tahkime sevk edeceği belirtilmektedir. Bu hüküm pek çok devletin tahkim kanununda yer almıştır. Hiç şüphesiz madde metninde geçen tahkim anlaşmasının geçersizliği, hükümsüzlüğü ile ilgili tespit, nihai bir bulgu değil “ilk bakışta, ilk incelemede dikkat çeken” anlamına gelmektedir⁴⁰. Aksi takdirde bu ilkenin uygulama alanı son derece sınırlandırılmış olurdu.

⁴⁰ Fransız tahkim hukukunda, Fransız mahkemeleri önünde görülen bir davada tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle tahkim itirazında bulunulursa mahkeme tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz olduğu haller dışında, tarafları tahkime yönlendirir. Hatta mahkeme tahkim anlaşmasının açıkça hükümsüz olduğu kanısına varsa bile hakem kurulu oluşmuş ise mahkeme yine tarafları tahkime yönlendirmek zorundadır: Born, s. 63.

MTK'nın 5. maddesinde “*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder*” hükmüne yer verilmek suretiyle kompetenz-kompetenz ilkesinin bu sonucu ifade edilmiştir. Hükümde yer alan “*tahkim itirazının kabulü halinde*” ifadesi ile mahkemenin ilk bakışta yapacağı incelemede tahkim anlaşmasının açıkça yok hükmünde olduğu veya geçersiz olduğu anlaşıyorsa bu durumun kompetenz kompetenz ilkesinin istisnasını oluşturacağı ve mahkemenin davayı görmeye başlayacağı anlaşılmaktadır. Mahkeme önünde yapılan tahkim itirazında hâkim tahkim anlaşmasının geçersizliği veya yokluğu konusunda tereddüt yaşıyorsa bu durumda tarafları tahkime yönlendirmek üzere davayı usûlden reddedecektir.

C. Ayrılabilirlik (Seperability) İlkesi

Tahkim anlaşmasının, uyuşmazlığın kaynaklandığı asıl sözleşmenin içine bir tahkim kaydı olarak yer aldığı durumlarda bile asıl sözleşmeden tamamen ayrı ve bağımsız olduğu bütün ülkelerin tahkim kanunlarda, yargı kararlarında, önemli tahkim kurumlarının kurallarında kabul edilmiştir. UNCITRAL Model Kanununun 16(1) maddesinde yer alan “*bir sözleşmenin parçası olan tahkim kaydı o sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak kabul edilecektir*” hükmü pek çok ülkenin millî ve milletlerarası tahkim mevzuatında yer almıştır. Örneğin MTK'nın 7 (H) maddesinde hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verirken ayrılabilirlik ilkesini Model Kanundakine benzer bir şekilde hükme bağlamıştır: “*... bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir*”.

Ayrılabilirlik ilkesinin gerekçesi, tahkim yoluna başvurma tarafların birbirlerine karşı verdiği taahhüt olarak kabul edilmesi ve

anlaşmanın bağımsız ve icra edilebilir bir parçası olmasıdır⁴¹. Ayrılabilirlik ilkesinin kabul edilmesinin pratik nedenleri de vardır; bunlardan en önemlisi tahkim anlaşmasının ve hakemlerin yetkisinin asıl sözleşmeye karşı ileri sürülecek iddialardan soyutlanmasını sağlamasıdır.

Ulusal ve uluslararası tahkim uygulamasında genel kabule mazhar olan ayrılabilirlik ilkesinin bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Aşağıda ele alınacak bu sonuçlar birbiri ile bağlantılıdır.

Ayrılabilirlik ilkesinin ilk önemli sonucu, asıl sözleşmenin geçersizliği ve yokluğunun, mutlaka tahkim anlaşmasının da geçersizliği ve yokluğu sonucunu doğurmayacağıdır. MTK'nın 4. maddesinde ayrılabilirlik ilkesinin bu sonucuna işaret edilerek *“Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”* hükmüne yer verilmiştir. Asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verildiği takdirde bu tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne karar verildiği anlamına gelmez. Bu husus MTK'nın 7(H) maddesinin son cümlesinde ifadesini bulmuştur: *“Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz”*. O halde, sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırılığı iddiasıyla geçersiz olduğu ileri sürülmüş olsa bile o sözleşme içinde yer alan tahkim kaydı geçerli olabilir. Bu kayda dayanılarak başlatılan tahkim yargılamasında sözleşmenin geçerli olup olmadığına, yetkili olması halinde hakem veya hakem kurulu karar verecektir.

Ayrılabilirlik ilkesinin ikinci sonucu, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin mutlaka asıl sözleşmeyi geçersiz kılmayacağıdır. Tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açan durumlar ile asıl sözleşmenin geçersizliğine yol açan durumlar aynı değildir. Bu husus ayrılabilirlik

⁴¹ Born, s. 61.

ilkesine bağlanan üçüncü sonuç ile desteklenmektedir. Ayrılabilirlik ilkesinin üçüncü sonucu ise, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun aynı hukuk olmasının gerekmemesidir. Esasen asıl sözleşmenin tâbi olduğu hukuk ile tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun farklı olması çok sık rastlanan bir durumdur.

Ayrılabilirlik ilkesine bağlanan dördüncü sonuç ise, asıl sözleşmenin şekli ile ilgili sorunlara uygulanacak hukuk ile ve tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukukun farklı kriterlere göre tayin edilmesidir. Hakem veya hakem kurulu, asıl sözleşmenin şekli ile ilgili olarak ya sözleşmenin yapıldığı yer veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun alternatif olarak uygulanmasına izin veren bir bağlama kuralını uygulayabilir; ancak tahkim anlaşmasının şekli bakımından bağlama kuralları yerine, özellikle tahkim yerinin öngördüğü şekle ilişkin maddi hukuk kuralları uygulanmaktadır⁴². Tarafların kurumsal tahkim yoluna başvurmaları halinde söz konusu kurumun kurallarında düzenlenmiş şekil şartlarına uygunluk aranacaktır.

Ayrılabilirlik ilkesinin diğer bir sonucu da asıl sözleşme bakımından, tarafların sözleşme ehliyetine ilişkin sorunlara uygulanacak hukuk ile tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukukun tamamen ayrı değerlendirilmesidir. Asıl sözleşme bakımından ehliyetinin tâbi olacağı hukuka göre taraflar ehliyetine ilişkin tüm koşulları gerçekleştirmiş olabilir; ancak taraflardan birinin veya ikisinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti bulunmayabilir.

⁴² Örneğin MTK'nın 4(II) maddesinde tahkim anlaşmasının şekli ile ilgili doğrudan düzenleme yapılmıştır: *"Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalı- nın verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâli- ne getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır"*.

IV. Tahkimin Gizliliği

Gizlilik ile genel olarak tahkim yargılaması sırasında taraflardan başka kimselerin tahkim yargılamasına katılamamaları, tarafların yargılama esnasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamaması ifade edilmektedir⁴³. Tahkim duruşmaları basına ve kamuya kapalıdır. Ulusal ve uluslararası tahkim uygulamasında tarafların beyan ve dilekçeleri ile hakem kararları gizli tutulmaktadır. Gizlilik ilkesinin, uyuşmazlık hakkında bilgileri açığa çıkarmak suretiyle tarafların yeni sorunlara sebep olma ve mevcut sorunları daha da ağırlaştırma riskini tamamen ortadan kaldırmaya da önemli ölçüde azalttığı kabul edilmektedir⁴⁴.

Gizliliğin kapsamı oldukça geniş tutulmaktadır⁴⁵. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, uyuşmazlığı çözecek makam ve bu bağlamda hakemlerin kimliği, tahkim yargılaması ile ilgili her türlü bilgi, belge ve delil, taraflar arasındaki anlaşmalar, hakem kararının ve usûle ilişkin kararların içeriği, duruşmalar, duruşmada dinlenen tanık ve uzmanların beyanları, hakemlerle taraflar arasında hangi vasıta ile yapılmış olursa olsun tüm yazışmaların gizlilik yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkündür⁴⁶. Bunula birlikte bu yükümlülüğün kapsamına giren bilgilerin tahkim yargılaması öncesinde zaten kamuya açıklanmış hususları kapsamadığı, sadece yargılama sırasındaki bilgiler ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Tarafların, tahkim yargılamasında

⁴³ Kavram gizlilik ve mahremiyet (*confidentially and privacy*) terimlerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır: Born, s. 14. Ayrıca bkz. Yasan, s. 783-784.

⁴⁴ Bununla birlikte tahkim sürecinin tamamını etkisi altına alan gizliliğin, tarafları, taraf vekillerini ve hakemleri bazen garip bir konuma sokacağı ifade edilmektedir: Dessemontet, François, Arbitration and Confidentially, <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Arbitration%20%26%20Confidentiality.pdf> (erişim 10.06.2023)

⁴⁵ Gizliliğin kapsamına giren hususların konu, kişi ve zaman bakımından ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Yasan, s. 790-801.

⁴⁶ Giray, Faruk K., Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2015, C. 4, S. 2, s.109, Tüysüz, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü, MHB, C.37, S. 2, s. 850-851.

⁴⁷ Tüysüz, s. 851.

görülen uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme ile ilgili daha önce gizlilik anlaşması yapmış olmaları halinde ise üçüncü kişilere açıklanmayacak bilgilerin neler olduğu konusunda genellikle sıkıntı yaşanmamaktadır⁴⁸.

Tahkimin tercih edilmesinin başlıca nedenlerinden biri olan gizlilik hakkında Türk hukukunda⁴⁹, birçok ülkenin tahkim mevzuatında ve UNCITRAL Model Kanununda düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁰. Gizlilik yükümlüğü, bazı kurumsal tahkim kurallarında açık olarak⁵¹ UNCITRAL Tahkim Kurallarında ise ve hakem kararının yayınlanması ile sınırlı ve örtülü olarak düzenlenmiştir⁵².

Açıkça düzenlenmemiş bile olsa milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında tahkim sürecinin gizli olduğu, tarafların, taraf vekillerinin, hakemlerin ve diğer ilgililerin (tanıklar, uzman bilirkişiler, teknik uzmanlar, hakem sekreteri, tarafların danışmanları) bu ilkenin

⁴⁸ Tüysüz, s. 849-850.

⁴⁹ Bununla birlikte Türkiye’deki tahkim kurumlarının kurallarında gizlilik yükümlüğü yer almaktadır. Örneğin ISTAC Tahkim Kurallarının 21. maddesi gizliliği açıkça düzenlemiştir: Söz konusu hüküm uyarınca *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Taraflardan birinin talebi üzerine Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alabilir”*.

⁵⁰ Gizlilik yükümlüğü ile ilgili hükümlere açık veya örtülü olarak yer veren ülkeler hakkında bkz. Tüysüz, s. 852-856.

⁵¹ Örneğin, ICC Kuralları (Ek I’in 8. maddesi ve Ek II’nin 1. maddesi) taraflara değil yalnızca hakemlere ve ICC Tahkim Mahkemesi personeline gizlilik konusunda görev yüklemektedir. Ancak Kuralların 22.3 maddesi hakem kuruluna herhangi bir tarafın talebi üzerine gizlilikle ilgili karar verme yetkisi tanımaktadır. Kurallar için bkz. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/arbitration-rules-and-mediation-rules/> (erişim (erişim 10.06.2023)). LCIA Kuralları (m.30) gizlilik yükümlüğünü kapsamlı ve açıkça taraflar, hakemler ve kararların yayınlanması bakımından düzenlemiştir. Kurallar için bkz. https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030 (erişim 10.06.2023).

⁵² UNCITRAL Tahkim Kurallarının 34.5 maddesinde hakem kararının *“tüm tarafların rızasıyla veya yasal bir görev, yasal bir hakkı korumak veya takip etmek veya bir mahkeme veya başka bir yetkili makam önündeki yasal işlemlerle ilgili olarak bir tarafın açıklama yapmasının gerekli olduğu hallerde ve ölçüde kamuya”* açıklanabileceği belirtilmektedir.

kişi bakımından kapsamı içinde olduğu kabul edilmektedir⁵³. Nitekim doktrinde sıklıkla ifade edildiği üzere gizlilik ilkesi tahkim yolunun tercih edilmesinin temel nedenlerinden biri olduğu için, ticarî tahkim alanında yayınlanmış olan kararlara nadiren rastlanmaktadır. Bu ilke yatırım tahkimi bakımından biraz esnetilmiştir. Yatırım tahkiminde ev sahibi devlet açısından kamu menfaatlerinin varlığı, gizlilik konusunda ticarî tahkimden daha farklı bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirmiştir. Bu nedenle yatırım tahkiminde şeffaflık daha üstün bir değer olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Şeffaflık sadece ev sahibi devletlerin değil yabancı yatırımcıların da lehine olabilir. Şeffaflık ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcıya karşı uyguladıkları haksız muamelelerin azalmasına vesile de olabilir⁵⁵.

⁵³ Yasan, s. 797-800.

⁵⁴ Akkaşoğlu, Şeyma, Uluslararası Tahkimde Şeffaflık, TBB Dergisi 2021, C. 152, s. 380.

⁵⁵ Yasan, s. 780.

Kaynakça

Akkaşoğlu, Şeyma, Uluslararası Tahkimde Şeffaflık, TBB Dergisi 2021, C. 152, s. 367-413.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Ticari Tahkim, B. 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, B. 5, Ankara 2022.

Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, MHB, C. 31, S. 1, s. 91-152. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/411223>

Aygül, Musa, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, B.2, İstanbul 2014.

Bilgetekin, Tuğçe N., Acil durum Hakemliği, MHB, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 32-72. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411289>

Born, Garry B., International Arbitration: Law and Practice, 3rd Edition, Wolters Kluwer, The Netherlands 2021.

Dessementet, François, Arbitration and Confidentially, <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Arbitration%20%26%20Confidentiality.pdf>

İlhan, Ekin Deniz, UNCITRAL Şeffaflık Kurallarından Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesine, Yargıtay Dergisi 2021, C. 47, S. 3, s. 1198- 1212.

Güven, Koray, Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim, MHB, C. 34, S. 2, s. 1-57.

Nomer, E. Milletlerarası Usul Hukuku, B.2, İstanbul 2018.

Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 2006 EÜHFD, C.X, S.3-4, s. 459- 475.

Reinisch, August (Ed), Standards of Investment Protection, Oxford 2008.

Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B.6, İstanbul 2016.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, B.10, Beta, İstanbul 2023.

Takavut, İbrahim, D., Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi, İstanbul 2021.

The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>

Tiryakioğlu, Bilgin, "Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of", Public and Private International Law Bulletin (2023), s. 1-36. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/77192/1174730>

Tiryakioğlu, Bilgin, Yatırım Tahkiminde Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Uluslararası Tahkim Sempozyumu Kitabı, Yetkin, Ankara 2019, s. 201-226.

Tuncay, A.C., Toplu İş Hukuku, B.6, İstanbul 2017.

Tüysüz, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü, MHB, C. 37, S. 2, s. 846- 873.

UNCITRAL Model Kanunu (*United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration*) 1985 metni için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

Yasan, Candan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 777-806.

Yeşilirmak, Ali, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009 (basım yılı 2010) s. 693-734.

Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler, TBB Dergisi, 2008, S. 76, s. 83-164.

YARGITAY UYGULAMALARI KAPSAMINDA TAHKİM İRADESİ VE TAHKİM ANLAŞMASI

Dr. Adem ASLAN*

Özet:

1982 Anayasasının 9. Maddesi uyarınca “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” şeklindeki egemenlik haklarının kullanımıyla ilgili genel düzenlemeye karşın, Anayasamızın 59/3 ve 125/3. Maddelerindeki düzenlemeler ve uluslararası anlaşmalar uyarınca, tarafların istek ve iradesi kapsamında özel hukuk alanında tarafların uyuşmazlığın hakemde çözülmesi iradesi ve bu hususta anlaşmaları halinde çıkacak bazı uyuşmazlıkların “tahkim” yoluyla çözülmesi mümkündür.

Yargı yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların hızlı olarak çözümlenmesi amacıyla tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak teşvik edilmesi gerekli bir yöntem olmakla birlikte, uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız mahkeme yoluyla çözüleceğine ilişkin ana kural karşısında, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi istisnai bir hüküm olup, öncelikle uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, akabinde de hukuki ilişkinin taraflarında tahkim iradesinin bulunup bulunmadığı ve tarafların bu konuda tahkim anlaşması yapıp yapmadıklarının sıkı denetim koşullarına tabi tutulması gerekir.

I. TAHKİM İRADESİ VE TAHKİM ANLAŞMASI

A. Tahkim Anlaşması

Tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi mi, yoksa maddi hukuk sözleşmesi olduğu konusunda bir takım görüş ayrılıkları bulunmaktadır¹. Kanaatimizce, yargılamayı yapacak organın, yargılama

* Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

¹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Doğan Ağırman, Milli ve Milletlerarası Tahkim, Adalet, 2022, s.83 vd.

yapılacak mekanın varlığı ve uygulanacak yargılama kurallarının varlığı dikkate alındığında tahkim sözleşmelerinde usul hukuku kuralları çok daha ağır basmaktadır.

Tahkim anlaşması 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 412. Maddesinde “*Tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır*” şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı şekilde tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu tahkim uyuşmazlıkları hakkında uygulanacak olan 4686 sayı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 4. Maddesinde de tahkim anlaşması “*Tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır*” şeklinde hemen hemen HMK ilke aynı sözcüklerle tanımlanmıştır. MTK'ya tabi uyuşmazlıklar yönünden de tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.

Ülkemizin de tarafı olduğu 1952 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin (New York Sözleşmesi) 2/1. Maddesinde tahkim anlaşması “*Akit devletlerden her biri, tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder*” şeklindeki iç hukuktakine benzer ifadelerle tanımlanmıştır.

B. Tahkim İradesi

1. Tahkim İradesinin Varlığı

Bir uyuşmazlığın mahkeme yerine tahkim yargılamasında görülebilmesi için öncelikle taraflar arasında mutlaka bir tahkim anlaşmasının varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için her şeyden önce o uyuşmazlığın tarafları arasında uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi hususunda güçlü ve tereddütsüz bir iradenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu irade başlı başına bir sözleşme konusu olabileceği gibi, hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin bir maddesi şeklinde de tezahür edebilir.

Diğer tüm sözleşmelerde olduğu tahkim anlaşmalarında da taraflar arasında doğmuş veya ilerde doğabilecek uyuşmazlıkların “tahkim” yoluyla çözülmesi hususunda bir irade birliğinin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Tahkim istisnai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla, tahkim anlaşmalarında ortaya konulan tahkim iradesinin dar olarak yorumlanması ve tarafların tahkime gitme hususunda hiçbir tereddüt yaşamadıklarının anlaşılması gerekir. Yargıtay da bu konu üzerinde titiz şekilde durmaktadır².

Yargıtay’a konu bir olayda, tahkim iradesi sözleşme metninde net bir şekilde ortaya konulmadığı için tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Somut olayda, tahkim şartına ilişkin metinde “Taraflar arasında bu sözleşme ile doğmuş ve doğacak olan sorunlarda uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği” konusunda anlaştıkları halde, sözleşmenin bir başka yerinde “*uyuşmazlığın hakem ile çözülemediği hususlarda ve hakem kararlarının uygulanması için taraflar yetkili yer yargı çevresini İzmir olarak tayin etmişlerdir*” şeklinde bir beyanın yer alması nedeniyle Yüksek Daire, isabetli olarak “... taraflar bazı ihtilafların hakem yoluyla çözülmesi

² Yargıtay 11. HD'nin 15.02.2011 tarih ve 2009/3257 E. - 2011/1675 K. Yüksek Daire tahkim iradesinin önemini kararında “tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözülmesidir” şeklinde açıklamıştır.

konusunda anlaşmaya varmış iseler de, “... hakem ile çözülemediği hususlarda ...” denilmek suretiyle, bazı hususların hakem tarafından çözülemeyeceğini kabul etmeleri nedeniyle taraflar arasında tahkim iradesi konusunda tereddüt olması” nedeniyle hakem kararının iptali davasını reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur³.

Yüksek Dairenin tahkim iradesi konusundaki tutumu gerçekten çok hassastır. Bu karardan önce de birçok kararında aynı titizlikle tahkim iradesi hususunda tereddüt bulunan her durumda tahkim sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmiştir. Yüksek Daire’nin önüne gelen bir başka olayda da benzer şekilde, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi hususunda irade eksikliği nedeniyle tahkim şartının geçersizliğine karar verilmiştir⁴.

2. Tahkim İradesinin Tezahür Şekli

Tahkim sözleşmesinin kural olarak açık bir irade beyanı gösterilerek yapılması gerekir. Önemli olan tahkim iradesini varlığının net şekilde tespittir.

³ Yargıtay 11. HD’nin 24/10/2017 tarih ve 2016/3383 E. - 2017/5688 K.

⁴ Yargıtay 11. HD’nin 14.12.2022 tarih ve 2021/3725 E. - 2022/9061 K. Özel Daire, sözleşmedeki tahkim şartına rağmen rağmen, sözleşmenin bir başka maddesinde “İş bu sözleşmedeki tüm teslimat ve hizmetlerin ifa yeri ve ayrıca, işbu sözleşme ile ilgili her türlü uyuşmazlık konusunda yetkili yargı mahalli SCHWING’in ana ticari faaliyet merkezinin yahut SCHWING’in ilgili teslimat veya hizmeti yürüten iştirakinin bulunduğu yerdir. SCHWING müşterinin ticari faaliyet merkezinde veya ifa yerinde dava açma hakkını da haizdir.” şeklinde yine daha bir başka maddesinde ise “yetkili mahkeme mahalli tedarikçinin tescilli merkezinin bulunduğu şehir olacaktır. Ayrıca, tedarikçi dağıtımının tescilli merkezinin bulunduğu şehirde bir mahkeme seçme hakkında da sahip olacaktır” şeklindeki hükümlerin varlığı karşısında taraflar arasında “kesin ve açık bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceği” gerekçesiyle tahkim şartı geçerli kabul edilmemiştir.; Benzer şekilde Bkz. Yargıtay 19. HD’nin (Kapatılan) 04.02.2020 tarih ve 2018/3644 E. – 2020/253 K. Yüksek Mahkeme “Somut olayda davacı tahkim iradesini bildirmiştir. Ancak davalı taraf ise aynı iradeyi gösterdiğine ilişkin New York Sözleşmesinin II/2. maddesi kapsamında tahkim şartını kabul ettiğine dair herhangi bir irade açıklamasında bulunmamıştır. Bu durumda tarafların tahkim sözleşmesi konusunda birbirine uygun irade beyanında bulundukları kabul edilemez” gerekçesiyle tahkim şartını geçersiz saymıştır.

Tarafların tahkim iradesi zamanla ortadan kalkabilir. Bu anlamda taraflar tahkim anlaşmasını açıkça sona erdirebilecekleri gibi, tahkim şartının HMK'nın 116. Maddesi uyarınca ilk itiraz olarak ileri sürülmemesi halinde tahkim iradesinin her iki taraf yönünden de ortadan kalktığı söylenebilir.

Öte yandan, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmadığı halde uyuşmazlık çıktıktan sonra bir tarafça açılan tahkim davası sırasında davalı tarafın uyuşmazlığın tahkime tabi olmadığı ileri sürülmedikçe taraflar arasında uyuşmazlığın tahkim yoluyla giderilmesi konusunda anlaştıkları kabul edilmelidir.

3. Dostane Çözüm veya Arabuluculuk Şartının Tahkim Anlaşmalarına Etkisi

Bazen tahkim sözleşmelerinde uyuşmazlık çıkması halinde tarafların “öncelikle dostane çözüm” yoluna, “sulhe” veya “arabulucuya” başvuracakları” vs., buradan bir sonuç alamazlarsa tahkime gidileceğine yönelik şartlara rastlanmaktadır. Bu tür durumlarda ilk akla gelen, ın varlığı halinde de, tahkim iradesinin varlığı kabul edilmelidir⁵. Bir başka kararda ise “tarafların sulh görüşmesi yapmalarının veya uzlaşma görüşmesi yapmalarının bir koşul olarak değerlendirilemeyeceği gibi dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra **tarafların her zaman sulh olmalarının veya uzlaşmalarının mümkün olduğu**, kaldı ki hakemdeki dava açılmadan önce taraflar arasında noter ihtarlarının teati edildiği, ancak herhangi bir uzlaşmanın sağlanamadığı, bu sebeple bu konudaki iptal sebebinin de yerinde olmadığı” gerekçesiyle tahkim şartının geçerli olduğuna karar verilmiştir⁶.

⁵ Yargıtay 11. HD'nin 20/01/2022 tarih ve 2020/1634 E. - 2022/1742 K.

⁶ Yargıtay 11. HD'nin. 20/01/2022 tarih ve 2020/1284 E. -2022/443 K.

4. Tahkim İradesinin Tespitine Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan tahkim sözleşmelerinin söz konusu olduğu davalarda uygulanacak usul hukukunun da 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre tespiti gerekir.

Bir ülke mahkemesinde açılan yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda davalı tarafça tahkim itirazı ileri sürüldüğünde, sözleşmede gerçek bir tahkim iradesinin bulunup bulunmadığı egemenlik haklarının bir gereği olarak o ülkedeki mahkemelerce ve o ülke usul hukuku hükümlerine göre (Lex Fori) tespit edilmelidir. Söz gelimi, ülkemizde açılan davalarda, davalı tarafça ileri sürülen tahkim ilk itirazlarında tahkim iradesinin bulunup bulunmadığı ülke hukukuna göre tespit edilmelidir. Yargıtay'ın önceki uygulamaları da bu yönde olmakla birlikte Özel Daire yakın zamanda bu hususta verdiği bir kararında, önceki uygulamaların aksine bir karar vermiştir⁷.

⁷ Yargıtay 11. HD'nin 22.03.2023 tarih ve 2021/6517 E. - 2023/1762 K. Yüksek Daire kararında "2. 4686 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. 3.Bir davanın hakemde görüleceğine dair hakem sözleşmesinin ya da bir sözleşmeye eklenen tahkim şartının geçerli olabilmesi için ortaya konan tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek kesinlikte açık olması gerekmektedir. Buna göre geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edebilmek için taraflarca imzalanmış yazılı bir anlaşma, karşılıklı mektup teatisi ya da telgraf ile üzerinde mutabakata varılmış ve bu şekilde ortaya çıkmış kesin ve açık bir tahkim iradesi bulunmalıdır. Aksi taktirde tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden söz edilemeyecektir. 4.25.06.1985 tarihli sözleşmeni K(i) maddesinde Jaguar ve Distribütörün işbu anlaşma ile ilgili olarak aralarındaki her türlü anlaşmazlığı görüşme yoluyla ya da başka bir şekilde *dostane biçimde* çözmek üzere daima çaba gösterecekleri kararlaştırıldıktan sonra K (ii) maddesi "Bu şekilde çözümlenemeyen her türlü ihtilaf, bu kapsamda İngiltere Uluslararası Ticaret Odası Ulusal Komitesi olan Başkanın kurallarına uygun olarak tayin edilen bir ya da birkaç hakem tarafından Uluslararası Ticaret Odası (ICC) kuralları kapsamında kesin olarak çözümlenecektir. Tahkim Londra'da yapılacaktır" şeklinde düzenlenmiş, L (i) maddesinde işbu anlaşmanın, tüm hususta İngiliz Hukukuna tabi olacağı ve bu hukuka uygun olarak tefsir edileceği belirtildikten sonra L (ii) maddesinde "Jaguar ve Distribütörün *İngiliz Mahkemelerinin gayri münhasır yetkilerini kabul ettikleri*" ifade edilmiştir. "5.Sözü edilen sözleşmede ihtilafın İngiltere

Somut olayda davacı distribütörlük sözleşmesi nedeniyle alacak davası açmış, davalı taraf ise taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların Londra’da ICC Tahkim Divanında çözülmesi hususunda tahkim şartı bulunduğunu ileri sürerek tahkim ilk itirazında bulunmuş, Mahkemece de tahkim şartı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, kararda ayrıca, Sözleşmede “tahkim şartı” yanında uyuşmazlığın çözümü için İngiliz Mahkemelerinin de yetkili kılınmasının tahkim iradesini sakatlayan bir eksiklik olarak görülmediği açıklanmıştır. Özel Daire bir yandan bozma kararında, tahkim yeri Londra’da olan ICC tahkim şartına tabi sözleşmede Türk hukukuna göre (MTK) tahkim tanımlaması yaptıktan ve tahkim iradesinin önemine atıfta bulunduktan sonra, diğer yandan bu yaklaşımla çelişircesine, Türk hukuku uygulansa idi geçersiz olacak bir tahkim şartının sözleşmede seçilen hukukun İngiliz hukuku olduğu bu nedenle tahkim iradesinin İngiliz hukukuna göre yorumlanması gerektiğinin ifadesi çelişkili olmuştur. Her şeyden seçilen Sözleşmede “İngiliz Hukuku” ile Londra’da oluşturulacak tahkim divanının uygulayacağı maddi hukuk kuralları kastedilmektedir. Yoksa İngiliz usul hukukunu kastetmemektedir. Zaten usule ilişkin ICC Tahkim kuralları uyulması zorunlu bir örnek kurallar olup, hakem heyetinin buradaki usul kurallarına göre karar

*Uluslararası Ticaret Odası Ulusal Komitesi olan Başkanın kurallarına uygun olarak tayin edilen bir ya da birkaç hakem tarafından Uluslararası Ticaret Odası kuralları kapsamında kesin olarak çözümleneceği belirtildikten sonra **tarafların İngiliz Mahkemelerinin gayri münhasır yetkilerini kabul ettiklerine yer vermeleri** nazara alındığında” tahkim hususunda açık ve kesin bir iradenin varlığından söz edilemeyecek, bu durumda Türk Hukuku uyarınca geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu sonucuna varılamayacaktır. 6.Ancak sözleşmede açıkça anlaşmanın tüm hususlarda İngiliz Hukukuna tabi olacağı ve bu hukuka uygun olarak tefsir edileceği kararlaştırıldığından tahkim şartının geçerli olup olmadığının da İngiliz Hukukuna göre değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan mahkemece, İngiliz Hukukunun konu ile ilgili mevzuatının yeminli mütercim tarafından tercüme edilmiş bir çevirisinin de dosya içine alınmasından sonra sözleşmede öngörülen tahkim şartının İngiliz Hukukuna göre geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir” Şeklinde ilginç bir karar vermiştir. Bu uygulama Dairenin önceki uygulamasına aykırıdır (bkz. Yargıtay 11. HD’nin 15.02.2011 tarih ve 2009/3257 E. - 2011/1675 K.).*

vermeleri gerekir. Yoksa hakemlerin, taraflar “İngiliz hukukunu” seçti denilerek İngiliz usul hukukuna göre karar vermeleri söz konusu değildir.

Öte yandan bir sözleşmenin maddi hukuka ilişkin geçerlilik koşulları (MÖHUK m. 32) ile usul hukukuna ilişkin geçerlilik koşulları aynı hukuka tabi değildir. Türk hukuku bakımından MÖHUK’un “Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları” başlıklı 6. Maddesi uyarınca **“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının** kapsamına giren hallerde o kural uygulanır” düzenlemesi gözden uzak tutulmamalıdır. Her hangi bir ulusal hukukta doğrudan uygulanan hukuk kuralları; bir devletin mali, siyasi ekonomik ve sosyal politikaları gereği kamu düzenine ilişkin kuralları olup, doğrudan uygulanan bu kurallar karşısında MÖHUK’un özel hukuka ilişkin bağlama noktalarına ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olamaz.

Öte yandan tahkim ilk itirazı, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine girip girmediği hususları hep mahkemelerin yetkisini ilgilendirdiğinden usul hukukuna ilişkin bir konu olup, usul konularında uygulanacak hukuk daima hâkimin hukukudur (lex fori)⁸. Öte yandan, bir sözleşmede yer alan somut bir şehir ifade etmeyen genel nitelikteki “İngiliz Mahkemeleri Yetkilidir” şeklindeki yetki koşulu da Yüksek Dairenin içtihatlarına göre geçersiz bir yetki sözleşmesi niteliğindedir⁹. Yüksek mahkemenin bu

⁸ Cemal Şanlı, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2015, s.316.

⁹ Yargıtay 11. HD’nin 17/02/2016 tarih ve 2015/7244 E. - 2016/1657 K. Yüksek Daire “Diğer yandan yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin HMK 17 ve 18. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak "belirli" olması şartı MÖHUK’un 47. maddesi yönünden de aranmalıdır. Seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için yetkili kılınan mahkeme ismen zikredilmiş olmalıdır. Bu itibarla mahkemece açıklanan hususlar nazara alınmadan, "davaya bakmaya İngiliz Mahkemelerinin yetkili olduğu" şeklindeki "belirli olma" kriterini taşımayan yetki şartının geçerli olduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” şeklindeki kararıyla, münhasır yetki sözleşmelerinin geçerliliğini lex fori’ye göre yorumlamıştır.

görüşünün diğer alanlara teşmili halinde, tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tahkim süresi gibi diğer usulü kurallar da yabancı hukukların kontrolüne bırakılmış olacaktır.

C. Tahkim Anlaşmalarında Zorunlu Şekil Unsuru

HMK'nın 412. Maddesi uyarınca tahkim sözleşmesi, uyuşmazlık çıkmadan önce veya sonra taraflar arasında ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, başka bir sözleşme metninin arasına da “tahkim şartı” olarak yerleştirilebilir. Söz konusu sözleşme taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeyle yapılabileceği gibi mektup, telgraf, teleks veya faks gibi iletişim cihazlarıyla da yapılabilir. Diğer bir ifadeyle tahkim sözleşmesinde yazılılık koşulu yeterli olup, ayrıca taraflarca imzalanmış olması şart değildir¹⁰. Günümüz teknolojisine uygun olarak, e-mail, whatsapp veya sms ile yapılması da mümkündür¹¹.

Tahkim anlaşması taraflar arasında aynı şekilde yapıldığı şekilde sonlandırılabilir gibi, tahkim şartının varlığına rağmen, mahkemede açılan davada cevap dilekçesinde ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunulmaması halinde de ortadan kalkmış olur. İlk itiraz aşamasında ileri sürülmeyen tahkim itirazının daha sonradan ıslah suretiyle ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu husus dava şartı olup, mahkemelerce de re'sen nazara alınması gerekir.

Tahkim sözleşmesinde açıkça tahkim şartı yer almasa da, sözleşmede atıf yapılan yazılı kurallarda tahkim şartının bulunması

¹⁰ Yargıtay 11. HD'nin 25/01/2022 tarih ve 2020/6632 E. - 2022/585 K.

¹¹ Yargıtay 11. HD'nin 23/11/2022 tarih ve 2022/5454 E. - 2022/8276 K. Yüksek Mahkeme“... tahkim düzenlemesinin yer aldığı süre uzatım belgesinin 15.03.2020 tarihinde davacı yanca imzalandığı, tahkim düzenlemesini içeren *belgenin imzalanmış elektronik halinin* 15.03.2020 tarihinde ve ardından da orijinalinin 18.03.2020 tarihinde davalı (temlik eden) bankaya iletildiği, tahkim sözleşmesini içerir belgenin MTK'nın 4/2. maddesi uyarınca değiş-tokuş edildiği, bu hali ile tahkim anlaşmasının geçerli olduğu,” şeklindeki yaklaşımıyla, isabetli şekilde tahkim sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin temyiz itirazlarının reddine karar vermiştir.

halinde de tahkim sözleşmesi geçerlidir. Nitekim HMK'nın 412/3. Maddesinde bu husus “Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla **tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır**” şeklinde düzenlenmiştir.

Yargıtay Özel Dairesi, bir olayda açıkça tahkim şartı içermeyen bir konşimento metninde, içerisinde tahkim şartı olan charter parti sözleşmesine yapılan atfın tahkim anlaşmasının varlığı için yeterli olduğuna karar vermiştir¹².

Tahkim şartı içeren sözleşmedeki imza yetkili temsilciye ait olmasa bile hükmüne uyulan ve uygulanan sözleşmede taraflar arasında ihtilaf baş gösterdikten sonra sözleşmedeki imzanın şirket yetkili temsilcisine ait olmadığına savunulması dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır¹³.

Yargıtay'a konu bir başka olayda, taraflarca ıslak imza ile imzalanan yazılı sözleşmede tahkim şartı bulunmamaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra ve ticari ilişkinin devamı sırasında satıcı konumunda bulunan şirketin alıcı şirkete mail yoluyla gönderdiği evraklar arasında “Şirketin Satış Şart ve Hükümleri” isimli tahkim şartı da içeren tek taraflı belge de yer almaktadır. Yerel mahkeme tahkim şartının varlığı gerekçesiyle tahkim ilk itirazını kabul ederek davanın reddine karar vermiştir. Yüksek Daire, taraflar arasındaki yazılı sözleşmede hiçbir surette atıf yapılmamış olması ve iş ilişkisi başladıktan sonra davalı tarafın “tahkim” şartı da içeren “Şirketin Satış Şart ve Hükümleri” isimli bir belgeyi tek taraflı olarak davacı tarafa göndermiş olmasının sonuç doğurmayacağı ve tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilmemiş olması nedeniyle tahkim şartının geçersiz olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur¹⁴.

¹² Yargıtay 11. HD'nin 21.09.2022 tarih ve 2021/5125 E. - 2022/6217 K.

¹³ Yargıtay 11. HD'nin 24.04.2023 tarih ve 2022/7370 E. - 2023/2335 K.

¹⁴ Yargıtay 11. HD'nin 14.12.2022 tarih ve 2021/3725 E. - 2022/9061 K.

Taraflar arasında süreli olarak yapılan sözleşme ilişkisi ihtilafsız şekilde sona erdikten sonra da sözleşme olmaksızın ticari ilişkinin devam ettiği dönemde çıkan uyuşmazlık için süresi sona eren sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığı hususu Yargıtay'daki bir davaya konu olmuştur. Yüksek Daire, bu tür bir durumda tahkim iradesinin sona erdiği ve devam ettiğine dair açık iradenin bulunmaması nedeniyle tahkim şartı nedeniyle davayı reddeden yer mahkeme kararını bozmuştur¹⁵. Yerel mahkemece bozma ilamına karşı direnilmiş olup, direnme kararı HGK'da halen inceleme aşamasındadır.

Tahkim sözleşmelerinde, tahkimin kurumsal (Istac, ICC, TOBB vs.) tahkime mi, yoksa ad hoc (bireysel) tahkime mi tabi olacağı da taraflarca kararlaştırılabilir. Şayet bir belirleme yapılmamışsa ad hoc tahkimin varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir olasılıkta sözleşmede hakem seçimiyle ilgili bir belirleme yapılmamış ise tek hakemin seçimi veya baş hakemin seçimi için mutlaka mahkemeye başvurarak mahkemenin yardımının istenilmesi gerekir. Bununla birlikte sözleşmede kurumsal tahkim tercihi olmamasına rağmen uyuşmazlık çıktıktan sonra her hangi bir kurumsal tahkim mekanizmasına başvurulması ve karşı tarafın da bu merkezin yetkisine cevap dilekçesinde itiraz etmemiş olması halinde ad hoc tahkim kurumsal tahkime dönüşür. Artık davalı tarafın uyuşmazlık karara bağlandıktan sonra hakemlerin yetkisine itiraz etmesi mümkün

¹⁵ Yargıtay 11. HD'nin 10/03/2022 tarih ve 2020/1634 E. - 2022/1742 K. Yüksek Mahkeme bozma ilamında "Tahkim anlaşmasının varlığı, tarafların **açık tahkim iradelerinin** mevcut bulunmasına bağlıdır. Bu husus **tahkim anlaşmasının esaslı unsurudur**. Davanın hakemde görülmesi, istisnai bir dava yoludur. Kural, uyuşmazlığın görülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Tarafların bu konuda **açık iradeleri yoksa uyuşmazlığın hakemde görülmesi mümkün değildir**. Somut davada davacının **süresi sona eren 01.01.2008 tarihli sözleşmeden sonra** taraflar arasındaki distribütörlük ilişkisi bağlamında **ortaya çıkacak uyuşmazlıkların 01.01.2008 tarihli sözleşmedeki tahkim şartı bağlamında hakemde görülmesini kabul ettiğine dair açık bir iradesi yoktur**. Açıklanan sebeplerle İlk Derece Mahkemesi'nce **davalı LG Electronics Inc.'nin tahkim itirazının kabulü ile dava dilekçesinin görevsizlik nedeni ile reddine karar verilmesi ve karara yönelen istinaf isteminin de Bölge Adliye Mahkemesi'nce esastan reddi doğru değildir**" gerekçesini kullanmıştır.

değildir. Kurumsal tahkim tercihinin rağmen, taraflardan biri tarafından ad hoc tahkime veya başka bir kurumsal tahkime başvuru halinde de aynı yorumu yapmak gerekir. Tarafların aynı kurumsal yapı içerisinde tahkim merkezinin yetkisine de itirazları mümkündür. Söz gelimi Londra’da ICC tahkim şartı bulunan bir sözleşmede tahkim sürecinin ICC kurallarına göre ICC Türkiye aracılığıyla İstanbul’da yürütülmesi ancak karşı tarafın yetkiye itiraz etmemesi halinde mümkündür.

Öte yandan, davalı tarafın cevap dilekçesinde kurumsal tahkim merkezinin yetkisine itiraz etmesi halinde sözleşmede hangi merkezin adı yer alıyorsa o tahkim merkezinin yetkili olması nedeniyle tahkim sürecinin bu merkezde sonlandırılması gerekir.

D. Tahkime Elverişlilik Koşulu

Açık bir irade beyanı ve yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, bazı uyuşmazlıklar nitelikleri gereği tahkime tabi olmayabilirler.

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı mahkemeler önünde ancak hakem kararının iptali veya tenfizi davaları ile tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede dava açılmış olduğu zamanlarda gündeme gelebilir.

Gerek yabancılık unsuru bulunmayan iç tahkim yönünden HMK’nın 408. Maddesinde yer alan “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” şeklinde düzenleme, gerekse de tahkim yeri Türkiye olan yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar yönünden MTK’nın 1/4. Maddesinde “*Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz*” benzer düzenleme uyarınca, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususların tahkime elverişli olmadığı ifade edilmiştir.

Öte yandan yabancılık unsuru taşıyan ancak tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar yönünden uygulanacak olan MTK uyarınca, dava konusu taşınmazın ülke sınırları dışında bulunması tahkime elverişsizlik hali olarak düzenlenmemiştir. Aynı şekilde, yurtdışında bulunan taşınmazları konu olan yabancı tahkim kararlarının Türkiye’de tenfizi davaları açısından da tahkim kararının geçerliliğini etkileyen bir olumsuzluk bulunmamaktadır¹⁶.

İç tahkim yönünden ise uyuşmazlığa konu taşınmazın ülke içinde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tahkim engeli getirilmiştir. Kanun koyucunun Türkiye’de bulunmayan taşınmazlar yönünden, her iki düzenleme açısından niçin böyle bir ayrışmaya gidildiği, bunun bilinçli bir tercih olup olmadığı anlaşılamamaktadır.

Tarafların iradesi ve tasarrufunda bulunmayan uyuşmazlıklar mevzusu ise yoruma açık bir husustur. Bununla birlikte uygulama ve öğretide kural olarak, ceza hukuku, aile hukuku, idare hukuku, rekabet hukuku, iflas hukuku gibi kamu hukukunu ve kamu düzenini ilgilendiren alanlar tarafların irade ve tasarrufuna bağlı olmayan uyuşmazlıklar olarak görülebilir. Öte yandan, şirketler hukukuna ilişkin ortaksal haklara ilişkin alanlar tahkime elverişli (pay devri, ortaklığın tespit ve tescili, kar payı ödenmesi vs.) iken, genel kurul kararının iptali¹⁷, butlanı, şirketin fesih ve tasfiyesi, ihtyası, ortaklıktan çıkarma, ıskat vs. hususların tahkime elverişli olduğu söylenemez.

¹⁶ Farklı yönde düşünce için bkz. Ağırman, s. 158. Yazar bu konuda taşınmazın bulunduğu yer hukuku veya seçilen hukuk var ise o hukuka göre tahkime elverişliliğin hakemlerce değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

¹⁷ Yargıtay 11. HD'nin 01/07/2019 tarih ve 2019/2226 E. - 2019/5000 K. Yüksek Mahkeme "... mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davanın usulden reddine karar verdiği, kararın kesinleştiği, kar payı isteme hakkının, ancak genel kurulun bu yönde karar vermesine bağlı olduğu, genel kurul kararının iptali hususunda tahkim yoluna başvurulamayacağı, hakem kararında davalının talebinin, genel kurul kararının iptalini gerektiren kar payı istemine ilişkin olup, şirketin ana sözleşmesinde yer alan tahkim şartının bu tür uyuşmazlık açısından geçersiz olduğu, 6100 sayılı HMK' nın 439/2-a maddesi uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, hakem kararının iptaline" dair Bölge Adliye Mahkemesi kararının aynen onanmasına karar verilmiştir.

II. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

A. Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Sayılması

Davacı tarafça tahkim sözleşmesinin varlığı ileri sürülerek ve dosyaya sunularak hakemde dava açılması halinde, bu sözleşmede tahkim iradesinin bulunmadığını veya sözleşmenin geçersiz olduğunu savunmak ve ispat etmek davalı tarafın hak ve yükümlülüğündedir. Aynı şekilde bu kez mahkemede açılan bir davada davalı tarafça tahkim ilk itirazında bulunulmuş ve tahkim sözleşmesi sunulmuş ise, sözleşmenin veya tahkim iradesinin bulunmadığını veya sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek davacı tarafa ait bir yükümlülüktür.

1. TBK ve HMK Hükümleri Yönünden Sözleşmenin Geçersiz Sayılması

Bir tahkim sözleşmesinde veya başka sözleşmelerdeki tahkim şartında taraf iradeleri esastır. Ortada bir anlaşma olmasa bile tahkimde dava açıldığında ve karşı tarafça davanın tahkimde görülmesine itiraz olunmadığında tarafların uyuşmazlığın tahkimde görülmesi konusunda anlaşmış olmaları var sayılır.

Taraflar arasında tahkime dair yazılı sözleşme veya sözleşmede tahkim şartı bulunsa bile hakem yerine mahkemede dava açılması ve davalı tarafça da “tahkim ilk itirazı” ileri sürülmemesi halinde de artık tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden söz edilemez.

Bununla birlikte davalı tarafın tahkim şartını ileri sürmesi veya tahkimde dava açıldığında bu defa davalı tarafça tahkim şartının geçersizliği ileri sürüldüğünde tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki sözleşmeye veya teati edilen metinlere göre geçerli olup olmadığının tartışılıp değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda hakem mahkemesi önünde tahkim şartına davalı tarafça itirazda bulunulmaması ve ancak dava aleyhine sonuçlandıktan sonra hakem kararının iptali davasında

tahkim şartının geçersizliğinin ileri sürülmesi MK 2 uyarınca çelişkili davranış yasağı teşkil edecektir.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olduğundan söz edebilmek için tahkim şartı yanında “tahkim iradesinin” varlığının da mutlaka aranması gerekir. Uygulamada bazı durumlarda sözleşmede açıkça tahkim şartından söz edilse bile tahkim iradesinin varlığı konusunda tereddüde düşürecek hallerin varlığı halinde tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁸.

2. MÖHUK Uyarınca Sözleşmenin Geçersiz Sayılması

MÖHUK 32. Maddesi uyarınca bir sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir. Tarafların seçtikleri hukuk, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesinde ve tahkim koşulunun var olup olmadığı ile sözleşmenin maddi şartlarının geçerliliği yönünden de uygulanacaktır.

Öte yandan MÖHUK 6. Maddesi uyarınca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının söz konusu olduğu durumlarda sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığı hususunda seçilen hukuka veya bağlama noktasına göre öncelikle uygulanacaktır. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda tahkim sözleşmesi yapılmış ise de, bu sözleşme tahkim anlaşması yönünden Türk hukukuna göre geçerli değildir. Bunun doğal sonucu olarak MÖHUK’un “Yabancı Hakem Kararının Tenfizinin Reddi Sebepleri” başlıklı 62/1-e maddesinde yer alan “... e) **Tahkim sözleşmesi** veya şartı **tarafılarda tabi kılındığı kanuna**, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna **göre hükümsüz ise**” düzenlemesi uyarınca, Türkiye’deki tenfiz isteminin reddi sonucuyla karşılaşılabilecektir.

¹⁸ Yargıtay 11. HD'nin 24/10/2017 tarih ve 2016/3383 E. - 2017/5688 K.

Gerek MÖHUK, gerekse diğer kanunlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren hususlar da tahkime elverişli olmadığından bu hususlarda sözleşmede yer alan tahkim şartı geçersizdir. Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisi MÖHUK'un 40 vd maddelerine göre kural olarak, kişilik hallerine ilişkin uyuşmazlıkların (velayet, vesayet, kayıymlık vs.), miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile iş kanunu ve tüketici kanununa ilişkin uyuşmazlıkların hakemde değil, mahkemede görülmesi gerekir.

3. Tahkim Sözleşmelerinin Özel Kanun Hükmü Gereği Geçersiz Sayılması

a. 805 Sayılı Kanun

10.04.1926 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'nun 1. Maddesi uyarınca Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecbur tutulmuştur. Yaklaşık 100 yıllık bir kanun olmasına rağmen halen sıklıkla uygulanan kanunlardandır. Özellikle denizcilik faaliyet alanları ve yurtdışında faaliyet gerektiren işler ile yüksek montanlı sigortacılık gibi uluslararası alanda faaliyet gerektiren işlerde yabancı dilde yazılmış sözleşmelere sıklıkla rastlanılmaktadır. Kanun'un eski dildeki yazım tarzı ile yoruma oldukça açık düzenlemesi karşısında uygulamada bu tür Türkçe dilinde yapılmamış sözleşmelerin hukuki akıbeti konusunda ciddi tereddütler bulunmaktadır.

Her şeyden önce 805 sayılı Kanun'un uygulanmasının söz konusu olabilmesi için sözleşmenin her iki tarafının da Türk tabiiyetinde bulunması gerekir. Tüzel kişiler yönünden ise Türkiye'de sicile tescilli olması gerekir. Türkçe'de yazılmamış olan bir sözleşmede ikiden çok tarafın varlığı halinde uyuşmazlık çıktığında 805 sayılı Kanun'un getirdiği müeyyidenin uygulanabilmesi için uyuşmazlığın Türk tabiiyetindeki iki kişi arasında çıkmış olması gerekir.

Her iki tarafı da Türk tabiiyetinde olduğu sözleşmelerde uyuşmazlık çıkması halinde 805 sayılı Kanun'un uygulanması konusunda yaşanan en büyük tereddüt, sözleşmenin tamamının veya bir kısmının geçersiz sayılıp sayılmayacağı ve sözleşmedeki “tahkim” şartının geçerli olup olmadığı hususuna ilişkindir. 805 sayılı Kanun'una aykırı sözleşmelerle ilgili müeyyide 4. Maddede “*Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamina muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz*” şeklinde düzenleme konusu yapılmış olup, sözleşmelerin geçersizliğinden değil “lehe olan hükümlerin” dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir. Bu defa hangi hükümlerin lehe hükümler, hangisinin lehe olmayan hükümler olduğu hususu izaha muhtaçtır. Tahkim uygulaması yönünden, Yargıtay son kararlarında 805 sayılı Kanun'a aykırı sözleşmelerdeki “tahkim şartının” geçersiz olduğuna karar vermektedir. Yoksa zorunlu şekil unsuruna tabi olmayan sözleşmelerin bütünü geçersiz sayılmasından söz edilemez.

Yargıtay'ın eski uygulamalarında¹⁹ bütünü sözleşmenin bütün hükümlerinin geçersiz olduğu şeklindeki kararlardaki yaklaşımlar²⁰ bilahare verilen kararlar ile düzeltilmiş ise de, son dönemde verilen bazı kararlarda da terkedilen eski yaklaşımların tekrarlandığı anlaşılmaktadır²¹.

¹⁹ Yargıtay 11. HD'nin 04.12.2007 tarih ve 2006/8049 E. - 2007/15338 K.; Yargıtay 11. HD'nin 04.05.2009 tarih ve 2009/2051 E. - 2009/5292 K.

²⁰ Yargıtay 11. HD'nin 28.02.2014 tarih 2014/1385 E. - 2014/3815 K. Yüksek mahkeme tahkim itirazının reddine dair yerel mahkeme kararını “... Taraflar arasında düzenlenen sözleşme aslı İngilizce olarak tanzim edilmiş olup, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun uyarınca tahkim şartının geçerli olmamasına göre” ilave gerekçesiyle onamıştır.

²¹ Yargıtay 11. HD'nin 12.01.2023 tarih ve 2021/8305 E. - 2023/224 K. Yüksek Mahkeme “Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile proforma faturanın niteliği itibarıyla teklif mektubu niteliğinde olduğu, davacının davalı Çağlar Plastik San. A.Ş.'nin icabını kabul beyanı bulunmadığı, Çağlar Plastik San. A.Ş. tarafından düzenlenen proforma faturanın da İngilizce olarak düzenlendiği, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1 inci ve 4 üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Türkçe dışında bir dille yazılan belgeye dayanılamayacağı, davacının ileri sürebileceği geçerli bir icap bulunmadığı, davacının sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine” dair kararı gerekçe ilave etmeksizin onamıştır.

b. TTK'nın 105/2. Maddesi

TTK'nın 105. Maddesinde yer alan “(1) Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. (2) Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir. (3) Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz” şeklindeki düzenlemenin 2. Fıkrasındaki yabancı tacirlerin Türkiye’deki acentelerinin aracılık yaptığı işlerden doğan ihtilaflarda bu şirketlere karşı “izafeten” dava açılmasının önleyen sözleşme şartlarının “geçersiz” olduğuna vurgu yapılmıştır. Aynı düzenleme mülga 6762 sayılı eTTK’nın 119. Maddesinde “Bu gibi mukavelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir” şeklinde düzenlenmişti.

Yargıtay’ın 6762 sayılı eTTK döneminde bu tür uyuşmazlıklarda Türkiye’de açılan davalarda tahkim şartı nedeniyle davaların reddine karar verilirken, Yüksek Daire Kanun’un gerekçesinden de yola çıkarak bu konudaki görüşünü değiştirmiştir²².

²² Yargıtay 11. HD’nin. 09/05/2022 tarih ve 2020/8347 E. - 2022/3672 K. Yüksek Daire “Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, MÖHUK 47/1 maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran sözleşme yapılması mümkün değildir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin geçerli olduğu haller kanunla belirlenir. MÖHUK 47/2. maddesinin atfıyla iş, tüketici ve sigorta sözleşmesinden kaynaklı yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemeleri münhasır yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Ancak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi başka kanunlarca da belirlenmiş olabilir. Kanun koyucu MÖHUK 54/1-b maddesi ile Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda verilen yabancı mahkemece karar verilmesini tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. ... dava yerleşim yeri yurt dışında olan davalıya karşı açılmış olsa dahi **Türkiye'deki acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine istinaden uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesine dair yetki şartının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldırır nitelikte olması ve tahkime elverişsiz bulunması nedeniyle**” tahkim şartını geçersiz saymıştır.

Bu açıdan bakıldığında, tahkim şartı içeren ve yabancı tacirlerin Türkiye’deki acentesinin aracılık yaptığı işlerden doğan uyuşmazlıklarda acenteye dava açılmasının önlenemeyeceği ifade edilse bile Yargıtay’ın eski uygulamalarında tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilirken

III. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN 3. KİŞİLER YÖNÜNDEN GEÇERLİLİĞİ

Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca sözleşmeler ancak kendi tarafları için bağlayıcıdır. Söz konusu kural tahkim sözleşmeleri yönünden de geçerlidir. Ancak bazı durumlar vardır ki kanunen üçüncü kişiler de tahkim sözleşmeleriyle bağlıdır.

Yargıtay’a konu olmuş bir olayda, tahkim şartı bulunan sözleşmeye “Cihan Group adına yetkili temsilci” sıfatıyla gerçek kişi imza atmıştır. Ancak gerçekte “Cihan Group” adında bir şirket bulunmamaktadır. Ancak Cihan Int. Ltd. adında bir şirket bulunmaktadır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine, davacı şirket İstanbul Ticaret Mahkemesinde (2014/1571 E. – 2016/170 K.) gerçek kişi ve Cihan Ltd. aleyhine dava açmış, ancak sözleşmede tahkim şartı bulunduğu gerekçesiyle davanın tahkim şartı nedeniyle reddine karar vermiş ve karar taraflarca kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmiştir. Bu defa davacı tarafça tahkime başvurulmuş, tahkim yargılaması sonucunda diğer davalı gerçek kişinin de onun yetkili temsilcisi olmadığından Cihan Int. Ltd.’nin sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle davanın reddine, yetkisiz temsil hükümleri uyarınca gerçek kişi davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. Aleyhine karar verilen gerçek kişi hakem kararının iptalini talep etmiş, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir. Özel Daire bu kararı “... taraf sıfatının varlığı kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce resen dikkate alınması gerekir. Yine **hakem kararının iptali davalarında da kamu düzeninden olan taraf sıfatının hakem davasının tarafları yönünden öncelikle değerlendirilmesi gerekir.**

*Hakem kurulunca kamu düzeninden olan taraf sıfatı üzerinde durularak hakem davasında davalı olan Cihan Ltd. 'nin tüzel kişiliği olup olmadığı, davalı A'nın (gerçek kişi) sözleşmeyi bu şirketi temsilen imzalayıp imzalamadığı belirlenmeden, davalı şirketin tüzel kişiliğinin olmadığı kabul edilerek Azat Bacgeroğlu aleyhine hüküm kurulması **kamu düzenine aykırıdır***” gerekçesiyle bozmuştur²³. Esasen Cihan Ltd. aleyhine tahkimde açılan dava retle sonuçlanmış ve karar da kesinleşmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu davanın tahkimde çözülmesi gerektiği de İstanbul Ticaret Mahkemesi'nin 2014/1571 sayılı dosyasında verilen karar ile kesinleşmiştir. Bu aşamadan sonra davalı gerçek kişinin tahkim yargılamasındaki taraf sıfatının yeniden tartışılma açılması isabetli görünmemektedir.

Tahkim şartı içeren sözleşme ilişkisinin veya ticari işletmenin üçüncü kişiye devri halinde de tahkim sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülemez. TBK'nın 202. Maddesi karşısında ticari işletmeyi bütünüyle devralan kişi, bu işletmenin üçüncü kişiye karşı her türlü borç ve taahhütlerinden sorumludur.

Kural olarak sözleşmeler ancak tarafları arasında hüküm ifade eder. Sözleşmede yer alan hükümler üçüncü kişileri bağlamaz. Bununla birlikte TTK'nın 1237/3. Maddesinde yer alan “ Konşimentoda, yolculuk charteri sözleşmesine gönderme varsa, konşimento devredilirken charter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerekir. Bu takdirde charter partide yer alan hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde konşimento hamiline karşı da ileri sürülebilir” şeklindeki düzenleme uyarınca, tahkim şartı konşimentoyu elinde bulunduran üçüncü kişiye de ileri sürülebilir. Zira konşimento, hamiline, deniz yoluyla gönderilen yükü teslim alma yetkisi veren bir kıymetli evrak niteliğindedir. Dolayısıyla uygulamada,

²³ Yargıtay 6. HD'nin 21.09.2022 tarih ve 2022/628 E. - 2022/4258 K. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından bu karara karşı direnme kararı verilmiş olup, dosya halen HGK önünde incelemeyi beklemektedir.

üzerinde tahkim şartı bulunan konşimento veya konşimentonun atıfta bulunduğu tahkim şartı içeren charter parti hükümlerinin konşimento hamiline karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir²⁴. Bu konuda uygulamadaki temel sorun, tahkim şartının konşimento üzerinde bulunmaması ve çoğunlukla konşimentoda atıf yapılan charter parti sözleşmesinde yer almasıdır. Tahkim şartının, sözleşmenin tarafı olmayan malın gönderilenine karşı ileri sürülebilmesi için mutlaka charter partinin bir suretinin konşimentonun teslimi sırasında gönderilene teslim edilmiş olması gerekir.

SONUÇ

Tahkim iradesi ve tahkim anlaşması tahkim yargılamasının ilk ve önemli adımıdır. Tahkim iradesinin varlığı kural olarak yazılı sözleşme metninde açıkça ve hiçbir tereddüde yer bırakmayacak netlikte ortaya konulmalıdır.

Tahkim iradesi ve tahkim anlaşması sadece yazılı metinlerle ortaya konulamaz. Bazı durumlarda sessiz kalınması da tahkim iradesine ve tahkim anlaşmasına imkan tanıyabilir. Özellikle açık bir irade beyanı olmadığı halde tahkimde açılan davaya sessiz kalınması böyle bir sonuca yol açabilir. Bu gibi durumlarda mahkemelerce re'sen nazara alınmaz.

Tahkim iradesi ve tahkim anlaşması çok açık bir şekilde yazılı bir sözleşmeye yansıtılmış olsa bile, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesine olanak bulunmamaktadır. Taraflarca yargılama sırasında ses çıkarılmamış olsa bile, mahkemelerin görevine giren bir hususun tahkimde görüldüğü tespit edildiğinde hakem yargılamasında verilen kararın geçerliliği söz konusu olamaz.

²⁴ Yargıtay 11. HD'nin 29.11.2017 tarih ve 2016/8794 E. - 2017/6687 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD'nin. 23.11.2022 tarih 2020/7528 E. - 2022/8232 K.

Tahkime elverişlilik hususunu sadece taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri haklar olarak görmemek gerekir. Tarafların üzerindeki tasarruf edebilecekleri alanlarda ve haklarda bile özel kanunlar ile tahkim yargılaması kısıtlanmış olabilir. O nedenle tahkime elverişlilik yönünden tek bir katalog liste çıkarmak mümkün değildir. Her bir somut olayın tahkim iradesi ve tahkim anlaşması yanında tahkime elverişlilik yönünden de dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

HMK m. 116 uyarınca “tahkim” ilk itirazlar arasında sayılmıştır. HMK m. 117 uyarınca, ilk itirazların mutlaka cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Daha sonra sunulan tahkim ilk itirazının dinlenilmesi imkanı bulunmamaktadır. Davaya cevap dilekçesi verme süresi ise HMK m. 127 de dava dilekçesinin tebliğinden itibaren 2 hafta olarak öngörülmüştür. Söz konusu süre hak düşürücü süre olup re’sen dikkate alınması (Yargıtay 11. HD'nin 24/10/2017 tarih ve 2016/3383 E. - 2017/5688 K.)

TAHKİM YARGILAMASINDA MAHKEMENİN YARDIMI VE DENETİMİ

Nevzat BOZTAŞ*

I- TAHKİM YARGILAMASI VE MAHKEMELER

A- Bir Alternatif Çözüm Yolu Olarak Tahkimin Cazibesi

Kural olarak yargı yetkisi, bağımsız mahkemeler eliyle kullanılır (Anayasa m.9). Bu düzenleme devletin egemenlik hakkıyla ilgili olduğu kadar, temel hak ve hürriyetlerin korunması için de bir güvencedir. Ancak yargılama yetkisinin sadece devlet mahkemelerine ait olduğuna dair merkeziyetçi anlayışın günümüzde yavaş yavaş terkedildiği, temel kuralları kanunlarla belirlenmek kaydıyla bu faaliyetin başka kişi ve kuruluşlarca da yerine getirilebileceğine dair çoğulcu bir anlayışın hâkim olduğu görülmektedir. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi yönünde önemli aşamalar kaydedilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en önemlisi ise tahkimdir.

Taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklara ilişkin uyuşmazlıkların (tahkime elverişli uyuşmazlıkların) hakem tarafından çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda devlet, hakemlerce yapılacak yargılama faaliyetine dair temel kuralları belirlemek ve yargılama sürecine yardım etmek, verilen hakem kararlarını denetlemek ve icrasını sağlamak suretiyle yargı fonksiyonunu yerine getirmiş olur.

Uyuşmazlık çözümünde tahkimi cazip kılan çeşitli nedenler vardır:

➤ **İlk olarak;** mahkemeler, yargılama usulünü düzenleyen kanunlarla ve bu usul kanunlarında öngörülen sıkı ispat kurallarıyla bağlı oldukları hâlde tahkimde taraf iradeleri belirleyici olup taraflar, hakemlerin uygulayacağı usul kurallarını ve maddi hukuk kurallarını serbestçe seçebilirler. Hakemler, tarafların iradelerine bağlı olarak,

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD Başkanı. İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

maddi hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın hakkaniyete ve ilgili sektörün gelenek ve kurallarına göre karar verebilirler. Bunların bir sonucu olarak tahkimde, mahkemelere göre daha hızlı karar verilir.

➤ **İkinci olarak;** günümüzde sermaye, tüm zamanlara göre daha fazla küreselleşmiştir. Uluslararası sermaye, kendisine en cazip kâr olanakları sunan ülkelere doğrudan veya dolaylı yatırımlar yapmakta veya para sermaye olarak doğrudan girmektedir. Uluslararası yatırımcıların, yatırım yaptıkları yabancı ülke hukukuna ve yargı sistemine dair yeterli bilgiye sahip olmamaları veya ulusal yargı sistemlerini kendi ihtiyaçlarıyla uyumlu bulmamaları gibi nedenlerle, yatırımcılar yönünden hukuki öngörülebilirlik ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Tahkim kurumu, bu ihtiyacın karşılanmasında önemli bir işlev üstlenmiştir.

Tahkimin yatırımları teşvik eden bu özelliğini fark eden devletler, hukuk sistemlerini bu ihtiyaç doğrultusunda yeniden düzenleme çabasına girmişlerdir.

Bu bağlamda, tahkime olan ilginin uluslararası düzeyde artmasıyla birlikte tahkimi düzenleyen uluslararası anlaşmalar ve model kanun ve kurallar düzenlenmiştir.

B- Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Yardım ve Denetiminin Gerekliliği

Tahkimin taraf iradesine dayalı bu liberal karakterine karşın, tahkim yargılaması sırasında ve yargılama sonucunda verilen hakem kararının icrasında, kamu otoritesinin kullanılmasına ihtiyaç duyulur. Çünkü hakem, devlet mahkemelerinin sahip olduğu kamu gücünü kullanma (*imperium*) yetkisine sahip değildir. Bunun yanında, tahkim yargılaması sırasında ve tahkim yargılaması sonucunda verilen nihai hakem kararıyla, tarafların temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi ve kamu düzeninin korunması bakımından tahkim yargılamasının devlet mahkemelerince denetlenmesi zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk,

egemenlik kavramının doğal bir gereğidir. Çünkü nihai hakem kararları, mahkeme kararları gibi icra edilir.

O hâlde, tahkim yargılamasında mahkemelerin yardımı ve denetimi keyfi bir vesayet ilişkisi olmayıp, ontolojik bir gerekliliktir. Mahkemenin yardımı ve denetimi sayesinde hakem kararı, tıpkı bir mahkeme kararı gibi kamu gücüyle icra edilebilir hale gelir.

C- Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Yardımının ve Denetiminin Gerçekleştiği Haller

1- Tahkim Yargılaması Başlamadan Önce

Tahkim yargılaması başlamadan önce mahkemeden geçici hukuki koruma (ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti) talep edilebilir (HMK m.414 f.3, MTK m.6 f.1).

2- Tahkim Yargılaması Başladıktan sonra

Tahkim yargılamasının yürütülmesi sırasında aşağıdaki konularda mahkemenin yardımı alınır:

- ✓ Hakemlerin seçimi konusunda mahkemenin yardımı (HMK m.416 f.2; MTK m.7 B, f.2)
- ✓ Hakemin reddi konusunda mahkemenin yardımı (HMK m.418; MTK m.7 D).
- ✓ Hakemin çekilmesini gerektiren hallerin varlığı halinde, hakemin görevinin sona erdirilmesi konusunda mahkemenin yardımı (HMK m.420 f.2; MTK m.7 F).
- ✓ Tahkim süresinin uzatılması konusunda mahkemenin yardımı (HMK m.427 f.2; MTK m.10 B).
- ✓ Delillerin toplanması konusunda mahkemenin yardımı (HMK m.432; MTK m.12 B).

3- Tahkim Yargılaması Tamamlandıktan Sonra (Hakem Kararının İnfazı Aşamasında)

Hakem kararının icrası aşamasında mahkemenin yardımı ve denetimi, aşağıdaki şekillerde gerçekleşir:

✓ Hakem kararının iptal davası yoluyla mahkemece denetlenmesi: Türk usul kanunları (HMK ve MTK)'na göre verilen hakem kararlarının mahkemece denetimi iptal davası yoluyla gerçekleştirilir (HMK m.439; MTK m.15 A).

✓ Hakem kararının icra edilebilir olup olmadığının mahkemece denetlenmesi: MTK m.15 B (HMK'da benzer düzenleme yoktur).

✓ Yabancı hakem kararlarının (Türk usul kanunların göre verilmeyen hakem kararlarının) tanıma veya tenfiz davası yoluyla denetlenmesi: (MÖHUK m.60-63; New York Sözleşmesi m.V)

II- MAHKEMELERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİNİN SINRILANDIRILMASI

A- Genel Olarak

Yukarıda söylediğimiz gibi, devlet egemenliği kavramının bir sonucu olarak, tahkim faaliyetinin devlet tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi bir zorunluluk olmakla birlikte, tahkim yargılamasına dokunulmaz ve özerk bir faaliyet alanı sağlanması da bir zorunluluktur. Eğer tahkime bağımsız ve özerk bir yargılama alanı sağlanmaz ve hakemlerin her türlü işlem ve kararları sınırsız bir şekilde mahkemelerin müdahalesine ve denetimine açılır, mahkemelere hakem kararlarını değiştirme ve düzeltme yetkisi verilirse, tahkim yargılaması anlamsız hale gelir; tarafların kendi iradeleriyle uyuşmazlığı tahkime götürmelerinin hiç bir anlamı kalmaz.

İşte, tahkime bağımsız ve özerk bir yargılama faaliyeti alanı sağlama ihtiyacı/ zorunluluğu ile devletin bu alanı denetleme zorunluluğu arasında sürekli ve dinamik bir gerilim olduğu söylenebilir. Bu gerilimin, tahkimin işlevini gerçekleştirmesini sağlayacak şekilde yani denetimde aşırıya gitmeden dengelenmesi gerekir.

Günümüzde gerek uluslararası düzenlemelerle gerekse iç hukuk düzenlemeleriyle, bu gerilimin tahkim lehine dengeye kavuşturulduğunu, mahkemelerin bu alanı denetleme yetkilerinin oldukça sıkı kurallara bağlanıp minimize edildiğini söyleyebiliriz. Böylece mahkemelerin, kanunların izin verdiği istisnai haller dışında hakem kararını denetlemeleri, yargılama süreçlerine müdahale etmeleri ve uyuşmazlığın esasını inceleyip yeniden karar vermeleri yasaklanmıştır (*revision au fond*).

Modern hukuklarda, mahkemelerin hakem yargılamasına müdahalesi veya hakem kararlarını denetlemesi kavramları yerine, "*mahkemenin yardımı*" kavramı tercih edilmekte olup bu sunumda, Model Kanun'dan da esinlenilerek, mahkemenin yerine getirdiği işleve göre yardım ve/ veya denetim kavramları kullanılmıştır. Kanaatimizce, tahkim yargılaması öncesinde ve tahkim yargılaması sırasında mahkemenin görevlendirildiği (örneğin hakemin mahkemece atanması gibi) durumlar için "*yardım*" kavramı daha uygun olmakla birlikte, nihai kararların mahkemelerce denetlenmesi, yardım kavramından çok "*denetim*" kavramıyla uyumludur.

B- Mevzuatta Mahkemelerin Tahkimi Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması

1- Uluslararası Düzenlemelerde

Tahkim konusunda yapılan uluslararası düzenlemelerden en önemlisi, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 1985 yılında *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (bundan sonra "Model Kanun" olarak anılacaktır) kabul edilip, ulusal kanunların düzenlenmesinde devletlere önemli bir model oluşturulmuştur. Model Kanun, 2006 yılında önemli bazı değişiklikler geçirmiştir. Bu belge bir uluslararası sözleşme olmayıp, ulusal kanunların yapılmasında kullanılması tavsiye edilen bir modelden ibarettir.

Yine, tahkimde uluslararası uygulama birliğinin sağlanması ve tahkimin geliştirilmesi amacı doğrultusunda, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin 1958 New York Konvansiyonu, Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre-Avrupa Sözleşmesi, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID) ve uyuşmazlık çözümünde tahkimi tercih ve teşvik eden pek çok ikili ve çok taraflı uluslararası sözleşme hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur.

Uluslararası düzenlemeler içinde New York Sözleşmesi oldukça önemlidir. Sözleşme ile yabancı hakem kararlarının ulusal mahkemelerce tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. Mahkemelerin, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerini reddedebileceği hâller (tanıma ve tenfiz engelleri) sınırlı olarak sayılmıştır. Böylece mahkemelerin, yabancı hakem kararlarının esasını incelemesi önlenmiştir.

Uluslararası düzenlemeler içinde önemli olan bir diğeri Model Kanun'dur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), büyük oranda Model Kanun esas alınarak hazırlanmıştır.

Bu nedenle, aşağıda ulusal tahkim mevzuatımız açıklanırken Model Kanun maddeleriyle de bağlantısı gösterilmiştir.

2- Ulusal Mevzuatta Tahkim Yargılamasına Mahkeme Müdahalesinin Sınırlandırılması

a- 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK):

Bu Kanun'un 60 ila 63. maddelerinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. New York Sözleşmesi'nin uygulanmadığı hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır (Sözleşme'nin uygulanma alanı Türkiye bakımından, onay kanununun 2. maddesinde ve Sözleşme'nin 1. maddesinde gösterilmiştir). Kanuni düzenleme New

York Sözleşmesi ile uyumludur. Madde 62’de sayılan tenfiz engellerinden birisi yoksa mahkeme, yabancı hakem kararının tanınmasına veya tenfizine karar vermek zorundadır. Mahkeme, maddede sayılan tenfiz engelleri dışında bir sebebe dayanarak tanıma veya tenfiz talebini reddedemez, hakem kararının esasını inceleyemez. Böylece mahkemenin, yabancı hakem kararının esasını incelemesi yasaklanmıştır.

b- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu:

Özel hukuk alanındaki tahkimi düzenleyen iki temel kanunumuz vardır: Ulusal (iç) tahkimi düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardaki tahkimi düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK). Bu iki kanun, büyük oranda Model Kanun esas alınarak hazırlanmıştır. Yani, her iki kanunda da tahkim yargılamasında mahkemelerin yardımı ve denetimi, Model Kanun esas alınarak düzenlenmiştir. (HMK genel gerekçesinden: "...Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir. Tasarının Onbirinci Kısımında yer alan tahkim hükümleri düzenlenirken, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. 4686 sayılı Kanun, birkaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli Uncitral Model Kanununu benimsemiş ancak iktibas esnasında bazı konular eksik alınmış ve yine bazı konularda tercihler Model Kanundan değişik olarak kullanılmıştır.").

Model Kanun ve onu esas alan HMK ve MTK’nın tahkime ilişkin hükümlerinde, mahkemelerin hakem yargılamasına yardımı ve hakem yargılaması ile hakemin nihai kararını denetlemesi, çeşitli yönlerden sınırlanmıştır:

1-Öncelikle, tahkim yargılamasında hangi mahkemelerin görevli ve yetkili olduğu belirlenmiştir. Böylece, tahkim yargılamasına yardım ve denetim yetkisi sadece bu mahkemelerle sınırlanmış, kararlarda istikrar ve hukuki öngörülebilirlik sağlanmak istenmiştir (Model Kanun m.6; HMK m.410; MTK m.3 ve Ek m.1).

2-Mahkemelerin, tahkim yargılamasında yardımına başvurulabilecek haller tek tek ve sınırlı olarak sayılmak suretiyle hakemlere bağımsız ve özerk bir yargılama alanı sağlanmıştır. Kanunda açıkça öngörülen haller dışında mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale edemeyeceği açık hükümlere bağlanmıştır: Model Kanun m.6,11(3),11(4), 13(3),14,16(3),34(2); HMK m.411, 414, 416, 418,420, 427(2), 432, 443 (2-3), 444; MTK m.3(2), 6, 7(B,D,F), 10(B), 12(B), 14(A).

3-Hakemin/ hakem heyetinin nihai hükmünün mahkemece denetimi, sadece iptal davası yoluyla ve iptal sebepleriyle sınırlandırılmıştır (Model Kanun m.34; HMK m.439; MTK m.15). Böylece mahkemelerce, hakem kararının esasının denetlenmesi önlenmiştir.

3- Tahkim Yargılamasında Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Mahkemenin Yardımını Düzenleyen HMK ve MTK Düzenlemelerinin Karşılaştırılması

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin münhasıran devlet mahkemelerine ait olduğuna dair kabul terkedilmiş ve hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verme yetkilerinin bulunduğu görüşü ağırlık kazanmış ve modern hukuk sistemlerinde hakemlerin, belli koşullar altında, geçici hukuki koruma kararı verebileceği kabul edilmiştir. Ancak hakemlerin kamu gücünü kullanma (*imperium*) yetkisi bulunmadığından kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren geçici hukuki koruma kararlarında, mahkemelerin yardımı ile icranın sağlanması benimsenmiştir.

Türk hukukunda da gelişim bu yönde olmuş, her iki temel kanunda hakemlere geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanınmış ve bu konuda mahkemenin yardımı düzenlenmiştir (HMK m.414- MTK m.6)

HMK ve MTK'da tahkime ilişkin hükümler genel olarak birbirleriyle uyumludur. Çünkü her iki kanun da Model Kanun esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak bu iki kanun arasında, tahkim yargılamasında geçici hukuki korumalar konusunda mahkemenin yardımı bakımından önemli bazı nüanslar mevcut olup bunlar aşağıda sıralanmıştır:

i-Öncelikle, HMK m.414'te ihtiyati hacizden hiç bahsedilmemişken, MTK hakem heyetinin ihtiyati haciz kararı verebileceğini düzenlemiştir. Yani ulusal tahkimde hakemlerin ihtiyati haciz kararı verme yetkileri yok iken uluslararası tahkimde hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmıştır. Ancak MTK'da ihtiyati haciz kararı verme yetkisi verilmiş ise de bu kararın cebri icra kabiliyeti yoktur. Esasen İİK m. 261-262'deki ihtiyati haciz kararının infazı usulü dikkate alındığında, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verme yetkilerinin bulunduğu dair yasal düzenleme, uygulanma kabiliyeti bulunmayan bir düzenlemedir.

Model Kanun'da hakemlerin, resmi makamlarca infaz edilecek şekilde karar veremeyeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. MTK bu yönden model kanundan ayrılmıştır. *Pekcanitez*'in de belirttiği gibi, böyle bir sınırlamanın hukukumuzda getirilmiş olması, hakemlerin aslında ihtiyati haciz kararı vermesinin bir anlam ifade etmeyeceğini ortaya koymaktadır.

Taraflar kendi rızalarıyla kararın gereğini yapmazlarsa, hakemin verdiği ihtiyati haciz kararının hukuki bir değeri kalmayacaktır. Bu durumda, alacaklı tarafın, devlet mahkemelerinden yeniden ihtiyati haciz kararı verilmesini istemekten başka bir yolu yoktur. Çünkü HMK m.414/2'de, tarafa, mahkemeden hakemin tedbir kararının icra edilebilir

olduğuna dair karar alarak kararın icrasını sağlama yetkisi verildiği hâlde, MTK m.6 f.3'te farklı bir düzenleme yapılmıştır. Anılan fıkra uyarınca mahkemeden yeni bir ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talep edilecektir. Ancak hakem tarafından verildiği hâlde tarafın rızaen yerine getirmedeği tedbir veya haciz kararının, mahkeme açısından bir bağlayıcılığı olmayacak ise de mahkemenin takdirini etkileyecek önemli bir delil olacağı açıktır.

ii-MTK m.6'da, tarafların, tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep edebilmeleri herhangi bir koşula bağlanmamış iken HMK m. 414 f.3 uyarınca ulusal tahkimde, sadece hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde mahkemeden delil tespiti veya ihtiyati tedbir talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Bunun dışında, ulusal tahkim kapsamında kalan bir uyuşmazlıkta mahkemeden delil tespit kararı veya ihtiyati tedbir kararı alınması, hakem kurulunun iznine veya tarafların yazılı olarak anlaşmalarına bağlıdır. Eğer taraflardan biri bu koşullar bulunmadığı hâlde mahkemeden böyle bir karar almışsa, HMK m.394 uyarınca karşı taraf, mahkemeye itiraz yoluyla bu kararın ortadan kaldırılmasını sağlayabileceği gibi, bu kararın hakemlerce kaldırılmasını da isteyebilir (HMK m.414 f.5).

İstanbul BAM 12. HD'nin 2019/764 E- 2019/623 K sayılı, 02.05.2019 tarihli kararında, "...*Dosya kapsamında mevcut belgelerden 13.12.2018 tarihli ihtiyati tedbir kararının yasal sürede uygulandığı, ihtiyati tedbir talep eden tarafın sözleşmenin 16. maddesi hükmüne dayanarak 21.12.2018 tarihinde İTOTAM'da tahkim davası açtığı, akabinde karşı tarafın 26.12.2018 tarihinde ihtiyati tedbir kararına itiraz ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, HMK m.390 ve 414/5. hükümleri dikkate alınarak ihtiyati tedbir kararına itirazın tahkim davasında hakem kurulunca değerlendirilmesi için dosyanın İTOTAM'a*

gönderilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş...” denilmek suretiyle, HMK’ya tabi ulusal tahkimde, mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra hakem nezdinde esas hakkında dava açılmış ise bundan sonra ihtiyati tedbir kararına itirazın mahkemece değil, hakem heyetince inceleneyeceğine karar vermiştir.

MTK hükümlerine tabi uyuşmazlıklarda ise tahkim yargılaması başladıktan sonra dahi taraflar, geçici hukuki koruma için doğrudan mahkemeye başvurabilirler. Bu turumda, geçici hukuki koruma talebine karşı tahkim gerekçe gösterilerek itiraz edilemez. Ayrıca, devlet mahkemeleri tarafından verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarına karşı hakem nezdinde de itiraz edilemez. Hakemler de mahkemenin verdiği tedbir veya haciz kararını kaldıramaz, değiştiremez.

iii-HMK m.414 f.5 düzenlemesine göre, hakem kuruluna, mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararını değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi verildiği hâlde, MTK’da hakem kuruluna bu yetki verilmemiştir. Bu nedenle, MTK’ya tabi bir uyuşmazlıkta mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınmışsa, bu tedbirin ortadan kaldırılması da ancak bir mahkeme kararıyla mümkün olabilir.

Bu düzenlemeye göre, geçici hukuki korumalar konusunda HMK’nın hakem heyetini birinci derecede yetkili kıldığı halde, MTK’da mahkemenin daha ön planda olduğu, hakemlerin yetkilerinin mahkemelerle paralel olduğu, geçici hukuki koruma konusunda mahkemenin daha etkin kılındığı söylenebilir.

iv-HMK’da hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisi verilmediğinden, ulusal tahkime tabi bir uyuşmazlıkta ihtiyati haciz, mahkemeden İİK hükümlerine göre her zaman istenebilir. İhtiyati haczin koşulları İİK’nın 257 vd. maddelerine göre değerlendirilir.

MTK hükümlerine tabi uyuşmazlıklarda, tahkim yargılaması başlamadan önce, tahkim yargılaması devam ederken ve tahkim yargılaması sona erdikten sonra mahkemeden ihtiyati haciz talep

edebileceği Yargıtay'ın yerleşik içtihadıdır (Yargıtay 11. HD'nin 2004/4309 E-2005/4042 K sayılı, 21.04.2005 tarihli kararı; Yargıtay 6. HD'nin 2014/3906 E-2014/4941 K sayılı, 14.04.2014 tarihli kararı). (Kararlar *Lexpera*'dan alınmıştır).

MTK hükümlerine tabi uyuşmazlıklarda, hakeme ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin verilmiş olması pratik olarak bir anlam ifade etmediğinden, ihtiyati haciz konusunda sadece mahkemelerin yetkili olduğu sonucu çıkarılabilir.

İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2018/27 E- 2018/461 K sayılı, 21.12.2018 tarihli kararında, “...4686 Sayılı Kanunu Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme, müdahalenin sınırı başlıklı 3. Maddesine göre ‘Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa ... Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir. Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler’ denilmektedir. 4686 Sayılı Kanunun 3. maddesinde ‘Bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler’ denildiğinden, aynı kanunun 6. maddesinde ‘mahkeme’ ibaresinin geçmesi nedeniyle, ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizlerde de yetkili mahkemenin 4886 Sayılı Kanun’un 3. maddesine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.” denilmek suretiyle, geçici hukuki koruma taleplerinde yetkili mahkemenin MTK m.3’e göre belirlenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

HMK hükümlerine tabi uyuşmazlıklara ilişkin geçici hukuki koruma taleplerinde ise görevli ve yetkili mahkeme, HMK m.410’a göre belirlenir.

v-HMK m.414’te hakem kuruluna delil tespiti kararı verme yetkisi verilmişken, MTK delil tespitinden hiç bahsetmemiştir. Ancak bu düzenlemeden, hakem kurulunun delil tespit kararı veremeyeceği

anlamı çıkarılmamalıdır. Çünkü delil tespiti, yargılama faaliyetinin zorunlu bir gereğidir. Bu nedenle delil tespit kararını hakemler de verebilir. Ancak delil tespiti genellikle hakem nezdinde dava açılmadan önce mahkemelerden istenmektedir. Hakemde dava açıldıktan sonra, hakem tarafından da delil tespit kararı verilmesi mümkündür. Nitekim, MTK m.12'de hakemlerin delil toplanma yetkisi düzenlenmiştir. Ayrıca, m.12 (B) uyarınca, delillerin toplanması konusunda, hakem heyetinin mahkemeden yardım isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

iv-Geçici hukuki korumalardan söz etmişken, HMK ve MTK arasındaki bir farka daha temas etmek gerekir: MTK m.10 A bendinin 2. fıkrası uyarınca, tahkim yargılamasından önce ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alınması halinde, otuz gün içinde hakem nezdinde esas davanın açılması gerekir. HMK m.426 f.2 uyarınca, ulusal tahkimde bu süre iki haftadır.

SONUÇ

Tahkim kurumu, tüm liberal ve özgürlükçü karakterine karşın yargılama öncesinde, yargılama sürecinde ve nihai hakem kararının icrası aşamasında kamu otoritesinin kullanılmasına ihtiyaç duyar. Kamu otoritesinin kullanılması ise devletin egemenlik hakkıyla ilgili olduğundan, tahkimin devlet tarafından düzenlemesi ve denetlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Devlet, tahkim yargılamasını denetleme yetkisini mahkemeler eliyle kullanır. Ancak bu denetimin sınırlandırılması ve açık kurallara bağlanması, böylece tahkime bağımsız ve özerk bir yargılama faaliyet alanının sağlanması gerekir. Aksi takdirde tarafların, kendi özgür iradeleriyle uyuşmazlığı tahkime götürmüş olmalarının hiçbir anlamı kalmaz. Tahkime özerk ve bağımsız bir faaliyet alanı sağlanması gerekliliği ile devletin bu alanı denetleme zorunluluğu arasında var olan gerilim, uluslararası düzenlemelerle ve iç hukuk düzenlemeleriyle tahkim lehine dengeye kavuşturulmuştur. Bu

bağlamda, mahkemelerin tahkime yardımı ve denetimi açık kurallara bağlanıp sınırlandırılmış ve mahkemelerin tahkim süreçlerine müdahalesi istisnai hale getirilmiştir. Türk tahkim hukukunun bu konudaki pozitif düzenlemeleri, uluslararası temel referans belgelerle çerçevesi belirlenmiş olan çağdaş tahkim düzenlemeleriyle uyumludur.

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK*

I. Giriş

Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tahkim sıklıkla başvurulmuş bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim kararlarının, tahkim yeri dışındaki yerlerde hukuki sonuç doğurabilmesi, ilgili kararın tanınması ve tenfizine bağlıdır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin kolaylaştırıcı nitelikteki uluslararası anlaşmalar, tahkim yolunun yaygınlaşmasında en önemli etken olarak ileri sürülmektedir. Mahkemelerin tahkime ilişkin genel yaklaşımı, tahkim yeri ülkesinde açılan iptal davaları ve hakem kararlarının tanınması veya tenfizi aşamalarında gözlemlenmektedir. Tebliğ konumuz güncel Yargıtay kararlarımız ışığında tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi, bu suretle Yüksek Mahkememizin tahkime yaklaşımının değerlendirilmesidir.

II. Ticari tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi: New York Sözleşmesi ve 5718 Sayılı MÖHUK

Yabancı hakem kararının hukuki sonuç doğurması, ilgili kararın kanun veya milletlerarası sözleşme uyarınca yetkili mahkeme vasıtasıyla tanınması veya tenfizine bağlıdır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda öncelikli uygulama alan bulan milletlerarası anlaşma, 10 Haziran 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi¹

* ATU Üniversitesi Öğretim Üyesi, seskiyoruk@atu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8155-3253.

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>

olup, 172 ülke tarafından kabul edilmiştir² ve ülkemiz anlaşmaya 08.05.1991 tarihinde taraf olmuştur.³ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuz da (MÖHUK)⁴, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 60 ila 63'üncü maddeleri arasında düzenlemektedir.

a) Tanıma ve tenfiz kavramları

Tanıma ve tenfiz kavramları, gerek kanunda gerekse de uluslararası anlaşmada birlikte kullanılmasına karşın, meydana getirdikleri sonuçlar birbirinden farklıdır. Tanıma, kararın yabancı ülkede kesin hüküm ve kesin delil etkisinin kazanmasına; tenfiz ise, kararın bunlara ek olarak icra kabiliyeti kazanmasına ilişkindir.⁵ New York Sözleşmesi birinci maddesinde belirtildiği üzere yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için farklı hükümler öngörülmemektedir. Yine, yabancı hakem kararlarının tanınması başlıklı 5718 sayılı MÖHUK'un 63(1) maddesi ile, tanımanın tenfize ilişkin hükümlere tabi olduğu açıkça belirtilmektedir.

b) Tanıma ve tenfize ilişkin daha elverişli düzenleme bulunması hali

New York Sözleşmesinin VII (1) maddesinde belirtildiği üzere, sözleşmenin hakem kararlarının tanınması ve icrasına ilişkin daha elverişli kanun, ikili yahut çok taraflı sözleşmelere ilişkin başvurulara

² Sözleşmeye taraf olan ülke listesi ve detayları hakkında: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

³ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, 20877 sayılı ve 21.5.1991 tarihli Resmî Gazete.

⁴ 5718 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 27.11.2007, 26728 sayılı ve 12.12.2007 tarihli Resmî Gazete.

⁵ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2020, s. 447, Şanlı, Esen, Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman- Figenmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 622.

engel teşkil etmeyeceği özellikle vurgulanmaktadır. Benzer şekilde MÖHUK madde 1(2) uyarınca “*Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*”. MÖHUK madde 57 ve madde 61(2) uyarınca, tenfizine karar verilen yabancı mahkeme ve tahkim kararları Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra olunur.

c) Ülkemizde hakem kararlarının tanıma ve tenfiz usulü

Tanıma ve tenfiz başvurusunda sunulması gereken belgeler New York Sözleşmesi’nin VI. maddesinde ve MÖHUK 61. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre başvuran dilekçe ekinde (1) tahkim anlaşmasının aslı veya usulüne göre onanmış suretini, (2) tahkim kararının aslı veya onanmış suretini ve (3) bu belgelerin yabancı dilde olması halinde tercümesini, Mahkemeye sunmalıdır.

d) New York Sözleşmesindeki yer alan çekinceler ve etkileri

Sözleşme’nin I. maddesi 3. fıkrası uyarınca, akit devletler kendi milli hukuklarına göre ticari kabul edilen uyuşmazlıklara ilişkin tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanması konusunda çekincesini koyabilirler. Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun’unun başta 3’üncü maddesinde ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ile 19’uncu maddesinde yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler ticari iş olarak kabulü edilmektedir. Ticari iş kavramının çok geniş kabul edilmesinden dolayı, ülkemizin Sözleşmeye ticari çekince koymasının fiilen uygulamasında daraltıcı etkisi görülmemektedir.

Sözleşme’nin I. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kabul edilen bir diğer çekince ise mütekabiliyettir. New York Sözleşmesi’ne taraf üye devlet sayısı göz önüne alındığında, mütekabiliyet çekincesi de fiilen Sözleşme’nin uygulama alanını sınırlandırmamaktadır. Konuya ilişkin 5718 sayılı Kanunumuzu New York Sözleşmesi ile mukayese ettiğimizde,

MÖHUK'un mütekabiliyet koşulu aramadığını da görmekteyiz. Bu sebeple, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne 172 ülke taraf olması suretiyle dünya çapında uygulama alanı bulan bir uluslararası anlaşma olmakla birlikte kapsam dışında kalan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili hükümleri çerçevesinde mümkün olabilmektedir.

e) Hakem kararının tanıma ve tenfizinin sonuçları

Yukarıda belirtildiği üzere, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizine ilişkin iki temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve diğeri 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin V(c) maddesi ile MÖHUK 56 maddesi uyarınca, tahkim kararının kısmen tanıma ve tenfiz mümkün kılınmaktadır.

New York Sözleşmesi madde III ile MÖHUK madde 57(1) ve madde 61(2) uyarınca, "tenfizine karar verilen yabancı hakem kararları Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra olunur. Diğer bir ifade ile tenfiz işlemi neticesinde yabancı hakem kararları ülkemizde kesin hüküm ve icra kabiliyeti kazanmaktadır.

III) Hakem Kararlarının Tanınmasının ve Tenfizinin Red Sebepleri

Yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen haller New York Sözleşmesinin V'inci maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sebepleri, tenfiz hakeminin re'sen göz önüne alabileceği sebepler ile aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın ispat yükümlülüğünün bulunduğu haller olarak ikiye ayırabiliriz. MÖHUK 62'inci maddesinde sayılan tenfiz engel sebepleri ve ispat yükünün tetkik edilmesinde Sözleşme ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Tenfiz mahkemesince re'sen dikkate alınacak haller: (1) hakem kararının konusunu teşkil eden uyuşmazlığın tanıma veya tenfiz istenilen ülkenin hukukuna göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması, ve (2) hakem kararını kamu düzenine aykırı olmasıdır.

New York Sözleşmesi'nin V (1) maddesinde (a) ile (e) bentleri arasında tahdidi sayılan ret sebepleri ise aleyhine tenfiz talep edilen tarafça ispat edilmesi gerekmektedir. Bu sebepler şunlardır: (1) Tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması, (2) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın hakem seçiminden veya tahkim yargılamasından usulen haberdar edilmemiş olması veya delillerini sunma imkânından mahrum edilmesi, (3) Hakem kararın tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması veya tahkim anlaşmasının sınırlarını aşması, (4) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usulün, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı olması, (5) Hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yer mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması olarak sayılmaktadır.

New York Sözleşmesi ile 5718 sayılı Kanunda öngörülen tanıma veya tenfiz koşulları ile red sebepleri incelendiğinde, tahkim kararlarını kamu düzeni ve tahkime elverişlilik halleri dışında esastan inceleme yasağı (*révision au fond*) öngörmektedir. New York Sözleşmesi madde V ile MÖHUK madde 62'de belirtilen yabancı hakem kararlarının tenfizin red sebepleri incelendiğinde, Sözleşmeye ile paralellik göstermektedir. MÖHUK 62(1)(a) maddesinde, kamu düzeni ve tahkime elverişlilik yanında yerel mahkeme tarafında tahkim anlaşmasının bulunmaması da re'sen dikkate alınabilecek haller arasında sayılmakla, Sözleşmeye göre daha ağır koşullar taşıdığı söylenebilir. Bununla birlikte uygulamada tanıma ve tenfiz

başvurusunda tahkim anlaşmasının aslının veya onaylı suretinin mahkemeye sunulması gerektiği göz önüne alındığında, New York Sözleşmesi ile MÖHUK arasındaki bu fark da göz ardı edilebilir.⁶

IV) Güncel Yargıtay Kararları

a) *révision au fond* yasağı

İlk inceleme yaptığımız karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2020/7985 esas, 2022/4932 karar numaralı kararı olup; kararın gerek tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hali, gerek tahkime uygulanan İngiliz tahkim hukukunun değerlendirilme yapılması ile yargılama sürecinde itiraz edilmemesinin etkilerinin vurgulanması, gerekse de *révision au fond* yasağına gönderi yapılması açısından örnek bir karar olduğu kanaatindeyim. Gerçekten de Yargıtay'ımız ve Bölge Adliye Mahkemesi;

“New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşması için belge aranmakla birlikte söz konusu belgede tarafların imzasının bulunması şartının aranmadığı, bu çerçevede tarafların sözleşmelerinde atıf yaptıkları genel işlem şartları veya standart sözleşmeler tahkim klotu içeriyorsa bunlara yapılan atıfla tahkim anlaşmasının yapılmış sayılacağı”... “asıl sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde tahkim sözleşmesinin yapılmış sayılacağının 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4/2. maddesinde de kabul edilmiş olduğu”... bu “bağlama özetinde atıf yapılan Gencon 94 charter parti formunda yer alan tahkim klotunun New York Konvansiyonu kapsamında geçerli olduğu” belirtilmektedir. Yargıtayımız gerek New York Sözleşmesi gerekse de Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun değerlendirilmesi sonucu tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinin (*incorporation by reference*), tahkim anlaşmasını geçerliliği için yeterli olduğu sonucuna varmıştır.

⁶ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 572; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 478

Kararda devamla “İngiliz Hukukuna göre Londra’da tahkim verilmiş olmakla beraber...1996 İngiliz Tahkim Kanunu’nun 17. maddesinde taraflardan birinin kendi hakemini süresi içerisinde seçmemesi halinde tek hakemle yargılama yapılabileceği düzenlemesine yer verildiği ... Tek hakem tarafından yapılan yargılamaya itiraz etmedikleri” belirtilmektedir. Yüksek mahkemenin, tahkime uygulanan yabancı hukuka göre değerlendirme yapması ve tahkim yargılamasında yapılmayan itirazların tenfiz davasında ileri sürülmesine etkileri açısından göz önüne almaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin işbu kararı “hakem kararlarının tenfizi davasında revizyon yasağı sebebiyle esasa ilişkin inceleme” yapılamayacağını da vurgulaması açısından önem taşımaktadır. Aynı Dairenin 2016/725 esas; 2016/7777 karar numaralı kararında da:

“yargılama sırasında teknik inceleme taleplerinin reddedildiğini, bunun hukuki dinlenilme hakkının ihlali ve keyfi bir durum olarak tenfiz engeli oluşturduğunu savunmuş ise de hakem kararının tenfizi davasında hakem kararının isabetli olup olmadığının yargılama konusu edilemeyeceği, davalı taraf hakem yargılaması sırasında ürün güvenliği dikkate alınmadan karar verildiğini, bu durumun Türk kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu savunmuş ise de davalının yıllarca pazarlamasını yaptığı bir ürünün güvenliği ile ilgili bu tarz bir itiraz ileri sürmesinin MK’nın 2. maddesiyle bağdaşmayacağı hakem kararının tenfizine karar verilmiştir, hükmün onanmasına” suretiyle *révision au fond* yasağına ve Medeni Kanun’umuzun⁷ 2’inci maddesinde yer alan dürüstlük kuralının esas alınması önem arz etmektedir.

⁷ 4721 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 22.11.2001, 24607 sayılı ve 8.12.2001 tarihli Resmî Gazete.

b) adil yargılanma hakkı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/2417 esas ve 2021/1051 karar numaralı kararında ICC Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanının bir kararının New York Sözleşmesi uyarınca tanınmasını ve tenfizini davasında adil yargılanma hakkını Türk kamu düzeni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında değerlendirmiştir. Söz konusu kararda;

“adil yargılanma hakkı, iç hukuk kapsamındaki uyuşmazlıklar yanında, yabancı unsurlu uyuşmazlıkları da ilgilendirmektedir. Bu hak, ülkemizin de tarafı olduğu AİHS'in 6. maddesinde “temel insan hakları” arasında sayıldığı gibi, 1982 Anayasamızın 36.maddesinde de temel insan hakları arasında sayılmıştır. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının temel unsurları arasında “hukuki dinlenilme hakkı” ile “mahkemeye erişim ve yargılamanın aleniyeti ilkesi bulunmaktadır.” Yargıtay kararında devamla, mahkeme tarafından tarafların savunma haklarının tahkim yargılaması sırasında kısıtlanıp kısıtlanmadığının, New York Sözleşmesi’nin 5’inci maddesi ve Türk kamu düzeni uyarınca serbestçe değerlendirebileceğini belirtmiştir.

Adil yargılanma hakkına vurgu yapılan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2020/5054 sayılı kararında ise Letonya Ticari Bankalar Birliği Tahkim Mahkemesi tarafından verilen bir tahkim kararının tenfizi davasında, tebliğ işleminin özel kargo aracılığı ile yapılmasının Tebligat Kanunu’na aykırı olduğundan bahisle hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal iddiasına ilişkin, Letonya Tahkim Kanunu’nu incelememiş ve ilgili yasanın "tahkim mahkemesi tebligatları ve usuller" başlıklı 31’inci maddesi uyarınca tebligatların e-mail veya posta yolu ile yapılabileceği, bu sebeple ihlal olmadığı sonucuna varmıştır.

c) kısmi kararların tanınması ve tenfizi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi diğer bir kararında⁸ ise uygulamada soru işareti olan dava konusu kararın kısmen tanınıp tanınmayacağı ve tahkim kararlarının niteliği hususları açıklık getirmektedir. Yargıtay GAFTA Tahıl ve Yem Ticaret Birliğinin bir hakem kararının tenfizi talebine ilişkin verdiği kararda;

“Tahkim yargılaması sürerken, nihai karar verilmeden önce, hakemlerce belli meselelerin karara bağlanması halinde, bu karar ara kararı veya kısmi karar niteliğinde hatta talimat/emir niteliğinde olabilir. Belirleyici olan husus, verilen kararın ne şekilde adlandırıldığından çok, nihai karar verilmeden önce, muhakeme sürerken belli konuları hükme bağlanmış olmasıdır.”

Yargıtay kararında, hakem heyetinin yetkisi dışında kalan bir hususta karar verilmesinin New York Konvansiyonunun 5/1. maddesinin (c) bendinde yer alan kamu düzeni ve (y) bendinde yer alan hakem kararının tahkim anlaşmasına yer almayan bir hususa ilişkin olması uyarınca kararın tenfiz edilemeyeceği iddiasına ilişkin; “Kısmi kararın ilişkin olduğu konu bakımından nihai olduğunun kabul edilmesi için, uyuşmazlığın kısmi karar ile hükme bağlanan yönünün ayrılabilir ve bağımsız bir mesele olması yeterli sayılmalıdır”. Yargıtay’ımız kararında kısmi kararın ayrılabilir ve bağımsız niteliğine ve bu şartları taşıması halinde kısmi tenfiz yapılabileceğine vurgu yapmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2017/3469 esas ve 2019/4259 karar sayılı kararında Milletlerarası Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin taraflar arasındaki “Hisse Alım Sözleşmesi Taslağı'ndan (DSP A) kaynaklanan ve Tahkim Heyetinin kuruluşuna dayanak teşkil eden DSP A'nın tahkim şartı kapsamında kalan uyuşmazlıkların tamamı üzerinde heyetin münhasır yargı yetkisi bulunmaktadır." tespitini içeren kısmi kararın tanınması istemi incelenmiştir;

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas no: 2017/3469, Karar no: 2019/4259.

“dava konusu kısmi kararın tanınıp tanınmayacağı hususu üzerinde de durulması gerekmektedir. Tahkim yargılaması sürerken, nihai karar verilmeden önce, hakemlerce belli meselelerin karara bağlanması halinde, bu karar ara kararı veya kısmi karar niteliğinde hatta talimat/emir niteliğinde olabilir. Belirleyici olan husus, verilen kararın ne şekilde adlandırıldığından çok, nihai karar verilmeden önce, muhakeme sürerken belli konuları hükme bağlanmış olmasıdır.... tahkim muhakemesi sürerken hakemlerce, özellikle usule ilişkin konularda ara kararı niteliğinde kararlar verilebileceği kuşkusuzdur.”

Bu sebeple; “dava konusu kısmi hakem kararı mahiyeti itibarıyla tanınabilecek bir karar olduğu gibi, verildiği anda kesin ve bağlayıcı bir karar olduğundan ve ayrıca, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca kararın vacibürriaye olması gerektiği belirtildiğinden, işbu kısmi hakem kararının tanıma şartlarının oluştuğu ve davacının da kararın tanınmasını istemekte hukuki yararı bulunduğu” sonucuna varılmıştır.

V) Sonuç

Ülkemizde yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizine ilişkin temel hukuki dayanaklar, Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi ve MÖHUK 60 ila 63'üncü maddeleridir. Uluslararası tahkim camiasında ülkelerin tahkim dostu olup olmadığı, modern tahkim mevzuatlarına sahip olması yanında, Yüksek Mahkemelerin tahkime ilişkin genel yaklaşımları ile de değerlendirilmektedir. Tebliğde öncelikle tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin temel mevzuat, tanıma ve tenfiz kavramları, tanıma ve tenfize ilişkin daha elverişli düzenleme bulunması hali, hakem kararlarının tanıma ve tenfiz usulü, New York Sözleşmesindeki yer alan çekinceler ve etkileri ile tanıma ve tenfizinin sonuçları ile değerlendirilmiştir. Daha sonra, hakem kararlarının tanınmasının ve tenfizinin red sebepleri, New York Sözleşmesi'nin V'inci maddesi, MÖHUK 62'inci maddesi ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

Makalenin son bölümünde ise Yargıtay kararları, özellikle tahkim kararlarının esastan incelenme yasağı, adil yargılama hakkı ve kapsamı ile kısmi hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından değerlendirilmiş ve bu suretle Yüksek Mahkememizin tahkime güncel yaklaşımı gözler önüne serilmektedir. Ülkemiz alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve tahkim alanında gerek uluslararası anlaşmalara taraf olması, gerek modern mevzuata sahip olması, gerekse de Yüksek Mahkemenin güncel modern yaklaşımı ile tahkim dostu bir ülke olduğunu ortaya koymaktadır.

HAKEM KARARLARININ DENETİMİ

TAHKİM KARARLARININ İSTİNAF DENETİMİ

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN*

I. GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 439’uncu madde hükmünde düzenlenen iptal davasının, *Bölge Adliye Mahkemesi* nezdinde görülmesi nedeniyle, bir istinaf denetimi olarak değerlendirilmesi mümkün müdür sorusuna cevap aranılan huzurdaki bu çalışmada, aslında böyle bir soru sorulmasına neden olan bir bölge adliye mahkemesi kararının da eleştirisi yapılmaktadır.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNDE İSTİNAF DENETİMİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sekizinci kısmı, “*Kanun Yolları*” kurumuna ayrılmıştır. Burada da birinci bölüm “*İstinaf*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu safahatta yapılacak incelemenin kapsamı, bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü hallerde keyfiyeti resen gözetmesi hali dışında, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılmıştır (HMK m. 355). Temyiz kanun yolundan farklı olarak istinaf safahatında; Yargıtay’da yapıp onama (veya düzelterek onama HMK m. 370) ve bozma şeklinde ifade edilen salt hukuki yönden denetimin yani kanun hükümlerinin münhasıran dosyada gösterilen vakıa ve dayanak deliller yönünden doğru uygulanıp uygulanmadığı denetiminin yanı sıra yargılama sırasındaki vakıaların tekrar ele alındığı ve nihayetinde onama ve bozma şeklinde olmayan aslında birinci derece mahkemesi kararının niteliğine benzer yeni bir karar verilir. Hatta ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: celebi.can@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7177-6998).

gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebep nedeniyle gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir (HMK m. 357/3). Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılamaz (HMK m. 357/1). Görüldüğü üzere istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemelerinin kararlarına dair hukuki denetimin yanı sıra gerektiği hallerde yeni bir yargılama yapılmak suretiyle ilk derece mahkemesi gibi hüküm verilmesi hali de söz konusu olabilir. Nitekim HMK m. 356/2’de söz konusu keyfiyet, “*duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verir*” şeklinde belirtilmiştir.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 33/1’de, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak, bölge adliye mahkemelerinin başlıca görev sahası olarak ifade edilmiştir. Yukarıda zikrettiğimiz Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sekizinci kısmının birinci bölümünde “*İstinaf*” başlığı altında düzenlenen söz konusu istinaf denetimi de esasen bu görev kapsamıyla ilgilidir. Bu görevlerinin yanı sıra ayrıca *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun* m. 33/3’de, kanunlarla verilen diğer görevlerin de bölge adliye mahkemelerinin faaliyet kapsamı içinde olduğu belirtilmiştir. Benzer düzenleme ise, özelde bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin görev sahasını belirtmesi bakımından aynı Kanun’un 36/1 ve 5. madde hükümlerinde yer almaktadır. O halde bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı

yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlama şeklindeki esas görevlerinin yanı sıra kanunlarla verilen diğer görevleri de söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla da kanunlarla verilen söz konusu diğer görevlerin esas görevi olan istinaf denetiminden farklı nitelik arz etmesi de halin icabı gereğidir.

Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu “*Tahkim*” başlıklı onbirinci kısmında yer alan 439. madde hükmü dikkat çekici olup, bölge adliye mahkemelerine esas görevleri olan istinaf denetimi dışında başka bir görev verildiği durumlara örnek teşkil etmektedir.

Anılan madde hükmünde düzenlenen “*İptal Davası*” bakımından görevli mahkemede tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak belirlenmiştir. Hakikaten; “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür (HMK m. 439/1)*” düzenlemesinin mevcudiyeti karşısında, tahkim yargılamasında hakem/hakem kurulu tarafından verilen karara karşı sadece tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde bir iptal davası açılabileceği anlaşılmaktadır. Anılan madde hükmünde de söz konusu iptal davasının niteliği, kapsamı ve süreçleri hakkında düzenlemelere rastlanılmaktadır. Sonda söyleyeceğimizi başta vurgulamanın bir sakıncası olmadığından bahisle, anılan madde hükmündeki iptal davası kurumu, bölge adliye mahkemelerinin esas görevi olarak mevzuatın öngörmüş olduğu istinaf denetiminden farklı bir müessesedir. Dolayısıyla da huzurdaki bu çalışmanın başlığı dahi, açıkça mevzuata aykırılık teşkil etmekte ve hatta tahkim yargılaması bakımından söz konusu olmayan bir kanun yolunu sanki varmışçasına ifade etmesi bakımından fahiş hatalı bir seçim olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki bu başlığın oluşturulması tarafımızca bilinçli olarak yapılmış bir tercih olup, altında yatan sebep ise, çalışma konumuzun seçilmesini tetikleyen bir bölge adliye mahkemesi kararının eleştirilmesidir. Zira aşağıda künyesi saklı tutulup sadece içerik

olarak anılacak bölge adliye mahkemesi kararında tahkim sürecinde verilmiş hakem/ler kararına karşı açılan bir iptal davasında, HMK m. 439 kapsamı dışına çıkılarak madde hükmünde öngörülen ve sınırları çizilen iptal davası prosedürü uygulanmamış, doğrudan ilgili hakem kararı sanki bir ilk derece mahkeme kararıymış gibi istinaf kanun yolu denetimine tabi tutulmuştur. O halde halen tahkim kararlarının istinaf denetimine tabi olduğu görüşünde olan yargı sülhelerine rastlanabilmektedir. Kanaatimizce bu fahiş hatayı bizzat çalışma başlığı olarak yer vermek; konuya dikkat çekmek bakımından yararlı olacaktır.

III. ÖRNEK BİR BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ HUKUK DAİRESİ KARARI

A. GENEL OLARAK

Huzurdaki sunumun hazırlanmasını tetikleyen aşağıda inceleyeceğimiz Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi kararında; tahkim yargılamasında hakem kararlarına karşı alışagelmış şekilde bir istinaf denetiminin söz konusu olmadığı, doğrudan kanun hükmünde niteliği, kapsamı ve süreçleri belirlenmiş bir iptal davasının mevcut olduğu gerçeğiyle çelişen ve hatta tamamıyla aksi istikamette yer alan bir uygulamaya tesadüf etmekteyiz. İşbu çalışmamız sonrasında başta Bölge Adliye Mahkemesinin sayın Hakimleri olmak üzere tüm uygulayıcıların konu üzerinde dikkatini çekmek ve kanun koyucunun HMK m. 439'daki -düzenleme amacının- «ratio legis»'in ortaya konulması hedeflenmektedir.

Yukarıda anılan bölge adliye mahkemesi dava künyesinin çalışma konumuz bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Türkiye'deki tüm bölge adliye mahkemelerinin ilgili hukuk daireleri bakımından konu yeterince önemi haizdir. Aşağıda görüleceği üzere, söz konusu gerekçelerle anılan kararlar ilgili künye kısmı gizlenmiş ve sadece çalışma konumuzla ilgili olan dava içeriğine yer verilmiştir:

“... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesi (İlk Derece) ...
Kararı

...6100 sayılı HMK 439/2-f bendi uyarınca hukuki dinlenilme hakkı yönünden davacı tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazları dikkate alınmadığından dosyanın uzmanından oluşacak bilirkişi heyetine tevdi ile, dava konusu talepler yönünden tahkim yargılamasındaki tüm talepler ve beyanlar, ibraz edilen deliller, tüm dosya kapsamı ile tarafların sunduğu tüm beyanlar bilirkişi raporun yapılan itirazlar kapsamı, taraflar arasındaki ihale sözleşmesi kapsamı ile birlikte değerlendirilerek tahkim yargılamasında davalı tarafından tahkime konu yapılan talepler yönünden rapor tanziminin istenilmesine,... duruşmanın tarihine bırakılmasına karar verildi...”.

B. KARARIN İNCELENMESİ

Öncelikle yukarıda anılan karar içeriğinden anlaşıldığı üzere huzurdaki bir ara karardır. İlgili (ara) karar ile BAM Hukuk Dairesi konuyu şu şekilde ele almıştır:

- i.Kendisinin «ilk derece» sıfatına karar başlığında yer vermiştir.
- ii.Hukuki dinlenilme hakkı yönünden hakem/ler/in davacı tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazlarını dikkate almadığı değerlendirmesini yapmıştır.
- iii.BAM Hukuk Dairesi konusunda uzman üç kişilik bilirkişi kurulunu görevlendirerek; tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın esası hakkında ve tüm tahkim yargılamasına ilişkin içerik denetimine geçmiştir.
- iv.BAM Hukuk Dairesi böylece «ilk derece» sıfatı ile HMK m. 439 bağlamında davayı gördüğüne hem duruşma tutanağı başlığında hem de tutanak içeriğindeki ara karar lafzında yer vermesine rağmen; HMK m.

356/2'deki «Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verir» istinaf denetimini uygulamaya matuf bir tutum sergilemiştir.

C. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki karar içeriğine bakıldığında akla hemen “Anılan BAM Hukuk Dairesi Kararı Yargıtay’ın eski alışkanlıklarının bir görünümü müdür?” sorusu gelmektedir. Yargıtay uzun süre hakem kararlarının mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerektiği yönünde bir tutum sergilemiştir.

Bu uygulamaya gerekçe olarak da, kimi zaman 28.1.1994 T. ve 1994/4-1 sayılı İBK¹ çoğu zaman da hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olmama ilkesi gösterilmiştir.

6100 sayılı HMK öncesi dönemde kamu düzenine aykırılığa dair özellikle Yargıtay 15. HD’nin eser sözleşmeleriyle ilgili 1086 sayılı HMUK kapsamındaki hakem kararlarında kamu düzenine aykırılık ilkesini geniş yorumlayarak içerik denetimi yaptığı sıklıkla görülen bir uygulamaydı.

Yargıtay kamu düzenine aykırılıkla ilgili yaptığı temyiz incelemelerinde, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulama alanına giren hallerde dahi, MTK m. 15 hükmünün sınırlayıcı bir iptal davası öngörmesine rağmen kamu düzenine aykırılığa dair esastan inceleme yapma yoluna gittiği görülmektedir. Nitekim nispeten yakın tarihli iki Yargıtay kararında da, kamu düzenine aykırılık ilkesi açıkça uygulanmıştır. Bunlardan Y. 13 HD. 13.11.2012 T. ve 2011/19737 E. – 2012/25406 K. sayılı ilamda, tahkim kararının doğurduğu sonuçların Türk Kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi

¹ İBK için bkz. RG, T. 13.4.1994, S. 21904.

yapılması ve bunun için de esasa ilişkin bilirkişi raporu alınması yönünde bozma gerekçelerine yer verilmiştir. Yine aynı dairenin Y. 13 HD. 17.4.2012 T. ve 2012/8425 E. – 2012/10348 K. sayılı ilamında ise, doğrudan hakem kararının sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varılarak, ilgili hakem kararının iptaline karar verilmesi gerektiği yönünde yerel mahkeme kararını bozmuştur².

Buna karşın Yargıtay'ın eski alışkanlığından vazgeçtiği güncel kararlarında açıkça görülmektedir. Öncelikle MTK m. 15 bağlamında bir karar olmakla birlikte, HMK m. 439 kapsamındaki iptal davaları bakımından da önem arz eden tespitlere yer verilen Y. 15. HD. 26.9.2019 T. ve 2019/2474 E. - 2019/3640 K. sayılı içtihadada³ dikkat çekmekte fayda görmekteyiz. Tam bu noktada *kamu düzenine* kavramına ilişkin olarak, Devletler Özel Hukuku'nda ve iç hukukta farklılık bulunduğu hususunun da göz ardı edilmemesi uyarısında bulunmak elzemdir. 15. HD.'nin anılan kararı:

«...Bu hususlar dikkate alındığında, kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptâline karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir. Bu aykırılığın aynı zamanda, toplumun temel değerlerine, genel ahlak ve adabına, Anayasa'da kabul edilen temel hak ve hürriyetler gibi temel değerlere aykırı olması gerekir. Netice itibarıyla, bir kararın kamu düzenine aykırı olarak kabul edilebilmesi için; tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir.

² Anılan Yargıtay kararları için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023.

³ Anılan Yargıtay kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023.

Tüm bu açıklamalar nezdinde, temyize konu olan ... Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi'nin iptâl kararına tekrar döndüğümüzde; bölge adliye mahkemesince, keşif yapılarak bilirkişi raporu alınmaması, taraflar arasındaki 22.07.2015 tarihli sözleşmenin yeminli tercüman aracılığıyla tercümesinin yaptırılmamış olması ve hakemlerin görev belgesinin düzenlenmemiş olması, kamu düzenine, usul ve yasaya aykırı bulunarak iptâl kararı verilmiştir. Keşif yapılarak bilirkişi raporu alınması, sözleşmenin tercümesinin alınması, hakemlerin görev belgesinin alınması yargılamaya ilişkin olup, iptâl nedenleri arasında da sayılmamıştır. İptâl nedenleri arasında olmadığından resen dikkate alınamaz. İleri sürülen iptâl nedenleri dışında, dikkate alınamaz. Zira, iptâl davasında, esastan denetim yapılması da söz konusu değildir.

Kamu düzenine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar ışığında değerlendirdiğimizde de, kamu düzenini aykırılık da söz konusu değildir. Belirtilen haller, delillerin toplanmasına ilişkin hususlardır. Kamuyu ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. İç hukuk açısından, emredici hukuk kurallarına aykırı bir durum da bulunmamaktadır. Aksi halde, iptâl davasında, hakem kararlarının esastan denetimi söz konusu olur ki, bu durum MTK'nın 15. maddesinde yer alan sınırlılık ilkesine aykırı olduğu gibi kanun koyucunun genel amacına da aykırılık oluşturacaktır ».

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, çalışma konumuzu tetikleyen Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi (İlk Derece) Kararı'nda yer alan "...6100 sayılı HMK 439/2-f bendi uyarınca hukuki dinlenilme hakkı yönünden davacı tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazları dikkate alınmadığından" gerekçesi dikkat çekicidir. Bu noktada iptal davasının düzenlendiği HMK'nın 439. maddesindeki konuyla ilgili hükümlere de ayrıca bakılmasında fayda bulunmaktadır.

“İPTAL DAVASI HMK m. 439-

(1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.

(2) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,

ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,

d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,

e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.

...

(4) İptal davası, bir ay içinde açılabilir. ...

(5) İptal talebi, davaya bakan bölge adliye mahkemesi aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır.

(6) *İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. ..*

(7) *İptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya ikinci fıkranın (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerindeki hâllerin varlığı sebebiyle kabulü hâlinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler”.*

Yukarıda yer alan ikinci fıkra hükümlerindeki iptal sebeplerine bakıldığında ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin HMK m. 439 bağlamında gördüğü iptal davası, istinafta olduğu gibi “*ilk derece mahkeme kararlarının hukuki denetiminin yanı sıra gerektiği hallerde yeni bir yargılama yapılmak suretiyle ilk derece mahkemesi gibi hüküm verilmesi halinin de söz konusu olduğu bir kanun yolu safhası*” değildir. Öncelikle şu tespit yapılmalıdır ki; bir kanun yolu olmayan ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesinde görülen bir dava söz konusudur. Söz konusu iptal davasında ise tahkim yargılamasındaki hakemlerin kararlarının esasından ziyade HMK m. 439’da sıralandığı haliyle şekli bir denetim yapılmaktadır. Bu noktada anılan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi de, benzer şekilde ara karar gerekçesinde, HMK m. 439/2 de sıralanan hallerden hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesini en azından belirtmiştir. Ancak bu tespiti ile birlikte madde hükmünde belirtildiği üzere hakem kararının iptaline karar vermek yerine, işin esasına girip, sanki hakem safhasındaymış gibi tahkim yargılamasını baştan alarak bilirkişi incelemesi yoluna gitmek gibi hatalı bir yol izlemiştir.

HMK m. 439/7 hükmünce; iptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya ikinci fıkranın (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerindeki hâllerin varlığı sebebiyle kabulü hâlinde; taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilme imkanları mevcuttur. Taraflar isterlerse eski hakemleri de tayin edebilirler.

Bu durumda da, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi iptal davasında davaya konu hakem kararını hukuki dinlenilme hakkının ihlali gerekçesiyle iptal ettiği takdirde, kural olarak tahkim sürecinin adeta yeniden başlamasına zaten sebebiyet vermektedir. Ancak bu süreci kendisi değil tarafların belirlediği/belirleyeceği hakemler yürütecektir.

HMK m. 439/6 hükmünden anlaşıldığı üzere, burada temyiz edilen tahkim sürecindeki hakem kararı değil, bu hakem kararına karşı açılan iptal davasında verilen karardır. Bu temyiz incelemesi dahi, amir hüküm gereği maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılmalıdır.

Tahkim süreci yeniden işlemesi öngörüldüğünden HMK m. 439 bağlamında görülen iptal davasında; uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilenler haricinde esastan denetimi manasında bir denetime gidilmemeli ve/veya uyuşmazlık konusuna dair yargılama yapılmaması ve/veya iptal kararı neticesinde yeniden işleyecek tahkim sürecini (veya HMK m. 439/2 (a), (g) ve (ğ) ‘deki diğer iptal hallerinde tahkim sözleşmesi geçersiz olacağından iptal ile uyuşmazlığın görüleceği yetkili ve görevli mahkemedeki yargılama sürecini) bağlayıcı herhangi bir hükmün verilmemesi gerekir. Buna HMK m. 303’te düzenlenen kesin hüküm düzenlemesi örnek olarak verilebilir.

Ayrıca bir madde hükmüne daha dikkat çekmek faydalı olacaktır. O da HMK m. 444’deki “*Bu Kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz*” hükmüdür. Kanun koyucunun bu kısımdan kastı, HMK m. 407 ila 444 arasında yer alan «*Onbirinci Kısım -Tahkim*» başlığı altındaki hükümlerdir. Dolayısıyla HMK’da yer alan diğer kısımlardaki hükümler kural olarak tahkimde uygulanmamalıdır. Sekizinci kısım birinci bölümde yer alan istinaf hükümleri de bu kurala tâbiidir. O halde bir hakem kararına karşı ancak HMK m. 439 bağlamında bölge adliye

mahkemesinde iptal davası açılmalı ve ilgili BAM dairesi tarafından HMK m. 439 çerçevesinde uyuşmazlık esasına girmeksizin sınırlı bir inceleme yapılarak iptal davasının reddine ya da kabulüne karar verilmelidir.

Ara karar gerekçesine yer verilen ve bu çalışmanın hazırlanmasını tetikleyen mezkur *Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi* kararı şu açıdan da hatalıdır. Şöyle ki; uyuşmazlık çözümünde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf etmektedir. Bu şekilde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, taraflardan birinin uyuşmazlığı mahkemeye taşıması ve karşı tarafın HMK m. 116/1-b uyarınca tahkim şartının mevcut olduğuna dair ilk itirazda bulunması halinde, dava usulden reddolunur. Somut olay bakımından yerel mahkemenin bakamayacağı uyuşmazlık esasına hangi sıfatla olursa olsun bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin de bakmaması gerekir.

Anılan kararda *Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi* her ne kadar ilk derece mahkemesi olarak davaya baktığını ifade etmişse de, verilen karar HMK m. 341 vd. hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığını göstermekte ve bu yönde etki doğurmaktadır. Oysa ortada herhangi bir bidayet mahkemesi kararı bulunmamakta, bilakis bir hakem kararı mevcut bulunmaktadır. HMK m. 341, açıkça ve sadece ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf incelemesinin söz konusu olduğunu belirterek hakem kararlarını kapsamadığını da ifade etmiştir. Sayın istinaf dairesi açık bir şekilde, anılan kanun hükmünün hilafına bir ara karar oluşturmuş, yargılamayı bizzat üstlenerek taraflar arasındaki tahkim şartını ve görülmüş olan tahkim yargılamasını da işlevsiz bırakmıştır.

Mezkur kararda şayet bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, önündeki davayı doğurduğu etkilere rağmen HMK m. 341 vd. hükümlerine göre değil de, bilakis olması gerektiği gibi HMK m. 439

bağlamında iptal davası olarak gördüyse, o halde bilirkişi görevlendirilmesi kararının niçin yapıldığı burada önem arz etmektedir.

Şayet tıpkı kamu düzenine aykırılık kavramında olduğu gibi hukuki dinlenilme hakkı kavramının da soyut niteliği haiz olması sebebiyle bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmuşsa bunun bilirkişi marifetiyle yapılması söz konusu olmamalıdır. Zira HMK m. 266 uyarınca hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Somut olayda hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinin tespiti için bilirkişiye gidildiğini düşünmek abesle iştigal olacaktır. Zira sayın *Daire*, aslında tahkim yargılama sürecinde davacı tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazlarının dikkate alınmadığı kanaatine vardığından zaten hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediğine karar vermiştir. Bu tespiti yaptıktan sonra sayın daire artık «*de jure*» ilgili hakem kararının iptaline hükmedip, davadan elini çekmesi gerekir. Bundan sonraki süreç HMK m. 439/7'ye göre işlemeli ve taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyerek tahkim yargılamasını başlatmalı ya da taraflar isterlerse eski hakemleri tayin ederek bu süreci sürdürmelidir.

Bu noktada hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği⁴ değerlendirilmesinin de, kanaatimizce yanlış olduğunu belirtmekte fayda görmekteyiz. Taraflara itiraz ve beyanları için yeterli süre ve imkân tanınmışsa, bilirkişi raporuna karşı da yapılan itirazlar neticesinde alınan ek rapor, hakem kararının gerekçesinde dayanak

⁴ Tahkimde hukuki dinlenilme hakkının ihlali ile ilgili ayrıntı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, “*Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması*”, Metin Kıratlı/ Ali Cem Budak/ Ali Yeşilırmak/ Eda Manav Özdemir/ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (ed.), Tahkimde Güncel Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 33 vd.; Zeynep Albayrak Açı, “*Hakem Kararlarının Hukukî Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmediği Gerekeşiyle İptali*”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2023, C. XXVII, S.3, s.115. vd.

olarak gösterilerek bir karar verilmişse, artık hukuki dinlenilme hakkının ihlaldinden söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Aksi düşünce iptal davasını kanun yoluna benzeten bir esas denetim fonksiyonu göreceğini iddia etmek olur.

HMK m. 439 hükmündeki «ratio legis» bakımından değerlendirme yapıldığında, kanun koyucunun amacının hakem kararlarına karşı sadece maddede sayılan sebeplerle sınırlı bir yargısal denetim olduğu görülür. Dolayısıyla da ancak buradaki sebeplerle sınırlı şekilde bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi nezdinde ilk derece yargılaması yapılabilir. İstinaf denetimi de söz konusu olmadığından HMK m. 356/2’de bahsedildiği şekliye bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin ilk derece mahkeme hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verme prosedürü, iptal davası için söz konusu değildir. Hakem kararlarına karşı bu yolun kapalı olduğu ve HMK’ nın diğer kısım hükümlerinin esasen tahkim için uygulanmayacağına dair kural, HMK m. 444’de açıkça düzenlenmiştir. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi iptal davası esnasında kanunda sayılan sınırlı sebeplerden birinin mevcudiyeti nedeniyle davayı kabul ederse, yani hakem kararını iptal ederse, tahkim süreci yeniden başlayacaktır. Yoksa tarafların tahkime ilişkin başlangıçtaki iradelerinin yok sayılarak mahkeme nezdinde yargılama yapılması söz konusu değildir.

HMK m. 439’ deki «ratio legis» bu şekilde belirlenmişken, ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin yapmış olduğu bilirkişi görevlendirmesi ile, neyi amaçladığı sorusu akla gelebilir. Bu soru devamında artçı şu soruları da gündeme getirmektedir: *Mezkur bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi tarafından görevlendirilen bilirkişiler tahkim sürecindeki bilirkişi raporu ve itirazlar neticesinde verilen ek rapor aksine tespitlerde bulunup davacı itirazları yönünde bir değerlendirme yaptığı takdirde, ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ne karar verecektir? Hukuki dinlenilme hakkının ihlali tespitinin*

bu bilirkişi raporu ile gerekçesi mi yazılacak ve böylece hakem kararının iptaline karar verip süreci tahkimin normal işleyişine mi bırakacaktır? Yoksa bu yönde verilen bilirkişi raporuna istinaden uyuşmazlığın esasına ilişkin kendisi bir hüküm mü tesis edecektir? Her iki olasılık da sorunludur. Şöyle ki; dairenin bu şekilde aldığı aksi yöndeki bilirkişi raporu, HMK m. 439/7 sürecinin işletildiği yeniden tahkim yargılaması için HMK m. 282’de bahsi geçen bir delil niteliğinde sayılacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilecekse HMK m. 439/7 anlamında yeniden tahkim yapılması anlamsızdır. Diğer yandan daire almış olduğu bilirkişi raporuna istinaden kendisi bir hüküm tesis edecekse de, bu halde zaten tarafların tahkim sözleşmesine ilişkin iradeleri yok sayıldığı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Anılan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi kararının sorunlu bir tarafı da, bu uygulamanın sadece hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği durumlarda değil HMK m. 439/2’de sayılan tüm ihlal sebepleri için de kapı aralamasıdır. Bu olasılıkta da, anılan madde hükümleri iptal sebeplerinin birini tespit eden BAM Hukuk Dairesi, artık tahkim süreci yerine kendisi yargılamayı yaparak uyuşmazlığı çözecektir. İfade edilen bu hususlar HMK m. 439’da belirlenen kanun koyucunun amacına ve kurduğu rejime tamamen terstir.

Benzer sonuca tahkimde yargılamanın iadesini düzenleyen HMK m. 443 hükmü uyarınca da varılabilir. Zira orada da, yargılamanın iadesi davasını gören mahkeme, hakem kararını iptal ederse yukarıda anılan hükümde olduğu gibi uyuşmazlığı yeniden bir karar verilebilmesi için yeni hakeme/hakem kuruluna gönderir. Yoksa burada mahkemenin kendisinin, tarafların tahkim iradesini yok sayarak uyuşmazlığın esasına bakması gibi bir durum öngörülmüş değildir.

Değerlendirmeyeyle ilgili son cümleyi de, Yargıtay’ın ticaret hukuku ile ilgili ihtisas dairesinin de görüşlerimiz doğrultusunda olan bir kararına bırakmakta fayda görmekteyiz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

2016/4931E. ve 2016/6886 K sayılı içtihadında⁵ "... Taraflar arasındaki sözleşmeyle aralarında çıkacak uyuşmazlıkların hakem heyeti kararıyla çözüleceği kararlaştırılmış, buna göre oluşturulan üç kişilik hakem heyeti incelemeleri sonucunda bir karara varmıştır. Hakem heyeti, süreci yürütürken bilirkişiden rapor alıp almamakta takdir hakkına sahip olduğu gibi, uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve tahlili de hakem heyetine aittir. Hakem heyeti kararının esası, yerinde olup olmadığı, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı gibi hususlar hakem heyeti kararının iptali istemli davada tartışma konusu yapılamayacak olup, mahkemece bu nedenlerle davanın reddi gerekirken hakem heyetinin takdirine ve kararının esasına yönelik değerlendirilmeler yapılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir" denilmektedir. Burada da açıkça kanun hükmüne uygun şekilde iptal davasının nasıl görüleceği ifade edilmektedir. O halde anılan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi kararında bilirkişi raporuna itirazların karşılanmadığı gerekçesiyle hukuki dinlenilme hakkının ihlali gerekçesine dayanılarak karar verilmesi söz konusu içtihatla da çelişmektedir.

IV. SONUÇ

HMK m. 439'da düzenlenen iptal davası, bir istinaf kanun yolu değildir. Dolayısıyla da burada bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi tarafından ilk derece sıfatıyla baktığı bu karar kaldırılarak yeni hüküm tesis edilmesi söz konusu değildir. Bu sonucu doğuracak şekilde esasa ilişkin denetimin yapılması ve/veya bilirkişi görevlendirilmesi, hakem kararını değiştirmeye, olası iptal kararından sonraki süreçteki tahkim ve/veya mahkeme sürecini etkilemeye matuf kararlar olup yasanın açık ihlalidir.

⁵ Anılan Yargıtay kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi 1 Şubat 2023.

Görevli bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi yasanın amir hükmü gereği, sadece hakem kararının iptaline ya da iptal talebinin reddine karar verebilir. Bunun dışında hakem kararının iptaline dedikten sonra aynı hakem kuruluna gönderilmesine şeklinde bir karar dahi veremez. Hakem kararını değiştirmesi, düzeltmesi ve/veya uyuşmazlığı kendisinin karara bağlaması söz konusu değildir.

Kamu düzenine aykırılık ve hukuki dinlenilme hakkına riayet etmemek soyut kavramlar olmakla birlikte, iptal davasında bunlara ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün olmayıp, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi bu hususta kendisi hukuki değerlendirmesini yapacak ve hakem kararının iptaline ya da talebin reddine karar verecektir.

HMK m. 46/1-c, *"Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması"* halini devlete karşı tazminat davası açılabilme durumu olarak düzenlemiştir. Hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarında da bu hüküm gözetilerek hassasiyetle karar verilmesi gerektiği aşikârdır.

HAKEM KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVALARI

Tülin KURTOĞLU*

Sunum Planı:

- İptal davası (tanımı)
- İptal davası açılmazsa...
- İptal davasında görevli ve yetkili mahkeme
- İptal davasının açılması, inceleme usulü ve uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti
 - İptal davası açılmasının sonuçları
 - İptal davasında yapılacak incelemenin kapsamı ve sınırları
 - İptal sebepleri
 - İptal davasında verilecek kararlar ve sonuçları

İptal Davası (HMK m. 439, MTK m.15)

Tahkim yargılaması sonunda, hakem ya da hakemlerce verilen karardan memnun olmayan taraf, bu kararın iptali için Devlet mahkemesinde bir dava açabilir ki bu dava “*hakem kararına karşı açılan iptal davası*” olarak adlandırılmaktadır. Bu dava, kendine özgü bir dava türü olup, ülkemizde ilk olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile birlikte kabul edilerek hukuk sistemimize girmiştir. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HUMK) hakem kararlarına karşı iptal davası değil, temyiz yolu öngörülmüştü. 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) ise milli tahkime ilişkin hükümler düzenlenirken,

* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi Başkanı

MTK'dan esinlenilerek, hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz değil, iptal davası açma yoluna gidilebileceği kabul edilmiştir.

İptal Davası Açılmazsa;

HMK'ya tabi hakem kararları yönünden; iptal davası açılmazsa, hakem kararı, tıpkı Devlet mahkemelerinde verilen kararlar gibi doğrudan icraya konu edilebilir (HMK m. 439/4). Buna karşılık MTK'ya tabi hakem kararları yönünden ise; kararın icra edilebilmesi için, mahkemeden bu yönde bir belge (icra edilebilirlik belgesi) alınması gereklidir. Başka bir ifade ile bu tip hakem kararlarının, HMK'ya tabi hakem kararları gibi doğrudan icraya konu edilebilmesi söz konusu değildir. İcra edilebilirlik belgesinin verilmesi için mahkemece yapılacak denetim ise son derece sınırlıdır. Mahkemece sadece kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı ve uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı incelenerek, iki konuda da olumlu sonuca varılması halinde (uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğu ve kararın kamu düzenine aykırı olmadığı) hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge verilir (MTK/B/son cümle). Bu belgenin (icra edilebilirlik belgesi) alınmasından sonra kararın icrası mümkün hale gelir.

İptal Davasında Görevli Mahkeme

Daha önce bu davalarda görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu konusunda mevzuatımızdaki karmaşıklık nedeniyle değişik görüş ve uygulamalar bulunmaktaydı. Nihayet 15.3.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun ile hakem kararlarına karşı iptal davalarının bölge adliye mahkemelerinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılıp görüleceği kabul edilmiştir. HMK ve MTK'da da bu konuda gerekli değişiklikler yapılmıştır.

19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı: 15.3.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun ile, hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarında görevli mahkemenin (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) bölge adliye mahkemeleri olarak kabul edilmesinden sonra 19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile; milli tahkim kararları yönünden, HMK'nın yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilecek hakem kararlarına karşı (mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna değil) HMK hükümlerine göre iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.9.2018 tarihli, 2018/11-87 esas, 2018/1365 karar sayılı kararı ile de, 7101 sayılı Kanun'da göreve ilişkin yapılan değişikliklerin, geçmişe etkili olarak eldeki davalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir.

19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Uygulanmasına İlişkin Karar Örneği:

“....Az yukarıda da değinildiği üzere; 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında verilen hakem kararlarına karşı da (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil) ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabilecektir. O halde iş bu davada da, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren

avukatlık sözleşmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce imzalanmış olmasına rağmen, uyuşmazlık hakkında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yolu hükümleri değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır...."Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

İptal Davasında Yetkili Bölge Adliye Mahkemesi

HMK'ya göre iptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır. (m. 439).

Tahkim yeri belirlenmemiş ise davanın nerede açılacağı konusunda maddede açıklık bulunmamaktadır. Ancak HMK'nın 410. maddesinde, "*Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme*" başlığı altında, "*Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.*" hükmü mevcut olup, söz konusu maddenin 2. fıkrasından yola çıkarak; iptal davalarında da tahkim yeri belirlenmemişse, yetkili bölge adliye mahkemesinin, davalının yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyerinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesi olduğunu kabul etmek gereklidir.

Sonuç olarak; "HMK'nın 439. ve 410/2. maddeleri gereğince; HMK'ya tabi hakem kararlarında yetkili bölge adliye mahkemesi : tahkim yeri belirlenmişse; tahkim yeri bölge adliye mahkemesi, tahkim yeri belirlenmemişse; davalının yerleşim yeri, oturduğu yer veya

işyerinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesidir.” şeklinde bir sonuca varılmaktadır.

MTK’da ise, yetkili bölge adliye mahkemesi konusunda, “*tahkim yeri*” şeklinde bir ifade bulunmamaktadır. MTK’nın 15/A/2. cümlesinde: “*İptal davası, 3’üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır.*” hükmü, MTK’nın 3. maddesinde ise; “*Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi, davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.*” hükmü mevcut olup, buna göre MTK’ya tabi hakem kararlarında yetkili bölge adliye mahkemesinin, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesi olduğunu söylemek mümkündür. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa bu durumda yetkili bölge adliye mahkemesi ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi olacaktır.

Sonuç olarak; “MTK’nın 15/A/2. maddesi gereğince; MTK’ya tabi hakem kararları yönünden yetkili bölge adliye mahkemesi : davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesidir. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Bölge Adliye Mahkemesidir.” şeklinde bir sonuca varılmaktadır.

İptal davalarında yetkili bölge adliye mahkemesi konusunda MTK’da, HMK’daki düzenlemenin aksine “*tahkim yerinin belirlenip belirlenmediğine bakılmaksızın*” bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

İptal Davasının Açılması ve İncelenmesi

İptal davası, maktu harç yatırılarak açılır. İnceleme, çoğunlukla dosya üzerinden yapılır (HMK. m. 439/5). Ancak incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar verilmesi de mümkündür. Duruşma açılırsa, basit yargılama usulü uygulanır (HMK. m. 316/1/f). Dilekçeler aşaması, dava ve cevap dilekçesinden oluşur. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri verilmez. Sözlü yargılama da yapılmaz. İnceleme, ister duruşmalı, ister dosya üzerinden yapılsın, davalar öncelikle ve ivedilikle incelenerek sonuçlandırılır.

Davanın incelenmesi aşamasında öncelikle, uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti gereklidir. Hakem kararlarına karşı açılacak iptal davası ile ilgili hükümler MTK ve HMK’da düzenlenmiştir. Hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği her somut olaya göre tespit edilmelidir. Milli hakem kararları yönünden HMK’nın, milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararları yönünden ise MTK’nın uygulanması gereklidir. Milli ya da milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararı ayrımının da yine HMK ve MTK’nın öngördüğü kriterlere göre yapılması gerektiği kuşkusuzdur.

Buna göre; 4686 sayılı MTK’nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hakem kararları milli hakem kararlarıdır. Bu kararlara karşı açılan iptal davalarında HMK hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşılık MTK’nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda MTK uygulanmalıdır.

Tahkim Yerinin Türkiye Olduğu, Yabancılik Unsuru İçermeyen Hakem Kararının İptaline İlişkin Davada HMK Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine İlişkin Karar Örneği:

“.....01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK), tahkime ilişkin hükümleri 407. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK'nın 407. maddesinde, 21.6.2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında, HMK'da düzenlenen tahkime ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dava konusu hakem kararlarında da tahkim yeri Türkiye olup, yabancılik unsuru içermediğinden, uyuşmazlığın 6100 sayılı HMK'da düzenlenen tahkim hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır. 28.2.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile değişik HMK'nın 439/1. fıkrası gereğince, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmış olup, basit yargılama usulü hükümleri uygulanmıştır. Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK ile tahkim yargılamasına getirilen en önemli değişikliklerden biri, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz yolu yerine iptal davası açılması usulünün kabul edilmiş olmasıdır. Kanun'un yürürlüğünden sonra verilecek olan hakem kararlarına karşı artık sadece iptal davası açılması yoluna gidilebilecektir (HMK m. 439/1). İptal davası sonunda verilecek olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün ise de, temyiz aşamasında da inceleme, iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartını içeren sözleşme) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde bu durumda verilecek hakem kararlarına karşı mülga HUMK hükümlerine göre temyiz yoluna mı yoksa 6100 sayılı HMK hükümlerine göre iptal davası açılması

yoluna mı başvurulacağı konusunda uygulamada meydana gelen farklı görüş ve kararlar nedeniyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş olup, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında ve anılan tarihten sonra verilen hakem kararlarına karşı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği" açıkça belirtilmiştir."Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

Tahkim Yerinin Türkiye Olduğu, Yabancılik Unsuru İçeren Hakem Kararının İptaline İlişkin Davada MTK Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine İlişkin Karar Örneği:

".....4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) 21.6.2001 tarihinde kabul edilmiş olup, 5.7.2001 tarihinde de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tahkim usulüne uygulanacak kuralları düzenleyen söz konusu Kanun'un, "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi gereğince, yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya anılan kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda, MTK'nın uygulanması zorunludur. Bu nedenle 5.7.2001 tarihinden itibaren yasa kapsamına giren uyuşmazlıklarda MTK uygulanacaktır. ("Yabancılik Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi" Prof. Dr. Ziya Akıncı, 6.4.2004 Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 6.4.2004 sh.39.) O halde tahkim şartını içeren ve MTK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra

imzalanmış olan 8.10.2015 tarihli sözleşmede, taraflar arasındaki her türlü ihtilafınTahkim Tüzüğü kapsamında çözüleceğinin kararlaştırılmış olması, yine söz konusu Tüzüğünmaddesinde de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine atıf yapılmış olması nedeniyle, uyuşmazlığın söz konusu kanun kapsamında bulunduğu açıktır. (Bkz. 15. Hukuk Dairesi, 2002/4900 E. 2002/5118 K, 13.11.2002 T.; 15. Hukuk Dairesi 2002/4007 E. 2003/876 K. 25.2.2003 T. ; 15. HD. 2002/2760 E. 2002/4528 K. 10.10.2002 T.)” Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin 2018/2 esas, 2019/1 karar sayılı 17.9.2019 tarihli kararı, Yargıtay 13. HD’nin 2019/3336 esas, 2019/11000 karar sayılı 07/11/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

Hakem Kararının Tenfizinin Gerekip Gerekmediği Hususu (Hakem Kararının, Yabancı Hakem Kararı Olup Olmadığının Tespiti)

Milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararı ile yabancı hakem kararı farklı kavramlardır. İptal davasına konu olan hakem kararının, tenfizi gerektiren yabancı bir hakem kararı olmaması gerekir. Tahkim yerinin Türkiye olmadığı, yabancı bir devlet otoritesi altında verilen hakem kararları, yabancı hakem kararları olup, yabancı hakem kararları nedeniyle Türkiye’de iptal davası açılmaz. Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfizi gereklidir. Tenfize ilişkin hükümler MÖHUK ve New York Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Tenfiz prosedürü ve uygulanacak hükümler, iptal davalarından farklıdır.

İptal Davası Açma Süresi

HMK’ya tabi hakem kararları yönünden iptal davası açma süresi, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 1 aydır. MTK’ya tabi hakem kararlarında ise dava açma süresi hakem kararının taraflara tebliğ

edildiği tarihten itibaren 30 gündür. HMK'nın 436. maddesinde, hakem kararında bulunması gereken hususlar belirtilmiş olup, bunlardan biri de başvurulması gereken kanun yolu ve süresidir. Hakem kararında başvurulması gereken kanun yolu ve süresi belirtilmemiş ise Anayasanın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi gereğince davanın süresinde açıldığının kabulü gereklidir.

Uygulamada, süresinde iptal davası açmadığı hâlde, kendisine karşı iptal davası açılan davalının, davaya cevap dilekçesi ile, "*hakem kararına katılma yolu ile iptal ya da istinaf başvurusunda bulunduğu*" dair taleplerle karşılaşmaktadır. Oysa ki kanunda, süresinde iptal davası açmayan tarafın, katılma yolu ile iptal başvurusunda bulunabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yine, hakem kararının iptali davası, bölge adliye mahkemesinde, istinaf kanun yolu olarak değil, ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılıp görüldüğünden, bu davalarda "*katılma yolu ile istinaf*" hükümlerinin düzenlendiği HMK'nın 348. maddesinin uygulanması da mümkün değildir. Hakem kararının iptali davaları, bölge adliye mahkemelerinde, tıpkı ilk derece mahkemelerinde açılan davalar gibi (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) açılıp görüldüğünden, istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin bu davalarda uygulanması imkânı bulunmamaktadır.

Hakem Kararına Karşı Katılma Yoluyla İptal Başvurusunda Bulunulamayacağına İlişkin Karar Örneği:

"...Her ne kadar davalı iş bu davaya verdiği cevap dilekçesinde, hakem kararının "..... alacağının karşı taraftan alınarak tahkime başvuran tarafa verilmesine" dair bölümünün hatalı olduğunu, HMK'nın 348. maddesi kapsamında, tahkim kararına katılma yoluyla itiraz ettiğini ve yine katılma yoluyla istinaf başvurusunda bulunduğunu belirterek, davacının iptal başvurusunun reddi ile hakem kararının, ".....TL'nin

tahsiline" ilişkin kısmının kaldırılmasını istemiş ise de, HMK'nın 439/4. maddesinde, taraflardan her birinin hakem kararının (veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının) kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde iptal davası açabileceği açıkça düzenlenmiştir. HMK'nın iç tahkime ilişkin hükümlerinin bulunduğu 407. ve devamı maddelerinde, hakem kararına karşı katılma yoluyla iptal başvurusunda bulunulabileceğine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan iş bu davada, (katılma yoluyla istinaf başvurusunun düzenlendiği) HMK'nın 348. maddesinin uygulanması da mümkün değildir. Dolayısıyla davalının cevap dilekçesindeki talebi de yerinde görülmemiştir.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 15/5/2019 tarihli, E. 2018/1, K. 2019/2 sayılı kararı. (Yargıtay (kapatılan) 13. HD'nin 19/9/2019 tarihli, E.2019/4214, K.2019/8518 sayılı ilamı ile onanmıştır.)

İptal Davası Açılmasının Sonuçları

HMK kapsamındaki hakem kararları Türkiye’de verildikleri anda icra edilebilir. Bu kararlara karşı iptal davası açılması da kararın icrasını durdurmaz (HMK m. 439/4). Ancak hüküm altına alınan miktarı karşılayacak oranda teminat gösterilmek şartı ile talep halinde hükmün icrası durdurulabilir (HMK m. 439/4/son cümle).

MTK kapsamındaki hakem kararları yönünden ise; durum farklı olup, iptal davasının açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur (MTK/A/2). MTK’ya tabi hakem kararlarının icrası için mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge alınması gereklidir. Bu nedenle kararın icrası için iptal davasının reddine karar verilmesi de yeterli olmayıp ayrıca kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge de alınması gereklidir (MTK m. 15/B/2).

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı

Hakem kararının iptali davasında inceleme; iptal nedenleriyle sınırlı olarak yapılır. Uyuşmazlığın esasına ilişkin konular inceleme kapsamı dışındadır. Başka bir ifade ile hakem ya da hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı iptal davasında incelenemez.

İptal Sebepleri (HMK m. 439)

Hakem kararlarına karşı iptal sebepleri, HMK'nın 439. maddesinde, aşağıda belirtildiği üzere 9 bent halinde düzenlenmiştir.

a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde sözleşmede belirlenen veya Kanun'da öngörülen usule uyulmaması,

c) Kararın tahkim süresi içinde verilmemesi,

ç) Hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,

d) Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması,

e) Tahkim yargılamasının usûl açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi,

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olması

İptal Sebepleri Konusunda HMK ve MTK'nın Karşılaştırılması

Hakem kararının iptal sebepleri, HMK'nın 439.,MTK'nın ise 15. maddesinde sınırlı olarak belirtilmiş olup, her iki Kanun'da da iptal sebeplerinin hemen hemen aynı olduğu görülmektedir. Ne var ki, MTK'da iki bölüm hâlinde sayılan iptal sebeplerinden, birinci bölümdeki iptal sebeplerinin, *“başvuruyu yapan taraf ...ispat ederse”* şeklindeki ifade ile ancak davacının ileri sürüp ispat etmesi durumunda dikkate alınacağı belirtilmiş iken, ikinci bölümdeki iptal sebeplerinin ise *“mahkemece...tespit edilirse”* şeklindeki açıklama ile, mahkeme tarafından resen (kendiliğinden) dikkate alınacağı belirtilmiştir. İkinci bölümde sayılan iptal sebepleri, *“Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması”* ve *“kararın kamu düzenine aykırı olması”*dır.

O halde gerek söz konusu maddenin birinci bölümünde sayılan iptal nedenlerinin ileri sürülüp ispat edilmesi durumunda, gerekse aynı maddenin ikinci bölümünde belirtilen hususların (hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı ya da kararın kamu düzenine aykırı olduğunun) mahkemece, gerek taraflarca ileri sürülmesi üzerine gerekse resen yapılan incelemede tespiti hâlinde hakem kararının iptaline karar verilebilecektir.

Her ne kadar HMK'da, iptal nedenleri sayılırken MTK'da olduğu gibi bir ayırım yapılmamışsa da, HMK'nın uygulanacağı hakem kararları yönünden de, tıpkı MTK'da açıkça hükme bağlandığı gibi *“uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması”* ve *“kararın kamu düzenine aykırı olması”* nedenlerinin, taraflarca ileri sürülmesi dahi, mahkemece resen (kendiliğinden) dikkate alınacağı, diğer iptal sebeplerinin ise ancak taraflarca ileri sürülüp ispat edilmesi halinde dikkate alınabileceği, gerek doktrinde gerekse uygulamada (çoğunlukla) kabul edilmektedir.

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı ile İlgili Karar Örneği:

(HMK hükümlerinin uygulandığı bir hakem kararına karşı açılan iptal davasında)

“....HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen hakem kararlarına karşı iptal davası yoluna başvurulabilmesinin en önemli sonucu, hakem kararlarının sadece iptal sebepleri ile sınırlı olarak denetlenebilmesidir. HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde de; "tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararının iptali sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığı, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin, bir iptal sebebi olmadığı" özellikle vurgulanmıştır. Aynı şekilde madde gerekçesinde, tahkimin sözleşmesel bir kurum olduğu belirtilerek, "hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir riskin var olduğunu düşünen tarafın esasen tahkim yolunu seçmeyeceği, kaldı ki tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulünün taraflara bırakıldığı, uyuşmazlık konusunda uzman kişilerin hakem seçilmesi ile bu riskin de ortadan kaldırılacağı ifade edilmiştir....." Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk Derece Mahkemesi sıfatıyla) 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı ile İlgili Karar Örneği:

(MTK hükümlerinin uygulandığı bir hakem kararına karşı açılan iptal davasında)

“.....Davacı, eldeki davada iptal nedenleri olarak; kararın emredici Türk Hukuk kurallarını ve Türk kamu düzenini ihlal ettiğini,

Türk Borçlar Kanunu'nun 131. maddesine aykırılık teşkil ettiğini, anılan maddeye göre asıl borcun sona ermesi halinde buna bağlı olan tüm fer'i borçların ve ceza koşulunun da sona ereceğini, sözleşme konusu işin süresinden önce tamamlanarak teslim edilmesi nedeniyle asıl borcun sona erdiğini, böylece fer'i tüm borçlar ve ceza koşulunun da sona erdiğini, ayrıca kararın Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine de aykırı olduğunu, tamamlanmış ve ihtirazi kayıtsız teslim edilmiş iş nedeni ile cezai şartın uygulanamayacağını, Borçlar Kanunu'nun 179/2. maddesinde düzenlenen ifaya eklenen cezai şartın istenebilmesi için borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi gerektiğini, ifa edilmiş bir borç için cezai şart talep edilemeyeceğini, kaldı ki ihtirazi kayıtsız yapılan geçici kabul ile de cezai şart isteme hakkının düştüğünü, Yargıtay İçtihatlarının da bu yönde olduğunu ileri sürmüş ise de, hakem kararında, tarihli taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanmak suretiyle uyuşmazlığın irdelenip değerlendirildiği ve bunun sonucuna göre bir karar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, ileri sürülen iptal nedenleri mevcut olmadığı gibi, hakem kararının esastan denetlenmesi de söz konusu değildir. (Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, sh.185) Hakem kararının, MTK'nın 15. maddesinin e, f, g bentlerini ihlal ettiği, başka bir ifade ile hakemin, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği, istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı veya yargılamada kanun hükümlerinin veyahut tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği de ispat edilememiştir. Yine Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğu, kararın kamu düzenine aykırı olmadığı da anlaşılmaktadır. Açıklanan tüm bu nedenlerle; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi gereğince, gerek davacı tarafından ileri sürülen, gerekse resen dikkate alınacak olan Tahkim Divanı nezdindekino'lu tahkim dosyasında

verilentarihli hakem kararının iptaline ilişkin nedenler mevcut olmadığından, davanın reddine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.” Ankara BAM 4. HD’nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/2 esas 2019/1 karar sayılı, 17.4.2019 tarihli kararı, Yargıtay 13. HD’nin 2019/3336 esas, 2019/11000 karar sayılı 07/11/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

İptal Davasının Pasif Husumet Yokluğu Nedeniyle Reddine İlişkin Verilen Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının iptali

Karar: Davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine

Özet: Hakem kararına karşı açılan iptal davası, taraflardan birinin (tahkim yargılamasının davacısı ya da davalısının), hakem kararının diğer tarafına karşı açtığı davadır. İptal davası, iptali istenilen hakem ya da hakem kuruluna karşı açılamaz. Aksi halde davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

“.... iptali istenen hakem kurulu kararının, dava dışıLtd.Şti ile davacı.....arasındaki ihtilafın çözümüne ilişkin olduğu görülmektedir. Eldeki dosyada, ilgili hakem kurulu kararının iptali için ... Hakem Kurulu'na karşı dava açılmıştır. Hal böyle olunca, sübjektif hakkın sahibi olan davacının, o hakka uymakla yükümlü olan ve hakem heyeti kararının diğer tarafında yer alanLtd.Şti yerine, dava konusu hakkın yükümlüsü olmayan, hakem kurulu kararında "karar mercii" sıfatı ile yer alan ... Birliği ...Hakem Kurulu'na karşı dava açmış olması ve bu durumun kabul edilebilir bir yanılgiya dayanmadığının anlaşılması karşısında davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD’nin (İlk Derece

Mahkemesi Sıfatıyla) 2021/5 esas, 2021/10 karar sayılı 24.11.2021 tarihli kararı, temyiz edilmeden kesinleşmiştir.

HMK m. 439/a : “Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”

Konusundaki İptal Sebebi : Maddede geçen ilk iptal sebebi ile ilgili olarak, tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartının geçerli olup olmadığının incelenmesinde, tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerekir. Sırf sözleşmenin iyi kaleme alınmamış olması ya da matbu sözleşmelerde bulunan *“ihtilaf halindemahkeme ve ...icra daireleri yetkilidir.”* ibarelerinin sözleşmeden çıkarılmasının unutulmuş olması gibi nedenler, (Yargıtay’ın ilgili kararları gereğince) aslında tahkimde görülmesi gereken pek çok uyuşmazlığın, tarafların gerçek ve ortak iradeleri hilafına Devlet mahkemelerinde görülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tahkimden yana olduğu anlaşılan tahkim sözleşme ve şartlarının, mümkün olduğu ölçüde tahkim iradesini ayakta tutacak şekilde yorumlanması, tahkim kurumunun gelişmesi ve yaygınlaşması açısından büyük önem arz etmektedir. Örneğin sözleşmelerde bulunan, uyuşmazlığın hem tahkimde hem de Devlet mahkemelerinde görüleceğine ilişkin hükümler, (kural olarak taraflar arasında tahkim iradesinin bulunduğu varsayılarak) “herhangi bir şekilde uyuşmazlık tahkimde görülemezse Devlet mahkemelerinde görülür” şeklinde yorumlanmalıdır.

HMK’nın 439. (MTK’nın 15.) maddesinde yer alan diğer iptal sebepleri ise, aşağıda, uygulamada en çok karşılaşılan olaylardan ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi’nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) kesinleşmiş kararlarından örnekler verilmek suretiyle incelenecektir.

HMK m. 439/b : Hakem veya Hakem Kurulunun Seçiminde Sözleşmede Belirlenen veya Kanun’da Öngörülen Usule Uyulmaması” İptal Nedenine Dayalı Hakem Kararının İptaline İlişkin Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının iptali

Karar: Davanın kabulüne-Hakem kararının iptaline

Özet : Tahkime başvuran tarafın, başvuru Tahkim Merkezinin Tahkim Yönergesine göre Merkez Hakem Listesinden hakemini seçmesinden sonra, karşı tarafın süresi içinde bu hakeme itiraz etmesi nedeniyle Tahkim Yönergesine göre Tahkim Merkezince resen bir hakem seçilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek itiraz edilen hakemce karar verilmiş olması, hakem kararının iptali sebebidir.

“.....davalınınnin tahsili içinTahkim Merkezi Kurulu'na başvurduğu ve

tarihli dilekçesi ile uyuşmazlığın çözümü için Merkez Hakem Listesinden’nın hakem olarak atanmasını talep ettiği,Tahkim Merkezi tarafından davacı tarafa gönderilen tebligat ile tebliğden itibaren en geç iki hafta içerisinde cevap dilekçesinin, delil listesinin sunulmasının ve davalı tarafından hakem tayin edilen’a itirazlarının olup olmadığının bildirilmesinin istendiği, bu tebligatın 27/08/2020 tarihinde davacı tarafa tebliğ edildiği, davacı tarafça iki haftalık süre içerisinde 10/09/2020 kayıt tarihli cevap dilekçesi ile karşı tarafın seçmiş olduğu hakeme itiraz edildiği ve Tahkim Merkez Kurulu tarafından yeni bir hakem atanmasının talep edildiği, ancak tahkim sürecinin itiraz edilentarafından sonuçlandırıldığı vetarihli hakem kararı ile davalının taleplerinin kabul edildiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, davacı tarafın iki haftalık süre içerisinde davalının seçmiş olduğu hakeme itiraz etmesi nedeniyle yukarıda yazılı hükümler

gereğince Tahkim Yürütme Kurulu tarafından re'sen bir hakem seçilmesi gerekirken, davalı tarafça belirlenen hakem tarafından tahkim sürecinin sonuçlandırılmış olması iptal sebebidir. İptal sebebine göre davacı tarafın diğer iptal sebeplerinin incelenmesine gerek görülmemiş, hakem seçiminde Yönergede belirtilen usule uyulmaması nedeniyle davanın kabulüne, sayılıTahkim Merkezi Hakem Kararının iptaline karar verilmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 2021/1 esas, 2021/3 karar sayılı 21/05/2021 tarihli kararı. Yargıtay 3. HD'nin 2021/5847 esas, 2021/13774 karar sayılı 28/12/2021 tarihli ilamıyla kesinleşmiştir.

**HMK'nın 439. Maddesinin ç Bendi İle İlgili İptal Sebebine
(Hakem Veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili
Veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi)**

İlişkin Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Asıl ve Birleşen Davalar: Hakem kararının iptali

Karar - Asıl Davada: Davanın kabulüne-Hakem kararının iptaline

Birleşen Davada: Davanın reddine

Özet : Tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı gereğince taraflar arasında tahkim iradesi sabit olmakla birlikte, sözleşmede ya da tahkim şartında atıf yapılan tahkim merkezi konusunda patolojik bir klozun söz konusu olması durumunda, tahkimin hangi merkezden yürütüleceği sözleşmeden anlaşılamadığı gibi başvurulmuş tahkim merkezinin yetkisi konusunda da taraflar arasında bir irade birliği mevcut değil ise, (davalının, davanın açıldığı tahkim merkezinin yetkisine itiraz etmesi durumunda) dava bu merkezde görülemez. Dolayısıyla bu durumda

hakemin, davanın usulden reddine karar vermesi gerekir. Böyle bir durumda tahkimin, bir tahkim merkezine bağlı olmadan yani kurumsal tahkim şeklinde değil, ad hoc tahkim şeklinde yürütülmesi gerekir.

“Asıl dava; Tahkim Merkezinin esas sayılı dosyası üzerinden verilen tarihli esas hakkında hüküm tesisine yer olmadığına” dair hakem kararının, birleşen dava ise; Tahkim Merkezinin aynı dosya üzerinden verilen (tarihsiz) hakem kararının (usulden ret) iptali istemine ilişkindir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK), tahkime ilişkin hükümleri 407. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK'nın 407. maddesinde, 21.6.2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında, HMK'da düzenlenen tahkime ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Dava konusu hakem kararlarında da tahkim yeri Türkiye olup, yabancılık unsuru içermediğinden, uyuşmazlığın 6100 sayılı HMK'da düzenlenen tahkim hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.

28.2.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile değişik HMK'nın 439/1. fıkrası gereğince, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmış olup, basit yargılama usulü hükümleri uygulanmıştır.

Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK ile tahkim yargılamasına getirilen en önemli değişikliklerden biri, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz yolu yerine iptal davası açılması usulünün kabul edilmiş olmasıdır. Kanun'un yürürlüğünden sonra verilecek olan hakem kararlarına karşı artık sadece iptal davası açılması yoluna gidilebilecektir (HMK m. 439/1). İptal davası sonunda verilecek olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün ise de,

temyiz aşamasında da inceleme, iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartını içeren sözleşme) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde bu durumda verilecek hakem kararlarına karşı mülga HUMK hükümlerine göre temyiz yoluna mı yoksa 6100 sayılı HMK hükümlerine göre iptal davası açılması yoluna mı başvurulacağı konusunda uygulamada meydana gelen farklı görüş ve kararlar nedeniyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş olup, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında ve anılan tarihten sonra verilen hakem kararlarına karşı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği" açıkça belirtilmiştir.

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen hakem kararlarına karşı iptal davası yoluna başvurulabilmesinin en önemli sonucu, hakem kararlarının sadece iptal sebepleri ile sınırlı olarak denetlenebilmesidir. HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde de; "tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararının iptali sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığı, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin, bir iptal sebebi olmadığı" özellikle vurgulanmıştır. Aynı şekilde madde gerekçesinde, tahkimin sözleşmesel bir kurum olduğu belirtilerek, "hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir riskin var olduğunu düşünen tarafın

esasen tahkim yolunu seçmeyeceği, kaldı ki tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulünün taraflara bırakıldığı, uyuşmazlık konusunda uzman kişilerin hakem seçilmesi ile bu riskin de ortadan kaldırılacağı" ifade edilmiştir.

Yine HMK'nın 439. maddesinin 6. fıkrasında, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı başvurulacak olan temyiz kanun yolunda da incelemenin, maddede sayılan iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacağı belirtilmiş olup, madde gerekçesinde de, "Altıncı fıkra, temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibinin kesin bir şekilde belirlenerek, Yargıtay'daki incelemenin, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenildiği" ayrıca vurgulanmıştır.

Sonuç olarak iptal davasında denetim, iptal sebepleri ile sınırlı olup, uyuşmazlığın esasına ilişkin konular inceleme kapsamı dışında olacaktır. Başka bir ifade ile hakemin uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı iptal davasında incelenemeyeceği gibi, bu husus, iptal davası sonunda verilen kararın temyizi aşamasında da tartışma konusu yapılamayacaktır. (Bkz. Prof. Bahar Ceyda SüralEfeçinar, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel sayı 2014, sh.1385)

Kaldı ki doktrinde, taraflar arasında mahkemenin, hakem kararının usulen ve/veya hukuken uygun olup olmadığını inceleme hakkı olacağı konusunda bir kararlaştırma dahi yapılamayacağı, bu şekilde mahkemenin hakem kararı üzerindeki denetiminin kapsamının (anlaşma ile de olsa) genişletilemeyeceği, aksine bir durumun tahkimin niteliği ile bağdaşmayacağı da kabul edilmektedir. (Bkz. Pekcanitez Usul, "Medeni Usul Hukuku" c.III, sh. 2734 ; Prof. Bahar Ceyda SüralEfeçinar, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası",

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel sayı 2014, sh.1385)

Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında;

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin,2010 tarihli avukatlık sözleşmesinden kaynaklandığı, davacının avukat, davalının müvekkil sıfatında bulunduğu, söz konusu sözleşmenin, 9. maddesinde, "Sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. ve ilgili maddeleri kapsamında tahkim yolu ile çözülecektir. Hakem heyetinin birisi, hakem kurulu başkanı olmak üzere asgari 10 yıllık hukukçu olarak fiilen görev yapmış üç hukukçudan oluşacaktır. Hakem kuruluna görevlendirme, Baro Merkezinde bulunan ve uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemece taraflardan birinin sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi örneği eklenmek suretiyle yazılı başvuru ile yapılacaktır." hükmünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

Az yukarıda da değinildiği üzere; 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında verilen hakem kararlarına karşı da (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil) ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabilecektir. O halde iş bu davada da, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren avukatlık sözleşmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce imzalanmış olmasına rağmen, uyuşmazlık hakkında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yolu hükümleri değil, 6100 sayılı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Asıl davada verilen hakem kararının iptali isteminin incelenmesinde;

Asıl davada; Tahkim Merkezinin, esas sayılı dosyası üzerinden (ikinci kez) verilen2018 tarihli "esas hakkında hüküm tesisine yer olmadığına" dair hakem kararının iptali talep edilmiş olup, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık nedeniyle davacı tarafça, Asliye Hukuk Mahkemesinin ... Esas sayılı dosyası ile dava açıldığı, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine mahkemece, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği kabul edilerek, "davanın usulden reddine" karar verildiği ve söz konusu kararın Yargıtay ... Hukuk Dairesinin, E. ve ... Karar sayılıtarihli kararı ile onanarak kesinleştiği sabittir. Davacının bunun üzerine, Tahkim Merkezine başvurduğu, Tahkim Merkezinin Esas sayılı dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda Hakem tarafından uyuşmazlığın, "Tahkim Merkezinin yetkisinde olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verildiği, davacının başvurusu ile Asliye Hukuk Mahkemesinin yazısı üzerine, Tahkim Merkezince dosyanın yeniden ele alınarak, aynı esasa kayıtlı dosya üzerinden2018 tarihli ikinci bir hakem kararı verildiği, söz konusu bu kararda, daha önce Tahkim Merkezince "davanın usulden reddine" dair verilen karara karşı süresinde iptal başvurusunda bulunulmadığından kararın kesinleştiği belirtilerek;

"1-Huzurdaki uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak evvelce Tahkim Merkezi Hakemi tarafından verilmiş ve kesinleşmiş bir karar bulunduğundan, tarafların da uyuşmazlığın çözümüneTahkim Merkezinde devam etmeleri konusunda bir uzlaşmaları söz konusu olmadığından, uyuşmazlık konusunun esasına ilişkin olarak bir hüküm kurulması mümkün bulunmadığından, esas hakkında bir hüküm tesisine yer olmadığına,

2-Davacının, huzurdaki ihtilaf bakımından tahkim yerinin, tahkim hakem ya da hakemlerinin belirlenmesi için görevli ve yetkili yargı merciine başvuruda bulunmasında muhtariyetine...." şeklinde hüküm kurulduğu ve TL avukatlık ücretinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine ve TL hakem ücretinin davacıdan tahsili ile hakeme ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Tahkim Merkezince verilen "davanın usulden reddine" dair ilk hakem kararından sonra davacı tarafça Asliye Hukuk Mahkemesine tekrar başvurularak görüş istenildiği, mahkemece, uyuşmazlığın Tahkim Merkezince çözülmesi gerektiği yönünde adı geçen kuruma müzekkere yazıldığı, bunun üzerine de davacı tarafından tekrar Tahkim Merkezine başvurularak uyuşmazlığın esastan çözülmesinin talep edildiği, Tahkim Merkezince aynı esas üzerinden verilen ikinci hakem kararına karşı da iptal istemiyle iş bu (asıl) davanın açıldığı görülmektedir.

Hakem kararlarından sonra yapılacak işlemler ve başvurulacak kanun yolları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437. ve devamı maddelerinde belirtilmiş olup, somut olayda daha önce uyuşmazlık hakkında "tahkim ilk itirazı nedeniyle davanın usulden reddine" dair karar veren mahkemenin (.....Asliye Hukuk Mahkemesi), yapılan başvuru üzerine "uyuşmazlığınTahkim Merkezinde görülmesi gerektiği yönünde" görüş bildirmesi ve gereğinin yapılması için adı geçen Tahkim Merkezine yazı (müzekkere) yazması ve bunun üzerine de anılan Tahkim Merkezince aynı dosya üzerinden ikinci bir hakem kararı verilmesi isabetli olmamıştır. Nitekim davalı tarafın başvurusu üzerine, aynı mahkemece (.... Asliye Hukuk Mahkemesi) bu kez de, böyle bir yetkisinin bulunmadığı belirtilerek, Tahkim Merkezine ikinci bir yazı yazılmıştır. Ez cümle, uyuşmazlık hakkında daha önce (usulden) karar veren mahkemenin (..... Asliye Hukuk Mahkemesi) yazısı üzerine, hakem kararının verildiğiTahkim Merkezince, yeniden bir hakem görevlendirilerek, ikinci bir hakem kararı

verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle usule aykırı olarak verilen ve davacıyı masraf ve vekalet ücreti nedeniyle fazladan yükümlülük altında bırakan/2018 tarihli ikinci hakem kararının yok hükmünde olduğunun kabulü gereklidir. O halde Tahkim Merkezince aynı esas üzerinden verilen ikinci hakem kararına karşı iptal istemiyle açılan iş bu (asıl) davanın kabulüne,2018 tarihli hakem kararının iptaline karar vermek gerekmiştir.

Birleşen davada verilen hakem kararının iptali isteminin incelenmesinde;

Birleşen davada ise;Tahkim Merkezinin,esas sayılı dosyası üzerinden verilen hakem kararının iptali talep edilmiş olup, davacının, daha önce Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas sayılı dosyası üzerinden açtığı davada, "uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği" belirtilerek "davanın usulden reddine" dair verilen kararın, Yargıtay Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmesi üzerine, bu kezTahkim Merkezine başvurduğu, Tahkim Merkezinin görevlendirdiği Hakem tarafından Esas sayılı dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda uyuşmazlığın, Tahkim Merkezinin yetkisinde olmadığı gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verildiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle iptal davası açma süresi, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay (HMK m. 439/4) olup, iş bu davanın süresinde açılıp açılmadığının incelenmesinde; hakem kararının, tarihinde her iki tarafa da tebliğ edildiği, tarihinde davacının Asliye Hukuk Mahkemesine başvurduğu, mahkemece tarihli yazı yazılarak, uyuşmazlığın Tahkim Merkezinde çözümlenmesi gerektiğinin bildirildiği, bunun üzerine Tahkim Merkezince dosyanın tarihinde yeni Hakem'a tevdi edildiği, tahkim dosyasının yeniden ele alınmasından sonra bu kez de davalı tarafça tarihinde Asliye

Hukuk Mahkemesine başvurularak, "uyuşmazlığın çözümü konusunda yeni bir Hakem atanmasının hukuka aykırı olduğu" belirtilerek Tahkim Merkezine bu konuda yeniden müzekkere yazılmasının talep edildiği, bunun üzerine Asliye Hukuk Mahkemesince,Tahkim Merkezine tarihli yeni bir müzekkere yazılarak, (önceki müzekkerenin tam aksine) "mahkemenin, Tahkim Merkezince verilen kararın kaldırılmasına ya da iptaline karar vermediğinin, olayda tahkime ilişkin HMK'nın 407 ve devamı maddelerine göre işlem yapılması gerektiğinin" bildirildiği, söz konusu bu aşamalardan sonra, Kanun'da belirtilen bir aylık süreden çok sonra iş bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar dava, Kanun'da belirtilen bir aylık süre içerisinde açılmamışsa da, HMK'nın 436. maddesinde, hakem kararında bulunması gereken hususlar belirtilmiş olup, bunlardan biri de "başvurulması gereken kanun yolu ve süresi"dir. Söz konusu hakem kararında başvurulması gereken kanun yolu ve süresi belirtilmemiş olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi gereğince, iş bu davanın süresinde açıldığının kabulü gerekmiştir.

Hakem kararının iptali sebepleri, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmişse de, somut olayda iptali talep edilen hakem kararında, " Tahkim Merkezinin yetkili ve görevli olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verilmiş (işin esası ile ilgili bir hüküm kurulmamış) olduğundan, uyuşmazlığın, adı geçen Tahkim Merkezinde çözülüp çözülemeyeceği incelenip değerlendirilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki; daha önce Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas sayılı dosyası üzerinden açılan davada, "uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği" belirtilerek "davanın usulden reddine" karar verilmiş olup, iş bu karar, Yargıtay

.....Dairesinin ... esas Karar sayılı ...tarihli kararı ile onanmış olmakla, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi gerektiği kesinleşmiştir. İhtilaf, tahkim yargılamasında "Tahkim Merkezinin görevli ve yetkili olup olmadığı" noktasındadır.

Bilindiği üzere tahkim, "zorunlu (mecburi) tahkim - ihtiyari tahkim", "iç (milli) tahkim - dış (milletlerarası) tahkim", "ad hoc (arızı) tahkim - kurumsal tahkim", "iki taraflı tahkim - çok taraflı tahkim", "tek kademeli tahkim - iki kademeli tahkim" şeklinde pek çok türlere ayrılmaktadır. Bunlardan biri de, "ad hoc (arızı) tahkim - kurumsal tahkim" türleridir. Kurumsal tahkim, tahkimin, taraflarca kararlaştırılan bir tahkim kurumu (tahkim merkezi) tarafından yönetildiği bir tahkim türüdür. (Bkz. Özbay, İbrahim-Korucu, Yavuz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim", Ankara 2016, sh. 23) Bu tahkim türünde, hakem ya da hakemlerin tespiti dahil olmak üzere, tahkimin işleyişine ilişkin tüm usul ve kurallar, tahkim kurumunca belirlenir. Kurumsal tahkim de, kendi içerisinde "uluslararası kurumsal tahkim" ve "ulusal (milli) tahkim" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası (ICC), uluslararası bir tahkim kurumu (merkezi), "Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi", "Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi", "İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) ise, ulusal (milli) tahkim kurumlarıdır.

Ad hoc (arızı) tahkim türünde ise tahkim, bir tahkim kurumu (merkezi) olmadan yürütülür. Örneğin taraflar bu tahkimde hakem seçimini, kurumsal bir gözetim olmadan belirlerler. Kurumsal tahkim, önceden belirlenip duyurulan usul ve kurallar çerçevesinde yürütülmesi nedeniyle, yargılama usulünün daha hızlı, belirli ve öngörülebilir olması açısından giderek daha çok tercih edilmektedir. Bununla birlikte kurumsal tahkim merkezlerinin bürokratik yapısı ve bu tahkim türünün, kuşkusuz daha masraflı olması gibi nedenler de ad hoc tahkimin tercih sebepleri olabilmektedir.

Tahkimin, kurumsal bir tahkimde yürütülebilmesi için, tarafların ya tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada ya da uyuşmazlığın çıkmasından sonraki aşamada, uyuşmazlığın belirli bir kurumsal tahkim nezdinde giderilmesi yönünde anlaşmaları gerekli ve zorunludur. Bunun için tarafların, tahkim anlaşması yaparken, tahkim kurumunu da belirlemeleri, ya da aralarında mevcut olan sözleşmedeki tahkim şartında kurumsal tahkime atıf yapılmamış olmasına rağmen, uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkimin, kurumsal bir tahkimde görülmesi konusunda açık ya da zımni (örtülü) iradelerinin örtüşmesi gereklidir. Aksi halde tahkim, ad hoc (arızı) tahkim olarak yürütülecektir.

Somut olaya bakıldığında; davalı şirket, gerek tahkim yargılamasında verdiği cevap dilekçesinde, gerekse iptal davasındaki dilekçe ve beyanlarında, "uyuşmazlığın Tahkim Merkezinde çözülemeyeceğini, zira söz konusu Merkezin, tahkim şartının öngörüldüğü sözleşme tarihinden çok sonraki bir tarihte kurulduğunu, bu nedenle taraf iradelerinin, uyuşmazlığın bu Merkezde çözülmesi yönünde olmasının fiilen imkan dahilinde bulunmadığını, esasen sözleşme tarihinde mevcut olan Baro Hakem Kurullarının da, Anayasa Mahkemesi kararı ile kaldırıldığını, dolayısıyla sözleşmede öngörülen merciin halen mevcut olmadığını" açıkça ve tekraren belirtmiş, Dairemizce yapılan duruşma sırasında da, "tahkimin, Tahkim Merkezinde görülmesini kabul etmediklerini, bu yönde bir rıza ve muvafakatlerinin bulunmadığını" beyan etmiştir.

O halde gerek sözleşmedeki tahkim şartında, uyuşmazlığın bir tahkim merkezinde görülmesi konusunda kurumsal bir tahkime atıf yapılmamış olması, gerekse taraflar arasındaki uyuşmazlık aşamasında da, bu yönde (kurumsal tahkim) açık ya da örtülü bir irade birliğinin bulunmaması karşısında, somut olayda tahkimin, kurumsal tahkim değil, ad hoc (arızı) tahkim olarak yürütüleceğinin kabulü gereklidir.

Nitekim, iptali talep edilen hakem kararının gerekçesinde de; "avukatlık sözleşmesinin, tarihli olduğu, her ne kadar sözleşmenin 9. maddesinde, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmışsa da, sözleşmede kastedilen tahkimin, sözleşme tarihinden 4 yıl sonra kurulmuş olanTahkim Merkezi olmasının fiilen söz konusu olamayacağı, nitekim davalının bu konuda görev ve yetki itirazının bulunduğu, bu nedenle söz konusu ihtilaflın tahkim yolu ile çözümündeTahkim Merkezinin görevli ve yetkili olmadığı" belirtilmekle aynı sonuca varılmıştır. Bu itibarla,Tahkim Merkezi nezdinde açılmış olan davada, görevli Hakemce verilen "davanın usulden reddine" dair kararda isabetsizlik bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı tarafından, hakem kararında tarih bulunmadığı belirtilerek, kararın bu yönden de iptalinin gerektiği belirtilmişse de, hakem kararının, "Tahkim Merkezinin görevli ve yetkili olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" ilişkin olması, dolayısıyla işin esası konusunda bir inceleme yapılmamış olması, kaldı ki HMK'nın 437. maddesi gereğince, taraflardan her birinin, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini isteme hakları bulunmasına rağmen, davacının bu yola başvurmuyarak, bu hususu iptal sebebi yapmış olması karşısında, hakem kararının sırf bu nedenle iptali talebinin, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla davacının bu konudaki iptal sebebi de yerinde görülmemiştir.

Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için hakemlerin nasıl belirleneceği konusuna gelince;

Esasen taraflar arasındaki sözleşmenin, tahkim şartının düzenlendiği 9. maddesinde, "sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. ve ilgili maddeleri kapsamında tahkim yolu ile çözülecektir." hükmü mevcut

olup, sözleşmenin yapıldığı tarihte henüz 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunmadığı, o tarihte 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dikkate alındığında, taraf iradelerinin, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünün, "söz konusu uyuşmazlığın çıktığı tarihte yürürlükte olan usul kanununa göre tahkim yoluyla yapılması" yönünde olduğu kabul edilmiştir.

Her ne kadar, maddenin devamında, hakem kuruluna görevlendirmenin, ... Baro Merkezinde bulunan ve uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemece, taraflardan birinin yazılı başvurusu ile yapılacağı belirtilmişse de, Avukatlık Kanunu'nun, avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıkların, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümleneceğine, (hakem kurulunun, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukattan oluşacağına) dair 4667 sayılı Kanun'la kabul edilen 167. maddesi, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, tahkim yargılamasını yürütecek olan hakemlerin, doğrudan doğruya yazılı bir başvuru ile mahkemece tespiti ise mümkün değildir. Zira mahkemelerin görevleri, kanunla belirlenmiş olup, tarafların sözleşme ile mahkemelere kanuna aykırı şekilde görev ihdas etmeleri düşünülemez.

Sonuç olarak sözleşmede, kurumsal tahkime atıf yapılmadığı gibi, uyuşmazlığı çözecek hakem kurulunun, sözleşmede öngörüldüğü şekliyle oluşumu da mümkün olmadığından, hakemlerin seçimi ile tahkim yargılaması ve usulünün, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416. ve devamı maddelerine göre yapılması gerektiği aşikardır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkim" başlıklı 11. Kısımında "Hakem sayısı" ve "Hakemlerin seçimi" başlığı

altında düzenlenen 415. ve 416. maddelerinde, tahkim yargılamasını yürütecek olan hakem ya da hakemlerin sayısı ve nasıl seçilecekleri hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Buna göre; “(m. 415) Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır. (2) Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir. (m.416) (1) Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki usul uygulanır:

a) Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir.

b) Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir.

c) Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

ç) Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir.

d) Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır.

2) Hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen;

a) Taraflardan biri sözleşmeye uymazsa,

b) Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa,

c) Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse,

hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin, gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır.”

Yine aynı Kanun’un “Tahkim yeri” başlıklı 425. maddesine göre de;

“(1) Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir.”

O halde somut olayda, aksine bir kararlaştırma olmadığından üç hakem seçilecek olup, hakem heyeti, taraflardan her birinin bir hakem seçmesi ve bu şekilde seçilen iki hakemin de üçüncü hakemi belirlemeleri şeklinde oluşacaktır. Taraflardan biri, diğer tarafın hakem seçiminin kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde hakemini seçmez ise ya da seçilen hakemler bir ay içerisinde üçüncü hakemi belirleyemezlerse, taraflardan birinin (ya da her ikisinin) başvurusu ile hakem seçimi, mahkeme tarafından yapılacaktır.

7101 sayılı Kanun’un 57. maddesi ile değişik 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 410/1. maddesinde, “Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde

görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.” hükmü mevcut olup, buna göre uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olmaması nedeniyle, taraflar arasında hakemlerin belirlenmesi aşamasında uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacak mahkeme de, davalı şirketin merkezinin bulunduğu Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Yukarıda açıklanan tüm bu nedenlerle; asıl davada; davanın kabulüne, Esas sayılı Tahkim Merkezi Hakem kararının iptaline, birleşen davada ise, Tahkim Merkezine ait Esas sayılı hakem kararının iptali davasının reddine, hakem heyetinin HMK’nın 415, 416. ve devamı maddelerinde belirtilen usule göre belirlenmesine ve uyuşmazlığın bu şekilde belirlenecek hakem heyetince çözümlenmesine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir”. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk Derece Mahkemesi sıfatıyla) 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

“HMK m.439/d bendi : “Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği....” iptal nedenine dayalı hakem kararının iptaline ilişkin karar örneği :

Tahkim Türü : Kurumsal tahkim

Dava : Hakem kararının iptali

Karar : Davanın kabulüne-Hakem kararının iptaline

Özet : Tahkim şartının mevcut olduğu taraflar arasındaki “Tam Tasdik” sözleşmesi olarak adlandırılan yeminli mali müşavirlik hizmet sözleşmesinde, sözleşmenin kapsamı ve sınırı açıkça “yıllık beyanname

ve tasdik raporlarının düzenlenmesi işi” olduğu belirtilmiştir. Davacı, tahkimde açmış olduğu davada, sözleşme gereğince ödenmeyen ücretlerinin yanı sıra arge indirim raporu ücretini, yerli kart oranı tespit raporu ücretini ve ilaç maliyet kartı onay ücretini de istemiştir. Hakem heyetince kararın (f) ve (g) bentlerinde yer alan “yerli kart oranı tespit raporu ücreti” ile “ilaç maliyet kartı onay ücreti” yönünden de davanın kabulüne karar verilmiş ise de, kararın (f) ve (g) bentlerinde yer alan ücretler sözleşme kapsamı dışında olduğundan, hakem heyetinin yetkisi dışında karar verdiği gerekçesiyle hakem heyeti kararının ilgili (f) ve (g) bentlerinin iptaline karar verilmiştir.

“....Davacı, davalı ile imzaladıkları 2018,2019,2020 yıllarına ait Yeminli Mali Müşavirlik Denetim ve Tasdik Sözleşmeleri'nin 7.maddesinde iş bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların hakem heyeti kararıyla çözüleceğinin kararlaştırıldığını, 2020 yılına ait sözleşmenin süresinden önce, tek taraflı şekilde haklı nedene dayanarak feshetmeleri üzerine ihtilaf çıktığını, davalının Tahkim Kurulu'na başvurduğunu, kurulun tarihinde karar verdiğini, hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiğini, davalının hakem kuruluna verdiği dilekçede sözleşme dışı olarak belirtip kabul ettiği Ar-Ge indirimi raporu ücreti, 2016,2017,2018 yıllarında yapılan Yerli Kart Oranı Tespit Raporu, İlaç Maliyet Kartı Onay Ücreti adı altındaki ilave taleplerinin tasdik sözleşmesi kapsamında olmayıp tahkim yetkisine dahil edilemeyeceğini, hal böyle iken Tahkim Kurulu'nun ... tarih ve ... sayılı kararının (f) ve (g) maddelerinde belirtilen taleplerle ilgili karar vermek suretiyle yetkisinin dışına çıktığını, bu hususun gözardı edilerek hüküm kurulmasının HMK'nın 439/2-d maddesine aykırı olduğunu, kabule göre de ilk itirazla ilgili karar verildikten sonra kendilerine delil ibraz etme imkanı tanınmadığını, davalının iddialarının aynen kabul edilerek işlemlerin iddia edilen sayı ve tutarda olup olmadığına dair hiçbir inceleme

yapılmadığını, hukuki dinlenme haklarının ihlal edilmek suretiyle HMK'nın 439/2-f maddesine aykırı hüküm kurulduğunu ileri sürerek tarih ve sayılı Hakem Heyeti kararının yetkisi dışında (f) maddesinde "davacının 142 adet yerli katkı oranı tespit raporu karşılığı hak kazandığı ücreti KDV hariç.....-TL'nin temerrüt tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine oy çokluğuyla", (g) maddesinde "davacının 9 adet İlaç Maliyet Kartı onayı karşılığı hak kazandığı ücreti KDV hariç-TL'nin temerrüt tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine oy çokluğuyla" hükümleri yönünden iptaline karar verilmesini istemiştir.

Dava, tarih ve sayılı Hakem Kararının (f) ve (g) maddelerinin iptali istemine ilişkindir.

İptal davasına konu kararın "hüküm" kısmının (f) bendinde "davacının ... adet yerli katkı oranı tespit raporu karşılığı hak kazandığı ücreti KDV hariç ...TL'nin ... temerrüt tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine oy çokluğuyla", (g) bendinde, "davacının 9 adet İlaç Maliyet Kartı onayı karşılığı hak kazandığı ücreti KDV hariçTL'nin temerrüt tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine oy çokluğuyla" hüküm kurulmuş olup davacı davaya konu hükümlerin sözleşme ve tahkim yetkisi dışında kalan konularla ilgili olduğunu ileri sürerek bu hükümlerin iptali istemiyle eldeki davayı açmıştır....

Taraflar arasındaki sözleşmenin "sözleşmenin kapsamı ve sınırı" başlıklı 2.2.maddesinde "beyanname ile eki Mali Tablo ve bildirimlerinin, mevzuat hükümlerine, muhasebe ilke ve standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına ve Yeminli Mali Müşavirlik Denetimi normlarına göre incelendiğinin tasdik edilmesi iş bu sözleşmenin kapsam ve sınırını teşkil eder." hükmü, "uyuşmazlıklar"

başlıklı 7.maddesinde " taraflar arasında bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar (iş bu sözleşmenin 4.1.4.madde hükmü hariç) Hakem Kurulu'nca karara bağlanır. Hakem Kurulu, seçeceği bir Oda üyesinin başkanlığında taraflarca seçilecek birer üye olmak üzere 3 kişiden oluşur..." hükmü kararlaştırılmıştır.

Uyuşmazlık, hakem kararının dava konusu (f) ve (g) bentlerinde hüküm altına alınan yerli katkı oranı tespit raporu karşılığı ücreti ve ilaç maliyet kartı onayı karşılığı ücretine ilişkin alacak talebinin sözleşme kapsamında olup olmadığı, tahkim kapsamında bu alacakların istenip istenemeyeceği, hakem kurulunun bu kapsamda tahkim yetkisi dışına çıkıp çıkmadığı noktalarındadır.

Dosya kapsamı, yukarıda anılan yasal düzenleme ve sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu alacak kalemlerinin sözleşme kapsamı dışında olduğu, dolayısıyla tahkime tabi olmadığı, bu haliyle hakem kurulu tarafından tahkim yetkisi dışında karar verildiği anlaşıldığından davanın kabulü ile tarih ve ... sayılı Hakem Kurulu Kararının (f) ve (g) bentlerinin iptaline karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”Ankara BAM 4. HD’nin 3.2.2022 tarihli, 2022/1 esas, 2022/2 karar sayılı kararı. Y. 3. HD’nin 17.5.2022 tarihli, 2022/2510 esas, 2022/4663 karar sayılı ilamı ile onanmıştır.

Hakem ya da hakem kurulunun, yetkisi olmadığı hâlde, “hak ve nesafete göre karar verdiği” iddiası da iptal davalarında sıkça ileri sürülen bir husustur.

Oysa ki bu konudaki iddianın dikkate alınabilmesi için, hakem ya da hakem kurulunun yetkisi olmadığı hâlde maddi hukuk kurallarını bir tarafa bırakarak, hak ve nesafete göre karar vermiş olması gerekir. Yoksa maddi hukuk kurallarının dikkate alınıp değerlendirilmesine

rağmen, kararda ortaya çıkan sonucun ilgili tarafın aleyhine olması, salt bu nedenle hakemlerin yetkilerini aştıklarını, başka bir ifade ile, yetkili olmadıkları hâlde hak ve nesafete göre karar verdiklerini göstermez. Zira hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi değildir. Nitekim taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın, Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, bu sonucu zaten göze almış sayılmalıdırlar.

Hakem Ya Da Hakem Kurulunun, Yetkisi Olmadığı Hâlde, “Hak ve Nesafete Göre Karar Verdiği”nin, Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğinin, Tahkimin Süresinde Neticelendirilmediğinin, Tahkim Kararı Üzerindeki Karar Tarihinin Gerçeği Yansıtmadığının İleri Sürüldüğü Bir İptal Davasına İlişkin Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının kısmen iptali

Karar: Davanın reddine

“...*Davacı hakem kararının iptal nedenleri olarak; HMK'nın 439/2/(e) maddesine dayanmak suretiyle, HMK'nın 433. maddesinin açık hükmüne rağmen hakemin taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğunu, tahkim kararının hüküm kısmındaki usulü eksikliklerin Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile HMK'nın 436. maddesini ihlal ettiğini, tahkim yargılamasının, tarafların kararlaştırdıkları sürede neticelendirilmediğini, tahkim kararı üzerindeki karar tarihinin gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür.*;

HMK'nın 433. maddesinin 3. fıkrasında, "Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılması şartıyla hakkaniyet

ve nesafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir." hükmü bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet veya nesafet kurallarına göre karar vermesi demek, pozitif hukukta olaya uygulanması gereken hukuk kurallarının mevcut olmasına rağmen, hakem veya hakem kurulunun pozitif ve meri hukuka ilişkin bu kuralları uygulamayıp, uyuşmazlığı hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözmesi demektir. Dava konusu hakem kararı incelendiğinde; taraflar arasındaki 5.6.2012 tarihli sözleşme hükümleri, Avukatlık Kanunu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri ile ayrıca Yargıtay içtihatları incelenmek suretiyle uyuşmazlığın irdelenip değerlendirildiği ve bunun sonucuna göre bir karar verildiği görülmektedir. O halde somut olayda hakemin, maddi hukuk kurallarına göre değil de hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğinden söz edilemez. Aksine hakemin, uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kurallarını uyguladığı, özellikle uyuşmazlığı Avukatlık Kanunu kapsamında ele aldığı, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerini irdelediği ve Yargıtay içtihatlarını da dikkate almak suretiyle bir karar verdiğini anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, "hakemin, taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiği ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğu" konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir.

Az yukarıda da değinildiği üzere, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi olmadığından, iş bu davada da inceleme kapsamı dışındadır. Esasen, taraflar, aralarındaki tahkim şartını içerentarihli sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, serbest iradeleri ile Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki riski de kabul etmiş sayılmalıdırlar.

Gerçekten de, iptal davasına konu olan tarihli hakem kararında, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinde, verilecek hukuki yardıma karşılık olarak hem TL maktu, hem de Euro (veya taşınmaz devri öngörülen) nispi ücret belirlenmişse de, hukuki yardıma konu olan müddeabihin değerinin (.... Euro) sözleşme tarihindeki Türk Lirası karşılığı, tahkime başvuran tarafından verilen hukuki yardım ve harcanan mesai göz önüne alındığında, maktu ücret olarak kararlaştırılan0 TL vekalet ücretinin ödenmesi gerektiği, nispi ücret adı altında belirlenenEuro vekalet ücretinin ise Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü dikkate alındığında fahiş olduğu sonucuna varıldığı ve buna göre karar verildiği belirtilmiştir.

O halde hakemin, hak ve nesafet kurallarına göre değil, maddi hukuk kurallarına göre karar verdiği anlaşılmakta olup, hakem kararında, ilgili mevzuat hükümleri ile Yargıtay içtihatları incelenip, olayla ilişkilendirildikten sonra "verilen hukuki yardım ile harcanan emek ve mesaiye göreTL ücretinin ödenmesi gerektiği, Euro ücretin ise fahiş olduğu" yönündeki değerlendirme de bu sonucu değiştirmez. Başka bir ifade ile, bu şekilde bir değerlendirme, hakemin, kendisine tanınan yetkinin dışına çıkıp karar verdiğini göstermez. Nitekim Devlet yargısında görülen avukatlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların maddi hukuka göre çözümünde de, "verilen hukuki yardımın niteliği", "avukatın sarf etmiş olduğu emek ve mesai", "kararlaştırılan ücretin fahiş olup olmadığı", "edimler arasında dengenin mevcut olup olmadığı" gibi hususlar, avukatın hak ettiği vekalet ücretinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, "hakemin, taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiği ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğu" konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir....

.....Az yukarıda da değinildiği üzere, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi olmadığından, iş bu davada da inceleme kapsamı dışındadır. Esasen, taraflar, aralarındaki tahkim şartını içerentarihli sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, serbest iradeleri ile Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki riski de kabul etmiş sayılmalıdırlar.

Açıklanan tüm bu nedenlerle, HMK'nın iç tahkime ilişkin hükümlerinin düzenlendiği 407. ve devamı maddeleri ile, aynı Kanun'un, hakem kararına karşı iptal davasının düzenlendiği 439. maddesi gereğince, somut olayda gerek davacı tarafından ileri sürülen, gerekse resen dikkate alınacak olan, tarih ve esas sayılıTahkim Merkezi hakem kararının iptaline ilişkin nedenler mevcut olmadığından, hakem kararının kısmen iptaline ilişkin iş bu davanın ve davalının cevap dilekçesindeki, katılma yoluyla hakem kararının kısmen kaldırılmasına ilişkin talebinin reddine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. " Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/1 esas, 2019/2 karar sayılı 15/05/2019 tarihli kararı.Yargıtay 13. HD'nin 2019/4214 esas, 2019/8518 karar sayılı 19/09/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

Hakem kararının iptali davaları, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesindeki iyiniyet ve dürüstlük kurallarının en fazla uygulama alanı bulduğu davalardan biridir.

Örneğin, hakem kararındaki bir eksiklik ya da maddi bir hata, "tamamlama kararı" ile düzeltilebilecek nitelikte ise, öncelikle bu yola başvurulması gereklidir. Nitekim, HMK'nın 437. maddesinde, taraflardan her birinin, hakem kararının kendisine bildirilmesinden

itibaren iki hafta içinde, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini isteme hakkı bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Tarafların bu yola başvurmamaya, hakem kararındaki (tamamlama kararı ile de düzeltilmesi mümkün olan) eksiklik ve hataları iptal sebebi yapmaları, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilebilir. Bu konuda, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği açıktır.

Tahkimin Süresinde Sonuçlandırılmadığı ve Usulü Sebeplerin İleri Sürüldüğü İptal Davasında (Türk Medeni Kanunu'nun İyi Niyet ve Dürüstlük Kurallarının Uygulandığı Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının kısmen iptali

Karar: Davanın reddine

Özet : Davacının, hakem kararının kısmen iptalini istediği dava konusu olayda, kararın (iptal talebinin bulunmadığı) lehine olan kısmı yönünden süre ve usulü eksikliklere ilişkin bir itirazda bulunmayıp, aynı kararda aleyhine olan kısım yönünden süre ve usulü eksiklikler nedeniyle itirazda bulunması ve hakem kararının kısmen iptalini istemesi, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz.

“.....tahkimin süresinde neticelendirilmediği ileri sürülmüş ise de, HMK'nın 427/1.

maddesinde tahkim süresi bir yıl olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki davacının, hakem kararının lehine olan (..... TL maktu vekalet ücretinin davalıdan tahsili konusundaki) kısmı yönünden iptal talebinin bulunmadığı, aleyhine olan (reddedilen nispi ücrete ilişkin) kısmı yönünden iptal talebinin bulunduğu, ..., davacının, kararın lehine olan (maktu ücrete ilişkin) kısmı yönünden süre ve usulü eksikliklere ilişkin

bir itirazda bulunmayıp, aynı kararda aleyhine olan (nispi ücrete ilişkin) kısım yönünden süre ve usulü eksiklikler nedeniyle itirazda bulunmasının dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağı dikkate alındığında, olayda davacı tarafından ileri sürülen diğer iptal sebeplerinin de yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." "Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/1 esas, 2019/2 karar sayılı 15/05/2019 tarihli kararı" Yargıtay 13. HD'nin 2019/4214 esas, 2019/8518 karar sayılı 19/09/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

İptal Davalarında, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2.Maddesindeki İyiniyet ve Dürüstlük Kurallarının Uygulandığı Diğer Örnekler :

Örnek 1: Tahkim yargılamasında, davalı tarafın tahkimin geçersizliği konusunda herhangi bir itiraz ileri sürmeyip, sadece esasa ilişkin savunma yaptıktan sonra kararın iptali aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır. Belirtmek gerekir ki aynı örnekte, tahkim yargılaması sırasında bu itirazların ileri sürülmüş olmasına rağmen, hakem ya da hakem kurulunca dikkate alınmamış ya da reddedilmiş olması hâlinde, aynı itirazların iptal davasında da ileri sürülebileceği kuşkusuzdur.

Örnek 2: Vekilin, özel yetkisi olmaksızın tahkim anlaşması yaptığına dair itirazın, tahkim yargılaması aşamasında ileri sürülmediği hâlde, ilk defa iptal davasında ileri sürülmesi, dürüstlük kurallarına aykırıdır.

Örnek 3: Tahkim süresi sona ermiş olmasına rağmen, buna itiraz etmeyerek yargılamaya devam eden tarafların, iptal davasında hakem kararının "tahkim süresinden sonra verildiğini" ileri sürerek iptalini talep etmeleri, dürüstlük kurallarına aykırıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki; (3) no’lu örnekteki durumda, tahkim süresinin kamu düzeni ile ilgili olduğu, bu nedenle hakem kararının “tahkim süresinden sonra verildiği” konusundaki iptal sebebinin, hakem kararına karşı açılan iptal davasında taraflarca ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın mahkemece resen dikkate alınması gerektiği yönünde de görüş ve yargı kararları bulunmaktadır. Ancak tahkim süresi ile ilgili (HMK m.439/c) bu iptal sebebinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Esasen bu iptal sebebi, pek çok ülke kanununda ve Uncitral Model Kanunu’nda olmayan bir iptal sebebidir. Taraflar her zaman tahkim süresinin uzatılması konusunda anlaşılabildiklerine göre, tahkim süresi geçtiği halde sessiz kalmışlarsa, aralarında bu konuda (yani süre uzatımı konusunda) zımni (örtülü) bir anlaşma bulunduğunun kabulü gerekir. O halde bu iptal sebebinin ilk defa iptal davasında ileri sürülmesi, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu durum, resen dikkate alınacak bir iptal nedeni de değildir.

İptal Davasında Verilecek Kararlar ve Sonuçları

İptal davalarına konu olan hakem kararları, nihai kararlar olup, bunlar, uyuşmazlığın esasını nihai olarak sonuçlandıran (esasa ilişkin) kararlar olabileceği gibi, usûle ilişkin nihai kararlar da olabilir.

İptal davasına konu olan hakem kararı, “*uyuşmazlığın tahkimde görülemeyeceği*” gerekçesiyle davanın usûlden reddine ilişkin ise, bu durumda işin esası ile ilgili bir hüküm bulunmadığından, bölge adliye mahkemesince, sadece davanın tahkimde görülüp görülemeyeceği konusunda bir inceleme yapılarak, davanın tahkimde görülemeyeceği sonucuna varılması hâlinde, davanın reddine, aksi hâlde ise (davanın tahkimde görülmesi gerektiği sonucuna varılması hâlinde) davanın kabulüne, hakem kararının iptaline karar verilir.

Davanın Kabulü

Hakem kararının iptalini gerektiren şartlar mevcut ise, davanın kabulü ile hakem kararının iptaline karar verilir. Bu karar kesinleşirse hakem kararı ortadan kalkmış olur. Bölge adliye mahkemesi, sadece kararın iptaline karar vermekle yetinir. Yoksa kararın iptali ile birlikte yeni bir karar veremez.

Kural olarak uyuşmazlığın yeniden tahkimde görülmesi mümkündür. Bu durumda yeniden hakem ya da hakemler belirlenerek, tahkim süresi yeniden başlar. Ne var ki iptal nedeni, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, taraflardan birinin ehliyetsiz olması ya da uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olması ise yeniden tahkime başvurulamaz. (HMK m. 439/7 ; MTK m. 15/A/2/son cümle) Bu hâllerde uyuşmazlığın çözümü için Devlet yargısına başvurmak gereklidir.

(Not: MTK’da (m. 15/A/c) “kararın tahkim süresi içinde verilmediği” konusundaki iptal sebebi de tarafların yeniden tahkime başvuramayacakları bir iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.)

Davanın Kısmen Kabulü (Hakem Kararının Kısmen İptali)

Hakem kararının kısmen iptali de mümkündür. Ancak kısmen iptal kararı verilebilmesi için, kararın iptal edilen kısmı ile iptal edilmeyen kısmının birbirinden ayrılabilir olması ve birbirini etkilememesi gereklidir. Aksi hâlde ya da bu noktada tereddüt hâlinde kararın tümünün iptaline karar verilmelidir.

Hakem kararının kısmen iptalinde de, (kararın tümüyle iptalinde olduğu gibi) bölge adliye mahkemesi, sadece kararın kısmen iptaline karar vermekle yetinir. Yoksa kararın kısmen iptali ile birlikte, hakem ya da hakemlerin yerine geçerek kısmen de olsa yeni bir karar veremez.

HMK'ya tâbi olup, kısmen iptal edilen hakem kararları kesinleştiğinde, kararın iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü icra edilebilir hâle gelir.

MTK'ya göre verilen hakem kararlarının icrası için ise mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin karar alınması gerektiğinden, hakem kararı MTK'ya tâbi ve açılan dava sonunda kısmen iptal kararı verilmiş ise, kararın iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü için de yine mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin karar alınması gereklidir. Alınacak bu karardan sonra, hakem kararı, iptal edilmeyen kısmı yönünden icra edilebilir hâle gelir.

Davanın Reddi

Bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan inceleme sonucunda, iptal nedenlerinin yerinde olmadığı sonucuna varılması hâlinde, davanın reddine karar verilir.

Bu durumda, HMK'ya tâbi olan hakem kararları, bu kararın kesinleşmesi ile birlikte icra edilebilir hâle gelir.

MTK'ya göre verilen hakem kararlarının icrası için ise mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin belge alınması gereklidir. Alınacak bu belgeden sonra hakem kararı ilamlı icraya konu edilebilir.

Diğer Kararlar

Davaya son veren taraf işlemleri olan, feragat, kabul ve sulh, hakem kararının iptali davasında da söz konusu olabilir.

Bölge adliye mahkemesince, davanın kabulü hâlinde, “*kabul nedeniyle davanın kabulüne, hakem kararının iptaline*”, davadan feragat halinde, “*feragat nedeniyle davanın reddine*”, sulh halinde de tarafların talebi doğrultusunda, “*kararın iptaline*” ya da “*karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilir.

İptal Davasında Harç ve Masraflar

İptal davası açılırken maktu harç ödenir.

Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin, dava kabul edilirse, davalıdan tahsiline, dava reddedilirse, davacı üzerinde bırakılmasına karar verilir.

Dava lehine sonuçlanan taraf, davayı bir vekille takip ettirmiş ise, karar tarihinde yürürlükte olan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince yararına vekâlet ücretine hükmedilerek karşı taraftan tahsiline karar verilir.

İptal Davası Sonunda Verilen Karara Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

Bölge adliye mahkemesinde açılan hakem kararının iptali davasında verilen karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

Yargıtay'da yapılacak denetimde de, hakem kararının esastan denetlenmesi söz konusu değildir.

İptal davalarına ilişkin temyiz incelemesi de, HMK ve MTK'da sayılan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılır.

TAHKİMDE İÇERİK DENETİMİ

Prof. Dr. Ali YEŞİLİRMAK*

1. Giriş

Tahkim, basit tanımıyla tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından uyuşmazlığın nihai olarak ve yargılama yoluyla çözülmesidir. Tahkim yolunun cazibesi tarafların her yönüyle vakıf oldukları uyuşmazlığın çözümü için en uygun hakemleri seçmeleri, hakemlerin taraflara danışıp hukuki dinlenilme hakkını gözetmek yoluyla uyuşmazlığı çözümü için en etkin şekilde yargılamayı yürütmesi ve nihai bir karar vermesi şeklinde açıklanmaktadır. Buradan hareketle taraflardan ve onların temsilcilerinden (a) tarafların tahkim hakkında yeterli bilgiye sahip olarak en uygun hakemleri seçmeleri ve (b) hakemlerin tarafsız ve bağımsız şekilde (adil yargılanma hakkına uygun olarak) karar vermeleri ve etik kurallara uymaları beklenmektedir. Tahkim yargılamasının sonunda taraflar, sürecin nihai olarak tamamlanmasını ve verilen hakem kararının hızlı ve etkin bir şekilde icrasını beklemektedir. Tarafların tahkim yolunu seçmekle aldıkları risk, hakemin karar verirken hata yapmasıdır. Bu riski ortadan kaldırmak veya minimize etmenin yolu hakem (ve tahkim kurumu seçiminde) dikkatli davranmaktan geçmektedir. Tahkimin etkin bir şekilde kullanıldığı ülkelerde kanun koyucu, yukarıda belirtilen beklentiler doğrultusunda etkin tahkim altyapısını hazırlamakta ve yargı, tahkime sınırlı hallerde yardım ve denetim görevini yapmak suretiyle destek olmakta; bu şekilde tahkim dostu olarak hareket etmektedir.

Hakem kararının nihai olması, hızlı ve etkin bir şekilde icra edilebilmesinin ön şartı, içerik denetim yasağıdır. Tahkimde içerik denetimi, hakemin vermiş olduğu kararın maddi hukuk yönünden hukuka uygun olup olmadığının tahkim yeri mahkemesi tarafından denetlenmesidir. Tahkimde içerik denetimi yapılmayacağı kural olarak evrensel kabul gören bir yaklaşımdır. Bazı ülkelerde ise içerik denetimi taraf iradesine bırakılmıştır.

* İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Türk Hukuku açısından içerik denetimi yapılmayacağı hem milli hem de milletlerarası tahkim bakımından kabul edilmiştir. Ancak bazı kullanıcılar (tacirler veya vekilleri) tahkimde içerik denetimini tercih edeceklerini beyan etmektedir. Yine ülkemizde bazı yargı kararları incelendiğinde kamu düzenini geniş yorumlamak suretiyle ya da 1927 yılında kabul edilen mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) zamanında içerik denetimine olanak sağlayan bazı yargı kararlarına dayanmak yoluyla içerik denetimi yapıldığı görülmekte veya yapılması gerektiği tavsiye edilmektedir.

Bu makalenin amacı yukarıda açıklandığı gibi gerek bazı kullanıcılar gerekse bazı mahkemelerin içerik denetimi yapma ihtiyacını veya isteğini başka bir şekilde karşılamanın mümkün olup olmadığını mukayeseli hukuk açısından incelemektir.

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi¹ altında içerik denetimi yapılamayacağı kabul edilmektedir ve bu makalenin kapsamı dışında kalacaktır.

Bu makalede önce içerik denetim yasağının ne olduğu, tarihsel gelişimi, karşılaştırmalı hukuk açısından konunun incelenmesi yapıp sonuç kısmında ülkemiz açısından öneride bulunulacaktır.

2. İçerik denetim yasağı ve tarihsel gelişimi

Mahkemelerin özellikle yabancılara karşı olası ön yargısından kaçınmak, ticari işlerdeki süratle bağlı olarak tahkimde kararın icrasına daha hızlı ulaşmak, temelde içerik denetim yasağının iki önemli sebebidir.

Bu makale daha önce yazarın aynı başlıkla Metin Kıratlı/Hakkı Susmaz/Alı Yeşilirmak/A. Eda Manav/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Tahkimde Güncel Sorunlar (V-VI) Ankara 2023, s. 155-162’de yayımlanmış makalenin değiştirilmiş halidir.

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done at New York, 10 June 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 38 No. 4739 (1959); Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG 21.5.1991/20877.

Tahkim yargılaması usulünce yürütüldüğünde (yetkin bir tahkim kurumu ve/veya uzman, tarafsız bağımsız hakemler seçildiğinde) içerik denetimini haklı kılacak bir sebep de genel olarak ortaya çıkmamaktadır.

Tahkimde içerik denetiminin tercih edilmemesi kurumun tarihsel gelişimi ile çok ilgilidir². Tarihsel gelişime baktığımızda tahkimde içerik denetim yasağı bir başka ülke toprağında verilen hakem kararlarının icrasına ilişkindir. Hakem kararlarının esası içermeyen sınırlı şekilde denetime tabi olması ilk olarak Güney Amerika Devletleri arasında yapılan Usul Hukuku Sözleşmesi'nde görülmektedir³. Aynı yaklaşım 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Cenevre Protokolü'nde⁴ ve daha sonra 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi'nde⁵ ile 1961 tarihli Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nde⁶ kabul edilmiştir. Bu uluslararası andlaşmalar milli kanunları ve özellikle de Birleşmiş Milletlerin Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law* ("UNCITRAL")) tarafından hazırlanan 1985 tarihli (2006 tarihli değişik

² Hakem kararlarında iptal sebeplerinin tarihsel gelişimine ilişkin olarak kapsamlı bir inceleme için bkz. Ali Cem Budak, "Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihsel Kökeni", *Public and Private Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, cilt 40, n. 1, 2020, s. 557-572.

³ Treaty Concerning the Union of South American States in Respect of Procedural Law, Signed at Montevideo, 11 January 1889 (madde 5).

⁴ Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, Signed at Geneva, 26 September 1927, League of Nations, Treaty Series, vol. XCII, p. 302, No. 2096 (1929-1930) (madde 1 ve 2).

⁵ Madde 5.

⁶ European Convention on International Commercial Arbitration, Done at Geneva, 21 April 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964); Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyetinin Taraf Bulundukları Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesine İlişkin Olarak Yaptıkları Ek Anlaşma ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi ile Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasına Dair Karar, Karar Numarası: 91/2138, Karar Tarihi: 13.8.1991, RG 23.9.1991/21000; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991 RG 21.5.1991/20877. Sözleşme altında hakem kararlarının iptali için bkz. madde IX.

şekli ile) Model Kanunu⁷ etkilemiştir.

Mülga HUMK'nun hakem kararlarına karşı başvurulacak yol olarak temyiz belirtilmektedir (madde 533). Maddenin içeriğinden ancak sınırlı usulî sebeplere dayanmak yoluyla temyize başvurulabileceği anlaşılmaktadır⁸. HUMK'nda belirtilen sebepler arasında kanuna aykırılık sayılmadığı halde Yargıtay, bir içtihadı birleştirme kararı ile tarafların aralarındaki sözleşmeyi Türk maddi hukukuna tabi kıldıkları hallerde kanuna aykırılığı bozma sebebi olarak saymıştır⁹. Bu yorumun sebepleri olarak taraf iradesine üstünlük tanımak ve maddi hukuk dışına çıkılıp karar verilmesinin hakemlerin yetki aşımı olarak sayılması gösterilmiştir¹⁰. Ekşi

⁷ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>. Model Kanun 85 ülke ve 118 yargısal olarak bağımsız bölgede kabul edilmiştir.

⁸ Madde 533 şöyledir:

“Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

1 Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,

2 Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3 Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermeleri.

4 Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.”

⁹ Yargıtay İBHGK, 1993-4/1, 28.01.1994, RG 13.4.1994/21904.

¹⁰ Id. Kararın gerekçesinin özü şu şekilde belirtilmiştir:

“... usul yasamızın 533. maddesinin 3. bendinde, hakemlerin yetkileri içinde olmayan uyuşmazlıklara karar vermeleri; hali bir temyiz nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu temyiz nedenine göre, hakemler, yetkili kılındıkları hususlarda karar vermemelidirler. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için "Maddi hukuk kuralları" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadırlar. Bunun olağan sonucu olarak, hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerinin aşılması saymak gerekir. Yarıtay'ın bu hali denetlemesi, aynı zamanda taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur. Özellikle hakemlerce, içtihadı birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kuralla aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır.

Hal böyle olunca, hakem sözleşmeyi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartta öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir. Aksi halin düşünülmesi ise, hakem sözleşmesi veya şartının hakemlerece uygulanmaması veya eksik ve hatta yanlış uygulanmasına olanak verilmesi anlamını taşır. Yasa ve sözleşme tanımazlık anlamına gelen bu düşünce ve uygulamaya hukuk devletinde yer verilemeyeceği açık ve seçiktir. Hakem sözleşmesi veya şartının taraflarınca öngörülen kurallar yönünden hakemlerin denetimine tabi tutulması, hak ve adalete de uygundur.”

bu kararı gerekçe göstermek yoluyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kapsamında açılacak iptal davalarında içerik denetimi yapılacağını belirtmektedir¹¹:

“Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da ifade edildiği üzere, taraflar, uygulanacak maddi hukuku belirlemişse, hakemlerin karar verme yetkilerini de sınırlamış olmaktadır. Eğer hakemler, tarafların belirlediği maddi hukuk kurallarının dışına çıkmak suretiyle karar vermişse, o zaman yetkilerini aştıklarını kabul etmek ve bu sebebe istinaden hakem kararının iptali için mahkemeye başvurma hakkını taraflara tanımak gerekir (HMK md. 439/2-ç).”

Bu görüş hakemlerin yetki aşımına ilişkin iptal sebebinin “kapsamının zorlama bir yorumla genişletilmesi sonucunda ulaşılmış bir görüştür.”¹²

Yukarıda ifade edilen görüş her ne kadar eleştirilse de Yargıtay’ın hem HMK hem de MTK kapsamında iptal davalarında, İçtihadı Birleştirme Kararı yönünde yorum yapma olasılığı hâlâ mevcuttur.

Büyük ölçüde Model Kanun’dan iktibas edilen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile HMK’nun tahkime uygulanan hükümleri (11. Kısım) tahkimde içerik denetimini yasaklamaktadır. Nitekim MTK’nun m. 15/A maddesi şu şekildedir:

“Hakem kararına karşı **yalnızca iptal davası** açılabilir. ...”

Maddenin gerekçesinde¹³:

“Madde 15. - A) Hakem kararına karşı yetkili asliye hukuk mahkemesinde yalnızca iptal davası açılabileceği,”
belirtilmiştir.

¹¹ Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 186.

¹² Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 3. bası, Ankara 2019, s. 435-436.

¹³ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122ss0712.pdf>>.

Benzer şekilde bir düzenleme içeren HMK'nun 439. maddesi şu şekildedir:

“Hakem kararına karşı yalnızca **iptal davası** açılabilir. ...”

Maddenin gerekçesi şöyledir:

“İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır.”

Türk Hukuku açısından tahkimde içerik denetim yasağı, görüldüğü gibi kanunlarımızda (lâfız ve gerekçelerden anlaşıldığı gibi) açıkça belirtilmiştir. İçerik denetim yasağı veya hakem kararlarının temyiz yoluyla inceleme yasağı doktrinde de büyük çoğunlukla, iradi veya kanuni sebeplerle, kabul edilmiştir¹⁴.

¹⁴ Bkz. örneğin Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 201 (“[Yabancı hakem kararlarının, maddi içerik yönünden “doğruluğu” inceleme konusu yapılamaz. Burada da ‘*revision au fond*’ yasağı prensip olarak geçerlidir. Bu prensibin istisnası, ... hakem kararının kamu düzenine aykırılığının söz konusu olması halinde ortaya çıkar.”). Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2021, s. 790-791 (“Kanuna göre, mahkeme; sadece iptal sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasından hakem kararını inceleyebilir. MTK, bu düzenlemesi ile ‘esasa girme yasağı’ getirmiştir.”) (dipnotlar alınmamıştır). Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020, s. 332 (tarafların devlet yargısı yerine uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu tercih etmeleri sebebiyle hakemlerin doğru karar verip vermedikleri hususunun temyiz yoluyla denetlenmemesi gerekir); H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 656 (“... hakem kararlarının temyiz yoluyla denetlenmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, tarafların tahkim yolunu tercih etmekle, uyuşmazlık hakkında devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından nihai olarak karar verilmesini tercih etmeleridir.”); Doğan Ağırman, Milli ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2022, s. 647 (“İptal davasında ..., hakem kararının tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalara uygunluğu, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığına bakılamayacaktır”).

3. İçerik denetim görüşü/istemi/beklentisi

Ülkemizde hukukçuların ve tahkim kullanıcılarının bir kısmı, yapılan birebir görüşmelerde, tahkimde içerik denetimi istemekte, beklemekte ya da bu yönde görüş bildirmektedir. Aynı yönde, her ne kadar yukarıda açıklandığı gibi hakem kararlarına ilişkin içerik denetim yasağının kanunen kabul edilmesine rağmen uygulamada içerik denetimi yapıldığı görülmektedir. İçerik denetimi ya iptal sebeplerinden olan kamu düzeninin geniş yorumlanması yoluyla ya da 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan şekliyle hakemlerin yetkilerini aşmaları şeklindeki iptal sebebinin zorlama yoluyla geniş yorumlanması şeklinde olmaktadır¹⁵. Kamu düzeninin geniş yorumlanmasına örnek olarak bazı Yargıtay kararları gösterilebilir¹⁶. Bu Yargıtay kararları imtiyaz sözleşmelerinde yer alan hazine ve kamu masraflarına katkı paylarına ilişkindir. Yargıtay bu konuyu kamu düzeninde saymış ve açılan iptal davasında temyiz incelemesi yapmıştır. Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarının değerlendirilmesi öğretide şu şekilde yapılmıştır:¹⁷

“... hakem kararı esastan incelemeye tabi tutulmuş, bu cümleden olarak hakem kararındaki maddi vakıalar yeniden ve farklı biçimde değerlendirilmiş, davada tatbiki söz konusu olan sözleşme ve kanun hükümleri yeniden ve farklı biçimde tavsif edilmiştir. Neticeten, taraflar arasındaki ihtilafın esası hakkında Yargıtay, (hakemlerin yerine geçerek) davanın reddi yönünde yeni bir karar vermiştir.”

¹⁵ Bu konuda bkz. yukarıda dipnot 11 ve ilgili metin.

¹⁶ Yargıtay 13 Hukuk E. 2012/8426 17.04.2012; E. 2012/8425 K. 2012/10348 17.04.2012 ve E. 2011/19737 K. 2012/25406 13.11.2012 (kararlar yayınlanmamıştır). Bkz. Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 791, dipnot 655.

¹⁷ Id.

4. Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tahkim dostu ülkelerde hakem kararlarına ilişkin içerik denetimi yasağı olduğunu görmekteyiz. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu'nda¹⁸ ve örneğin İsviçre Hukukunda ise hakem kararlarının mahkeme tarafından içerik denetimi yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Buna karşılık içerik denetimine müsaade eden bazı ülke hukukları da mevcuttur. İçerik denetimine bazı hallerde izin veren ülke hukuklarının başında İngiliz Hukuku gelmektedir. İngiliz Tahkim Kanunu'nun 69. maddesine göre taraflar açıkça aksini kararlaştırmadı ise mahkemenin belirli şartların oluşması halinde nihai hakem kararına ilişkin içerik denetimi yapması mümkündür¹⁹. İngiliz Hukukunda içerik denetimi bazı şartlara bağlanmıştır. Öncelikle tahkim şartında aksi kararlaştırılmamış olmalı, tahkim yeri İngiltere ve İngiliz maddi hukuku uygulanmalıdır. Bu durumda bile temyiz incelemesi her iki tarafın talebi veya mahkemenin temyize müsaade etmesi durumlarında söz konusu olmaktadır (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/2). Mahkeme içerik denetimi için şu maddi şartların sağlanmış olmasını dikkate alır (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/3):

¹⁸ Binder, s. 446. UNCITRAL Document A/CN.9/216, para. 107. Model Kanunda içerik denetim yasağı açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak bu husus maddenin yazımından doğan olarak anlaşılmaktadır. Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer 2019, s. 446. Model Kanunda hakem kararına karşı sadece iptal davası açılabilmesine imkân tanınmasının temel sebebi mahkeme kararlarına karşı milli yargılamalarda birçok imkânın mevcut olmasına karşı tahkimde bir farklılık oluşturmaktır. Id., UNCITRAL Documents A/CN.9/264, art. 34, para. 1. Bu durum aynı zamanda uluslararası alanda hakem kararlarına karşı hukuki çareler konusunda yaygınlaşan yaklaşımı da ifade etmektedir. UNCITRAL Documents A/CN.9/207, para. 103.

¹⁹ Bu konuda bilgi için bkz. örneğin, Lord Mustill/Steward C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2. bası, 2001, s. 355 vd.; David St. John Sutton/Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 2003, para. 8-054 vd.; Fulya Teomete Yalabık, "The Impact of the Seat of Arbitration on Judicial-Interference: Do Sections 67, 68 and 69 of the English Arbitration Act 1996 regarding Challenges of Awards Make London An Attractive Hub?" *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, (2021) 70 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 253. <https://doi.org/10.26650/Annales.2021.70.0009>.

a) içerik denetimi yapılması istenilen husus, bir veya daha fazla tarafın haklarını önemli ölçüde etkileyecek ise,

b) içerik denetimi yapılması istenilen husus, hakem tarafından değerlendirilmiş olan bir mesele ise

c) nihai hakem kararında yer alan vakıalara ilişkin bulgular çerçevesinde:

i) nihai hakem kararı açıkça hatalı ise, veya

ii) mesele genel olarak kamusal anlamda önemli ise ve nihai hakem kararının doğruluğu o mesele konusunda en azından açıkça ciddi şüphe içeriyorsa, ve

d) tarafların meselenin hakem tarafından çözümü konusunda anlaşmış olmasına rağmen, o meselenin hâkim tarafından çözümü adil ve uygun olacak ise.

İçerik denetimi konusunda yapılacak temyiz başvurusunda incelenmesi istenilen hususun açıkça belirtilmesi gerekir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/4).

Mahkeme nihai hakem kararını onaylayabilir, değiştirebilir, tamamının veya bir kısmının düzeltilmesi için hakeme geri gönderebilir ya da tamamı veya bir kısmını iptal edebilir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/7).

Her ne kadar İngiliz Hukukunda içerik denetimine müsaade edilmişse de gerek aranan şartlar gerekse mahkemelerinin sınırlayıcı yaklaşımı sonucu 2019 yılında içerik denetimine ilişkin 39 temyiz başvurusunun tamamı reddedilmiştir²⁰.

Fransız Hukukunda mahkemeler (milli veya milletlerarası tahkimde) hakem kararı verildikten sonra istisnai durumlarda hakem kararını temyiz incelemesi (*revision*) esastan değiştirebilmektedir (Fransız

²⁰ Commercial Court Users Group Meeting, 20 Kasım 2019, <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Minutes-of-Comm-Ct-Users-Group-20.11.19.pdf>>.

Medeni Usul Kanunu m. 1502). Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 595. maddesine göre temyiz incelemesi sadece şu hallerde yapılabilir:

- a) Lehine karar verilen taraf hile kullanılmış ise,
- b) Karar verildikten sonra kararın verilmesinde etkili olacak bir delil ortaya çıkmış ise,
- c) Karara etkili olan bir belgenin doğru olmadığı sonradan ortaya çıkmış ise,
- d) Kararda etkili olan bir tanık, uzman veya bilirkişi ifadesinin doğru olmadığı ortaya çıkmış ise.

Yukarıdaki her halde başvuru sahibinin kendisine yüklenemeyecek bir kusur sebebi ile karar kesinleşmeden bu hususların ileri sürememiş olması aranmaktadır.

Fransız Hukukundaki yukarıdaki düzenleme HMK’ndaki yargılamanın iadesi sebepleri ile benzerlik göstermektedir (bkz. HMK m. 443).

Amerikan Hukukunda, tahkim kullanıcılarının talepleri doğrultusunda ve tahkim yolunun kullanımını artırmak için, taraf sözleşmesi ile kabul edilmesi şartıyla, hakem kararının bir başka hakem kurulu önünde esastan incelenmesi usulü kabul edilmektedir.²¹ UNCITRAL Model Kanunu’nun tarafların kararlaştırmaları halinde başka bir hakem kurulu vasıtasıyla içerik denetimi yapılmasını yasaklamadığını da ifade etmek gerekir.²²

²¹ Theodore K. Cheng, “Merits-Based Review of Arbitration Awards: A Potentially ‘Appealing Option’”, NYSBA NY Litigator, c. 22, no. 2 (Güz 2017), s. 21-23. International Institute for Conflict Resolution and Prevention (CPR) 1999 yılında, JAMS 2003 yılında ve American Arbitration Association (AAA) 2013 yılında tarafların ihtiyarı ile temyiz incelemesi yapılmasına olanak tanıyan kurallar kabul etmiştir. Id.

²² UNCITRAL Document A/CN.9/216, para. 106; A/CN.9/264, art. 34, para. 2.

5. Sonuç ve Öneri

Özellikle halka kapalı şirket uyuşmazlıklarının da tahkim yoluyla çözümünün önerildiği şu günlerde, Türk hukukunda tarafların seçimi halinde ve Türk maddi hukukunun uygulanması şartıyla, tahkim yeri Türkiye olan hallerde, hakem kararının açıkça hukuka aykırı görülmesi durumunda temyiz denetimine müsaade etmek yerinde olacaktır kanaatindeyim. Böyle bir yaklaşım içerik denetimi beklentilerini karşılayacağı gibi; bu yönde seçim yapmamış olanlar için de içerik denetim yasağını kuvvetlendirecektir.

BAZI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM UYGULAMALARI

ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

Doğan AĞIRMAN*

A. GENEL OLARAK

Devlet yargısına alternatif yargılama yöntemlerinden birisi olan tahkim, eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de çok sık başvurulanan çözüm yöntemlerin başında gelmektedir. Gerek milletlerarası gerek ulusal alanda ilk akla gelen yöntemlerden birisi olarak, özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde o kadar yaygın olarak başvurulmaktadır ki, FIDIC(FİDİK)(**Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils/** International Federation of Consulting Engineers / Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu), AIA(EYAYEY) (American Institute of Architects) gibi bir çok kuruluşun hazırladığı ve çok yaygın kullanıma sahip tip sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

TBK'nın 470. maddesinde eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, is sahibinin de bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. En bariz özelliği olan bir sonucun meydana getirilmesinin taahhüt edilmesi niteliği dikkate alındığında, her alanda eser sözleşmesiyle karşılaşılması mümkündür. Eser sözleşmesi kimi yerde bir resmin, bir heykelin yapılması olarak karşımıza çıkmakta, kimi yerde devasa bir inşaat projesinin üstlenilmesi olarak çıkmaktadır. Yine toplumun her alanında karşılaşılan eser sözleşmesi, bazen bir tüketicinin implant yaptırmayı, bazen bir aracın tamir edilmesi bazen de estetik bir ameliyatın gerçekleştirilmesinin taahhüdü olarak, bazen de çok farklı bir alanda devasa bir kamu projesinin hayata geçirilmesinin üstlenilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

* Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Tam iki tarafa borç yükleyen iradi bir sözleşme olan eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, çok geniş bir alanda ve çok farklı taraflar arasında sözleşme ilişkisine konu olması nedeniyle, eser sözleşmesine konu uyuşmazlığın tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği açısından özellikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. TAHKİME ELVERİŞLİLİK AÇISINDAN

1. Genel Olarak

Tahkimin, özel hukuk alanında ortaya çıkan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkların çözümünde tercih ettikleri bir yargılama yöntemi olduğu dikkate alındığında, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için öncelikle tahkime elverişli olması gerekmektedir.

Tahkime elverişlilik denildiğinde de, tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıkların sınırı çizilmektedir. Her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereği olarak taraflar tahkime başvurmakta iseler de, her konuda tahkime gidilmesi mümkün olmamakta, kamu düzeni gibi bir takım nedenlerle bu iradeye birtakım sınırlar getirilebilmektedir. Hangi konularda tahkim sözleşmesi yapılabileceği diğer bir değişle hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği hususu tahkime elverişliliği oluşturmaktadır.¹

a. Milletlerarası Tahkimde Tahkime Elverişlilik

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde tahkime elverişlilik konusu düzenlenmiştir. Maddede aynen “bu kanun,

¹ Huysal, Burak; Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 11 vd.

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz” ifadesi yer almaktadır. Madde içeriğini dikkate aldığımızda, iki konunun tahkime elverişli olmadığı, diğer bir deyişle, bu iki konuda tahkim sözleşmesi düzenlenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bunlardan birincisi, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklardır. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmayıp, bu uyuşmazlıkların bu kanuna göre tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Kanun metni dikkate alındığında, açıkça Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Türkiye dışında bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların, bu kanunu göre, tahkim sözleşmesinin konusu yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Buna göre, Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaz mal üzerindeki aynı hak tahkim sözleşmesinin konusu yapıldığında, bu kanuna göre sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Ancak tahkim sözleşmesi yapılırsa ve tahkim yargılaması yapılırsa da verilen kararın infazı açısından sorun yaşanabilecektir.

Bu nedenle tahkime elverişliliğin, tahkim sözleşmesinde tahkime uygulanmak üzere seçilen hukuk yönünden veya taşınmazın bulunduğu yer hukuku yönünden hakemlerce değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin, yabancılık unsuru içeren ve bu nedenle MTK’nın uygulanacağı taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta, seçilen hukuk açısından taşınmazın aynına dair haklar tahkime elverişli değilse, tahkime gidilmesi durumunda davanın görülmemesi gerekir. Aksi takdirde infazı mümkün olmayan bir kararın verilmesi söz konusu olacaktır.

Maddede yer alan ikinci sınırlama ise, iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklara ilişkindir. İki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar da tahkim sözleşmesinin konusu yapılamayacaktır. Diğer bir

değişle bu tür uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları uyuşmazlıklardır. Bu konuda tarafların iradeleri kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanabileceği gibi uyuşmazlığın niteliği de tarafların iradelerine tabi olmayabilir. Örneğin; idare hukuku, ceza hukuku, imar hukuku gibi uyuşmazlıklar nitelikleri itibariyle tarafların iradelerine tabi olmadığından tahkime de elverişli değildir. Netice itibariyle, ister uyuşmazlığın niteliğinden ister tarafların sıfatından isterse çeşitli gerekçelerle kanun koyucunun koyduğu sınırlamadan kaynaklansın, tarafların üzerinde serbest iradeleri ile tasarrufta bulunamayacakları uyuşmazlıklar tahkim sözleşmesinin konusu yapılamayacaktır.

b. Milli Tahkimde Tahkime Elverişlilik

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 408. maddesinde, tahkime elverişlilik kenar başlığı ile bu konu düzenlenmiştir. Maddeye göre; taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin hükümleri düzenlenirken 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alındığı gibi tahkime elverişlilik konusunda da MTK’nın 1. maddesi içeriğine bağlı kalınmıştır. MTK’nın 1. maddesinin kenar başlığı “Amaç ve Kapsam” iken, HMK’nın 408. maddesinde açıkça “tahkime elverişlilik” kenar başlığı ifadesi seçilerek bu konuda madde başlığı ile içeriği uyumlu hale getirilmiştir.

HMK’nın 408. maddesinde yer alan düzenlemede, yine MTK’nın 1. maddesinde olduğu gibi, taşınmaz malların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ve iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara tahkim yolu kapatılmıştır. HMK’da taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, MTK’dan farklı olarak, taşınmazın Türkiye’de bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bu uyuşmazlıklar yönünden tahkim yolu kapatılmıştır. Bu durumda, yabancılık unsuru taşımayan ve HMK’nın

uygulanacağı bir uyuşmazlığın konusu taşınmazın aynından kaynaklansa ve uyuşmazlık konusu taşınmaz Türkiye’de bulunmasa dahi HMK’nın 408. maddesi gereğince uyuşmazlık tahkime elverişli kabul edilmeyecektir.

2. Eser Sözleşmelerinde Tahkime Elverişlilik

TBK’nın 470. Maddesinde eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşme olan eser sözleşmesi, her şeyden önce, rızai bir sözleşmedir.² Bu yönüyle tahkime elverişli olması konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu açıdan uygulamada eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkim yoluyla çözümü tercih edilen uyuşmazlıkların başında gelmektedir. Ancak eser sözleşmelerinin tahkime elverişliliğinin tam olarak değerlendirilmesi açısından uyuşmazlığın konusuna ve tarafların sıfatına da bakmak gerekmektedir.

Eser sözleşmesinin konusu, meydana getirilmesi istenen sonuçtur. Bu sonuç, bir şeyin yapılmasına ilişkin olabileceği gibi bir şeyin ortadan kaldırılmasına, değiştirilmesine, iyileştirilmesine, montajına ilişkin de olabilir.³ Eser sözleşmesinin konusunun tahkime elverişliliği açısından da MTK’nın 1 ve HMK’nın 408. maddesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin konusu, iki tarafın iradelerine tabi ise, diğer bir deyişle, yüklenicinin yerine getireceği edim, iki tarafın iradelerine tabi bir edim ise, tahkime elverişliliği konusunda bir tereddüt yaşanmayacaktır. Örneğin, bedel karşılığı bir binanın yapılması, konu itibarıyla tamamen tarafların iradelerine tabi olduğundan, tahkime elverişliliği konusunda bir tereddüt yaşanmayacaktır. Buna karşın,

² Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 587.

³ Öztürk, Muammer, Gözütok, Zeki; Usul ve Esaslarıyla eser Sözleşmesi Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 3.

gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyuşmazlığın eser sözleşmesinin konusu olması durumunda bu husustan kaynaklanan uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına kabulü gerekir. Örneğin, arsa payı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan taşınmazların devrinin yapılmamasından kaynaklanan bir uyuşmazlığın tahkimde görülmesi mümkün değildir.

Eser sözleşmesinin tarafları da tahkime elverişlilik açısından büyük önem arz etmektedir. Genel olarak eser sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve iş sahibidir. Tahkime elverişlilik açısından değerlendirdiğimizde, yüklenici ve iş sahibinin kim olduğu büyük öneme haizdir. Örneğin, uygulamada tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda eser sözleşmesinin bir tarafının tüketici olması durumunda uyuşmazlık tahkime elverişli kabul edilmeyecektir. Örneğin, estetik ameliyat yapılması konusunda tüketici vasfında bir kişi ile bir doktor arasında bulunan bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık, sözleşmenin bir tarafının tüketici olması nedeniyle, tahkimde görülemeyecektir.

Eser sözleşmesinin taraflarından birisinin idare olması durumu da tahkime elverişlilik açısından önem arz etmektedir. Özellikle bir takım işlerin imtiyaz sözleşmeleri ile özel teşebbüslere yatırılması konusunda ciddi gelgitler de yaşanmıştır. Ülkemizde sermaye yetersizliği nedeniyle ihtiyaç duyulan büyük ölçekli kamu yatırımlarının dış kaynakla finanse edilme arzusu bir türlü gerçekleştirilememiş, bu amaçla yapılan imtiyaz sözleşmeleri sürekli Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bulunarak yargıdan dönmüştür. Büyük ölçekli bir kısım projelerin yap işlet veya yap işlet devret modeliyle finansmanı için 1994 yılında 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Ancak bu kanunun kimi maddelerinin anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi

karşısında,⁴ bu engelin aşılması amacıyla 1999 yılında 4446 Sayılı yasayla Anayasa'nın 125. maddesi değiştirilmiştir.⁵

Bu değişiklikle, anayasa yapma tekniği de zorlanarak, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi anayasa hükmü haline getirilmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra kamu imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yoluyla çözülmesinin düzenlenmesi amacıyla 21.01.2000 tarihinde, 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun çıkarılmıştır. Bu kanunda yabancılık unsuru taşıyan sadece imtiyaz sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar düzenlenmiş olup, genel itibariyle yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin de düzenlenmesi amacıyla 4886 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler ile hem konu açısından hem de taraf olma açısından kamu ilahe sözleşmelerinin tahkime elverişli hale getirildiği görülmektedir.

Diğer yönden uyuşmazlığın her iki tarafının da belirli idari kuruluşlar olması durumunda uyuşmazlığın ihtiyari tahkim ile çözülmesi mümkün olmayacaktır. 3533 sayılı yasada belirtilen kurumlar arasında çıkan uyuşmazlıklar yine bu kanunda öngörülen zorunlu tahkim yoluyla çözülmesi gerekmekte olup, ihtiyari tahkime elverişli değildir.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve 71/23 sayılı kararı ile 3996 Sayılı Kanun'un 5. maddesi iptal edildiği gibi birçok sözleşme de Danıştay'dan dönmüştür.

⁵ Yapılan değişiklik sonrası Anayasa'nın 125. maddesinin 1. Fıkrası; " idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" halini almıştır. Yine bu konuda yargı organları tarafından yerindelik denetimi yapılmasının önüne geçilmesi amacıyla 07.05.2010 tarihli 5982 Sayılı Kanun'la maddenin dördüncü fıkrasında da değişiklik yapılmıştır.

B. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ AÇISINDAN

1. Genel Olarak

HMK'nın 412. maddesinde, tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları bir anlaşmadır (MTK'nın 4. maddesinde de benzer tanım yapılmıştır). Bu tanımdan da yola çıkarak tahkim sözleşmesi ile ilgili şunları söylememiz mümkündür:

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıkla ilgili olarak yapılabileceği gibi sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlık hakkında da yapılabilir. Haksız fiil, vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme gibi taraflar arasında daha öncesine dayanan bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmayan uyuşmazlıklar hakkında da tahkim sözleşmesi yapılması mümkündür. Örneğin, bir eser sözleşmesinin ifası sırasında sözleşme dışı iş yapılması durumunda tarafların bir araya gelerek bu uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi konusunda anlaşmaları mümkündür.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki mevcut bir uyuşmazlık hakkında yapılabileceği gibi henüz doğmamış bir uyuşmazlık hakkında da yapılabilir. Taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, taraflar bir araya gelerek bu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda bir tahkim anlaşması yapabilirler. Yine uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan girmiş oldukları hukuki ilişki de uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde bu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabilir. Uygulamada bu yönteme daha çok rastladığımızı söylememiz mümkündür. Genelde taraflarca girilen sözleşme ilişkisi kapsamında ilerde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılmaktadır. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusunda anlaşarak bir sözleşme yapmalarına ise uygulamada çok nadir rastlanılmamaktadır.

Tahkim sözleşmesinin, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettikten sonra düzenlenmesi de mümkündür. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada yargılama devam ederken ve yargılamanın herhangi bir aşamasında tarafların bir araya gelerek bir tahkim sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu iradenin ortaya konulması halinde, davaya bakan mahkemece yargılamaya son verilerek dava dosyasının ilgili hakeme gönderilmesi gerekecektir(HMK m. 412/5, MTK m.5).

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tümünün tahkim yoluyla çözülmesini kapsayabileceği gibi bir kısmının tahkim yolu ile çözülmesini de kapsayabilir. Tahkim bir sözleşme olup, taraflar sözleşme serbestisine dayanarak aralarında doğmuş veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığın bir kısmının tahkim yolu ile çözülmesini de kararlaştırabilirler. Bu durumda, uyuşmazlığın kararlaştırılan kısmının tahkim yoluyla hakemlerce çözülmesi gerekirken, kalan kısım yönünden ise uyuşmazlık mahkemede görülecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, uyuşmazlığın kısmen tahkime götürülmesinin kararlaştırılması durumunda, bu iradenin açık ve net bir şekilde ortaya konulmasının gerekliliğidir. Burada yaşanacak bir tereddüt, uyuşmazlığın tümünün devlet mahkemesinde görülmesi sonucunu doğuracaktır.

Gerçek kişiler tahkim sözleşmesinin tarafı olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Tüzel kişinin, kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yine tahkim sözleşmesinin taraflarının tacir olması zorunlu olmayıp, tacir olmayan kişilerin de tahkim sözleşmesine taraf olmaları mümkündür.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir(MTK m. 4/1, HMK m.12/2). Taraflar arasında yapılan maddi hukuk sözleşmesine konulacak bir hüküm ile, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırabilir. Buna uygulamada tahkim şartı denilmektedir ve uygulamada daha çok bu yöntem karşımıza çıkmaktadır. Bunun

yanında, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenecek müstakil bir sözleşmede, taraflar arasında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılabilir. Buna da tahkim sözleşmesi (müstakil) denilmektedir.

2. Eser Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği

Eser sözleşmeleri için TBK'na bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Bu nedenle TBK'nın 1 ve devamı maddeleri gereğince tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak TBK'nın 12. maddesine göre, kanunda sözleşmeler için bir şekil öngörülmüş ise, bu geçerlilik şeklidir. Bu şekle uyulmaksızın sözleşmenin yapılması durumunda kural olarak sözleşme geçerli olmayacaktır. Sözleşmenin kanunda aranan şekilde yapılmaması nedeniyle geçersiz olması durumunda, bu sözleşmede yer alan tahkim şartı da geçersiz olacaktır.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olması için ise, yazılı olarak yapılmış olması gerekmektedir(HMK m. 412/3). Bu bakımdan eser sözleşmesine tabi bir uyuşmazlığın tahkime tabi kılınması için yazılı olarak yapılması zorunludur. Ancak tahkim sözleşmesinin yazılılığı açısından da sıkı bir şekil koşulu aranmamaktadır. HMK'nın 412/3. maddesi gereğince, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen bir mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması yeterli olduğu gibi tahkime ilişkin davanın açılması halinde, yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının ileri sürülmesine karşın, verilen cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi halinde de tahkim sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir. Bu bakımdan eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık açısından da yazılı bir tahkim sözleşmesi aranmakla birlikte, bu şekilde uyuşmazlığın hakem önüne getirilmesi durumunda da yazılı tahkim şartının yerine getirildiği kabul edilecektir.

Eser sözleşmesi açısından da tahkim sözleşmesinin müstakil bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi eser sözleşmesinin bir şartı olarak sözleşme içerisinde düzenlenmesi de mümkündür.

C. İPTAL NEDENLERİ YÖNÜNDEN

1. Genel Olarak İptal Nedenleri

Gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarında ileri sürülebilecek ve kanun yolu incelemesinde resen dikkate alınacak iptal sebepleri sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu kapsamı ile değerlendirdiğimizde, iptal davasının genel bir kanun yolu denetiminin sağladığı denetimden uzak olduğunu söylememiz gerekir. Genel bir kanun yolu denetiminde, verilen kararın tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalara ve hukuka uygunluğu, bir başka deyişle, kararın isabetli olarak verilip verilmediği değerlendirilmektedir.⁶ Bu değerlendirmenin yapılması da, doğal olarak, kararın esas yönünden denetimini zorunlu kılmaktadır.

İptal davasında ise, hakem kararının, tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalara uygunluğu, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenmemektedir. Sınırlı olarak belirlenen iptal nedenlerinin kararda bulunup bulunmadığına bakılmakla yetinilmekte, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının tespiti açısından esas denetimi yapılmamaktadır. İptal davasında esas denetimi yapılmamasının doğal sonucu olarak da, verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmemektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununda ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan iptal nedenlerini iki kısma ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi; ancak taraflar ileri sürdüğünde incelenebilecek olan

⁶ Kalpsüz, Turgut; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

iptal nedenleri, ikincisi ise; kamu düzeni gibi taraflar ileri sürmese dahi iptal davasına bakacak merci tarafından resen dikkate alınacak olan iptal nedenleridir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda açıkça, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olması resen dikkate alınacak iptal nedenleri olarak belirlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda açık bir ayırım yapılmamış olmasına karşın, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olmasına ilişkin iptal nedenlerinin niteliği gereği uygulamada resen dikkate alınması konusunda bir tereddüt yaşanmamaktadır. Bunun dışında kalan iptal nedenlerinin kanun yolu başvurusunda değerlendirilebilmesi için taraflarca açık bir şekilde iptal nedeni olarak ileri sürülmüş olması gerekmektedir.

2. İptal Davalarında Sıkça Karşılaşılan Sorunlar

Taraflar aralarındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırdıktan sonra mahkemeye de değinilmektedir. Kimi durumda mahkemenin yetkisi unutulmakta, kimi durumda da, uyuşmazlığın mahkemeye intikali ihtimaline binaen yetki şartına yer verilmektedir. Ancak seçilen yöntem ve ifadeler, mutlak ve kesin olarak tahkim iradesini göstermediğinden tahkim şartı geçersiz olmakta ve uyuşmazlığın devlet mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. (Y.15. 23.01.2017 Tarih ve 2016/4735 E, 2017/259 K).

Hakemlerin maddi hukukun uygulanmasına ilişkin değerlendirmeleri iptal nedeni olamaz. Örneğin hak düşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin değerlendirmeler maddi hukuka ilişkin hususlar olduğundan iptal nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün değildir(Yargıtay 11. HD. 12.11.2019 T. 2019/2835 E, 2019/7103 K.).

Tahkim sözleşmesinin yazılı olması geçerlilik koşulu ise de istenen bu yazılılık katı bir şekilcilikten uzaktır. HMK'nın 412/3. maddesi

gereğince, tahkim sözleşmesinin taraflar arasında teati edilen bir mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması yeterli olduğu gibi tahkime ilişkin davanın açılması halinde, yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının ileri sürülmesine karşın, verilen cevap dilekçesinde itiraz edilmemesi halinde de tahkim sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir. Bu hüküm de dikkate alındığında, inkâr edilmeyen ve ifasına başlanan sözleşmedeki imzanın yetkisiz kişiye ait olduğunu ve tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması mahiyetindedir ve aynı zamanda dürüst davranma ilkesine de aykırılık oluşturur (Yargıtay 11. HD. 20.05.2019 T. 2018/2577E, 2019/3958 K.).

Sözleşmenin tasfiyesine ilişkin yapılan protokoller esas sözleşmenin devamı niteliğinde olduğundan bu protokollerden doğan uyuşmazlıkların da esas sözleşmedeki tahkim iradesine göre tahkimde görülmesi gerekmektedir. Ancak taraflarca tahkim şartının bulunduğu sözleşme feshedilerek tasfiyeye ilişkin ayrı bir protokol düzenlenmesi durumunda artık feshedilen sözleşmedeki tahkim şartına dayanılması mümkün olmadığından uyuşmazlığın çözüm yeri yine devlet mahkemesi olacaktır (Y.15. HD 14.09.2017 Tarih ve 2017/776 E, 2017/2981 K.).

Mahkeme ve yargı organlarının cebri icra yetkilerine dayanarak bir kısım talepler yönünden ifanın icbarı yönünde karar verdikleri görülmektedir. Ancak tahkimde hakemlerin bu yetkileri bulunmadığından sözleşmenin ifasının icbarına yönelik hüküm kurulması hakemlerin yetkilerini aşmaları olarak değerlendirilebileceği gibi kamu düzenine de aykırılık teşkil edecektir. (Yargıtay 15. HD. 22.01.2021 T. 2020/2230 E, 2021/148 K.).

Bilirkişi incelemesi yapıp yapmamak ve bu konuda uygulanacak hukuku belirlemek hakem heyetinin yetkisinde olup, buna uyulmaması kararın esasına etkili usul hatası olarak kabul edilemez (Yargıtay 11. HD. 12.11.2019 T. 2019/2835, 2019/7103 K.).

Hakem heyetinin alınan bilirkişi raporunu usulüne uygun olarak taraflardan birisine tebliğ etmemiş olması, hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin oluşturacaktır(Yargıtay 15. HD. 12.12.2019 T. 2019/2825E, 2019/5138 K.).

Delillerin toplanmasına ilişkin hususlar ve görev belgesinin düzenlenmemesi kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemez. (Yargıtay 15. HD. 26.09.2019 T. 2019/2474 E, 2019/3640 K).

İİK'nın 68. maddesindeki koşulların bulunması halinde icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün olup, icra inkâr tazminatının kamu düzeni ile bir ilgisi bulunmamaktadır. (Yargıtay 11. HD. 06.04.2016 T. 2015/9193 E, 2016/3733 K).

HMK'nın 439/3. Maddesi gereğince, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlığın ayrılması ve mümkün ise bu konuda kısmi iptal kararı verilmesi gerekir(Yargıtay 15. HD. 29.05.2019 T. 2019/827 E, 2019/2588 K).

Fiyat farkına yönelik rapor alıp almamak bilirkişi heyetinin takdirinde olup, esasa ilişkin denetim yasağına gireceğinden iptal nedeni yapılamaz(Y.6. HD. 23.11.2021 Tarih ve 2021/5566 E, 2021/1702 K).

ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

*Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT**

I. GENEL BAKIŞ

Son dönemde şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde özel bir yargı yolu olarak tahkimin uygulanması imkânı daha sıklıkla tartışılmaya başlanmıştır. Tahkimin şirketler hukuku uyuşmazlıkları yönünden tercih edilmesinde;

-Şirketler hukukunun teknik ve özel uzmanlık getiren yapısı göz önüne alındığında, tahkimin uyuşmazlığı, alanında uzman kişilerce çözme konusunda sağlayacağı avantaj,

-Bir şirketler hukuku uyuşmazlığına ilişkin davada verilen kararın kesinleşme süresinin uzunluğu dikkate alındığında, tahkimle uyuşmazlığın çok daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesi imkânı,

-Şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yolunun tercih edilmesinin devlet mahkemelerindeki iş yükünün azaltılmasına sağlayacağı katkı,

öne çıkan sebepler olarak belirmektedir¹.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

¹ Bkz. Ayoğlu, Tolga; Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s.2, 3. Tahkim yargılamasının getireceği çok sayıda avantajdan bahsetmek mümkündür: “Bunlar: (i) gizlilik, özellikle açılan davanın ortaklığa zarar vermesinin önlenmesi, (ii) tek dereceli ve daha hızlı şekilde uyuşmazlık çözümü, özellikle azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasındaki sorunların kronikleşmesinin engellenmesi, (iii) tahkim heyetinin ortaklıklar hukukunda uzmanlığa sahip olan hakemlerden teşekkül etmesi karşısında hukuki güvenlik ve belirlilik, (iv) çoğunluk ve azınlık arasındaki menfaat ihtilaflarında tahkimin sulhü teşvik edici işlevi, bu bağlamda ortaklık içerisindeki dengenin tesisine hizmet etmesi, (v) tahkimin türü ve niteliğine göre daha az maliyetli olma ihtimali ve (vi) mahkemelerin iş yükünün azalmasıdır.” Bkz. Helvacı, Mehmet; Sermaye Ortaklıklarına Özgü Davalarda “Tahkime Uygunluk” İle İlgili Değerlendirmeler, İTOTAM, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, İstanbul 2022, s.102.

Ayrıca Dünya genelinde, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının (korporatif² uyuşmazlıkların) tahkim yoluyla çözümüne bütün gelişmiş hukuk sistemlerinde de yer verilmekte olduğu gözlenmektedir. Avrupa’da Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, İspanya, ek olarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD), İngiltere olmak üzere, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde şirket esas sözleşmesinde yer verilecek tahkim şartına imkân tanınmaktadır (ancak Alman hukuku ve ABD’de istisnaen, halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartının varlığına çeşitli gerekçelerle olumsuz yaklaşılmakta olduğu da görülmektedir)³.

Türkiye’de şirketler hukuku uyuşmazlıklarında neden tahkimin tercih edilmesinin daha uygun olduğunun anlaşılabilmesinde bu açıdan çeşitli verilere öncelikle bakılması sağlıklı olacaktır. Bu yönde ilk olarak bakılması uygun olacak veri, ticaret şirketi sayılarıdır.

31.12.2022 tarihi itibarıyla Türkiye’deki ticaret şirketi sayıları aşağıdaki gibidir:

<u>TİCARET ŞİRKETLERİ:</u>	<u>SAYILAR:</u>
KOLLEKTİF ŞİRKETLER	10.667
(ADİ) KOMANDİT ŞİRKETLER	1.910
KOOPERATİFLER	30.954
ANONİM ŞİRKETLER	179.994
LİMİTED ŞİRKETLER	1.092.619

Bu sayılar özellikle sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerinden çok daha fazla olduklarını göstermesinin yanı sıra şirketler hukukundaki olası uyuşmazlıkların sermaye şirketlerinde çok daha fazla ortaya çıkma ihtimali bulunduğunu da ayrıca ortaya koymaktadır. Şirket büyüklüklerinin şahıs şirketlerinden sermaye şirketlerine doğru ciddi şekilde artmakta olduğu

² Terim hakkında bkz. *Ayoğlu*; s.9.

³ Bkz. *Ayoğlu*; s.12.

düşünüldüğünde, şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların sermaye şirketlerinde daha da yoğun bir şekilde ortaya çıkma olasılığı taşıdığı görülmektedir. Sayılar sermaye şirketleri (hatta tüm ticaret şirketi türleri) içinde limited şirketlerin en büyük sayıya sahip olduklarını gösterse de, ortak sınırı ve sermaye piyasasına açılma imkanlarının bulunmaması karşısında limited şirketlerde uyuşmazlıkların çok sayıda olmasına karşın, uyuşmazlık büyüklüklerinin belli bir sınırdan kalma ihtimali taşıyabileceğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Bu durumda ortaya çıkan şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yoluna başvurulabilmesi açısından, büyüklük bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmayacağı için, anonim şirketlerin öne çıkmakta olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Ancak hangi ticaret şirketi türü olursa olsun, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunun önemli ve tercihe şayan bir alternatif olduğunu da bu aşamada vurgulamak yerinde olacaktır.

Şirket uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümü bakımından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek üzere şirket sayılarının yanı sıra şirket davalarına ilişkin istatistiklere de bakmak faydalı olacaktır.

Bu yönde Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2021 yılına ilişkin adli istatistiklerine dava türüne göre Asliye ticaret Mahkemelerinde açılan ve karara bağlanan dava sayılarına bakıldığında (**Tablo 1**), “ticari şirket davaları” bakımından açılan dava sayısının 3.190 ve toplam çıkan dava sayısının da 2.942 olduğu görülmektedir.

Tablo 3.2.9 Dava Türüne Göre Asliye Ticaret Mahkemelerinde Açılan ve Karara Bağlanan Dava Sayısı, TÜRKİYE, 2021

Dava Türü	Açılan Dava Sayısı	Karar Türü											Toplam Çıkan Dava Sayısı
		Zaman- aşımı ve Hak Düşürücü Süre	Davanın Reddi					Davanın Kabulü					
			Yetki- sizlik	Görev- sizlik	Sübut Bulmadı- ğundan	Feragat Sebebiyle	Dava Şartı Yoklu- ğundan	Tam Kabul	Kısmen Kabul- Kısmen Ret	Sulh Olma	Diğer	Başka Adli Birime Aktarılan	
İtirazın İptali	30 761	65	457	4 392	3 631	1 278	906	9 153	11 270	25	3 429	8	34 614
Tazminat	24 632	82	386	3 294	2 835	1 784	708	4 810	6 663	65	2 962	6	23 595
Alacak	10 297	40	258	1 547	1 710	392	492	2 086	2 094	6	1 401	8	10 034
Menfi Tespit	8 654	3	125	1 355	1 602	644	347	1 616	700	7	1 270	3	7 672
Çek İptali	8 131	3	115	165	1 015	1 274	486	3 647	139	1	916		7 761
Ticari şirket davaları	3 190	6	72	206	631	251	187	865	303	2	419		2 942
Banka Dışındaki Diğer Kredi Kuruluşlarına İlişkin Düzenlemelerden Kaynaklanan	1 589	13	46	281	346	71	81	285	308	2	223		1 656
İstirdat	1 434	4	51	123	379	82	100	517	113	1	357	1	1 728
Sigorta	1 385	6	20	217	122	38	61	307	256	2	67		1 096
Diğer	11 892	97	349	955	2 141	688	658	4 176	1 148	2	1 799	6	12 019
Toplam	101 965	319	1 879	12 535	14 412	6 502	4 026	27 462	22 994	113	12 843	32	103 117

Not: UYAP Bilgi Sistemlerinde dava türleri üst başlıkları altında gruplandırılmıştır. Üst başlıklar birçok alt dava türlerini içermektedir.

Diğer: Davanın açılmaması sayılması, davanın birleştirilmesi, karar verilmesine yer olmadığı ve gönderme karar türlerini kapsamaktadır.

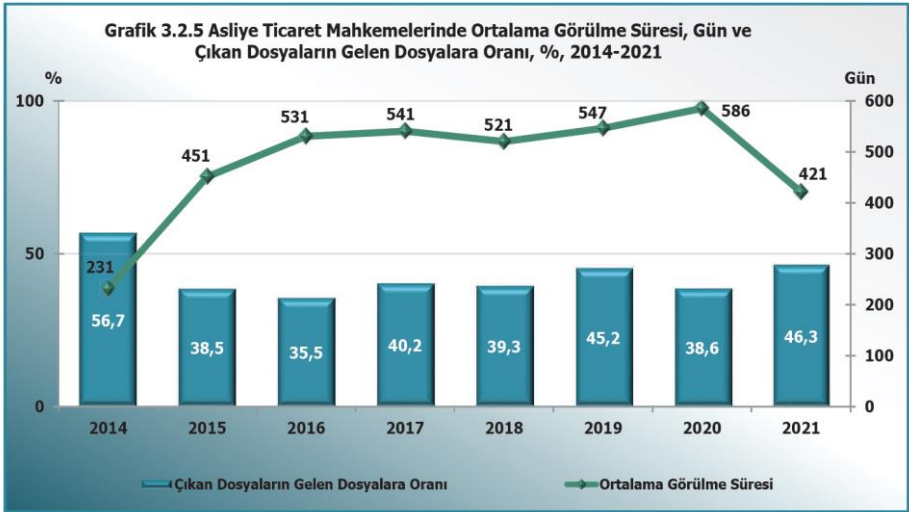
Türkiye genelinde dava türüne göre 2021 yılında asliye ticaret mahkemelerinde açılan ve çıkan dava sayıları incelendiğinde, açılan davalarda ilk sırada %30,2 ile itirazın iptali, ikinci sırada ise %24,2 ile tazminat davaları bulunmaktadır. Çıkan davalarda da, ilk sırada %33,6 ile itirazın iptali, ikinci sırada %22,9 ile tazminat davaları yer almaktadır.

Bkz. Adli İstatistikler 2021, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.185 (Tablo 1).

Ayrıca, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2021 yılı için hukuk muhakemelerinde açılan dava konusu, dava ve davalılara ilişkin sayılarına bakıldığında da, “ticari şirket davaları”nın sayısının 4.021, davacı sayısının 6.188, davalı sayısının da 5.419 olduğu görülmektedir (Adalet İstatistikleri 2021, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s.198).

Sayılar yıllık olarak mahkemelerde açılan ve karara bağlanan ticaret şirketleri ile ilgili dava sayılarının azımsanmayacak miktarda olduğunu göstermektedir. Bunun çok çeşitli nedenleri olabileceği kuşkusuzdur. Ancak mevcut istatistikler açısından ticaret mahkemelerinde davaların görülme sürelerini de göz önünde bulundurmak özellikle uyuşmazlıkların hakemler nezdinde daha kısa sürede ve hakemlerin uzmanlık gerektiren konularda gösterecekleri daha yoğun özen bakımından dikkat çekici olacaktır. Bu yönde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2021 İstatistiklerinde, ticaret şirketi davaları yönünden

daha ayrıntılı bir ayırım yapılmış olmamakla birlikte, “Asliye Ticaret Mahkemelerinde Ortalama Görülme Süresi, Gün ve Çıkan Dosyaların Gelen Dosyalara Oranı” yüzdelere ilişkin (2014-2021 yılları arası karşılaştırmalı) olarak verilmiş süre ve oranlara bakıldığında (**Tablo 2**), 2021 yılında davaların ortalama görülme sürelerinin 2020 yılına göre 586 günden 421 güne düşmüş olduğu; çıkan dosyaların gelen dosyalara oranının da biraz daha artarak, %38,6’dan %46,3’e ulaşmış olduğu görülmektedir. Bu süre ve oranlar ilk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemelerinde görülmekte olan ticari davaların görülme sürelerinin uzunluğunu göstermesinin yanı sıra dava sayılarında da ciddi bir düşme olduğuna işaret etmemektedir.



Bkz. Adli İstatistikler 2021, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü s.183 (Tablo 2).

II. TAHKİME İLİŞKİN GENEL SINIRLAMALAR

Tahkim hakkında genel sınırlamalar Türk hukuku yönünden iki düzenlemede ortaya çıkmaktadır. Bunlar Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 408. maddesi ile Milletlerarası Tahkim Kanununun (MTK) 1. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemelerdir. Bu iki hüküm aşağıdaki gibidir:

HMK; «Tahkime elverişlilik

MADDE 408- (1) Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.»

MTK; «Amaç ve kapsam

MADDE 1.- Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. ...

Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.»

Her iki madde metninde de **taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda** tahkimin uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁴. Bu iki sınırlama dışında kalan uyuşmazlıklar kural olarak tahkime elverişli sayılmaktadır. Bu bağlamda, şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğinin değerlendirilmesinde de bu iki sınırlamanın önemli olacağı açıktır.

Bu durumda şirketler hukuku kapsamında bir uyuşmazlığın tahkime elverişli kabul edilebilmesi bakımından, uyuşmazlığın iki tarafın iradesine tabi olması gerekmektedir. Bu durumda uyuşmazlığın;

-Şirketler hukuku düzenlemelerinin emredici hükümleri ile ilişkisi;

-Şirketler hukukunun kamu düzenine ilişkin düzenlemeler ile olan ilişkisi; ve

-Üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine etki edip etmeyeceği hususları değerlendirme konusu yapılmaktadır⁵.

⁴ Bu konuda kısa değerlendirme için bkz. Kaldırım, Nur; Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul 2019, Yüksek lisans Tezi, s.22 vd..

⁵ “Şirketler hukukunun genel olarak kamusal menfaatleri korumaya yönelik bir dal olduğundan bahsedilemeyeceğinden, şirket içi uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunun kabulü yanlış olacaktır.” Bkz. Kaldırım; s.42; ayrıca bkz. Ayoğlu; s.25 vd.

III. TÜRK TİCARET KANUNUNDA KANUN KOYUCUNUN İRADESİ

Türk Ticaret Kanununda (TTK), şirketler hukukunda uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü hakkında kanun koyucunun iradesinin ne yönde olduğunu belirlemek ayrıca önem taşımaktadır. Bu kapsamda Kanuna bakıldığında şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkimle çözülmesine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, anonim şirketlerde sorumluluğu düzenleyen 561. maddenin gerekçesinde konuya ilişkin şöyle bir açıklamaya yer verilmiş olduğu görülmektedir:

«Yetkili mahkeme

MADDE 561- (1) Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir.»

TTK m.561 gerekçesi:

«Madde 561 - 6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü bağımsız bir hüküm haline getirilmiştir. İsv. BK m. 761'in aksine hüküm somut olaya göre yetkili olan mahkemeler yanına bir diğer yetkili mahkeme daha eklemekte, yoksa inhisarî yetkiyi haiz bir mahkeme-yi göstermemektedir. Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır.»

Madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere, şirketler hukukunda sorumluluk davaları yönünden tahkim yoluna gidilmesinde bir engel bulunmadığı açıktır⁶.

IV. TTK'DA BİR SINIRLAMA OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DÜZENLEMELER

TTK'da şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda bazı düzenlemeler öne çıkmaktadır. Bunlar TTK m.340 hükmünde düzenlenmiş bulunan

⁶ Bkz. Ayoğlu; s.129.

“emredici hükümler ilkesi” ile TTK m.480/1 hükmünde düzenlemeye kavuşturulmuş bulunan “tek borç ilkesi”dir. Aşağıda her iki ilke yönünden de tahkimin şirketler hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilirliği TTK açısından değerlendirilmektedir.

A. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ (TTK m.340)

TTK’nın 340. maddesinde düzenlenmiş bulunan “emredici hükümler ilkesi” şu şekildedir:

«Emredici hükümler

MADDE 340- (1) Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.»

TTK m. 561 gerekçesindeki, şirketler hukuku yönünden kanun koyucunun tahkime imkan veren iradesi değerlendirildiğinde, anonim ve limited şirketlere ilişkin tahkime elverişli belirli uyuşmazlıklar bakımından tahkim yoluna gidilebileceği ve tarafların esas sözleşmede tahkim şartına yer vermiş olmasının emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği öğretide ileri sürülmektedir⁷.

Bazen emredici hükümler, özel menfaatleri korurken, bazen de kamusal menfaatleri korumaktadır. Sık sık karşılaşılan «kamu düzeni» kavramı göz önünde bulundurulduğunda ancak, toplumun kamusal menfaatlerini doğrudan doğruya koruyan emredici hükümlerin kamu düzenine ilişkin kabul edilmesi söz konusu olabilecektir.

Bu bakış açısıyla TTK m.340 hükmü değerlendirildiğinde, şirketler hukukunun geneli itibarıyla kamusal menfaatleri korumaya yönelik bir dal olduğundan bahsetmenin söz konusu olamayacağı dikkate alındığında, şirket içi uyuşmazlıkların özel menfaatlere ilişkin

⁷ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Ayoğlu*; s.25 vd..

olması, emredici hükümlerin de bu açıdan bir menfaatler dengesi sağlama yönünde bir amaca hizmet ediyor bulunması karşısında emredici hükümler ilkesinin esas sözleşmeye konulacak bir tahkim şartına engel teşkil etmeyeceği de ortaya çıkmaktadır.

B. TEK BORÇ İLKESİ (TTK m.480/1)

TTK m.480/1 hükmü şu şekildedir:

“MADDE 480- (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez. ...”

Bu düzenleme anonim şirketler açısından sınırlı sorumluluk ilkesinin bir ifadesi olup, pay sahibinin sermaye borcunu düzenlemekte; ayrıca pay sahibine düşen edim yükünün de sınırlarını çizmektedir. TTK m.329/2 hükmü ile de birlikte değerlendirildiğinde pay sahibinin şirkete karşı olan sermaye koyma borcu sorumluluğunun sınırını da çizmekte ve şirkete karşı olan tek borcunu göstermektedir.

Tahkim kaydının şirket sözleşmesine getirilmesi, pay sahibine ek bir yükümlülük getirmemektedir. Amaç ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu; daha doğru bir ifade ile özel/alternatif bir yargı yolu ile çözümlenmesi imkanını sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla şirket esas sözleşmesine eklenecek bir tahkim kaydı, pay sahiplerine ek bir kişisel ya da malvarlıksal yükümlülük getirmemektedir⁸.

Görüldüğü üzere gerek emredici hükümler ilkesi gerek tek borç ilkesi şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yoluna başvurulabilmesi açısından bir sınırlama getirir nitelikte değildir.

⁸ Tek borç ilkesi yönünden ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Ayoğlu*; s.33 vd..

V. UYUŞMAZLIKLARIN KORPORATİF NİTELİKLİ OLUP OLMAMASINA GÖRE TAHKİM UYGULAMASI

Yukarıda şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkim uygulamasının genel bir sınırlamaya tabi olmadığı üzerinde duruldu. Şimdi de uyuşmazlıkların korporatif nitelikli olması (şirketler hukuku düzeninden kaynaklanması) ve korporatif nitelik taşımaması (şirketler hukuku düzeninin dışında olması) durumuna göre öğreti ve uygulamada yer verilen görüşler çerçevesinde tahkimin uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

A. KORPORATİF NİTELİKLİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM

Bu başlık altında, şirketler hukuku düzeninden kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak, sermaye koyma borcuna ilişkin uyuşmazlıklar (TTK m.127-132), sorumluluk davaları (TTK m.553-561), pay sahiplerinin hak ve yükümlülüklerinin tahkime elverişliliği, şirket organları kararlarının iptali / geçersizliğinin tespiti davaları, şirketin sona ermesine ilişkin fesih davası / iflas davası, şirket sözleşmesi aracılığıyla mevcut ortaklara tanınan ön alım, alım, geri alım haklarından doğan ihtilaflar üzerinde durulmaktadır.

1. SERMAYE KOYMA BORCUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR (TTK m.127-132)

Sermaye koyma borcuna ilişkin uyuşmazlıkların (TTK m.127-132) iki tarafın iradesine tabi olan haklardan doğan nitelikte olduğu açıktır. Bu yönde sermaye koyma borcunun konusunun «taşınmazların aynına» ilişkin olmadığı hallerde esas sözleşmeye tahkim şartı konulmuş olması halinde, tahkim şartı geçerli kabul edilmelidir. Ortaklar/pay sahipleri arasında serbest tasarruf esasına göre düzenlenen bu tarz haklara dair uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun kabulü de uygun olacaktır⁹.

⁹ Bu husustaki değerlendirme ve görüşler için bkz. *Kaldırım*; s.73-76; ayrıca bkz. *Ayoğlu*; s.154.

2. SORUMLULUK DAVALARI (TTK m.553-561)

TTK m.553'te düzenlenen, şirketin uğradığı zarar sebebiyle şirket, pay sahipleri ya da (şirketin iflası halinde) alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davaları ya da pay sahipleri yahut alacaklılar tarafından doğrudan zarar nedeniyle açılan sorumluluk davalarının iki tarafın iradesine tabi işler oldukları ve bu itibarla tahkime elverişli bulundukları genel anlamda öğretide kabul edilmektedir.

Ancak burada tüzel kişilik olarak şirketin durumu, sözleşme ilişkisi yönünden üçüncü kişi konumundaki alacaklıların durumu ile şirket pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin (limited şirketlerde ortak olmayan müdürlerin) ya da yöneticilerin durumu ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır (göreve getirilecek kimselerin önceden tahkim şartını kabul ettiklerine dair bir yazılı beyan alınması bu yönde bir öneridir; göreve getirilmenin bir şartı olarak esas sözleşmedeki tahkim kaydıyla bağlı olacakları da bir görüş olarak dile getirilmektedir)¹⁰.

Bu durumda şirket sözleşmesindeki tahkim kaydının hüküm olarak niteliği önem taşımaktadır. Tahkim kaydı, maddi (gerçek) bir esas sözleşme hükmü olarak kabul edilecekse, daha sonra pay iktisap edenleri, esas sözleşmenin bağlayıcı olacağı organlar dahil ilgili kişiler hakkında da uygulama alanı bulacağı yorumu yapılabilecektir. Tahkim kaydının şekli (gerçek olmayan) bir esas sözleşme hükmü olduğu değerlendirilirse, esas sözleşmeye daha sonra dahil olanlar bakımından uygulama alanı bulmayacağı değerlendirilecektir.

Ancak bu yoruma HMK m.408; MTK m.1/4 hükmündeki tahkime ilişkin genel sınırlamanın yol açmakta olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Esasen şirkete giren bir pay sahibi/ortak açısından şirket sözleşmesinin hangi andan itibaren bağlayıcı olacağını da burada değerlendirmek de yerinde olabilecektir.

¹⁰ Bu husustaki değerlendirme ve görüşler hakkında bkz. *Kaldırım*; s.78-81; ayrıca bkz. *Ayoğlu*; s.126 vd..

3. PAY SAHİPLERİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

Haklar (mali haklar ve kişisel haklar); borçlar [sermaye koyma borcu, ikincil yükümlülükler (konusu para olmayan edimler), sadakat ve sır saklama yükümlülüğü] olarak tasnif edilebilir.

Malvarlıksal haklar yönünden ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar (özellikle tazminat talepleri) söz konusu olduğunda tahkim konusu olabilecekleri değerlendirilmektedir¹¹.

4. ŞİRKET ORGANLARI KARARLARININ İPTALİ / GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVALARI

Genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olup olmadığı konusunda üç tartışma söz konusudur¹²:

1) TTK m.445, münhasır yetki kuralının tahkime elverişliliği; (Ticaret Bakanlığı ve Yargıtay görüşü)

Üç aylık hak düşürücü sürenin varlığı, birden fazla açılan davanın birleştirilerek görülmesi (TTK m.448/2) ve şirketin merkezindeki asliye ticaret mahkemesinin münhasır yetkisi. Kesin yetki kuralı olup kamu düzeninden midir? Bu hususta hükümde kesin bir yetki olduğu ifade edilmemektedir. Ayrıca tarafların kendi aralarında anlaşarak sulh, feragat veya bir başka karar alarak genel kurul kararını ortadan kaldırabilme imkânı bulunduğundan tahkime elverişliliği de değerlendirilebilecektir.

2) Bu tür uyuşmazlıklarda verilecek karar tüm pay sahipleri hakkında hüküm ifade edeceği (TTK m.450), bu durumun da tahkimin yapısına uygun olmadığı ifade edilmektedir.

¹¹ Bu konudaki değerlendirme ve görüşler için bkz. *Kaldırım*; s.81-83.

¹² Bu konudaki ayrıntılı değerlendirme, görüş ve tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. *Kaldırım*; s.83 vd.; *Ayoğlu*; s.98 vd..

Ancak TTK m.450 hükmünden hareketle, tahkim şartında, hakem heyetine, tüm pay sahiplerini, organları ve şirket tüzel kişiliğini bağlayacak şekilde karar tesis etme yetkisi tanınması; yani hakem heyetine sadece davanın taraflarını değil, tüm pay sahiplerini bağlayacak şekilde kesin hüküm etkisine sahip yenilik doğuran / inşai nitelikte karar tesis etme yetkisinin bizzat anasözleşmede yer alan (ve tüm pay sahipleri tarafından kabul edilmiş bulunan) tahkim şartı ile verilebilmesinin mümkün olacağı da bir görüş olarak ortaya çıkmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, BGH, 06.04.2009 tarihli kararında belli şartların gerçekleşmesi durumunda genel kurul kararlarının iptalinin tahkime konu olabileceği şeklinde (daha önceki 1996 tarihli kararından farklı) bir karar vermiştir.

Bu şartlar (APOK m.248);

-tahkim şartının tüm ortakların dâhilinde esas sözleşmede düzenlenmiş olması ve buna ek olarak tüm ortakların ve şirketin dâhil olduğu bir tahkim anlaşmasının düzenlenmiş olması;

-tahkim davasının açılması durumunda tüm ortakların bilgilendirilmiş olması ve tüm prosedürlere ilişkin bilgi sahibi olmaları,

-tahkim yargılamasının bağımsız bir yapı tarafından yapılmaması durumunda hakemlerin atanmasında tüm ortakların dâhil edilmesi ve söz sahibi olması,

-aynı genel kurul kararına karşı açılacak olan tüm iptal davalarının birleştirilerek aynı hakem önünde görülmesidir.

Böylelikle tahkim için aranan bu koşulların bir arada bulunması durumunda geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilecektir¹³.

3) Son tartışma konusu, taraflarca tasarruf edebilme ölçütü hakkındadır.

¹³ Bkz. Ayoğlu; s.101, 102.

Genel kabul bu yönde bir tasarruf edebilme imkânı olmadığı yönünde olmakla birlikte; genel kurul kararının alınmasından ve alınan kararın iptalinin mahkeme kararı ile kesinleşmesine kadar geçen yargılama süreci boyunca tarafların, aralarında anlaşarak veya bu süreç boyunca alınacak bir başka genel kurul kararı ile uyuşmazlık konusunu ortadan kaldırabilme yetkisine sahip olduğu ileri sürülerek tarafların tasarruf yetkisine sahip oldukları, böylece HMK m. 408 ve MTK m. 1/4 anlamında tahkime engel teşkil edecek bir durum olmayacağı da bir görüş olarak ifade edilmektedir.

5. ŞİRKETİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN FESİH DAVASI / İFLAS DAVASI

Şirketin sona ermesine ilişkin fesih davası ve iflas davası gibi davaların da (anonim şirketler bakımından kuruluşta kanuna aykırılık sebebiyle fesih TTK m.353, genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 529, organ eksikliği sebebiyle sona erme TTK m. 530, haklı nedenle fesih TTK m. 531 ve limited şirketler bakımından sona erme TTK m. 636) tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığı genel olarak ifade edilmiştir.

Fesih ve iflasa ilişkin tüm davaların Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açıldığı ve ticaret şirketlerinin feshine ve iflasına ilişkin uyuşmazlıkların tarafların iradesine tabi olmayan ve dolayısıyla tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar olduğu da belirtilmiştir.

Karşıt bir görüş olarak, haklı nedenle fesih ve infisaha konu olayların tarafların tasarrufu sonucu meydana geldiği ve tarafların bu uyuşmazlık üzerinde sulh olabilecekleri hakkında engelleyici bir hüküm ya da görüş de bulunmadığından HMK ve MTK'da aranan tasarruf serbestisi koşulunun karşılandığı, dolayısıyla da bu tür davaların da tahkime elverişli olduğunu savunmaktadır¹⁴.

¹⁴ Bu husustaki değerlendirme ve görüşler için bkz. *Kaldırım*; s.110 vd.; *Ayoğlu*; s.138 vd..

6. ŞİRKET SÖZLEŞMESİ ARACILIĞIYLA MEVCUT ORTAKLARA TANINAN ÖN ALIM, ALIM, GERİ ALIM HAKLARINDAN DOĞAN İHTİLAFLAR

Bu tür hakların mevcut ortaklara tanınmış olması durumunda, taraf iradelerine tabi, dolayısıyla da tahkime elverişli oldukları kabul edilmektedir.

Ayrıca pay sahipleri sözleşmesinden de benzer bir sonucun ortaya çıkması söz konusu olacaktır.

B. KORPORATİF NİTELİKLİ OLMAYAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM

1. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ İHTİLAFLARI

Pay sahipleri sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde borçlar hukukuna göre akdedilen, pay sahiplerinin şirkette pay sahipliği haklarını kullanma şekilleri bakımından birbirlerine karşı üstlendikleri yapma ve/veya yapmama taahhütlerini içeren, şirketin ve yürüttüğü ticari faaliyetin yönetilme esasları hakkında taraf olan pay sahiplerinin ortak anlayış ve iradelerini gösteren sözleşmeleri ifade etmektedir.

Bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da, HMK m.408 ve MTK m.1/4 hükmü kapsamında iki tarafın iradesine tabi, tahkim yoluyla çözülmeye elverişlidir¹⁵.

2. PAY SATIM SÖZLEŞMESİ İHTİLAFLARI

Bu sözleşmeler de, pay senedine bağlanmış ya da bağlanmamış olsun, şirket paylarının satım bedeli karşılığında alıcıya devredilmesi (mülkiyetine geçirilmesi) taahhüdünü içeren, borçlandırıcı işlem niteliğinde sözleşmelerdir.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayoğlu*; s.173 vd..

Bu sözleşmeler de pay sahipleri sözleşmeleri gibi şirketler hukuku düzeninin dışında, borçlar hukuku esaslarına göre akdedilmiş sözleşmelerdir.

Bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da, HMK m.408 ve MTK m.1 /4 hükmü kapsamında iki tarafın iradesine tabi, tahkim yoluyla çözülmeye elverişlidir¹⁶.

VI. TAHKİM ŞARTININ ESAS SÖZLEŞMEYE DAHİL EDİLMESİ

Tahkim şartı esas sözleşmeye kurulmuş olabileceği gibi, sonradan da esas sözleşme değişikliği ile de eklenebilecektir. Bu durumda çeşitli sorular da ortaya çıkmaktadır:

-Tahkim şartı esas sözleşmeye sonradan eklenir ise, aranacak toplantı ve karar yeter sayısı ne olmalıdır? Acaba oybirliği midir?

-Esas sözleşmede tahkim şartı korporatif bir etkiyi mi haizdir? Şirketin temel düzenine ilişkin maddi anlamda (esas) sözleşme hükmü müdür? Dolayısıyla sonradan şirkete dahil olanları da bağlamalı mıdır? Yoksa şekli anlamda (gerçek olmayan) esas sözleşme hükmü müdür? Dolayısıyla bu karara olumsuz oy veren veya şirkete sonradan girecek olanları bağlamamalı mıdır?

-Bir başka açıdan, esas sözleşmede yer alan tahkim kaydı, kurulmuş ya da sonradan eklenmiş olsun pay sahipleri/ortaklar, şirket organları ve şirket açısından bağlayıcı olmayacak mıdır?¹⁷

Ortaya çıkabilecek ihtimaller bakımından yeni pay sahibinin tahkim sözleşmesiyle bağlanmasını temin etmek üzere kaçınma klotu konulması da düşünülebilecektir.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayoğlu*; s.243 vd..

¹⁷ Bu konuda tartışmalar için bkz. *Ayoğlu*; s.42-46.

VII. HER SOMUT OLAY ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME YAPILMASI GEREKLİLİĞİ

İşin doğası gereği, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılması gerekeceği kuşkusuzdur.

Ancak Türk şirketler hukuku açısından mevcut olan hukuk bakımından da değerlendirme yapıldığında, şirket tüzel kişiliği bünyesinde ortaya çıkabilecek, şirketler hukuku düzeninden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini sağlamak üzere şirket esas sözleşmesinde tahkim kaydına yer verilebilmesi mümkündür.

VIII. YASAL DÜZENLEME İHTİYACI

Bu kapsamda İsviçre Borçlar Kanununda yapılmış olduğu gibi, TTK'da da değişiklik yapılarak şirketler hukuku düzeninden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin yasal alt yapıya kavuşturulması, konuya ilişkin olarak yargı ve öğretide ortaya çıkmış olan olumsuz bakış açısı ve tereddütlerin giderilmesi de düşünülebilecektir¹⁸.

Ancak yine de buraya kadar yapılmış bulunan açıklamalar çerçevesinde TTK açısından tahkim şartının herhangi bir değişikliğe yer olmaksızın da şirket sözleşmelerine konulabilmesi ve bu konudaki uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümlenebilmesinin mümkün olduğunu benimsemek de söz konusudur.

A. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİ

İsviçre'de de tahkim konusunda Türkiye'de olduğu gibi iki Kanun düzenlemesi söz konusudur¹⁹. Bunlar, iç tahkime ilişkin olarak İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki hükümler; milletlerarası tahkim yönünden de İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunudur.

¹⁸ Bkz. *Ayoğlu*; s.169.

¹⁹ Değişiklik hakkında bkz. *Erdem*, Ercüment; Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler, İTOTAM, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri, 16 Ekim 2021, İstanbul 2022, s.67-84.

Çok yeni, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan İsv.BK m.697n hükmü, Türk hukuku bakımından da örnek alınabilecek bir düzenleme olarak değerlendirilebilecektir. Hüküm şu şekildedir:

“1. Esas sözleşme şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların İsviçre’de oluşturulan bir hakem kurulu tarafından çözümleneceğini öngörebilir. Esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça şirket organları, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartıyla bağlıdır.

2. Tahkim yargılaması Hukuk Muhakemeleri Kanunun 3. kısmına tabidir. Milletlerarası Özel Hukuk hakkındaki 18 Aralık 1987 tarihli Federal Kanunun 12. Bap hükümleri uygulanmaz.

3. Esas sözleşme özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak usulü düzenleyebilir. Hakem kararının hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerini, hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini gözetir.”

İsv.BK m.704’te de tahkime ilişkin bir ek düzenleme yapılarak;

“Aşağıdaki kararlar için verilen oyların en az üçte iki çoğunluğu ve verilen oyların itibari değerlerinin çoğunluğuyla alınan bir genel kurul kararı gereklidir: ... Esas sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi.” şeklindeki hüküm eklenmiştir.

Ayrıca hakem heyetinin İsviçre’de oluşturulacağı, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını (yürütülecek tahkimin bir iç tahkim olacağı ve İsviçre Hukuku uygulanacağı); İsviçre’deki tahkim şartının şirketlerin esas sözleşmelerine sonradan konulması halinde de nitelikli bir çoğunluğun gerektiği ve esas sözleşmede yer alan tahkim şartının tescil ve ilan edilmesinin gerekli olduğu da düzenlenmiş bulunmaktadır.

**B. TÜRK HUKUKUNDA BİR ÖRNEK KARAR
(İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 14. HUKUK
DAİRESİ, DOSYA NO: 2022/1843, KARAR NO: 2022/1373,
TARİH: 20/11/2022)**

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yoluna başvurulabilmenin mevcut hukuk açısından mümkün olduğunu gösteren İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin, 20/11/2022 tarihli ve Dosya No: 2022/1843, Karar No: 2022/1373 sayılı (yayımlanmamış) kararı buraya kadar ele alınan öğretideki görüşlerle uyum açısından oldukça olumlu bir karar niteliği taşımakta olduğu gibi, ülkemizin yargı kararları yönünden tahkim dostu olarak anılmasına önemli katkı sağlayacak niteliktedir. Ayrıca bir başka açıdan, bu kararda gerekçe yönünden ortaya konulmuş bulunan ayrıntılı yaklaşım ve titizlik, diğer tüm yargı kararlarında da aynı yöndeki beklentilerimizin kat be kat artmasına imkan sağlamış bulunmaktadır. Aşağıda ilgili kararın inceleme ve gerekçe kısmına yer verilmektedir (kararın metnindeki koyulaştırmalar ilgili hususların dikkat çekmesini teminen tarafımızca yapılmıştır):

“ ...

İNCELEME VE GEREKÇE

Dava, TTK'nın 630/2. maddesi uyarınca limited şirket yöneticisinin yönetim ve temsil hakkının kaldırılması (azli) davasıdır.

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, tahkim ilk itirazının kabulüyle davanın usulden reddine karar verilmiş; bu karara karşı, davacı vekilince, yasal süresi içinde istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

İstinaf incelemesi, HMK'nın 355. maddesi uyarınca, ileri sürülmüş olan istinaf nedenleriyle ve kamu düzeni yönüyle sınırlı olarak yapılmıştır.

Taraflar arasında düzenlenen ve onaylı tercümesi dosya içerisinde bulunan 02.10.2017 tarihli "Ortaklık ...Anlaşma Sözleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde; taraflarının davacı ile davalı olduğu, sözleşme ile tarafların dava dışı şirketi kurmak konusunda mutabık kaldıkları ve şirketin Türkiye ve çevre ülkelerdeki yabancılara danışmanlık ve hukuki konularda arabuluculuk vermek üzere kurulduğu, şirket süresinin on yıl olduğu belirlenmiştir. Taraflarca kabul edilen sözleşmenin "Şirketten doğan anlaşmazlıkların çözümü" başlıklı 22. maddesinde, **"Bu şirketten ve bu sözleşmeden doğacak olan anlaşmazlıklardan arabuluculuğa başvurulur. Her taraf bir kişi belirler ve o kişiler üçüncü kişi seçerek tahkim heyeti oluşturur ve bu heyetin kararlarına iki taraf da kabul edeceğini taahhüt eder."** düzenlemesi yer almaktadır.

Taraflar arasında, tarafların ortağı olduğu dava dışı şirketin kuruluşundan önce 02.10.2017 tarihli **ön sözleşmenin imzalandığı ve sözleşmenin 22. maddesinde tahkim şartı bulunduğu tarafların kabulündedir.** Uyuşmazlık tahkim şartının geçerli olup olmadığı ve bu şartın bu sözleşmenin yanı sıra kurulan limited şirketin ana sözleşmesinde de yer almasının zorunlu olup olmadığı, tahkim sözleşmesinin açık ve davaya konu uyuşmazlığı kapsayıp kapsamadığı noktasındadır. ...

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için; tahkim sözleşmesinin **yazılı şekilde yapılmış olması, tarafların tahkim iradesinin tahkim sözleşmesinde tereddüde yer vermeyecek derecede açık bir şekilde tecelli etmiş olması ve uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması gerekir.** Somut olayda, tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından bu üç koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. ...

İlk olarak; taraflar arasında imzalandığı ihtilafsız olan "Ortaklık ... Sözleşmesi"nin 22. maddesi, yazılılık koşulunu karşılamaktadır.

Anılan sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla "Pay sahipleri sözleşmesi" ya da diğer deyişle "Hissedarlar sözleşmesi" niteliğindedir. Pay sahipleri sözleşmeleri (shareholders agreements), bir şirketin pay sahiplerinin bir kısmı ya da tamamı arasında, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlar hukuku zemininde akdedilen, pay sahiplerinin şirket bünyesindeki pay sahipliği haklarını kullanma şekilleri bakımından birbirlerine karşı üstlendikleri yapma ve yapmama taahhütlerini içeren, şirketin ve yürüttüğü ticari faaliyetin yönetilme esasları konusunda tarafı olan pay sahiplerinin ortak anlayış ve iradelerini yansıtan sözleşmeler olarak tanımlanabilir (AYOĞLU, Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, 2018, Lexpera, e- kitap, s.174). Somut olayda taraflar, şirketin kuruluşu öncesinde, bu hissedarlar sözleşmesini imzalamış ve şirketin faaliyetleri ve yönetimi ile ilgili olarak tarafların yükümlülüklerini belirlemiştir. Bu hissedarlar sözleşmesinin tarafları, eldeki davada davacı ve davalı konumundadır. **Hissedarlar sözleşmesine konu ...İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi iki ortaklı olup, ortakları, eldeki davanın taraflarından ibarettir. Şirketin sicil kaydına göre bu iki ortak, aynı zamanda şirketi tek başına (münferiden) temsile yetkili müdürleridir.**

Anılan hissedarlar sözleşmesinin 10. maddesinde şirketin yönetimi, diğer maddelerde ise şirketin faaliyet konusu, gelirleri ve ortakların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Sözleşmedeki tahkim şartında açıkça, şirketle ilgili olarak iki taraf arasında çıkacak uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmış olup, şirketin yönetimi konusu, açıkça hissedarlar sözleşmesinin konusudur ve bu nedenle şirket müdürünün azli talebi, hissedarlar sözleşmesindeki tahkim koşulunun kapsamında kalmaktadır. **Tahkim şartının mutlaka şirket ana sözleşmesinde yer alması gerekmez. Şirketin kuruluşundan önce taraflar arasında ortaklığın esasını düzenleyen bir hissedarlar sözleşmesi yapılması halinde, bu sözleşmeye de ortaklar arasında**

çıkacak uyuşmazlıkların, tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin bir hüküm konabilir. Bu hükmün geçerli olması için, sonradan düzenlenecek şirket esas sözleşmesine de aynı hükmün eklenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Aşağıda şirket uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bağlamında açıklanacağı üzere; **Yargıtay 11. HD'nin 2011/13485 E-2012/19915 K sayılı, 05.12.2012 tarihli kararında, şirket esas sözleşmelerinde yer alan tahkim koşulunun geçersiz olduğuna hükmetmiş ise de aynı Dairenin 2012/17087 E- 2013/749 K sayılı, 15.01.2013 tarihli kararında, hissedarlar sözleşmelerine konulan tahkim şartının geçerli olduğu benimsenmiş ve iptal davası hakkında verilen kararın esası incelenmiştir.**

Bu açıklamalara göre, taraflar arasında, eldeki davaya konu uyuşmazlığı kapsayan yazılı bir tahkim sözleşmesinin bulunduğu ve geçerlilik bakımından yazılılık koşulunun sağlandığı belirlenmiştir. Bu nedenlerle, davacı vekilinin, tahkim koşulunun şirket esas sözleşmesinde yer almaması nedeniyle geçersiz olduğuna dair istinaf nedeni yerinde görülmemiştir.

İkinci olarak; anılan 22. maddedeki tahkim koşulunun iki aşamalı olduğu anlaşılmaktadır. Tahkim şartındaki düzenlemeye göre taraflar, öncelikle arabulucuya başvuracaktır. Sözleşmede açıkça ifade edilmemiş olsa da tarafların sözleşmeye yanşıyan bu irade ve ifadelerinden anlaşıldığı üzere, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınmaması halinde tahkim prosedürü işletilecektir. **Tahkim sözleşmesinde, tarafların, hakeme başvurmadan önce arabulucuya başvurmalarını ya da uzlaşma görüşmeleri yapmalarını veya hakem bilirkişiye başvurmalarını zorunlu kılan ve ancak bu yollardan sonuç alınamazsa hakeme dava açılabileceğini öngören tahkim sözleşmeleri geçerlidir.** Çünkü, esas olan tarafların uzlaşarak uyuşmazlığı sonlandırmalarıdır. Bu nedenle, hakemde dava açılmadan önce tarafların uzlaşma çabası içerisine

gireceklerine ve bu amaçla, öncelikle arabulucuya başvurmaları gerektiğine dair tahkim öncesi ihtiyari veya zorunlu aşamalar öngören sözleşme hükümleri (tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm klozları), **tarafların uyuşmazlığı hakeme götürme iradelerini sakatlamaz (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: EKŞİ, Nuray, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul, 2015).**

Somut olayda taraflar, bu sözleşmeyle ve şirketle ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmemesi halinde tahkim yoluyla çözüleceğine dair açık ve kesin iradelerini ortaya koymuşlardır. Tahkim sözleşmesi, bu bakımdan da geçerlidir.

Üçüncü olarak; tahkim sözleşmesinin konusu, tahkime elverişli her türlü hukuki uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlığın sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan doğmuş olmasının bir önemi yoktur.

Hangi konuların tahkime elverişli olduğu HMK'nın 408. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu hüküm, MTK'nın 1. maddesinin 4. fıkrasında, "Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz" şeklinde tekrarlanmıştır.

Bu yasal düzenlemelere ve öğretideki kabule göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar, tahkime elverişlidir (KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s.934). Özellikle tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar taraf iradesine tabi uyuşmazlıklardır (Hakan PEKCANITEZ/ Muhammet ÖZEKES/ Mine AKKAN/ Hülya TAS KORKMAZ, **Pekcanitez Usul- Medeni Usul**

Hukuku, C:III, 15.Basım, İstanbul 2017, s.2632). Maddi hukuktaki tasarruf yetkisi, usul hukukunda tasarruf ilkesi olarak karşımıza çıkar. Tasarruf ilkesi, tarafların dava konusuna etki edebilmelerini ifade eder. Daha somut ifadesiyle; davanın ancak taraflarca açılacağı, davanın konusunun davacı tarafından belirleneceği, feragat, kabul ve sulh gibi işlemlerle dava konusu ve yargılama üzerinde tasarrufun mümkün olduğu, davanın geri alınabileceği gibi hususlar tasarruf ilkesinin görünümleridir.

Tahkime elverişlilik, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabidir. Bu konudaki özgürlüğün sınırları kanunla belirlenir. Bu sınırın belirlenmesinde tasarruf yetkisi önemli olmakla birlikte, kanun koyucu, tarafların tasarrufuna tabi olsa bile bazı konuları tahkime elverişli kılmayabilir (YEŞİLOVA, Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı Ve Denetimi**, İzmir, 2008, s.318-321). Gerek HMK gerekse MTK, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık türlerini, "taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar" ve "tarafların iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar" olarak sınırlandırmış, bunun dışındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu benimsemiştir. **Yani, asıl olan tahkime elverişlilik olup, tahkime elverişsizlik istisnaidir; tahkime başvurulabilen bir hak olduğuna göre, bu hakkı sınırlandıran istisnaların dar yorumlanması gerekir. Bu bağlamda, şirket uyuşmazlıklarının da kural olarak tahkime elverişli olduğu öğretide kabul edilmektedir (İLHAN, Hüseyin Afsın, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, 2016, s.240; AYOĞLU, s.79 ve s.162-169). Yargıtay da yukarıda anılan kararında belirtildiği üzere, hissedarlar sözleşmesindeki tahkim şartının geçerliliğini benimsemiş ve iptal davasının esasını incelemiştir (Yargıtay 11. HD'nin 2012/17087 E- 2013/749 K sayılı, 15.01.2013 tarihli kararı).**

Yargıtay 11. HD'nin yukarıda anılan 2011/13485 E- 2012/19915 K sayılı, 05.12.2012 tarihli kararında, **şirket esas sözleşmelerinde yer alan tahkim koşulunun geçersiz olduğunu ve bunun sonucu olarak şirket genel kurul kararının iptali davasının hakemde görülemeyeceğine hükmetmiş ise de bu karar, 6762 sayılı TTK (eTTK) yürürlükte iken ortaya çıkmış olan bir uyuşmazlığa ilişkindir.** Nitekim, kanun koyucunun, şirket uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğuna dair iradesini, 6102 sayılı TTK'nın 561. madde gerekçesinde açıkça dile getirdiği görülmektedir. Anılan madde şirket kurucuları, yöneticileri, denetçileri ve tasfiye memurları aleyhine açılacak sorumluluk davalarında yetkiyi düzenleyen bir madde olup, gerekçesinde, "6762 sayılı Kanunun 309. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü bağımsız bir hüküm haline getirilmiştir. İsviçre BK. m. 761'in aksine hüküm somut olaya göre yetkili olan mahkemeler yanına bir diğer yetkili mahkeme daha eklemekte, yoksa inhisarî yetkiyi haiz bir mahkemeyi göstermemektedir. Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır.". Gerekçe açıkça, şirket uyuşmazlıkları bakımından tahkim yolunun açık olduğunu ifade etmektedir.

Şirket uyuşmazlıkları bakımından tahkim yolunun açılması ve esas sözleşmelere tahkim şartının konulabilmesi, yatırımların teşviki bakımından son derece önemlidir. Çünkü, günümüzde sermaye, tüm zamanlara göre daha fazla küreselleşmiştir. Uluslararası sermaye, kendisine en cazip kâr olanaklarını sunan ülkelere doğrudan veya dolaylı yatırımlar yapmaktadır. Uluslararası yatırım yapan sermayedarların yatırım yaptıkları yabancı ülke hukukuna ve yargı sistemine dair yeterli bilgiye sahip olmaması nedeniyle hukuki öngörülebilirlik ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Tahkim kurumu, bu ihtiyacın karşılanmasında önemli bir işlev üstlenmiştir. Tahkimin yatırımları teşvik eden bu özelliğini fark eden devletler, hukuk sistemlerini bu ihtiyaç doğrultusunda yeniden düzenleme çabasına girmişlerdir.

Türk tahkim hukuku da bu çaba doğrultusunda, çağdaş tahkimin tüm uluslararası düzenlemelerini benimsemiş, bu bağlamda, uluslararası sözleşmelere taraf olmuş, HMK ve MTK'daki tahkim düzenlemeleri bakımından UNCITRAL Model Kanununu esas almıştır (AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2020, s.52; TUNÇ YÜCEL, Müjgan, HMK Uyarınca İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara, 2013, s.68).

Türk kanun koyucusunun tahkimi teşvik eden bu iradesinin, temel kanunların yorumlanmasında da dikkate alınması gerekir. Çağdaş hukuk sistemlerinin pek çoğunda, tahkimi destekleyen bir yorum tercih edilmektedir. Böylece mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve yerli ve yabancı yatırımların teşvik edilmesi amaçlanmaktadır. Bunun sonucu olarak, tahkim itirazını inceleyen mahkemeler, tahkim sözleşmesini olabildiğince geniş yorumlayarak, tahkim sözleşmesinin geçerli olmasını sağlamaktadır (İLHAN, s.129). Bu bağlamda, bir konunun tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesinde, hukuk sisteminin izin verdiği ölçüde, tahkim anlaşmasına geçerlilik tanıyacak yorumun benimsenmesi gerekir.

Somut olayda, tahkime konu uyuşmazlık, şirket yöneticisinin azline ilişkindir. Bu davada tasarruf ilkesi bütünüyle geçerlidir. Davacı davadan feragat edebileceği gibi davalıyla sulh olabilir; davalı davayı kabul ile bitirebilir. Davalı istifa etmek suretiyle de müdürlük görevini sona erdirebilir. Bu nedenle meselenin bütünüyle tarafların iradesine tabi olduğu açıktır. Şirkette davacı ve davalı dışında başka ortak da bulunmadığından, tahkim sözleşmesinin, sözleşmeye taraf olmayan kişilere sirayeti de söz konusu değildir. Yargıtayın yerleşik içtihadı uyarınca, şirket yöneticisinin azli davasında, şirket hasım (davalı konumunda) değildir. Uyuşmazlık tamamen tahkim sözleşmesinin tarafları arasında cereyan etmektedir. Uyuşmazlık, bütünüyle taraf iradelerine tabi olup tahkim koşulunun geçerli olduğunun, yani uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunun kabulü gerekir (AYOĞLU, s.164).

Yargıtayımızın şirket ortakları arasında uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda verdiği kararlar oldukça sınırlıdır. Yukarıda sözü edilen iki karardan başka; Yargıtay 11. HD'nin 2014/141 E- 2014/ 6951 K sayılı, 09.04.2014 tarihli kararında, hissedarlar sözleşmesindeki tahkim şartına dayanılarak şirketin fesih ve tasfiyesi için hakemde dava açılmayacağı, tahkim konusunda şirket ortakları arasındaki sözleşmede yer alan bir hükmün veya yapılacak hakem sözleşmesinin geçerli olmadığı, TTK'nın 530 ve 531. maddelerinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükümlerin buna izin vermeyeceği, tahkimin sadece taraf iradelerine tabi konularda mümkün olduğu, şirket ortakları arasındaki tahkim koşulunun geçerli olmadığı gerekçeleriyle, tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usulden reddeden ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuştur.

Öncelikle, mahkemede açılacak bir dava bakımından kesin yetki kuralının konulmuş olması, o meselenin tahkime elverişli olmadığına gerekçe yapılamaz (YESİLOVA, s.334-335; AYOĞLU, s.86-87).

İkinci olarak, bu kararda yer alan "şirket ortakları arasındaki tahkim şartının geçerli olmadığına" dair genel gerekçenin hukuki dayanakları gösterilmemiştir. Şirket ortakları arasındaki tahkim şartının her uyuşmazlık bakımından geçerli olmayacağına dair bu genel tespit, yukarıda anılan madde 561 gerekçesine aykırı olduğu gibi, Yüce Daire, bu genel tespitinin dayanaklarını da açıklamamıştır. Anılan karar gerekçesinde tahkimin, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerli olduğu belirtilmiş ise de bu gerekçe her zaman doğru olmayabilir. Çünkü, şirket ortakları anlaşıp bir genel kurul kararı alarak şirketin tasfiyesine karar verebilirler. Şirketin tasfiyesi her zaman mahkeme kararıyla olmaz. O halde fesih ve tasfiye davasının

dahi tahkime elverişli olduğu savunulabilir. Ancak Yüce Dairenin, fesih ve tasfiye konusunun tahkime elverişli olmadığına dair vardığı sonuç, kamu düzeni gibi farklı mülahazalarla benimsenebilir.

Nitekim öğretilerde **fesih ve tasfiyenin şahsın hukukunu ilgilendirdiği, tüzel kişiliğin sona ermesi sonucunu doğurduğu, kamu düzeniyle ilgili yanlarının bulunduğu vb. gerekçelerle tahkime elverişli olmadığını savunan görüşler bulunduğu gibi, aksini savunan görüşler de mevcuttur** (Bu konuda Türk ve yabancı öğretilerde savunulan görüşler için bkz: AYOĞLU, s.138-147) Bununla birlikte, ortaklar arasındaki her türlü tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna dair genel bir gerekçenin benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Örneğin, ortakların kâr payı dağıtımı konusunda ya da şirket yöneticisinin sorumluluğu konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine dair tüm ortakların anlaşma yapmaları mümkündür. Nitekim, TTK'nın 561. maddesinin gerekçesinde, sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğu açıkça benimsenmiştir. Bu bağlamda, **somut olayda olduğu gibi, şirket ortakları, şirket yöneticisinin yönetim görevini esas sözleşme ve yasaya uygun yerine getirmediği iddiasıyla açılacak davaların hakemde görüleceğine dair anlaşma yapabilirler. Buna engel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.**

Diğer bir deyişle, eldeki dava şirket yöneticisinin azline ilişkin olup TTK'nın 630/2. maddesi gereğince, her ortak haklı sebeplerin varlığında yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir. Buradaki mahkeme kavramına, hakem de dahil kabul edilmelidir. Çünkü, şirket yönetiminden azil, ortaklar kurulu kararıyla her zaman mümkün olduğu gibi şirketin ortakları olan eldeki davanın taraflarının anlaşması ile her zaman şirket müdürünün temsil ve ilzam yetkisi kaldırılarak yerine yenisi görevlendirilebilir. Dava, davalının davayı kabul etmesiyle de sona erebilecek niteliktedir. **Tüm bu nedenlerle,**

yöneticinin azli davası bütünüyle tarafların iradesine tabi işlerden olup, bu tespitin doğal bir sonucu olarak da tahkime elverişli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hakem heyetinin azil konusundaki kararının ticaret sicil kaydında değişiklik yapmayı gerektirecek nitelikte olması da tek başına o işlemin tahkime elverişli olmaması sonucunu doğurmaz. MTK hükümlerine tâbi hakem kararlarının icrası zaten anılan Kanun'un 15/B maddesi uyarınca mahkemece verilecek "kararın icra edilebilir olduğuna dair belge" üzerine yapılacağından, sicil değişikliğinin mahkemenin bu icra edilebilirlik kararıyla yapılacağı dikkate alındığında, kararın sicil değişikliği yapacak olmasının tahkime elverişliliği ortadan kaldırmayacağı tartışmasızdır. HMK hükümlerine tabi ulusal tahkimde ise hakem kararları ile mahkeme kararları eşit seviyeye getirilmiş ve mülga HUMK düzenlemesinden farklı olarak, hakem kararının icrası için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek görülmemiştir.

HMK'nın 443. maddesinin gerekçesinde, hakem kararının verildiği anda icra edilebilir hale geldiği, bu düzenlemenin tahkim kurumunu teşvik için getirildiği açıklanmıştır. Türk hukuk sistemi, ulusal tahkimde verilen hakem kararlarını mahkeme kararlarıyla eşit tuttuğuna göre, ticaret siciline tescil edilecek kararın mutlaka bir devlet mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğini savunmak, kanun koyucunun iradesiyle uyuşan bir yaklaşım olmayacaktır (AYOĞLU, s.96-97). Kanun koyucu, bu konuda sadece tapu sicili bakımından bir tercih yapmış ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar yönünden tahkim yolunu kapatmış, şirket ilişkileri bakımından tahkime gitme imkânını kapatmamıştır. Nitekim, yöneticinin azline dair ticaret siciline yapılacak kayıt, kurucu nitelikte olmayıp açıklayıcı niteliktedir.

Sicilde yapılacak değişiklik, şirketin azil sonrası geriye kalan diğer yöneticisinin sicile bildirimi üzerine yapılacaktır. Yöneticinin, hakem kararına dayanarak sicile yapacağı bu bildirimin, **genel kurul kararıyla görevine son verilen yöneticinin görevinin sona erdiğinin sicile bildirilmesinden bir farkı yoktur.** Bu nedenlerle de salt sicil değişikliği gerektireceği gerekçesiyle meselenin tahkime elverişli olmadığı savunulamaz.

Taraflar arasında, Şirketle ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine dair ifade, yeterince somuttur. Şirket ortaklığından kaynaklanacak uyuşmazlıklar tanımına, şirket yöneticisinin azli konusunun da dahil olduğundan kuşku duymamak gerekir. Nitekim, tahkim şartını havi hissedarlar sözleşmesinde, şirketin yönetiminin nasıl olacağı, iki ortağın münferit temsil yetkisini haiz olduğu belirtilmiş, şirketin yönetimine ve işeyişine dair düzenlemelere yer verilmiştir. O halde, aynı sözleşmede yer alan tahkim şartının, yöneticinin azli konusunu da kapsadığı açıktır.

Açıklanan bu gerekçelerle HMK'nın 353/1.b.1.maddesi uyarınca dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, davacı vekili tarafından ileri sürülen istinaf nedenleri yerinde görülmediğinden, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur. ...”

SİGORTA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

Prof. Dr. Rauf KARASU*

I. GİRİŞ

Mahkemeler nezdinde yürütülen yargılama sürecinde yaşanan bazı sorunlar sebebiyle, uygulamada arabuluculuk ve tahkim gibi mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de sıklıkla başvurulmaktadır. Kaldı ki, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla son yıllarda birçok alanda¹ arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir. Ancak sigorta, iş ve tüketici gibi bir tarafı zayıf konumda olan uyuşmazlıklarda zayıf taraf, alacağına daha erken kavuşmak için arabuluculuk aşamasında alacağının bir kısmından feragat ederek diğer tarafla anlaşmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle genellikle bir tarafı zayıf konumda olan sigorta uyuşmazlıklarında arabuluculuğun yanında onun gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan sigorta tahkim yargılaması büyük bir önem taşımaktadır. Sigorta uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın zayıf tarafı olan sigortalılar ve sigorta teminatından yararlanan üçüncü kişiler arabuluculuğa başvurmadan veya arabuluculuğa başvurmakla birlikte anlaşma sağlanamaması halinde haklarını mahkemeler yerine sigorta tahkim yargılamasında arayabilir.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı–Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakemi (e-posta: raufkarasu@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5775-9056).

¹ İş uyuşmazlıklarında, konusu bir miktar alacak veya tazminat olan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklarda, tüketici uyuşmazlıklarında ve son olarak kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir. Sırasıyla bkz. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 (RG. 25.10.2017, S. 30221); Türk Ticaret Kanunu m. 5/A (RG. 14.02.2011, S. 27846), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A (RG. 28.11.2013, S. 28835), İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 37 (RG. 05.05.2023, S.32154).

Bu imkân onlara önemli avantajlar sağlamaktadır. Şöyle ki, sigorta tahkim yargılaması mahkemelere göre daha az masraflıdır ve daha hızlı işlemektedir. Ayrıca sigorta uyuşmazlığını çözmekle yetkili hakemler hâkimlere nazaran alanında daha uzmandır. Ancak tüm bu faydalarına rağmen sigorta tahkimi ne yazık ki pek bilinmemektedir. Bu nedenle bu çalışmada, sigorta tahkiminin özellikleri, faydaları izah edilecek, sigorta tahkiminin daha iyi işlemesi ve ondan beklenen faydaların artırılması için bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

II. SİGORTA TAHKİM YARGILAMASININ FAYDALARI

Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın çözümlenmesi yetkisinin mahkemeler yerine, özel bir anlaşmayla hakem olarak nitelendirilen kişilere bırakılmasıdır ² . Tahkim, iç tahkim-milletlerarası tahkim, zorunlu tahkim-ihityari tahkim olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. İç tahkim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK³)’nun 407 ila 444. maddeleri arasında, milletlerarası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK⁴)’nda düzenlenmektedir. Ayrıca bazı kanunlarda kurumsal tahkimlere ilişkin özel düzenlemelere de yer verilmektedir. Sigorta tahkimi de özel olarak düzenlenmiş bu kurumsal tahkimlerden birisidir. Ülkemizde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK⁵)’nun 30. maddesi çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur. 17.08.2007 tarih ve 26616 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Sigorta Tahkime İlişkin Yönetmelik (STY) ile Komisyona ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

² Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim, Ankara 2015, s. 41; Taşkın, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 7; Dayınlarlı, Kemal: HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 14.

³ RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁴ RG. 05.07.2001, S. 24453.

⁵ RG. 14.06.2007, S. 26552.

Adli mahkemelerin çözmekle yükümlü oldukları dava sayısının çok fazla olması ve dava konusu uyuşmazlıkların özel bir uzmanlık gerektirmesi nedeniyle bilirkişilerin görevlendirilme zorunluluğu, yargılama sürecini uzatmaktadır. Özellikle ölüm veya bedensel zarar nedeniyle açılan tazminat davalarında uyuşmazlığın çözümüne katkısı olmayacak belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilmesi ve bu belgelerin çok geç gelmesi zaten uzun olan yargılama süresini daha da uzatmaktadır. Belirtilen nedenlerle sigortalılar, haklı oldukları konularda sigorta şirketlerine dava açmak yerine sigorta şirketlerinin önerdikleri tazminatı kabul ederek onları ibra etmektedirler. Bu durum da zaten sigorta şirketi karşısında zayıf ve tecrübesiz olan sigortalıların hakkını aramasının zorlaşmasına neden olmaktadır⁶. Sigortalılar/zarar görenler açısından ortaya çıkan bu sorunlar aynı zamanda sigortalıların sigorta şirketine olan güvenlerini de azaltmaktadır⁷. Adli mahkemelerin aksine, Sigorta Tahkim Komisyonu'nda davalar çok daha kısa sürede sonuçlanmaktadır. HMK'nın 427. maddesine göre hakem, davaları bir yıl içinde karara bağlanmak zorundadır. Sigorta tahkim yargılamasında ise, görevlendirilen ilk hakem/hakemler, uyuşmazlık hakkında dört ay içinde, alınan karara itiraz edilmesi halinde ise, itiraz hakemleri itirazları iki ay içinde karara bağlamakla yükümlüdürler⁸. Hakemler genellikle kendilerine tanınan bu sürelerden çok önce davayı karara bağlamaktadır.

Tahkimde başvuru ücretleri mahkemelerdeki harçlara nazaran daha düşük olduğundan, tahkim yargılaması daha az maliyetlidir. Ayrıca mahkemelerde özellikle 6100 sayılı HMK ile avans uygulamasının getirilmesi, genellikle bir avukat aracılığıyla davaların takip edilmesi,

⁶ Karasu, Rauf: Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı: 26 (Nisan 2016), s. 51; Özdamar, Mehmet: Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sayı. 1-2, s. 832.

⁷ Karasu, Tahkim, s. 51.

⁸ Bkz. SK m. 30/16

gereksiz yere tanık dinletilmesi maliyetleri daha da artırmaktadır⁹.

Sigorta tahkimini mahkemelere nazaran daha avantajlı kılan bir diğer özellik de, tahkime başvurunun çok kolay olmasıdır. Türkiye'nin her yerinden postayla ve Komisyonun internet sitesi üzerinden başvuru yapılabilmektedir. Tahkim başvurusunda mahkemelerde aranan bazı şekli şartlar aranmadığından, başvuru sahipleri basit bir dilekçe ile avukat tutmaya ihtiyaç kalmadan başvuru yapma imkânına sahiptirler.

Sigorta tahkiminin en önemli faydalarından biri de, davaların uzman kişiler tarafından karara bağlanmasıdır. Sigorta uyuşmazlıklarını çözmekle görevli ticaret ve tüketici mahkemeleri ihtisas mahkemeleri olmakla birlikte, bu mahkemelerde görev yapan hâkimler çok sayıda ve konu itibarıyla birbirinden çok farklı olan davalara bakmak zorunda kaldıklarından, sigorta hukuku alanında yeterince uzmanlaşmamaktadırlar¹⁰. Buna karşılık tahkim yargılamasında görev yapan hakemler tecrübeli ve sigorta konusunda uzman kişilerdir. Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görev yapan hakemler dört grupta sınıflandırılabilir:

- Sigorta hukuku alanında bilimsel çalışmaları olan öğretim üyeleri
- Sigorta davalarını en az beş yıl takip etmiş tecrübeli avukatlar ve hâkimler
- Yargıtay'ın sigorta davalarına bakan ilgili dairelerinden emekli olmuş üyeler,
- Sigortacılık sektöründe uzman olan kişiler

Son olarak tahkim yargılaması ticari sırların korunması açısından da önemli bir rol üstlenmektedir. Zira mahkeme yargılaması kural olarak aleni iken (HMK m. 28) tahkim yargılaması gizli yürütülmektedir. Dolayısıyla tahkim yargılamasında tarafların sırları gizli kalmaktadır¹¹.

⁹ Karasu, Tahkim, s. 52.

¹⁰ Özdamar, s. 836, Karasu, Tahkim, s. 52.

¹¹ Yıldırım, Nevhis Deren: Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, 2002/4, s. 41; Boztosun, Derviş/Koç, Selahattin/Aksoy, Barış: Türkiye'de Banka ve Sigorta İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim

Tahkim yargılaması sayesinde uyuşmazlıklar; kısa zamanda, alanında uzman kişilerce, tarafların sırları korunarak çözümlenmektedir.

III. SİGORTA TAHKİM YARGILAMASININ ÖZELLİKLERİ

A. Sigorta Tahkim Komisyonu'na Üyelik

Kural olarak sigortalıların Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurabilmeleri için aleyhine başvuru yapacakları sigorta şirketinin Komisyona üye olması gerekir. Ayrıca uyuşmazlık konusu rizikonun sigorta şirketinin üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması gerekir. Mevzuatımızda sigorta şirketlerinin Komisyona üye olmalarını zorunlu kılan bir düzenleme mevcut değildir¹². Ancak gerek uygulamadaki rekabet gerekse prestij sebebiyle sigorta şirketlerinin çoğu Komisyona üyedir¹³. Sigorta tahkim yargılamasının uygulamaya konulduğu ilk yıllarda zorunlu sigortalar bakımından da tahkime başvurulabilmesi için sigorta şirketlerinin Komisyona üye olması gerekliydi. Ancak sonradan yapılan değişiklikle zorunlu sigortalar bakımından sigorta şirketi Komisyona üye olmasa dahi sigorta ettirene/sigortalıya tahkime başvuru hakkı tanınmıştır¹⁴. Dolayısıyla zorunlu sigortalar bakımından sigorta şirketlerinin tahkim konusunda bir inisiyatifi bulunmamaktadır. Ancak ihtiyari sigortalar bakımından tahkim sigorta şirketinin iradesine kalmakta, sigorta şirketi Komisyona üye olmadıkça sigorta

Uygulaması, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Temmuz/2019, s. 216; Özbay, İbrahim: Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 41; Karasu, Tahkim, s. 51-52; Taşkın, s. 10, 11; Dayınlarlı, s. 30; Korucu, s. 31.

¹² Yeşilova Aras, Ecehan/Yeşilova, Bilgehan: Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, s. 290; Kurt Konca, Nesibe: Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 1350; Yaşar, Tuğçe Nimet: Sigorta Hukukunda Tahkim, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, Yıl: 9, S. 36, s. 221.

¹³ Bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu Üye Listesi, www.sigortatahkim.org.tr.

¹⁴ Bu hususta bkz. Budak, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, 2016/1, s. 123; Karasu, Rauf: Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası, Trafik Sigortası, Ankara 2016, s. 135; Karasu, Tahkim, s. 53.

ettirenin/sigortalının tahkime başvurması mümkün olmamaktadır¹⁵.

Komisyon üye olmak isteyen sigorta şirketlerinin katılma payını ödeyerek yazılı şekilde talepte bulunmaları gerekmektedir (SK m.30/1, STY m. 15/1). Katılım talebi kabul edilen şirket açısından tahkim zorunlu hale gelmektedir. Ayrıca zorunlu sigortalar bakımından da komisyona üye olmasalar dahi sigorta şirketleri açısından tahkim zorunlu hale gelmektedir. Ancak sigorta ettiren/sigortalı bakımından mahkemeye başvurma imkânı hala devam etmektedir. Dolayısıyla tahkim, sadece sigorta şirketleri bakımından zorunlu hale gelmekte, sigorta ettirenin mahkemeye başvurma hakkı devam etmektedir¹⁶. Bu noktada sigorta ettirenin mahkemeye başvuru hakkının devam ettiği dikkate alındığında tahkim yargılamasının hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği yönündeki eleştiriler de bir nevi temelsiz kalmaktadır¹⁷.

¹⁵ Bu hususta bkz. Ulaş, Işıl: Sigorta Tahkimi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV S. 2, s. 249.

¹⁶ Karasu, Trafik Sigortası, s. 135; Özdamar, s. 838; Ulusoy, Erol: Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” 14 Şubat 2009, İstanbul 2009, s. 241. Ulaş, s. 240; Karasu, Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 289; Kurt Konca, s. 1350.

¹⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvuru No: 2016/58665, T. 10.6.2020; Başvuru No: 2018/3885, T.19.10.2021: “Tahkim, uyuşmazlığın çözümünün taraflara bırakıldığı ihtiyari bir yöntemdir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu tarafından başvurulması zorunlu bir yol olarak da gösterilebilir. Bununla birlikte sigorta tahkim 5684 sayılı Kanun’un 30. maddesi gereğince sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaat elde eden kişi yönünden başvurulması ihtiyari bir çözüm yoludur. Nitekim bu kişiler Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmak yerine adli mahkemelerde dava da açabilmektedir. Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmakla uyuşmazlığa ilişkin dava açma imkânından ve adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat etmiş olmaktadır. Dolayısıyla hakem yargılamasında devlete atfedilebilir bir kusur veya hakem kararına karşı gidilen bir yargı kararı olmadıkça -temyiz incelemesi gibi- adil yargılanma hakkının güvencelerinin uygulanmadığı iddiasına yönelik denetim yapılamayacaktır. Somut olayda başvuru, yaşadığı trafik kazası neticesinde oluşan zararları dolayısıyla derece mahkemesinde dava açmak yerine tercihen Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuruda bulunmuştur. Başvuru, tahkim yoluna başvurmakla adil yargılanma hakkına ilişkin iddialarını denetleme imkânından kendi iradesiyle vazgeçmiştir.”

Sigorta uyuşmazlıklarında tahkime başvurulabilmesi için sigorta şirketinin Komisyona üye olması yeterli olup ayrıca bir tahkim sözleşmesi akdedilmesi şart değildir¹⁸. Dolayısıyla Komisyona üye olan sigorta şirketleriyle uyuşmazlığa düşen kişi, akdettiği sigorta sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmasa dahi tahkim yargılamasından faydalanabilmektedir (SK m. 30/1). Zira Sigorta Tahkim Komisyonu'na üye olan sigorta şirketi kendisiyle ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, tahkim usulünü önceden kabul etmiştir. Sigorta Tahkiminde, taraflar arasında önceden bir tahkim sözleşmesi bulunmamakla birlikte, uyuşmazlığın çıkmasının ardından taraflar arasında kendiliğinden bir anlaşma yapılmış olmaktadır¹⁹. Sigorta Tahkim Sisteminde tahkim sözleşmesi uyuşmazlığın çıkmasından sonra ve fakat sigorta şirketinin daha önceden Tahkim Komisyonuna üye olmak suretiyle önceden ilan etmiş olduğu aleni icabı, sigortalının/hak sahibinin kabulüyle kurulmaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere zorunlu sigortalılarla ilgili uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşu Komisyona üye olmasa bile, başvuru sahibinin Komisyona başvurma hakkı bulunmaktadır. Sigorta kuruluşu bu tür sigortalarda tahkim anlaşmasının olmadığını ileri süremez.

B. Sigorta Tahkim Yargılamasının Organizasyonu

1. Sigorta Tahkim Komisyonu Başkanlığı ve Sekreteryası

Sigorta tahkim yargılaması, Sigorta Tahkim Komisyonu gözetim ve denetiminde yürütülmektedir. Merkezi İstanbul'da bulunan Komisyon, Komisyon Başkanlığı, Komisyon müdür, müdür yardımcıları, raportörler ve diğer çalışanlardan oluşmaktadır (STY, m.5/1).

¹⁸ Kale, Serdar/Tunç Yücel, Müjgan: Sigortacılık Kanununda Tahkim, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 1, s. 465; Ulaş, s. 250; Karasu, Trafik Sigortası, s. 135; Karasu, Tahkim, s. 54; Kurt Konca, s. 1349; Yaşar, s. 223.

¹⁹ Aynı yönde Öztek, s. 222; Can, Sigorta Hukuku, s. 350. Alman hukuku için bkz. Lorenz, E.; Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen”, Versicherungsrecht 2004, s. 546; Karasu, Tahkim, s. 54.

Komisyon Başkanlığı, Komisyonun aslî karar organıdır. Müdür, müdür yardımcıları ile raportörleri ve diğer personeli atamak; sigorta hakemliğine ilişkin başvuruları değerlendirerek uygun görülenlerin kabulü için durumu Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (SEDDK)'na bildirmek; sigorta hakem listesini tutmak ve nihayetinde; uyuşmazlığın çözümü için davanın tarafları adına sigorta hakemi seçmek, Komisyon Başkanlığının en önemli görevleri arasında yer almaktadır²⁰. Komisyon Başkanlığı, bir Kurum (SEDDK) temsilcisi, iki Birlik (Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği) temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile bir akademisyen hukukçu temsilci olmak üzere toplam beş üyeden oluşmaktadır (SK, m. 30/2; STY, m.5/3). Kanaatimizce Komisyonun bağımsızlığını artırmak adına Komisyana Adalet Bakanlığı kökenli bir hâkim üye eklenmeli ve hukukçu akademisyen sayısı ikiye çıkartılmalıdır. Zira diğer üyelerin bir şekilde uyuşmazlık tarafıyla bağlantısı varken hâkim ve akademisyen üye uyuşmazlık taraflarından bağımsızdır²¹.

Kurum temsilcisinin asgarî on yıl kamu hizmetinde çalışmış, sigortacılık alanında deneyim sahibi ve en az daire başkanı seviyesinde olması; Birlik temsilcilerinin de genel müdür yardımcısı için öngörülen şartlara sahip olmaları gerekmektedir (SK m. 30/2). Tüketici derneği temsilcisi, Türkiye çapında en fazla üyeye sahip tüketici derneğinin önereceği üç aday arasından Kurum tarafından seçilmektedir (STY, m. 5/5). Kurum ayrıca, sigorta hukuku, hukuk usulü veya medeni hukuk alanlarından en az birinde doktor öğretim üyesi veya daha üst ünvana sahip olan bir hukukçuyu üye olarak seçmektedir (STY, m. 5/7). Toplam iki yıl için seçilen üyeliklerden birinin boşalması halinde, eski üyenin görev süresini tamamlamak üzere aynı usulle yeni üye atanmaktadır

²⁰ Karasu, Tahkim, s. 55.

²¹ Karasu, Tahkim, s. 54-55.

(STY m. 5/4). Bu şekilde oluşacak Komisyon üyeleri, kendi aralarından birini başkan seçmektedir. Komisyon çalışmalarında kararlar, üye tam sayısının çoğunluğu ile alınmaktadır (STY md. 5/8).

Komisyon sekreteryası, bir müdür ve iki müdür yardımcısı ile raporörler ve yeterli sayıda personelden oluşur. Müdür ve müdür yardımcıları Komisyon Başkanlığı tarafından doğrudan atanırken, raporörler ve diğer personeller ise müdürün önerisiyle Komisyon Başkanlığı tarafından atanmaktadır.

Komisyon, kendisine bağlı olarak çalışmak üzere yeteri kadar raporör görevlendirir (SK'nın 30/5; STY'nin 10/3). Raporörlerin malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşıması, en az dört yıllık yüksek okul mezunu olması, sigorta hukukunda en az iki yıl veya sigortacılıkta en az beş yıl deneyimi olması gerekir (STY m. 8/1). Raporörler görevlerini yerine getirirken tıpkı sigorta hakemleri gibi tarafsız davranmakla yükümlüdür.

2. Sigorta Tahkiminde Hakemler

a) Genel Olarak

Genel tahkim yargılamasında olduğu gibi sigorta tahkim yargılaması da bağımsız ve tarafsız hakemler aracılığıyla yürütülmektedir. Hakemler, hayat ve hayat dışı sigorta dallarından sadece birisinde faaliyet göstermektedir. Tahkim sisteminde mevcut haliyle 242 hayat dışı, 15 hayat olmak üzere toplam 257 uyuşmazlık hakemi²², 84 itiraz hakemi²³ görev yapmaktadır. Bir yılda Komisyona yapılan başvuru sayısının 501032 olduğu dikkate alındığında mevcut hakem sayısının yetersiz olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle yapılacak yeni alımlarla hakem sayısının artırılmasında fayda vardır.

²² Bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=301&Itemid=84.

²³ Bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=229.

b) Hakemlerin Seçim Usulü

Hakemler kural olarak Sigortacılık Eğitim Merkezi (SEGEM) tarafından gerçekleştirilen sınavla seçilmektedir. Sınava girmek isteyen adayların, sınava ilişkin başvuru formunu doldurup gerekli belge ve bilgileri başvuru formu ile birlikte Komisyona iletmesi gerekir. Başvurular Aday Değerlendirme Komisyonu tarafından incelenmektedir. Belgeleri tam olan ve sınava girmek için gerekli şartları taşıdığı tespit edilen adaylar, SEGEM'in internet sitesinden duyurulmakta ve adaylar sınav için SEGEM'e başvurarak sınava girmektedir. Sınavı kazanan adayların ismi, Komisyon tarafından tutulan sigorta hakemliği listesine kaydedilmektedir. Hakemlik listesinde değişiklik olması halinde değişiklikler altı aylık dönemler itibarıyla Adalet Bakanlığı'na ve Kuruma bildirilmektedir (SK m. 30/10). Hakemlik sınavına girecek adayların;

a- Müflis veya konkordato ilan etmiş olmaması,

b- Tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda ve hakkında 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 20 nci maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri uygulanan sigorta şirketlerinde oy hakkının ya da sermayesinin doğrudan veya dolaylı yüzde on ve daha fazla bir oranda veya bu oranın altında olsa bile denetim ve yönetime etkili olabilecek şekilde denetim ve yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahibi olmaması

c- Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi süreli hapis veya sigortacılık mevzuatına aykırı hareketlerinden dolayı hapis veya birden fazla adlî para cezasına mahkûm edilmemiş yahut cezası ne olursa olsun basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, görevi kötüye kullanma gibi yüz kızartıcı suçlar ile kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, Devlet sırlarını açığa vurma veya vergi kaçakçılığı suçlarından dolayı hüküm giymemiş olması,

d- En az dört yıllık yüksekokul mezunu olması,

e- Sigorta hukukunda en az beş yıl veya sigortacılıkta en az on yıl deneyim sahibi olması ve bu deneyimin kesintisiz olması gerekir.

1- Sigorta hukukunda en az beş yıl deneyim sahibi olduğu kabul edilecekler, Türkiye Cumhuriyetinde eğitim veren hukuk fakültelerinden veya denkliği kabul edilen diğer ülkelerdeki hukuk fakültelerinden mezun olan aşağıdaki kişileri kapsar (STY m. 13/3-c)

a- Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekle görevli adli yargı mahkemelerinde hâkim olarak görev yapmış olanları,

b- Kurul Başkan ve üyelerini, Kurum avukatlarını veya hukuk fakültesi mezunu Kurum meslek personeli ile sigortacılığa ilişkin düzenleme, denetleme ve uygulama alanlarında grup başkanı, daire başkanı veya başkan yardımcısı unvanları ile görev yapan hukuk fakültesi mezunu Kurum personelinin,

c- Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan ve adli yargı mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda fiilen vekillik yapmış olan avukatları,

d- Üniversitelerde sigorta hukuku ve ticaret hukuku alanlarında öğretim üyesi olarak ders veren ve akademik çalışması bulunanları,

2- Sigortacılıkta en az on yıl kesintisiz deneyim şartının sağlanmasında aşağıdaki görevlerde geçirilen süreler dikkate alınır (STY m. 13/3-b).

a. Kurum meslek personeli ile sigortacılığa ilişkin düzenleme, denetleme ve uygulama alanlarında grup başkanı, daire başkanı veya başkan yardımcısı unvanları ile görev yapan Kurum personelinin,

b. Sigorta, reasürans ve sigorta teminatı veren emeklilik şirketlerinde, Birlikte, sigortacılıkla ilgili özellikli kuruluşlarda ve özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlarda genel müdür, genel müdür yardımcısı, genel sekreter, genel sekreter yardımcısı, kuruluş müdürü ve kuruluş müdür yardımcısı unvanlarıyla görev yapan yöneticiler ile başka unvanlarla anılsa dahi yetki ve görevleri itibarıyla bunlara denk konumlarda görev yapan diğer yöneticilerin,

c. (b) bendinde sayılan şirket, Birlik ve kuruluşların; hukuk, hasar, aktüerya, risk kabul, teknik muhasebe, reasürans veya iç sistemler birimlerinden en az birinde asli iş süreçlerinin icra veya kontrolünde görevli personelin,

d. Üniversitelerde sigortacılık ve aktüerya alanında öğretim üyesi olarak ders veren ve akademik çalışması bulunanların,

3- Süre hesabında ayrıca aşağıdaki hususlar dikkate alınmaktadır (STY m. 13/3-ç)

a- Meslek öncesi eğitim ve staj, fiili süre hesabında dikkate alınmaz. Vekâlet ilişkisinde acente takibi, icra ve ceza davalarıyla ilgilenenler ile sigorta hukuku dışında danışmanlık hizmeti verenlerin bu faaliyetleri deneyim şartının belirlenmesinde kabul edilmez.

b- Öğretim üyelerinin sigorta hakemliğine ilişkin yeterliliği; sigortacılıkla veya sigorta hukuku ile ilgili çalışmaları ve yayınları ile verdiği dersler göz önünde bulundurularak değerlendirilir.

c- Zorunlu haller nedeniyle (askerlik, doğum, hastalık ve benzeri sebeplerle ücretsiz izin, resmi görev, yurt dışı yüksek lisans) mesleki faaliyete ara verilmiş olması deneyime etki edecek şekilde ara verilmiş sürelerden sayılmaz. Zorunlu haller nedeniyle ara verme süresi her hâlükârda 2 yılı aşamaz.

d- Zorunlu haller dâhil sigorta hukukunda kesintisiz 3 yıl ve üzeri ara verme, sigortacılıkta ise kesintisiz 5 yıl ve üzeri ara verme, mesleki deneyime etki edecek süre olarak kabul edilir.

e- Farklı zamanlarda sigortacılık ve sigorta hukuku alanlarının her ikisinde de deneyimi olanların toplam deneyim süresi yeterliliği, fiili deneyimin son bir yılında deneyim süresi fazla alanın tabi olduğu asgari süreye göre tespit edilir.

Tahkim sisteminde yargılamanın adil işleyebilmesi için hakemlerin tarafsız olması büyük önem taşır²⁴. Bu yüzden SK m. 30/18 hükmünde tarafsızlığa ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; sigorta şirketlerinin, reasürans şirketlerinin, sigortacılık yapan diğer kuruluşların, sigorta eksperlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile tüm bu kuruluşlarda meslekî faaliyette bulunanlar ve sigorta eksperleri, sigorta acenteleri ve brokerler sigorta hakemliği yapamaz. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve çocukları için de geçerlidir. Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ²⁵ m. 5/1-a hükmünde taraflardan biriyle istihdam ilişkisi bulunmaksızın sözleşmeli veya dosya başı anlaşmalı olarak çalışan avukatların herhangi bir sınırlama olmaksızın sigorta hakemliği yapabileceği öngörülmüştür. Bu hüküm avukatların sadece görev aldığı somut uyuşmazlık dışındaki konularda hakemlik yapmasına izin vermektedir. Dolayısıyla somut bir uyuşmazlıkla ilgili avukatlık vekâleti alan bir kişinin aynı uyuşmazlığı hakem sıfatıyla karara bağlaması mümkün değildir²⁶.

Hakemler, kural olarak SEGEM tarafından gerçekleştirilen sınavla belirlenmekle birlikte bazı meslek gruplarına sınavsız itiraz hakemi olma hakkı tanınmıştır. STY m. 14/7 hükmü gereği, SK m. 30/8 hükmünde belirtilen nitelikler ile STY m. 13 hükmünde öngörülen deneyim şartlarını taşımak kaydıyla; en az 6 ay süreyle görev yapmış olan Kurul başkan ve üyeleri ile Yargıtay Büyük Genel Kurulunun iş bölümü kararına göre taraflardan biri sigorta şirketi olan ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekle görevli daireleri ile iş kazaları ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat ve rücu

²⁴ Yıldız, Habib: Sigorta Tahkim Komisyonu'nun Örgütsel Yapısı ve İşleyişi, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi 2022, 18(1), s. 74.

²⁵ RG. 21.01.2009, S. 27117.

²⁶ Karasu, Tahkim, s. 56.

davalarında sigorta şirketinin de taraf olduğu uyuşmazlıkları çözmekle görevli dairelerinde de en az 6 ay süreyle görev yapmış olan başkan ve üye hâkimler Komisyona müracaatlarına istinaden itiraz hakemi olarak listeye doğrudan kaydedilir.

Sigorta Hakemlerinin mahkemeler gibi yargılama yetkisini kullandığı, belli bir uyuşmazlık tutarının altında verdiği kararlarının kesin, üstündeki kararların ise temyiz yoluna tabi olduğu dikkate alındığında, mesleğe ilişkin düzenlemelerin Yönetmeliklerle yapılması uygun olmamıştır. Özellikle kimlerin mesleğe kabul edileceği kimlerin edilmeyeceği hususu çalışma hakkını ilgilendirdiğinden bu konudaki düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Hakemlik sıfatını kazanmış olan bir kişi, gerekli nitelikleri yitirmesi veya yargısal çalışmalarında tarafsızlık ilkesine aykırı davranması halinde sürekli olarak (SK m. 30/11-a); görevlendirildiği dosyaları bir yıl içinde en fazla üç kez zamanında sonuçlandırmadığı durumlarda ise bir yıl süre ile geçici olarak hakemlik listesinden silinir (SK m. 30/11-b).

c) Hakemlerin Görevlendirilmesi

Genel tahkim yargılamasının aksine sigorta tahkiminde hakem seçim yetkisi taraflara tanınmamıştır. Sigorta tahkiminde görev yapacak hakemler, iş yoğunluğu ve uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı olup olmaması dikkate alınarak hakem listesinden sıra esasına göre Komisyon Başkanlığı'na belirlenmektedir (STY m. 30/15). Kanaatimizce uyuşmazlık taraflarına hakemleri seçme yetkisi tanınmaması yerinde bir tercihtir. Zira seçim yetkisi taraflara tanınırsa, tarafların hakemleri etkilemesi mümkün hale geleceğinden bu durum yarardan çok zarar getirecektir²⁷.

²⁷ Karasu, Trafik Sigortası, s. 139; Karasu, Tahkim, s. 55. Sigorta tahkim yargılaması ihtiyari nitelik taşıdığından en azından tarafların listede belirtilen hakemler arasından seçim yapabilmesi gerektiği yönünde bkz. Ulaş, s. 253.

Miktarı elli bin TL'nin²⁸ üzerindeki uyuşmazlıklarda hakemler heyet olarak atanmaktadır. Miktar belirlenirken hakem heyetinin teşekkül edeceği tarihteki uyuşmazlık miktarı esas alınır. Ayrıca uyuşmazlık miktarı elli bin TL'den düşük olsa dahi, uyuşmazlığın niteliği karmaşık ve çözümü birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiriyorsa hakemlerin heyet olarak atanması zorunludur (STY, m. 16/7). Yine tahkim yargılamasının ikinci basamağında görev alan itiraz hakemleri de uyuşmazlık miktarı önem arz etmeksizin her durumda üç kişiden oluşacak şekilde heyet olarak görevlendirilmektedir (STY m. 4/1).

Hakemler kural olarak görevlendirildikleri dosyayı kabul etmek zorundadır. Ancak umulmayan hal veya mücbir sebep söz konusu ise hakemler davaya bakmaktan kaçınabilir²⁹. Ayrıca uyuşmazlığın taraflarının görevlendirilen hakemleri HMK m. 36 kapsamında reddetmeleri de mümkündür (SK m. 30/15).

d) Hakemlerin Güvencesi

Anayasa (AY)³⁰ m. 139 hükmü gereği hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar

²⁸ İfade etmek gerekir ki hükmün ilk halinde heyet oluşturma sınırı on beş bin TL olarak öngörülmüştür. Daha sonra yapılan değişiklikle sınır yirmi dört bin TL'ye en son değişiklikle birlikte ise elli bin TL'ye çıkartılmıştır. Bkz. Sigortacılık Kanununun 30'uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG, 28.02.2023; S. 32118), m. 2.

²⁹ Kale/Tunç Yücel, s. 467; Özdamar, s. 848; Kurt Konca, s. 1355.

³⁰ RG, 09.11.1982, S. 17863.

verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır³¹. Ayrıca HMK m. 46 hükmü gereği *yargılama faaliyetlerinden dolayı hâkimlere karşı dava açılması mümkün değildir, bu konuda sadece devlet aleyhine tazminat davası açılabilir*³². Benzer şekilde AY m. 129/5 kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceği öngörülmüştür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu³³ m. 13/12’de de aynı esas kabul edilmiştir. Avukatlık Kanunu³⁴ m. 58 hükmüne göre ise avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında yürütülecek soruşturma için Adalet Bakanlığı’ndan izin alınması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere yargılama faaliyeti yürüten hâkimlere, diğer tüm devlet memurlarına ve kamu görevlisi olmayan avukatlara yürüttükleri görevleri nedeniyle kendilerine yöneltilecek davalara karşı yasal güvence sağlanmıştır. Sigorta tahkim yargılamasında görev alan hakemler de tıpkı hâkimler gibi yargılama faaliyeti yürütmektedir. Hatta son yapılan değişiklikle birlikte sigorta tahkim yargılamasında kesinlik sınırının iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL’ye çıkartıldığı ve Komisyona yapılan başvuruların çoğunun bu miktarın altında olduğu dikkate alındığında uyuşmazlıkların çoğu mahkemelerin önüne gitmeksizin hakem sürecinde nihayete erdirilmektedir. Ancak uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel, Saadet: Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2012, C. LXX, S. 2, s. 83 vd.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Mehmet: Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, C. 7, Sa. 3-4, s. 805 vd.; Duman, İlker Hasan: Hukuk Muhakemeleri Yasası’nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, Sa. 96, s. 404 vd.

³³ RG, 23.07.1965, S. 12056.

³⁴ RG, 07.04.1969, S. 13168.

hakemler tarafından kesin hüküm ile çözülmesine rağmen sigorta hakemlerine herhangi bir teminat sağlanmamıştır. Bu nedenle aleyhine karar verilen taraflarca sigorta hakemlerine karşı görevlerini kötüye kullandıkları iddiasıyla suç duyurusunda bulunulduğu gibi tazminat davası da açılmaktadır. Kanaatimizce yapılacak bir kanuni düzenleme ile sigorta hakemlerine de bir mesleki güvence sağlanmalıdır. Hakemler hakkında görevleri nedeniyle ceza soruşturması veya tazminat davası açılabilmesi için Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan izin alınması şartı aranmalıdır.

C. Sigorta Tahkiminde Başvuru

1. Başvuru Usulü

Sigorta tahkiminde başvuru, doğrudan Sigorta Tahkim Komisyonu'nun merkezine yapılabileceği gibi, varsa başvuru sahibinin yerleşim yerinin bulunduğu ya da rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya da yapılabilir (STY m. 16/1). Komisyona online başvurmak da mümkündür. Komisyona başvuru yazılı şekilde yapılır ve başvuru ile birlikte, uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olunması için gerekli olan belgelerin ve başvuru ücretinin yatırıldığına dair belgenin Komisyona iletilmesi gerekir (STY m. 16/1). Başvuru esnasında Komisyona iletilmesi gereken belgeler aşağıdaki gibidir.

- Islak imzalı başvuru formu
- Kimlik fotokopisi
- Başvuru ücretinin ödendiğine dair makbuz
- Sigorta şirketine gönderilen ödeme talebi
- Sigorta şirketinin red yazısı veya cevap vermediğine ilişkin belgeler
- Şirketin cevabının neden tatmin etmediğine ve komisyondan ne talep edildiğine ilişkin dilekçe

- Uyuşmazlıkla ilgili belgeler
- Avukatla başvuruda vekâletname

Komisyonu başvurmak için öncelikle sigorta şirketinden ödeme talep edilmesi gerekir. Bu nedenle Komisyonu başvurulurken sigorta şirketine gönderilen ödeme talebi eklenmelidir. Şirketin talebe olumlu cevap vermemesi veya on beş iş günü (trafik sigortasında 15 gün) içinde kararını bildirmemesi halinde bu şart gerçekleşmiş sayılır (SK m. 30/13; STY m. 16/2-a). Bu şart Komisyonu gereksiz başvuruları önlemek için oldukça yerindedir³⁵. Zira sigorta şirketi ödeme yaptığı takdirde ortada bir uyuşmazlık kalmayacaktır.

Komisyonu başvurulabilmesi için aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak mahkemede dava açılmamış, TKHK hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne (SK m. 30/14)³⁶ veya HMK kapsamında genel tahkime başvurulmamış olması gerekmektedir (STY m. 16/2-b). Bu düzenleme yargı organlarının gereksiz yere meşgul edilmesini, aynı uyuşmazlıkla ilgili farklı kararların ortaya çıkmasını ve sigorta tahkimi ile yargılama faaliyeti yürüten diğer makamlar arasında çatışma çıkmasının önüne geçmek adına yerinde olmuştur.

Komisyonu 17.01.2023 tarihi itibarıyla toplam 1.347.137 adet başvuru yapılmıştır. Başvuruların 1.341.738 adedi (% 99,60) hayat dışı branşlara, 5.399 adedi (%0,40) ise hayat branşına aittir.

Aşağıdaki tabloda Komisyonu yapılan başvuruların yıllar itibarıyla üçer aylık dönemlerdeki dağılımları gösterilmiştir.

³⁵ Kale/Tunç Yücel, s. 463; Kurt Konca, s. 1357; Yaşar, s. 227.

³⁶ Bu hususta bkz. Saat, Dursun: Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, C. 22, Sa. 3, s. 2463 vd.

Yıl	Ocak - Mart	Nisan - Haziran	Temmuz – Eylül	Ekim – Aralık	Toplam
2023	22117	-	-	-	22117
2022	112938	128889	120480	138725	501032
2021	63611	62414	70035	98414	294474
2020	32975	6795	42075	47033	128878
2019	27237	29447	30960	33160	120804
2018	26712	25178	23431	31493	106814
2017	19118	21179	19669	24490	84456
2016	8523	10016	9719	13771	42029
2015	5046	6175	6815	8003	26039
2014	1846	2322	2821	3703	10692
2013	1039	945	1089	1249	4322
2012	542	524	555	732	2353
2011	457	461	454	485	1857
2010	216	322	259	336	1133
2009	-	-	9	128	137
Toplam	322377	294667	328371	401722	1347137

Görüldüğü üzere Tahkim Komisyonu’nun kuruluşundan sonraki ilk yıllarda çok az sayıda başvuru olurken, Komisyonun zaman içinde bilinirliğinin artması ile başvuru sayısı da düzenli olarak katlanarak artmıştır. Sadece 2022 yılında 501032 başvuru olmuştur.

Başvuruların uyuşmazlık miktarı bazında yıllara göre oransal dağılımı aşağıda gösterilmiştir. Söz konusu tabloda görüldüğü üzere başvuruların neredeyse tamamına yakını iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL’lik kesinlik/temyiz sınırının altındadır. Dolayısıyla Komisyona yapılan başvurular genellikle mahkemelere intikal etmeksizin sigorta tahkim sürecinde nihai olarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Yıl	0 – 5.000 TL	5.001-15.000 TL	15.001-40.000 TL	40.001 TL üzeri
2023	91,03%	6,79%	1,53%	0,66%
2022	77,03%	16,57%	4,35%	2,05%
2021	76,53%	15,09%	4,76%	3,62%
2020	71,81%	16,49%	6,66%	5,04%
2019	70,91%	15,05%	7,61%	6,43%
2018	76,80%	12,53%	5,73%	4,94%
2017	77,67%	11,34%	4,99%	6,00%
2016	75,19%	13,56%	5,52%	6,46%
2015	66,93%	20,08%	5,97%	7,04%
2014	61,48%	10,16%	8,66%	19,71%
2013	48,50%	21,66%	13,67%	16,17%
2012	52, 06%	22,44%	15,04%	10,45%

2. Başvuru Ücreti

Komisyonun gelirleri, üye sigorta kuruluşlarından alınan üye başı sabit katılım ve kazanma oranına göre sigorta kuruluşlarından alınan dosya başı katılım (hakem) ücretidir. Bu ücretlerin haricinde başvuru sahiplerinden de uyuşmazlık miktarına göre değişen başvuru ücreti alınmaktadır (STY m. 11). Başvuru ücreti aşağıda gösterildiği gibidir.

Uyuşmazlık Miktarı	Başvuru Ücreti
0-5000 TL	200 TL
5001-10.000 TL	450 TL
10.001-30.000 TL	650 TL
30.001-	En az 650 TL olmak kaydıyla uyuşmazlık miktarının %1,5'u

3. Başvurunun İncelenmesi

Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvurular, başvuru şartlarının sağlanıp sağlanmadığı konusunda öncelikle raportörler tarafından incelenir (STY m. 16/2). Bu kapsamda özellikle başvuru ücretinin yatırılıp yatırılmadığı, zorunlu sigortalar dışındaki uyuşmazlıklar bakımından sigorta şirketinin Komisyona üye olup olmadığı, Komisyona başvuru öncesi sigorta şirketinden ödemenin talep edilip edilmediği, uyuşmazlık bakımından daha önce mahkemeye, tüketici hakem heyetine veya HMK kapsamında tahkime başvurulup başvurulmadığı incelenir³⁷. Şartların sağlanmadığı tespit edilirse başvuru reddedilir ve başvuru ücretinin %90'ı iade edilir (STY m. 16/3). Talep raportörlerce incelenmeden geri çekilirse de başvuru ücretinin %90'ı iade edilir (STY m.16/4). Ön incelemeyi tamamlayan raportör dosyayı, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgi ve belge eksikliği açısından da inceler. Uyuşmazlığın bilgi ve belge eksikliğinden kaynaklandığının anlaşılması hâlinde ise raportör, durumu taraflara bildirir ve taraflara bilgi vermek kaydıyla dosyayı kapatır. Bu hâlde ise başvuru ücretinin yüzde ellisi başvuru sahibine iade edilir.

Raportörler ön incelemeyi on beş gün içinde tamamlayarak sonucu bir raporla Komisyona bildirir (SK m. 30/15, STY m. 16/6). Başvuru için gerekli şartlar sağlanmışsa uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı olması, uyuşmazlığın miktarı ve iş yükü dikkate alınmak suretiyle hakem listesinden sıra esasına göre bir hakem veya hakem heyeti tayin edilir (STY m. 16/8). Sıra usulünde sigorta hakemlerinin uzmanlık alanları esas alınır. Listenin başındaki sigorta hakeminin uzmanlık alanı, uyuşmazlığın çözümü için uygun değilse, sıradaki uzmanlık alanı uyan ilk hakem atanır (STY m.16/8).

³⁷ Yılmaz, Zekeriya: Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim, Terazi Hukuk Dergisi, S. 17, s. 43; Ulaş, s. 250; Kurt Konca, s. 1359; Yaşar, s. 227, 228.

İtiraz hakem heyetine intikal etmiş dosyalar üzerindeki ilk inceleme ise itiraz yetkilisi tarafından yerine getirilir (STY m. 8/3).

D. Sigorta Tahkiminde Yargılama Usulü

Tahkim yargılamasının ilk aşamasında görev alan hakemlerin görevlendirme tarihinden itibaren dört ay içinde dosyayı karara bağlaması gerekir. Her iki tarafın yazılı şekilde onay vermesi halinde³⁸ dört aylık sürenin bir veya birden fazla uzatılması mümkündür (SK m. 30/16). Ancak Komisyonun veya hakemlerin kendi inisiyatifiyle süreyi uzatmaları mümkün değildir. Uygulamada sigorta şirketleri haklı bir gerekçe olmaksızın süre uzatım taleplerini reddetmekte, bu nedenle hakemler uyuşmazlıklardan el çekmek zorunda kalmakta, dolayısıyla uyuşmazlıklar mahkemelere intikal etmektedir. Bazı olaylarda on günün altında bir ek süre talebine bile sigorta şirketleri onay vermemektedir. Kanaatimizce somut olayın şartlarına göre sigorta şirketlerinin ek süre talebine olumlu cevap vermemesi bazı hallerde dürüstlük ilkesine aykırılık oluşturabilir. Yargıtay da bazı olaylarda yargılama süresinin uzatılmasına onay vermeyen sigorta şirketinin davranışını dürüstlük ilkesine aykırı bulmuştur.³⁹ Kanaatimizce yapılacak kanuni bir düzenleme ile taraflardan birinin talebi ve hakemin de bu talebi uygun görmesi halinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na yargılamayı bir defaya mahsus olmak üzere iki ay uzatma yetkisi verilmelidir.

³⁸ Karasu, Trafik Sigortası, s. 146; Karasu, Tahkim, s. 61; Parlak, Fatma Tülay: Sigorta Tahkim Yargılamasında Süre Uzatıma Taraflardan Birinin Muvafakat Vermemesi Halinde Karşılaşılan Sorunlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVII, Y. 2023, Sa. 2, s. 260 vd.

³⁹ Yrg. 4. HD, T. 31.5.2021, E. 2021/2458, K. 2021/1988: “İHH tarafından davacının bu raporu tek yanlı olarak (mahkeme ya da savcılık görevlendirmesi olmadan) aldığı ve raporu davalının kabul etmediği; raporun, yönetmelikteki şekli şartlara uymadığı; İHH'nin karar verme süresi olan 2 ay içinde eksikliğin tamamlanamadığı ve davalı vekilinin süre uzatımına muvafakat etmediği gerekçesiyle dosyadan el çekilmiştir. Her ne kadar 5684 Sayılı Kanun'un 30/12. maddesi gereği, İHH dosyanın kendisine intikalinden itibaren 2 ay içinde kararını vermek zorunda ise de, bu sürenin tarafların muvafakatı ile uzatılmasına yasal bir engel bulunmadığı; ancak, davalının itiraz ettiği maluliyet raporundaki eksikliğin tamamlanmasına ilişkin usuli işlemlerin yapılmasına muvafakat vermeyişinin TMK madde 2'deki iyiniyet kurallarına uygun düşmeyeceği ve korunmayacağı hususları da gözetilerek inceleme yapılması gereklidir...”

SK m. 30/15 hükmünde, hakem/hakem heyetinin sadece kendilerine verilen evrak üzerinde inceleme yapacağı öngörülmüştür. Ancak dosya üzerinde karar verme yetkisi, hakemlerin taraflardan delil talep etmeyecekleri anlamına gelmemektedir. Hakemler gerekli gördüklerinde taraflardan iddialarını ispat etmeleri için delil sunmalarını isteyebileceği gibi⁴⁰, ilgili kamu ve özel kuruluşlardan belge de talep edebilir. Ayrıca hakemler bilirkişiye deliline başvurabilir, ihtiyati tedbir ve haciz kararı verebilir⁴¹.

Sigorta tahkiminde hakem/hakem heyeti tarafından verilen gerekçeli karar Komisyon Müdürüne gönderilir. Komisyon Müdürü kararı en geç üç iş günü içinde taraflara bildirir. Kararın aslı dosya ile birlikte Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır (SK m. 30/16).

Sigorta tahkiminde yargılamanın ilk aşamasında görev alan hakemlerin on beş bin TL'nin⁴² altındaki uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar kesindir. On beş bin TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklarda kararın Komisyonca ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir. Kesinlik sınırı belirlenirken hakem kararının verildiği tarih esas alınır.

⁴⁰ Bu yönde bkz. Ulaş, s. 257; Karasu, Trafik Sigortası, s. 144; Öztekin, Selçuk: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2, s. 234.

⁴¹ Bu yönde bkz. Budak, Ali Cem: Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 20. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun ile Değişikliğinden sonra Nasıl Yorumlanmalıdır? 2013/2 UTTDER, s. 65; Semerci Vuraloğlu, Tuğba: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S.2, 2016, s. 289; Karasu, Trafik Sigortası, s. 144, 145; Karasu, Tahkim, s. 60; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 344; Kurt Konca, s. 1362. Aksi yönde bkz. Ulaş, s. 257; Öztekin, s. 234.

⁴² İfade etmek gerekir ki hükmün ilk halinde kesinlik sınırı beş bin TL olarak öngörülmüştür. Daha sonra yapılan değişiklikte sınır sekiz bin TL'ye en son değişiklikle birlikte ise on beş bin TL'ye çıkartılmıştır. Bkz. Sigortacılık Kanununun 30'uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG, 28.02.2023; S. 32118), m. 2.

Komisyonaya yapılan itirazlar öncelikle itiraz yetkilisince usul yönünden incelenir. İtirazın usulüne uygun yapıldığı kanaatine varıldığı takdirde itiraza konu dosya listeden seçilen ve üç kişiden oluşan itiraz hakem heyetine tevdi edilir. Süresi içinde ve usulüne uygun şekilde yapılan itiraz hakem kararının kesinleşmesini ve kararın icrasını durdurur (SK m. 30/12).

Tahkim yargılamasının ikinci basamağında görev alan itiraz hakem heyetinin iki ay içinde kararını vermesi gerekir. Heyetin iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL'ye⁴³ kadar olan uyuşmazlıklarda verdiği kararlar her iki taraf için de kesindir. İki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklar için temyiz yoluna gidilebilir. Ancak uyuşmazlık miktarı iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz bin TL'nin altında olsa dahi; tahkim için öngörülen süreden sonra, talep edilmemiş bir şey hakkında, hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan konularda veya tarafların iddiaları dışında karar verilmişse her halükarda temyize başvurulabilir.

Sigorta tahkim yargılamasının yürürlüğe girdiği ilk yıllarda kesinlik/temyiz sınırı kırk bin TL iken son yapılan değişiklikle birlikte bu sınır iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL'ye çıkartılmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere sigorta tahkim komisyonuna yapılan başvuruların neredeyse tamamı bu sınırın altındadır. Dolayısıyla Komisyonaya yapılan başvurular genellikle yargıya taşınmaksızın kesinleşmektedir. Bu noktada kesinlik/temyiz sınırının çok yüksek olduğu dolayısıyla bunun hak arama özgürlüğüne engel teşkil ettiği düşünülebilir. Nitekim kesinlik sınırının kırk bin TL olduğu dönemde

⁴³ İfade etmek gerekir ki, hükmün ilk halinde kesinlik sınırı kırk bin TL olarak öngörülmüştür. Daha sonra yapılan değişiklikle sınır yüzyedi bin TL'ye en son değişiklikle birlikte ise iki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL'ye çıkartılmıştır. Bkz. Sigortacılık Kanununun 30'uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG, 28.02.2023; S. 32118), m. 2.

dahi öğretide bu yönde eleştiriler dile getirilmiştir⁴⁴. Bu yönde eleştirilerin dile getirildiği dönemde sigorta tahkim yargılamasında 18.09.2013 tarihi itibarıyla Komisyon nezdinde itiraz mekanizması öngörüldüğü için hak arama özgürlüğü konusunda yöneltilen bu eleştirilerin önemini kaybettiğini ifade etmiştik⁴⁵. İki yüz otuz sekiz bin yedi yüz otuz TL kesinlik sınırının yüksek olduğu kabul edilse bile, ülkemizde son yıllarda gerçekleşen yüksek enflasyon nedeniyle kısa zaman içinde bu miktarın artık yüksek görülmeyeceğini düşünmekteyiz. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, sigorta tahkim yargılaması sadece sigorta şirketleri bakımından zorunludur. Sigorta ettirenin veya sigortalının mahkemeye başvuru hakkı halen devam etmektedir. Dolayısıyla sigorta ettiren veya sigortalı kendi rızasıyla tahkim yargılamasına başvurduğu için hak arama özgürlüğüne aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir.

Sigortacılık Kanunu'nda sigorta uyuşmazlıkları açısından temyizden önce istinaf kanun yoluna başvurulmasının gerekli olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme yapılmamış SK m. 30/12 hükmünde sadece itiraz hakem heyeti kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulacağı öngörülmüştür. HMK m. 341 hükmünde de istinafa başvurulacak haller arasında hakem kararlarına yer verilmemiştir. Bu noktada itiraz hakem heyeti kararlarına karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulmasının gerekli olup olmadığı hususunda öğreti ve yargı uygulamasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine YİBBGK, 19.06.2020 tarihli 2019/4 Esas 2020/1 karar sayılı ilamında, tahkim yargılamasında kararın hızla kesinleşmesinin önemine vurgu yaparak itiraz hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulması gerektiğine hükmetmiştir.

⁴⁴ Öztekin, kırk bin TL'lik sınırın çok yüksek olduğunu bunun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğini, bu nedenle Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Bkz. Öztekin, s. 242. Benzer yönde bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 362, 370.

⁴⁵ Karasu, Tahkim, s. 63.

Kanaatimizce sigorta tahkim yargılamasının kuruluş amacı dikkate alındığında İBBGK kararı isabetlidir. Zira sigorta tahkimine başvuran sigorta ettiren veya sigortalının amacı bir an önce sigorta tazminatına erişip kısa zaman içinde kaybettiği sigortalı mal varlığının (evinin, arabasının) yenisini alabilmektir⁴⁶. Dolayısıyla tahkim kararlarına karşı önce istinaf sonra temyiz kanun yoluna başvurulması bu amacın sekteye uğramasına neden olacaktır. Ancak bu noktada temyiz sınırına ilişkin yapılan son değişiklikle birlikte bu kararın pratik açıdan pek bir karşılığının kalmadığını da eklemek gerekir. Zira temyiz sınırı oldukça yüksek tutulduğundan çoğu karar tahkim aşamasında kesinleşmekte yargıya intikal etmemektedir. Esasen temyiz sınırının yüksek tutulması da düzenleme yapanın iradesinin kararın bir an önce kesinleşmesi yönünde olduğunu göstermektedir.

IV. SİGORTA TAHKİM YARGILAMASININ YAYGINLAŞTIRILMASI GEREKEN ALANLAR

Sigorta uyuşmazlıklarında uygulanan sigorta tahkim yargılaması sayesinde; sigorta uyuşmazlıkları kısa zamanda, daha az maliyetle, alanında uzman kişilerce, tarafların sırları korunarak çözümlenmektedir. Bu nedenle bu yargılamanın başka alanlarda da uygulanması faydalı olacaktır⁴⁷.

Bu kapsamda tahkim yargılamasının yaygınlaştırılması gereken alanlardan birisi iş uyuşmazlıklarıdır. Zira iş uyuşmazlıklarına ilişkin

⁴⁶ Benzer yönde bkz. Karasu, Rauf: Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Ankara Barosu tarafından 02.04.2019 tarihinde düzenlenen Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sempozyumunda sunulan tebliğ-<https://www.youtube.com/playlist?list=PL4jCA0s9Z5BAmvGqblNOSa8VATsfdN94V>, (Çevrimici, Erişim tarihi: 11.06.2023), dakika 4 vd.

⁴⁷ Tahkim yargılamasının yaygınlaştırılması gerektiği düşünülen alanlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, Rauf/Güner, Temel: Sigorta Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uygulanan Kurumsal Tahkim Yargılamasının Yaygınlaştırılmasının Gerekliği Üzerine, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara 2022, s. 299 vd.

arabuluculuk süreçlerinde işçi zayıf konumda olduğundan genellikle pazarlık etmeksizin işverenin teklifinin kabul etmektedir. Oysa tahkim yargılamasında hakemler huzurunda bir yargılama faaliyeti yürütülmekte ve daha adil sonuçlar elde edilmektedir.

Tahkim yargılamasının uygulanması gerektiği düşünülen ikinci önemli alan tüketici uyuşmazlıklarıdır. Esasen bu ihtiyaç dikkate alınarak tüketici uyuşmazlıkları açısından tüketici hakem heyetleri oluşturulmuştur. Ancak tüketici hakem heyetleri gerek yapısı gerekse işleyişi itibariyle zayıf konumda olan tüketici açısından elverişli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Dolayısıyla tüketici uyuşmazlıkları bakımından da kurumsal tahkim yargılamasının benimsenmesinde fayda vardır.

Tahkim yargılamasının uygulanması gereken üçüncü alan ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı finansal konulara ilişkin uyuşmazlıklar, özellikle de bankacılık sektörüdür. Bu alanda tüketiciler uzun yargılama süreleri nedeniyle özellikle uyuşmazlık miktarının düşük olduğu durumlarda bankaya karşı olan talepleri için dava açmak konusunda tereddüt etmektedir. Bu nedenle hızlı ve etkili bir çözüm adına bankacılık uyuşmazlıkları açısından da kurumsal tahkimin yaygınlaştırılması faydalı olacaktır.

V. SONUÇ

Uyuşmazlıkların mahkemelere intikal etmeden hızlı şekilde çözümlenmesi adına uygulamada sıklıkla arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmaktadır. Nitekim son yıllarda mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla iş, ticaret, tüketici ve son olarak kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiş, uyuşmazlık taraflarının mahkemeleri meşgul etmeden anlaşmaları amaçlanmıştır. Ancak arabuluculuk zorunlu hale getirilirken daha çok yargının iş yükünün hafifletilmesi amacı ön planda tutulmuş, bu uygulamanın adil yargılanma hakkı konusunda oluşturacağı olumsuz

sonuçlar pek göz önünde bulundurulmamıştır. Nitekim uygulamadan edinilen tecrübe bu kaygıyı haklı çıkarmış, arabuluculuk sürecinde zayıf konumda bulunan işçiler ve tüketiciler işverenin ve satıcının teklifini pazarlık etmeksizin kabul etmiştir. Dolayısıyla arabuluculuk süreci mahkemelerin iş yükünü azaltsa da adil yargılanma hakkı açısından olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Bu nedenle sigorta uyuşmazlıklarında arabuluculuk yanında onun gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan sigorta tahkim yargılaması büyük bir önem taşımaktadır. Sigorta uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın zayıf tarafı olan sigortalılar arabuluculuğa başvurmadan veya arabuluculuğa başvurmakla birlikte anlaşma sağlanamaması halinde haklarını Mahkemeler yerine sigorta tahkim yargılamasında arayabilirler. Burada vurgulamak gerekir ki, tahkim yargılaması arabuluculuğun değil arabuluculuk gibi daha çok mahkemelerin alternatifi olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu nedenle belirttiğimiz uyuşmazlıkların zayıf tarafı olan sigortalı, tüketici ve işçi dava açmadan ve tahkim yoluna başvurmadan önce arabuluculuğu tercih edebilir. Ancak arabuluculuğa başvurduğunda bu süreçte anlaşmanın sağlanamaması halinde yıllarca sürececek bir dava açmak zorunda olmadığını, dava açmak yerine tahkim yoluna başvurarak alacağına daha kısa sürede ve daha az maliyetle kavuşacağına düşünerek arabuluculuk sürecinde fedakarlık yaparak alacağın bir kısmından vazgeçmeyecektir. Bu nedenle iş ve tüketici hukuku ile bankacılık hukuku alanlarında da sigorta tahkim yargılamasına benzer kurumsal tahkim yargılamasının uygulanması faydalı olacaktır.

Sigorta tahkim yargılamasının büyük faydaları olmakla birlikte bazı sorunlarının olduğu da bir gerçektir. Yapılacak düzenlemelerle en kısa sürede bu sorunların çözülmesinin gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle sigorta hakemlerinin mahkemeler gibi yargılama yetkisini kullandığı dikkate alındığında mesleğe kabul şartlarına ilişkin düzenlemeler yönetmelikle değil kanunla yapılmalıdır.

Sigorta hakemleri yargılama faaliyeti yaptıkları halde görevleri nedeniyle verdikleri kararlar konusunda hiçbir güvenceye sahip değildir. Kanaatimizce yapılacak bir kanuni düzenleme ile hakemler hakkında görevleri nedeniyle ceza soruşturması açılabilmesi veya tazminat davası açılabilmesi için Sigortacılık Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan izin alınması şartı aranmalıdır.

Tahkim yargılamasının amacı uyuşmazlıkların en kısa süre içinde çözülmesi olduğundan, yargılama süreleri uyuşmazlık hakemleri için dört ay itiraz hakemleri için ise iki ay şeklinde çok kısa tutulmuştur. Ancak bazı hallerde uyuşmazlık dosyasının çok kapsamlı olması ve hastaneden usulüne uygun maluliyet raporunun alınması ve akabinde aktüer raporu alınması gerekli olduğundan bu süreler yetmemektedir. Kanaatimizce yapılacak kanuni bir düzenleme ile taraflardan birinin talebi ve hakemin de bu talebi uygun görmesi halinde Sigorta Tahkim Komisyonuna yargılamayı bir defaya mahsus olmak üzere iki ay uzatma yetkisi verilmelidir.

KAYNAKÇA

Boztosun, Derviş/Koç, Selahattin/Aksoy, Barış: Türkiye’de Banka ve Sigorta İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Uygulaması, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Temmuz/2019, S. 83, s. 213-230.

Budak, Ali Cem: Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu’nun 20. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun ile Değişikliğinden sonra Nasıl Yorumlanmalıdır? 2013/2 UTDER, s. 53-71.

Budak, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, 2016/1, s. 121-129.

Dayınlarlı, Kemal: HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.

Demir, Mehmet: Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, C. 7, Sa. 3-4, s. 805-861.

Duman, İlker Hasan: Hukuk Muhakemeleri Yasası’nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (96), s. 403-412.

Kale, Serdar/Tunç Yücel, Müjgan: Sigortacılık Kanununda Tahkim, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 1, s. 461-477.

Karasu, Rauf/Güner, Temel: Sigorta Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uygulanan Kurumsal Tahkim Yargılamasının Yaygınlaştırılmasının Gerekliliği Üzerine, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Ankara 2022, s. 299-331.

Karasu, Rauf: Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası, Trafik Sigortası, Ankara 2016 (Trafik Sigortası).

Karasu, Rauf: Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı: 26 (Nisan 2016), s. 49-69 (Tahkim).

Karasu, Rauf: Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Ankara Barosu tarafından 02.04.2019 tarihinde düzenlenen Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sempozyumunda sunulan tebliğ- <https://www.youtube.com/playlist?list=PL4jCA0s9Z5BAmvGqblNOSa8VATsfdN94V>, (Çevrimici, Erişim tarihi: 11.06.2023).

Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Ankara 2015.

Kurt Konca, Nesibe: Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 1343-1365.

Lorenz, E.; Der Versicherungsombudsmann - eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen", Versicherungsrecht 2004.

Özbay, İbrahim: Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004.

Özdamar, Mehmet: Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 831-855.

Öztek, Selçuk: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2, s. 221-249.

Parlak, Fatma Tülay: Sigorta Tahkim Yargılamasında Süre Uzatıma Taraflardan Birinin Muvafakat Vermemesi Halinde Karşılaşılan Sorunlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2023, C. XXVII, Sa. 2, s. 249-272.

Saat, Dursun: Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri Ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, C. 22, Sa. 3, s. 2453-2471.

Semerci Vuraloğlu, Tuğba: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S.2, 2016, s. 269-312.

Taşkın, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000.

Ulaş, Işıl: Sigorta Tahkimi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV S. 2, s. 239-266.

Ulusoy, Erol: Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim" 14 Şubat 2009, İstanbul 2009, s. 203-251.

Yaşar, Tuğçe Nimet: Sigorta Hukukunda Tahkim, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, Yıl: 9, S. 36, s. 211- 240.

Yeşilova Aras, Ecehan/Yeşilova, Bilgehan: Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, s. 275-379.

Yıldırım, Nevhis Deren: Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönler, Ankara Barosu Dergisi, 2002/4, s. 37-44.

Yıldız, Habib: Sigorta Tahkim Komisyonu'nun Örgütsel Yapısı ve İşleyişi, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi 2022, 18(1), s. 68-78.

Yılmaz, Zekeriya: Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim, Terazi Hukuk Dergisi, S. 17, s. 37-48.

Yüksel, Saadet: Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2012, C. LXX, S. 2, s. 71-98.

SERMAYE PİYASASI UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM

Dr. Yusuf Ziyaeddin SÖNMEZ*

A. Sermaye Piyasasında Menfaat Çatışmaları ve Bundan Doğan Uyuşmazlıklar

1. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Kaynağı Olarak Sermaye Piyasasında Menfaat Çatışmaları

Sermaye piyasası, esas itibarıyla mal ve hizmet üretimini gerçekleştirmek üzere gerekli yatırımların yapılabilmesi için ihtiyaç duyulan kaynağın temin edildiği yerdir. Bu nedenle, bu piyasanın sağlıklı çalışması, ekonomi için son derece önemlidir. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünün hızlı, etkili ve etkin olması da hiç şüphesiz bu piyasanın istikrarlı ve güven içinde çalışmasının vazgeçilmez koşullarından biridir¹. Bu durum, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili maddi hukuk yanında yargılama hukukunda da özel düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde yargısal yolların yanında alternatif çözüm yollarının da bir bütünlük içinde ele alınması ve düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde süratli, ekonomik ve etkili hukuki yolların geliştirilmesi, mahkemelerin yanında mahkeme dışı çözüm yollarının da mevcut olmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamlı düzenlemelere konu edildiği, yargı kararlarının da bu tür çözüm yollarını teşvik ettiği görülmektedir.

* Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi Başkanı

¹ Yatırımcıların karşı karşıya kaldığı uyuşmazlıkların en kısa sürede ve tatmin edici bir biçimde çözümlenmesinin sermaye piyasasında yatırımcının korunmasının en önemli yollarından biri olduğu hususunda bkz. ATA, Özlem: Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satım Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, İstanbul 2020, s.449; ÇETİN, Nusret/TÖREMİŞ, Hatice, Ebru/CANTİMUR, Zeynep: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Ankara 2014, s.188.

Sermaye piyasası uyuşmazlığı denilince, en geniş anlamıyla, uyuşmazlığın temelinde yatan işlemin, taraflar arasında uyuşmazlığı ortaya çıkaran bağın sermaye piyasasında ve sermaye piyasası hukuku kapsamında tesis edilmiş olması, başka bir deyişle sermaye piyasasında düzenlenen işlemlerden kaynaklanan veya faaliyetlerin icrası sırasında meydana gelen zararların giderilmesi taleplerinden doğan uyuşmazlıkları anlamamız gerekir².

Bu tür uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yollarının araştırılması, buna ilişkin düzenlemelerin sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi, hiç şüphesiz uyuşmazlığın temelinde yatan sermaye piyasasındaki işlem ve faaliyetlerden kaynaklanan menfaat çatışmalarının neler olduğunu ortaya koymakla mümkün olabilir.

Sermaye piyasası, doğrudan finansman esasına³ dayandığı için bu modelde fon arz edenler ile fon talep edenler arasında doğrudan doğruya hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişki ya ortaklık ya da alacaklılık ilişkisidir⁴. Ayrıca bu ilişkinin hukuki niteliğinden bağımsız olarak, sermaye piyasası aracına yatırım yapılan ihraççının sağladığı bu finansmanı doğru kullanamaması nedeniyle zarar etmesi veya beklenen ölçüde kâr elde edememesi, kâr dağıtamaması, piyasa değerinin düşmesi, alacaklılık ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde anapara veya faiz ödemelerinde temerrüde düşmesi gibi yatırım projesinin maruz kalabileceği riskleri tasarruf sahibi üstlenir. Bu durum, elde edilebilecek yüksek getirinin karşılığını oluşturur. Aynı zamanda

² TEVETOĞLU, Mete: Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim, Ankara 2010, s.32.

³ Doğrudan finansman sisteminde fon talep edenlerle (menkul kıymet arz edenler) fon arz edenler (menkul kıymet talep edenler), finansal aracılar kanalıyla karşı karşıya gelmektedir. Bu hususta bili, doğrudan finansman modeliyle finansal piyasalarda fon toplama yöntemlerinden bir diğeri olan dolaylı finansman modeli hakkında bilgi için bkz. SOYDEMİR, Selim/AKYÜZ, Abdullah: Sermaye Piyasası ve Borsa, Ekonomik Analiz, Kurumsal ve Yasal Yapı, Tarihçe ve Tanıklıklar, İstanbul 2015, s.33 vd.

⁴ SOYDEMİR/AKYÜZ, s.36.

bu tür bir risk/getiri oranının yüksekliği, esas itibarıyla yatırımcıların sermaye piyasasında hangi yatırım projelerine yatırım yapacaklarına kendi risk/getiri tercihlerine göre kendilerinin karar vermelerinin de doğal bir sonucudur.

Öte yandan, yatırımcının bu piyasada karşı karşıya olduğu risklerin bununla sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Yatırımcıların sermaye piyasasında işlem yapmak amacıyla hizmet aldıkları yatırım kuruluşları ile girdikleri hukuki ilişkiler çeşitli risklere maruz kalması mümkündür. Nihayet bu piyasada yatırımcıların birbirileri ile karşılıklı olarak girdikleri sermaye piyasası araçlarının alım satımı, ödünç verilmesi, teminat olarak sermaye piyasası araçlarının kullanılmasından kaynaklanan ilişkiler nedeniyle de zarar görme riskleri ile karşı karşıya olduğunu söyleyebiliriz.

Bu kapsamda özetlemek gerekirse, yatırımcıların maruz kaldığı riskleri, bu piyasada girdikleri hukuki ilişki türlerine göre belirlemek gerekir. Zira, bir menfaat çatışması, hangi alanda olursa olsun, bir şekilde hukuki ilişkiye giren taraflar veya aralarında hukuki ilişki kurulmuş kimseler arasında söz konusu olabilir.

2. Sermaye Piyasasındaki Menfaat Çatışmalarının Kaynağı Olarak Bu Piyasada Meydana Gelen Hukuki İlişkilere Bakış

a) Sermaye Piyasasında Ortaya Çıkan Hukuki İlişki Biçimleri

Sermaye piyasasındaki hukuki ilişkiler, esas itibarıyla birincil ve ikincil piyasada⁵ işlem yapan kişi ve kurumlar arasında meydana gelir. Yatırımcı ile ihraççı, yatırımcı ile sermaye piyasası kurumu, ihraççı ile

⁵ Birincil piyasa sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp yatırımcılara satıldığı, başka bir deyişle ihraç veya halka arz işleminin gerçekleştirildiği piyasayı ifade eder. İkincil piyasa ise, daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasında alım satımının gerçekleştirildiği piyasadır. Bu konudaki geniş literatür için bkz. ATA, s.36, dn.113'te yer alan yazarlar.

sermaye piyasası kurumu, sermaye piyasası kurumu ile sermaye piyasası kurumu ve nihayet yatırımcı ile diğer yatırımcılar arasında halka arz, halka arza aracılık, halka arz edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının alım satımı, bu araçların alım satımına aracılık başta olmak üzere çeşitli hukuki ilişkiler meydana gelir.

Bu ilişkilerden kaynaklanabilecek menfaat çatışmalarının dört başlık altında ele alınması mümkündür⁶.

-Yatırımcı ile ihraççı arasında kurulan hukuki ilişkiden kaynaklanan menfaat çatışmaları

-Yatırımcı veya daha geniş bir bakış açısıyla müşteri (yatırımcı, ihraççı veya diğer sermaye piyasası kurumları) ile sermaye piyasası kurumu arasında kurulan hukuki ilişkilerden kaynaklanan menfaat çatışmaları

-İhraççı ile yatırım kuruluşu arasında kurulan hukuki ilişkiden kaynaklanan menfaat çatışmaları

-Yatırımcı ile diğer yatırımcılar arasında kurulan hukuki ilişkiden kaynaklanan menfaat çatışmaları

Belirtilen menfaat çatışmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafları, taraflar arasındaki güç dengesi, uyuşmazlığın piyasanın genel olarak istikrar ve güvenilirliğine olan etkisi, uyuşmazlığın konusu, konunun karmaşıklığı ve diğer piyasa katılımcılarının işlemlerine etkisi ile bizzat uyuşmazlığın tutarı, bunların çözümünde kullanılacak hukuki yolların farklı olmasını gerektirir. Dolayısıyla sermaye piyasası

⁶ Sermaye piyasası uyuşmazlıklarını ihraççı-yatırımcı, finansal aracı-yatırımcı ve uluslararası menkul kıymet işlemleri bakımından bilgilendirici aracı-yatırımcı olmak üzere üç kategoride incelenebileceği hususunda bkz. KALKAN, Onur: Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemleri, İstanbul 2019, s.9. Ancak yazarın bu ayrıma dayanak gösterdiği kaynak da göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce söz konusu ayırım karşılaştırmalı hukukta konunun nasıl değerlendirildiğini göstermesi bakımından önemi haiz olup, Türk sermaye piyasası hukuku bakımından uyuşmazlıkların taraflarının ihraççı-yatırımcı, yatırım kuruluşu-ihraççı, yatırım kuruluşu-yatırımcı ile yatırımcı-yatırımcı olabileceğinde şüphe etmemek gerekir.

uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunun elverişliliğinin değerlendirilebilmesi için ilk olarak bu çatışma alanlarına genel olarak bakmak yararlı olacaktır.

b) Yatırımcı-İhraççı Arasındaki İlişkilerden Doğan Menfaat Çatışmaları

İhraççının ihraç etmiş olduğu sermaye piyasasının aracının yatırımcılar tarafından satın alınması ile iki taraf arasında bir hukuki ilişki kurulur. Bu hukuki ilişki, ihraç edilen sermaye piyasası aracının niteliğine göre ortaklık ya da alacaklılık ilişkisidir. Bu ilişkinin kurulması aşamasında ve kurulduktan sonra olmak üzere iki safhada taraflar arasında menfaat çatışması meydana gelebilir. İlk olarak, yatırım kararı alınması ya da yatırım kararının değiştirilmesi sürecinde yatırımcı çeşitli riskler ile karşı karşıyadır: Bunlardan en önemlisi, yatırımcının yatırım kararını almasına, kendi risk/getiri tercihleri doğrultusunda seçim yapmasına imkân sağlayacak bilgidен mahrum bırakılması, kendisine yanlış, yanıltıcı bilgi verilmesi veya bilginin güncellenmemesi nedeniyle yatırımcının zarar etmesidir. Sermaye piyasası araçlarını halka arz eden bir şirketin faaliyet yapısını önemli ölçüde etkileyebilecek bir kamu kurumunda alınmış olan faaliyet lisansının idari makamlarca iptal edilmesi veya mal yapısını önemli ölçüde etkileyebilecek nitelikte hakkında açılmış olan davanın kamuyu aydınlatma belgesinde açıklanmaması gibi haller buna örnek olarak gösterilebilir.

İhraç veya halka arz sırasında ihraççı/halka arz eden tarafından kamuya açıklanan bilginin yanlış, yanıltıcı nitelikte olması veya zamanında açıklanmaması nedeniyle yatırımcının bu bilgiye vakıf olsaydı yapmayacağı bir yatırımı yapması, ihraççı-halka arz eden bakımından ise, talep görmemesi gereken düzeyde satış yapma imkânı elde ederek veya bu bilgi nedeniyle satış fiyatının olması gerekenden

daha yüksek belirlenmiş olması sonucunda haksız zenginleşme gerçekleşebilir. İşte ihraç veya halka arz işleminin iki tarafı arasında meydana gelebilecek bu tür menfaat çatışmaları çeşitli hukuki uyuşmazlıkların doğmasına yol açabilmektedir. Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluk ve buna bağlı olarak yatırımcılar tarafından ihraççı veya halka arz eden kuruluşa karşı açılacak SPKn. md. 32 uyarınca tazminat davası buna örnek olarak gösterilebilir. veya sermaye artırımına ilişkin genel kurul ya da yönetim kurulu kararının iptali davası, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası.

Yatırımcıların bu ilişkide maruz kalabilecekleri ikinci risk ise, ihraç veya halka arz işlemi tamamlandıktan sonra ortaya çıkmaktadır. İstismar riski olarak adlandırabileceğimiz bu riskin konusu ihraççı/halka arz eden ile aralarında kurulmuş olan ortaklık veya alacaklılık ilişkisinin devamı sırasında ihraç veya halka arzdan elde edilen fonunun, satış aşamasında taahhüt edilenden farklı şekilde ve ihraç/halka arz işleminin amacına aykırı olarak kullanması ya da hukuka aykırı işlemler ile bu fonun bir takım örtülü işlemlerle ihraççı/halka arz eden kuruluşun örneğin hakim ortağı veya yöneticisinin kendi kişisel malvarlığına aktarılmasıdır.

Bu tür aykırılık durumlarında da kaynak aktarımına yol açan işlemin iptali ve ihraççı/halka arz eden kuruluşa iadesinin sağlanması için dava açılması söz konusu olacaktır. Yine bu tür uyuşmazlıklar sermaye artırımına ilişkin genel kurul ya da yönetim kurulu kararının iptali davası, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasına da vücut verebilir. Hatta bu ihtimalde SPKn.'nın Sermaye Piyasası Kurulu'na tanıdığı dava yetkilerinin de bulunduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle bu riske karşı yatırımcının korunması için Sermaye Piyasası Kurulu da uyuşmazlığın tarafı olabilmektedir.

c) Yatırımcı ile Yatırım Kuruluşları-Sermaye Piyasası Kurumları Arasında Çıkabilecek Menfaat Çatışmaları

Yatırımcıların, yatırım yaparken hizmetinden yararlandığı kurumlarla girdikleri hukuki ilişkide de çeşitli menfaat çatışması alanları ortaya çıkabilmektedir Bunları iki başlık altında ele almak mümkündür. İlk olarak yatırım kuruluşlarının maruz kalacağı mali riskler yatırımcıların yatırım kuruluşu nezdindeki malvarlıklarını tehlikeye atabilir. Bunun dışında yatırım kurulu çalışanlarının hukuka aykırı fiilleri veya özen ve sadakat borcuna aykırı davranışları da yatırımcıların zarar görmesine yol açabilir. Diğer yandan, hukuka aykırı fiilleri ile yatırımcının da yatırım kuruluşunu zarara uğratması, hatta genel olarak piyasanın işleyişi bozacak şekilde davranışlarda bulunması ve bunu sonucunda örneğin alım satım işleminin karşı tarafının maruz kalacağı zararların yatırım kuruluşunun borsa veya takas sistemindeki teminatlarından karşılanması nedeniyle yatırım kuruluşunun zarara uğraması da söz konusu olabilir.

ç) Yatırımcı ile Diğer Yatırımcılar Arasında Çıkabilecek Menfaat Çatışmaları

Yatırımcıların diğer yatırımcılar ile girdiği hukuki ilişkilerde de, bunlardan birinin işleminin karşı tarafına hukuka aykırı fiilleri nedeniyle verdiği zararların tazminine ilişkin hukuki uyuşmazlık çıkabilir.

Piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon), bilgi suiistimali (içerden öğrenenlerin ticareti) gibi hem sermaye piyasasında yatırımcıların diğer yatırımcıların aleyhine haksız kazanç elde etmesini sağlayan, hem de piyasanın işleyişinin bozulmasına yol açan fiil ve işlemleri nedeniyle taraflar arasında tazminat davası açılması, getiri vaadiyle diğer yatırımcılara yönelik gerçekleştirilen izinsiz sermaye piyasası faaliyeti nedeniyle bu tür faaliyetlerden mağdur olan yatırımcıların bu tür

faaliyetlerde bulunan yatırımcıya karşı verilen para veya kıymetlerin iadesine yönelik dava açmaları söz konusu olabilir. Dolayısıyla yatırımcı-yatırımcı arasındaki hukuki ilişkilerde meydana gelebilecek menfaat çatışmaları sermaye piyasasında önemli bir uyuşmazlık alanına kaynak teşkil etmektedir.

B. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Taraf Olduğu Uyuşmazlıklar

Sermaye piyasası mevzuatına aykırı davranışlarda bulunulması durumunda uygulanacak tedbir ve yaptırımlar SPKn.’nun “Sermaye piyasasında denetim ve tedbirler” başlıklı Beşinci Kısım’da düzenlenmiştir. Hukuki yaptırımların önemli bir kısmı ihlalin önlenmesi veya sonuçlarının giderilmesi amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu’na belirli bazı durumlarda tanınan, aykırılıkları gerçekleştiren veya bundan menfaat sağlayan kişi ve kurumlara karşı çeşitli hukuk davaları açma yetkisidir. Burada ya ihlalin sonuçlarının telafi edilmesi ya da ihlalin sona erdirilmesi amacıyla hukuk mahkemeleri nezdinde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ihlali gerçekleştirenler aleyhine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından dava açılması söz konusudur. Bu davalar, esas itibarıyla sermaye piyasası mevzuatına aykırılık oluşturan ve bu suretle halka açık ortaklığın malvarlığında kayba neden olan işlemin iptal edilmesine veya ihlal neticesinde elde edilen kazancın, haksız edinilen malvarlığının iadesine ya da halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerine uyumun temin edilmesi için icraî nitelikte karar alınmasına yöneliktir.

Halka açık anonim ortaklıkların hukuka aykırı fiilleri nedeniyle malvarlığının almasına yol açılması halinde 6362 sayılı SPKn. md. 92/1-b bendinde Sermaye Piyasası Kurulu’na, durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının kendisi tarafından tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal

davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açma yetkisi tanınmıştır⁷.

Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlal edilmesine özgü tedbir ve yaptırımlar ise, 6362 sayılı SPKn. md. 21/4 ile 94. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre ilk olarak, örtülü kazanç aktarımının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep etmektedir. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar bu süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. İşte, bu durumda da iade gerçekleşmez ise, 6362 sayılı SPKn. md. 94/1 uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu'na halka açık anonim ortaklıktan haksız bir biçimde aktarılan bu tutarın bu ortaklığa iadesini sağlamak üzere lehine

⁷ Bu hususta geniş bilgi için bkz. MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Yayın Nu.501, Ankara 2016, s.463 vd. Yargıtay, 2499 sayılı mülga SPKn. md. 46/1-c hükmünde sayılan koşullar gerçekleştiğinde eTTK md. 381 de sayılmamasına rağmen Kurulun halka açık anonim ortaklık genel kurul kararına karşı iptal davası açabileceği görüşündedir (MANAVGAT; s.443, dn.347'de belirtilen karar). Dolayısıyla Kurulun halka açık anonim ortaklık genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkının da olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, *Manavgat*'a göre, iptal davası sonucunda hukuki işlem mahkeme kararıyla iptal edildiği takdirde, halka açık anonim ortaklığın malvarlığındaki azalmanın giderilebilmesi için aynı nitelikte bir istihkak veya kişisel nitelikte bir sebepsiz zenginleşme davası açılması gerekecektir. *Manavgat*, hukuki işlemin iptalini takiben açılacak bu davaların SPKn. md. 92 kapsamında olmadığı ve bunların Kurul tarafından açılmayacağı görüşündedir (s.441). Esasen Kurula SPKn.'nın md. 92 93 ve 94. maddelerinde tanınan dava yetkileri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. Maddesinde düzenlenen başkasının hakkını dava takip yetkisinin özel görünüm biçimleridir. Başkasının hakkını dava takip yetkisinin kullanılması için bu yetkinin kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir (Bu hususta bkz. DİŞEL, Buse: Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s.68.). Dolayısıyla hukuki işlemin iptalini takiben açılacak iade davası sadece örtülü kazanç aktarımlarında açıkça düzenlendiğinden Kurul tarafından dava konusu edilebilir. Bunun dışındaki davalarda iadeyi talep yetkisi ilgili halka açık anonim ortaklığa aittir.

aktarım yapılmış olan taraf aleyhine dava açma yetkisi tanınmıştır⁸.

Halka açık anonim ortaklıkların hukuka aykırı faaliyet ve işlemleri nedeniyle bu işlemlere karşı açılacak iptal ve hükümsüzlüğün tespitine ilişkin davaların da yine burada uygulama alanı bulacağın söylemek gerekir. Zira, örtülü kazanç aktarımına ilişkin tedbirlerin düzenlendiği 94. maddede, aynı Kanunun 92. maddesine atıf yapılmış ve 92. maddedeki davaların kıyasen buraya da uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁹.

Ayrıca halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kararlarının iptalini düzenleyen SPKn. md. 18/6 hükmünde, yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sistemi bağlamındaki yetkileri kapsamında aldığı kararlar aleyhine TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümler çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahiplerinin iptal davası açabileceği düzenlenmiş, SPKn. md. 93 hükmünde ise, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun bazı kararlarına karşı iptal davasını açma yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu'na da tanınmıştır¹⁰.

Bunun dışında, 6362 sayılı SPKn'nun 17/2 fıkrasında kurumsal yönetim ilkelerine uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesinin yaptırımları düzenlenmiştir. Buna göre, Sermaye Piyasası Kurulu, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların, niteliklerine göre, kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmaya, buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, verilen süre içinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya ve buna ilişkin işlemleri resen yapmaya, herhangi bir süre vermemiş olsa dahi uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan

⁸ Bu hususta bkz. MANAVGAT, s.442; DURAN, Akif: Örtülü Kazanç Aktarım Yasası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:26, İstanbul 2021, s.331.

⁹ DURAN, s.330.

¹⁰ DURAN, 344, 345.

muaf olarak ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Halka açık ortaklıklar ile ilgili Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınan dava açma yetkisi izahnamede verilen taahhütlere aykırı davranılması, sermaye artırımında elde edilen tutarın izahnamede gösterilen şekilde kullanılmaması durumlarında da söz konusu olabilir. 6362 sayılı SPKn'nun 91. maddesine 7222 sayılı Kanun¹¹ ile eklenen üçüncü fıkra ile izahnamede yer alan yatırımcıların yatırım kararını etkileyecek nitelikteki taahhüt ve açıklamalara aykırı davranılması veya taahhütlerin makul süre içerisinde yerine getirilmemesi ve ilgili düzenlemelerine uygun olarak taahhüt ve açıklamalarda değişiklik yapılmamış olması hâlinde, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, Sermaye Piyasası Kurulu, ilgililerden aykırılıkların belirlenen bir sürede giderilmesini ya da öngörülen işlemleri yapmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye paralel olarak ayrıca Kurula bu durumun makul bir ekonomik veya finansal gerekçeye dayandığını gösterir belge ve/veya açıklama sunulmadığı takdirde, ihraçtan elde edilen nakit veya diğer varlıkların kullanılmasını engellemek amacıyla kamuyu aydınlatma belgesinde yer alan taahhüt ve açıklamalara aykırı olarak gerçekleştirilen iş ve işlemler için her türlü harç ve teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri alma yetkisi de verilmiştir.

Bunun yanı sıra, aynı maddede Sermaye Piyasası Kurulu'na, ihraçtan elde edilen tutarın izahnameye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurduğu tespit edilen iş ve işlemlerin iptali ve elde edilen nakit ve diğer varlıkların izahnameyi yayımlayan ortaklığa veya kolektif

¹¹ 25.2.2020 tarihli ve 31050 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

yatırım kuruluşuna iadesi için tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde izahnamenin onay tarihinden itibaren iki yıl içerisinde izahnameye aykırı olarak gerçekleştirilen işlemin iptali için dava açmaya da yetkisi de tanınmıştır.

Nihayet, Sermaye Piyasası Kurulu'na, sermaye piyasası kurumlarının iflası veya tedricî tasfiyeye girmesi durumlarında, sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi yöneticilerinin ve konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsen iflaslarını istemeye yetkisi de tanınmıştır.

Görüldüğü gibi, Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınmış olan halka açık ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarının sermaye piyasası mevzuatına aykırı fiil ve işlemleri ile ilgili olarak tanınmış olan geçersizliğin tespiti, iptali, istirdat davası ile şahsi iflas davaları, bir kamu kurumunun çeşitli durumlarda uyuşmazlığın tarafı haline getirebilmektedir. Ancak SPKn.'nda bu tür durumlarda dava açma yetkisi dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları düzenlenmediğinden, söz konusu davalarda tahkim ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulama alanı bulamayacağını söylemek gerekir.

C. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümü

1. Yargı Yolu

a) Adli Yargı

Yukarıda belirtilen uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözülmesinin olağan bir yöntem olduğuna şüphe yoktur. Adli yargı, olağan ve genel bir yargı kolu olup, diğer yargı kollarının görevine girmeyen davalar adli yargıda görülür.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının bir kısmı, sermaye piyasası işlemleriyle ilgili yatırım kuruluşu ve yatırımcı arasında tarafların çerçeve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığı, alım satım emirlerinin sisteme iletilmediği veya zamanında ya da belirtildiği kapsamda iletilmediği, bu işlemlerden doğan taahhütlerin yerine getirilmediği durumlarda çıkmakta olup, bu gibi durumlarda oluşan zararın tazmini talebini içermektedir¹². Bunun dışında ihraççı-yatırımcı arasında çıkabilecek menfaat çatışmaları da adli yargı alanında çeşitli davalara konu olabilir. SPKn.'nın 10 ve 32. maddelerinde yer alan kamuyu aydınlatma belgelerinde yanlış, yanıltıcı bilgilere yer verilmiş olması veya açıklamanın hiç yapılmaması ya da geç yapılması eksik yapılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini talepleri buna örnek gösterilebilir. Aynı şekilde yatırımcıların pay sahibi sıfatıyla halka açık anonim ortaklık yönetim kurulu yeleri aleyhine TTK md. 553 vd. uyarınca tazminat davası açmaları da mümkündür. Bu tür tazminat davalarının yanında aracı kurumun düzenlemekle yükümlü olduğu müşteri emri formu gibi belgelerdeki imzaların yatırımcıya ait olup olmadığının tespitine yönelik tespit davası¹³, alınmış olan sermaye artırım kararının kanuna veya dürüstlük kurallarına aykırılığı nedeniyle genel kurul ya da yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açılması gündeme gelebilir.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının adli yargıda çözülmesi, genel mahkemeler eliyle gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle, ülkemizde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde ihtisas mahkemesi bulunmamaktadır¹⁴. Esas itibarıyla bu olgu da bu tür uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının

¹² USCA, Enver/TÖREMİŞ, Hatice Ebru: Adli Yargıda Açılan Davanın Aracı Kurumla Yatırımcı Arasındaki Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Etkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.1, 2011, s.84.

¹³ USCA/TÖREMİŞ, s.85.

¹⁴ Doktrinde bu durumun bir eksiklik olduğu, bu alanda ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiği görüşü için bkz. ATA, s.452.

düzenlenmesi ihtiyacını doğuran önemli sebeplerden biridir¹⁵.

b) Zorunlu Arabuluculuk

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanmak üzere 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için ihtiyari olarak başvurabilecekleri arabuluculuk süreci düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 18/A maddesinde ise, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olmasının “dava şartı” olarak kabul edildiği hallerde arabuluculuk süreci kapsamında uygulanacak hükümlere yer verilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)’na eklenen 5/A maddesi ile de, 1.1.2019 tarihi itibarıyla TTK’nun 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 şartı olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (7445 sayılı Kanun)¹⁶ 31 inci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*” ibaresi “*para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında,*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile ticari davalardan, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

¹⁵ Nitekim 5864 sayılı Sigortacılık Kanunu ile sigortacılıkta oluşturulan nispi zorunlu tahkim sistemine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde de “*sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması*” olguları sigortacılıkta tahkim kurumunun özel bir hükümle düzenlenmesinin amacı olarak gösterilmiştir. Bu gerekçeye ilişkin olarak bkz. ULUSOY, Erol: “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- “Tahkim”- 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s.237, 238.

¹⁶ 5.4.2023 tarih ve 32154 sayılı sayılı RG’de yayımlanmıştır.

Buna göre, TTK'nın 4 üncü maddesi kapsamında her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın maddede öngörülen hususlarda doğan hukuk davaları ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalarda dava şartı arabuluculuk uygulanmaktadır.

Dolayısıyla zorunlu arabuluculuğun bu gelişmeler üzerine genişleyen kapsamı çerçevesinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun uygulanması ile ilgili esasların belirlenmesi gerekmektedir. Konuyu, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının niteliğine göre üçe ayırarak incelemek yararlı olur. Zira, her bir uyuşmazlık türü tarafları ve konusu itibarıyla zorunlu arabuluculuk kapsamında birbirinden farklı şekilde değerlendirilmeyi gerektirmektedir.

İlk olarak, Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınan dava açma yetkileri bakımından söz konusu davalarda dava şartı olarak arabuluculuğa gidilmesi zorunluluğunu değerlendirmek gerekir. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından açılacak olan iade davasının konusu, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin değildir. Zira, SPKn'nun 94. maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulu'na kendisi tarafından belirlenen süre içinde belirlenen tutarın lehine aktarım yapılan taraftan, aktarımı yapan tarafa iadesi için dava açma yetkisi tanınmış olup, anılan dava yatırımcıların korunması amacına hizmet etmektedir. Başka bir deyişle, bu davalar Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir alacağının tahsili ya da maruz kaldığı zararın tazmini amacına yönelik olmayıp, başkasının hakkının dava takip yetkisi kapsamında açılmaktadır.

Örtülü kazanç aktarım davalarının temel amacı; örtülü kazanç aktarımı sonucunda malvarlığı azaltılan ortaklığın malvarlığının eski haline getirilmesi olduğundan, anılan davalar esas itibarıyla bir alacak ya da istirdat davası olmayıp, kendine özgü özel nitelikli bir dava türüdür.

Nitekim, SPKn'nun 94. maddesi ile kendisine verilen yetki ve görevler çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu, 21 inci maddede belirtilen işlemlerde bulundukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden kendisi tarafından belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için örtülü kazanç aktarımı davası açmaya yetkili kılınmıştır. Anılan dava, SPKn'nun 94. maddesi ile verilen görevler çerçevesinde, örtülü kazanç aktarımı yoluyla sermayesi azaltılan halka açık ortaklıkların ve dolayısıyla yatırımcılarının haklarının korunmasını teminen, örtülü olarak aktarılan tutarın davacı sıfatıyla Kurula değil, halka açık ortaklığa iadesi amacıyla açılmaktadır.

Bu çerçevede, her ne kadar alacak ve istirdat davaları bakımından zorunlu arabuluculuk şartı getirilmiş olsa da, örtülü kazanç aktarımının iadesi davalarının kendine has bir yapısı olduğu, alacak veya istirdat davası niteliğinde olmadıkları, bu nedenle de dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadıklarını söylemek daha isabetli olacaktır. Başka bir deyişle, 7445 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin Kurul tarafından açılacak örtülü kazanç aktarım davalarının niteliğini ve dava şartı arabuluculuğa tabi olmama durumunu etkilemediği düşüncesindeyiz.

Kaldı ki, yatırımcıların hak ve menfaatlerine ilişkin olarak uzlaşmaya varmak konusunda SPKn.'nda Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınan bir yetki de bulunmamaktadır. Nitekim, örtülü kazanç aktarımı yoluyla malvarlığı azaltıldığı tespit edilen halka açık bir şirkete aktarılan tutarın iadesi istemiyle SPKn md. 94 hükmü gereğince Sermaye Piyasası Kurulu tarafından açılan bir davada, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 8.12.2020 tarih ve E.2020/1375, K.2020/1292 sayılı kararı ile "...Davacı Kurul, örtülü kazanç aktarımı yaptığı tespit olunan davalılardan yasal düzenlemeler gereği isteğe rağmen halka açık ortaklığa iade gerçekleşmemesi üzerine şirkete iade talebinde bulunulmuştur. Davacı Kurula dava açma yetkisi veren yasal düzenlemenin kamusal yönü gözetildiğinde davanın; ' tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde olmadığı' açıktır. Davanın niteliği itibariyle dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa başvuru şartı gerekmemektedir.....” gerekçesiyle, davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı isabetli bir şekilde tespit edilmiştir¹⁷.

İkinci olarak, ihraççı ile yatırımcı arasındaki hukuki uyuşmazlıklarda özellikle SPKn. md. 32 uyarınca yatırımcılar tarafından ihraççıya karşı açılacak tazminat davalarında, pay sahipleri tarafından TTK md. 553 uyarınca yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında, hatta birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine ilişkin olarak TTK md. 191 uyarınca açılacak denkleştirme davalarında, bu tür davaların konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğundan, zorunlu arabuluculuk uygulaması söz konusu olacaktır.

Yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki hukuki ilişkilerde ise, yatırımcının tüketici sıfatıyla yer aldığı işlemler bakımından konunun tüketicinin korunması mevzuatı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 73 uyarınca tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli kılınmıştır. Aynı Kanunun 68. maddesinde ise, burada belirtilen miktarı aşmayan tüketici işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunlu kılınmıştır. Bu çerçevede, yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların konusu o yıl için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurular için belirlenen miktarın altında kalması durumunda tüketici mahkemelerinden önce hakem heyetine başvuru

¹⁷ Karar için bkz. DURAN, s.331, dn.870. Böylelikle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından “örtülü kazanç aktarımı yoluyla malvarlığı azaltıldığı tespit edilen halka açık bir şirkete aktarılan tutarın iadesi istemiyle” açılan davaların re’sen ilk derece mahkemesinde görülmesi gerektiği, bu davaların arabulucuya gidilmediği gerekçesiyle dava şartı yokluğundan reddedilemeyeceği isabetli bir biçimde ortaya konulmuş olmaktadır.

zorunludur¹⁸. Yatırımcılar tüketici hakem heyeti kararlarına karşı tüketici mahkemelerinde itiraz edebilmektedir. Tüketici işleminin aynı zamanda ticari davaya vücut verdiği durumlarda, doktrinde hâkim görüş dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağı böyle durumlarda tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu görüşündedir¹⁹.

2. Tahkim

Tahkim, iki veya daha fazla taraf arasında yapılan ve tarafların adil bir yargılamadan sonra hakemlerce hukuk kurallarına uygun bir şekilde verilecek kararla bağlı olacaklarını kabul ettikleri bir sözleşmeye dayanarak ya da kanunla öngörülen uyuşmazlıkların özel olarak çözümü, daha doğru bir deyişle uyuşmazlıkların özel kişiler eliyle nihai olarak karara bağlanması²⁰ için oluşturulmuş bir yöntemdir²¹.

İsteğe bağlı ve zorunlu olmak üzere iki tür tahkim bulunmaktadır²². İsteğe bağlı tahkimde, taraflar, kendi aralarında seçtikleri hakemlere başvurmakta ve hiç bir resmi sıfatı olmayan hakem veya hakemler, tıpkı bir

¹⁸ TÖREMİŞ, Hatice Ebru: Sermaye Piyasası Faaliyetleri Bağlamında Yatırımcının Tüketici Olarak Korunması, Ankara 2022, s.307.

¹⁹ Konuya ilişkin tartışmalar ve bu görüşün gerekçeleri hakkında bilgi için bkz. TÖREMİŞ, s.311.

²⁰ Uyuşmazlığın çözümü ifadesi yerine nihai karar bağlanma vurgusu ve kullanımı için bkz. YILMAZ, Ejder: Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Makaleler (1973-2013), C.II, Ankara 2014, s.1175

²¹ Çeşitli tahkim tanımları için bkz. YEĞENGİL, Rasih: Tahkim, İstanbul 1974, s.93 vd. Yeğengil'in yaptığı tanım ise şu şekildedir: “*Tahkim, kanunun menetmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca Devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir.*” (s.94). Tahkimin hukuki niteliği, alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta geniş bilgi için bkz. BÖRÜ, Levent: Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m 18/A, 18) SÜHFD, C.31, S.1, 2023, s.70 vd.

²² Bu ve diğer tahkim türleri hakkında genel bilgi için pek çokları yerine bkz. YILMAZ, Tahkim Hukuku, s.1180 vd.

mahkeme gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı inceleyip karara bağlamaktadır. Zorunlu tahkimde ise, taraflar, mahkemelerde dava açmak yerine özel kanunlarda belirtilen hakemlere başvurmakla yükümlüdürler. Zorunlu tahkim öngören düzenlemeler, tarafların tahkimden önce mahkemeye müracaat etmelerine engel olduğu gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407 ilâ 444. maddeleri arasında düzenlenen ihtiyari tahkim yoluna başvurmalarına da engel olur²³. Zorunlu tahkim bizzat kanundan kaynaklandığı için burada taraflar arasında yapılmış ayrı bir tahkim anlaşmasının varlığına ihtiyaç yoktur²⁴. Doktrinde bazı yazarlar ihtiyari-zorunlu tahkim ayrımı içinde üçüncü bir kategorinin daha olduğunu ileri sürmüştür²⁵. Nispi zorunlu tahkim adı verilen bu tür, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü bir taraf için zorunlu, diğer taraf için ihtiyaridir²⁶. Türk hukukunda zorunlu tahkime yer veren çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır²⁷. Ancak sermaye piyasası uyuşmazlıklarında SPKn.'nda sermaye piyasası uyuşmazlıkları için aşağıda detayları ile inceleneceği üzere, borsa ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği nezdinde yatırım kuruluşu-yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklar bakımından bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenlemeler olmakla birlikte, bunların tahkim olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, gerekçelerine aşağıda değineceğimiz üzere ülkemizde sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkimin, özellikle zorunlu tahkim yolunun düzenlenmemiş olduğunu kabul etmek

²³ Bu hususta pek çokları yerine bkz. DEMİREL ÖZDEMİR, s.13.

²⁴ EKŞİ, Nuray: Spor Tahkim Hukuku, İstanbul 2015, s.139.

²⁵ ULUSOY, s.240.

²⁶ ULUSOY, s.240. Yazar bu özelliği itibarıyla nispi zorunlu tahkimin en tipik örneğinin sigortacılıkta tahkim olduğunu belirtmektedir (Bu husustaki açıklamalar için bkz. (s.240, 241).

²⁷ Türk hukukunda zorunlu tahkimi öngören kanuni düzenlemelerin tam listesi ve konuya ilişkin değerlendirme için bkz. EKŞİ, s.140, 141.

daha uygun olacaktır²⁸.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için zorunlu tahkimin düzenlenmediği durumlarda tahkim anlaşması ya da tahkim şartının temel ilişkiyi kuran sözleşmede yer verilerek veya ayrı bir tahkim sözleşmesinin yapılmış olması gerekir²⁹. Daha doğru bir deyişle, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafları uyuşmazlık durumunda tahkime gidileceği konusunda anlaşmış olmaları şartlarının bir arada gerçekleşmiş olması gerekir³⁰.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim sözleşmesine konu olup olamayacağına Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın 408. maddesinde yer alan tahkime elverişlilik kuralı açısından yaklaşmak gerekir. Doktrinde tahkime elverişlilik, usul hukukuna ilişkin ve maddi hukuka ilişkin olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir³¹.

Usul hukukuna ilişkin olarak tahkime elverişlilik, dava konusu üzerinde tarafların iradesine tabi olarak işlemlerde bulunulabilmesini ifade eder. Buna göre dava konusu üzerinde sulh, kabul ve feragat gibi işlemlerde bulunulabilmesi halinde, usul hukuku anlamında tahkime elverişlilikten söz edilebilir.

Maddi hukuk anlamında tahkime elverişlilik ise, davaya konu hak üzerinde tarafların tasarruf yetkisine sahip olması durumunda söz

²⁸ Aksi görüş için bkz. HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- "Tahkim"- 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s.179, dn.3'te borsa uyuşmazlıklarının Borsa nezdinde çözümünü zorunlu tahkim olarak nitelendirmektedir. *Ulusoy* ise, borsa uyuşmazlıklarını nispi zorunlu tahkim olduğu görüşündedir (s.244). Buna karşılık, *Ekşi*, uyuşmazlıkların idari kurullar tarafından çözümlenmesine ilişkin hükümlerin zorunlu tahkim olmadığı görüşündedir (s.141).

²⁹ ULUSOY, s.203.

³⁰ DEMİREL ÖZDEMİR, s.13.

³¹ HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s.197.

konusu olur. HMK md. 408 uyarınca iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Tahkime objektif elverişlilik şeklinde de anılan uyuşmazlık konusunun tahkime uygun olup olmadığı hususunda kanun koyucunun, taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakları dışarıda bırakılacak olursa, koyduğu temel ölçü, uyuşmazlığın iki tarafın iradesine tabi olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, tahkime objektif elverişlilik, esas itibarıyla uyuşmazlık konusu işin iki tarafın iradesine tabi olup olmadığı ile ilgilidir. Bu ise, uyuşmazlık konusunda tarafların serbestçe tasarruf edebilmesini ifade eder³². Uyuşmazlık konusunda tasarruf edebilmek, kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme türlerinden ayrı sözleşmeler yapmak ve bunları istedikleri gibi düzenleyip belirlemek ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmak koşuluyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin yapısını değiştirmektedir³³. Bu yönüyle kamu yararı amacıyla sevk edilmiş hükümlerin uygulanmasının söz konusu olduğu işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, başka bir deyişle çözümü için kanun koyucunun kamu yararı amacıyla sevkettiği hükümlerin uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıklar iki tarafın serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardan sayılır. Yargıtay uygulamasında bu husus tarafların dava aşamasında sulh olabilecekleri işlerin yanında, kamu yararı amacıyla sevk edilmiş hükümlerin uygulanması söz konusu olduğu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı şeklinde gelişmiştir. Kira tespit, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde kaynaklanan uyuşmazlıklarda Yargıtay, tarafların üzerinde sulh olup olmadıklarından bağımsız olarak uyuşmazlıklara ilişkin emredici hükümlere aykırılıktan yola çıkarak tahkim kaydının geçersizliğine hükmetmiştir³⁴.

³² YAVUZ, s.155.

³³ YAVUZ, s.155.

³⁴ HELVACI, s. 201.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı hususu Türk hukukunda karşılaştırmalı hukukta özellikle ABD hukukunda olduğunun aksine³⁵, çok tartışılmamıştır. Doktrinde çoğunluk görüşü özellikle yatırımcı-yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu yönündedir³⁶. Bununla birlikte, uygulamada da

³⁵ TEVETOĞLU, s.266 vd.; CEVİZ; s.62 vd.; Bunun dışında bkz. BLACK, Barbara: Investor Protection Meets the Federal Arbitration Act, Stanford Journal of Complex Litigation, Vo.1-1 Fall 2012, s.16 vd.; POSER, Norman, S.: Making Securities Arbitration Work, SMU Law Review, (1997), Vo.50, s.280 vd.; GROSS, Jill, I.: The Customer's Nonwaivable Right to Choose Arbitration in the Securities Industry, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, (2016) Vol.10, Issue 2, s.401 vd.

³⁶ Örneğin, *Demirel Özdemir*, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği uyuşmazlık olduğundan sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu görüşündedir (s.41). *Ata* da tarafların çerçeve sözleşmede tahkim şartı öngörebilmelerinin mümkün olduğu görüşündedir (s.453). Sermaye piyasası uyuşmazlıklarından bağımsız olarak yine doktrinde tazminat talebi gibi medeni hukuk konusuna giren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. HUYSAL, s.121, 122, ERDEM, Ercüment: Tahkim Anlaşması, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s.256). Buna karşılık, *Gözüyeşil*, izahnameden doğan sorumluluk ile ilgili tazminat davaları bakımından iki tarafın iradesine tabi olamayan işlerin, korunması gereken üstün bir menfaatin varlığı halinde, mesela tüketicinin korunması ile alakalı bir uyuşmazlık bakımından söz konusu olabileceğini ve sermaye piyasası hukukunda kabul gören yatırımcının korunması ilkesi nazara alındığında üstün bir menfaatin varlığından bahsetmenin mümkün olduğu görüşündedir. Ancak anılan yazar, sermaye piyasası araçlarının satın alınması bir ticari faaliyet olduğundan ve fertlerin, yatırımlarının akıbetlerini belirleme noktasında tam bir irade serbestisini haiz olması karşısında; sermaye piyasası araçlarının ihracından doğan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğunu kabulü gerektiğini belirtmiştir. (GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat: Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 2. Bası, Ankara 2020, s.332). Bu kapsamda rekabet hukuku kapsamındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun yaygın bir görüş olduğu hususunda bkz. ERDEM, s.257. Türk hukukunda uyuşmazlık konusu sözleşmenin rekabet hukukun ihlal ettiği durumlarda bazı yazarlar hakem heyetinin tazminat kararı vermeden önce Rekabet Kurumu'na başvurarak rekabet ihlalinin saptanmasının yerinde olduğu görüşündedir (Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ERDEM, s.257, dn.44'te belirtilen yazarlar). Aksi görüş ise, hakem heyetinin ön mesele olarak bunu kendisinin değerlendirmesi gerektiği görüşündedir (Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ERDEM, s.257, dn.45'te belirtilen yazarlar. Yargıtay'ın bu hususta ilk görüşü benimsediği hususunda ayrıca bkz. ERDEM, s.257, dn.46'da belirtilen karar). Bu tartışmanın sermaye piyasası uyuşmazlıkları bakımından da önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira sermaye piyasası uyuşmazlıklarında dıyuşmazlığın temeli büyük ölçüde sermaye piyasası mevzuatına aykırı iş ve işlemlere dayanmakta olup, bu hususta Sermaye Piyasası Kurulu'nun tespitinin istenmesi mümkündür. Bu tespiti bağli olarak uyuşmazlığın çözümünde sermaye piyasası mevzuatının öngördüğü emredici ya da nispi emredici hükümlerin somut olaya uygulanması gerektiği de kabul edilmelidir.

yatırımcı-yatırım kurulu arasındaki uyuşmazlıklarda çerçeve sözleşmede bu tür kayıtlara yer verilmediğini görüyoruz³⁷. Bu bakımdan sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim yolu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara ilişkin olduğundan, her ne kadar HMK uyarınca tahkime elverişli ise de, kullanılan bir yöntem olmamıştır.

Bu hususta belirtmek gerekir ki, tahkim sadece yargılama hukukunda değil, esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinde de serbestlik sağlayan bir uyuşmazlık çözüm yoludur³⁸. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının temelinde uyuşmazlık dar ya da geniş çerçevede ele alırsak alalım, uyuşmazlığın kaynağı esas itibarıyla sermaye piyasası mevzuatına aykırılıklardır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluyla esasa uygulanacak hukukun seçiminde serbestçe hareket edilmesi ve sermaye piyasası mevzuatının uygulanmamasının kararlaştırılmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Bu durum, söz konusu mevzuatın kural olarak emredici düzenlemelerden oluşmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim doktrinde, taraflar arasındaki ilişkinin ilgili piyasa işleminin tabi olduğu emredici vasfı yaygın ve kuvvetli olan usul ve esaslara ilişkin düzenlemelerin dışında kalan konuları kapsar şekilde değerlendirilmesi gerektiği görüşü isabetli bir biçimde ileri sürülmüştür³⁹.

³⁷ Bu yönde CEVİZ, Resul: Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, İstanbul 2016, s.130. Gerçekten de sermaye piyasası mevzuatında yatırım kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerde hemen hemen bütün yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunabilmenin ön koşulu olarak müşteri ile çerçeve sözleşmesi imzalanması zorunlu tutulmuştur. Tebliğde çerçeve sözleşmelerde bulunması gereken bazı kayıtlara yer verilmişse de, genel bir çerçeve sözleşme örneği Tebliğ ekinde yer almamaktadır. Nitekim, uygulamada çerçeve sözleşmelerde uyuşmazlık halinde yalnızca yetkili mahkemelerin kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu bakımdan *Tevetoğlu*'nun uygulamada sözleşmelerde sıklıkla tahkim şartına yer verildiğine ilişkin gözlemine katılamaya imkan göremiyoruz (*Tevetoğlu*'nun bu açıklaması için bkz. s.338)

³⁸ ULUSOY, s.205.

³⁹ TEVETOĞLU, s.337. Aynı yönde bkz. CEVİZ, s.145.

3. Tüketici Hakem Heyeti

Yatırımcılar ile yatırım kuruluşları arasında yatırımcıların tüketici sıfatıyla⁴⁰ yer aldığı yatırım hizmet ve faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. maddesi uyarınca belirli bir tutarı aşmıyorsa, bu uyuşmazlıkların tüketici hakem heyeti tarafından çözülmesi zorunlu tutulmuştur⁴¹. Dolayısıyla, tüketici olduğu belirlenen kişilerle yatırım kuruluşları veya portföy yönetim şirketleri arasında aktedilen yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların konunu o yıl için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvuru için belirlenen miktarın altında kalması halinde yatırımcıların tüketici hakem heyetine başvurması zorunlu olacaktır⁴².

Ç. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

1. Genel Olarak

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında mahkeme dışı çözüm yolları, 6362 sayılı SPKn.'nda, söz konusu uyuşmazlıkların öz düzenleyici kuruluşlar bünyesinde çözülmesini sağlamak üzere özel olarak düzenlenmiştir. SPKn. md. 67/1-f bendinde uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin usul ve esasların ilgili borsa tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür. SPKn.

⁴⁰ Yatırımcıların tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. ATA, s.64 vd. Çoğunluk görüşü yatırımcıların yatırım kuruluşları tarafından sunulan hizmetlerden yararlanması durumunda tüketici sayılacağı yönündedir (pek çokları yerine ATA, s.67).

⁴¹ Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği, buradaki faaliyetin tahkim sayılıp sayılmayacağı hususunda bkz. BUDAK, Ali Cem: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s. 79, 80.

⁴² TÖREMİŞ, s.307.

md. 70/1 ise, yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin usul ve esasların borsa yönetim kurullarınca belirleneceğini âmiridir. SPKn md. 74/1-g Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyelerinin bu kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin gerekli alt yapıyı kurmak ve yönetmekle yükümlü kılınmıştır.

Bu düzenlemelerde dikkat çeken ilk husus, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının yalnızca yatırım hizmet ve faaliyetlerinden kaynaklanan kısmının çözümünde alternatif uyuşmazlık çözümlerinin düzenlemeye konu edilmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, yatırım-ihraççı arasındaki hukuki uyuşmazlıklar için özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dar kapsamlı bir şekilde ele alınan sermaye piyasası uyuşmazlıklarında da ikili bir ayırım yapılmıştır: Uyuşmazlığın kaynağının borsa işlemi olup olmamasına göre farklı çözüm yöntemi getirilmiştir. Buna göre, uyuşmazlık, borsa işleminden kaynaklanıyorsa Borsa İstanbul A.Ş. bünyesinde kendine özgü alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıyla; buna karşılık Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyelerinin bu kanun kapsamındaki faaliyetlerinden doğan, ancak borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıklar ise, TSPB bünyesinde tahkim yoluyla çözülmektedir.

2. Borsa İstanbul A.Ş. Bünyesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

a) Düzenlenişi

SPKn'nın 70/1 hükmünde, yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle 67 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan “borsa işlemlerinden” doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin usul ve esasların borsa yönetim kurullarınca belirleneceği hükme

bağlanmıştır⁴³. Aynı fıkra da ayrıca anılan yönetim kurulu kararlarına karşı özel bir itiraz yolu da düzenlenmiştir. Buna göre, uyuşmazlığa ilişkin olduğu tutarın SPKn'nun 84/5 hükmünde belirtilen tutarlardan fazla olması durumunda⁴⁴ karara karşı Kurul nezdinde itirazda bulunulabilir.

Bunun dışında, *Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği*⁴⁵ (Borsa Yönetmeliği)'nin 47 ila 50 inci maddeleri arasında, borsada işlem yapma yetkisi verilenlerin kendi aralarındaki borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile borsada işlem yapma yetkisi verilenler ile müşterileri arasındaki aynı nitelikteki uyuşmazlıkların Borsa tarafından çözümüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Yine konu, "Borsa İstanbul A.Ş. Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar İle İlgili Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği"⁴⁶nde de ilgili piyasa işlemlerine ilişkin olarak düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, tarafların borsa işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklarının "borsa uyuşmazlığı" yöntemi ile çözümlenmesi amacıyla Borsa'ya başvurması durumunda, SPKn'nun 70/1 hükmü uyarına üst sınır (2023 yılı için 721.557 TL) üzerinde kalan tutarlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Borsa kararlarına karşı Kurul'a itiraz edilebilecek olup, Kurul'ca konuya

⁴³ 6362 sayılı SPKn. yürürlüğe girmeden önce de borsa uyuşmazlıklarının çözümü o zamanki adıyla İstanbul Menkul Kıymetler Borsası nezdinde görülmekteydi. 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (91 sayılı KHK)'nin 13. maddesi ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği (İMKBY)'nin 42. maddesi ve devamı hükümlerinde, yatırımcı-borsa üyesi arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda, müşterinin isteği halinde başvurabileceği bir çözüm yolu öngörülmüştü. Borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların ise bu şekilde çözümü zorunluydu. Sermaye Piyasası Kurulu'nun, Borsa Yönetim Kurulu kararına itiraz edilmesi halinde, yine uyuşmazlığı inceleme yetkisi bulunmaktadır (91 sayılı KHK md.13 ve İMKBY md.43, 46). Bu hususta geniş bilgi için bkz. TEVETOĞLU, s.307 vd.

⁴⁴ SPKn'nun 70/1 hükmünde Kurul'a itiraz edilebilecek kararlar bakımından parasal sınır SPKn'nun 84/5 hükmünde yer alan tutara atıf yapılarak düzenlenmiş olup, SPKn'nun 84/5 hükmünde belirlenen parasal tutar 100.000 TL'dir. Bununla birlikte, anılan tutar her yıl yeniden değerlemeye tabi tutulmakta olup, bu tutar 2023 yılı için 721.557 TL olarak uygulanmaktadır (30.12.2022 tarihli ve 22/74 sayılı Haftalık Bülten)

⁴⁵ 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁶ 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ilişkin verilecek kararlar idari süreç bakımından nihaidir⁴⁷. Ancak genel hükümler uyarınca zamanaşımı süreleri içerisinde kalmak kaydıyla, ilgililerin yargı yoluna başvuru imkânları da bulunmaktadır. Nitekim, SPKn’da borsa uyuşmazlıklarının borsalar nezdinde çözümü yargı makamlarına başvurulmasının bir ön koşulu veya bir yargılama şartı olarak düzenlenmediği gibi, tarafların uyuşmazlıkları ile ilgili doğrudan yargıya başvurma imkanlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir düzenleme de mevcut değildir⁴⁸.

Belirtilmelidir ki, mülga 2499 sayılı SPKn döneminde borsa uyuşmazlığı usulü 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 13 üncü maddesinde düzenlenmişti. Öte yandan, anılan dönemde açılan bir davaya ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 26.6.1998 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında “91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesi de; yukarıda açıklanan ve kamu hizmeti gereği olarak davalı kuruma tanınan yetkinin kapsamını belirlemekte; herhangi bir şekilde tahkim usulü öngörmemektedir. Esasen tahkim usulünün olabilmesi yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer almasına ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesine bağlı olup, adli yargının yetkisini de kısmen sınırlar nitelikte olan bu usul söz konusu yasal düzenlemede yer almamaktadır.” ifadesine yer verilerek, borsa uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin usulün tahkim usulü olmadığı ifade edilmiştir⁴⁹. Öte yandan, SPKn’nun 70 inci maddesinde de borsa uyuşmazlıkları bakımından kanunen tahkim usulünün düzenlenmediği görülmektedir.

⁴⁷ Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği’nin 49/2 hükmünde “Kurulun uyuşmazlıkları çözümlemeye dair kararları nihaidir.” hükmü yer almaktadır.

⁴⁸ Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği’nin 47/3 hükmünde “Tarafların uyuşmazlığa ilişkin olarak yargı mercilerine başvuru hakkı saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır.

⁴⁹ 6362 sayılı SPKn md. 140 hükmü ile 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

b) Kapsamı

Yukarıda da belirtildiği gibi, SPKn md. 67/1-(b) ve (c) hükümleri kapsamındaki borsa işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkların yargı makamlarına gidilmesinden önce konusunda uzman olan borsalar nezdinde çözümlenebileceği düşünüerek uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından alternatif ve ihtiyari bir yöntem olarak borsa uyuşmazlıklarının çözümü mevzuatımızda özel olarak düzenlenmiştir⁵⁰.

Uyuşmazlık çözümünün kapsamını kişi ve konu akımından ikiye ayırarak incelemek yerinde olur. Konu bakımından kapsamının borsa işlemleri ile sınırlı olduğunu belirtmiştik. Borsa işlemi⁵¹ Borsa Yönetmeliği'nin 34/1 fıkrasında; *“alım satım emirlerinin Borsaya iletilmesini, bu emirlerin Borsa kurallarına göre eşleştirilmesini ve bu*

⁵⁰ SPKn'nun 79 inci maddesinin gerekçesinde; *“Madde ile borsaların anonim şirket olarak yapılandırılacağı göz önüne alınarak piyasaların daha etkin ve adil işleyebilmesini teminen, 91 sayılı KHK'nın 13 üncü maddesinde yer alan ihtilafların çözümü kanuni alt yapıya kavuşturulmuş, borsaların gözetimine ilişkin sistemin esasları belirlenmiştir. Bu hüküm özellikle uyuşmazlıkların kısa sürede etkin bir şekilde çözümlenmesine olanak tanıyan tahkim müessesesinin borsa uyuşmazlıklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesine olanak sağlamıştır. Bu hüküm İFM projesi ile de uyumludur.”* ifadelerine yer verilmiştir.

⁵¹ Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, borsa uyuşmazlığının temelinde yer alan borsa işlemi tanımı 91 sayılı KHK döneminde de buna benzer bir kapsamda ele alınmıştır. Borsa işlemi, Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelik'in 54. maddesinde, *“Borsa Yönetim Kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda, borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin, rekabet koşulları altında karşılaştırılması”* olarak ifade edilmiştir. Borsa işlemi, gerçekleşen alım ve satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesiyle tamamlanır. Bu çerçevede, yatırımcının aracı kuruluşa emir vermesi ile başlayıp, emrin borsaya intikali, işlemin borsada gerçekleştirilerek, tasfiye edilmesi aşamalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların borsa işleminden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Tevetoğlu'na göre bu yaklaşımın temelinde borsa işleminin belirleyici unsuru olarak işlemin icra edilme usulü ve icra edildiği yer kriterleri yer almaktadır (s.42, bu düzenleme anlayışının eleştirisi için bkz. s.42 vd.). Dolayısıyla virman talimatları, takas ve saklamadaki senetlerin veya emanetteki nakdin teslimi, temettü tahsili, rüçhan haklarının kullanımı, kredili işlemler, aracı kurum ile müşteri arasındaki akde dayalı belgelerin geçerliliği ya da yatırımcının yatırım kuruluşuna ödemesi gereken komisyon ücretleri gibi konularına ilişkin ihtilafların çözüm yeri münhasıran adli yargı olup, bu tür uyuşmazlıklar borsa uyuşmazlığı çerçevesinde incelenemez. (AYDIN, s.191)

surette gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin Borsanın ve ilgili takas ve saklama kuruluşlarının düzenlemelerinde belirtilen yöntemlerle ve süreler içerisinde yerine getirilmesi” olarak açık bir biçimde tanımlanmıştır.

Borsa işlemlerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkları, alım satım işlemleri ile kredili işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Alım satım işlemleri sırasında çıkabilecek uyuşmazlıkları da emirlerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile emirlerin tasfiyesi aşamasında doğabilecek uyuşmazlıklar şeklinde iki gruba ayırmak mümkündür. Emirlerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar esas itibarıyla üç şekilde oluşabilir. Bunlar, alım satım emirlerinin hiç yerine getirilmemesi,⁵² gereği gibi yerine getirilmemesi,⁵³ emir verilmediği halde işlem gerçekleştirilmesidir.⁵⁴ Emirlerin tasfiye aşamasındaki uyuşmazlıklar ise, müşteri tarafından verilen emrin borsaya iletilmesi ve verilen emrin gerçekleşmesi üzerine müşterinin alım halinde menkul kıymetin bedelini, satım halinde ise satılan menkul kıymeti teslim yükümlülüğünü yerine getirmemesi

⁵² Burada verilen emrin kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi söz konusudur. Bunların daha ziyade değer kaybı yaşayan bir sermaye piyasası aracındaki zararın sonlandırılması amacıyla yatırımcı tarafından yatırım kuruluşuna fiyatların belirli bir seviyenin altına düşmesi halinde satış emri (stop loss) vermesine karşın aracının bu emri icra etmede başarısız olduğu hususunda bkz. CEVİZ, s.154

⁵³ Özellikle limitli olarak verilen emirlerde limit fiyatına aykırı işlem yapılması ve serbest fiyatlı emirlerde ise işlemin en iyi fiyattan gerçekleştirilmemesi hallerinde işlemin gereği gibi yerine getirilmediğinden söz etmek mümkün olur. Bu hususta bkz. CEVİZ, s.154, 155.

⁵⁴ Bu uyuşmazlıklar yatırımcılar adına ve hesabına borsada işlem yapabilecek olan borsa üyelerinin daha önce emanetine bırakılmış payların yatırımcıların herhangi bir emri olmaksızın satılması ya da yatırımcı hesabındaki nakdin yatırımcının bilgisi olmaksızın kullanılması ile gerçekleşir ve yatırımcının zarara uğradığı iddiasına dayanır (CEVİZ, s.152). Emanete bırakılan payların müşteri emri olmasa bile borsada alım satım konu oldukları andan itibaren bir borsa işlemi teşkil ettiği hususundaki uygulama için bkz. CEVİZ, s.152, dn.459.

halinde ortaya çıkar⁵⁵.

Ancak, uyuşmazlığın borsa işleminden kaynaklanması ölçütünün sınırlarının her zaman ve her olayda çok net bir biçimde çizilebilecek nitelikte olmadığını da belirtmek gerekir. Bunun en tipik örneği yatırım kuruluşunun daha fazla komisyon geliri elde etmek amacıyla müşteriyi çok sayıda işlem yapmaya teşvik etmesi, hatta bu amaçla müşterinin iradesini fesada uğratacak şekilde hareket ederek görünüşte müşterinin emrine dayanan, ancak gerçekte onun menfaatine aykırı, hatta iradesini fesada uğratarak işlemler gerçekleştirmesidir. Uygulamada Türkçeye çalkalama olarak çevirebileceğimiz “*churning*”⁵⁶ adı verilen yöntemlerle bu şekilde borsa üyesi yatırım kuruluşunun haksız kazanç elde etmesi, bunun karşılığında müşterinin de zarar etmesi durumunda bu zararın giderilmesi taleplerinin borsa uyuşmazlığı kapsamında çözülüp çözilemeyeceği büyük önem arz eder. Doktrinde Kalkan, “*churning*” (provizyon avcılığı) işleminin sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu⁵⁷, bu sebeple yatırım

⁵⁵ AYDIN, s.182, 183. Yazar, taraflar arasında işlemin tasfiyesinden doğan uyuşmazlıkların müşteri emrine aykırı ya da her hangi bir emir verilmeden yapılan işlemlerle iç içe geçtiğini belirtmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığın doğuş sebebi çözümünde de yardımcı olacaktır. Örneğin, alım işleminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıkta müşterinin emri olmaksızın işlem yapıldığını ileri sürmesi durumunda borsa üyesinin işlemin müşterinin emri veya bilgisi dahilinde yapıldığını ispatlaması gerekir. Emirlerin tasfiyesi aşamasındaki uyuşmazlıkların kaynağı emirlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanabilirse de, tek sebebin bu olmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten de, bazı durumlarda müşterinin örneğin satım emri vermesine rağmen tasfiye aşamasında sattığı menkul kıymeti teslim yükümlülüğünü yerine getirememesinden kaynaklanabilir.

⁵⁶ Bu işlemin unsurları hakkında geniş bilgi için bkz. TEVETOĞLU, Mete/KAYNAK KOÇ, Selva: Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Tipi Olarak Churning, İstanbul Barosu Dergisi, C.86, Eylül-Ekim 2012, s.193, 194. Kalkan ise, *churning*’i kanaatimizce daha isabetli bir biçimde “*provizyon avcılığı*” olarak adlandırmaktadır (s.22).

⁵⁷ III.55.1 sayılı Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği 33/1-1 portföy yöneticim şirketleri bakımından kendi lehlerine kazanç sağlamak amacıyla gereksiz işlem yapılmasını yasaklamaktadır. Bu tür işlemler ayrıca III-37.1 sayılı Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Tebliği’nin 19/1 fıkrasında yer alan “*Yatırım kuruluşları müşteri emirlerini, emir gerçekleştirme politikası, çerçeve sözleşmede belirtilen esaslar, müşteri emrini en iyi şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü, özen ve sadakat borcu çerçevesinde kabul ederek yerine getirir*” hükmüne de aykırılık oluşturur.

kurulunun sorumluluğuna yol açacağını belirterek borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Borsa İstanbul A.Ş. nezdinde çözümlenmesi başlığı altında incelemiştir. Başka bir deyişle, anılan yazar ”churning” (provizyon avcılığı)’ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların borsa uyuşmazlığı kapsamında değerlendirmektedir. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Zira, borsa uyuşmazlığının temelinde borsa mevzuatında düzenlenen işleyiş kurallarına aykırılığın zarara yol açtığı iddiası yatmaktadır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın borsa bünyesinde çözülmesi, her şeyden önce borsa mevzuatına aykırılığın olup olmadığının tespitine bağlı olup, böyle bir aykırılık tespit edilmiş ise oluşan zararın borsa teminatlarından karşılanarak uyuşmazlığın çözülmesi sağlanmaktadır. Bu yönü itibarıyla uyuşmazlıkların kapsamı dar tutulmuştur. Burada bir yargılama faaliyetinden ziyade borsa mevzuatına uygunluğun denetimi yapılmaktadır. Buna göre zamana yaygın, zararın tespiti için karmaşık hesaplama yöntemlerinin kullanılmasını, hatta kusur, müterafık kusur incelemesi yapılmasını gerektiren uyuşmazlıkların Borsa bünyesinde çözülmesi mümkün değildir. Benzer şekilde borsa işleyiş kurallarının ötesinde sermaye piyasası mevzuatı ya da genel hükümlerin uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıklar da bu yöntemin kullanılması için elverişli olmayıp, bu tür uyuşmazlıkların dava yoluyla ileri sürülmesi daha isabetli olacaktır.

Aynı şekilde provizyon avcılığına girmeyen sadakat yükümlülüğü aykırılıkları arasında sayabileceğimiz başka müşterinin pozisyonunu kapatmak için işlem yapılması, müşterinin iradesinin kısa vadede çok yüksek kazanç elde edileceği vaadiyle ifsada uğratılması, kendisi veya başka müşterisinin işlemlerini kolaylaştırmak, işlemlerini gerçekleştirmek için işlemin karşı tarafı olarak kullanılması amacıyla işlem yaptırılması gibi hallerde de müşteri zararının gidilmesi için borsa uyuşmazlığı yoluna gidilmesinin mümkün olamayacağı, bu tür iddiaların aşağıda görüleceği üzere TSPB bünyesinde ya da adli yargıda çözümlenmesinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

Bunun yanı sıra, kredili işlemlerden⁵⁸ kaynaklanan uyuşmazlıkların borsa işlemi sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Borsanın geçmişte kredili işlemlerden doğan uyuşmazlıkları borsa işlemi kapsamında değerlendirmeyerek görevsizlik kararı verdiği görülmektedir⁵⁹. Doktrinde bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesinin yerinde olacağı kabul edilmektedir⁶⁰. Buna göre, kredili işlem temeline dayansa bile borsa işleminin meydana geldiği hallerde uyuşmazlığın borsa bünyesinde çözümlenerek karara bağlanması gerekir. Bu görüşe göre örneğin yatırımcı kredi kullanarak borsa üyesine emir vermişse bu emrin kısmen veya tamamen yerine getirilmemesine, gereği gibi yerine getirilmemesine, kredi hesabının usulsüz kullanımı ile emir verilmeden işlem yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklar borsa uyuşmazlığı; buna karşılık kredi sözleşmesinin geçerliliğine, krediye tahakkuk ettirilen faiz oranına ilişkin uyuşmazlıklar borsa dışı uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmelidir⁶¹. Kanaatimizce, bu ayırım her zaman net ve öngörülebilir sonuçlar doğurmayabilir. Zira, kredili işlemlerle ilgili

⁵⁸ Kredili işlem, müşteri adına kredi hesabı açmak şartıyla sermaye piyasası araçlarının kısmen veya tamamen kredili olarak alınması şeklinde tanımlanabilir (ATA, s.214. Kredili işlemler, sermaye piyasası araçlarının kredili olarak alımı açığa satış ve ödünç işlemleri ile birlikte Sermaye Piyasası Kurulu'nun 14.7.2003 tarihli ve 25168 sayılı RG'de yayımlanan Seri:V, No:65 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliği'nde düzenlenmiştir.

⁵⁹ AYDIN, s.188, dn.450'de belirtilen karar. KALKAN, s.29, dn.70. CEVİZ; s.158 Ancak Sermaye Piyasası Kurulu'nun 27.3.2009 tarihli ve 7/190 sayılı kararında Aracı Kurum'un acentesi olarak işlem gerçekleştiren banka ile bir müşteri arasında kullanılan kredi borcunu tasfiyesi amacıyla Banka tarafından gerçekleştirilen satış işleminin taraflar arasında rehin ilişkisi kurulmaması nedeniyle yetkisiz işlem olarak nitelendirilmesi gerekirken, olayda kredi ilişkisinin tasfiyesi kapsamında yapılan bir işlem olduğu bunun da borsa işlemi sayılamayacağına ilişkin Borsa Yönetim kurulu kararının bozulmasına karar verilmiştir. Her ne kadar bu kararda o tarihte yürürlükte olan Seri:V, No:18 sayılı Tebliğ uyarınca menkul kıymet karşılığı kredi kullanımı kredili işlem olarak nitelendirilmediği için kredili işlem kapsamında bir uyuşmazlık değilse de, kredinin tasfiyesi amacıyla resen satılan menkul kıymetlerle ilgili bir uyuşmazlığın borsa işlemi olarak sayılması gerektiğine ilişkin yorumu itibarıyla kredili işlemlere de uygulanacak niteliktedir.

⁶⁰ Bu görüş ilk defa *Aydın* tarafından ileri sürülmüş, daha sonra genel kabul görmüştür. Bu hususta bkz. AYDIN, s.188 vd.; CEVİZ, s.158; KALKAN, s.29, 30.

⁶¹ AYDIN, s.189; CEVİZ, s.161; KALKAN, s.29, 30.

uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, teminat tamamlama çağrısı yapılmasına rağmen tamamlanmaması üzerine yatırım kuruluşunun resen satış yetkisini kullanarak müşterinin hesabındaki varlıkları satmasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, kredili işlem de olsa, borsada gerçekleştirilen işlem esas itibarıyla sermaye piyasası araçlarının satılması olarak görünse de, uyuşmazlığın temeli, kredi işlem sözleşmesinde yatırım kuruluşuna tanınan bir yetkinin kullanılmasıdır. Böyle bir uyuşmazlığı borsa işlemi içinde değerlendirmek, her somut olayda kredili işlemlerin mevzuata uygun yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesini gerektirir. Böyle bir incelemenin borsa uyuşmazlığı çerçevesinde yapılması yerinde değildir. Bu bakımdan kredili işlemden kaynaklanan uyuşmazlıkların türü ne olursa olsun TSPB bünyesinde görülmesi, velev ki borsa uyuşmazlığı yoluna gidilmiş olsun TSPB'ne gönderilmesi daha isabetli olacaktır.

Borsa uyuşmazlıklarının kişi bakımından kapsamı ise, Borsa Yönetmeliği'nin 47/1 fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, işlem yapma yetkisi verilenlerin kendi aralarındaki Borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taraflardan birinin; işlem yapma yetkisi verilenler ile müşterileri arasındaki aynı nitelikteki uyuşmazlıklar ise, müşterinin başvurusu hâlinde Yönetim Kurulu tarafından çözülür. Görüldüğü üzere, borsa üyelerinin kendi aralarında çıkan borsa işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda borsa uyuşmazlığı yoluna gidilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Diğer taraftan borsa üyesi ile müşteri arasında borsa işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkların borsa uyuşmazlığı yöntemine göre çözülmesi müşterinin başvuruda bulunması şartına bağlanmıştır. Başka bir deyişle, borsa üyesinin örneğin borsa işleminden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle zarara uğraması halinde bu zararın karşılanması için borsa uyuşmazlığı yoluna başvuruda bulunması mümkün değildir. Böyle bir durumda borsa üyesi sadece yargı yoluna gidebilecektir. Oysa müşteriler için yargı yolu yanında borsa uyuşmazlığı çözüm yoluna başvuru imkânı da tanınmıştır.

c) Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Borsa uyuşmazlıklarının Borsa bünyesinde çözülmesine imkân getirilmesinin amacı, uyuşmazlıkların konunun uzmanlarınca çabuk ve daha az masraflı çözülmesini sağlamak yatırımcının talebinin haklı olduğu sonucuna varılırsa herhangi bir başka işleme gerek kalmadan borsa üyesinin borsaya yatırdığı teminattan kesilerek ödenmesini sağlamaktır⁶². Doktrinde bu yöntemin müşteri zararı aracı kurumun teminatlarından karşılandığı için yargı yoluna kıyasla daha kısa süre içinde ve masrafsız çözüm imkânı sunması, ayrıca icra aşamasında takibe gerek kalmaksızın yatırımcıları koruyucu ve kolaylık sağlayıcı bir usul olduğu haklı olarak belirtilmiştir⁶³.

Borsa İstanbul Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi'nde işleyiş süreci taraflara verilen kısa cevap süreleri (3 iş günü içinde karşı tarafa tebliğ edilmesi, karşı tarafın 5 iş günü içinde cevap vermesi), Uyuşmazlık Komitesi raportörünün 30 iş günü içinde raporunu Uyuşmazlık Komitesine sunması, söz konusu komitenin de 10 iş günü içinde karar vermesi düşünüldüğünde hızlı ilerleyen bir süreçtir. Bu yönüyle olumlu olarak görülebilir; ancak aynı zamanda bu sürelerin emredici olmayıp, düzenleyici süreler olması da eleştiriye açıktır.

Ayrıca, uyuşmazlığın kapsamın dar tutulması bir yönüyle dezavantaj olarak düşünülebilirse de, bir başka açıdan borsa uyuşmazlıklarının borsa bünyesinde çözülmesi borsa mevzuatının gelişimine de katkı sağlayacak niteliktedir. Gerçekten de borsa mevzuatına gerekli uyumun gösterilmemesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklar bir taraftan da mevzuatın yeterliliği ve etkinliğinin bizzat Borsa tarafından denetimine de imkân sağlamaktadır. Borsa uyuşmazlıklarının Borsanın faaliyete geçtiği ilk dönemde yayın kullanılan bir yöntem iken yıllar itibarıyla

⁶² AYDIN, s.218, 219, KONURALP, Aynur/KONURALP, Haluk: Borsa Uyuşmazlıkları, Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s.608.

⁶³ KONURALP/KONURALP, s.608

etkisinin azalmasında bu özelliğinin de payı olduğu söylenebilir. Zira, zaman içinde borsa mevzuatı, bu mevzuatın uygulanmasına ilişkin esaslar yerleşmiş, kabul görmüştür. Borsa mevzuatında, emir iletiminde tutulan kayıtlar, tek taraflı yatırımcı aleyhine kayıtların geçersizliği, yatırımcını onayı ve muvafakatinin hangi durumlarda mevcut sayılacağına ilişkin düzenlemelerin borsa uyuşmazlıklarında karşılaşılan sorunların çözülmesi arayışından kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Borsa uyuşmazlıklarının borsa bünyesinde gerçekleştirilmesinin olumsuz yönlerine değinecek olursak, Borsa uyuşmazlıklarının olumsuz yönlerinden birisi Borsa'nın sürecin işleyişinden sorumlu tutulmamasıdır. Oysa, aşağıda da değinileceği üzere, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun en önemli görevi, tahkim sisteminin adil tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli tedbirleri almaktır⁶⁴. Ayrıca, düzenlemenin tahkimi öngörmemesi, başka bir deyişle taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin bir biçimde sona erdirmiyor oluşu da, kanaatimizce bu çözüm yolunun en önemli sakıncalarından birini oluşturmaktadır.

Bir başka olumuz yön, şüphesiz, itiraz usulünün Sermaye Piyasası Kurulu'na yapılmasının gerekliliğidir. Bu ise, Sermaye Piyasası Kurulu'nun onama bozma kararına karşı idari yargı yoluna gidilebilmesine imkân sağlamaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli avantajı olarak hızlı bir bicide uyuşmazlığın çözülmesi imkânı bu usulde söz konusu olamamaktadır. Zira, uyuşmazlık adli yargıya nazaran bu defa çok daha uzun bir sürede çözümlenmekte, üstelik sermaye piyasası işlemleri ile ilgili mahiyeti gereği uzmanlığı olmayan idari yargı hakimleri nezdinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

⁶⁴ Bu hususta KAYIHAN, Şaban/SELANİK, Atakan Adem: Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü, 2.B., Ankara 2023, s.93.

Borsa uyuşmazlıklarının bir başka olumsuz yönü, taraflara uyuşmazlığın her aşamasında yargı yoluna gidebilme imkânını açık tutmuş olmasıdır⁶⁵. Buna göre, yatırımcının borsa uyuşmazlığına başvurusu sonrasında borsa üyesinin menfi tespit davası açması, alacak davası açması hatta ilâmsız icra takibi yapması bile borçlunun takibe itiraz etmesi üzerine itirazın iptal davası açması ya da itirazın kaldırılması yollarından birinin kullanılması suretiyle borçlunun itiraz ettiği alacağın varlığına ilişkin karar tesis edildiği için borsa uyuşmazlığı durmaktadır⁶⁶.

Bunun dışında tahkimden farklı olarak hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığın teminat altına alınmamış olması da yatırımcıların korunması açısından olumsuzluk teşkil etmektedir. Aynı şekilde, ihtiyati tedbir kararı alınamamasını da bir başka olumsuz yön olarak zikretmek mümkündür.

ç) Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenleme incelendiğinde; bu müessesenin kapsamının borsa işlemleri ile sınırlandırıldığı olduğu, tarafların uyuşmazlığa ilişkin yargı yoluna başvuru haklarının saklı tutulduğu, müşteri-borsa üyesi arasındaki uyuşmazlıklarda yalnızca müşteriye başvuru hakkının verildiği, uyuşmazlığa konu borsa işleminin gerçekleştirildiği tarihten itibaren 2 yıl

⁶⁵ Borsa Yönetmeliğinde uyuşmazlık dosyasının Borsa incelemesindeyken dahi tarafların adli yargı yoluna başvurmaya hâlel gelmeyeceği, taraflardan birinin bu aşamada dahi adli yargı yoluna gitmesi durumunda dosyanın işlemde kaldırılacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın Borsa yönetim kurulunca karara bağlanması sonrası ve/veya Sermaye Piyasası Kurulu'na itiraz aşamasında yargı yoluna başvurulması halinde dosyanın Sermaye Piyasası Kurulu tarafından işlemde kaldırılıp kaldırılmayacağı hususunda ise bir düzenleme bulunmamaktadır. Danıştay 13. Dairesi'nin 23.2.2005 tarihli ve E.2005/5549, K.2005/951 sayılı kararıyla bu aşamada bir dava açılrsa da Sermaye Piyasası Kurulu'nun dosyayı işlemde kaldıramayacağına karar verilmiştir (Karar için bkz. KALKAN, s.295; İZGİ, s.224).

⁶⁶ USCA/TÖREMİŞ, s.85, 86.

içinde bu yola başvurulabileceği, uyuşmazlıkların Borsa Yönetim Kurulu tarafından karara bağlandığı, Uyuşmazlık komitesinin 130 işgünü içinde uyuşmazlığı inceleyerek raporunu Borsa Yönetim Kurulu'na sunmak zorunda olduğu, Borsa Yönetim kurulunun kararına karşı tarafların 2023 yılı için 721.557 TL tutarını aşan uyuşmazlıklarda Sermaye Piyasası Kurulu'na itiraz edebildikleri, bu tutarın altında kalan uyuşmazlıklarda ise kararın kesin olduğu, itirazın kabil olduğu durumlarda Sermaye Piyasası Kurulu'nun onama veya bozma kararı alabildiği, bu kararın da idari yargı denetimine tabi olduğu özel, idari bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Borsa uyuşmazlıklarının BİST nezdinde çözülmesinin, Borsa Yönetim Kuruluna bu hususta tanınan yetkinin hukuki niteliği doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Çoğunluk görüş bu yöntemin tahkim sayılmayacağı, ancak özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu yönündedir⁶⁷. Bu özellikleri dikkate alındığında, söz konusu yöntemin tahkim olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Gerçekten de, uyuşmazlık çözümünde bu yöntemin kullanılmasının zorunlu tutulmadığı bir yapı her şeyden önce zorunlu tahkim olarak nitelendirilemez. Uyuşmazlık çözüm yönteminin nispi zorunlu veya ihtiyari tahkim olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.⁶⁸ Zira, tarafların her aşamada yargıya başvurabildiği, karar vermeye yetkili makamın hakem sıfatını haiz olmadığı, uyuşmazlık çözümüne uygulanacak usulde tahkime, HMK hükümlerine atıf yapılmadığı, kesin hüküm sonucunu doğurmadığı, karara karşı itiraz usulünün idari olduğu, uyuşmazlık çözüm aşamasında ihtiyati tedbir alma yetkisinin tanınmadığı, uyuşmazlık çözümünde yetkilendirilen

⁶⁷ Bu konudaki tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. AYDIN, s.213 vd. *Ulusoy* ise, 91 sayılı KHK'nın yürürlükte olduğu dönemde yaptığı incelemede borsa üyeleri arasındaki uyuşmazlıkların Borsa bünyesinde çözülmesinin zorunlu tutulmasından hareketle bunu zorunlu tahkim olarak nitelendirmiş, genel olarak borsa uyuşmazlıkların çözümünü de tahkim sistemi olduğu kanaatini belirtmiştir (s.244, 245).

⁶⁸ Aksi görüş için bkz. ULUSOY, s.240, 241.

kişilerin tarafsızlık ve bağımsızlığının teminat altına alınmadığı nihayet kararın infazının farklı ve dar kapsamlı bir şekilde ele alındığı bir yöntemin tahkim olarak sayılması hukuken mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar, Yargıtay 11 HD'nin 2.3.1996 tarihli ve E.1996/1902, K.1996/2336 sayılı kararı ile müşteri ile aracı kurum arasında uyuşmazlığın çözümünde “*çıkacak ihtilafların çözümünde borsa yönetim kurulu yetkilidir*” şeklindeki hükmü tahkim şartı olarak değerlendirdiği bir kararı var ise de⁶⁹, Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.1996 tarihli ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı kararı o dönem yürürlükte olan 91 sayılı KHK'da herhangi bir şekilde tahkim usulünün öngörülmediği, esasen tahkim usulünün olabilmesi yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer alması ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesine bağlı olduğu gerekçeleri ile söz konusu yöntemin tahkim niteliğini haiz olmadığı belirtilmiştir⁷⁰. Nitekim, anılan dönemde açılan bir davaya ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.6.1998 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında da “*91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesi de; yukarıda açıklanan ve kamu hizmeti gereği olarak davalı kuruma tanınan yetkinin kapsamını belirlemekte; herhangi bir şekilde tahkim usulü öngörmemektedir. Esasen tahkim usulünün olabilmesi yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer almasına ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesine bağlı olup, adli yargının yetkisini de kısmen sınırlar nitelikte olan bu usul söz konusu yasal düzenlemede yer almamaktadır.*” ifadesine yer verilerek, borsa uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin usulün tahkim usulü olmadığı ifade edilmiştir. Aynı gerekçelerin 6362 sayılı SPKn. düzenlemeleri bakımından da geçerli olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla bugün için anılan yöntemin tahkim olarak nitelendirilemeyeceği hususunda herhangi bir hukuki tartışma kalmamıştır.

⁶⁹ Karar ve kararın eleştirisi için bkz. KONURALP/KONURALP, s.606.

⁷⁰ Karar ve kararın değerlendirilmesi için bkz. KONURALP/KONURALP, s.606, 607.

4. TSPB Bünyesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

a) Düzenlenişi

SPKn'nun 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (g) bendinde, *“Üyelerinin bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin gerekli altyapıyı kurmak ve yönetmek”* hususunda TSPB'ye görev ve yetki verilmiştir⁷¹.

Öte yandan TSPB Statüsü'nün 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (i), (j) ve (k) bentlerinde;

“i) Üyelerinin kendi aralarında ve müşterileriyle olan ve Kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin gerekli altyapıyı kurmak ve yönetmek.

j) Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla hazırlanacak ve Kurul tarafından onaylanacak usûl ve esaslar dâhilinde hakem heyeti ve gerekli alt yapıyı oluşturmak

⁷¹ 6362 sayılı SPKn. yürürlüğe girmeden önce de sermaye piyasası kurumlarının borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıkların çözümü için mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 1995 yılında 558 sayılı KHK ile 46/B maddesi eklenmiş ve bu tür uyuşmazlıklarda tahkim için Sermaye Piyasası Kuruluna başvurabilecekleri düzenlenmişti. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından bu yetkinin idari bir kuruluşa verilemeyeceği gerekçesiyle iptal edilmiştir (Bu hususta geniş bilgi için bkz. TEVETOĞLU, s.324. Daha sonra yine 2499 sayılı mülga SPKn.'na bu defa 1999 yılında eklenen 40/B ve 40/C maddeleri ile tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği (TSPAKB) kurulmuş ve 8.1.2001 tarihli ve 2001/1914 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen TSPAKB Statüsü'nün 6/1-g bendi ile borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak ve bu amaçla tahkim hizmeti sunma görevi TSPAKB'ne verilmiştir. TSPAKB tarafından 2003 yılında TSPAKB Tahkim Kuralları oluşturulmuştur (Bu hususta bkz. DEMİREL ÖZDEMİR, s.84,85; ATA, s.455) TSPAKB Tahkim Kuralları'nın en önemli özelliği TSPAKB üyelerinin kendi aralarında veya üye ile müşteri arasında borsa işlemi dışındaki uyuşmazlıkların çözümünde TSPAKB Tahkim Kurallarının uygulanması ve TSPKAB bünyesindeki hakemlerin uyuşmazlık çözümünde grev alabilmesi için taraflar arasında tahkim anlaşmasının yapılmış olması gereğidir. Böylelikle hukukumuzda ilk defa TSPAKB döneminde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının bir kısmında tahkim anlaşması yapılması düzenlenmiş ve buna önemli sonuçlar bağlanmıştır. Ancak uygulamada bu yönetime başvurulmaması nedeniyle söz konusu tahkim kuralları güncellenmemiş ve uygulanma imkân bulamamıştır (bkz. ATA, s.455).

k) Üyeleri hakkında yapılan şikâyetleri değerlendirmek ve yapılan işlemin sonuçlarını Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar doğrultusunda Kurula bildirmek”

hükümlerine yer verilmiştir.

Nihayet, TSPB bünyesindeki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usul ve esaslar TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi ile kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir.

b) Kapsamı

Yukarıda da belirtildiği üzere, SPKn’nun 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (g) bendinde, “Üyelerinin bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla” çözümünün TSPB bünyesinde hakem heyetleri tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Hükmün lafzından hareketle borsa işleminden doğan-doğmayan uyuşmazlık ayrımının kaldırıldığı, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların TSPB bünyesinde hakem heyetleri tarafından çözüleceği şeklinde bir düşünce akla gelebilir⁷². Ancak TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi’nin (Yönerge) “Amaç” başlıklı 1 inci maddesinde “Bu Yönergenin amacı, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyeleri arasında veya Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan

⁷² Nitekim, doktrinde Ceviz, 2.4.2014 tarihli ve 28960 tarihli RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren TSPB Statüsü’nde de borsa işlemleri ve borsa dışı işlemler aykırının ortadan kaldırılarak hem borsa işlemleri hem de borsa dışı işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime başvurunun olanaklı olduğunu ileri sürmüştür (s.128). Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, TSPB Statüsü’nün 7’nci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde açıkça “Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak” ifadesine yer verildiği gibi, TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi ile TSPB üyeleri arasında veya TSPB üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün kapsama girdiği açık bir biçimde düzenlenmiştir.

uyuşmazlıkların değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulmasını temin etmek üzere Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetinin oluşumu, yetki, görev ve sorumlulukları ile Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyetine başvuruya ve başvuruların sonuçlandırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” hükmü yer almaktadır.

Borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıklara örnek olarak yatırım kuruluşuna ödenmesi gereken komisyon ücretine ilişkin uyuşmazlıklar, yatırım kuruluşu nezdindeki varlıkların iadesine ilişkin uyuşmazlıklar, hesap bakiyesine yönelik uyuşmazlıklar gösterilebilir⁷³. Bunun dışında, kıymetlerin saklanması, kaydının tutulması, müşteriye ait kıymetlerin ve nakdin zamanında teslimin yapılmaması, yatırımcı hesabına haksız yere faiz yürütülmesi, repo işlemleri, virman talimatının müşteri talimatına uygun olarak gerçekleştirilmemesi, rüçhan hakkının kullanılıp kullanılmaması ve temettü tahsilatı gibi konuların⁷⁴ yanı sıra müşteri hesaplarındaki nakit alacak bakiyelerinin çerçeve sözleşmesine aykırı bir biçimde nemalandırılmaması, zamanaşımına uğramadığı halde zamanaşımına uğramış gibi işlem yapılması nedeniyle müşterinin zarar uğratılması nedeniyle oluşabilecek uyuşmazlıkları da borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıklar arasında sayılması mümkündür.

Biz ayrıca borsa işlemine bağlı olarak gerçekleştirilen ancak uyuşmazlığın konusu itibarıyla borsa işleminin işleyişinden değil de borsa işleminin temelinde yer alan iradenin fesada uğratılmasından ya da borsa işleminin temelinde yatan işlemin kredili işlemlere ilişkin mevzuatın uygulanmasından kaynaklanmasında doğan uyuşmazlıkların da borsa uyuşmazlığı değil, borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlık olarak nitelendirilmesinin ve TSPB bünyesinde çözülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁷³ ATA, s.461.

⁷⁴ KALKAN, s.24, 25.

Öte yandan, Yönerge'nin 8. maddesinde borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıklar olup da yine TSPB Hakem Heyeti'nin yetkisi dışında kalan konular belirtilmiştir. Buna göre, sermaye piyasası faaliyetleri dışında olanlar, iflas veya tasfiyesine ya da faaliyetlerinin tamamen durdurulmasına karar verilen Birlik Üyesi hakkındaki uyuşmazlıklar, Kanunlarda suç olarak öngörülen fiiller, daha önce Heyet tarafından incelenmiş ve karara bağlanmış olanlar, başvuru sahibinin itiraz hakkı saklı kalmak kaydıyla, başvuru sahibi ile Birlik üyesi arasında çözüme kavuşturulmuş olan uyuşmazlıklar, başvuru sahibi ile Birlik üyesi arasında yazılı mutabakat sağlanmış olan konular ile yazılı olarak ibra edilen işlemler, adli yargı yerinin görev alanı içinde olan talep konuları TSPB Hakem Heyetinin kapsamı dışında kalmaktadır⁷⁵. Bu tür uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenebilecek mahiyettedir. Aynı Yönergenin 8/2 fıkrası uyarınca maddi zarar tazmini talepli bir başvuruda aynı zamanda yargı konusu manevi tazminat talebinin bulunması halinde Heyet sadece maddi zarar tazmini talebini inceler, manevi tazminat talepleri yönünden görevsizlik kararı verir. Dolayısıyla, talep konusunun kaynağı her ne olursa olsun, hatta sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanırsa kaynaklansın, müşterilerin manevi zararı tazmin talepleri de TSPB bünyesinde değil, ancak adli yargı yoluna gidilerek çözülebilir.

c) Hukuki Niteliği ve Özellikleri

SPKn. md. 74 hükmünün lafzı tahkim usulünün TSPB tarafından düzenlenmesini öngörmektedir. Bu kapsamda mevcut durumda yatırım kuruluşları ile müşterileri arasında borsa dışı işlemlerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin yapılan başvurular TSPB Hakem Heyeti tarafından karara bağlanmaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin kurumsal tahkim

⁷⁵ Bu hususta bkz. ATA, s.456.

niteliğinde olduğu bir an için düşünülebilirse de, borsa işlemi dışında kalan uyuşmazlıkların TSPB bünyesinde Hakem Heyeti ile çözülmesinin tahkim olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira, öncelikle söz konusu çözüm yönteminde de TSPB Tahkim Heyeti kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu nezdinde itiraz edilebilmektedir. Ayrıca, anılan maddede de tahkim usulü konusunda Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.6.1998 tarih ve E.1998/355, K.1998/277 sayılı kararında belirtildiği şekliyle zorunlu tahkim uygulaması öngörülmemiştir. Bunu yanı sıra, HMK hükümlerine atıf yapılmamış, düzenleme boşluklarında HMK'nın iç tahkimi düzenleyen hükümleri ile bağlantı kurulmamıştır.

Diğer yandan, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi'nin 14 üncü maddesinde başvuru sahibi lehine kesinleşen kararların belirlenen sınırlar altında kalanlarının Birlik üyesi tarafından uygulanmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak maddede de yer verildiği üzere Hakem Heyeti tarafından karara bağlanan hususlarda yargı yolu da açıktır.

O hâlde tekrar etmek gerekirse, HMK hükümlerine atıf yapılmamış olması, itiraz merciinin idari bir makam olarak öngörülmüş olması dikkate alındığında, söz konusu çözüm yönetimin tahkim olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Burada da borsa uyuşmazlıklarında olduğu gibi tahkim benzeri özel idari bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi düzenlenmiştir.

ç) Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Borsa uyuşmazlıklarına ilişkin düzenlemenin olumu ve olumsuz yönlerine ilişkin yapılan tüm değerlendirmelerin esas itibarıyla burada da geçerli olduğunu söylemek gerekir. Uyuşmazlığın TSPB bünyesinde ihtisas sahibi kişiler eliyle hızlı ve az maliyetli bir biçimde çözümlenmesi imkânı şüphesiz bu yöntemin olumlu yönlerinden biridir.

Borsa işlemi dışında sermaye piyasası faaliyetleri ile ilgili hangi aykırılıkların gerçekleştiği, TSPB üyesi kurumların iş ve işlemlerin meslek örgütü bünyesinde incelenmesi fırsatının elde edilmiş olması da bir başka olumlu yönü olarak değerlendirilebilir.

Ancak TSPB kararına karşı Sermaye Piyasası Kurulu'na itiraz edilebilmesi yukarıda da belirtildiği üzere bu yöntemin en önemli olumsuz yanını oluşturmaktadır. Zira, bu usul uyuşmazlıkların hızlı bir biçimde çözülebilmesi önünde engel oluşturmaktadır. Tarafların uyuşmazlığın her aşamasında yargı yoluna gidebilmeleri, uyuşmazlığın Tahkim Heyetine yapılan başvuru sonrasında, Heyetin ilgili uyuşmazlık hakkında vereceği karara kadar uyuşmazlığın yargıya veya tüketici hakem heyetlerine intikal ettirilmiş olması halinde Heyetin görevinin sona ereceği TSPB Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi'nin 18/2 fıkrasında açık bir biçimde düzenlenmiş olup, bu düzenleme de uyuşmazlığın TSPB bünyesinde hızlı bir biçimde çözümlenebilmesine engel oluşturduğuna şüphe yoktur. Nihayet sürecin tahkim sayılmamasına bağlı olarak kararı icrası, uyuşmazlığın çözümü aşamasında ihtiyati tedbir alınamaması gibi hususlar da söz konusu çözüm yönteminin olumsuz yönleri arasında sayılabilir.

D. Karşılaştırmalı Hukukta Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Çözüm Yolları

1. ABD Hukukunda

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesinin tarihi New York Borsası (NYSE)'nin kurulduğu tarih olan 1791 yılına kadar geri götürülebilir⁷⁶. NYSE'nin ilk olarak borsa uyuşmazlıkları diyebileceğimiz

⁷⁶ GROSS, Jill, I.: The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism, Journal of Dispute Resolution, Vol.2016, s.176.

emirlerin eşleşmesi, tasfiye sürecine kadar ki uyuşmazlıkların borsa bünyesinde çözülmesine bağlanmıştır. 1817 yılında NYSE Yönetim Kurulu'nda oy birliği ile karar verme esası yerini oy çokluğuna bırakmıştır. 1831 yılında yapılan değişiklikle tarafların karşılıklı anlaşması durumunda NYSE üyesi olmayan kişiler arasındaki uyuşmazlıkları da çözmeye başlanmıştır. 1869 yılında yapılan değişiklikle yatırım uyuşmazlıkların borsa üyesi olsun olmasın tahkim yoluyla çözümünde NYSE yetkilendirilmiştir⁷⁷.

Diğer taraftan meslek örgütü olarak National Association of Securities Dealers (NASD) bünyesinde 1969 yılında gönüllülük esasına göre başlatılan çalışmalar, doğrultusunda 1972 yılında NASD 10301 Düzenlemesi kabul edilerek meslek örgütü üyesi veya ilişkili personeli ile yatırımcı arasında meslek örgütü üyesinin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne başlanmıştır⁷⁸. NASD bünyesindeki uyuşmazlıkların çözümünde yatırımcının tahkime başvurması durumunda tahkim zorunlu hale getirilmiştir. 2007 yılına kadar NYSE ve NASD tahkimi birbirine paralel olarak yürütülmüş, 2007 yılında NASD, FINRA'ya dönüştürülmüş ve her iki tahkim birleştirilmiştir⁷⁹.

ABD Sermaye Piyasası Kurulu (Securities Exchange Committee-SEC)'nin sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim düzenlemelerinin

⁷⁷ GROSS, The Customer's, s.396.

⁷⁸ GROSS, The Customer's, s.397; POSER, s.281, 282. 1969 yılına kadar yalnızca NYSE bünyesinde borsa üyeleri arasında sadece emirlerin yerine getirilmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü tahkim yoluyla sağlanırken, NASD sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesinin kapsamını genişletmiştir.

⁷⁹ GROSS, The Customer's, s.398. Yazar, 2007 yılına kadar her iki kurum bünyesinde gerçekleştirilen tahkimin toplam sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yürütülen tahkim faaliyetinin %99'una tekabül ettiğini belirtmektedir (s.398, dn.96). Esasen ABD'de 90'lı yıllarda Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association) dışında NASD ve 7 ayrı borsanın tahkim kurulları ve kuralları ile sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkimin yürütüldüğü hususunda bkz.POSER, s.280. Dolayısıyla bu süreçte sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkimin büyük ölçüde borsa ve meslek örgütü bünyesinde gerçekleştirilmiş olması dikkat çekicidir.

tümüyle dışında kalıp kalmadığı tereddüt uyandırabilir. 1975 yılında Securities Exchange Act'te yapılan bir değişiklik ile SEC'e meslek örgütlerince yürütülen sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim süreci ile ilgili düzenlemeleri onaylama, değiştirme, hatta tahkimi yasaklama yetkileri verilmiştir. Bugüne kadar bu yetki SEC tarafından kullanılmamıştır. Ancak bu yetkinin varlığı da aşağıda değinilecek olan 1987 tarihinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ile ilgili içtihad değişikliğinin gerekçelerinden birini oluşturmuştur. Bu bakımdan düzenleyici bir kurumun konuya ilişkin denetim yetkilerinin kapsamının genişletilmiş olması da dikkat çekicidir. Ayrıca 1977 yılında SEC'in çabalarıyla başlatılan sektör temsilcilerinin katılımıyla kurulan Securities Industry Conference on Arbitration adlı kuruluşun 1979 yılında yayımladığı Uniform Code of Arbitration düzenlemesinin meslek örgütlerinin tahkim düzenlemelerinde örnek alacağı bir kurallar manzumesi olarak çıkarılmış olması da önemlidir⁸⁰.

Öte yandan, 1924 yılında ABD Senatosu Federal Tahkim Kanunu (Federal Arbitration Act-FAA) ile uyuşmazlık öncesi yapılan yazılı tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu kabul etmiştir. Ancak anılan kanun ihtiyari tahkime ilişkin olup, tarafların dava açma hakkını kullanmalarına da imkân tanımaktadır⁸¹. Federal kanun seviyesinde olan ABD sermaye piyasası düzenlemelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceği, başka bir deyişle 1933 tarihli Securities Act (1933 tarihli SA) ile 1934 tarihi Securities Exchange Act (1934 tarihli SEA)'te düzenlenen ilk halka arz ile sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzından sonra gerçekleştirilen alım satımına ilişkin esaslar ile ilgili çıkan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı yargı kararlarını

⁸⁰ Bu hususta bkz. BLACK, Barbara/GROSS, Jill, I.: Making It Up As They Go Along: The Role of Law in Securities Arbitration, Cardozo Law Review, (2002), Vol.23.3,, s.998.

⁸¹ GROSS, Jill, I.: Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.21:2 2006, s.349.

uzun süre meşgul etmiştir. Ancak uyuşmazlığın doğmasından önce yatırım kuruluşları (*broker/dealer*) ile yatırımcılar arasında yapılan sözleşmelerde yer verilen tahkim şartlarına rağmen, yatırımcılar tarafından yatırımcıya federal kanunlar ile tanınan dava haklarının mahkemeler nezdinde ileri sürülmesi ile ilgili bir olayda 1953 yılında Federal Mahkeme'nin aldığı bir karar bu konuda kilometre taşı olmuştur⁸². Mahkeme bu davada ilk olarak 1933 tarihli SA ile bağlantılı uyuşmazlıkların, yatırımcının korunması ve kamu düzeni açısından tahkime elverişli olmadığı ve anılan uyuşmazlıklara ilişkin mahkemeler önünde hak arama özgürlüğünden sözleşme ile feragat edilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir⁸³.

Mahkemelerin kendi yetki alanlarını ve yatırımcı haklarını gözeten bu yaklaşımı yabancı yatırımlarda yaşanan artışa paralel bir şekilde sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yaşanan artışın mahkemelerin iş

⁸² Bu kararın kapsamlı bir incelemesi için bkz. FLETCHER, C. Edward III, *Privatizing Securities Disputes Through The Enforcement of Arbitration Agreements*, Minnesota Law Review, Vol.71:393, 1987, s.404 vd. Anılan karar ve karara konu olay hakkında Türkçe kaynak için TEVETOĞLU, s.280 vd.

⁸³ Bu hususta sonraki kararlara emsal oluşturan 1953 tarihli Wilko v. Swan davasında alınmıştır. Wilko davasına konu olayda yatırımcı hatalı bilgilendirme ve ihmalden ötürü aracı kurum tarafından değeri hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgi verilerek kendisinin adi hisse senetlerini satın alınmasına sebebiyet verilmesiyle 1933 tarihli SA §12(2) hükmünün ihlalini ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Aracı kurum ise yatırımcı ile olan kredi sözleşmesinde yer alan ve Federal Tahkim Kanunu § 3'e uygun olan tahkim şartını gerekçe göstererek davanın reddini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme 1933 tarihli SA'nın § 14 maddesinde yer alan ve bu kanun kapsamında tanınmış olan hakların herhangi birinden bir sözleşmede yer alan taahhüt, şart veya hüküm ile feragat edilmesinin geçersiz olacağına ilişkin hükmü gerekçe göstererek bu kanun uyarınca açılacak tazminat davalarının tahkime elverişli olmadığına hükmetmiştir (karara ilişkin olay ve kararın gerekçeleri hakkında bkz. TEVETOĞLU, s.282, 283; KERR, Janet E. "The Arbitration of Securities Law Disputes After Rodriguez and the Impact on Investor Protection", *Marquette Law Review*, 1989, s.222 vd.). Bu karardan sonra ilk derece Mahkemelerinin aynı gerekçe ile 1934 tarihli SEA'ten kaynaklanan tazminat davalarında da bu tür davaların aracı kurum ile yatırımcı arasında tahkim sözleşmesi bulunsa bile tahkime elverişli olmadığına karar vermeye başladıkları hususunda bkz. TEVETOĞLU, s.288. Bu kararın etkileri hakkında ayrıca bkz. KERRs.242 vd.; BLACK/GROSS, s.996;

yükünü ağırlaştırmasıyla bağlantılı olarak zaman içerisinde değişmiştir⁸⁴. 1987 yılında Shearson/American Express Inc. v. McMahon davasında verilen karar çerçevesinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla karara bağlanabileceği kabul edilmiş ve anılan karardan sonra ABD’de sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesi yaygınlaşmıştır⁸⁵. Yüksek Mahkeme Shearson/American Express Inc. v. McMahon davasında 1934 tarihli SEA § 29(a) hükmünde yer alan bu kanundan doğan yatırımcıya tanınan haklardan yatırımcıların feragat edemeyeceğine ilişkin hükmü dar yorumlamış ve söz konusu hükmün sadece bu kanundan doğan esasa ilişkin yükümlülüklerden feragat edilmesinin yasaklandığını, tahkim kaydının bunu içermediğini, kaldı ki SEC’nin FINRA gibi öz düzenleyici meslek örgütlerinin tahkime ilişkin her türlü düzenlemesini denetleme, gerektiğinde iptal etme yetkinin bulunmasını gerekçe göstererek tahkim kaydını geçerli saymıştır. 2010 yılında Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act ile 1934 tarihli SEA § 29(a) hükmünde değişiklik yapılarak konu açıklığa kavuşturulmuş ve öz düzenleyici meslek örgütlerinin düzenlemelerinden de feragat edilemeyeceği hükme bağlanmış, böylelikle tahkim kayıtlarının geçerli olacağı hükme bağlanmıştır⁸⁶.

Öte yandan Yüksek Mahkemenin söz konusu kararından iki yıl sonra, Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express davasında bu defa Securities Act § 12 (2) uyarınca açılan davada da aracı kurumun yaptığı tahkim itirazı kabul edilerek, Wilko kararından dönülmüş ve Securities Act § 14 kuralı farklı yorumlanarak, bu tür davaların tahkime

⁸⁴ DEMİREL ÖZDEMİR, Elif; Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Alternatif Yöntemlerle Çözümünde Tahkim, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, 2019, s.46.

⁸⁵ GROSS, Jill, I.: The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism, Journal of Dispute Resolution, Vol.2016, s.171-172.

⁸⁶ GIOVINE, Peter: Arbitration and FINRA’s Customer Code: A Tailored Approach to When a Forum Selection Clause May Supersede FINRA Rule 12200, Fordham Law Review, Vo.91, Is.3, Article 6, 2022, s.1002.

elverişli olduğu kabul edilmiştir⁸⁷.

O hâlde özetleyecek olursak, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde ABD’de uzun bir dönem birbirinden bağımsız ve birbirinden farklı kurallara sahip öz düzenleyici kuruluşlar hizmet verdikten sonra, 2000’li yıllarda uyuşmazlık çözüm merkezleri birleşmeye başlamış ve bu kapsamda 2007 yılında öz düzenleyici bir kuruluş olarak Finans Endüstrisi Düzenleme İdaresi (Financial Industry Regulatory Authority-FINRA) kurulmuştur. FINRA bağımsız bir kurum olmakla birlikte ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu’nun (US Securities and Exchange Commission-SEC) FINRA’yı gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Öte yandan FINRA’nın tahkim kuralları SEC ile birlikte oluşturulmuş olup, kurallarda yapılan değişikliklerin ABD sermaye piyasası mevzuatına uyumluluğu SEC tarafından denetlenmektedir⁸⁸.

FINRA nezdinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim iki durumda söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, yatırımcı ve yatırım kuruluşu arasında, uyuşmazlıktan önce yapılan sözleşmede taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin hüküm bulunması, ikincisi ise yatırımcının taraflar arasında önceden tahkime başvuru konusunda yapılmış bir sözleşmenin bulunmamasına rağmen, FINRA kuralları çerçevesinde, FINRA sistemine kayıtlı bulunan gerçek veya tüzel kişilere karşı tahkime başvurulması hakkının kullanılması durumudur. İkinci durumda, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, yatırımcı tarafından iradi olarak uyuşmazlığın FINRA nezdinde çözümlenmesinin istenmesi halinde, FINRA’ya

⁸⁷ Olayda nitelikli olmayan bir yatırımcı tarafından aracı kurumun yetkisiz ve hileli işlemleri nedeniyle zarar ettiği ileri sürülerek Securities Act § 12(2) hükmü uyarınca tazminat talep edilmiştir .Karara konu olay hakkında bkz.TEVETOĞLU, s.295; KERR, s.245 vd.; POSER, s.285, 286; HERMANN, s.704.

⁸⁸ DEMİREL ÖZDEMİR, s.48.

kayıtlı bulunan/üye olan yatırım kuruluşları açısından uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁸⁹.

Görüldüğü gibi, ABD hukukunda sermaye piyasasında müşteri ile yatırım kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi zorunluluğu, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olması ya da yatırımcı tarafından FINRA üyesi kuruluş ile arasındaki uyuşmazlığın mahkeme yerine FINRA nezdinde tahkim yoluyla çözülmesinin tercih etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, yatırımcıların yatırım kuruluşlarına karşı hak iddialarını mahkemelerde FINRA nezdinde tahkim yoluyla çözülmesini tercih etmesi durumunda, yatırım kuruluşu tarafından uyuşmazlığın mahkeme yoluyla çözülmesi gerektiği hususunda itirazda bulunulamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak tahkime başvuru zorunluluğunun taraflar arasında sözleşmede öngörülmediği durumlarda, yatırımcının hak iddiasını mahkemeler nezdinde de öne sürmesi mümkün olup, bu bağlamda yatırımcı bakımından zorunlu bir tahkim uygulamasının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, ABD hukukunda konuyu değerlendirirken, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ile ilgili görüşlere de değinmek yararlı olur. Doktrinde bazı yazarlar meslek örgütlerince yürütülen tahkim faaliyetinin belirsizlik ve öngörülemezlik yarattığı maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, aksi halde yatırımcıların korunması mümkün olmaz⁹⁰. Buna karşılık diğer görüş ise SEC'nin sürece ilişkin gözetim yetkisi bulunduğu,

⁸⁹ GROSS, Historical Basis, s.172.

⁹⁰ Bu görüş için bkz. BRUNET, Edward/JOHNSON, Jennifer J.: Substantive Fairness in Securities Arbitration, Lewis&Clark Law School Legal Research Paper Series, Paper No.2007-11, s.1-52, <http://ssrn.com/abstract=988547>, s.14 vd, özellikle 51; aksi görüş için bkz. GROSS, Jill, I.: McMahon Turns Twenty: The Regulation of Fairness in Securities Arbitration, 76 University of Cincinnati Law Review, 493 (2008), anılan makaleye <http://digitalcommons.pave.edu/lawfaculty/451/>, s.8 vd.

tahkimin maliyetinin taraflar arasında paylaştırılabileceği, ayrıca yüksek montanlı işlemlerde yargılama giderlerinin tahkime gör daha ucuz olmasının önemini yitireceği, tahkim kurullarında tarafların eşit temsil edileceği, taraflara delil sunmaları konusunda aynı ölçüde haklar tanındığı gibi gerekçelerle sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim yolunun adil olduğunu ileri sürmektedir⁹¹

ABD hukukunda sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim görüldüğü gibi oldukça geniş bir perspektifte ele alınmıştır. Konunun yatırımcı-yatırım kuruluşu arasında çıkan yatırım sermaye piyasası işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin yanı sıra izahnamede yer alan bilgilerin yanlış olması nedeniyle yatırımcıların yatırım kuruluşlarına karşı açtıkları tazminat davalarında, bu talepleri tahkim yoluyla ileri sürüp sürülemeyeceği, daha doğru bir deyişle tahkim anlaşmasının bu tür davalarda ileri sürülüp sürülemeyeceği de tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuştur. Ancak, yatırımcıların, izahnamedeki hukuka aykırılıklar ya da muhasebe hilelerine karşı haklarını dava yoluyla ileri sürmelerinin piyasadaki hukuka aykırı işlemlerin caydırıcılığı konusunda ABD hukukunda geçmişten beri önemli bir işlev üstlendiği, toplu davalar yoluyla şirketlerde göreceli olarak düşük oranlarda paylara sahip olan yatırımcıların zararlarının tazminin söz konusu olabildiği, ancak bu imkânın ortadan kaldırılarak yatırımcıların ayrı ayrı tahkim yoluyla haklarını ileri sürmeleri zorunluluğunun gereğinin halinde, bir çoğunun tahkim sürecinin maliyetlerini göze almak istemeyerek haklarını ileri sürmekten imtina edeceği, ayrıca halka arzlarda dolandırıcılık,

⁹¹ Yatırımcı için tahkim sisteminin adil olduğu görüşü ile ilgili bkz. BLACK, Barbara: Is Securities Arbitration Fair to Investors?, Pace Law Review, (2004), Vo.25, nr.1, s.5 vd. Kanaatimizce ikinci görüşün temel dayanağı tahkim sürecinin gözetiminin kamu kurumunda olması, tahkime ilişkin kuralların SEC'in onayına tabi olmasıdır. Bu yeterli bir güvence olarak görülmektedir.

muhasabe hilesi ve izahnamede yer alan yanlış/yanıltıcı bilgilere ilişkin zarar taleplerinin borsa işlemlerinde doğan zararlara ilişkin taleplerden veya bir çok diğer uyuşmazlıktan daha karmaşık nitelikte olduğu ve yatırımcıların teker teker tahkim sürecinde haklarını iddia ederek ispatlamasının güçleşeceği gerekçeleriyle ilk halka arzlara ilişkin zarar taleplerine ilişkin uyuşmazlıklarda zorunlu tahkim yöntemi SEC tarafından kabul edilmemiştir⁹².

2. İngiliz Hukukunda

İngiltere’de, Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA) ile finans piyasalarında yaşanan yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümünü teminen uyuşmazlık çözüm modeli olarak Finansal Ombudsman Servisi kurulmuştur. Finansal Ombudsman Servisi, bankacılık, sigorta ve sermaye piyasası sektöründe yaşanan yatırımcı/tüketici/müşteri uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik bir hizmet sunmaktadır⁹³. Kurulan bu yapı ile finans piyasalarında yaşanan uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim modeli sisteminde verilen kararın yatırımcı açısından bağlayıcı olmaması, ancak karşı taraf açısından bağlayıcı olmasıdır. Oysa, tahkim sisteminde tarafların başlangıçta hakem kararı ile bağlı olacaklarına dair anlaşmaları mevcuttur, yani hakem kararı uyuşmazlığın tüm tarafları için bağlayıcıdır⁹⁴.

İngiliz hukukunda ombudsmanlık sistemi, bu faaliyetin düzenleyici otoriteden hatta meslek örgütlerinden bağımsız bir kurum

⁹² Bu hususta bilgi için bkz. <https://www.sec.gov/news/speech/fleming-sec-speaks-mandatory-arbitration>

⁹³ Bu kapsamda uyuşmazlıkların Finansal Ombudsman Servisi’ne iletilmesi yatırımcının ihtiyarında olup, yatırımcı doğrudan dava açma yolunu da tercih edebilmektedir. Bilgi için bkz. DEMİREL ÖZDEMİR, s.58.

⁹⁴ Bu hususta bkz. ÇETİN, s.26, dn.14; ayrıca bkz. DEMİREL ÖZDEMİR, s.55 vd.

tarafından Financial Ombudsman Services-FOS) yürütülmektedir⁹⁵.

İngiliz hukukunda uyuşmazlık çözme yetkisinin kapsamı oldukça geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, sermaye piyasasında faaliyet göstermeye yetkili kılınan kuruluşların düzenlenmiş faaliyetinin icrası sırasında davranış ve ihmalden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar bu sistemin zorunlu yetki altına girmektedir⁹⁶. Böylelikle genel anlamda bankacılık, sigorta ve sermaye piyasası sektöründe yaşanan yatırımcı/tüketici/müşteri uyuşmazlıkları FOS sistemi ile çözülebilmektedir⁹⁷.

Bu sistemde, uyuşmazlıkların FOS kapsamında çözümlenebilmesi için yatırımcının öncelikle ilgili firmaya bir başvuruda bulunması gerekmektedir. Yatırımcı ancak başvurduğu firmanın konuya ilişkin nihai cevabını açıkladıktan veya belli bir süre içinde açıklamaması halinde başvurusunu FOS'a iletebilir⁹⁸. Ombudsman kararı uygun önlemlerin alınmasına yönlendirme veya adil bir tazminatın ödenmesini temin etme şeklinde olabilir. FOS'un nihai kararı kesin olup, itiraz ya da temyiz yolu özellikle tanınmamıştır⁹⁹. Zira, kararın uygulanabilmesi yatırımcı tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Karar, yatırımcı tarafından kabul edilirse iki taraf için de bağlayıcı olmakta; buna karşılık reddedilirse iki tarafı da bağlamamaktadır¹⁰⁰.

⁹⁵ ÇETİN, s.32, 33. Ancak FOS'un düzenleyici otoriteden (Financial Conduct Authority-FCA) tümüyle bağımsız olarak düşünmek doğru değildir. FCA, bu sistemin işleyişine ilişkin olarak işleyiş kurallarını onaylama gibi, FOS yönetim kurulu üyelerinin atanması gibi çeşitli vesayet yetkilerinin olduğunu belirtmek gerekir. Bu hususta bkz. ÇETİN, s.31; DEMİREL ÖZDEMİR, s.57; KALKAN, s.193, 194.

⁹⁶ ÇETİN, s.33.

⁹⁷ DEMİREL ÖZDEMİR, s.58; FOS'a iletilen şikayetlerin türleri için bkz. KALKAN, s.190, dn.36.

⁹⁸ ÇETİN, s.35.

⁹⁹ ÇETİN, s.35.

¹⁰⁰ ÇETİN, s.36.

3. Alman Hukukunda

Alman hukukunda sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin mevcut düzenleme Alman Menkul Kıymetler Alım Satım Kanunu (Wertpapierhandelsgesetz-WpHG)'nın 101 inci maddesinde yer almaktadır. Anılan madde

“Yatırım hizmetleri, yan hizmetler ya da finansal türev işlemlere ilişkin uyuşmazlığın doğmasından önce taraflar arasında yapılan sözleşmelerde yer verilen tahkim kayıtları, yalnızca sözleşmenin taraflarının Alman Ticaret Kanunu uyarınca tacir sıfatını ya da kamu tüzel kişiliğini haiz olması durumunda bağlayıcıdır.”

şeklindedir.

Bu maddenin bir benzeri, daha dar kapsamı ile ilk olarak, Alman Borsa Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiş, daha sonra WpHG 37h maddesi ile kapsamı vadeli işlem borsalarındaki işlemler ile borsada olsun olmasın tüm yatırım hizmet ve faaliyetler ile yan hizmetlerden doğan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Madde ilk olarak sübjektif tahkime elverişliliği düzenlemektedir¹⁰¹. Buna göre, yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasında, henüz uyuşmazlık doğmadan önce yapılmış olan sözleşmede yer verilen, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceği hususuna ilişkin kayıtlar ancak yatırımcının tacir sıfatını veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olması kaydıyla geçerlidir. Bu itibarla, sözleşme ilişkisi kurulurken, yatırımcının haklarını dava yoluyla değil tahkim yoluyla ileri sürmeyi kabul etmesi suretiyle, uyuşmazlık halinde tahkime başvuru zorunluluğu öngörülmesi, ancak yatırımcı tacir ya da kamu tüzel kişisi sıfatını haizse söz konusu olacaktır.

¹⁰¹SETHE Rolf: Kommentierung der §§ 15a-15b, 37b-37c, 37h WpHG, (ASSMANN, Heinz-Dieter/SCHNEIDER, Uwe H.: Wertpapierhandelsgesetz: WpHG: Kommentar, 6.Auflage, 2012 Köln), s.1912, N.11.

Diğer yandan, anılan madde aynı zamanda sermaye piyasası uyuşmazlıkları ile ilgili objektif tahkime elverişliliği de ele almaktadır. Zira, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler ve türev işlemlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar, bunların borsa gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak tahkim kapsamına alınmıştır¹⁰². Görüldüğü gibi, Alman hukukunda sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim ihtiyari tahkim olarak ve taraflar arasında yapılacak tahkim sözleşmesi bağlamında ele alınmış olup, bu hususta kurumsal bir tahkim yapısı veya İngiliz hukukunda olduğu gibi ayrı bir ombudsmanlık sistemi öngörülmemiştir.

E. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında - Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim Yolunun Değerlendirilmesi

1. Tahkime Elverişlilik

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı ile ilgili tartışmanın¹⁰³ nihai çözümü bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kurumsal tahkim mekanizmasının öngörülmesidir. Böylelikle, özellikle yatırımcıya taraflar arasında tahkim anlaşması olmasa, hatta uyuşmazlığın karşı tarafı kurumsal tahkimin gözetimini yapacak meslek örgütüne üye olmasa dahi bu kurum nezdinde çözülmesine imkân sağlanacaktır. Böyle bir ihtiyaç ihraççı-yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklarda da bulunmaktadır. Ancak, bu tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde taraflar arasında tahkim anlaşmasının mevcut olması halinde söz konusu olabileceğini de belirtmek gerekir. İzahnamede yer alan kayıtların yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan tazminat davalarının TSPB nezdinde tahkim yoluyla görüleceği yönünde tahkim kaydı konularak yürütülmesi tesis edilebilir.

¹⁰² SETHE, s.1920, N.31.

¹⁰³ Bu hususta bkz. yukarıda C.2 başlığı altındaki açıklamalar

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluk halka araza aracılık eden yatırım kuruluşlarına karşı da açılabilceğinden bu tür uyuşmazlıkların kurumsal tahkim bünyesinde yürütülmesi yararlı olacaktır. Buna karşılık, borsa işlemlerinde piyasa bozucu eylem gerçekleştiren bir yatırımcıya bu işlemlerden dolayı zarar eden diğer yatırımcıların açacakları tazminat davalarında tahkim kaydının bulunması pratikte mümkün olamayacağından, bu tür uyuşmazlıkların niteliği itibarıyla tahkime elverişli olmadığı söylenebilir. Bunun gibi usulsüz halka arz ya da izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yolunun, taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunmaması nedeniyle söz konusu olamayacağı belirtilmelidir.

2. Tahkim Yolunun Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde esas olan yatırımcıların sermaye piyasası kurumları ile olan ilişkilerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların çözümüne olanak sağlayan bir sistemin geliştirilmesi gereği doktrinde çok defa haklı olarak ifade edilmiştir¹⁰⁴. Kanaatimizce buna yatırımcı-ihraççı, yatırımcı-yatırımcı ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları da eklemek gerekir.

Tahkim yolunun en olumlu yönü şüphesiz uyuşmazlıkların süratli bir biçimde, ihtisas sahibi kimseler tarafından ve ucuz maliyetle sermaye piyasası meslek örgütünün koyduğu kurallar çerçevesinde ve bu kurumun gözetimi altında çözülmesidir. Tahkimin bir diğer avantajı da hakemlerin ihtiyati tedbir kararı alabilmeleridir. Oysa, mevcut sistemde gerek borsa uyuşmazlıkları, gerekse borsa işlemi dışında kalan TSPB bünyesinde çözümlenebilecek uyuşmazlıklar tahkim yolu olarak öngörülmediği için uyuşmazlık konusu sermaye piyasası aracıyla ilgili herhangi bir tedbir istenmesi mümkün değildir.

¹⁰⁴ ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, s.190.

Tahkimin olumsuz yönü, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile ilgili teminatın sağlanamaması halinde ortaya çıkar. Özellikle TSPB bünyesinde gerçekleştirilecek tahkimde hakem heyetinin oluşturulmasında tarafsızlık ve meslek kuruluşlarından bağımsızlık tesis edilemediğinde, hakem heyetinin alacağı kararların yatırımcıların menfaatine aykırı olması sakıncası gündeme gelebilir.

3. Tahkim İçin Kurumsal Yapı İhtiyacı

Kurumsal tahkim yukarıda da belirtildiği üzere bir kurum bünyesinde ya da gözetiminde ve o kurum tarafından öngörülen tahkim kuralları çerçevesinde gerçekleştirilen tahkimi ifade eder. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde kurumsal tahkim yoluna gidilmesi yatırımcıların korunması için son derece önemlidir¹⁰⁵. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da sermaye piyasası uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yollarının çeşitli kurumsal yapılar bünyesinde geliştiği görülmektedir. Bu konuda ABD’de meslek örgütü olarak FINRA, İngiltere’de bağımsız bir kurum olarak FOS buna örnek olarak gösterilebilir.

Ülkemizde tahkim benzeri uyuşmazlık çözüm yollarının Borsa ve TSPB bünyesinde geliştirilmeye çalışılması da önemli ve dikkat çekicidir.

Bu hem meslek örgütünün kendi üyelerinin meslek ilke ve kurallarına uygun davranıp davranmadığının karşılaşılan uyuşmazlıkla itibarıyla denetimi imkânını da verecektir. Nitekim, ABD’nin FINRA uygulamasında FINRA’ya üye yatırım kuruluşları ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların, yatırımcı tarafından tahkim yoluyla çözümlenmesinin tercih edilmesi durumunda, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi,

¹⁰⁵ Aynı görüş için bkz. GÖZÜYEŞİL, s.334.

yatırımcı tarafından yapılan başvuru üzerine uyuşmazlık mahkemeler nezdinde değil, FINRA nezdinde çözümlenebilmektedir.

Tahkimin kurumsal yapı içinde icra edilmesinin en önemli sonuçlarından birisi de; taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü için tahkim anlaşması yapılmasına ihtiyaç göstermemesi, tahkim sürecini yürütecek kuruma yapılan başvuru ile hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın kurumun tahkim kuralları çerçevesinde yürütülmesini sağlamasıdır. Tahkim anlaşmasının özelliği hakemlerin uyuşmazlığı taraflar adına onların verdiği yetkiye istinaden bazen yürürlükteki maddi hukuka, bazen yabancı hususa bazen de hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözmeleridir¹⁰⁶. Başka bir deyişle tahkim anlaşması uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku belirleme konusunda taraflara yetkiyi de içerir. Sermaye piyasası uyuşmazlıkları sermaye piyasası mevzuatına aykırılıklardan doğduğu için burada uyuşmazlığa sermaye piyasası mevzuatının yatırımcının korunması amacına matuf emredici nitelikteki ilke ve kuralları yerine tümüyle hakkaniyet ilkesine göre karar verme yetkisi bahşetmeleri bazı durumlarda yatırımcı aleyhine sonuçlar verebilir. Bu nedenle, kurumsal tahkim, hakem heyetinin yani konunun uzmanlarının süratli bir biçimde uyuşmazlığı çözme amacına yönelik olduğundan, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukukun sermaye piyasası mevzuatının emredici kuralları ile meslek örgütünün kendi iç düzenlemeleri olması gerektiğine şüphe yoktur. Başka bir deyişle kurumsal tahkim bu tür sakıncaları da baştan önleyecek niteliktedir.

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi için kurumsal yapının nasıl olması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Doktrinde TSPB tarafından uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kullanılması halinde bir meslek kuruluşu çatısı altında olan ve önemli bir

¹⁰⁶ KALPSÜZ, Turgut: Tahkim Anlaşması, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C.II, s.1049.

kısmı yatırım kuruluşlarının oluşturduğu üyeler ile müşterileri arasındaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasının önemli menfaat çatışmalarına yol açacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁷. Buna paralel olarak doktrinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde yeni ve bağımsız bir yapının kurulmasının gerekli olduğu görüşü dile getirilmiştir¹⁰⁸. Hatta *Demirel Özdemir*, böyle bir yapı kuruluncaya kadar İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)¹⁰⁹ bünyesinde de tahkim yürütülmesini önermiştir.

Ancak biz bu hususta 2009'dan beridir yürümekte olan sigortacılıkta tahkim sisteminde mevcut bulunan meslek örgütü bünyesinde kurulan bir komisyon tarafından tahkim faaliyetinin yürütülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira ISTAC yapısı gereği milli ve milletlerarası ticari tahkime yetkili bir kuruluş olup, bu kuruluşun sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesinde de yetkilendirilmesi yatırım kuruluşlarının da ISTAC'a üye olmasını gerektirecektir. Bu bakımdan biz, Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde FINRA modelinin esas alınması, bu uygulama örnek alınırken Sigortacılıkta tahkime ilişkin ülkemizde öngörülen yapının da sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkime uyarlanması daha isabetli olacağını savunuyoruz.

¹⁰⁷ KALKAN, s.206.

¹⁰⁸ ÇETİN, s.37; DEMİREL ÖZDEMİR, s.140. Buna karşılık *Tevetoğlu*, tahkim hizmetinin diğer ülkelerde olduğu gibi piyasa düzenleyicileri veya meslek birlikleri tarafından kurumsal bir şekilde sunulmasının piyasanın gelişmesine, derinleşmesine, güven unsurunun teminine uygun bir uyuşmazlık çözüm sistemi olacağı görüşündedir (s.429).

¹⁰⁹ ISTAC, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı RG'de yayımlanan ve 1.1.20215 tarihinde yürürlüğe giren İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu uyarınca yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere kurulan bağımsız, tarafsız ve özerk bir kurumdur. Tarafların uyuşmazlıklarını ISTAC kurallarına göre çözümlenmesini kararlaştırdıkları durumlarda söz konusu tahkime bu kurallar uygulanacaktır (Bu konuda geniş bilgi için bkz. DEMİREL ÖZDEMİR, s.124 vd.). ISTAC hakkında ayrıca bkz. AKINCI, Ziya: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında İstanbul Tahkim Merkezi, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları-I, İstanbul 2018, s.5 vd.).

4. Benzeri Müesseselerle Karşılaştırılması-Sigortacılıkta Tahkimin Örnek Alınabilirliği

14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK)'nun Amaç ve Kapsam başlıklı 1. Maddesine göre "*ülkemiz sigortacılığının geliştirilmesini sağlamak, sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmek*" üzere Sigorta Tahkim Sistemi oluşturulmuştur¹¹⁰.

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun yapısı ve görevleri ile Komisyon Müdürü ve Komisyon Müdür Yardımcılarının nitelikleri, çalışma usul ve esasları, Raportörlerin, Sigorta Hakemlerinin çalışma usul ve esasları, kararların ne şekilde düzenleneceği, Komisyona başvuru esasları, liste tutulmasına ve bütçeye ilişkin esaslar ile katılım ücreti gibi hususlar, 17.08.2007 tarih ve 26616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikle belirlenmiştir.

Bu bakımdan, 2007 yılından beridir uygulanmakta olan sigortacılıkta tahkim sisteminden sermaye piyasası uyuşmazlıklarında da mahiyetine uygun düştüğü ölçüde faydalanılması imkânlarının araştırılması yerinde olur. Bunun için kısaca sigortacılıkta tahkim sistemin ana hatlarına değinmek gerekirse, ilk olarak, sigortacılıkta tahkim sistemine üyelik zorunlu olmamakla birlikte üye olanların uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini baştan kabul ettiği, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişinin ise, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile mahkemelere başvurma seçeneği ile birlikte, tahkim usulünden de her zaman faydalanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta kuruluşu ile

¹¹⁰ Sigortacılıkta uyuşmazlıkların tahkim yöntemiyle çözülmesine ilişkin düzenlemenin gerekçeleri hakkında bilgi için bkz. KAYIHAN/SELANİK, s.67, 68.

uyuşmazlık yaşayan kişiler, ilgili sigorta şirketi Sigorta Tahkim Komisyonu'na üye ise, dilerse uyuşmazlığını mahkemeye taşıyabileceği gibi, dilerse bu yöntem yerine uyuşmazlığın çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilecektir¹¹¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sigorta tahkim sistemine yalnızca sigortalılar sigorta şirketleri hakkında başvurabilmektedir. Başka bir deyişle, sigorta şirketleri, sigortalılar hakkında sigorta tahkim sistemine başvuramamaktadır. Sigortacılıkta tahkim yoluna başvurulması için bunun dışında taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin yapılmasına ihtiyaç bulun

Bir Sigorta Kuruluşu ile arasında sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık bulunan gerçek veya tüzel kişiler uyuşmazlığın çözülmesi için Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilmesi için Sigorta şirketine yapılan başvurunun SK'nun 30/13 fıkrası gereğince kısmen veya tamamen reddedilmesi gerekmektedir. Sigorta hukukunda tahkim yoluyla *“sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü”* amaçlanmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın ya sigorta sözleşmesinden ya da Hesaptan kaynaklanması gerekmektedir. Buna göre, sigortacılıkta tahkimde yabancılı unsur olsun veya olmasın sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar hakkında uygulanır¹¹².

Sigortacılıkta tahkim uyuşmazlık ve itiraz hakemi olmak üzere iki aşamalı düzenlenmiştir. İtiraz hakem kararları istinaf kararları gibi hakem kararlarını kaldırarak yeniden hüküm kurmaktadır¹¹³.

¹¹¹ Sigorta tahkim sisteminin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Genel kabul gören anlayış, sigortacılık tahkimin zorunlu-ihiyari tahkim türlerinden birisine dâhil edilemeyeceği, kendine özgü bir yapısı olduğu yönündedir (Bu hususta görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, 2013, s.839, 840.

¹¹² KAYIHAN/SELANİK, s.83.

¹¹³ KAYIHAN/SELANİK, s. 141, 142.

Sigorta tahkiminde maddi hukuk kurallarının uygulanması da son derece önemli bir konudur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 28.1.1994 tarihli 4/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında hakem sözleşmesinin tarafları hakem sözleşmesi veya şartlarında taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanmasının gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemlerin bu kurallar uyarınca karar vermesi gerektiğine ilişkin içtihadını göz önünde bulunduran bazı yazarların isabetle belirttiği üzere sigorta hakemlerinin tahkim yargılamasında sigorta hukuku hükümleri, TTK'da hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu ve TKHK hükümlerinin uygulanması gerekir.¹¹⁴

Nihayet, sigortacılıkta tahkim yolunda kararlara itiraz usulüne ilişkin özel ve istisnai nitelikteki düzenlemeye de değinmek yararlı olacaktır. SK'nun 30/12 fıkrası uyarınca, Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurusu yapılan 2023 yılı için 15 bin Türk lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. 15 bin Türk lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde itiraz edilebilir. Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan yine 2023 yılı için 238 bin 730 Türk lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen hakem kararları için temyize gidilebilir. Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açık olduğu da düzenlenmiştir. HMK yürürlüğe girmeden öne çıkarıldığı için HMK'da tahkim kararına karşı temyiz değil de iptal davasının düzenlenmiş olması karşısında sigortacılıkta tahkim

¹¹⁴ KAYIHAN/SELANİK, s.136. BU görüşte olan diğer yazalar için bkz. dn.374. bu hususta geniş bilgi ve özellikle uygulanacak maddi hukuk kurallarının uygulanma sırası hakkında ayrıca bkz. KAYIHAN/SELANİK, s.322 vd.

usulünde karara karşı iptal davası yerine temyiz yolunun öngörülmüş olması doktrinde tartışmaya yol açmıştır¹¹⁵. Doktrinde çoğunluk görüşü kanunun lafzı ve düzenleniş amacından hareketle sigortacılıkta tahkimde karara karşı HMK’da olduğunun aksine iptal davası açılmasının söz konusu olmayacağını, karar karşı doğrudan Yargıtay nezdinde temyiz başvurusunun yapılabileceği yönünde olmakla birlikte¹¹⁶, Yargıtay’ın özellikle 17.4.2017 tarihinde verdiği bir kararında sigorta tahkimde iptal yoluna gidilebileceğine karar vermiş olması uygulamada da tereddütlere yol açmıştır. Ancak, SK m. 30/12 fıkrasında 6456 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “*kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebileceği*” yeniden ve açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla, kanun koyucu HMK’nun yürürlüğe girmesinde sonraki dönem için de sigortacılık tahkiminde hakem kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolu bakımından tercihinin açıkça temyizden yana koymuş olduğunu kabul etmek gerekir¹¹⁷. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19.6.2020 tarihli ve

¹¹⁵ Örneğin Budak, HMK’nda hakem kararlarının temyizi hakkında hüküm bulunmadığına göre, Sigortacılık Kanunu m. 30(12) hükmünün hakem kararlarının temyizine ilişkin HMK hükümlerine atıf yapmış olmasının anlamsız olduğu; her halükarda yürürlükten kalkmış olan kanun hükümlerine başka bir kanunda yapılmış olan atfın, yürürlükten kalkan hükümleri tekrar yürürlüğe sokmuş olduğu var sayılamayacağını; bu nedenle de Sigortacılık Kanunu m. 30(12)’de HUMK’nun hakem kararlarının temyizine ilişkin hükümlere yaptığı atfın, hakem kararlarının iptali hakkındaki HMK m. 439 hükmüne yapılmış sayılmasının daha doğru olduğu görüşünü ileri sürmüştür (BUDAK, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim - Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 1, sayı 2 (2013), s. 67). Buna karşılık, Özdamar, sigortacılıkta iki aşamalı itiraz usulü öngörüldüğünden yalnızca temyize gidilebileceği, iptal davasını açılmayacağı görüşündedir (ÖZDAMAR, s.850. Yaşar da bu görüş benzer gerekçelerle benimsemektedir (YAŞAR, Tuğçe Nimet: Sigorta Hukukunda Tahkim, TAAD, Yıl:9, Sayı:36 (Ekim 2018), s.236 vd.).

¹¹⁶ Bu konudaki tartışmalar ve görüşlerin değerlendirmesi için pek çokları yerine bkz. YAŞAR, s.235 vd.

¹¹⁷ BUDAK, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20. Yıl Armağan Özel Sayısı, Cilt XIII, 2016/1, s. 126.

E.2019/4, K.2020/1 sayılı kararında itiraz hakem kararlarına karşı tebliğlerinden itibaren iki hafta içinde Yargıtay’a temyiz başvurusu yapılacağı” kararını vermiş ve bu konudaki tartışmaları noktalamıştır¹¹⁸.

5. Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Sisteminin Değerlendirilmesi ve Bir Düzenleme Önerisi

Sermaye piyasası uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yolları ile çözülmesi, esas itibarıyla uyuşmazlıkların mesleki tecrübe ve ihtisas sahibi kimseler tarafından yargı yoluna kıyasla çok daha kısa süreler içinde çözülmesi amacına hizmet eder. Sermaye piyasası mevzuatımızda yer alan borsa uyuşmazlıklarının çözümü ile borsa dışı sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili öngörülen sistem bu amaçlara hizmet etmekten uzak kalmıştır. Düzenlendiği ilk yıllarda özellikle borsa mevzuatının geliştirilmesine sunduğu katkılar inkâr edilemez nitelikte olsa da; yatırımcı sayısının arttığı, sermaye piyasası araçları ve işlemlerinin çok daha karmaşık hale geldiği, yapay zekâ uygulamalarının borsada işlem yapılırken kullanıldığı, aynı anda hem spot hem vadeli işlemler piyasasında işlemlerin aynı pay üzerinde yapılabildiği günümüz dünyasında uyuşmazlık çözüm sisteminin gözden geçirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Bu konuda sigorta hukukunda geliştirilen ve halen başarı ile uygulanan sistemden, sermaye piyasası uyuşmazlıklarının mahiyetine ve bu sektördeki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gösterdiği ihtiyaçlara uygun düştüğü ölçüde yararlanılması uygun olacaktır. Örneğin yapısı gereği yukarıda da değinildiği üzere sigorta tahkimine sigortalı, sigorta ettiren veya lehtar başvurabilmekte, davalı ise sigorta şirketi veya güvence hesabı olabilmektedir. Oysa, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında yatırım kuruluşları da yatırımcı aleyhine tahkime başvurabilmelidir. Hatta, yatırım

¹¹⁸ Karar için bkz. KAYIHAN/SELANİK, s.145.

kuruluşunun vadeli işlemler piyasasında uzun pozisyon alıp, spot piyasada da aynı pay için alım yapan ancak daha sonra ilgili payın fiyatında meydana gelen düşüş nedeniyle vadeli işlem piyasasında merkezi karşı taraf olarak işlemlerde yer alan Takasbank'a olan borçlarının yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı adına ödenmesinden kaynaklanan alacağını tahsil etmek için yatırımcının ilgili yatırım kuruluşu nezdinde bulunan hesabına söz konusu vadeli işlemin vadesinde intikal edecek payların re'sen satışı suretiyle alacağını elde etmesi veya bu amaçla ilgili hesaba intikal edecek pay veya nakit varlıklar üzerinde tedbir talebinde bulunması tahkim sistemi ile daha hızlı ve güvenli bir biçimde sağlanabilir. Başka bir deyişle, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında kurumsal tahkimin düzenlenmesi, yalnızca yatırımcının korunmasına değil, piyasanın güven ve istikrar içinde çalışmasına da hizmet eder.

Borsa uyuşmazlığı borsa dışı uyuşmazlık ayrımını kaldırılarak uyuşmazlıkların tek bir kurumsal çatı altında çözümlenmesi, yapılan reformun önceliği olmalıdır. Böylelikle uyuşmazlığın hangi kurumsal yapı içinde çözüleceği ile ilgili karmaşık, iç içe geçmiş işlemlerde, provizyon avcılığı (*churning*), kredili işlemler gibi görünüşte borsa işlemine dayanan ancak uyuşmazlığın temelini başka bir işleme dayandığı uyuşmazlıklarda düzenlemenin kapsamının darlığı ya da belirsizliği sorununu ortadan kaldırılmış olacaktır.

İkinci olarak kanaatimizce mevcut sistemin yeterince işlememesinin en önemli sebebi borsa nezdinde gerek TSPB Hakem Heyeti bünyesinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin verilen kararın denetiminin Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılmış olmasıdır. Bu durum, kararın kesinleşmesi sürecini uzatmakta, bu tür çözüm yöntemlerinin yargı yoluna nazaran en olumlu yönü olan uyuşmazlıkların kısa süre içinde sonuçlandırılması amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır. Zira Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu konuda almış olduğu onama, bozma kararları idari işlem olmaları nedeniyle idari yargıya konu edilmekte ve bu

da sürecin çok daha uzamasına sebep olmaktadır. Bu hususta HMK hükümlerine yapılacak atıf ile hakem kararına karşı iptal davası yolunun açık tutulması sağlanmalıdır.

Ayrıca, tahkimde esasa uygulanacak kurallar ile ilgili belirlemenin ikincil düzenlemelerde yapılması sermaye piyasası mevzuatının emredici hükümlerinin, burada hüküm yoksa teamüllerin uygulanacağı hususunun açıklığa kavuşturulması da son derece önemlidir. Bunun yanı sıra tahkim usulünün kesin süreler ile düzenlenmesi sürelerle uyumamasının müeyyideye bağlanması da yararlı olacaktır.

Bunun dışında tahkim sisteminin adili tarafsız ve etkin bir biçimde çalışması için gereken çabayı gösterme konusunda TSPB'ne sorumluluk yüklenmesi de gereklidir. Nitekim sigortacılıkta tahkimde Sigorta Tahkim Komisyonu'na bu konuda önemli işlevler verilmiştir¹¹⁹. Bunun için TSPB bünyesinde Sermaye Piyasası Uyuşmazlıkları Tahkim Komisyonu'nun kurulması, bu komisyonun sekreteryasının oluşturulması, raportörlerine ön inceleme yetkisi verilmesi, hakem listelerinin oluşturulması ve ilgili uyuşmazlığa bakacak hakemin, itiraz üzerine atanacak itiraz hakeminin seçimi, hakemlerin somut olay karşısında tarafsız ve bağımsız olduklarının bu Komisyonun teminatı altında olması hususları da ikincil düzenlemelerde mutlaka yer almalıdır.

Mevcut yöntemin iyi çalışmamasının bir başka önemli sebebi ise, kanaatimizce uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık heyete intikal ettikten sonra da uyuşmazlığın karşı tarafınca adli yargıya taşınabilmesi, hatta adli yargı yoluna uyuşmazlığın çözümü aşamasında başvurulması halinde, uyuşmazlık çözüm sürecinin durmasıdır. Bu durum, hem hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışlara yol açmakta hem de alternatif uyuşmazlık yoluna başvuruya olan güveni azaltmaktadır. Oysa, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında kurumsal

¹¹⁹ Bu hususta bkz. KAYIHAN/SELANİK, s.93.

tahkim yolunun düzenlenerek, ihtiyari tahkimde mevcut olan tahkim anlaşmasının müspet ve menfi etkisi¹²⁰, kurumsal tahkimde hakem heyetine başvurunun yapılması ile birlikte kendiliğinden hükmünü icra etmeye başlamalıdır. Böylelikle müşterinin hakeme başvurması üzerine yatırım kuruluşunun yargı yoluna gitmesi, menfi tespit davası açması tahkim sürecinin durması engellenmiş olacaktır.¹²¹

Bu amaçla öncelikle 6362 sayılı SPKn.’nın 70/1 fıkrasının yürürlükten kaldırılması, buna paralel olarak yapılacak bir değişiklik ile aynı Kanunun 74. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinin “*Üyelerinin kendi aralarında veya müşterileriyle, bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakem heyeti yoluyla çözümüne ilişkin gerekli altyapıyı kurmak ve yönetmek, (...) ile görevli ve yetkilidir. (...)*” şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır. Bu değişiklik ile yatırım kuruluşu ve yatırımcılar arasındaki tüm uyuşmazlıkların çözümünde tazmin kabiliyetinin kanun hükmü ile desteklendiği bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturulmasına imkân sağlanmış olacaktır.

Aynı maddeye bir fıkra ilave edilerek, TSPB bünyesinde bir Tahkim Komisyonu kurulmasına, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının (g) bendi kapsamındaki heyetlerin oluşturulmasına, bu heyetlerde görev alacakların niteliklerine, uyuşmazlık çözüm usullerine, ücretlendirmeye ve masrafların ilgililere yansıtılmasına veya TSPB tarafından karşılanmasına ilişkin usul ve esasların Kurulca onaylanan bir Yönerge ile belirlenmesi yetkisi verilmesi de yararlı olacaktır.

Yapılacak düzenlemenin tahkim niteliğinde olduğunu belirlemek amacıyla SPKn.’nin 74. maddesine “*Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak*

¹²⁰ Tahkim anlaşmasını akdetmenin müspet etkisi hakemlere taraflar arasındaki uyuşmazlığı muhakeme etmek ve hüküm vermek suretiyle halletme yetkisini bahşetmesidir (KALPSÜZ s.1049). Tahkim anlaşmasının menfi etkisi ise, tarafların arasındaki uyuşmazlığın halli için devlet mahkemelerine müracaat etme imkânını ortadan kaldırmasıdır (KALPSÜZ s.1052).

¹²¹ Nitekim bu husustaki eksikliğe dikkat çeken isabetli bir görüş için bkz. KALKAN, s.225.

çıkartılacak düzenlemelerde hüküm bulunmayan hallerde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun hükümleri sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim hakkında da kıyasen uygulanır. ” hükmünün yeni bir fıkra olarak eklenmesi yararlı olacaktır. Böylelikle sermaye piyasası uyuşmazlıklarında hakemin ihtiyati tedbir kararı verebilmesinin de önü açılmış olacaktır¹²². Ancak Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında özellikle yatırımcı-yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararının özelliği gereği bu hususta ayrıca bir düzenleme yapılmasında da fayda olduğu kanaatindeyiz. Zira, bu tür uyuşmazlıklarda yatırımcının yatırım hesabında bulunan sermaye piyasası araçları ile yatırım kuruluşunun borsa nezdindeki teminatları üzerinde uyuşmazlığın mahiyetine göre ihtiyati tedbir konulması gereği doğabilir. İhtiyati tedbir konulacak varlıklar ve uyuşmazlığın konusu ile ilgili bir belirsizlik bulunmadığından ayrıca tedbirin uygulanması Merkezi Kayıt Kuruluşu ya da Borsa gibi kurumlar eliyle gerçekleştirileceğinden bu tür tedbirlerde uygulanma için mahkemeden ayrıca icra edilebilirlik kararı¹²³ alınmasına gerek olmadığı görülecektir. Bu nedenle müşteri hesabı ile yatırım kuruluşunun teminatları ile sınırlı olmak üzere icra edilebilirlik kararına gerek olmaksızın ilgili mercie bildirim üzerine tedbirin icra edileceği hususunda açık bir düzenleme öngörülmesi yararlı olacaktır. Nihayet, 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda bazı istisnai

¹²² Tahkim yargılamasında hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkileri konusunda geniş bilgi için bkz. LOKMANOĞLU, Salim Yunus: 6100 Sayılı Yasa Uyarınca Tahkim Yargılamasında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, TAAD, Yıl:11, Sayı: 44 (Ekim 2020), s.201 vd.

¹²³ Hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının icra edilmesi HMK md. 414/2’de düzenlenmiştir. Buna göre, şayet aleyhine geçici koruma kararı verilen taraf bu karara rızaen uymaz ise, diğer taraf kararın icra edilebilirliğine karar verilmesi için devlet mahkemesinden yardım talep edebilecektir. Bu hususta bkz. LOKMANOĞLU, s.213. Yatırımcı ile yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda örneğin yatırımcının hesabındaki varlıklara ihtiyati tedbir konulması y ada yatırım kuruluşunun teminatına tedbir konulması durumunda böyle bir karara uyulmaması gibi bir durum söz konusu olmayacağından icra edilebilirliği sağlamak üzere mahkemeden bir karar alınması gereği de bulunmamaktadır.

hallerde ihtiyati tedbirin resen alınabileceği düzenlenmiştir ¹²⁴ . Uyuşmazlığın tutarının örneğin yatırımcı tazmin tutarının üzerinde olduğu durumlarda hakeme resen ihtiyati tedbir uygulama yetkisinin tanınması da yatırımcının korunması bakımından değerlendirmeye alınmalıdır. Buna SPKn.’nun 74. maddesine “*Hakem heyetinin, talep üzerine 6100 sayılı Kanunun 414 üncü maddesi uyarınca vereceği ihtiyati tedbir kararları, müşteri hesabı ile yatırım kuruluşunun teminatları ile sınırlı olmak üzere icra edilebilirlik kararına gerek olmaksızın ilgili mercie bildirim üzerine icra edilir. Uyuşmazlık konusu tazmin tutarının 84 üncü maddenin beşinci fıkrasında yer alan tutardan fazla olması durumunda hakem heyeti ihtiyari tedbiri resen alır.*” şeklinde bir fıkranın eklenmesinin de isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Hakem Heyetince verilecek tazmin kararlarının 84 üncü maddenin beşinci fıkrasında yer alan tutara kadar olan 6100 sayılı Kanunun 414 üncü maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilebilir.” hükmünün eklenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca, özellikle yatırımcının tüketici sıfatıyla yer aldığı yatırım kurulu ile aralarında çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunu nasıl işletileceği sorunun da çözülmesi yerinde olur. Bunun dışında, sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkimin zorunlu nitelikte olmadığına açıklığa kavuşturulması, buna bağlı olarak ihtiyari tahkim sisteminin tam olarak işletilebilmesini teminen, bir kere tahkim yoluna başvurulduğunda işlemin taraflarının karşılıklı olarak anlaşmadıkça uyuşmazlığı yargı yoluna götürmelerinin engellenmesi de son derece yararlı olacaktır.

Öte yandan, uyuşmazlığın tahkimde çözüleceğinin taraflarca kararlaştırılması ya da yatırımcı-yatırım kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda önerdiğimiz gibi taraflar arasında anlaşma bulunmasa

¹²⁴ Bu hususta bkz. LOKMANOĞLU, s.214, dn.56.

bile yatırımcının talebi üzerine uyuşmazlığın TSBP nezdinde tahkim yoluyla çözülmesi yolunda, uyuşmazlığın hakem heyetine intikal ettiği andan itibaren burada çözümleninceye kadar dava yolunun kapalı tutulması; dava açılmışsa, tahkim ilk itirazının ileri sürülmesine imkân tanınması şüphesiz yararlıdır. Bununla birlikte sermaye piyasası uyuşmazlıklarının konusu para veya teminat alacağına ilişkin olduğundan, bu uyuşmazlıklarda icra takibi yapılmasının da tahkim yoluna etkisinin ayrıca değerlendirilmesi,¹²⁵ hatta bu konuda da düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira, uyuşmazlığın tahkimde görüleceğinin kararlaştırıldığı durumlarda para ve teminat alacağı için icra takibinin yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalı olup¹²⁶, bu hususta farklı yargı kararları da bulunmaktadır¹²⁷.

¹²⁵ Bu hususta geniş bilgi için bkz. YEŞİLİRMAK, Ali: Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?, TBB Dergisi 2011 (96), s.211 vd.

¹²⁶ Doktrinde bir görüş tahkim sözleşmesinin yalnızca tarafların mahkemede dava açmasını önceleyeceği, ilamsız icra takibi dava olmadığından, alacaklının tahkim sözleşmesine rağmen icra takibi yapabileceğini ileri sürmektedir (KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.936). Bunun tam tersine *Dayınlarlı* ise, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde cebri icra yoluna başvurulamayacağı görüşündedir (Bu görüş için YEŞİLİRMAK, s.213). Bu iki görüşün arasında bazı yazarlar ise, tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının genel haciz yoluyla takip yapabileceğini, ancak duran takibe devam edebilmek için itirazın iptali davasının hakem nezdinde görülebileceğini savunmaktadır (Bu yazarlar ve görüşleri için bkz. YEŞİLİRMAK, s.214). Konuyu değerlendiren *Yeşilirmak*'ın ise, tahkim anlaşmasının davalının muhalefeti halinde davaya devam edilmesini engellediğine göre, itiraz halinde evleviyetle haciz yoluyla takip yapılmasını da engellemesi gerektiği görüşünde olduğunu eklemek gerekir (YEŞİLİRMAK s.214, 215). Kanaatimizce bu görüş daha isabetlidir.

¹²⁷ Yargıtay 13 ve 19. HD icra takibi yapılamayacağı yönde karar vermiştir (BU kararlar için bkz. YEŞİLİRMAK, s.211,212. Bun karşılık 12. HD'nin tahkim sözleşmesinin icra takibine engel teşkil etmeyeceğine ilişkin kararları olduğu hususunda bkz. YEŞİLİRMAK, s.212 dn.20 ve 21'de anılan kararlar. Yargıtay 11. HD'nin hakemde açılan bir itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına hükmedilmesini onadığına ilişkin karar için bkz. YEŞİLİRMAK, s.212, dn.22. Dolayısıyla 11 HD'nin tahkim sözleşmesine rağmen genel haciz yoluyla icra takibi yapılmasına cevaz verdiği, hatta itirazın iptali davasının hakem nezdinde görülmesinin de mümkün olduğu görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, SPKn.’nın 74. maddesine “Mahkemeye ve 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak hakem heyetine başvuru yapılamaz. Hakem Heyeti’ne intikal eden uyuşmazlık için Hakem Heyeti uyuşmazlıkla ilgili karar alıncaya kadar yargı yoluna gidilemez. Konusunu bu maddenin kapsamına giren ve Hakem Heyeti’ne intikal eden bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa; 6100 sayılı Kanunun 413 üncü maddesi uyarınca karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Konusunu bu maddenin kapsamına giren ve Hakem Heyeti’ne intikal eden bir uyuşmazlık ile ilgili genel haciz yoluyla takip yapılamaz. Hakem Heyeti, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç altı ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece çözülür.” şeklinde bir fıkra eklenmesi de değerlendirilmelidir.

Nihayet, hakem heyeti kararlarına karşı itiraz usulünün de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi gereklidir. Bu hususta da sigortacılıkta tahkimde öngörülen iki aşamalı itiraz ve temyiz sisteminin sermaye piyasası uyuşmazlıkları için de öngörülmesi yararlı olacaktır. Zira, hızlı ve uzmanlık gerektiren sermaye piyasasında tahkim sistemi içinde itirazların belirli bir tutara kadar incelenmesi, kesinlik sınırında da tüketici hakem heyetlerine başvuru sınırının esas alınması yerinde olacaktır. Diğer yandan itiraz üzerine verilen kararlarda da hakem heyetince verilen tazmin kararının tutarının HMK’daki temyiz sınırının üzerinde olması halinde ayrıca temyiz yoluna gidilebilecek şekilde düzenleme yapılması da tavsiyeye şayandır. Buna göre Sigortacılık Kanunu 30/12 fıkrasına paralel bir biçimde SPKn.’nın 74. maddesine “6502 sayılı Kanun’un 68 inci maddesi uyarınca belirlenen sınırın altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Bu sınırın üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın Komisyonca ilgiliye

bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz talebinde bulunmak için bu madde uyarınca belirlenen başvuru ücretinin Komisyona yatırılması şarttır. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur. İtiraz talebi münhasıran bu talepleri incelemek üzere Komisyon tarafından teşkil edilen hakem heyetlerince incelenir. İtiraz talebi hakkında işin heyete intikalinden itibaren iki ay içinde karar verilir. Bu fıkradaki sınırın üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları bu madde uyarınca süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleşir. Bu uyuşmazlıklar hakkında bu madde uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen karar kesindir. Hakem Heyetince verilecek tazmin kararlarının 84 üncü maddenin beşinci fıkrasında yer alan tutarın üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir. Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usûl ve esaslar hakkında 6100 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Bu maddede öngörülen tutarlar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılır.” hükmünün eklenmesi de yukarıda belirtilen ve ülkemizde gerek Borsa nezdinde, gerek TSPB nezdinde öngörülen uyuşmazlık çözüm sisteminin yeterince çalışmamasının temel sebeplerinden birisi olarak gördüğümüz sakıncaların giderilmesine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya: Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında İstanbul Tahkim Merkezi, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları-I, İstanbul 2018, s.5-14

ATA, Özlem: Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, İstanbul 2020

AYDIN, Sema: Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2.Bası, İstanbul 2009

BLACK, Barbara: Investor Protection Meets the Federal Arbitration Act, Stanford Journal of Complex Litigation, Vo.1-1 Fall 2012, s.1-49

BLACK, Barbara: Is Securities Arbitration Fair to Investors?, Pace Law Review, (2004), Vo.25, nr.1, s.1-14

BLACK, Barbara/GROSS, Jill, I.: Investor Protection Meets the Federal Arbitration Act 2012, Stanford Journal of Complex Litigation, (2012) Vo.1.1, s.1-50

BLACK, Barbara/GROSS, Jill, I.: Making It Up As They Go Along: The Role of law in Securities Arbitration, Cardozo Law Review, (2002), Vol.23.3, s.991-1047

BÖRÜ, Levent: Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m 18/A, 18) SÜHFD, C.31, S.1, 2023, s.65-89

BRUNET, Edward/JOHNSON, Jennifer J.: Substantive Fairness in Securities Arbitration, Lewis&Clark Law School Legal Research Paper Series, Paper No.2007-11, s.1-52, <http://ssrn.com/abstract=988547>

BUDAK, Ali Cem: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.77-103

BUDAK, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20. Yıl Armağan Özel Sayısı, Cilt XIII, 2016/1, s. 121-129

BUDAK, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim - Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 1, sayı 2 (2013), s. 53-69

CEVİZ, Resul: Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, İstanbul 2016

ÇETİN, Nusret: Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.1-2, 2009, s.21-39

ÇETİN, Nusret/TÖREMİŞ, Hatice, Ebru/CANTİMUR, Zeynep: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi, Ankara 2014

DEMİREL ÖZDEMİR, Elif: Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Alternatif Yöntemlerle Çözümünde Tahkim, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2019

DAĞLI, Kubilay/ÇAKIR, Yasemin: Türk Sermaye Piyasasında Tahkim Uygulaması ve Etkinleştirilmesine Yönelik Öneriler, Sayıştay Dergisi, S.72, s.27-50

DİŞEL, Buse: Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020

DURAN, Akif: Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:26, İstanbul 2021

EKŞİ, Nuray: Spor Tahkim Hukuku, İstanbul 2015

ERDEM,ERCÜMENT: Tahkim Anlaşması, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s.241-274

FLETCHER, C. Edward III, Privatizing Securities Disputes Thruogh The Enforcement of Arbitration Agreements, Minnesota Law Review, Vol.71:393, 1987, s.393-460

GIOVINE, Peter: Arbitration and FINRA's Customer Code: A Tailored Approach to When a Forum Selection Clause May Supersede FINRA Rule 12200, *Fordham Law Review*, Vo.91, Is.3, Article 6, 2022, s.993-1032

GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat: Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 2. Bası, Ankara 2020

GROSS, Jill, I.: The Historical Basis of Securities Arbitration as an Investor Protection Mechanism, *Journal of Dispute Resolution*, Vol.2016, s.171-186 (Metin içinde: GROSS, Historical Basis)

GROSS, Jill, I.: The Customer's Nonwaivable Right to Choose Arbitration in the Securities Industry, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2016) Vol.10, Issue 2, s.383-404 (Metin içinde: GROSS, The Customer's)

GROSS, Jill, I.: The End of Mandatory Securities Arbitration?, *Pace Law Review*, Vol.30, Issue 4 (2010), s.1174-1194 (Metin içinde: GROSS, Mandatory Arbitration)

GROSS, Jill, I.: McMahon Turns Twenty: The Regulation of Fairness in Securities Arbitration, 76 *University of Cincinnati Law Review*, 493 (2008), anılan makaleye <http://digitalcommons.pave.edu/lawfaculty/451/> adresinden erişim sağlanmış olup, sayfa numaralandırmasında da bu erişim dikkate alınmıştır) (Metin içinde: GROSS, McMahon Turns)

GROSS, Jill, I.: Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.21:2 2006, s.329-381 (Metin içinde GROSS, Securities Mediation)

HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- "Tahkim"- 14 Şubat 2009, *Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler*, s.179-202

HERMANN, William C.: Arbitration of Securities Disputes: Rodriguez and New Arbitration Rules Leave Investors Holding a Mixed Bag, Indiana Law Journal, Vo.65, Is.3, Article 7, s.607-722

HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010

İZGİ, Mehmet Feridun: Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2023

KALKAN, Onur: Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemleri, İstanbul 2019

KALPSÜZ, Turgut: Tahkim Anlaşması, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C.II, s.1027-1053

KARASU, Rauf: Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TAAD, Yıl:7, Sayı: 26, (Nisan 2016), s. 49- 69

KAYIHAN, Şaban/SELANİK, Atakan Adem: Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü, 2.B., Ankara 2023

KONURALP, Aynur/KONURALP Haluk: Borsa Uyuşmazlıkları, Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s.591-608

KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016

LOKMANOĞLU, Salim Yunus: 6100 Sayılı Yasa Uyarınca Tahkim Yargılamasında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44 (Ekim 2020), s.203-238

MANAVGAT, Çağlar: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Yayın Nu.501, Ankara 2016

ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1, 4. Baskı, Ankara 2016

ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, 2013, s.831-855

POSER, Norman, S.: Making Securities Arbitration Work, SMU Law Review, (1997), Vo.50, s.277-336

SETHE Rolf: Kommentierung der §§ 15a-15b, 37b-37c, 37h WpHG, (ASSMANN, Heinz-Dieter/SCHNEIDER, Uwe H.: Wertpapierhandelsgesetz: WpHG: Kommentar, 6.Auflage, 2012 Köln)

SOYDEMİR, Selim/AKYÜZ, Abdullah: Sermaye Piyasası ve Borsa, Ekonomik Analiz, Kurumsal ve Yasal Yapı, Tarihçe ve Tanıklıklar, İstanbul 2015

SIEBENECK, Claudia: Sanktionsordnung der SIX und Schiedsgericht, Dissertation, Staempfli Publikationen AG Bern 2013

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.2063-2113

TEVETOĞLU, Mete: Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim, Ankara 2010

TEVETOĞLU, Mete/KAYNAK KOÇ, Selva: Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Tipi Olarak Churning, İstanbul Barosu Dergisi, C.86, Eylül-Ekim 2012, s.186-197

TÖREMİŞ, Hatice Ebru: Sermaye Piyasası Faaliyetleri Bağlamında Yatırımcının Tüketici Olarak Korunması, Ankara 2022

TURAN, Gökçen: Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkimin Uygulanabilirliği ve ABD Sermaye Piyasasında Tahkimin Uygulanış Şekline Örnek Olarak NYSE ve NASD Düzenlemeleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 2002, <https://spk.gov.tr/data/61e48fc71b41c60d1404d68a/91b17f00325307f2c18a37e9b45f86c7.pdf>

ULUSOY, Erol: “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- “Tahkim”- 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s.203-251

USCA, Enver/TÖREMİŞ, Hatice Ebru: Adli Yargıda Açılan Davanın Aracı Kurumla Yatırımcı Arasındaki Uyuşmazlık Çözüm Prosedürüne Etkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.1, 2011, s.75-98

YAŞAR, Tuğçe Nimet: Sigorta Hukukunda Tahkim, TAAD, Yıl:9, Sayı:36 (Ekim 2018), s.211-240

YEĞENGİL, Rasih: Tahkim, İstanbul 1974

YEŞİLIRMAK, Ali: Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, TBB Dergisi 2011 (96), s.205-228

YILMAZ; Ejder: Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s.531-554 (Metin içinde YILMAZ, Tahkime Elverişlilik)

YILMAZ, Ejder: Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Makaleler (1973-2013), C.II, Ankara 2014 (Metin içinde YILMAZ, Tahkim Hukuku)

İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM¹

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR*

GİRİŞ

Tahkim, mevzuatın izin verdiği hallerde, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen tarafların aralarında anlaşmak suretiyle söz konusu uyuşmazlığın çözümünü mahkemeler yerine hakem adı verilen özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın hakemler tarafından kesin ve bağlayıcı şekilde çözülmesi olarak tanımlanmaktadır². Tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 407 - 444'üncü maddelerinde düzenlenmiş olup, 408'inci maddeye göre "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*". Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaları gerekmektedir³.

* Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

¹ 2-3 Şubat 2023 tarihlerinde T.C. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından organize edilen Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyumu kapsamında sunulan bu tebliğ büyük çoğunlukla yazarın A. Eda Manav Özdemir/Serhat Eskiyyörük, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözülmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. No:17, S.67, 2020, s.947-1012; A. Eda Manav Özdemir, İş Hukukunda Özel Hakem Uyuşmazlıkları, Avukatın Öz-El Kitabı, İstanbul 2023, s.443-459 adlı eserlerinden istifade edilerek hazırlanmıştır.

² Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı İstanbul 2021, s.5; Hakkı Susmaz/Atike Eda Manav Özdemir/Açelya Şahin/Güray Özsu/Gül Süslü, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler, Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2021, s.1.

³ Susmaz/Manav Özdemir/Şahin/Özsu/Süslü, s.1.

Bir uyuşmazlık doğduğu zaman asıl olan Devlet mahkemelerine başvurulması olmakla birlikte mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri de bulunmaktadır. Son yıllarda hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine daha fazla başvurulduğu görülmekte olup, alternatif ya da mahkeme dışı çözüm yolları taraflara yardımcı olmakla beraber, aynı zamanda seçilen yöntemin etkin bir şekilde işletilmesi halinde mahkemelerin dava yükünün hafifletilmesine de yardımcı olabilmektedir⁴. Bu bağlamda tahkim de mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarından biridir.

İş Mahkemesi Dosya Sayısı, TÜRKİYE, 2014-2021

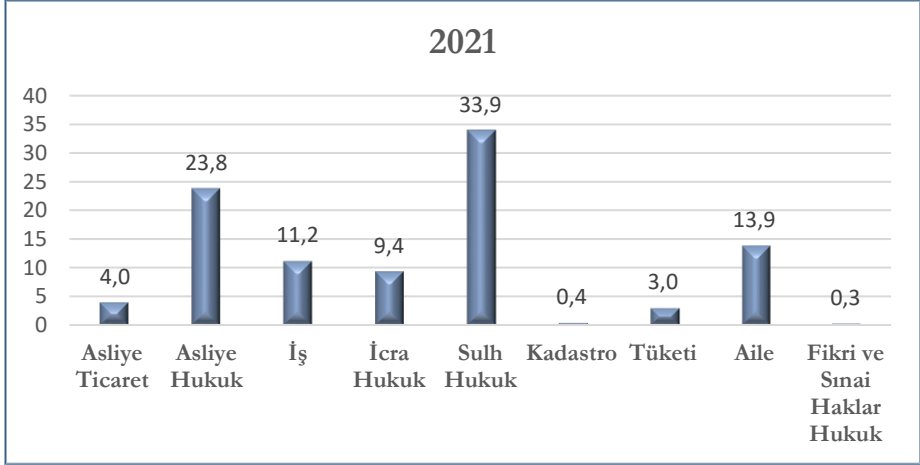
Gelen											
Yıllar	Geçen Yılandan Devren Gelen	Yıldan İçinde Açılan	D (*)	Bozularak Gelen	Toplam	Yıl İçinde Çıkan	D (*)	Temizleme Oranı % (**)	Çıkan Dosyaların Gelen Dosyalara Oranı %	Bir Sonraki Yıla Devreden	Ortalama Görülme Süresi
2014	217 340	177 627	100	30 283	424 890	186 096	100	89,7	43,8	238 794	417
2015	238 792	188 436	106	28 756	455 984	197 990	106	91,2	43,4	257 994	431
2016	257 993	241 856	136	22 686	522 535	209 486	113	79,2	40,1	313 049	434
2017	313 040	227 449	128	17 497	557 986	206 469	111	84,3	37,0	351 517	530
2018	351 507	162 339	92	26 310	540 156	204 628	110	108,5	37,9	335 528	629
2019	335 519	208 173	117	25 903	569 595	214 228	115	91,5	37,6	355 367	555
2020	355 358	190 861	108	20 968	567 187	180 334	97	85,1	31,8	386 853	681
2021	386 845	268 389	151	24 933	680 167	287 399	154	98,0	42,3	392 768	483

Yukarıda yer verilen grafiğe bakıldığında; 2021 yılında iş mahkemelerine açılan dava sayısı 268.389'dır ve toplamda 680.167 dosya bulunmaktadır⁵. Aşağıdaki grafiğe bakıldığında ise 2021 yılında

⁴ A. Eda Manav Özdemir/Serhat Eskiörük, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözülmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. No:17, S.67, 2020, s.948.

⁵ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, s.189.

çıkan dava sayılarını gösteren mahkeme türü sıralamasında iş mahkemesi %11.2 oranla orta sıralarda yer almaktadır⁶.



İş mahkemelerinde alacak, tespit, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit, istirdat, sendika davaları gibi davalar açılmaktadır. Bildiğimiz üzere İş Mahkemeleri Kanununun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır."* İş Mahkemeleri Kanununun genel gerekçesine göre, *"Tasarının 3 üncü maddesi ile, kanundan, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacak ve tazminatı ile işe iade taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmektedir. İş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı, tarafların konuyu müzakere ederek anlaşmaları suretiyle sonuçlandırılmasına uygundur. Bu uyuşmazlıkların, mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle çözülmesinin gerekliliği, özellikle son yıllarda konunun paydaşları ve aktörleri*

⁶ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, s.151.

tarafından dile getirilmektedir. Tasarıyla kabul edilen önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı düşünülmekte ve böylece adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebileceği değerlendirilmektedir.”⁷.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 1’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.” Kanunun genel gerekçesine göre, “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. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.”⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uyuşmazlıkların daha kısa sürede daha ucuz bir şekilde çözüme kavuşmasını sağlayan yöntem olmakla birlikte iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde de tahkim yolunun uygulanabilip uygulanamayacağı son zamanlarda daha çok tartışılan bir konu olmuştur. Bu bağlamda çalışmada öncelikle kısaca iş hukuku uyuşmazlıkları, iş hukukunda tahkimin yasal dayanakları anlatılacak ve sonrasında iş hukukunun tahkime elverişliliği konusu tartışılacaktır.

⁷ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

⁸ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>

I. İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI

A. Bireysel İş Uyuşmazlığı-Toplu İş Uyuşmazlığı

İşçi ve işveren arasında bireysel iş ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık söz konusu ise bireysel iş uyuşmazlığından söz edilir. Örneğin işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarının, işçilik alacağının ödenmemesi, işçinin işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğunu iddia etmesi halinde bireysel iş uyuşmazlığı söz konusudur⁹. Bireysel iş uyuşmazlığı her zaman hak uyuşmazlığı şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁰.

İşçi sendikası ve işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında veya toplu iş sözleşmesi yapıldıktan sonra çıkan uyuşmazlıklar ise toplu iş uyuşmazlığıdır¹¹. İşçi ve işveren kuruluğu veya işveren sendikasına üye olmayan işveren aralarındaki toplu iş sözleşmesi görüşmelerini sonuçlandıramazsa toplu iş uyuşmazlığı ortaya çıkar¹².

B. Hak Uyuşmazlığı-Menfaat Uyuşmazlığı

Hak uyuşmazlığı, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin dayanağını oluşturan iş mevzuatı, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde var olan bir hakkın ihlali durumunda ortaya çıkar ve hem bireysel hem toplu iş uyuşmazlığı niteliğinde olabilir¹³. Örneğin işverenin işçiye ödemesi gereken normal ücretinin yüzde ellisi tutarındaki fazla çalışma ücretini ödememesi veya yıllık ücretli iznini kullandırmaması ya da asgari ücretin altında ücret ödemesi hallerinde ortaya çıkan uyuşmazlık hak uyuşmazlığı olarak nitelendirilir¹⁴.

⁹ Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2021, s.441; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul 2022, s.1049.

¹⁰ Ekmekçi, s.441.

¹¹ Ekmekçi, s.441, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.1049.

¹² A. Can Tuncay/F. Burcu Savaş Kutsal/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2023, s.380.

¹³ Ekmekçi, s.442; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.1048.

¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.1048; Tuncay/Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.379; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2017, s.378.

Menfaat uyuşmazlığı, tarafların ileride tabi olacakları hak ve borçları ve çıkarları belirlemeleri konusunda çıkan uyuşmazlıklar olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile mevcut çalışma şartlarında değişiklik yapılması ya da yeni hakların kabul ettirilmesi yahut mevcut hakların korunması amacıyla çıkarılan uyuşmazlıklardır¹⁵.

Bu uyuşmazlıklar, tarafların toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde toplu iş sözleşmesinde yer alacak hak ve borçları belirlemeleri aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıktır. Menfaat uyuşmazlıkları hak uyuşmazlığı niteliğinde olamaz, sadece toplu iş uyuşmazlığı niteliğindedir¹⁶.

II. İŞ HUKUKUNDA TAHKİMİN YASAL DAYANAKLARI

İş hukukunda tahkim kavramına daha ziyade toplu iş hukuku içinde rastlanmaktadır. Anayasanın grev hakkı ve lokavtı düzenleyen 54 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre, grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Taraflar uyuşmazlığın her safhasında da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Yüksek Hakem Kuruluna başvurma başlıklı 51'inci maddesine göre, “(1) Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası; grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden ya da erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

¹⁵ Tuncay/Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.379; Sur, s.378.

¹⁶ Ekmekçi, s.442.

(2) *Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.*”

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde tarafların bu uyuşmazlığı özel hakeme veya Yüksek Hakem Kuruluna götürebilmeleri mümkün olmakla birlikte bazı hallerde uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kuruluna götürülmesi zorunlu kılınmıştır. Tahkim kural olarak ihtiyari bir yol olmakla birlikte Taraflar sadece kanunda gösterilen durumlarda zorunlu olarak tahkime gidebilirler. Zorunlu tahkim, ancak kanun ile belirtilen sınırlı durumlarda ve sadece grev yasağının söz konusu olduğu hallerde başvurulması gereken bir yol olup, ancak kanunda düzenlenen sınırlı durumlarda başvurulacak bir yoldur¹⁷. Anayasanın 54’üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, grev ve lokavtın yasaklandığı hâllerde veya ertelendiği durumlarda erteleme sonunda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüleceği, uyuşmazlığın her safhasında tarafların da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabileceği, Yüksek Hakem Kurulunun kararlarının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu ve Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği şeklinde düzenlenmiştir. Aynı esaslar 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da benimsenmiş olup, zorunlu tahkimi yürütmeye yetkili organ olarak Yüksek Hakem Kurulu kabul edilmiştir¹⁸.

6356 sayılı Kanunun Özel hakeme başvurma başlıklı 52’nci maddesine göre, *“Taraflar, anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir.*

Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurusu üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

¹⁷ Sebahattin Yürekli, Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016886>, s.115.

¹⁸ Yürekli, s.115.

Kanununun özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir.

Toplu çıkar uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilir.”

Bireysel iş hukukuna bakıldığında tahkime sadece iş güvencesi hükümleri içerisinde yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun Fesih bildirimine itiraz ve usulünü düzenleyen 20’nci maddesine 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 anlaşarlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.”

III. İŞ HUKUKUNUN TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

Bireysel iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün tahkime elverişliliği konusu öğretide genel olarak kabul görmemekle birlikte son zamanlarda işe iade davası dışındaki iş uyuşmazlıklarının çözümünde de tahkim yoluna gidilebileceği hususu tartışılmaktadır. Öğretide ileri sürülen görüşlere yer vermeden önce yargı kararlarına bakacak olursak; mülga 1475 sayılı Kanun zamanında Yargıtay, iş uyuşmazlıklarının işçi ve işverenin arzularına tabi olmayan hallerden olduğundan bahisle, iş sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermişti¹⁹. Bazı

¹⁹Yarg. HGK, 10.11.1965 tarih, 9/643E., 405K.

kararlarında işçilik haklarının kamu düzenine ilişkin olduğunu değerlendirmiştir²⁰. Yargıtay bir kararında kamu düzenini şöyle tanımlamıştır: “...İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”²¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski tarihli bir kararında; “hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi” gerektiği sonucuna varmıştır²².

Yargıtay kararlarında iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir²³. İşe iade davaları kapsamında görülebilecek tahkim davaları Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından²⁴ “feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı konularında hakeme başvurulabileceği” şeklinde yorumlanmıştır.

Bir başka Yargıtay kararında, “Dairemizin, Anayasa Mahkemesi’nin kararından sonra verdiği ve istikrar kazanmış kararlarında da yukarıdaki fıkra da belirtilen karardaki görüşüne uygun olarak; İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı

²⁰ Yarg. 9. HD 09.03.1987 tarih, 1987/2458E., 1987/2774K.; Yarg. 9. HD 21.05.1992 tarih, 1992/5081E., 1992/5366K.

²¹ Bkz. Bengi Sargın, İş Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik, Terazi Hukuk Dergisi, C.16, Sayı 17, Mayıs 2021, s.920.

²² Yarg. HGK., 18.11.1964 tarih ve 1964/251 E. ve 1964/506 K. Bkz. Nuri Çelik, İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması, (Karar İncelemesi) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı 2007, <https://legalbank.net/pdf/57b4aef6060c54ea90d0fe5c7941846a>, s.24.

²³ Yarg. 9. HD., 02/03/2005 tarih ve 2004/14821E., 2005/6684 K.; Yarg. 9. HD., 18.11.2014 tarih ve 2014/27451 E., 2014/34468 K.

²⁴ Yarg. 9. HD., 22.03.2004 tarih ve 2004/5846E., 2004/5621 K.

açıkça ifade edilmiştir”²⁵.

İş Kanununun 20 nci maddesi çerçevesinde işe iade davalarının tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün olup Yargıtay bir kararında şirket ile genel müdür arasındaki hizmet sözleşmesinde tahkim şartı bulunması nedeniyle haksız yere işten çıkartıldığı iddiasıyla sözleşmede öngörülen cezai şartı talep etmek için tahkim yargılamasının hukuka uygun olduğuna, bu uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.²⁶

²⁵ Yarg. 9. HD., 5.11.2014 2014/27318 E. , 2014/32852 K.

²⁶ “... Davacı vekili, müvekkilinin ... İnşaat ve Turizm Ticaret A.Ş'nin eski genel müdürü olduğunu, davalının ise ... İnşaat ve Turizm Ticaret A.Ş'nin yabancı hakim ortağı olduğunu, müvekkilinin hakim ortağın insiyatifi ile 28.02.2011 tarihinde ... Emlak'tan ihbarsız bir şekilde haklı bir gerekçe gösterilmeden işten çıkartıldığını ve yeni başladığı iş gerekçe gösterilerek müvekkiline karşı tahkim yoluna başvurduğunu, müvekkili hakkında 400.000 Euro cezai şarta hükmedildiğini ileri sürerek, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca hakem kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenen iptal sebeplerinin mevcut olmadığını, tahkim şartının geçerli olup, hakem heyetinin seçiminde gerekli usule uyulduğunu, kararın tahkim süresi içerisinde verildiğini, tahkim şartı dışında kalan bir konuda verilmediğini, hakem heyetinin kararını Türkiye Cumhuriyeti Hukukuna dayandırdığını, tarafların eşitlik ilkesine özen gösterildiğini, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacının taraflar arasında düzenlenen hizmet sözleşmesi uyarınca davalı şirkette çalıştığı ve iş akdinin feshi üzerine ... 12. İş Mahkemesine işçilik haklarına dayalı dava açtığı, davacının yeni bir işe başlaması üzerine davalı tarafça tahkim yoluna başvurulduğu, taraflar arasındaki anlaşmazlığın tahkime elverişli olduğu, 11.02.2010 tarihli hissedarlar anlaşmasında tahkim şartının bulunduğu, bu sebeple söz konusu sözleşme hükümlerinden kaynaklanan anlaşmazlıklar bakımından tahkim yoluna başvurulmasının hukuka uygun olduğu, ... 12. İş Mahkemesi tarafından verilen karar ile hakem heyeti kararı arasında çelişki bulunmadığı gibi Türk Kamu düzeninin de ihlal edilmediği, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede cezai şartın fahiş belirlenmiş olmasının kamu düzenini ilgilendiren bir durum olmadığı, taraflarca sözleşmede hüküm altına alınan miktara itibar edilmeksizin hakem heyeti tarafından yeniden değerlendirilme yapılarak miktar belirlendiği, savunma hakkının ihlal edilmediği, sözleşme ve belirlenen ceza miktarına göre taraflara eşit davranılması ilkesinin de ihlal edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, hakem kararının kamu düzenine aykırı olmadığından saptanmış olmasına, Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesinde düzenlenen hakem kararının iptali sebeplerinin varlığının kanıtlanamamış bulunmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg.11.HD.,30.03.2017 tarih ve 2016/3303 E.,2017/1922 K.

Yargıtay'ın sporcu ile spor kulübü arasında çıkan ücret alacağı uyuşmazlığına ilişkin olarak verdiği bir karara göre, "... davacının sporcu olduğu tartışmasız olup, uyuşmazlığın çözümünde İş Mahkemesi görevli değildir. İş Kanununda iş güvencesine yönelik hükümler dışında, işçilik alacakları ile ilgili olarak özel hakem yoluna gidilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, söz konusu kişilerin bağlı bulundukları federasyonun yönetmelik veya genelgelerinde tahkim kurulunun öngörülmesi iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmamaktadır."²⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, üç yıllık teknik direktörlük sözleşmesinin feshedilmesinin ardından davacının tazminat talebine ilişkin dosyanın temyiz incelemesinde; Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun davalının tazminat ödemesi yönünde karar verdiği, buna yapılan itirazın TFF Tahkim Kurulunca reddedildiği uyuşmazlık konusu olayda Tahkim Kurulu kararının iptaline yönelik istinaf başvurusu üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesinin verdiği kararı hukuka uygun bularak onamıştır. Bu bağlamda, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde belirtilen hakem heyeti kararının iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılan temyiz incelemesi sonucunda davacı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bölge adliye mahkemesi kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370/1. maddeleri uyarınca onanmasına oy birliği ile karar verildi."²⁸. Bildiğimiz üzere profesyonel sporcular 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalmaktadır. İş

²⁷ Yarg. 9. HD. 22.11.2018 tarih ve 2015/24584 E., 2018/21216 K.; aynı yönde Yarg. 9. HD., 20.01.2009 tarih ve 2008/44629 E., 2009/536K.; Yarg. 9. HD., 31.02.2011 tarih ve 2009/33335 E. , 2011/1379 K. Aynı yönde bkz. Yarg. 22 HD., 13.06.2016 tarih ve 2016/16083 E. , 2016/17467 K.; Yarg. 9 HD, 14.9.2015 tarih ve 2015/17745 E., 2015/25607 K.

²⁸ Yarg. 9. HD., 12.04.2022 tarih ve 2022/953 E., 2022/4327 K.

Mahkemeleri Kanununun 5'inci maddesine göre 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemeleri bakmaktadır. Söz konusu kararda profesyonel sporcunun teknik direktörlük sözleşmesinin feshedilmesinin ardından sporcunun tazminat talebi konusunda iş mahkemelerinin görevli olduğu ve tahkim kurulu kararının iptaline yönelik başvurunun kabul edilmediği görülmektedir. Bu çerçevede profesyonel sporcular bakımından tahkim yolu açık iken, iş mahkemelerinin görevli olduğu 4857 sayılı İş Kanunundan kaynaklanan alacaklara yönelik uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülememesi bir çelişki olarak değerlendirilebilir.

Yargıtay genel olarak işe iade davaları dışındaki uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığını, tahkim sözleşmesi yapılmasının ihtiyari olduğunu ve tahkim sözleşmesi ile iş mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılamayacağını kabul etmektedir.

Bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı hususu öğretide de tartışmalı olup, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tahkim yargılamasının bireysel iş uyuşmazlıklarının her alanında uygulanabilir olması ve özel hakemin bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin her konuda karar vermeye yetkili kılınması gerekmektedir²⁹. Bu düşünce ile amaçlanan hakemlere iş mahkemelerinin yetkisini aşan hakların verilmesi değildir. İş Mahkemeleri Kanununa bakıldığında kanunun amacı iş uyuşmazlıklarının iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında uzman hakimlerce çözülmesidir ve iş hukukunda tahkimin sınırları da kanun koyucunun iş mahkemeleri için belirlediği amaç doğrultusunda belirlenmelidir³⁰.

²⁹ Buğra Aydın, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 21, s.839.

³⁰ Müjgan Yücel, İş Güvencesi Kapsamında "Özel Hakem Şartı" (İş Kanunu Madde 20), (2004) 4 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.1352; Aydın, s.856.

Bir diğer görüşe göre, iş mahkemelerinin kuruluş amacından hareketle bireysel iş hukukunda tahkimin kabul edilebilir olmadığını söylemek isabetli olmaz. İş hukuku uyuşmazlıklarının iş hukukunun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla uzman kişiler eliyle çözülmesi gerekmektedir. Bu amaç, iş hukukunda tahkim ile de yerine getirilebilir. Nitekim kanun koyucu, iş mahkemelerinin yükünün azaltılması için tahkimi kabul etmiştir³¹. Aynı doğrultuda bir diğer görüşe göre de, iş mevzuatı bakımından bireysel iş uyuşmazlıklarında tahkime gidilmesine bir engel yoktur. İş mahkemelerinin kuruluş amaçlarından biri de iş yargısında basitlik ve çabukluk olduğu için tahkim yoluna gidilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır³².

Bir başka görüşe göre, tahkim kurumunun kabul edilmesinin temelinde iş mahkemelerinin sayısının az olması ve bu mahkemelerin iş yoğunluğu vardır. Ancak tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıkların sınırlı olması, tahkimin iş mahkemelerindeki iş yoğunluğunu azaltma olasılığını düşürmektedir. Her ne kadar iş uyuşmazlıklarının büyük bir bölümü iş güvencesine ilişkin olmaktaysa da iş mahkemelerindeki yoğunluk, sadece bildirimli fesihte sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığına ilişkin davalarda tahkim yolunun olanaklı kılınmasıyla azaltılamaz³³.

Diğer bir görüşe göre, İş Kanununda sadece feshe itiraz durumunda özel hakeme başvurulacağı yönündeki düzenlemede değişikliğe gidilmesi gereklidir. Tarafların iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabulucuya başvurmak zorunda olduğu durumlarda özel hakem yolunu seçebilmeleri de mümkün hale getirilmelidir. Arabuluculuğa elverişli olan iş uyuşmazlıklarının tahkime neden elverişli olmadığını

³¹ Barış Mutlay, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.66.

³² Fatma Başterzi, İş Yargısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999, s.101-102.

³³ Mutlay, s.33.

anlamak pek mümkün olmayıp, taraflar, tahkimin sağladığı birtakım avantajlar nedeniyle serbest iradeleri ile sadece fesih bildiriminde sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar dışında da tahkime başvurmayı seçebilirler. Ancak İş Kanununda bu duruma imkân tanınmadığı için bu mümkün olmayıp, mevzuatta düzenleme yapılarak tarafların işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki iş uyuşmazlıkları bakımından da tahkime başvurma konusunda anlaşmaları mümkün kılınmalıdır. Bu şekilde, iş mahkemelerinin yükünün azaltılması amacına ulaşmak daha kolay olacaktır³⁴.

Bir başka görüşe göre, işçinin zayıf taraf olması sebebiyle korunması amacıyla taraf olduğu özel hakem sözleşmelerinin kapsamı daraltılmaktadır. Özel hakem sözleşmesi bulunan bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık için işçinin kendi menfaatinin daha iyi korunacağı düşüncesiyle tahkim davası açması durumunda bu yola başvuru imkanı verilmesi gerekir. Örneğin seri tahkim ile üç ay içinde uyuşmazlığın bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümlenmesinde işçinin menfaati olabilir³⁵. Bununla birlikte çok uluslu bir şirket genel müdürünün olduğu bir iş sözleşmesinde özel hakem şartının bulunması durumunda işverene karşı tahkim yoluna başvurulması işçiye avantaj sağlayabilir. Bu bağlamda işçinin davacı olduğu durumda işçiye özel hakem yoluna başvuru imkanı tanımak işçiye koruyan bir yaklaşım olacaktır³⁶.

Bir başka görüşe göre özel hakem sözleşmelerinin geçerliliği bakımından özel hakemin oluşumu oldukça önemlidir. Özel hakemde ya da hakemlerde aranacak niteliklerin belirlenmesi, uyuşmazlığın

³⁴ Asiye Şahin Emir, İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, s.917-918. Ayrıca bkz. Bengi Sargın, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik, THD, 2021, 16 (177) s.923-924

³⁵ Akıncı, s.437

³⁶ Akıncı, s.437.

çözümünü gerçekleştirecek kişilerin alanında uzman olması, standart eğitime tutulması fayda sağlayacaktır³⁷. Nitekim tarafların özel hakeme başvurularında en önemli sebepler hakemlerin ilgili konu hakkında uzmanlık bilgisi ve uyuşmazlığın devlet yargılamasına göre daha kısa sürede çözüme kavuşacak olmasıdır³⁸.

Kanaatimizce; İş Kanununda sadece işe iade bağlamında özel hakem öngörülmüş olmakla birlikte, işçilik alacakları bakımından da iş sözleşmesinin feshinden sonra uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümlenememesi halinde, taraflar anlaşmak suretiyle mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkime gidebilmelidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408 inci maddesi sadece, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. (HUAK m.1/2). 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun (İMK) üçüncü maddesinde de kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda gerek HUAK gerek İMK da işçilik alacakları tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri ve arabuluculuğa uygun işlemler olarak kabul edilmiştir. Buradan yola çıkılarak bu alacakların, tarafların kararlaştırmaları halinde, tahkime de elverişli olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, İMK nun üçüncü maddesine göre, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında arabuluculuğa ilişkin hüküm uygulanmaz. Bu bağlamda re'sen

³⁷ Gülgün Ildır, İş Kanunu'na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu İle Çözümü, THD, C.1, S.2, Ekim 2006, s.15-16.

³⁸ Sargın, s.917.

araştırma ilkesinin uygulandığı hizmet tespiti davaları, iş kazasından doğan tazminat alacakları ise tahkime elverişli değildir. Bu çerçevede taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı, tarafların sulh yolu ile neticelendirebildikleri uyuşmazlıklarda, serbest tasarruf yetkilerinin olduğu konularda, işçi ve işverenin iradesine tabi olan işçilik alacakları için tarafların istemi halinde, iş sözleşmesinin bitiminden sonra uyuşmazlığın özel hakeme gidilerek çözülmesi kararlaştırılabilir. Dava şartı arabuluculuğun gerekçesi olan uyuşmazlıkların hızlı ve ekonomik bir şekilde çözümü tahkim için de söz konusudur. Tarafların zorunlu arabuluculuk sonrası anlaşamamaları halinde mahkeme yoluna gitme hakkı olduğu gibi, anlaşmaları halinde özel hakeme giderek uyuşmazlığın çözümünü talep etmeleri de mümkün olabilmelidir. HMK'nın 408 inci maddesi, tarafların serbest tasarruf yetkilerinin olduğu alacaklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine olanak tanımaktadır. İMK'nın dokuzuncu maddesine göre, bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 6100 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Bu bağlamda ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın HMK hükümleri uygulanmak suretiyle tahkim yoluna gidilmesi mümkün olmakla birlikte, İş Mahkemeleri Kanununda da konuya ilişkin açık düzenleme getirilebilir³⁹.

³⁹ Manav Özdemir, s.979-977; A. Eda Manav Özdemir İş Hukukunda Özel Hakem Uyuşmazlıkları, Avukatın Öz-El Kitabı, İstanbul 2023, s.450-451.

SONUÇ

İş sözleşmelerinde işçinin zayıf taraf olması sebebiyle işçi ve işverenin yapmış olduğu tahkim sözleşmelerinin kapsamı daraltılmakta ve işçinin korunması amaçlanmaktadır. Taraflar arasında bir Tahkim sözleşmesi bulunması halinde iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık için işçinin tahkim yoluna başvurması durumunda bunun geçerli bir başvuru olması imkanı verilmesi uygun olacaktır. Nitekim işçi kendi menfaatinin daha iyi korunacağı düşüncesiyle bu yola başvurmaktadır. Örnek vermek gerekirse; seri tahkim ile üç ay içinde uyuşmazlığın bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümlenmesinde işçinin menfaati olabilir. Bununla birlikte çok uluslu bir şirket genel müdürünün olduğu bir iş sözleşmesinde tahkim kaydının bulunması ya da tarafların tahkim sözleşmesi yapması halinde işverene karşı tahkim yoluna başvurulması işçi bakımından daha avantajlı olabilir. İşçinin davacı olduğu durumda işçiye tahkim yoluna başvuru olanağı tanımak işçinin menfaatine de olabilir⁴⁰. Ancak taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesine geçerlilik tanınabilmek bağlamında özel hakemin oluşumu oldukça önemlidir. Özel hakemde ya da hakemlerde aranacak niteliklerin belirlenmesi, uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirecek kişilerin alanında uzman olmasında yarar bulunmaktadır⁴¹.

Tarafların tahkime başvurularında en önemli sebepler hakemlerin ilgili konu hakkında uzmanlık bilgisi ve uyuşmazlığın devlet yargılamasına göre daha kısa sürede çözüme kavuşacak olmasıdır⁴².

Bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, her iş sözleşmesinde işçinin zayıf taraf olduğu anlayışından hareket ederek doğrudan iş sözleşmelerinin tahkime şartına kapalı olduğunu kabul etmek hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir.

⁴⁰ Akıncı, s.437.

⁴¹ İldır, s.11-16.

⁴² Sargın, s.917.

Bu sebeple, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığının tespitinde her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sübjektif bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

Dava şartı arabuluculuğun gerekçesi olan uyuşmazlıkların hızlı ve ekonomik bir şekilde çözümü tahkim için de söz konusudur. Gerek HUAK gerek İMK da işçilik alacakları tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri ve arabuluculuğa uygun işlemler olarak kabul edilmiştir. Buradan yola çıkılarak bu alacakların, tarafların kararlaştırmaları halinde, tahkime de elverişli olduğu kabul edilebilir. Öğretide konuya ilişkin var olan tartışmaların sonlandırılması amacıyla tüm paydaşların bir araya gelerek konuyu değerlendirmesi ve tahkim yoluna başvurunun kabulü halinde nasıl bir usul öngörüleceğinin tartışılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, İstanbul 2021

Aydın Buğra, ‘Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 21.

Başterzi Fatma, İş Yargısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999.

Çelik Nuri, İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması, (Karar İncelemesi) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı 2007, <https://legalbank.net/pdf/57b4aef6060c54ea90d0fe5c7941846a>.

Çelik Nuri/Caniklioglu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul 2022.

Ekmekçi Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2021.

Ildır Gülgün, İş Kanunu’na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu İle Çözümü, THD, C.1, S.2, Ekim 2006.

Manav Özdemir A. Eda, İş Hukukunda Özel Hakem Uyuşmazlıkları, Avukatın Öz-El Kitabı, İstanbul 2023, s.443-459.

Manav Özdemir A. Eda/Eskiyörük Serhat, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözümlemesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. No:17, S.67, 2020, s.947-1012.

Mutlay Barış, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Sargın Bengi, İş Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik, Terazî Hukuk Dergisi, C.16, Sayı 17, Mayıs 2021.

Sur Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2017.

Susmaz Hakkı/Manav Özdemir Atike Eda/Şahin Açelya/Özsu Güray/Süslü Gül, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler, Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2021.

Şahin Emir Asiye, İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020.

Tuncay A. Can/Savaş Kutsal F. Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2023.

Yücel Müjgan, İş Güvencesi Kapsamında “Özel Hakem Şartı” (İş Kanunu Madde 20), (2004) 4 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.

Yürekli Sebahattin, Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016886>.

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/>

<https://www5.tbmm.gov.tr/>

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

GENEL OLARAK ARABULUCULUK

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL*

I. GİRİŞ

Arabuluculuk, tarihin ilk dönemlerinden itibaren aralarında uyuşmazlık yaşayan tarafların bir arabulucunun yardımı ile bir araya gelerek kendi sorunlarına çözüm bulduğu bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk, günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak yeni bir yöntem gibi ifade edilse de aslında çok eski bir geçmişe sahiptir. Tarih sayfaları arasında yaşanan birçok olayda, sorunun çözümü için arabulucunun devreye girdiği görülmektedir. Herhangi bir sebeple yaşanan uyuşmazlığı kendi aralarında çözemeyen, hatta bir araya gelmekte bile zorlanan tarafların, akıl bir tarafın yardımı ile oturup sorunlarını kendilerinin çözmesi konusunda ortam yaratılması geçmişte sıklıkla görülen bir durumdur.

Bu noktada önemli olan iletişim kanalının açılması, tarafların isteklerinin ve arzularının karşı tarafa tam ve doğru iletilmesi ve mümkünse bunun yüz yüze gerçek muhatapları vasıtası ile yapılması gereğidir. Arabuluculuk sayesinde, tarafların arabulucu olarak görev üstlenen birinin yardımı ile uzlaşmaya varması, aralarındaki ihtilaflı meseleler üzerinde görüşerek bunlara bir çözüm yolu araması, neticede tam bir mutabakat olmasa da çözüm sürecine kendilerinin katkıda bulunması beklenmektedir.

Taraflar arasında yaşanan bir hukuki ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk kurumu büyük görevler üstlenmektedir. Hukuk, toplum kurallarını düzenleyen, devlet yaptırımını

* TED Üniversitesi Öğretim Üyesi

ile güçlendirilmiş kuralların ve yasaların bütünü ve bu kuralları, yasaları, hakları konu edinen bilim dalıdır. Hukukun bu bakımından iki temel işlevi bulunmaktadır; önleyici hukuk kuralları ve telafi edici hukuk kurallarıdır. Toplum içinde yaşanan hukuki uyuşmazlıkların çözülmesinden önce bunların ortaya çıkmasını önleyici hukuk kurallarının önemi ve varlığı ne yazık ki çoğu zaman göz ardı edilmektedir. Hukuk düzeni toplum içinde bu dengeyi kurma noktasında önemli görevler üstlenmekteyken, çoğu zaman karşımıza hukukun telafi edici amacının yaygın olduğu durumlar çıkmaktadır. Toplum içinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların, hukukun telafi edici yönü ile giderilmesi için çoğu kez mahkemeye başvurmak ilk akla gelen çaredir. Ancak ne yazık ki, sorunların ve/veya uyuşmazlıkların mahkemelerde dava yolu ile çözüme kavuşturulması her zaman tarafları memnun eden bir sonuca ulaşmamaktadır. Her ne kadar Devlet yargısı her zaman için güvenilir ve sağlam bir yöntem olsa da özellikle yargılama sürelerinin uzunluğu, adaletin zamanında sağlanması önünde büyük bir engel oluşturmaktadır. Osmanlı Devleti'nin ikinci padişahı Orhan Gazi'nin dediği gibi, *“Adaletin en kötüsü geç tecelli edenidir. Sonunda hüküm isabetli olsa da, geciken adalet zulümdür”*.

Mahkemelerde özellikle yargılama sürelerinin uzunluğu, uyuşmazlığın, basit, hızlı, ekonomik ve etkili bir şekilde çözüme kavuşması için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasının gelişmesine yol açmış ve bu yöntemler giderek hayatımıza girmeye başlamıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çok çeşitli olsa da bu yöntemler arasında en çok kullanılanları olarak müzakere (negotiation), uzlaşma (conciliation), tahkim (arbitration) ve arabuluculuk (mediation) sayılabilir. Bu yöntemlerden “uzlaşma” ceza hukukuna özgü bir yöntem olup, diğer üç yöntem özel hukuk alanında kullanılmaktadır.

Birçok ülkede uzun yıllardır uygulanan arabuluculuk, ülkemizde de son zamanlarda giderek önem kazanmaya başlamıştır. Kültürümüzde yer alan uzlaş, anlayış, hoşgörü, yardımlaşma ve dayanışma anlayışının, arabuluculuk kurumu ile organik bir bağ kurarak yaygın bir şekilde çözüm konusunda başvuru mekanizması konumuna gelmesi söz konusudur.

Türk Hukukunda yasal olarak ilk kez 2012 yılında çıkarılıp 2013 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenen bu kurum esasen, çok eski çağlardan beri kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Özellikle Uzak Doğu ve Afrika'da arabuluculuğun tarihçesinin eski çağlara kadar gittiği bilinmektedir. Hatta pek çok kültürde arabuluculuk, alternatif değil, temel uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda da ulemanın bazı faaliyetleri, modern anlamda arabuluculuğu çağrıştırmakta ve Anadolu kültürü içinde bu yöntemin aslında hiç yabancı olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla arabuluculuk, yeni bulunmuş bir barışçı çözüm yöntemi değildir. Yeni olan, arabuluculuğun ayrı bir kurum, usul ve meslek olarak düzenlenmesidir. Modern anlamda arabuluculuk, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960'lı yılların sonunda sıklıkla kullanılmaya başlamıştır. Avrupa'da önce İngiltere'de yaygınlaşmış, birçok alanda temel uyuşmazlık çözüm yöntemi halini almış ve ardından diğer Avrupa ülkelerinde de gelişmeye başlamıştır. Günümüzde hemen her modern hukuk sisteminin önemli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir.

II. ARABULUCULUK NEDİR?

Arabuluculuk, uyuşmazlık yaşayan tarafların dışında üçüncü bir kişinin yardımı ile bir araya gelerek, yaşanan problemin üstesinden gelebilmelerinin sağlandığı ve aralarındaki iletişimin kolaylaştırılması

ile soruna barışçıl çözüm bulma konusunda kendi kararlarını verdiği, arabulucunun süreçte yalnızca tarafları bir araya getirerek tavsiyelerde bulunduğu yapılandırılmış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk süreci, aralarında uyuşmazlık yaşayan iki tarafın ve bir de bunların bir araya gelmesini kolaylaştıracak bir arabulucunun varlığına ihtiyaç göstermektedir. Dolayısı ile bir uyuşmazlık çözüm yönetiminin arabuluculuk olarak nitelendirilebilmesi ancak en az iki tarafın ve bir de arabulucu vasfına sahip üçüncü bir kişinin bulunmasını gerektirmektedir. Arabulucu vasfına sahip üçüncü bir kişinin varlığı olmaksızın, ihtilaf yaşayan taraflar arasında yaşanan çözüm süreci müzakere olarak adlandırılmaktadır. Bu niteliği itibari ile arabuluculuk, kolaylaştırılmış ya da yardımcı müzakere şeklinde de anılmaktadır. Arabuluculuk, taraflar bakımından önemli olan hususlarda ve uzlaşmaya varabilmek için anlaşma alanlarının neler olduğunun karşılıklı olarak dinlenmesi, aralarındaki iletişimsizlikten kaynaklanan sorunların giderilmesini sağlayan bir yöntemdir¹.

Kuşkusuz, iki tarafın birbirini anlaması uyuşmazlık yaşadıkları sorunları müzakere etmesi doğaldır. Ancak arabuluculukta, bu sürecin başlaması, takibi ve sonlandırılmasında üçüncü bir kişinin olmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Tarafların, müzakere etmiş olduğu hususlarda yaşanan tikanıkların aşılması, sağlıklı bir iletişim kanalının işletilmesi, sorunlarına kendilerinin çözüm bulması arabuluculuktan beklenen hususlar arasında yer almaktadır.

Arabuluculuk kurumu vasıtasıyla gerçekleşen görüşmeler mutlaka olumlu bir neticeye bağlanmak zorunda değildir. Tarafların görüşmeler sonunda anlaşmamaları da mümkündür. Bu süreç tarafları bağlamadığı gibi sonunda bir karara, anlaşmaya varılması da gerekmemektedir. Tarafların aralarındaki sorunu bir arabulucu vasıtası

¹ Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s.238.

ile çözebileceklerine inanıp bu süreci başlatmaları mutlaka sonuna kadar gidip netice almalarını gerektirmemektedir. Sürecin devamı tarafların kabulüne ve iradesine bağlıdır. Sürecin herhangi bir yerinde taraflardan biri arabuluculuk faaliyetini yürütmeyeceğini beyan edebilir. Arabuluculuğun, bağlayıcı olmaması aynı zamanda taraflara bir kararın dayatılamayacağı anlamına da gelmektedir. Çünkü arabulucu, bir hâkim ya da hakem gibi karar verme makamı değildir.

Arabuluculuk, taraflar arasında yaşanan çatışmaların, uyuşmazlıkların çözümü, yönetimi ve önlenmesi maksadıyla başvuru alan en etkili yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumun, bir arada yaşama ve bir takım ortak kurallara uyma noktasında, bireylerin kesişen menfaatlerinin dengelenmesi her zaman kolay bir şekilde olmamaktadır. Medeni bir toplumun bireylerinin, sorunu dinleme, karşısındakini anlama, ortak bir paydada buluşarak çözüm arayışında bulunma gayretleri ne yazık ki kültürel farklılıklar dolayısı ile her toplumda aynı neticeleri vermemektedir. Uyuşmazlık, kimi zaman çatışmaya hatta şiddete varan oranda artmakta, kolaylıkla çözüme kavuşması beklenen sorunlar çevresel etkenlerin de katkısı ile içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Bu aşamada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında arabuluculuk en yaygın olarak başvuru alan kurumdur. Arabuluculuk sayesinde tarafların kendilerini rahatça anlatabilecekleri bir süreç hazırlanırken, aynı zamanda sürecin sonucu üzerinde kendilerinin tam bir kontrol sağlamaları da söz konusudur.

Uzlaşma kültürü, toplum bireylerini bir arada tutarken, ortaya çıkan sorunların barışçıl bir şekilde çözümüne katkıda bulunmaktadır. Bu noktada en önemli husus sorunla karşılaşan kişinin kendini karşısındakinin yerine koyarak olaya empati ile yaklaşması ve bu şekilde empati yeteneğini geliştirmesidir. Karşı tarafın duygu ve düşüncelerini anlayarak, onun tam olarak hangi noktada tıkanıldığını, hangi taleplerinin karşılanmadığını ya da hangi engelin kaldırılması ile sorunun

çözülebileceğinin bizzat onun ağzından duyması ve müteakiben bunun giderilmesi mümkün ise bir adım atması müzakereyi barışçıl bir yolla çözüme kavuşturma bakımından önemlidir. Arabulucu, tam da bu aşamada iletişim kanalının açık tutulmasını sağlamakla görevli olup asıl ve tek amacının mahkemelerin önüne gelen dosya sayısını azaltmak olmadığı kesinlikle vurgulanmalıdır. Taraflar arasındaki iletişimsizliğin, arabulucu olarak eğitim alan profesyonel üçüncü kişiler tarafından giderilmesi söz konusudur. Böylece daha huzurlu, barışçıl ve kendi çözümünü kendi üretebilen bir toplum oluşacaktır.

22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu; arabuluculuğu; 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 yöntemi olarak tanımlamıştır. Kanun, arabulucuyu ise arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak ifade etmiştir. Arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü kendisi getirmemekte, karar verici kesinlikle olmamakta, aksine tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendilerinin çözmesine yardımcı olmaktadır. Bu yönü ile arabulucunun rolü hâkim ya da hakemden çok farklıdır. Taraflar çözümü hâkim ya da hakemden beklerken, arabulucuya başvuran taraflar sorunun çözümünü kendileri bulmak durumundadır. Kuşkusuz taraflar için en iyi çözüm de kendilerinin bulduğu ve inandığı çözüm olacaktır.

Kanunen yapılan tanıma dikkat edildiğinde, arabulucunun, uyuşmazlık yaşayan kişilerden farklı, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olması ve mutlaka arabulucular siciline kayıtlı olması gerekmektedir.

Arabuluculuk sayesinde, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı müzakere ettikleri bir çözüm mekanizmasına başvurmaktadır. Arabulucunun burada rolü tarafların bir araya gelmesi ve aralarındaki uyuşmazlığın tamamen taraflarca, onların istek ve arzuları doğrultusunda çözülmesine aracılık etmesidir. Bu hali ile kanun koyucu, tarafların dostane bir çözüm yolu bulmasına, arabulucuların katkı sağlamasına imkân tanımıştır.

III. ARABULUCULUK TÜRLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuğun esasen ihtiyatı diğer bir ifade ile iradi olması gerekmektedir. Bu konuda kanun koyucu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen birçok hükümle, hâkimlerden, tarafları arabuluculuğa teşvik etme konusunda girişimlerde bulunmalarını istemiş, bu sayede arabuluculuğun, uygulama alanının yaygınlaştırılmasını amaçlamıştır. Tarafların birbirini anlama ve kendi çözümünü bulma noktasında ancak onların istemesi yani iradi bir girişimde bulunması gerekirken, arabulucunun bu süreçte sadece tarafların sağlıklı bir iletişim kurmasına destek vermesi beklenmektedir. Ancak sürecin sonunda arabulucunun gerekli görmesi halinde uyuşmazlığa çözüm önerisi getirmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu süreçte en önemli husus tarafların özgür iradelerini tam olarak karşı tarafa beyan etmesi, diğer tarafın isteklerini dinlemesi dolayısı ile yaratılan sağlıklı bir iletişim ortamında problemin çözümünü kendilerinin bulmasıdır. Taraflar bu süreçte mevcut düzenleme ve usullere bağlı kalmadan, kendilerine özel bir çözüm yolu geliştirme konusunda tamamen serbest oldukları gibi klasik yöntemlere de bağlı kalmamaktadır. Sürecin bu şekilde işlemesinden dolayı, arabulucu her duruma özgü farklı yaklaşım yöntemlerini kullanarak sürekli dinamik bir ortam yaratmak durumundadır².

² Yeşilirmak, Ali; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi" Projesi kapsamında yayımlanan kitap, Ankara 2021, s.28.

Tüm bu açıklamalar arabuluculuğun esasen iradi bir süreç olması gereğini net bir şekilde göstermektedir. Kanun üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her konuda ve her zaman tarafların iradi olarak arabuluculuğa başvurmalarının yolunu açık tutmuştur. Tarafların istedikleri zaman arabulucuya başvurarak aralarındaki soruna kendilerinin bir çözüm getirmesi mümkündür. İradi arabuluculuğa başvuran tarafların bu konuda öncelikle aralarında anlaşmaları, arabuluculuğa başvurmaya karar vermeleri gerekmektedir. Bunun sağlanması için iradi olarak ortaya konulan başvuru kararının aynı zamanda taraflar arasında akdedilecek bir arabuluculuk sözleşmesine konu edilmesi, tarafların bu sözleşmeyi kurması söz konusudur. Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların uyuşmazlığın çıkmasından önce ya da sonrasında söz konusu uyuşmazlığı çözmek için arabulucuya başvurmalarını öngören ve usuli bir etki yaratan sözleşmedir.

Kuşkusuz taraflar arasında uyuşmazlık çıkmadığı sürece arabulucuya başvurmanın bir anlamı bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın varlığı durumunda, telafi edici bir yöntem olarak sorunun çözümünün birlikte bulunması beklenmektedir. Tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi yapmış olması, zorunlu olarak arabuluculuğa başvurmayı gerektirmemektedir. Taraflardan birinin, sözleşmenin varlığına rağmen, alternatif çözüm yolu olarak arabuluculuğa başvurmadan (kanunen bir engel bulunmuyorsa) doğrudan mahkemede dava açması mümkündür. Bu noktada önemli bir husus, arabuluculuk sözleşmesinin yalnızca arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar bakımından düzenlenebileceği olup, bu husus kanunen açıkça ifade edilmiştir. 6325 sayılı Kanun'un m.1/f.2'de yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebileceği belirtilmiştir.

Arabuluculuk her ne kadar esasen ihtiyari bir kurum olsa da, arabuluculuğa özellikle başvurmayı teşvik etmek ve arabuluculuğu yaygınlaştırmak için “zorunlu arabuluculuk” olarak nitelenebilecek ikinci bir tür yaratılmış ve farklı yöntemlerle bazı ülkelerde denenmeye başlanmıştır. Türk hukukunda da her ne kadar 2013-2018 yılları arasında sadece ihtiyari arabuluculuk kullanılmış olsa da, arabuluculuğun istenilen düzeyde yaygınlaşmadığı görüldüğünden, başka bir ifadeyle dostane çözüm yolu olan arabuluculuğa tarafların kendiliğinden başvurması isteği yeterli görülmediğinden, ilk olarak 01.01.2018 tarihi itibarıyla kanun koyucu “zorunlu arabuluculuk” müessesini özel bir dava şartı olarak düzenlemiştir.

Dava şartı arabuluculuk, tarafların bir usul hukuku kurumu aracılığı ile mahkemeye ya da hakeme başvurmadan önce mutlaka tüketmeleri gereken bir süreç olarak belirlenmiştir. Arabuluculuğun zorunlu olarak tutulması, aslında arabuluculuğun doğasına aykırı bir durumdur. Kural olarak tarafların kendi çözümünü bulmak üzere kendi istekleri ile bir üçüncü kişi vasıtasıyla iletişim kurmaları ve müzakere etmeleri gerekirken, dava şartı arabuluculuk dava açmadan önce tüketilmesi zorunlu bir yol olarak öngörülmüştür³.

İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk konusunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda, 01.01.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere getirilen değişiklik ile “dava şartı olarak arabuluculuk” kavramı ilk kez hukuk sistemimize dâhil olmuştur. Yapılan düzenleme ile işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi konularında dava açmadan önce mutlaka arabulucuya başvurulması zorunlu tutulmuştur. Bu durumda, iradi bir yöntem olarak düşünülen ve hayata geçirilen arabuluculuk kurumu, 2018 yılından itibaren işçi ve

³ Tanrıver, Süha; Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, Ankara 2020, (147), s.112 vd.

işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, öncesinde arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak getirilmiştir. Tarafların mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurusu ve arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmaya varılmaması halinde son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemeleri zorunlu tutulmuştur. Usul hukuku bakımından, arabulucuya başvuru yapılmadan dava açılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi söz konusudur.

Benzer şekilde, ticari davalarda tarafların mahkemeden önce arabulucuya başvurusuna dair hükümler içeren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na 5/A maddesi eklenmiş olup; 01.01.2019 tarihi itibarı ile Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesi kapsamındaki ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. Kanun kapsamında, “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenen bu hususta, uyuşmazlığın konusunun mutlaka “bir miktar paranın ödenmesi” olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ancak paranın miktarı ya da türüne dair herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmekte ve arabulucunun, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırması gerektiği, bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabileceği ifade edilmektedir.

Kanun koyucunun işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuğun yanında konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ticari davalar bakımından dava şartı arabuluculuğu zorunlu tutması,

arabuluculuğun kurumsal olarak gelişmesinde önemli bir aşama olarak kabul edilmektedir. Tarafların mahkemeye başvurmadan önce mutlaka dava şartı arabuluculuk yolunu tüketmeleri usulen gerekli görülmüştür. Benzer şekilde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 22.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikle bu sefer tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce mutlaka arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak getirilmiştir. Tüketici hakeme heyetinin görev kapsamına giren uyuşmazlıklar ile tüketici hakeme heyetinin kararlarına yapılan itirazlar bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

05.04.2023 tarihinde Resmi Gazete’de “İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yayımlanmıştır. Buna göre birçok kanunda değişiklik meydana gelmiş ve dava şartı arabuluculuğun kapsamı genişletilmiştir. Getirilen düzenleme ile kira ilişkisi bakımından, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, kat mülkiyeti ve komşuluk hakkından kaynaklanan davalar bakımından mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu hale getirilmiştir. Kanun ile yapılan değişiklikle, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen “Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında m.18/B ile kira ilişkisinden (ilamsız icra yoluyla tahliye hariç), ortaklığın giderilmesinden ve kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşu hakkıyla ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak getirilmiştir. Düzenlemenin 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan yine aynı Kanun değişikliği ile itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarının da arabuluculuğa tabi olacağı düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklik kapsamında Kanunun m.5/A birinci fıkrasında yer alan “paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında” ibaresi, “konusu para olan alacak, tazminat, itirazın

iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında,” şeklinde değiştirilerek bahse konu davalar bakımından da zorunlu arabuluculuk kapsamı genişletilmiştir. Düzenlemenin 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

Benzer şekilde aynı Kanun değişikliği ile 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda m.3/f.1 “Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır” ifadesinin eklenmesi sonrasında bu tür davaların da zorunlu arabuluculuk kapsamına girmesi sağlanmıştır. Bu düzenleme de 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Yine 5 Nisan 2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun ile Tarım Kanununa bir hüküm eklenerek bir yeni dava şartı arabuluculuk alanı daha ihdas edilmiştir. Bu Kanunun 3. maddesi ile 5488 sayılı Tarım Kanununun 13. maddesi değiştirilmiştir. Değiştirilen Tarım Kanunu 13. madde tarım sektöründe sözleşmeli üretimi özendirmeyi ve böylece ülkemizde tarımsal faaliyetleri desteklemeyi amaçlamaktadır. 13. maddeye eklenen e bendi ile tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Öğretide kanun koyucunun dava şartı arabuluculuğun uygulama alanını genişletmesi, arabuluculuğu adeta genel bir dava şartı haline getirilme çalışması olarak değerlendirilmekte, doğru bir yaklaşım tarzı olarak kabul edilmemektedir. İstisnai bir özelliğe sahip olan işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar ile ticari ve tüketici uyuşmazlıklarının yanı sıra uygulamada yaygın uyuşmazlık türlerine, özel bir dava şartı olan arabuluculuğun, adeta genel bir dava şartı gibi düşünülerek genişletilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan genel dava şartlarının (HMK m. 114) arasına, yeni bir dava şartının da eklenmesi sonucunu doğuracağı

yönünde kanaat oluşturmaktadır⁴. Kanımızca her ne kadar ülkemiz hukukunda ve uygulamasında dava şartı arabuluculuğun, genel olarak arabuluculuğu geliştirici ve yaygınlaştırıcı bir etkisi olsa da, dava şartı kapsamının çok genişletilmemesi gerekir. Zira arabuluculuk özünde ihtiyari olması gereken bir kurumdur.

IV. ARABULUCUNUN ÖZELLİKLERİ ve GÖREVLERİ

Arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olan, bu sürecin kolaylaştırılması, tarafların bir araya gelmesinin sağlanması, sürecin idare edilmesi, arabuluculuk yöntemlerinin uygulanmasını sağlayan tarafsız üçüncü bir gerçek kişidir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabulucuyu; arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tanımlamıştır. Arabulucunun, arabuluculuk sürecini yürütebilmesi için mutlaka gerekli eğitimleri almış, sürece ilişkin bilgi ve becerilere sahip bir kişi olması gerekir.

6325 sayılı Kanun ile arabulucu gerçek kişilerin, arabulucular siciline kayıtlı olması zorunlu tutulmuştur. Bu sicile, özel hukuk alanında yaşanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapma yetkisine sahip kişiler kaydedilmektedir. 6325 sayılı Kanun m.20/2/b gereğince arabulucu olabilmek için, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olma şartı getirilmiştir. Kanun koyucu, arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olmasını aramaktadır. Süreç bir yandan tam ve sağlıklı bir iletişim kanalının sağlanması iken, diğer taraftan hukuki bir uyuşmazlıkta arabulucunun tarafların verecekleri kararın hukuka uygun olmasını sağlayacak tedbirler almasını da gerektirmektedir. Verilen kararın, kanuna, hukuka, genel ahlaka uygun

⁴ Tanrıver, s.119.

olması gerekmektedir. Bu konuda arabulucular, hukukun genel çerçevesi içinde kalmaları konusunda, gerçekleşen süreçte hukuk usulüne ilişkin adımların atılması bakımından önemli görevler üstlenmektedir. Diğer taraftan yalnızca hukukçu kimliğinin yeterli olmadığını gören kanun koyucu, arabulucu olabilmek için, HUAK m.22’de aynı zamanda arabuluculuk eğitimi alınmasını zorunlu tutmuştur. Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültelerinde verilen hukuk bilgisi yanında arabuluculuk faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin temel bilgileri, iletişim tekniklerini, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile davranış psikolojisi ve yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi kapsamaktadır. Görüldüğü üzere, arabulucu hem bir hukukçu şapkası ile sürece ilişkin düzenlemeleri gerçekleştirirken, aynı zamanda arabulucunun, iletişim, müzakere, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini bilmesi, bunları davranış psikolojisi ile uygulaması beklenmektedir. Arabuluculuk bu anlamı ile bir sanatın icrası gibi çeşitli enstrümanların kullanımına olanak tanıyan bir uygulamadır. Kişilik özelliklerinin kimi zaman öne çıktığı, ses tonu, konuşma teknikleri, beden dili, farklı yaklaşım modelleri gibi uygulamaların yer aldığı bir süreçtir.

Hukukçu kimliği ile avukatların, arabulucu olması yönünde de bir engel bulunmamaktadır. Arabulucular siciline kaydolmaları durumunda, avukatların da arabuluculuk görevi üstlenmesi mümkündür. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun m.12/f.1 (d) bendine “arbuluculuk” ibaresi eklenmiştir. Bu sayede avukatların, arabulucu olması konusunda kanunen bir düzenleme getirilmiş ve bir engel kalmamıştır.

Arabulucu, görevini yerine getirirken, özenle ve tarafsız bir biçimde davranmak zorundadır. Bu husus HUAK m.9’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maddede arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir şekilde ve şahsen yerine getireceği belirtilmektedir. Arabulucunun bu özellikleri taşıması çok önemli olup, taraflar arasında herhangi birini diğerine karşı

üstün duruma getirecek bir ortam yaratmaması, uyuşmazlığın çözümü sürecinde özenle davranması ve en önemlisi bu süreci şahsen yürütmesi gerekmektedir. Arabulucu olarak görevlendirilen kişi, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal veya şartların bulunması durumunda, bu konuda tarafları bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur. Arabulucunun yapmış olduğu bilgilendirmeye rağmen taraflar yine de arabulucudan arabuluculuk yapmasını birlikte talep ederlerse, arabulucunun bu görevi üstlenebileceği ya da üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilmesi söz konusu olabilmektedir.

Arabulucunun en önemli görevlerinden biri de taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlü tutulmuş olmasıdır. Müzakereye başlayan tarafların içinde bulundukları konum itibari ile birbirlerinden bir üstünlüğü ya da zayıflığı söz konusu olamaz. Arabulucu bütün tarafları eşit olarak bir masanın etrafında toplamak durumunda olup, bu eşitliği gözetmek zorundadır. Arabulucunun görevleri bakımından bir diğer önemli husus da arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, arabulucu görevini üstlenecek kişilerin, bahse konu eğitimleri almasını ve sicile kaydını gerekli görmektedir. Ancak kuşkusuz tarafların kendi aralarında, yaşamış oldukları uyuşmazlığa ilişkin üçüncü bir kişiden yardım olarak sorunu çözmeleri de mümkündür. Taraflar, kendi istekleri doğrultusunda sicile kaydolmamış bir kişinin, kendilerine arabuluculuk yapmasını isteyebilir. Kuşkusuz, böyle bir girişimin kanunen bir arabuluculuk faaliyeti olduğu söylenemez. Böylesi bir durum, o kişiye arabulucu sıfatını kazandırmadığı gibi yapılan işlemin kanunda düzenlenen sonuçları doğurmayacağı açıktır. Kanunen arabuluculuk faaliyetlerini yürütme yetkisi, ancak arabuluculuk yetki belgesine sahip olan kişilerde

olmaktadır. Arabuluculuk siciline, ancak bu yetki belgesine sahip kişilerin kaydedilmesi söz konusudur. Arabuluculuğun, HUAK kapsamında arabuluculuk olarak nitelendirilebilmesi ve kanundaki sonuçları doğurabilmesi ancak sicile kayıtlı olma ve yetki belgesi alma şartına bağlıdır. Bu zorunluluk, sicile kayıtlı olmayan kişilerin, taraflarca serbestçe seçilmesi durumunda, uzlaşma sürecinde yer almalarına bir engel teşkil etmemektedir.

Arabulucu, aralarında uyuşmazlık yaşayan tarafların öncelikle bir araya gelmesini sağlarken, bir araya gelmeleri neticesinde birbirlerini dinlemelerini, sorunun ne olduğunu tam olarak ortaya koymalarını, çözüm üretmelerini sağlayarak süreci yöneten kişi olarak nitelendirilmektedir. Arabulucu bütün bu süreçleri tam bir gizlilik içinde yürütmek zorundadır. Arabulucu ile görüşen taraflar, uyuşmazlıkla ilgili birtakım bilgileri sürecin gizlilik içinde yürütüleceği gerçeği ile birlikte arabulucu ile paylaşmaktadır. Tarafların mutlaka arabulucuya tam bir güven içinde ihtiyaç duyulan bilgileri aktarması, arabulucunun da bu güveni sarsmayacak şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Tarafların arabulucuya güven duymadığı süreçte uyuşmazlığın çözüm bulması zorlaşmaktadır.

Arabulucuya düşen önemli bir görev de sürecin hızlı bir şekilde yürütülmesidir. Arabulucunun, taraflarla yapacağı ilk görüşmede süreç hakkında bilgi vermesi, onlara söz hakkı tanınması, müzakerelerin adil ve saygılı bir ortamda yürütülmesi sürecin hızına katkı sağlamaktadır. Tarafların kısa sürede anlaşmaya varması için kolaylaştırıcı bir takım tedbirlerin alınması gerekmektedir. Kanunen getirilen düzenleme ile ilk arabuluculuk toplantısına mazeretsiz olarak katılmayan tarafa dava masraflarının yükletilmesi yükümlülüğü ve arabuluculuk sürecinin bir süreye bağlanmış olması sürecin hızlı ve pratik olarak çözümüne katkı sağlamaktadır.

Arabulucu, taraflar arasındaki müzakere sürecini planlamakta ve bu planlama doğrultusunda süreci bizzat idare etmektedir. Taraflarla birlikte görüşme yapabileceği gibi ayrı ayrı da görüşmeler gerçekleştirerek de süreci kontrol etmektedir. Görüşmenin yapılacağı yerin düzeni, görüşmelerin süresi, katılımcıların birbirine yaklaşımı ve müzakere yön vererek sorunun çözüme kavuşturulması arabulucunun sorumluluğundaki hususlardır. Bütün bu süreçte arabulucunun mutlaka bağımsız ve tarafsız konumunu muhafaza etmesi hiçbir tarafa bir diğerine üstünlük sağlayacak tavizler vermemesi gerekmektedir.

V. ARABULUCULUK FAALİYETİNİN SONA ERMESİ

Arabulucunun en önemli görevlerinden biri hazırlık aşamasında başlayan sürecin sona erdirilmesidir. Sonuç taraflar arasında anlaşma ile bitebileceği gibi, anlaşmama da bir sonuç niteliğindedir. Tarafların anlaşmaları konusunda önceden yapmış olduğu hazırlık sayesinde onları ortak bir çözüm noktasında buluşturma gayreti her zaman tarafların anlaşması ile sonlanmamaktadır. Tarafların karşılıklı olarak ileri sürdüğü tekliflerin değerlendirilmesi için ortam yaratılması, menfaat ve ihtiyaç dengesinin korunmaya çalışılması, karşılıklı kazanımların taraflara anlatılması, müzakere sürecinin doğru yönetilmesi bile bazı hallerde arabuluculuğun tam bir mutabakat ile sonuçlanmasına yeterli olmamaktadır. Bu hallerde arabulucu müzakerenin nasıl sonuçlandığını son tutanakta belgelemek zorundadır. Eğer taraflar bir anlaşmaya varmışsa ve isterlerse, arabuluculuk sonunda bir anlaşma belgesi de ayrıca düzenlenecektir.

HUAK m.17’de arabuluculuğun sona ermesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden

çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi ile arabuluculuk sona ermektedir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda, arabulucu tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları ya da arabuluculuk sürecinin nasıl sonuçlandığını bir tutanak ile belgelendirmek durumundadır (son tutanak). Arabulucu tarafından düzenlenen bu belgenin, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanması gerekmektedir. Belgenin, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanmadığı durumda, arabulucunun bunun sebebini açıklamak suretiyle sadece kendi tarafından imzalaması gerekir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması haricinde hangi hususların yazılacağı konusunda taraflar karar vermektedir. Arabulucu, bu son tutanak ve sonuçları hakkında taraflara gerekli açıklamaları yapmak durumundadır. Taraflar hazır değilse her türlü iletişim aracını kullanarak hazır bulunmayanlar arabulucu tarafından bilgilendirilmektedir. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi ile arabulucu bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, sonuç tutanağını beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne göndermek zorundadır.

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmaları halinde, anlaşma belgesi düzenlenir. Bu belgeyi ticari dava şartı arabuluculukta taraf vekilleri ve arabulucu imzalarsa, iş ve tüketici hukuku dava şartı arabuluculuk hallerinde de hem asiller hem vekilleri hem de arabulucu imzalarsa, belge ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Bunun haricinde ve diğer dava şartı arabuluculuk hallerinde anlaşmanın icra edilebilirliğine dair şerh verilmesini taraflar mahkemeden talep edebilirler. Dava açılmadan arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın

icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmektedir.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır. Bu incelemenin kapsamı, kanunlar ile getirilen istisnalar haricinde, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu tutulduğu durumlar dışında, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, yukarıda da belirtildiği gibi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması durumunda, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılması söz konusu olamaz.

VI. SONUÇ ve DEĞERLENDİRMELER

Arabuluculuk kurumu hukuk sistemimize 2013 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile girmekle birlikte, pratikte 2018 yılında bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu hale getirilmesi ile yaygın bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak kullanılmaya başlamıştır. Bunu takip eden Türk Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki değişiklik ile ticari davalar ve tüketici işlemleri hakkında getirilen ve son olarak 7445 sayılı Kanun ile öngörülen yeni düzenleme sonrasında kira ilişkisi bakımından, ortaklığın giderilmesinde, kat mülkiyeti ve komşuluk

hakkından kaynaklanan davalar bakımından mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu hale gelmiştir.

Dava şartı arabuluculuk sayesinde, bir yandan mahkemelerin iş yükünün azaltılması sağlanırken diğer yandan toplumsal uzlaşî kültürünün yaygınlaşması amaçlanmıştır. Hâkim veya hakem tarafından verilen kararın çoğu zaman tarafları memnun etmemesi, arabuluculuk sayesinde tarafların kendi kararlarını vermelerine imkân tanıyan bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmasını gerekli ve faydalı kılmaktadır. Uzlaşî sayesinde toplum barışının sağlanması, maddi ve manevi zararların önlenmesi ve zaman tasarrufunun öne çıkması tarafları, arabulucuya başvurma noktasında ikna etmektedir.

Ancak diğer taraftan dava şartı arabuluculuk, uygulamada olumsuz olarak nitelendirilebilecek birtakım sonuçların yaratılmasına sebebiyet vermektedir. İş Hukuku alanında işçi ve işveren arasındaki statü farkı göz önüne alındığında, arabulucuya bu tür uyuşmazlıklarda büyük görevler düşmektedir. İşçi haklarının korunması, taraflar arasında bir dengenin gözetilmesi ve neticede işçinin alacaklarında bir hak kaybının yaşanmaması çok önemlidir. İş Hukuku alanındaki, dava şartı arabuluculuk ile işçilerin süreçten olumsuz olarak etkilenmemesi gerekmektedir. Arabulucunun bu süreçte işçinin bilgilendirilmesi, hak kaybına sebebiyet verecek karara imza atmaması ve hatta işçi alacaklarını tam ve eksizsiz alması konusunda aydınlatması beklenmektedir. Benzer bir durum tüketiciler bakımından da söz konusudur.

7445 sayılı yasa ile yeni getirilen dava şartı alanları bir taraftan arabuluculuğu yaygınlaştırırken diğer taraftan da ihtiyari olması gereken bir sürece, adeta genel zorunlu bir sürece dönüştürecektir. Mevcut dava şartı alanları dava şartı olmaktan çıkarılıp, ihtiyari hale gelmeden, en azından bundan sonra yeni dava şartı arabuluculuk alanlarının dikkatli bir değerlendirme ile açılması gerekir.

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olan arabuluculuk, sağladığı sürat, etkili çözüm ve ucuzluk sayesinde çok önemli bir yöntemdir. Ancak bilinçli uygulanması ve yasal düzenlemelere sadık kalınması gerekir. Etkin bir şekilde tanıtımın yapılması ve uygulanmasının sağlanması, arabuluculuğun gelişimde çok etkili olacaktır. Özellikle başta avukatlar olmak üzere tüm hukuk camiasında da tanıtılması ve faydalarının anlatılması gerekir.

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Hakan ÖZTATAR*

Değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda başlangıçta ihtiyari olarak düzenlenen arabuluculuk sistemi ile hukuki uyuşmazlıkların arabulucu yoluyla daha kısa sürede ve daha az masrafla çözümlenmesinin önü açılmıştır.

Ülkemizde arabuluculuk süreci 14.10.2013 tarihinde ilk arabulucumuzun sicile kaydolmasıyla başladı. 2013 yılında uygulanmaya başlanan arabuluculuk; bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak hızla gelişmiş ve uygulama alanı bir hayli artmıştır.

2013 yıl içerisinde sadece 4 arabuluculuk gerçekleştirildi. Bu sayı 2014 yılında 200’e, 2015 yılında 1200’e, 2016 yılında da 4800’e ulaştı. 2017 yılına gelindiğinde ise iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi beklentisi nedeniyle aynı sene içerisinde 28000 arabuluculuk gerçekleştirildi.

İhtiyari arabuluculuk uygulamalarının hem tercih, hem de başarı olarak kendisini en fazla iş uyuşmazlıklarında gösterdiği dikkate alınarak, 2018 yılında ilk etapta iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Elde edilen başarılı sonuçların ardından ise dava şartı arabuluculuk kapsamı daha da genişletilerek 2019 yılı itibari ile ticari uyuşmazlıklarda ve son olarak 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarında da uygulanmaya başlanmıştır.

Dava şartı arabuluculuğun gelmesiyle arabuluculuk ivme kazanmıştır. Amacımız dava şartı arabuluculuğun ihtiyari arabuluculuğun

* Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü

kullanımını artırması, ihtiyari arabuluculuk için alışkanlık kazandırmasıdır. Nitekim 2022 yılı içerisinde iş uyuşmazlıklarına ilişkin 504.000 ihtiyari arabuluculuk gerçekleştirilmiştir.

Arbuluculuk açılacak olan davalara filtreleme yaparak mahkemelerin iş yükünün azalmasına ciddi katkı sağlamaktadır. Bir çok uyuşmazlık yargıya taşınmadan arabuluculuk yoluyla çözülmektedir. 01.01.2018 tarihinde iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulaması başlayınca aynı yılda 240.000 uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvuruldu. 2019 yılında ticari, 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarının dava şartı haline gelmesiyle arabuluculuğa başvuru sayısı oldukça artmıştır. Bu zamana kadar 4 milyon 250 binin üzerinde arabuluculuk başvurusu yapılmış olup, gerçekleştirilen arabuluculuğun %70'i anlaşma ile sonuçlanmıştır. 7. yargı paketi kapsamında 01.09.2023 tarihi itibarıyla kira, ortaklığın giderilmesi, kat mülkiyeti ve komşuluk hukukundaki uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesi ile birlikte arabuluculuk dosya sayısının 5 milyonu geçeceği, yıllık yapılan yaklaşık 1 milyon arabuluculuk uygulamasının ise 1.5 milyona ulaşacağı beklenmektedir.

7. yargı paketi ile dava şartı haline getirilen uyuşmazlık türleri arabuluculuğa oldukça elverişli uyuşmazlıklardır. Örneğin ortaklığın giderilmesi davalarının %10'u dava devam ederken feragat ile sonuçlanmaktadır. Bunun anlamı tarafların %10'unun dava devam ederken anlaşmasıdır. İşte bunun gibi feragat ile sonuçlanan davaların büyük çoğunluğunun arabuluculuğa başvurulduğunda anlaşma ile sonuçlanacağını öngörmekteyiz.

İş uyuşmazlıklarının dava şartı haline gelmesiyle birlikte iş mahkemesine açılan davalarda ciddi azalma meydana gelmiştir. Arabuluculuk ile anlaşma sağlandığı takdirde işçi, İşkur'dan işsizlik maaşı alabilmektedir. Bu kapsamda geçen sene itibarıyla 400 bine yakın işçi işsizlik sigortasından faydalanmıştır.

Arabuluculukta uzmanlık eğitimlerinde amacımız 20 saatlik eğitimlerde arabuluculuğun felsefesini arabulucularımıza anlatmaktır. Dava şartı haline getirilen yeni uyuşmazlık türleri uzmanlık alanı haline getirilmeyecektir. 7. Yargı paketi ile dava şartı haline getirilen yeni uyuşmazlık türleri ile ilgili ücretsiz olarak online ya da yüz yüze eğitimler verilmesini planlamaktayız.

Medeniyet geliyorsa arabuluculuk da gelişmeye devam edecektir. Arabuluculukla tanışan insanlar kendi uyuşmazlıklarını kendilerinin çözebilmesinin tadına varacaklardır. Arabuluculuğun diğer uyuşmazlık çözüm yollarından en büyük farkı da budur. Diğer bir ifade ile taraflar kendi uyuşmazlıklarının hakimidir. Ayrıca tarafların çözüm üretemedikleri durumlarda arabulucu da çözüm önerisinde bulunabilmektedir. Yakın zamanda neredeyse tüm hukuk uyuşmazlıklarının önünde arabuluculuk olacaktır. Tarafların birlikte kendi uyuşmazlıklarını çözmesi husumetlerin oluşmasını engelleyecek, toplumsal barışa katkı sağlanacaktır.

Geldiğimiz noktada arabuluculuğun önündeki en büyük tehlike arabuluculuğun yargı içine çekilmesidir. Arabuluculuk yargısal bir faaliyet değildir. Arabuluculuk yargının alternatifi değildir. Yargının alternatifi tahkimdir. Arabuluculuğun alternatifi, sulh ve müzakeredir. Bu nedenledir ki, arabuluculukta anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz hükmü getirilmiştir. Yargılama uzun süren bir süreçtir. Örnek verecek olursak Portekiz’de idari yargıda uyuşmazlıklar 6-8 yıl arasında sonuçlanmaktadır. Arabuluculukta ise taraflar çok kısa zamanda süreci sonuçlandırabilir. Arabulucu taraflarla her türlü iletişim vasıtasıyla iletişim kurabilir. Bu sayede ortaklığın giderilmesi gibi yargılamada taraflara ulaşılması oldukça zaman alabilen uyuşmazlıklar çok daha seri şekilde sonuçlandırılabilir. Sonraki nesiller artık uyuşmazlıkların daha da çabuk çözülmesini isteyecektir. Arabuluculuk bu noktada daha da önem kazanacaktır.

Arabuluculuğa ilişkin mahkemeler tarafından verilen iptal kararlarının en önemli nedeni usulüne uygun arabuluculuk yapılmamasıdır. Bu nedenle arabuluculuğa uygun yerlerde arabuluculuk yapılmalı, taraf olunan dosyalarda arabuluculuk yapılmamalıdır. Arabuluculuğun uygun yerlerde yapılması çok önemlidir. Arabuluculuk merkezinde yapılan arabuluculuk faaliyeti hem anlaşma oranlarını hem de arabuluculuğun kalitesini artıracaktır.

Bir diğer hususa değinecek olursak, arabuluculukta taraf vekilliği çok önem arz etmektedir. Bu hususla ilgili olarak taraf vekilliğini teşvik amacıyla avukatlık asgari ücret tarifesinde arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması durumunda %25 oranında daha fazla ücretin alınması şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Asillere sürecin, arabuluculuğun faydalarının anlatılması arabuluculuğun olumlu sonuçlanması açısından çok önemlidir. 7. yargı paketi ile birlikte arabulucuya avukatı bulunsa bile asıl tarafı bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Taraflar arasında eşitsizlik bulunması halinde arabulucunun elinde bir takım yetkiler mevcuttur. Mevzuatımızda ve arabuluculuk etik kurallarında arabulucunun eşitliği gözetmekle yükümlü olmasıyla ilgili hükümler yer almaktadır. İngiltere’den örnek verecek olursak: John isimli bir kişi alacak davasıyla ilgili olarak 60 bin Euro para talep ediyor. Karşı taraf ise 40 bin Euro teklif ediyor. John bu miktarı kabul edecek gibi olunca arabulucu kendisini uyarma ihtiyacı hissediyor. John 40 bin Euro parayı bilinçli olarak istediğini, kendisinin kanser hastası olduğunu, 6 ay sonra öleceğini, iki ay sonra manevi kızının düğün yapacağını bunun için 20 bin Euro harcayacağını, kalan 20 bin Euro ile dünyayı gezeceğini söylüyor. Bu örnekte görüldüğü üzere arabuluculuk ile taraflar kendi çözümlerini kendileri serbestçe üretebilmektedir. Arabulucunun görevi tarafları bir araya getirerek ortalama bir yol bulunmasını sağlamaktır. Taraflar çözüm üretemezlerse arabulucu son bir çözüm önerisi sunabilir.

Arabuluculuk esasında bir toplumsal barış projesidir. Önümüzdeki zamanlarda sosyal arabuluculuk projelerine de ağırlık vermeyi düşünüyoruz. Akran arabuluculuğu ile okullarda, çocuklar arasında çıkan anlaşmazlıkta üçüncü bir çocuğun arabuluculuk yapmasıyla müzakere kültürünün geliştirilmesi sağlanmaktadır. Örneğin yakın zamanda çok fazla bilgisayar kullanan çocuk ile babası arasında bir arabuluculuk anlaşması yapılmıştır. Gençlik arabuluculuğu ile üniversitelerde rektörlük ile öğrenci arasında, öğrenci ile öğrenci arasında, öğrenci ile öğretim görevlisi arasında çıkan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi sağlanmaktadır. Sosyal arabuluculuk uzlaşi kültürünün yerleşmesine, toplumsal barışa katkı sunulmasına büyük katkı sağlamaktadır. Sosyal arabuluculuk ile zamanla apartmanlar, köyler gibi bir çok yere arabuluculuk kültürünün ulaşmasını sağlayacağız.

Teşekkür eder, saygılarımı sunarım.

İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Doç. Dr. Seracettin GÖKTAŞ*

GİRİŞ

Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, hukuk uyuşmazlıklarını alternatif yollarla çözmeyi hedefler ve tarafların kendi çözümlerini üretmelerine imkân sağlar. Ülkemizde bireysel iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi amacıyla ilk yasal düzenleme 07.06.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yapılmıştır. Bu Kanun başlangıçta ihtiyari arabuluculuğu düzenlemiştir. İhtiyari arabuluculukta taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir. İhtiyari arabuluculuk, dava açmak için dava açmanın zorunlu olmadığı haller hariç olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünü için başvurulabilen bir alternatif çözüm yöntemidir.

İhtiyari arabuluculuk yoluyla iş hukuku uyuşmazlıklarındaki anlaşma oranının diğer hukuk uyuşmazlıklarına nazaran yüksek olması, iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesine yol açan önemli bir sebep olmuştur. Nitekim dava şartı olarak arabuluculuk ilk olarak 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu husus, 7036 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde “2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca iş uyuşmazlıkları, ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk

* Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Başkanı

uyuşmazlıklarının yüzde 89'unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır" şeklinde ifade edilmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür. 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun'un 41'inci maddesi uyarınca 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına yapılan ekleme uyarınca işçi ve işveren arasındaki tazminat ve alacaklarla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına alınmıştır. 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 21'inci fıkrasında bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Dava şartı arabuluculuk, dava açmadan önce arabulucuya başvuruyu zorunlu kılan ve arabuluculuk yoluyla anlaşma yapılmaması halinde dava açmaya imkân tanıyan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Dava şartı arabuluculukta sadece arabuluculuğa başvurma zorunlu tutulmakta olup taraflar süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir. İhtiyari arabuluculukta olduğu gibi, dava şartı arabuluculukta da arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları hâlinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir.

Bu çalışmada ülkemizde bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili yasal düzenlemeler, özellikle dava şartı arabuluculuğun kapsamı, arabuluculukla ilgili dava şartının tamamlanabilir olup olmadığı,

anlaşma belgesinin niteliği, anlaşma belgesine yönelik geçersizlik iddiaları, anlaşma yapılamadığına dair son tutanağın temerrüde etkisi ve arabuluculuk ücretinin yargılama giderleri olarak değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay'ın uygulamaları ve öğretinin görüşleri çerçevesinde incelenecektir.

I. İŞHUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULULUCULUK

A. İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Kapsamı

6325 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında Kanun'un kapsamı, “yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” olarak belirtilmiştir. Aynı fıkra, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ifade edilmiştir. İş mahkemelerinin görev alanındaki sosyal güvenlik hukukundan doğan uyuşmazlıklar üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri mümkün olmadığı için arabuluculuğun kapsamına girmezler. Buna karşılık iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıklardandır. İşçi ile işveren arasında iş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklar sosyal güvenlik hukukunun değil, iş hukukunun alanına girerler. Bu sebeple, 6325 sayılı Kanun'un öngördüğü ihtiyari arabuluculuğun kapsamına iş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklar dahil olmak üzere tüm iş hukuku uyuşmazlıkları girmektedir.

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurma şartı olduğu öngörülmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise iş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı arabuluculuk

hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, iş hukuku uyuşmazlıkları bakımından dava şartı olarak arabuluculuk yalnızca işçi ve işveren arasında kanundan veya sözleşmeden doğan alacak, tazminat ve işe iade davaları için geçerlidir. İş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat, tespit, itiraz veya rücu davaları bakımından ise sadece ihtiyari arabuluculuk söz konusudur.

Menfi tespit ve itirazın iptali davaları bakımından arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı konusunda öğretisi ve uygulamada tartışma bulunmaktaydı. Bu dönemde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi menfi tespit davalarının alacak veya tazminat niteliğinde olmadığı gerekçesi ile dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığına karar vermiştir¹. Gerçekten, 7306 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar tek tek belirtilmiş olup, bunların arasında menfi tespit ve itirazın iptali davaları sayılmamıştır. Mahkemeye erişim hakkı gibi temel hakları sınırlandıran düzenlemeler geniş yorumlanamaz. Ancak 7445 sayılı Kanun'un 41'inci maddesi uyarınca 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına yapılan ekleme ile işçi ve işveren arasındaki tazminat ve alacaklara ilişkin menfi tespit ve itirazın iptali bakımından da arabuluculuk dava şartı haline getirildiğinden konuya ilişkin yapılan tartışmalar son bulduğu söylenebilir.

Dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olan uyuşmazlıklar için ihtiyari arabuluculuğa gidilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculuk yerine ihtiyari arabuluculuk prosedürü işletilerek yapılan anlaşma ile dava şartı arabuluculuk sistemi içinde gerçekleşen anlaşma arasında hukuki açıdan herhangi fark söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, ister dava şartı olarak arabuluculuk kurumu işletilerek, ister ihtiyari arabuluculuk yoluyla tarafların üzerinde

¹ Y9HD, 18/03/2021, 2021/2740-6513.

anlaştıkları hususlar hakkında 6325 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca dava açılmaz.

B. Arabuluculuk Dava Şartının Tamamlanabilir Olup Olmadığı

Dava şartı, yargılamanın her aşamasında mevcut olması gereken ve mahkemenin işin esasına girip karar verebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlardır². İşin esasına ilişkin olmadıkları için dava şartlarının mevcut olup olmadığı mahkemece öncelikli olarak ve re'sen incelenmesi gerekir. Bu husus 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesinin birinci fıkrasında “*Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler*” şeklinde ifade edilmiştir.

Dava açıldıktan sonra dava şartlarının eksik olduğunun belirlenmesi halinde nasıl hareket edileceği 6100 sayılı Kanun'un 115'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, “*Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder*”. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “*Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez*”.

² Dava şartları hakkında geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 13.Bası, Ankara 2012, 349 vd.; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2022, s.332 vd.; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 4.Bası, Ankara 2021, s. 320 vd.

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece 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 tebliğe 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"*. Buna göre arabuluculuk dava şartı, tamamlanabilir dava şartlarından değildir. Başka bir anlatımla, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulmadığının anlaşılması halinde mahkeme davacı tarafa söz konusu dava şartını tamamlaması için süre veremez. Bu durumda herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın usulden reddine karar verilmelidir. Bunun sebebi söz konusu düzenlemenin dava açılmadan önce müzakere yollarının mutlaka denenmesi gerektiğinin amaçlanmış olmasıdır³.

Arabulucuya başvurulduğu halde anlaşma yapılamadığına dair son tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmemesi halinde 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mahkemenin davacı tarafa bu eksikliği tamamlaması için bir haftalık süre vermesi gerekir. Buna göre anlaşma yapılamadığına dair son tutanağın dava dilekçesine eklenmesine ilişkin dava şartı tamamlanabilir niteliktedir. Yargıtay'a göre anlaşma yapılmadığına ilişkin tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylı

³ ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Banu, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.52, 2016, 1861-1911, 1877.

örneğinin mutlaka dava dosyasına fiziki olarak konulması gerekmez. Davacı vekili tarafından tutanağın aslının UYAP üzerinden dosyaya aktarılmış olması yeterlidir⁴. 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası, son tutanağın dava dilekçesine eklenmesi veya hâkim tarafından verilecek bir haftalık süre içinde ibrazı yükümlülüğünü davacıya vermiştir. Yargıtay, anılan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasını *“iş yargılamasında resen araştırma ilkesin geçerli olmayıp araştırma mükellefiyetinin hâkime yüklenmesinin yerinde olmayacağı, aksi hâlin kabulünde UYAP ile oluşturulan elektronik ortam üzerinden ulaşılabilecek her türlü bilgi ve belgenin hâkimlerce toplanması gerektiği sonucunun ortaya çıkacağı ve bu durumun mevcut yargılama sistemi ve usul ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmayacağı”* gerekçesi ile ciddi bulmamıştır⁵.

Anlaşma yapılamadığına dair tutanağın dava dilekçesine eklenmemiş olması ve arabuluculuğa başvurulup vurulmadığına yönelik herhangi bir ibarenin dilekçede bulunmaması halinde dava hemen reddedilmemelidir. Çünkü arabuluculuğa başvurulduğunun ve anlaşma yapılamadığının sonradan ortaya çıkması halinde davanın usulden reddine ilişkin karar hatalı verilmiş olacak ve davacı bakımından zaman kaybına ve ilave yargılama gideri yapılmasına sebep olunacaktır. Bu nedenle böyle bir durumda karşı tarafın cevabı beklenmeli, cevap dilekçesinden arabuluculuğa başvurulduğunun anlaşılabilmesi halinde söz konusu dava şartının mevcut olup olmadığının ön inceleme

⁴ “Somut olayda, İlk Derece Mahkemesince davacı vekiline Mahkememizce 01/10/2019 tarihli celsede verilen kesin süreye rağmen arabuluculuk son tutanağının aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini sunmamış olduğu belirtilerek davanın usulden reddine karar verilmiş ise de; davacı vekili tarafından 08.10.2019 tarihinde Uypap üzerinden arabuluculuk son tutanağının aslının dosyaya gönderildiği anlaşılmaktadır. İlk Derece Mahkemesince Uypap kayıtları dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 14.09.2020, 5349-7421).

⁵ Y9HD, 24.04.2023, 2875-5752.

duruşmasında incelenmesi ile olası zaman kaybı ve yargılama giderlerinin yapılmasının önüne geçilecektir.

İş hukuku uyuşmazlıkları genellikle farklı nitelikte birden çok alacak ve tazminatlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple tek bir dosya üzerinden davaların yığılması olarak adlandırılan objektif dava birleşmesi en çok iş hukuku uyuşmazlıklarında söz konusu olabilmektedir. Davaların yığılmasında aynı davalıya karşı birden fazla talep aynı davada ileri sürülmektedir. Burada talep sayısının bağımsız dava söz konusudur. Bu sebeple her bir talep yani dava için dava şartlarının ayrı ayrı gerçekleşmiş olması aranır. Yargıtay arabulucu tarafından düzenlenen son tutanakta hangi konularda müzakere yapıldığının açıkça belirtilmesini aramakta, arabuluculukta müzakere konusu yapılmayan alacak bakımında dava şartının yerine getirilmediğine karar vermektedir⁶. Yargıtay’a göre arabuluculuk anlaşmama tutanağında arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmeden “işçilik alacakları” veya “ işçi-işveren uyuşmazlığı” gibi soyut ve belirsiz ifadelerin kullanılması halinde dava şartının gerçekleştiğinden söz edilemez⁷.

Karşı dava, asıl davaya karşı açılmış ve aynı dosya üzerinden yürütülen bir dava olsa da asıl davadan ayrı ve bağımsız bir davadır. Bu nedenle karşı davanın konusu dava şartı olarak arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık ise, karşı dava yönünden de söz konusu dava şartının yerine getirilmiş olması gerekir. Aksi halde karşı davanın usulden reddine

⁶ “... 01.04.2021 tarihinde düzenlenmiş “Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı”nda ise arabuluculuk konusu uyuşmazlıklar; “işe iade sonrası boşa geçen süre ücreti, işe almama tazminatı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, prim/ikramiye alacağı, agi, fazla çalışma ücreti, ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatı, haksız fesih tazminatı, bakiye ücret alacağı, manevi tazminat ve diğer işçilik alacakları” olarak belirtilmiştir. Görüldüğü gibi son tutanakta yer almayan ve arabuluculuk görüşmelerine dâhil edilmeyen yıllık izin bakımından dava şartı olan arabuluculuk faaliyeti yerine getirilmediğinden bu talep yönünden davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken esasa girilerek davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 08.03.2023, 115-3299).

⁷ Y9HD, 06.03.2023, 440-3103.

karar verilmelidir. Yargıtay kanun yararına bozma talebiyle önüne gelen bir olayda karşı dava ile ilgili yukarıda belirtilen ilkelerden söz ettikten sonra somut olayda karşı davanın konusunu teşkil eden ihbar tazminatının asıl davanın konusunu teşkil eden alacak ve tazminatlarla birlikte müzakere edildiği, bu nedenle karşı dava yönünden dava şartının gerçekleştiği sonucuna varmıştır⁸.

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca arabulucu kendisine bildirilen iletişim bilgilerini esas alarak ve gerekirse kendiliğinden araştırma yaparak eline geçen bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanmak suretiyle tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder, bilgilendirme ve davete ilişkin işlemleri belgeye bağlar. Buna göre tarafları görüşmelere davet etmek ve bunun için gerekli işlemleri yapmak görev ve sorumluluğu arabulucuya aittir. Arabulucunun görev ve sorumluluğunu tam olarak yerine getirmemiş olmasının sorumluluğu davacıya yükletilemez. Başka bir anlatımla, arabulucunun tarafları usulüne uygun davet etmeden arabuluculuk faaliyetini sonlandırmışsa, arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği sonucuna varılamaz. Bu husus anılan maddenin gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: *“Maddenin onbirinci fıkrasında arabulucunun, arabuluculuk faaliyetini sona erdireceği haller düzenlenmektedir. Buna göre taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyeti sona erdirilecektir. Arabulucu, belirtilen hallerde son tutanağı düzenleyecek ve durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirecektir. Büro tarafından kendisine verilen iletişim bilgileri itibarıyla araştırma yapmak ve taraflara ulaşmaya çalışmak arabulucunun sorumluluğundadır. Arabulucu bu adreslere tam*

⁸ Y9HD, 27.03.2023, 3808-4378.

anlamıyla ulaşmaksızın taraflara ulaşamadığı gerekçesiyle faaliyeti sonlandırdığında, mahkemece bu iletişim adreslerinin doğru olduğu ve bu adreslerden taraflara ulaşılabilceği tespit edilse bile dosya yeniden arabulucuya iade edilmemeli ve mahkemece dava görülmeye devam edilmelidir.”. Yargıtay maddenin sözü edilen gerekçesini esas alarak; “... 6. Kanun’da arabulucunun bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlayacağı ifade edilmiş ise de tarafları toplantıya davet için özel bir usul öngörülmemiştir. Bu anlamda toplantıya davetin 7201 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığı açıktır. Ancak arabulucunun tarafları toplantıya davet etme sorumluluğunu usulüne uygun olarak yerine getirdiğini ispatlayabilmesi için yapılan işlemleri belgelendirmesi yerinde olacaktır. Kanun hükmünde açıkça arabulucunun yerine getirmesi gerektiği belirtilen davet işleminin usulüne uygun olarak yerine getirilmemesi hâlinde, arabuluculuk faaliyetinin de usulüne uygun olarak yürütülmediği ve arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği sonucuna varmak amacı aşan bir yorum olur. ... 10. Bir üst başlıkta yer verilen hukuki esaslar ile yukarıda yapılan açıklamalara göre, arabulucunun taraflara ulaşma ve toplantıya davet etme sorumluluğunu usulünce yerine getirmeden arabuluculuk faaliyetini sonlandırması hâlinde dahi 7036 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında öngörülen arabuluculuk dava şartının gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmelidir...” şeklinde bir sonuca varmıştır⁹.

Yargıtay bir kararında asliye hukuk mahkemesi tarafından görevsizlik kararı verildikten sonra dosyanın görevli iş mahkemesine intikalinden önce söz konusu dava şartının gerçekleştirilmesi yeterli görülmemiştir. Anılan karar, görevli mahkemeye intikal eden davanın görevsiz mahkemede açılan davanın devamı olduğu ve davanın açıldığı

⁹ Y9HD, 26.04.2022, 3398-5294.

sırada dava şartının gerçekleşmediği gerekçesine dayanmaktadır¹⁰.

Yargıtay, ikramiye ve ücret zammı gibi belli periyotlarla ödenmesi gereken alacaklar bakımından anlaşma yapılamadığına dair düzenlenen tutanağın o tarihe kadar muaccel hale gelmiş olan alacakları kapsadığı, tutanağın düzenlendiği tarihten sonraki döneme ait alacaklar bakımından dava şartının yerine getirilmiş sayılamayacağı görüşündedir. Yargıtay bu konudaki görüşünü şöyle ifade etmiştir: “Somut olayda davacı tarafından ücret, ikramiye ve ilave tediye ücreti alacaklarının eksik ödendiği gerekçesiyle arabulucuya başvurulmuş, 01.07.2020 tarihli anlaşamama nedeniyle son tutanak dava dilekçesine eklenerek dava açılmıştır. Bununla birlikte mahkemece hükme esas alınan ve davacının ıslahına dayanak oluşturan bilirkişi raporunda hesaplamalar dava tarihi olan 26.12.2020 tarihi esas alınarak yapılmıştır. Arabuluculuk faaliyeti ise, tarafların anlaşamadığına ilişkin düzenlenen son tutanak tarihinden önce muaccel olan alacaklar için gerçekleştirilmiştir. Arabuluculuk son tutanak tarihinden sonra ihtilaf konusu olan, son tutanak tarihi ile hesaplamalara esas alınan 26.12.2020 tarihi arasında kalan talep dönemi için arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği dikkate alındığında, bu dönem yönünden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”¹¹. Kanımızca taraflar arasındaki uyuşmazlık belli dönemlerde ödenmesi gereken ikramiye veya ücret zammına hak kazanıp kazanılmadığı yönünde ise tarafların bu konuda bir kez arabuluculuk görüşmeleri yapmış olmaları ve

¹⁰ “Görevli mahkemede yapılan yargılama yeni bir yargılama olmayıp görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğinde olduğu, dava şartlarının ilk davanın açıldığı tarih itibarıyla gözönünde bulundurulması gerektiği, arabuluculuğa başvurma dava şartı tamamlanabilir dava şartı olmadığından davanın açıldığı sırada bu dava şartının bulunmadığı belirlenerek, davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesinin hukuka uygun olduğu» gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir”. (Y9HD, 26.09.2022,7355-10412).

¹¹ Y9HD, 24.02.2022, 1276-2355; Aynı yönde, Y9HD, 17.03.2022, 2753-3645.

anlaşamamaları daha sonra açılacak davalar bakımından dava şartının gerçekleşmesi için yeterli olmalıdır. Aynı alacağa yönelik açılan davalarda sırf dava konusu edilen dönemin farklı olduğundan söz edilerek her defasında arabulucuya başvurulmasını aramak mahkemeye başvurma hakkını aşırı şekilde daraltıcı bir yorum olur.

Yargıtay’a göre dava konusu alacakla aynı veya benzer sebeplerden kaynaklanan bir alacağın ıslah suretiyle dava konusu edilmesi mümkündür. Ancak bu halde dahi, ıslah’tan önce arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olması gerekir¹². Ancak dava dilekçesi ile kısmi ya da belirsiz alacak davasına konu edilmiş olan alacak veya tazminat için daha önce arabuluculuk dava şartı gerçekleşmiş ise, ıslahla (belirsiz alacak davası ise talep artırım dilekçesiyle) arttırılan kısmı için ayrıca dava şartı arabuluculuk şartı aranmaz¹³.

7036 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin onbeşinci fıkrasına göre “*asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır*”. Söz konusu düzenleme karşısında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığına rağmen, arabuluculuk

¹² “Dava dilekçesinde talep konusu yapılmayan bir işçilik alacağı, dava konusu alacaklarla aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmak şartıyla, ayrıca bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydıyla kısmi ıslahla talep edilebilir ise de, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin 01/01/2018 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, ıslaha konu edilen yıllık izin ücreti alacağı yönünden arabuluculuğa başvuru şartının yerine getirilmediği anlaşılmakla söz konusu alacağın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. (Y9HD, 09.02.2022, 821-1540).

¹³ “Davacının gerek dava dilekçesi içeriğindeki gerekse ıslah dilekçesine konu ettiği alacağı aynı olup, bu alacak ile ilgili olarak arabuluculuk şartı yerine getirilmiştir. Dava açılmadan önce kıdem tazminatı ile ilgili olarak arabuluculuğa başvuran davacının, ıslaha konu kısım için ayrıca bu yola başvurmaması zorunlu değildir. Mahkemece uyuşmazlığa konu olan alacağın kendisi yerine, davanın türüne yönelik değerlendirme yapılarak, ıslah edilen kıdem tazminatı alacağının usulden reddine karar verilmesi açıklanan ilke ve esaslara aykırıdır”. (Y9HD, 02.11.2021, 11105-11254).

görüşmelerinin asıl işveren ya da alt işverenle yürütülmesi halinde dava şartının gerçekleştiği söylenemez. Başka bir anlatımla, arabuluculuk görüşmelerinin sadece asıl işverenle ya da alt işverenle yürütülmesi durumunda yargılama sırasında diğer işveren açısından da dava şartının yerine getirilmesi için davacı tarafa süre verilemez, yani bu durumda da dava şartı sonradan tamamlattırılamaz. Yargıtay'ın görüşü de aynı yöndedir¹⁴. Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa anlaşma amacıyla başvurulmalıdır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeye rağmen sadece asıl işveren ya da alt işverenle yapılacak anlaşma geçerli olmayacağına göre, dava açıldıktan sonra bu konudaki dava şartı eksikliğini tamamlattırmak yasanın amacına uygun düşmeyecektir. Kanımızca sözü edilen düzenlemeyi geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde geçerli kabul etmek gerekir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun kurulmamış ya da muvazaaya dayanmakta ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin yedinci fıkrası uyarınca işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır. Bununla birlikte Yargıtay uygulamasına göre işçilik alacaklarından asıl işverenle birlikte alt işveren olarak gösterilen kişi de sorumludur. İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verildiğinde,

¹⁴ “... Dava şartı olarak arabuluculuk ile ilgili 3. maddenin on beşinci fıkrasında ise, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebi ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır. ... Arabuluculuk dava şartı olup, Kanunun açık hükmü gereği asıl işveren ile alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları zorunlu olduğuna göre, bu eksikliğin sonradan sadece taraflardan biri aleyhine arabulucuya başvurularak tamamlanması imkanı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı işçi asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurmadığı sürece, şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlarından birinin yargılama sırasında davaya dahil edilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülmesi söz konusu olamaz. Sonuç olarak, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurulmadığı sürece dava şartının yerine getirildiğinden söz edilemeyeceğinden, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir”. (Y9HD, 13.10.2021, 9540-14240).

davacı asıl işverene ait işyerine iade edilir. İşçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatından ise asıl işveren ile birlikte yine alt işveren gibi gösterilen kişi sorumlu tutulur. Alt işveren gibi gösterilen kişinin asıl işverenle birlikte sorumlu tutulması müteselsil borçluluktur. Bu nedenle aralarında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Şu halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulmamış olması ya da muvazaaya dayanması durumunda arabuluculuk görüşmelerinin her iki işverene karşı yürütülmesi gerekmeyecektir. Ancak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcut olup olmadığı yargılama sonucunda ortaya çıkacaktır. Yargılama sonunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu sonucuna varıldığında yukarıda belirtildiği üzere sadece asıl işverenle yürütülen arabuluculuk görüşmeleri ile dava şartı yerine getirilmiş sayılamayacağından davanın usulden reddine karar verilmesi gerekecektir. Görüldüğü üzere geçerli bir asıl işveren alt işveren bulunmadığı halde sadece asıl işveren ya da alt işverenle yürütülecek arabuluculuk görüşmeleri zaman kaybına, alacağının zamanaşımına uğramasına ve yargılama giderlerine katlanma gibi işçi bakımından oldukça önemli risklerin doğmasına yol açmaktadır.

II. ARABULUCULUĞUN ANLAŞMA İLE SONUÇLANMASI

A. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 21'inci fıkrası uyarınca bu maddede hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. 6325 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, arabuluculuğun anlaşma ile sona ermesi durumunda, kapsamı taraflarca belirlenen bir anlaşma belgesi düzenlenir. Anlaşma belgesi arabulucu ve taraflarca imzalanır.

6325 sayılı Kanun'un 19'inci maddesinin ikinci fıkrasında tarafların bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini mahkemeden talep edebilecekleri, icra edilebilirlik şerhini içeren

anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre tarafların ve arabulucunun imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi ile ancak ilam niteliğinde belge niteliği kazanabilir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise iş hukuku uyuşmazlıklarında taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin ilam niteliğinde olduğu ve bunun için ayrıca icra edilebilirlik şerhinin aranmayacağı öngörülmüştür. Belirtilen hüküm uyarınca anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge niteliğini kazanabilmesi taraflar ve arabulucudan başka her iki tarafın avukatları tarafından imzalanmış olmasına bağlıdır. Söz konusu belge, taraflardan sadece birisinin avukatı tarafından imzalanmış olması ile ilam niteliğinde belge haline gelmez.

Mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi konulması ya da arabulucu, taraflar ve avukatları tarafından imzalanmış olması ile anlaşma belgesi mahkeme ilâmı haline gelmez. Belirtilen işlemlerle söz konusu belge ancak ilam niteliğinde belge niteliği kazanır. İlâm niteliğindeki belge, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabidir. İlâm niteliğindeki belgenin ilâm gibi kesin hüküm etkisi bulunmadığı gibi, kanun yoluna başvuruya da açık değildir. Ancak koşulları varsa hükümsüzlüğünün tespiti ya da irade sakatlığı sebebiyle iptali istenebilir¹⁵.

Taraflarca hazırlanan anlaşma belgesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda görüşler daha çok sözleşmenin usul hukuku ya da maddi hukuk alanına girip girmediğine göre farklılaşmaktadır. Bir görüş, anlaşmanın özel hukuk sözleşmesi, yani maddi hukuk kurallarına tabi bir sözleşme olduğu yönündedir¹⁶. Bununla birlikte sözleşmenin usul hukuku

¹⁵ GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2022, s. 748.

¹⁶ OKUR, Zeki, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, 2. Baskı, Adana, 2019, s. 156; ERDOĞAN, Canan/TİRİTOĞLU ERSOY, H.Hilal, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, Nisan 2022, 53-93, 59; KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul, 2018, s. 353; GEÇMEZ, Taha Polat, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 140,143.

alanında yer alan “sulh sözleşmesi”¹⁷ niteliğinde olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, hem maddi hem de usul hukuku alanına girdiği bu nedenle karma nitelikli olduğu da ileri sürülmüştür¹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, icra edilebilirlik şerhi verilmeden önce adi sulh sözleşmesi, icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra ise usulî sulh sözleşmesi niteliğindedir¹⁹. Yargıtay ise bir kararında söz konusu anlaşmanın borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir²⁰. Kanımızca her maddi hukuk sözleşmesinin usul hukuku bakımından hukuki sonuçları söz konusu olabilir. Salt buradan hareketle sözleşmenin usul hukuku sözleşmesi ya da karma nitelikli olduğu söylenemez. 6325 sayılı Kanun’a göre ilamlı icraya konu olabilen ve anlaşılan hususlarda dava açılmayacağını düzenleyen hükme rağmen arabuluculuk anlaşma belgesi, usul hukuku açısından da sonuçları ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş bir maddi hukuk sözleşmesidir. Anlaşma belgesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul görmesi karşısında

¹⁷ TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S.64, 2006, s. 173; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 4.Bası, Ankara 2021, s. 785; BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara, 2020, s. 52-53.

¹⁸ ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 68; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk 86325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde) Ankara, 2012, s. 104 vd.; ERTÜRK, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara, 2019, s. 107.

¹⁹ ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, Terazi Hukuk Dergisi, c. 13, S. 138, s. 34 vd.

²⁰ “2. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesi maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir (Asiye Şahin Emir, Büşra Kazmaz Tepe, “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2018/3, s.1497; Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.11, Aralık 2021, s.66-67; Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, DEÜHFD, C.20, S.2, s.16). Söz konusu belgede taraflar dışındaki bir üçüncü kişinin imzasının bulunması ve hatta bu belgenin mahkemece şerh verilebilir nitelikte olması, belgenin maddi hukuk sözleşmesi olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Tarafların ehliyeti, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı olmaması, irade beyanlarının sağlıklı olması gibi diğer tüm sözleşmeler bakımından aranan geçerlilik şartlarının, arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi bakımından da aranması, bu durumun bir sonucudur (Melis Taşpolat Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, 344)”. (Y9HD, 31.10.2022, 11077-13780).

sözleşmenin kurucu unsurları ile geçerlilik şartları, hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik kavramları üzerinde durmakta yarar vardır.

Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli şartlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 1 ilâ 11’inci maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan Kanun’un 1’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen temel kural, *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”* şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre sözleşmenin kurucu unsurları tarafların birbirine uygun öneri (icap) ve kabul beyanlarıdır. Kurucu unsurlardaki eksiklik veya uyuşmanın olmaması, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Bu durumda ortada bir sözleşme yoktur²¹.

Kurucu unsurları mevcut olan bir sözleşmenin hükümlerini doğurması, ayrıca geçerlilik koşullarının varlığına bağlıdır. 6098 sayılı Kanun’un 27’nci maddesinin birinci fıkrasına göre kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması diğerlerinin geçerliliğini etkileyemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağını açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır. Sözleşmeyi içerik bakımından sınırlandıran diğer bir durum ise 6098 sayılı Kanun’un “Aşırı yararlanma” başlığını taşıyan 28’inci maddesinde düzenlenmiştir. Kanun’un 12’nci maddesine göre kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa, buna uyulmuş olması da bir geçerlilik koşuludur.

6098 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen hükümleri de dikkate alınarak bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması, konusunun

²¹ Sözleşmenin kurucu unsurlarındaki eksiklik ve hukuki sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ekim 2017, İstanbul, s. 56 vd.

baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olmaması, kanunun öngördüğü bir geçerlilik şartı varsa buna uyulmuş olması, sözleşmenin muvazaalı olmaması, irade beyanlarının yanı sıra, aldatma veya korkutma sebebiyle sakatlanmamış olması ve aşırı yararlanma halinin bulunmaması gerekir²².

Öğretide sözleşmenin geçersizlik halleri kesin hükümsüzlük (butlan) ve iptal edilebilirlik (nisbî butlan) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin hükümsüz olan sözleşme, geçersizlik sebebinin ortadan kalkması veya zamanın geçmesi ya da icazet yahut o işleme dayanan borcun ifası ile birlikte geçerli hale gelmez. Sözleşmenin geçerlilik koşulları oluştuğunda yeniden yapılması icap eder²³. Ancak bu sonuç, iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından geçerli kabul edilmemektedir²⁴. Nitekim 6098 sayılı Kanun'un 394'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında iş sözleşmelerinde kesin hükümsüzlük sebebi tespit edilinceye sözleşmenin hüküm doğuracağı öngörülmüştür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 15'inci ve 6098 sayılı Kanun'un 12/2, 19/1 ve 27'nci maddelerine göre kesin hükümsüzlük sebepleri; sözleşmeyi yapanın ayırt etme gücüne sahip olmaması, sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine veya ahlâka veya kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması yahut sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız olması, kanunda geçerlilik şartı olarak öngörülen şekil şartına uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmasıdır²⁵. 6098 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kesin hükümsüzlük sebepleri, sözleşmenin içerdiği

²² NOMER, s. 60.

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, /ARPACI, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 7.Bası, İstanbul 2017, s. 592-583; NOMER, s. 61.

²⁴ NOMER, s. 62.

²⁵ NOMER, 63.

hükümlerden sadece bir kısmına ilişkin ise sadece bu kısım hükümsüz olur. Ancak hükümsüz olan kısım olmasaydı sözleşmenin hiç yapılamayacağı kesin olarak anlaşılabiliyorsa sözleşmenin tamamı geçersiz olur.

Bazı geçersizlik sebepleri varlığı kendiliğinden sözleşmeyi hükümsüz hale getirmez. Sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de hüküm doğurmamakla birlikte askıdadır. Sözleşmenin kesin hükümsüz hale gelmesi, geçersizlik sebebi ile korunan tarafın sözleşmeyi iptal edebilme hakkını kullanması ile mümkün olur. İptal hakkı kullanılmadığı takdirde, sözleşmeye onay vermiş sayılır. İptal hakkının kullanılması hak düşürücü bir süreye tabidir. Bu sürenin geçmesi veya iptal hakkı sahibinin sözleşmeyi icazet vermesi (iptal hakkından feragat etmesi) hallerinde iptal hakkı düşer. Söz konusu sebepler, irade bozuklukları ve aşırı yararlanma (gabin) dır²⁶.

6098 sayılı Kanun'un 39'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre iradesi sakatlanan taraf, yanlışla veya aldatmayı öğrendiği veya korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde karşı tarafa yönelteceği bir beyanla sözleşmeye bağlı olmadığını, yani sözleşmenin iptal ettiğini bildirerek baştan itibaren mevcut olan hükümsüzlüğü kesin hale getirebilir. 6098 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca aşırı yararlanma sebebiyle zarara uğrayan kimse de, kanunun öngördüğü süre içinde durumun özelliğine göre edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini ya da sözleşmeyi iptal edebilir.

Sözleşmenin geçerlilik koşullarına, hükümsüzlük ve iptal edilebilirliğine ilişkin yukarıda belirtilen genel kurallar, arabuluculukta yapılan anlaşma için de geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, işçinin hak kazanıp malvarlığına dahil olan bir alacak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı bulunduğundan asgari ücret, fazla çalışma, yıllık ücretli izin gibi alacaklara yönelik yasal düzenlemelerin emrediciliğinden

²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 588-589; NOMER, s. 68.

hareketle anlaşmanın tamamen ya da bir kısmının hükümsüz olduğu kabul edilemez. Bunun dışında anlaşmanın içeriğinin ahlâka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı olması ya da muvazaaya dayanması halinde hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

Yargıtay 6325 sayılı Kanun'un 18'inci maddesine 7036 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesi ile eklenen beşinci fıkrasının “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” şeklindeki hükmünden hareketle anlaşma belgesinin iptaline karar verilmedikçe alacak veya işe iade talebiyle açılan davaların esasına yönelik inceleme yapılamayacağına karar vermiştir²⁷. Aynı kararda iptal talebinin alacak veya işe iade davası ile birlikte dava yığılması şeklinde ya da ayrı bir dava ile istenebileceği; anlaşma belgesinin iptali hususunun ön sorun olarak ele alınamayacağı belirtilmiştir. Mutlaka iki ayrı dava açılmasını gerektiren söz konusu görüşe göre alacak davasında anlaşma belgesinin iptali için açılan davanın sonucu bekletici mesele yapılacak, iptal davası sonuçlanıp kesinleştikten sonra alacak davasının esasına girilecektir. Bu durum davacının iki davanın yargılama sürecinden sonra alacağına kavuşması anlamına gelecektir. Kanımızca işçinin iki ayrı davanın yargılama sürecine ve daha fazla yargılama giderine katlanmasına yol açan bu görüş, mahkemeye erişim hakkına ve adil yargılanma ilkesine uygun düşmemektedir. Alacak veya işe iade davasında anlaşma belgesinin geçersizliğinin ön sorun olarak ele alınması için yasada bir engel bulunmamaktadır. Usul ekonomisi de geçersizliğin ön sorun olarak incelenmesini gerektirmektedir. Yargıtay'ın önceki kararlarında arabuluculuk anlaşma belgesinin irade sakatlığı ya da arabuluculuk faaliyetine ilişkin sürecin usule uygun yapılmadığı iddiasıyla geçersizliği ileri sürülerek alacak davası açılabilirliği kabul edilmiştir²⁸. Öğretide de Kanun'daki “*dava açılmaz*” ifadesinin mutlak bir yasak

²⁷ Y9HD, 30.03.2023, 1254-4821.

²⁸ Y9HD, 05.12.2022, 2021/14055-2022/15998; Y9HD, 23.12.2022, 2022/16466-2023/126; Y9HD, 17.10.2022, 8404-12594; Y9HD, 15.06.2022, 6918-7792.

olmadığı ve anlama belgesinin irade fesadı, sahtelik gibi nedenlerle geçersizliğinin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir²⁹. Bu uygulama ve kabul karşısında “arabuluculuk tutanağı iptal edilmedikçe alacak davası açılmaz” şeklindeki görüşten hareketle anlaşma belgesinin/tutanağın geçersizliğinin tespiti için ayrı bir dava açma zorunluluğundan söz edilemez.

6325 sayılı Kanun’un 18’inci maddesine 7036 sayılı Kanun’un 24’üncü maddesi ile eklenen beşinci fıkrasında yer alan “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” şeklindeki kural karşısında 6098 sayılı Kanun’un 420’nci maddesinde düzenlenen ibraya ilişkin hükümlerin emrediciliğinden söz edilerek arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali ileri sürülemez. Bu husus Yargıtay’ın bir kararında da açıkça ifade edilmiştir³⁰.

²⁹ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul, İkinci Baskı, Kasım 2019, s. 263, 266; TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, 2020, s.124; AKKAN, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, DEÜHFD, C.20, S.2, s.3, 22; KAYIRGAN, Hasan, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, 14 Kasım 2020, s. 69-70; YİĞİT, Yusuf /ÖZKIR, M. Can, “İş Hukuku Açısından Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Uygulamasına Başvurunun Hukuki Sonuçları”, Uluslararası Bilimlerde Yenilikçi Yaklaşımlar Dergisi, 2020, V. 4(3), s.86; BADUR, Emel, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.11, Aralık 2021, s.70.

³⁰ “...Davacının irade fesadına yönelik “ baskı, yıldırma ve zorlama” iddialarıyla ilgili ise ispata yönelik somut tanık anlatımları olmadığı gibi başkaca da delil sunulmamıştır. Öte yandan arabulucunun “tarafsız olmadığı” iddiası da ispatlanmamıştır. Mahkemece, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğu, ibraya ilişkin hükmün emredici nitelikte bulunduğu ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda arabulucuya gidebilecekleri hususun düzenlendiği, ibra niteliğinde belge üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durum söz konusu olmadığı, gerekçesiyle dava kabul edilmiştir. Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkansız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez. Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Y9HD, 07.02.2022, 436 -1380).

İşçi arabuluculukta yapılan anlaşmada iradesinin sakatlandığını ya da aşırı yararlanmanın söz konusu olduğunu belirterek anlaşmaya bağlı olmadığını ileri sürebilir. Söz konusu iptal hakkı, 6098 sayılı Kanunda öngörülen hak düşürücü sürelerle bağlıdır³¹. Uygulamada bazen işçi, muhasebede kendisine bazı evrakların imzalatıldığını daha sonra bunun arabuluculuk anlaşma belgesi olduğunu öğrendiğini iddia edebilmektedir. Böyle bir iddia sözleşmenin hiç kurulmadığına, yani yok olduğuna yöneliktir. Sözleşmenin yokluğunun tespit edilmesine yönelik iddianın ileri sürülmesi herhangi bir süreye tabi değildir. Hem yokluğunun tespiti hem de irade sakatlığına dayanılması halinde öncelikle yokluğun tespit edilmesi, sözleşmenin kurucu unsurları taşıdığı sonucuna varıldıktan sonra hak düşürücü süre içinde açılıp açılmamasına göre iptal talebinin incelenmesi gerekir.

Yargıtay bir kararında davacının arabuluculukta yapılan anlaşmada iradesinin söz konusu olmadığına ve iradesinin sakatlığına yönelik iddiasının araştırılmadan karar verilmesini hatalı bulmuştur. Kararın gerekçesi şöyledir: *“Davacı taraf arabuluculuk tutanağına ilişkin bir arabuluculuk faaliyetinin bulunmadığını, muhasebede bir kısım evrakların imzalatıldığını, iradesinin fesada uğratıldığını belirterek bu iddialarını ispatlayabilmek için deliller sunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı tarafça sunulan deliller toplanmadan ve davacının iradesinin fesada uğrayıp uğramadığı hususu*

³¹ “Davacı pasaportuna el konulması nedeniyle arabuluculuk tutanağını imzaladığı ve arabuluculuk görüşmesinin kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve müvekkilin kişilik haklarına aykırı olduğunu iddiasında bulunduğu, buna göre davacının Türk Borçlar Kanunu 37. maddesi kapsamında korkutma sonucu arabuluculuk tutanağını imzaladığını iddia ettiği anlaşılmaktadır. Aynı Kanunun 39. maddesinde korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamı sayılacağına düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davacının kendi beyanına göre de pasaportunun arabuluculuk tutanağını imzalaması sonrası kendisine verildiği ve dosya kapsamında bulunan Türkiye’ye giriş çıkış kayıtlarına göre davacının 02.11.2018 tarihinde Türkiye’ye giriş yaptığı sabittir. Arabuluculuk tutanağının iptaline ilişkin iş bu dava 02.03.2020 tarihinde açılmış olup Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”. (Y9HD, 07.12.2021, 5860-16271).

*araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*³².

Mülga 1475 sayılı Kanun'un 4857 sayılı Kanun'un 120'nci maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 14'üncü maddesine göre kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin sona ermiş olması şarttır. Bunun gibi yıllık izin ücretine hak kazanabilmek için de sözleşmenin sona erdirilmesi gerekir. Uygulamada bazen iş sözleşmesi sona erdirilmediği halde, çıktı-girdi yapılmak suretiyle sona erdirilmiş gibi gösterilerek işçiye kıdem tazminatı adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Yargıtay, bu tür muvazaalı işlemleri geçersiz sayarak kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeleri avans kabul etmektedir³³.

Yargıtay bir kararında iş sözleşmesi gerçekte sona erdirilmediği halde sona erdirilmiş gibi gösterilerek ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti adı altında ödeme yapılmasını içeren arabuluculuk anlaşma belgesini anılan tazminat ve alacak yönünden geçerli kabul etmemiştir³⁴. Kararda her ne kadar kavram olarak yer verilmemişse de, buradaki geçersizlik sebebinin muvazaa olduğunu belirtmek gerekir.

³² Y9HD, 03.11.2020, 5958-14477.

³³ Y9HD, 10.06.2013, 2011/2802-2013/17561; Y22HD.14.01.2016, 2015/34797, 2016/650.

³⁴ "...Somut olayda, davacı işçinin davalıya ait işyerinde 01/01/2010- 26/04/2019 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından ihtiyari arabuluculuk süreci başlatılarak düzenlenen anlaşma tutanağında davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarına karşılık toplam 30.000,00 TL ödeneceği kararlaştırılmıştır. Tutanağın düzenlendiği 20/03/2019 tarihi itibarıyla iş sözleşmesi devam eden davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı tazminat ve alacakların ödeneceğinden söz edilmesi çelişki oluşturmaktadır. Gerçekten tutanakta belirtildiği üzere 21.01.2019 günü davacının işten çıkışının, 23.01.2019 günü ise tekrar işe girişinin yapılması, bu şekilde gerçekte bir fesih işlemi olmadığı halde avans niteliğinde ödemelerin kıdem ve ihbar tazminatı olarak gösterilmesi, ayrıca iş sözleşmesi sona ermediği halde kullandırılmayan yıllık izin hakkının parasal alacağa dönüştürülmesi kanuna uygun görülemez. Belirtmek gerekir ki, gerçekte bir fesih söz konusu olmadığı halde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı adı altında bir ödemenin arabulucu önünde yapılan anlaşma ile kararlaştırılmış olması ödemenin avans niteliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde iş sözleşmesi sona ermediği halde yıllık ücretli izin hakkının arabulucu anlaşma tutanağı ile paraya tahvil edilmesi de kabul edilemez. Bu nedenle arabuluculuk tutanağının geçersiz olduğunun tespitine karar verilmelidir." (Y9HD, 07.02.2022, 2021/12911-2022/1387).

B. Arabuluculuk Son Tutanağının Temerrüde Etkisi

6098 sayılı Kanun’a göre “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, temerrüdün gerçekleşmesi için muaccel bir borcun mevcut olması, borcun vadesinin gelmiş olması veya borçluya ihtar çekilmiş olması gerekir. Vade, sözleşmenin taraflarının ortak iradesi ile ya da daha sonraki bir tarihte taraflardan birisinin sözleşme ile kendisine tanınan bir hakka dayanarak yaptığı bildirimle belirlenebilir. Borçlu borcunu belirlenen vade tarihinde ödemezse, alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer. İfasında gecikilen borç için daha önce vade kararlaştırılmamış veya sözleşmede taraflardan birine muacceliyet bildiriminde bulunması hakkı tanınmamışsa, temerrüt için alacaklının borçluyu ihtarla temerrüde düşürmesi gerekir³⁵. İhtarla yapılan bildirim için özel bir şekil şartı öngörülmüş değildir. Örtülü bir şekilde veya karşı tarafta kanaat uyandırıcı davranışlarla da bildirimin yapıldığı kabul edilebilir. Bununla birlikte bildirimin muacceliyet tarihinden sonra yapılması ve açıklanan iradenin anlaşılabilir olması gerekir³⁶. Alacaklının ihtarla borçluyu temerrüde düşürmeyi amaçlamış olması gerekir. Bu sebeple “borcunuzu ödeyin” ibaresini içermesi, yani edimin yerine getirilmesinin belirtilmesi yeterlidir. Yargıtay’ın bazı daireleri, para borçlarına ilişkin ihtarla miktar gösterilmesi gerektiği

³⁵ TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, Mart 2016, s. 402-403.

³⁶ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 403.

görüşündedir³⁷. Buna karşılık Yargıtay'ın iş hukuku uyuşmazlıklarına bakan 9.Hukuk Daireleri işverenin ihtarnamesinde talep ettiği alacakların miktarını işverenin bildiği ya da bilmesi gerektiği gerekçesi ile ihtarda miktar gösterilmesinin gerekmediğine karar vermiştir³⁸.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, dava şartı arabuluculukta dava açan işçinin arabuluculuk sürecini başlattığı ve müzakere konusu yaptığı işçilik alacaklarını talep ettiğini kabul ederek arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren işverenin temerrüde düştüğüne ve bu tarihten itibaren faiz istenebileceğine karar vermiştir³⁹. Kararda şu gerekçelere yer verilmiştir: *“Dairemizin yerleşik uygulaması uyarınca, işçi muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ihtarname ile işvereni temerrüde düşürebilir. Söz konusu ihtarnamede alacak miktarlarının belirtilmesi gerekmez. Dava tarihinden önce yürütülen arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma yapılamadığına dair düzenlenen son tutanak bu bağlamda değerlendirildiğinde dava konusu alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk aracılığıyla talep edilmesi karşısında davalı işverenin arabuluculuk son tutanak tarihi itibariyle temerrüde düştüğünün kabulü gerekmektedir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dolayısıyla mahkemece fark ikramiye alacağına ilişkin arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. ...”*⁴⁰.

Kanımızca Yargıtay'ın bu uygulaması, işçinin işvereni temerrüde düşürmek amacıyla gönderdiği ihtarda miktar belirtilmesini aramayan görüşüne de uygun düşmektedir. Dava şartı arabuluculukta işçi, muaccel olan alacaklarının arabuluculuk sistemi içinde anlaşma yoluyla ödenmesini

³⁷ Y15HD, 05.12.2011, 812-7157.

³⁸ Y9HD, 07.11.2019, 2015/30647-2019/19363;Y7HD, 28.04.2014, 1590-9430.

³⁹ Y9HD, 17.02.2022, 625-1878.

⁴⁰ Aynı yönde bkz.Y9HD, 21.03.2022, 3222-3813.

istemesi 6098 sayılı Kanun'un 117'nci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ihtar yerine geçer. Anılan düzenlemede yer alan ihtar için herhangi bir şekil şartının öngörülmediği yukarıda belirtilmişti.

C. Arabuluculuk Ücretinin Yargılama Gideri Olarak Değerlendirilmesi

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ondördüncü fıkrasında dava şartı olarak arabuluculukta arabuluculuk ücretine ve yargılama giderine ilişkin önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır”*. Buna göre, öncelikle arabuluculuk ücreti Tarifeye göre belirlenmelidir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenecek, iki saati aşan kısma ilişkin ücret ise aksi kararlaştırılmamışsa taraflarca eşit şekilde karşılanacaktır. Gerek Adalet Bakanlığınca ödenen gerek taraflarca karşılan ücret yargılama giderlerinden sayılacaktır.

Yukarıda belirtilen açık yasal düzenleme karşısında arabuluculuk ücreti harç gibi değerlendirilerek taraflardan birisinin harçtan muaf olup olmamasına göre sorumluluk belirlenemez. Yargıtay bir kararında konuyu şu şekilde ifade etmiştir: *“Somut uyuşmazlıkta, tarafların zorunlu*

arabuluculuk kapsamında arabuluculuk faaliyetinde bulundukları ve sürecin sonunda anlaşılmadıkları görülmektedir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda arabuluculuk masrafının davalının harçtan muaf olduğu gerekçesiyle hazine üzerinde bırakılmasına karar verilmiş ise de yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca arabuluculuk giderinin yargılama gideri olduğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılama giderlerinden sorumluluk başlıklı 326. maddesinin 1. fıkrasına göre yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınması gerektiği dikkate alındığında arabuluculuk masrafının yazılı şekilde hazine üzerinde bırakılması hatalıdır”⁴¹.

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin onikinci fıkrasında da “dava şartı olarak arabuluculuk” müessesine işlerlik kazandırmak için yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu fıkra göre “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır”. Burada önemli olan husus bir tarafın ilk toplantıya mazeretsiz olarak katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sonlandırılmasıdır. Bu durumda yargılama sonunda haklı çıksa bile lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği gibi, yargılama giderlerinin tamamından da sorumlu tutulacaktır. Her iki tarafın mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmaması halinde ise, yaptıkları yargılama giderleri üzerlerinde bırakılacaktır. Maddenin

⁴¹ Y9HD, 09.12.2021, 12173-16348; Aynı yönde, Y9HD, 09.03.2022, 2200-2961.

gerekçesinde düzenlemenin amacı şöyle açıklanmıştır: “Bu müesseseden amaç, işçi ve işveren tarafın bir masa etrafında biraraya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanmasıdır. Davet edilen tarafın kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını hesap ederek masaya ve görüşmelere gelmekten kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltacak ve umulan sosyal menfaatin elde edilememesine sebep olacaktır. Arabuluculuk kurumunun geliştiği ülkelerde kendini haklı görerek müzakere masasına gelmeyen tarafa bazı müeyyideler getirilerek arabuluculuk kurumu teşvik edilmiş ve desteklenmiştir. Bu kapsamda onikinci fıkra ile, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtileceği ve bu tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edileceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmeyecektir”.

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere arabuluculuk faaliyetinin taraflara ulaşamaması nedeniyle sona ermesi halinde onikinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanmayacaktır. Tarafların toplantıya katılmaları, görüşmelerin yapılması ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varmaları ya da varmamaları halinde de söz konusu yaptırımın uygulanması mümkün olmayacaktır. Uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi durumunda arabulucu tarafından ortaya konan durum öncelikle mahkemece denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihai karar mahkeme tarafından verilecektir. Arabulucu tarafından geçersiz görülen mazeretin mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde uyuşmazlık yeniden arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır. Ayrıca bu durumda onikinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanmamalıdır⁴².

⁴² Bkz. 7036 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin onikinci fıkrasının gerekçesi.

SONUÇ

Ülkemizde dava şartı olarak arabuluculuk kurumun ilk kez iş hukuku uyuşmazlıkları için öngörülmüştür. İş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklar da iş hukuku uyuşmazlıkları içerisinde yer almakla birlikte kanun koyucu tarafından bilinçli olarak dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmamışlardır.

Yargıtay uygulamasına göre dava şartı olarak arabuluculuk 6100 sayılı Kanun'un 115'inci maddesi çerçevesinde dava açıldıktan sonra yargılama sırasında tamamlanabilecek şartlarından değildir. Bu nedenle söz konusu şartın eksikliği halinde davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Yargıtay'a göre arabuluculuk sistemi içinde düzenlenen anlaşma belgesi niteliği itibariyle borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu nedenle bir özel hukuk sözleşmesinde bulunması gereken kurucu unsurlarının mevcut olması ve geçerlilik koşullarının bulunması gerekir. Geçersizlik sebeplerinin bulunması halinde taraflar sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecekleri gibi, irade sakatlığına dayalı olarak geçersizliğine karar verilmesini de isteyebilirler. İrade sakatlığı veya aşırı yararlanmadan dolayı iptal isteme hakkı kanunda öngörülen hak düşürücü sürelerle bağlıdır.

Yargıtay dava şartı arabuluculukta anlaşma yapılamadığına dair düzenlenen son tutanağın tutanakta belirtilen alacaklar bakımından işverenin temerrüdüne yol açtığını kabul etmektedir. Bu içtihadın Yargıtay'ın işvereni temerrüde düşürmek için işçi tarafından gönderilen ihtarda miktar belirtilmesine gerek bulunmadığını belirten diğer içtihatlarıyla uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

AKKAN, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, DEÜHFD, C.20, S.2.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2022.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 4.Bası, Ankara 2021.

BADUR, Emel, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.11, Aralık 2021.

BORA, Özlem, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2020.

EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.Baskı, İstanbul 2019.

ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Banu, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.52, 2016, 1861-1911.

ERTÜRK, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2019.

GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2022.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013.

KAYIRGAN, Hasan, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Tutanaklarının İrade Fesadı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, 14 Kasım 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, /ARPACI, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 7.Bası, İstanbul 2017.

KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018.

NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, İstanbul 2017.

OKUR, Zeki, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, 2. Baskı, Adana 2019.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 13.Bası, Ankara, 2012.

ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Yargılaması”, İÜHFM, 1976, C.42, S.1-4, 377-421.

TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S.64, 2006.

TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk 86325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde) Ankara, 2012.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul Mart 2016.

YİĞİT, Yusuf /ÖZKIR, M. Can, “İş Hukuku Açısından Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Uygulamasına Başvurunun Hukuki Sonuçları”, Uluslararası Bilimlerde Yenilikçi Yaklaşımlar Dergisi, 2020, V. 4(3).

ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, Terazi Hukuk Dergisi, c. 13, S. 138.

ERDOĞAN, Canan/TİRİTOĞLU ERSOY, H.Hilal, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, Nisan 2022, 53-93.

GEÇMEZ, Taha Polat, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2020.

TİCARİ DAVALARDA ARABULUCULUK UYGULAMASI TARTIŞMALARI

*İlker KOÇYİĞİT**

A- Genel Olarak

Arabuluculuğun terim olarak sözlük anlamı, şahıslar veya taraflar arasındaki uyuşmazlıkları giderme, anlaşmalarını sağlama işidir. Arabulucu kelimesi ise, kişiler veya taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermeye, bir anlaşma noktası bularak tarafları uzlaştırmaya çalışan kimse anlamında kullanılmaktadır. Arabuluculuk ve uzlaştırma kelimeleri Türkçe 'de eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹. Ancak bu iki kelime çoğunlukla aynı anlamı ifade etmek için kullanılsa da arabuluculuk terimi özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin süreç için uzlaştırma terimi ise ceza hukukuna ilişkin süreci ifade etmek için kullanılır. Arabuluculuk terimi, arabuluculuk faaliyetine ilişkin tüm süreci ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Arabulucu terimi ise arabuluculuk sürecine katılan, uyuşmazlığın tarafları dışında süreci yöneten ve tarafların uyuşmazlıkla ilgili anlaşmalarına katkı sunan kişiyi ifade etmek için kullanılan bir terimdir.

6325 sayılı HUAK'nın 2. maddesi, 1.fıkrası, (b) bendi ile arabuluculuk tanımı yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre 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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Yine 6325 sayılı HUAK'nın 2. maddesi,

* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Başkanı

¹ Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, s10.

1.fıkrası, (a) bendi ile arabulucu tanımı yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre arabulucu: arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir.

Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşturmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü, bir başka ifadeyle ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka deyişle, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez².Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bu iletişimin pekiştirilmesi suretiyle, birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri sağlanır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir³. Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlık çözümünde iradilik esastır. Taraflar sürecin başlatılması, devamı ve anlaşıp anlaşmama konusunda tamamen serbesttir. Tarafların ortak iradeleri ile ve birlikte verecekleri kararla süreç, başlatılabilir, yürütülebilir ve sonlandırılabilir. Süreçte uygulanacak usul ve sürece katılacakların belirlenmesinde de taraf iradeleri esas alınır. Geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre çok kısa bir süre içinde ve esnek bir süreç sonunda daha çok da menfaat temelli bir anlaşma ihtimali yüksektir. Dava ve tahkimde taraflar iddia ve savunmaları ile bağlı olup, yargılamanın belli bir kesitinden sonra yeni iddia ve savunma dayanağı vaka getiremedikleri halde, arabuluculuk sürecinde her zaman yeni vakıaların ileri sürülmesi, talep sonucunun değiştirilmesi, talep

² Koçyiğit/Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s.14.

³ Koçyiğit/Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s.14.

sonucuna eklemeler yapılması mümkündür. Diğer yandan arabuluculuk sürecinde yargılama yapılmadığı için ispat faaliyetinde bulunulması, delil sunulması gerekmez. Ancak sürecin her aşamasında taraf iradeleri egemen olduğu için yargısal faaliyet kapsamında kalmamak şartı ile bir uzmandan görüş alınması mümkündür.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisidir. Alternatif çözüm yolları sadece arabuluculuk ile sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözeterek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir. AUÇ yollarının belli başlı olanları, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, uzlaştırma ve arabuluculuktur⁴.

Anayasa Mahkemesine göre, 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 nitelendirilebilir⁵.

Ülkemizde hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin kanunlaşma süreci ile ilgili çalışmalar özel hukuk alanında temel kanunlarla ilgili çalışmaların yoğunlaştığı 2010'lu yıllara rastlamaktadır. 2010'lu yıllarda TTK, TBK, HMK kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir. HMK ile birlikte arabuluculuk tartışılmaya

⁴ Koçyiğit/Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s.10.

⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 (RG. T/ 25.01.2014, S/ 28893).

başlanmıştır. 7 Haziran 2012 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve 22 Haziran 2012’de Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Kanun’un yayımı tarihinden itibaren bir yılı içinde yürürlüğe girmiştir (HUAK m. 37/1/b). Kanun yürürlüğe girdikten sonra bazı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. HUAK’nın yürürlüğe girmesinden sonra kanunun uygulanmasına ilişkin 26.1.2013 tarihli 28540 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği yürürlüğe girmiş ancak 2.6.2018 tarihli 30439 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılarak yeni yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında arabuluculuk Kanunu ile öncelikle ihtiyari arabuluculuk başlamıştır. Ancak arabuluculuk sürecinin başlatılması konusundaki sorunların aşılammaması ve özellikle Kıta Avrupa’sındaki iyi uygulamalar dikkate alınarak özü itibari ile yine bir ihtiyari arabuluculuk olan dava şartı arabuluculuk uygulamaları başlamıştır. Dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasındaki tek fark arabuluculuk sürecinin başlatılması noktasında toplanmaktadır. İhtiyari arabuluculukta, sürecin başlatılması, sürdürülmesi ve sonlandırılmasında taraf iradeleri esastır. Dava şartı arabuluculuk da ise uyuşmazlıkla ilgili dava açmadan önce arabuluculuk bürolarına tek taraflı bir başvuru ile arabuluculuk süreci başlatılmakta olup, sürecin devamı ve sonlandırılmasında yine taraf iradeleri esastır.

Arabuluculuk süreci bir yargılama faaliyeti değildir. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (HUAK m. 15/4). Bu sebeple arabuluculuk sürecinde tanık dinlemez, keşif yapılamaz, bilirkişi incelemesine karar verilemez, yemin yaptırılamaz. Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler (HUAK m.15/2). Taraflarca

arabuluculuk sürecine ilişkin usul serbestçe kararlaştırılabileceğinden yargısal faaliyet oluşturmamak kaydı ile süreçte tarafların ortak kararı ile uzman görüşünden yararlanılması amacı ile bir uzmanın dinlenilmesi, uzman görüşü alınması mümkündür.

Arabuluculuk süreci sonunda mutlaka sürecin anlaşma ile sonuçlanması şart değildir. Süreç sonunda anlaşma gerçekleşmezse, anlaşamama tutanağı düzenlenir. Anlaşma halinde ise tarafların iradeleri esas alınarak bir anlaşma tutanağı düzenlenir. Özellikle dava şartı kapsamında kalan uyuşmazlıklarda, dava açıldıktan sonra dava şartının sağlanıp sağlanmadığı hususu arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşamama tutanağı esas alınarak değerlendirileceğinden, anlaşmama tutanaklarının düzenlenmesinde arabulucu tarafından özel bir hassasiyet gösterilmelidir. Dava yığılması ve dava arkadaşlığı gibi birden fazla davanın bulunduğu uyuşmazlıklarda, anlaşamama tutanağına her bir dava ayrı ayrı yansıtılmalı, anlaşamama tutanağı bu hususları içerecek şekilde düzenlenmeli ve taraflar bu konuda bilgilendirilmelidir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz (HUAK m. 18/5). Taraflar arasında kısmen anlaşma gerçekleşmiş ise anlaşma kapsamında kalan hususlarla ilgili dava açılabilecektir. Yine aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı olan birden fazla tarafla arabuluculuk süreci yürütülmüş ve süreç sonunda taraflardan birkaçı ile anlaşılammış, bir kaçı ile anlaşılmış ise anlaşılammayan taraf aleyhine dava açılabilecektir. Diğer yandan süreçte iradesi sakatlanan taraf anlaşma tutanağının iptali için, koşulları varsa irade sakatlığı sebeplerine dayanarak dava açabilecektir.

B- Dava Şartı Arabuluculuk

7036 sayılı İş mahkemeleri Kanun'un arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra bu alandaki başarılı uygulama dikkate alınarak ve 7036 sayılı Kanun'un 3 üncü

maddesine benzer bir düzenleme yapılmış ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20 inci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi uyarınca 1.1.2019 tarihi itibarıyla Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ve 6325 sayılı HUAK'nın 18/A, 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, ticari davalarda, dava açmadan önce adliye arabuluculuk bürolarına başvuru yapılması tek başına dava şartını sağlamaz. Dava şartının sağlanmış kabul edilebilmesi için, arabuluculuk bürosuna başvuru yapılmış olması, büro tarafından atanan arabulucu katılımı ile sürecin yürütülmesi ve sürecin uyuşmazlık konusu ya da konuları bakımından anlaşmazlık ile sonuçlanması gerekir.

7036 sayılı İş mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren uyuşmazlıkları bakımından kabul edilen ve 1 Ocak 2018 tarihinden bugüne kadar uygulanan “dava şartı arabuluculuk” kurumunun uygulamada sağladığı başarı ve toplumsal barışa katkıları göz önünde bulundurularak bu kurumun ticari uyuşmazlıklara da teşmil edilmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır⁶. Düzenleme ve genel gerekçeye baktığımızda kanun koyucunun, 2018 yılının başından beri iş mahkemelerinde açılan davalarda, dava şartı arabuluculuk uygulamalarındaki yüksek anlaşma oranlarını ve iyi uygulamaları dikkate alarak tüm ticari uyuşmazlıkları (ticari davaları) kapsayacak şekilde bir düzenleme yapmak isteği ortaya çıkmaktadır.

TTK 5/A maddesi, 1 inci fıkrasına göre, 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.

⁶ 7155 sayılı Kanun genel gerekçesi.

Ancak dava şartı olarak düzenlenen TTK 5/A maddesi ile ilgili değerlendirmeler yapılırken, “davadan önce arabulucuya başvuru yapıp sürecin anlaşmazlıkla sona ermesi” hususunun dava şartı olarak kabul edilmesi sebebi ile arabuluculuğa ilişkin evrensel ilkelerin ve 6325 sayılı HUAK düzenlenmelerinin de dikkate alınması gerekir. Ticari davaların tümü için dava şartı arabuluculuk getirilmemiştir. Ticari davalardan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklara (sübjektif hak uyuşmazlıkları) konu olanlar yani arabuluculuğa elverişli olanlar kapsama alınmıştır. Bu husus TTK 5/A maddesinde biraz farklı ve tartışmalara yol açacak şekilde, ancak esas itibari ile “konusu bir miktar para ödenmesine” şeklinde ifade edilmiştir.

TTK 5/A maddesi ile tüm ticari uyuşmazlıklar kapsama alınmamıştır. Sadece TTK’nın 4 üncü maddesi ve diğer özel kanunlarla ticari dava olarak belirlenen özel hukuk uyuşmazlıkları kapsama alınmıştır. Ticari uyuşmazlık kavramının kapsamı, ticari davaya göre daha geniştir. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş (TTKm.3) olup, aynı zamanda ticari işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticari uyuşmazlıklardır. Ancak her ticari iş, ticari dava değildir. Bir uyuşmazlığın ticari dava olarak kabul edilebilmesi için o uyuşmazlığın TTK’nın 4. maddesi ile belirlenen unsurları taşıması ya da özel kanunlara göre ticari dava olarak belirlenmiş olması gerekir.

TTK 5/A maddesi ile tüm ticari davalar da kapsama alınmamıştır. Ticari davalardan sadece konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında açılacak davalar kapsama alınmıştır. Düzenlemenin bu kısmı sorunlu bir düzenlemedir. Düzenlemeye ilişkin 7155 sayılı Kanun’un madde gerekçesine baktığımızda bir açıklık yoktur⁷.

⁷ Maddeyle, 612 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen davalardan, konusu bir miktar para ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok kısa süre içerisinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi amaçlanmaktadır (7155 sayılı Kanun 20. madde gerekçesi).

Gerekçe madde metnin tekrarından ibarettir. Ancak madde metni ile isabetli olarak hem uyuşmazlık konusuna vurgu yapılmış, hem de dava açılması halinde gündeme gelecek talep sonucuna ilişkin kavramlar “tazminat” ve “alacak” ifadelerine yer verilmiştir. Dava şartına ilişkin düzenleme ile ticari davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu getirilmekle, davaya ilişkin kavramların metin içinde yer alması uygun olmamıştır. Dahası bu yönde düzenleme yapılması düzenlemenin kapsamının belirlenmesi bakımından tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi uyarınca 1.1.2019 tarihi itibarıyla Türk Ticaret Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ticari davalarla ilgili dava şartı arabuluculuk düzenlemesi yapılırken, 7036 sayılı İş mahkemeleri Kanunun 3. maddesindeki düzenleme esas alınmıştır. Ancak ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin TTK’nın 5/A maddesi düzenlemesi ile öncelikle uyuşmazlığın konusuna vurgu yapılarak “*konusu bir miktar paranın ödenmesi*” kelimeleri yer alacak şekilde düzenleme yapılması ile yetinilmesi gerekirken gereksiz ve değişik şekilde yorumlanmaya yol açacak şekilde düzenleme içinde “*alacak ve tazminat*” kelimelerinin kullanılması doğru olmamıştır. Yapılacak bir kanuni değişiklik ile bu yöndeki tartışmaları sona erdirecek şekilde madde yeniden düzenlenmelidir.

TTK’nın 5/A maddesi düzenlemesi gereğince, hangi ticari davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı hususu, düzenlemenin yürürlüğe girdiği günden bu yana tartışmalıdır. Tartışmaların bir kısmı bu düzenlemenin yapılış şekline bir kısmı ise

uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilmesine ilişkin önceki tartışmalardan kaynaklanmaktadır. Uygulaması oldukça fazla ve güncel olan bazı dava türlerine ilişkin tartışmalar ile bazı usul sorunlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

I- Menfi Tespit davaları

Ticari davaları ilişkin dava şartı arabuluculuk kapsamının belirlenmesi yönünden en çok tartışılan dava türlerinin başında menfi tespit davaları gelmektedir. TTK'nın 5/A maddesinin sorunlu düzenlemesi nedeni ile menfi tespit davalarının kapsamda kalıp kalmadığının tespiti pek de kolay değildir.

Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven'e göre, bir talep veya uyuşmazlık; iş veya ticaret hukuku alanında değilse, bu alanlarda da alacak ve tazminat (iş uyuşmazlıklarda ayrıca işe iade) ile ticari uyuşmazlıklarda para şeklindeki alacak talebini içermiyorsa bu günkü düzenlemeler karşısında zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilemez⁸.

Albayrak/Koçyiğit'e⁹ göre ise, menfi tespit davalarının alacak davası olmadığı ve dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı görüşü ileri sürülmektedir. Ancak TTK'nın 5/A maddesi ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri düzenlemesi ile uyuşmazlığın konusuna vurgu yapılmakla, talep sonucuna bakılmaksızın bu uyuşmazlıkların bir miktar para alacağına ilişkin olması halinde dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir¹⁰.

⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s.136.

⁹ Albayrak/Koçyiğit, Sorularla Arabuluculuk Sınavına Hazırlık, Adalet Yayınevi, Ankara-2019, s.222.

¹⁰ Benzer görüş; Bkz. Nesibe Kurt Konca. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, Sayı:225,Aralık 2018; Prf. Dr. Mustafa Topaloğlu, Ticari İşlerde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Antalya Barosu- Ticaret Ve İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Etkili Taraf Avukatlığı Konferansı-05.01.2019 –A.Ü. Hukuk Fakültesi Antalya. PP Sunum, 22. slayt); Börü/Koçyiğit, Ticari Dava, Adalet Yayınevi, Ankara-2021,s.522,523.

Yılmaz'a göre, TTK m.5/A-f.1'in kapsamına, yalnızca alacağın ya da tazminatın ödenmesinin doğrudan talep edildiği eda davaları girmemektedir. Hükümdeki *"konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında"* ifadesi, talep edilen hukuki korumaya göre davaları sadece eda davası ile sınırlamamakta; aksine davanın isminden ve türünden bağımsız olarak, belirli bir miktardaki alacağın ya da tazminatın ödenmesi ile doğrudan ya da dolaylı ilgisi bulunan her türlü ticari davayı, dava şartı arabuluculuğa tabi kılmaktadır. Bu bağlamda ilamsız icra takibinin itiraz sonucu durması üzerine, takibin devamı için açılacak olan ticari nitelikteki itirazın iptali davası, alacağın varlığı veya yokluğuna ilişkin belirlemeyi içerdiğinden, TTK m.5/A uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olmalıdır¹¹.

Ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklara ilişkin bölge adliye mahkemeleri uygulamasında ise, menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığına yönelik tartışma ve farklı uygulamalar vardır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. HD'si. 23.05.2019 tarih ve E: 1339, K: 1095 sayılı kararı ile *".....Ancak sadece konusu "bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin davalar" yasa kapsamında görüldüğünden menfi tespit davasının bu kapsama dahil olup olmadığına da açıklık getirilmesi gerekir; İİK 72. Maddesine göre " borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını tespit için menfi tespit davası açabilir" tedbir alınmadığı için borç ödenmişse istirdat davası olarak devam olunur. Menfi tespit davası karşı tarafın potansiyel alacak iddiası ile bir takip başlatma veya dava açma tehdidini etkisiz kılmaya veya dava açılmışsa borcun ödenmesini önlemeye yönelik olduğundan ara buluculuk şartı öngören yasa anlamında davanın konusunun bir para alacağı olduğu açıktır. Bu alacağın hangi tarafa ait olduğunun önemi yoktur. Yasanın konusu bir miktar para olan*

¹¹ Yılmaz, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2018, s236.

borç ilişkisinin taraflarından birini ara buluculuğa tabi kılarken diğer tarafı buna dâhil etmemiş olması yasanın amacına ve menfaatler dengesine aykırı olurdu. Çünkü alacak davası da, menfi tespit davası da maddi hukuk bakımından taraflarından birinin yükümlülüğünün para borcu olduğu bir tek hukuki ilişki olmasına rağmen usul hukuku bakımından aynı borç için alacaklıya alacak davası açma, borçluya ise söz konusu borcu ödemededen kurtulmasına imkân veren menfi tespit davası açma, ayrıca bütün bunların dışında da açılacak alacak davasında savunma içinde borçluya savunma kapsamında alacağın bulunmadığını kanıtlama hakkı tanınmıştır. İlk derece mahkemesince yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeler kapsamında 6102 sayılı Kanun'un 5/a maddesi gereğince özel dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine dair verilen kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Davacı bu kısım itibarıyla istinaf talebinde haklı değildir.....” şeklinde karar vererek menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığını kabul etmiştir¹².

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD'si ise 21.03.2019 tarih ve E: 521, K: 423 sayılı kararı ile “...Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticei talep esas alınarak belirlenir. Neticei talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır.

¹² Benzer görüşte: Erzurum BAM 3. HD'nin. 27.03.2019 tarih ve E:2019/531, K:549 sayılı Kararı(Yayınlanmamıştır); Adana BAM 9. HD'nin. 17.05.2019 tarih ve E:274, K:605 sayılı Kararı(Yayınlanmamıştır); İstanbul BAM 19. HD'nin 28.6.2019 tarih ve E:1734, K:1521 sayılı Kararı(Yayınlanmamıştır); İstanbul BAM 3. HD'nin 30.5.2019 tarih ve E:1027, K:948 sayılı Kararı(Yayınlanmamıştır).

Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır...” şeklinde karar vererek menfi tespit davalarının arabuluculuğa elverişli olup dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı görüşündedir¹³.

Bölge adliye mahkemeleri arasında TTK'nın 5/A maddesinin kapsamının belirlenmesi konusundaki farklı uygulamalar devam etmektedir. Ancak bazı yer bölge adliye mahkemelerinin ise görüş değiştirdiği gözlenmektedir. Bölge adliye mahkemeleri arasındaki uygulama farklılığının giderilmesi amacı ile 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/1 inci fıkra, 3 üncü bendi gereğince Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nca, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 esas ve 2019/605 karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi'nin 2019/1339 esas ve 2019/1098 karar, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nin 2019/851 esas ve 2019/1045 karar, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 esas ve 2019/549 karar sayılı kararları ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2520 esas ve 2019/2418 karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1509 esas ve 2019/1299 karar, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/1998 esas ve 2019/2013 karar sayılı kesin kararları arasında ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarında arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı

¹³ Benzer görüş: İstanbul BAM 19. HD'nin 23.5.2019 tarih ve E:1509, K:1299 sayılı Kararı(Yayınlanmamıştır).

yönünden uyuşmazlık bulunduğu, Başkanlar Kurulu'nda yapılan görüşmeler neticesinde çoğunluk görüşünün ticari nitelikteki menfi tespit davalarının arabuluculuk dava şartına tabi olduğu yönünde ortaya çıktığı bildirilerek çoğunluk görüşü doğrultusunda uyuşmazlığın giderilmesi talep edilmiştir.

Yargıtay 19. HD'ce 2020/237 E, 2020/805 K ve 04.06.2020 tarihli kararla “...*Dairemizin 2020/85 esas ve 2020/454 karar sayılı ve 13.02.2020 tarihli kararı ile 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'na eklenen 5/A maddesi gereğince TİCARİ NİTELİKTEKİ MENFİ TESPİT DAVALARINDA DAVA AÇILMADAN ÖNCE ARABULUCULUĞA GİDİLMESİNİN ZORUNLU OLMADIĞINA VE ARABULUCUYA GİDİLMİŞ OLMASININ BİR DAVA ŞARTI OLMADIĞINA, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiş olduğundan aynı nitelikteki uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına ve ancak tüketici mahkemelerinde görülen davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83/2 hükmü uyarınca ticari dava olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermek gerekmiştir...*” şeklinde karar verilerek menfi tespit davalarının dava şartı arabulucuk kapsamında kalmadığına karar verilmiştir¹⁴.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesince¹⁵ verilen bir kararda, konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin menfi tespit davalarının, TTK'nın 5/A maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığına

¹⁴ Aynı yönde: Yargıtay 19. HD'nin 2020/85 E, 2020/454 K, 13.02.2020 tarihli kararı.

¹⁵ Menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığına tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığına tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığına tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de..... (Yargıtay 11. HD, 2019/3048 Esas, 2020/1093 Karar ve 10.2.2020 tarihli Kararı).

karar verilmiş iken bu görüşten dönülerek menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı yönünde kararlar verilmiştir¹⁶.

TTK'nın 5/A maddesi düzenlemesinin, usul hukukuna ilişkin düzenleme olduğu tartışmasızdır. Her ne kadar düzenleme TTK'da yer almakta ise de, ticari davalarda, dava öncesi arabuluculuğa başvuru dava şartını düzenlemektedir. Düzenlemenin uygulanmada değişik şekillerde yorumlanarak uygulandığı, kapsamın belirlenmesi bakımından doktrince değişik görüşlerin ileri sürüldüğü de bir gerçektir. Bu durum ve özellikle düzenleme de geçen kelimelerin birbirleri ile çelişkili olması karşısında, kanun koyucunun gerçek niyetinin anlaşılabilmesi için düzenlemenin yoruma ihtiyacı vardır.

Usul kurallarının yorumlanabileceği doktrinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz'a göre, usul kuralları da maddi hukuk kuralları gibi yoruma ihtiyaç

¹⁶ Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığına tespiti talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığına tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığına tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığına tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında **menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de..** (11.HD,: 2019/3048 E, 2020/1093 K, 10.2.2020).

7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'ya eklenen dava şartı olarak arabuluculuk başlıklı 5/A maddesinde; "(1) Bu Kanun'un 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." düzenlemesi getirilmiştir. Madde metni herhangi bir tereddüde ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde açık yazılmıştır. TTK'ya 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. Hal böyle iken, menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK'nın 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmayla zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan da Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak **menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır....** (11.HD, 2020/3244 E, 2021/5698 K, 23.9.2021)

gösterebilmektedir. Bu konuda maddi hukukta kullanılan yorum yöntemleri geçerlidir. Bu anlamda kanun metnine bağlı kalınarak yapılan sözel (lafzi) yorum, amaca yönelik yorum, sistematik yorum ve tarihsel yorum (yasama yorumu) yöntemleri kullanılmaktadır¹⁷. Pekcanitez'e göre ise, usul kanunlarının kuralları bazen eksik, kapalı ya da çelişkili olabilir. Kanun koyucunun amacı bu nedenle anlaşılmayabilir. Bu anlaşılmayan kanun hükümleri yorum yolu ile düzelterek kanun boşluklarının doldurulması hâkimin görevidir. Yorum konusunda öncelikle lafzi yorum uygulanacaktır. Lafzi yorum ile kanun koyucunun kullandığı kelimeler esas alınarak yorum yapılır. Bu şekilde hükümlerin anlamları tespit edilmeye çalışılır. Ancak kanunun kullandığı kelimelerden açık bir anlam çıkarılamıyorsa ya da bu amaca aykırı bir sonuç veriyorsa diğer yorum kurallarının uygulanması gerekir. Sadece kanunun kullandığı kelimelere bakılarak amaca ve işin niteliğine uygun düşmeyen yorum usulü artık terk edilmiştir. Medeni usul hukukunun şekli bir hukuk olması, yorum gerektiren konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin dar yorumlanmasını gerektirmez. Aksine, yorum yapılırken geniş bir yorum yapılması lazımdır. Çünkü ancak bu yolla amaca uygun doğru yorum yapılabilir¹⁸.

TTK m.5/A maddesi ile ilgili olarak, kelimeler esas alınarak ve lafzi yorum yöntemini kullanarak sonuca gidilmesi mümkün değildir. Bu durumda amaçsal yorum yöntemi ile kanun koyucunun asıl amacının ortaya çıkarılması gerekir. Kanun koyucunun asıl amacının, iş uyuşmazlıklarına ilişkin başarılı dava şartı uygulamasını dikkate alarak, tarafların üzerinde serbestçe taraf edebileceği tüm ticari davaları kapsama almak olduğu genel gerekçeden açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu durum karşısında düzenlemenin, konusu para alacağı olan ve çoğunlukla alacak ve/veya tazminat talepli açılan, ancak

¹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, s.64.

¹⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s.71,72,73.

bunların dışında kalan tüm konusu bir miktar para ödenmesi olan uyuşmazlıkları kapsama aldığıın kabulü gerekir.

II- İtirazın İptali Davaları

Ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı konusunda yargı uygulamasında nerede ise tam bir görüş birliği olduğu halde, bazı usul hukukçularınca bu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı ileri sürülmüştür¹⁹.

Yargıtay'a göre ise, ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngören 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin para alacağının tahsilini amaçlayan uyuşmazlıklar hakkında tarafların serbestçe tasarruf etme imkânına sahip olduğu gözetilerek bu uyuşmazlıkları bir alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçladığı, bu şekilde daha az zaman, daha az emek ve masrafla alacağın tahsili amacına ve tarafların alacak miktarı üzerinde serbestçe anlaşılabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davaları, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır²⁰.

¹⁹ Prf. Dr. Süha Tanrıver; Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, 2020 Mart-Nisan, Yıl:32, s:123; Benzer görüş; Doç. Dr. İbrahim Ermenek/Arş. Gör. Betül Azaklı Arslan, İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBBD, 2020, S. 148, s. 154 – 160.

²⁰ Yargıtay 23. HD, 2020/1943 E, 2020/4052 K, 04.12.2020 tarihli kararı; Aynı yönde; ...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalarda, arabuluculuğun dava şartı olarak belirlendiği, HMK'nın dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinde arabuluculuk sürecine ilişkin hükümlerin belirtildiği, somut olayda davacının dava açıldıktan sonra 22.03.2019 tarihinde arabulucuya başvurduğu, davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu, davadan önce bir başvuru yapılmadığı, Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A-2/son maddesinde dava dilekçesinin davalı tarafa tebliğ edilmeksizin davanın reddine karar verileceğinin düzenlendiği, (11.HD, 2020/4497 E, 2021/6897 K, 17.12.2021).

III- Kayıt Kabul Davaları

Sıra cetveline itiraz davası İcra ve İflâs Kanunu'nun 235'inci maddesinde düzenlenmiştir. Alacaklının, talebinin haksız olarak ret veya tenzil edildiği iddiası ile iflâs masasına veya alacağının miktar veya sırasına itiraz ettiği alacaklıya karşı asliye ticaret mahkemesinde açtığı dava sıra cetveline itiraz davası olarak nitelendirilir (İİK m. 235/II). Bu davaya uygulamada kayıt kabul davası da denir.

Sıra cetveline itiraz davalarının TTK'nın 5/A maddesine göre dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin tartışmalar esas itibari ile bu davaların ticari dava olduğu ön kabulü ile yapılmaktadır. Ancak ticari davalar, TTK'nın 4 üncü maddesi ile düzenlenen mutlak ve nispi ticari davalar ile bazı özel kanunlarla düzenlenen ticari davalardan ibarettir. İİK'nın 235. maddesi bu uyuşmazlıkların ticari dava olduğu konusunda bir açıklık içermemektedir. Bu madde göreve ilişkin bir düzenlemedir. Esas itibari ile ticari davalar dışındaki uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerin görev alanında kalsa bile TTK 5/A maddesine göre dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Kayıt kabul davası her iki tarafın ticari işletmesine ilişkin bir uyuşmazlık olarak dava konusu edilmiş ise, uyuşmazlık, aynı zamanda nispi ticari dava olacağı için konusu da bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ise dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.

Yargıtay'a göre, 7155 sayılı Kanunun 20 inci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi, zorunlu arabuluculuk dava şartını, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ile sınırlı tutmuştur. Kayıt kabul davası bir para alacağının tahsili amacını gütmeyip bu dava ile alacağın iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu belirlenir. Bu nedenle alacak davalarından farklı olarak, alacak tutarı üzerinden nispi harç ve vekâlet ücreti alınmaz. Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 226 ncı maddesine

göre iflas idaresi masanın yasal temsilcisidir. Ancak bu temsil yetkisi masanın menfaatlerinin gözetilmesi ve tasfiye ile sınırlıdır. İflas idaresinin iki bin liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, "daha ziyade alacaklardan" alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceğine ve tahkim yapabileceğine ilişkin düzenleme ise masanın borçlu olduğu halleri değil, aksine masanın alacaklı olduğu halleri ifade etmek üzere yasaya konulmuştur (İİK m.226/II). Bu nedenle masanın borçlu olduğu hallerde iflas idaresinin bir sulh ve tahkim yetkisi olduğu düşünülemez. Bu yetkiyi haiz olmayan iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil etmesi ve uzlaşma suretiyle belirlenecek tutarı masaya kaydetmesi mümkün değildir. Bu durumda yukarıda açıklanan nedenlerle, kayıt kabul davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir²¹.

IV- Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar

İİK'nın 308/b maddesine göre, alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler. Tasdik kararını veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar, bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir.

Söz konusu alacak davası, çekişmeli yargıya ilişkin genel hükümlere göre açılır ve taraflarca hazırlanma ilkesi çerçevesinde yürütülüp karara bağlanır. Görevli ve yetkili mahkeme de bu çerçevede tayin edilir. Çekişmeli alacaklar hakkındaki dava, alacağı itiraza uğrayan alacaklı tarafından, bizzat konkordato borçlusuna karşı açılır.

²¹ Yargıtay 6. HD, 2021/2263 E, 2022/1617 K, 23.03.2022 tarihli kararı.

Kokordatoda çekişmeli alacaklarla ilgili davalarının TTK'nın 5/A maddesine göre dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin tartışmalar esas itibari ile bu davaların ticari dava olduğu ön kabulü ile yapılmaktadır. Ancak ticari davalar, TTK'nın 4 üncü maddesi ile düzenlenen mutlak ve nispi ticari davalar ile bazı özel kanunlarla düzenlenen ticari davalardan ibarettir. İİK'nın 308/b. maddesi bu uyuşmazlıkların ticari dava olduğu konusunda bir açıklık içermemektedir. Bu madde göreve ilişkin bir düzenlemedir. Esas itibari ile ticari davalar dışındaki uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerin görev alanında kalsa bile TTK 5/A maddesine göre dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Konkordatoda çekişmeli alacak davası her iki tarafın ticari işletmesine ilişkin bir uyuşmazlık olarak dava konusu edilmiş ise, uyuşmazlık, aynı zamanda nispi ticari dava olacağı için konusu da bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ise dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.

Yargıtay'a göre, konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkındaki açılacak dava, görevli ve yetkili mahkeme ile yargılama usulleri ve ispat hukuku kuralları bakımından genel hükümlere tabi olacaktır. Örneğin çekişmeli alacak olacak kira sözleşmesi ise kaynaklı uyuşmazlık Sulh Hukuk Mahkemesi'nde işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlık İş Mahkemesinde, ticari olmayan bir alacağa dayalı uyuşmazlık ise Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, ticari nitelikte bir alacak ise Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülecektir. Kanun koyucu burada her uyuşmazlığın uzman mahkemelerde görülmesine ilişkin genel ilkedden ayrılmamıştır. Genel hükümlere tabi olma sadece bu konularda söz konusudur. Buna karşılık, alacağın tahsili genel hükümlere tabi değildir. Tasdik edilen konkordato genel olarak bütün alacaklılar için mecburi ve bağlayıcı olduğundan çekişmeli alacağın mukadderatı da konkordato hükümlerine tabiidir. Bir başka deyişle çekişmeli alacak hakkında karar veren

mahkeme, konkordato projesini göz önünde bulundurarak alacağın tasdik edilen vade, tenzilat ve diğer ödeme koşullarına göre tahsil edilmesi yönünde hüküm kuracaktır. Aksi halde hem ödemeler dengesi bozulur hem de alacaklılar arasında eşitsizlik yaratılmış olur. Çekişmeli alacak davası ile konkordato prosedürü arasında sıkı bir ilişki olması ve korunan menfaat nedeniyle de konkordato davasında hem davanın kabulü hem de davanın reddi alacaklıları etkileyecektir. Davanın kabulü halinde projede öngörülen ödemeler yönünden etki doğuracağı gibi reddi halinde ise dava açan çekişmeli alacaklılara ödenmek üzere bir miktar paranın bankaya bloke edilmesine karar verildiği hallerde bu para masaya iade edilecektir. Tarafların çekişmeli alacağın miktarı ve ödenmesi konusunda arabulucuda serbestçe anlaşmaları alacaklılar arasında eşitliği bozduğu gibi konkordato tasdik projesinden farklı ödeme koşulları kabul edilmesi de yasal düzenleme ile kabul edilen konkordatonun tüm alacaklılar için mecburi olduğu ilkesine aykırı olacaktır. Çekişmeli alacak hakkında hiç kaynak ayrılmamış veya konkordato mahkemesince yaklaşık ispat ölçüsünde yapılan incelemede daha az bir alacak belirlenerek kaynak ayrılmışsa çekişmeli alacaklıları ile borçlunun arabuluculuk sürecinde daha yüksek bir miktarda alacak belirlemeleri veya farklı koşullarda anlaşmaları konkordato hükümlerinin bütün alacaklılar için bağlayıcı ve zorunlu olması kuralını ihlal edeceğinden ve alacaklılar arasında eşitliği bozacağından kabul edilemez. Aksi takdirde, diğer alacaklılar bakımından İİK 308/f hükmü gereği konkordatonun feshi hakkı doğar. Dolayısıyla, böyle bir anlaşmanın sadece taraflarını bağlaması ve tarafları arasında sonuç doğurması gerekirken tüm alacaklıları etkileyecek sonuçlar doğurur. İİK'nın 308/b. maddesinde düzenlenen çekişmeli alacaklarla ilgili davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü, konkordato hukukunun kamusal karakteri, tüm alacaklıları

ilgilendirmesi, tarafların iradeleri ile kendi aralarında yapacakları anlaşmanın konkordato alacaklıları arasında eşitsizlik yaratacak ve konkordatoda ödemeler dengesini bozacak nitelikte olması nedeniyle yasal düzenlemelere uygun düşmez²².

V- Tasarrufun İptali Davaları

İcra ve İflas Kanunu'nun 277 vd. maddelerinde yer alan düzenlemeler uyarınca tasarrufun iptali davası; borçlunun alacaklısını zarara uğratmak kastıyla mal varlığından çıkarmış olduğu, mal ve hakların veya bunların yerine geçen değerlerin tasarruftan zarar gören alacaklının alacağını elde etmesi amacıyla dava açarak tekrar borçlunun mal varlığına geçmesini sağlayan bir dava, kısaca "borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak için yaptığı tasarruflarını, alacaklının alacağı ile sınırlı olarak hükümsüzleştirmeye yönelik bir dava şeklinde tanımlanabilir. İptal davasının amacı bir alacağı ödememek için, malvarlığını azaltıcı veya artışı önleyici nitelikte, borçlu tarafından yapılan tek taraflı hukukî işlemler ve fiillerle, borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kişilerle yaptığı tüm hukukî işlemleri, alacaklının alacağı ile sınırlı olarak hükümsüz sayarak işlem konusu mal veya hakkı hâlen borçluya aitmiş gibi, cebrî icra yolu ile alacaklının alacağını almasına olanak sağlamaktır²³.

²² Yargıtay 6.HD,2022/3092 E, 2022/4203 K, 19.9.2022 tarihli kararı; Benzer karar: ..Açıklanan nedenlerle, **İİK'nın 308/b. maddesinde düzenlenen çekişmeli alacaklarla ilgili davanın açılmasından önce arabuluculuğa başvurulması** zorunluluğu konkordato hukukunun kamusal karakteri, tüm alacaklıları ilgilendirmesi, tarafların iradeleri ile kendi aralarında yapacakları anlaşmanın konkordato alacaklıları arasında eşitsizlik yaratacak nitelikte olması, konkordatoda ödemeler dengesini bozacak olması nedeniyle yasal düzenlemelere uygun görülmemiş, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir...(6.HD, 2021/4402 E, 2022/1359 K,14.3.2022).

²³ Yargıtay HGK, 2021/(17)4-168 E, 2022/252 K, 3.3.2022 tarihli kararı.

Yargıtay’a göre, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 5/3 maddesi ile “asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki “iş bölümü ilişkisi” olmayıp görev ilişkisi” olduğu kabul edilmiş olduğundan, bundan böyle tasarrufun iptali davalarının asliye hukuk mahkemesi yerine ticaret mahkemesinde açılması halinde, ticaret mahkemesince davalı tarafın iş bölümü itirazında bulunması beklenmeden- resen görevsizlik kararı verilmesi gerekecektir. Bu husus 6102 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yüksek mahkemece de bu konuya ilişkin içtihatlarda açıkça vurgulanmıştır. Kaldı ki İİK’nın 277 ve devamı maddelerine dayalı davalarda görevli mahkemenin İİK’nın 281. maddesi uyarınca genel mahkemeler olduğu da kanunda belirtilmiştir. Bu sebeple; tasarrufun iptali davaları ticari davalardan olmayıp arabuluculuğa başvurmak dava şartı olmadığı gibi, ihtiyari arabuluculuğa başvurmaya ise herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak ihtiyari arabuluculuğa başvurmak, İİK madde 284 de belirlenen 5 yıllık hak düşürücü süreyi kesmeyecektir²⁴.

VI- Dava Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk

Dava yığılması bir usul hukuku müessesesi olup, 6100 sayılı HMK’nın 110 uncu maddesi ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, 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. Dava yığılması halinde, her bir asli talep sayısınca dava açıldığının kabulü gerekir.

²⁴ Yargıtay 4.HD, : 2021/15338 E, 2022/937 K,21.1.2022 tarihli kararı.

Yargıtay HGK'na göre, davaların yığılması söz konusu olduğunda, görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Her bir talep için dava dilekçesinde vakıaların ayrı ayrı belirtilmesi ve ispat edilmesi gerekir. Mahkeme de her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapacaktır, taleplerden birinin kabulüne diğerinin ise reddine karar verebilir. Yani, görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir²⁵.

Ancak bir olumlu özel dava şartı olan TTK 5/A maddesi uygulamasında ise Yargıtay hukuk daireleri aksi görüştedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesine göre, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi ihtiyari olmakla birlikte, 6325 sayılı Kanun'da 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması için bazı tür uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmadan önce bir dava şartı olarak “zorunlu arabuluculuk” şartı getirilmiştir. Bu bağlamda, aynı Kanun ile 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi ile getirilen düzenlemede, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Davanın konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde, yani HMK 110. maddesi anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında da HMK 166. maddesi anlamında bağlantı bulunması halinde, uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, Anayasa uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde asıl

²⁵ Yargıtay HGK, 2017/4-1394 E, 2019/494 K, 30.4.2019 tarihli kararı.

olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında, aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir²⁶.

VII- Arabuluculuk Bürolarına Yapılan Başvurunun Temerrüt Oluşturması

Borçlunun temerrüdü konusu bir maddi hukuk sorunu olup 6098 sayılı TBK’da düzenlenmiştir. TBK’nın 117. maddesine göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hâle gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Temerrüt için aranan ihtar hukuki işlem benzeri fiil mahiyetinde olup, alacaklının alacak miktarını belirterek borçludan borcun ifasını istemesi, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesi anlamına gelir. İhtar

²⁶ Yargıtay 3. HD, 2022/4456 E, 2022/6115 K, 22.6.2022 tarihli kararı; Aynı yönde: somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK’nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına ve **aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması** gerekecek olmasına (aynı yönde bkz. Dairemizin 10.02.2020 tarih ve 2019/3048 E 2020/1093 K; 17.02.2020 tarih ve 2020/197 E 2020/1578 K; 09.12.2020 tarih ve 2020/933 E 2020/5776 K) göre..(11.HD, 2021/6724 E, 2022/13 K, 10.1.2022).

kural olarak şekle tabi olmayıp, yapılmadığı itirazı vaki olursa aksinin ispatı, niteliği gereği alacaklıdan beklenir²⁷.

Yargıtay'a göre, dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açılmadan önce taraflardan birisinin adliye arabuluculuk bürolarına yaptığı başvuru temerrüt oluşturur²⁸. TBK'nın 117 maddesine göre kural olarak açık bir ödeme günü kararlaştırılmamış ise borçlunun temerrüdünün ihtarla oluşacağı, ihtar için her hangi bir şekil şartı aranmasa da, alacaklının alacak miktarını belirterek borçludan borcun ifasını istemesi, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesi gerekli olduğundan dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarla ilgili olarak taraflardan birisinin davadan önce adliye arabuluculuk bürosuna yaptığı başvurusunun temerrüt oluşturduğunun kabulü pek de mümkün gözükmemektedir. Çünkü adliye arabuluculuk bürolarına yapılan başvuru ile gizlilik başlamakta, büroya sunulan belgeler arabuluculuk bürosunca uyuşmazlığın karşı tarafına değil büro tarafından görevlendirilen arabulucuya ulaştırılmaktadır. Diğer yandan başvuru sırasında alacak miktarının açıklanması zorunlu olmadığı gibi, çoğunlukla borç kaynağı bile gösterilmemektedir.

Sonuç:

7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi uyarınca 1.1.2019 tarihi itibarıyla Türk Ticaret Kanunun 4 üncü

²⁷ Yargıtay HGK, 2017/13-602 E, 2020/283 K, 10.03.2020 tarihli kararı.

²⁸ Davacı tarafın davaya konu edilen bakıcı giderinin ödenmesini sağlamak amacıyla, 13.12.2019 tarihinde arabuluculuk yoluna başvurduğu, Bakırköy Arabuluculuk Bürosu'nun 23.12.2019 tarihli son tutanağı ile tarafların anlaşamadığının ve arabuluculuk sürecinin sona erdiğinin kayıt altına alındığı görülmektedir. **Alternatif başvuru yolu olan arabulucuya başvurulması ile davalının davaya konu edilen bakıcı gideri zararı bakımından temerrüde düştüğünün kabulü gerektiğinden...**(4.HD, 2021/18933 E, 2021/4438 K, 13.9.2021).

maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kapsamının belirlenmesi bakımından başlayan tartışmalar halen de devam etmektedir. Tartışmaların büyük bir kısmı, düzenlemenin lafzından kaynaklanmış olsa da ticari davaya ilişkin bu düzenlemeden öncede var olan tartışmalar dikkate alındığında, kapsam belirlemesi oldukça zordur. Düzenlemenin bir özel, olumlu dava şartı olduğu ve dava şartlarının ön inceleme aşamasının başında incelenmesi gerektiği (HMKm.138), bu hususların ciddi hak kayıplarına yol açtığı göz önüne alınarak TTK 5/A maddesi yeniden düzenlenmelidir.

TTK'nın 5/A maddesine ilişkin değişiklik önerimiz ***“Arabuluculuğu elverişli olup, bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalar ile ticaret mahkemelerinin görev alanında kalan özel hukuk uyuşmazlıklarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması, arabuluculuk sürecinin anlaşmazlıkla sonuçlanmış olması ve anlaşmazlık tutanağının dava dilekçesine eklenmesi dava şartıdır.”*** şeklindedir.

KISALTMALAR

AAÜT	: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
A.Ş.	: Anonim Şirket
AUÇ	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
B.	: Baskı
BK	: Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
E.	: Esas
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi ve Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KoopK	: 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu
Ltd. Şti.	: Limited Şirket
m.	: madde
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
SK	: Sigortacılık Kanunu
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TAEK	: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanun
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vb	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019.

Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya: Medeni Usûl Hukuku, B. 15, İstanbul 2017.

Dür, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, B.2, Ankara 2018.

Prf. Dr. Süha Tanrıver: Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, 2020 Mart-Nisan, Yıl:32.

Doç. Dr. İbrahim Ermenek/Arş. Gör. Betül Azaklı Arslan: İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, TBBD, 2020, S. 148.

Ramazan, Arslan/Ejder, Yılmaz/Seme, Taşpınar Ayvaz: Medeni Usul Hukuku, Yetkin yayınları, 1.B, Ankara-2016.

Ömer, Ekmekçi/Muhammet, Özekes/Murat, Atalı/Vural, Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Onikilevha yayınları, 2.B.

Adem, Albayrak/İlker, Koçyiğit, Sorularla Arabuluculuk Sınavına Hazırlık, Adalet Yayınevi, Ankara-2019.

Nesibe Kurt Konca. Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı(Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, Sayı:225, Aralık 2018.

Prf. Dr. Mustafa Topaloğlu, Ticari İşlerde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Antalya Barosu- Ticaret ve İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Etkili Taraf Avukatlığı Konferansı- 05.01.2019 – A.Ü. Hukuk Fakültesi Antalya. PP Sunum, 22. slayt).

Börü, Levent/Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Adalet Yayınevi, Ankara-2021.

TÜKETİCİ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASI

İlhan KARA*

ÖZÜ: Taraflardan biri tüketici karşı ticari veya mesleki amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan her türlü sözleşme tüketici işlemi sayılır. Tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflarda tüketici mahkemesi veya tüketici hakem heyetleri görevlidir. Dava şartı arabuluculuk uygulaması nedeniyle, tüketiciler 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'nun sağladığı temel haklardan yoksun bırakılamaz. Arabuluculuk aşamasında, tüketiciye, 6502 s. TKHK'dan kaynaklanan temel hakları konusunda gerekli bilgilendirme ve aydınlatma yapılması kaydıyla dava şartı arabuluculuk uygulanabilir.

1. Genel Değerlendirme

6502 sayılı Tüketici Kanunu'nda yapılan düzenleme uyarınca, tüketicinin taraf olduğu her türlü hukuki işlem, tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (TKHK m.3/k, L; 83). Tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kural olarak tüketici mahkemeleri veya tüketici hakem heyetleri görevlidir. Bunun en önemli nedeni, ihtilaflar sürüncemede kalmadan tüketiciye gerekli korumayı sağlamaktır¹. Tüketici hukukunda dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesinin ön şartı, 6502 s. TKHK'nın tüketiciye sağlamış olduğu evrensel tüketici haklarından tüketiciyi yoksun bırakmamaktır. Buna göre, tüketici hukuku alanında evrensel tüketici hakları ihlal edilmemek şartıyla, taraflar arasında yapılan hukuki işlemin niteliği arabuluculuğa elverişli olduğu ölçüde, tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflar hakkında dava şartı arabuluculuk kuralı

* Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

¹ KARA, İlhan, Tüketici Hukuku 3.Bs. Ankara 2023, s. 590 vd.

uygulanabilir². Ancak 6502 sayılı TKHK'da tüketiciyi koruma amacı ile getirilen özel bir düzenleme olması halinde öncelikle bu özel düzenlemenin uygulanması gerekir.

2. Tüketici İşlemi

Taraflar arasında kurulan sözleşmenin tüketici işlemi sayılması için, taraflardan birinin mutlaka tüketici, karşı tarafın ise iktisadi işletmeci (satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, banka, yüklenici gibi) olması zorunludur. Buna göre, taraflardan biri gerçek veya tüzel kişi tacir veya esnaf ölçeğinde iş yapan iktisadi işletmeci ile tüketici arasında yapılan her türlü hukuki işlem, tüketici işlemi sayılır. Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (6502 sayılı TKHK m.3/k, L)³. Kanunda yapılan düzenleme uyarınca, paket tur sözleşmesine katılan herkes (tüketici olsun veya olmasın) tüketici olarak kabul edilmiştir.

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 eder. Buna göre, taraflardan birinin tüketici karşı tarafın ticari ve mesleki amaçla bu işi yapan gerçek veya tüzel kişi veya onun adına hareket eden bir kişi olması halinde sözleşmenin adı ve niteliğine bakılmaksızın taraflar arasında yapılan hukuki işlem, tüketici sözleşmesi sayılır (TKHK m.1,2, 3/k; L;83)

² KARA, s.605 vd.

³ Benzer tanım 6102 sayılı TKHK m.864/5 fıkra da “Tüketici, sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir.” şeklinde yapılmıştır. Bu tanımın 6502 sayılı TKHK'da yapılan tanımla örtüşmektedir. Ancak tanımın olumlu bir ifade yöntemi kullanılarak yapılması daha isabetli olmuştur. Bu konuda geniş açıklama için bkz. KARA, s. 124 vd.

3. Kanunlarda Tüketiciyi Koruyan Özel Hükümler

Türk hukukunda, taraflardan biri tüketici, karşı tarafı satıcı, sağlayıcı, sigortacı, yüklenici veya gelir elde etmek amacıyla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişi tacir olan, satış sözleşmesi, eser sözleşmesi, banka kredi sözleşmesi ve diğer sözleşmeler tüketici işlemi sayılır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Sigortacılık Kanunu ve çok sayıda özel kanun ve yönetmelikte tüketiciyi korumak amacıyla önemli düzenlemeler yapılmıştır.

Örneğin; tacir olan gerçek veya tüzel kişiler, tüketiciye karşı hizmet vermekten kaçınamazlar (TKHK m.6/2). Tüketici, sözleşmenin karşı tarafı olan iktisadi işletmeciye karşı ekonomik olarak daha zayıf konumdadır.

Tüketici kendi yerleşim yerinde dava açabilir. Tüketici, davanın açılması ve temyiz aşaması dâhil tüm yargı harçlarından muafır.

1982 Anayasası'nın "**Tüketicilerin korunması**" başlıklı 172. maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, **Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri almak zorundadır**. Bu düzenleme sayesinde tüketicilerin korunması anayasal güvence altına alınmıştır. 6502 s. TKHK'da yapılan düzenlemelerde, tüketici mağduriyetinin asgari seviyeye indirilmesi amacıyla, tüketiciye önemli güvenceler getirilmiştir.

Örneğin, tüketicinin taraf olduğu, bankacılık sözleşmesi ve diğer sözleşmeler kurulmadan önce tüketiciye ön bilgilendirme yapılması zorunludur (TKHK m.18/2). Tüketiciye **bilgilendirme** ve ön bilgilendirme yapıldığını **ispat yükü, iktisadi işletmeciye aittir**. Tüketici aleyhine sözleşmeye yazılan **haksız şartlar tüketici yönünden kesin olarak geçersiz sayılır** (TKHK m.5). Tüketiciden alınan **kambiyo senedinin mutlaka nama yazılı olması zorunludur**. Aksi halde tüketiciden alınan kıymetli evrak, sadece tüketici yönünden geçersiz sayılır. **Tüketici edimleri için verilen her türlü şahsi teminat, adi kefalet sayılır**. Buna karşılık, iktisadi işletmecinin edimleri için verilen

şahsi teminatlar asgari müteselsil kefalet sayılır. Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde **nispi geçersizlik kuralı uygulanır**. Bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğunu sadece tüketici ileri sürebilir. Tüketicinin açtığı davalarda, tüketici harçtan muaftır. Tüketici davayı kaybettiğinde, kendisinden karar ve ilam harcı alınmaz. Ancak açılan dava nedeniyle yapılan diğer yargılama giderleri tüketiciden alınır. Tüketicinin taraf olduğu ihtilaflarda, tüketici hakem heyeti için belirlenen başvuru sınırı olan parasal miktarı aşmayan ihtilaflarda öncelikle tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur.

4. Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk

Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme, 7.6.2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunudur (HUAK) . Kanunun ilk yürürlüğe girdiği 2012 yılında, ihtiyari arabuluculuk esas alınmıştı. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan düzenlemeler sayesinde zorunlu arabuluculuk mevzuatımıza girmiştir. Daha sonra, 6102 s. TTK m.5/A ve tüketici davalarında zorunlu arabuluculuğu düzenleyen, 6502 s. TKHK m.73/A düzenlemesiyle birlikte, arabuluculuğun uygulama alanı genişlemiştir.

Tüketici işleminden kaynaklanan davalarda, dava şartı arabuluculuk uygulaması konusunda öncelikle 6502 s. TKHK m.73/A düzenlemesi uygulanır. Çünkü tüketici mahkemelerinde zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 6502 s. TKHK m.73/A'da yapılan düzenleme, arabuluculuk konusunda genel kanun olan 6325 s. HUAK ve ticari davalarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 6102 s. TTK m.5/A düzenlemesine göre özel hüküm niteliğindedir. Bu düzenlemenin 1982 Anayasası'nın tüketiciyi özel olarak koruyan, 172. Madde yapılan düzenlemeye aykırı olup olmadığı ciddi şekilde tartışmaya açıktır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık tüketici işlemi niteliğinde olsa bile tüketici veya sözleşmenin karşı tarafı, ilgili mevzuatına göre diğer kanun- larda düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvuru yapabilir (TKHK m.68/5). Tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflarda, tüketici yönünden dava şartı arabuluculuk kuralı olmasa bile, tüketici kendi isteğiyle arabulucuya gidebilir.

Tüketici mahkemesinde görülen davalarda, dava şartı zorunlu arabuluculuğun uygulanabilmesi için 6502 s. TKHK m.3/1-L’de tanımı yapılan tüketici işleminden kaynaklanan ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu bir ihtilafın/davanın olması gerekir. Tüketici işleminden kaynaklanan ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu davalarda, dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesi ön koşul, 6502 s. TKHK m.73/A’da gösterilen koşulların bulunması zorunludur. Buna göre,

- a) Dava konusu uyuşmazlık tüketici işlemi niteliğinde olmalıdır,
- b) Davada, Tüketici mahkemesi görevli olmalıdır,
- c) Uyuşmazlık konusunda THH’ler görevli olmamalı,
- d) Dava konusu, THH’lerin verdiği karara itiraz olmamalıdır.

Yukarıdaki koşullar tamamı gerçekleştiğinde, tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflarda, tüketici veya sözleşmenin karşı tarafı olan iktisadi işletmecinin öncelikle, zorunlu arabulucuya başvuru yapmaları gerekir. Tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflarda, dava şartı arabuluculuk koşulunun uygulanması için, değerlendirici arabuluculuk yönteminde olduğu gibi, arabulucunun özellikle tüketicinin 6502 s. TKHK’den kaynaklanan temel haklarını ayrıntılı bir şekilde tüketiciye hatırlatması gerekir. Aksi halde, dava şartı arabuluculuk vasıtasıyla tüketicileri özel olarak koruyan, 1982 Anayasa’sı hükümleri ve 6502 s. TKHK’nın tüketiciyi özel olarak koruyan hükümlerinden uygulanmasını fiili uygulamayla engellemiş oluruz.

5. Değerlendirme ve Sonuç:

Tüketici hukuku alanında, tüketici işleminden kaynaklanan ihtilaflarda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği uygun olduğu ölçüde dava şartı arabuluculuk yönteminin kullanılması, mahkemelerin iş yükünü azaltacağı konusunda şüphe yoktur. Ancak arabuluculuk yönteminde, tüketiciyi özel olarak koruyan yasal düzenlemeler konusunda gerekli bilgilendirme ve aydınlatmanın bizzat arabulucu tarafından yapılması son derece önemlidir. Aksi halde, dava şartı arabuluculuk nedeniyle, 1982 Anayasası ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un tüketicilere sağlamış olduğu haklardan mahrum bırakılmış olurlar. Bu nedenle, tüketici hukuku alanında dava şartı arabuluculuk uygulamasında, değerlendirici arabuluculuk yönteminin kullanılması gerekir. Aksi halde, Konun Koyucunun özel olarak koruduğu tüketici mağdur edilmiş olacaktır. Bunun için Arabuluculuk Kanunu ve 6502 Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda gerekli düzenlemenin hızlı bir şekilde yapılması gerekir.

İDARİ YARGIDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

TÜRK İDARİ YARGILAMA SİSTEMİNDE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Dr. Hasan GÜL*

GİRİŞ

Türkiye’de idari konulara ilişkin olarak, değişik kanunlarda yer alan ve bazıları zorunlu, bazıları ise ihtiyari çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yolları bulunmaktadır. Bu yollar genellikle, kamu gücüne sahip olan idari makama başvurulması ve idare ile uzlaşılması şeklinde işlemektedir.

Bu çalışmada, idari konulara ilişkin bütün AUÇ yöntemleri yerine, uygulamaya ilişkin sayısal veri bulunan veya örnek olma niteliği taşıyan aşağıda belirtilen yollar üzerinde durulmuştur:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (md. 54-56).

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (md. 43).

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu.

4458 sayılı Gümrük Kanunu (md. 242, 244).

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (çeşitli maddeler).

I. Kamu İhale Kanunu: Zorunlu İdari Başvuru Yolları (md. 54-57)

4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; ihaleyi yapan idareye şikâyet ve Kamu İhale Kurumuna (Kurum) itirazın şikâyet başvurusu olmak üzere iki aşamalı bir zorunlu idari başvuru yolu bulunmaktadır. Şikâyet başvurusu ihaleyi yapan idare tarafından, itirazın şikâyet başvurusu ise Kamu İhale Kurulu (Kurul) tarafından incelenmektedir.

* Danıştay Üyesi, hasangul.1964@gmail.com

Şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine yapılan inceleme sonucunda; başvurunun reddine, ihalenin iptaline veya düzeltici işlem belirlenmesine yönelik üç tür karar alınabilmektedir. Kurul tarafından alınan kararların uygulanması zorunludur.

Tablo 1: İtirazen Şikâyet Başvurusu ve Dava İstatistikleri

Yıl	Uyuşmazlık Karar Sayısı (1)	Mahkeme Karar Sayısı (2)	2/1 %	Mahkeme İptal Kararı (3)	3/2 %
2003	897	17	2	1	6
2004	1892	83	4	11	13
2005	2469	198	8	43	22
2006	3348	250	7	57	23
2007	4266	324	7	61	19
2008	5180	391	7	71	18
2009	3130	394	13	89	23
2010	4091	602	15	138	23
2011	4392	777	18	158	20
2012	5111	817	16	175	21
2013	5039	744	15	210	28
2014	4251	869	20	261	30
2015	3638	961	26	277	29

2016	3300	827	25	211	26
2017	3524	911	26	197	22
2018	2117	641	30	150	23
2019	1767	497	28	109	22
2020	2214	674	30	168	25
2021	2465	798	32	176	22

Kaynak: Kamu İhale Kurumu Yıllık İstatistikleri ve Hukuk Müşavirliği Verileri

4734 sayılı Kanun’da düzenlenen bu yolun etkin bir şekilde işlediğinin kabulü için, Kurul kararlarının tarafları tatmin etmesi, diğer bir anlatımla Kurul kararlarının mahkemeye taşınma oranının düşük olması gerekmektedir. Aksi durumda, Kurulun ihtilaf çözme amacı gerçekleşmeyecek ve mahkemelerin iş yükünde de ciddi bir azalma olmayacaktır. Kurul kararlarına güvenin artması için ise Mahkemeye taşınan Kurul kararları hakkında verilen iptal kararlarının toplam kararlara olan oranının düşük olması gerekmektedir.

Tablo 1’de, 2003 yılından 2021 yılına kadar, yıllar itibarıyla, Kurul tarafından sonuçlandırılan başvuru sayısına, Kurul kararlarına karşı açılan davalar sonucunda idare mahkemeleri tarafından verilen karar sayısına ve bu kararların ne kadarının Kurul kararlarının iptali yönünde olduğuna dair bilgilere yer verilmiştir.

Tabloda yer alan sayısal veriler incelendiğinde, Kuruma yapılan başvuru sayısının; toplam ihale sayısı, Kuruma ödenen başvuru bedelinde yapılan değişiklikler, Kanun ve diğer mevzuatın değişmesi gibi faktörlerin etkisiyle yıllar itibarıyla dalgalı bir seyir izlediği görülmektedir.

Kurumun ihtilaf çözme görevinin başarı göstergesi olarak alınabilecek veriler yönünden bakıldığında ise, Kurul kararlarının mahkemeye taşınma oranının, Kurumun faaliyete geçtiği ilk yıllarda son derece düşük iken, zaman içinde artarak 2014 yılında %20'ye 2021 yılında ise %32'ye ulaştığı görülmektedir. Bu oranda, 2014 ile 2021 yılları arasında meydana gelen artışın bir sebebinin de, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanuna eklenen ivedi yargılama usulü sonucunda, ihale işlemleri yönünden mahkemelerin yargılama hızındaki artış olduğu tahmin edilmektedir.

Kurul kararlarının yargısal denetimi sonucu verilen iptal kararlarının toplam mahkeme kararına oranı ise daha istikrarlı bir seyir izleyerek genellikle %20 ile %30 arasında dalgalanmıştır.

Bu veriler çerçevesinde, Kurumun mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azalttığı, mahkemeye taşınan Kurul kararlarının ise büyük ölçüde Kurum lehine sonuçlandığı, sonuç itibarıyla Kurumun ihtilaf çözme görevini başarılı bir şekilde yerine getirdiği görülmektedir.

II. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Md.43)

Kanunda AUÇ yolu olarak, 16/06/2020 tarih ve 7246 sayılı Kanunla yürürlüğe giren ve duruma göre, ilgililerden taahhüt alınması veya uzlaşma yoluna gidilmesi şeklinde iki farklı uygulama bulunmaktadır.

A. Taahhüt

Yürütülmekte olan bir ön araştırma ya da soruşturma sürecinde Kanun'un 4. veya 6. maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilmektedir.

Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilmektedir.

Rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerin bulunması durumunda ise taahhüt kabul edilmemektedir.

B. Uzlaşma

Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilmekte ve ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabilmektedir.

Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre vermekte, uzlaşmaya varılması halinde ise, ihlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılmaktadır.

Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamamaktadır.

Tablo 2: Rekabet İhlali Kararları (Sonuçlarına Göre)

Dönemi	(Ocak-Aralık 2021)	(Ocak-Haziran 2022)
Ret	44	15
Ceza Verilen	25	7
Taahhüt Üzerine Süreci Sonlandırılan	5	1
Uzlaşma ile Sonlandırılan	-	14
Toplam	74	37

Kaynak: Rekabet Kurumu Faaliyet Raporları

Tablo 2’de yer alan bilgilerden bu yöntemlerin başarılı olduğu ve açılan rekabet soruşturmalarının önemli bir kısmının uzlaşma yolu kullanılarak sonlandırıldığı görülmektedir.

III. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

Kamu Denetçiliği Kanunu, idarenin işleyişi ile ilgili bir şikâyet mekanizması kurulmasını öngörmektedir. Amaç, Kurumun şikâyetleri; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz olup özel bütçelidir.

Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. Bu başvurulara idare tarafından verilecek cevabın tebliği tarihinden itibaren, altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde ise bu sürenin bitmesinden itibaren altı ay içinde Kuruma başvurulabilir. Dava

açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmaktadır.

İnceleme devam ederken Kurum tarafları dostane çözüme davet edebilmektedir. Şikâyetle konu talebin ilgili idare tarafından yerine getirilmesi hâlinde Kurum tarafından dostane çözüm kararı verilerek inceleme ve araştırma sonlandırılmaktadır.

İnceleme en geç altı ay içinde tamamlanarak sonucu ve varsa öneriler ilgili mercie ve başvurana bildirilmektedir. Kurum inceleme sonucunda; tavsiye kararı, ret kararı, dostane çözüm kararı veya karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermektedir.

Tavsiye kararında Kurumca aşağıdaki tavsiyelerden bir veya birkaçına yer verilmektedir:

- a) Hatalı davranıldığığının kabulü,
- b) Zararın tazmini,
- c) İşlem yapılması veya eylemde bulunulması,
- ç) Mevzuat değişikliği yapılması,
- d) İşlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi,
- e) Uygulamanın düzeltilmesi,
- f) Uzlaşmaya gidilmesi,
- g) Tedbir alınması.

Kamu Denetçiliği Kurumu istatistiklerine bakıldığında, yıllar itibarıyla, Kuruma yapılan başvuru sayılarının ve buna paralel olarak da Kurumca verilen tavsiye kararlarının ve dostane çözüm kararlarının arttığı; Kurumca verilen tavsiye kararlarına uyma oranının ise 2013 yılında %20 iken, 2021 yılında %80'e ulaştığı dikkate alındığında, Kurum kararlarının kabul edilirliliğinin ve dolayısıyla Kurumun ihtilaf çözme yeteneğinin giderek arttığı görülmektedir.

Tablo 3: Kamu Denetçiliği Kurumu İstatistikleri

Yıllar	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Toplam
Başvuru Sayısı	7.638	5.639	6.055	5.519	17.131	17.585	20.968	90.209	18.843	189.587
Tavsiye Kararı	64	93	56	62	245	677	860	68.128	1.201	71.538
Kısmen Tavsiye K. Ret	11	26	26	32	177	269	410	704	403	20.058
Uzlaşma	184	123	161	80						548
Dostane Çözüm					1.575	1.916	1.607	1.808	1.928	8.834
Tavsiye K. Uyma (%)	20	39	37	42	65	70	75	76	80	

Kaynak 2021 yılı İdari Faaliyet Raporu

IV. Gümrük Kanunu

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda, zorunlu idari başvuru yolu ve uzlaşma olmak üzere iki ayrı AUÇ yolu bulunmaktadır.

A. Zorunlu İdari Başvuru Yolu (md. 242)

Yükümlüler; gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilmektedirler.

İtirazların otuz gün içinde karara bağlanması gerekmekte olup, itirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilmektedir.

B. Uzlaşma (md. 244)

Uzlaşma talebi, gümrük idarelerince düzenlenen ve henüz itiraz başvurusu yapılmamış veya itiraz edilmiş olmakla birlikte itirazı henüz sonuçlandırılmamış gümrük vergileri ve idari para cezaları için tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde yapılabilmektedir. Gümrük vergileri ile cezalara ilişkin 5607 sayılı Kanunda yer alan kaçakçılık suçları ile ilişkili fiillerde bu madde uygulanmamaktadır. Uzlaşma talebinde bulunulması hâlinde, itiraz veya dava açma süresi durmaktadır.

Tablo 4: Gümrük Kanunu: Uzlaşma İstatistikleri

Dönem	Başvuru Sayısı	Tahsilat (TL)
2011-2013	6.053	63.741.659
2014	2.954	55.062.784
2015	3.963	61.922.458
2016	4.067	79.597.961
2017	4.798	53.714.306
2018	5.130	38.576.906
2019	9.461	58.382.926
2020	10.160	84.000.000
2021	12.390	92.000.000

Kaynak: Ticaret Bakanlığı ile (mülga) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Yıllık Faaliyet Raporları

Uzlaşma talepleri, uzlaşmaya konu vergi ve cezanın toplamına göre Bölge Müdürlükleri veya Merkezi Uzlaşma Komisyonları tarafından sonuçlandırılmaktadır. Uzlaşma tutanakları kesin olup gereği idarece derhal yerine getirilmekte ve üzerinde uzlaşılan hususlar hakkında dava açılmayıp ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamamaktadır.

Tablo 4’de yer alan istatistiklere bakıldığında, uzlaşma başvuru sayıları sürekli bir şekilde artmakla birlikte, bu kapsamda yapılan tahsilatın aynı oranda artmadığı görülmektedir.

V. Vergi Usul Kanunu

A. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma (Ek madde 11)

Maliye Bakanlığı, vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergiler ve bunlara ilişkin kesilecek vergi ziyai cezaları ile belli bir tutarın üzerindeki usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında tarhiyat öncesi uzlaşma yapılmasına izin verebilmektedir.

Vergi Usul Kanunu’nun (VUK) 359 uncu maddesinde yazılı fiillerle (kaçakçılık halleri) vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilecek vergi ve kesilecek ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilecek cezalar uzlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır.

Uzlaşmaya varılması halinde, tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılmayacak ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamayacaktır. Ayrıca, uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma müzakeresinde uzlaşmaya varılamamış olması halinde mükellefler veya ceza muhatabı olanlar verginin tarhından ve cezanın kesilmesinden sonra uzlaşma talep edememektedirler.

B. Tarhiyat Sonrası Uzlaşma (Ek madde 1)

İkmalen, re’sen veya idarece tarh edilen vergiler ve bunlara ilişkin vergi ziyai cezaları ile belli bir tutarın üzerindeki usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları tarhiyat sonrası uzlaşma kapsamına girmektedir.

Ancak, VUK'nun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza ve 370 inci maddenin (b) fıkrası kapsamında kendilerine ön tespiti ilişkin yazı tebliğ edilen mükelleflere mezkûr maddeye göre kesilen cezalar uzlaşma kapsamına dâhil değildir.

Uzlaşma talebi vergi ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılabilmektedir. Mükellef, uzlaşma görüşmelerinde, bağlı olduğu meslek odasından bir temsilci ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre kurulan meslek odasından bir meslek mensubunu bulundurabilmektedir.

Uzlaşma tutanakları kesin olup gereği vergi dairelerince derhal yerine getirilmektedir. Ayrıca, üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açılmayıp hiçbir mercie şikâyetle bulunulamamaktadır.

Uzlaşma talebinden önce dava açılmışsa dava, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenmemekte; herhangi bir sebeple incelenir ve karara bağlanırsa bu karar hükümsüz sayılmaktadır. Uzlaşmanın vaki olmaması halinde, durdurulmuş olan davanın görülmesine, keyfiyetin vergi dairesince işarı üzerine vergi mahkemesinde devam olunmaktadır.

Uzlaşma vaki olduğu takdirde, ödeme zamanları kısmen veya tamamen geçmiş olan vergi ve cezaların vadesi uzlaşma tutanağının tebliğinden itibaren bir aydır. VUK'nun 376/2 maddesine göre, üzerinde uzlaşılan vergi veya vergi farkı ve vergi cezalarının %75'i, bu süre içinde ödenirse üzerinde uzlaşılan cezanın %25'i indirilmektedir.

Aşağıda yer alan 5, 6 ve 7 numaralı Tablolarda yer alan verilerin incelenmesinden, tarhiyat öncesi ve sonrası uzlaşma müesseselerinin etkin bir şekilde çalıştığı ve her yıl çok sayıda ihtilafın yargı yoluna gidilmeden uzlaşma suretiyle çözüldüğü görülmektedir.

Tablo 5: Tarhiyat Öncesi Uzlaşma İstatistikleri
(Uzlaşmanın temin edilemediği ve vaki olmadığı¹ tutarlar hariç)

Yıl	Uzlaşmaya Konu Vergi (1)	Uzlaşılan Vergi (2)	2/1 %	Uzlaşmaya Konu Ceza (3)	Uzlaşılan Ceza(4)	4/3 %
2012	578.870.442	443.628.715	77	971.494.358	56.223.245	6
2013	860.357.318	725.155.936	84	1.498.935.120	90.813.677	6
2014	638.430.109	529.738.390	83	1.067.833.387	60.234.417	6
2015	1.103.763.758	973.203.569	88	1.926.019.997	138.749.157	7
2016	485.806.063	409.977.930	84	829.314.472	161.430.673	19
2017	312.837.221	303.551.158	97	581.889.106	115.400.488	20
2018	232.857.773	225.035.135	97	419.055.049	78.272.795	19
2019	329.423.682	323.977.783	98	367.910.179	68.261.998	19
2020	641.170.234	627.529.679	98	728.620.992	131.535.661	18
2021	372.364.145	368.342.793	99	457.363.491	83.320.775	18

Kaynak: VDK Faaliyet Raporları

¹ Uzlaşmanın temin edilememesi, mükellefin uzlaşma görüşmesine gelmemesi, uzlaşmanın vaki olmaması ise uzlaşma görüşmesine gelen mükellefle uzlaşmaya varılamaması anlamına gelmektedir.

Tablo 6: Tarhiyat Sonrası Uzlaşma İstatistikleri
(Uzlaşmanın temin edilemediği ve vaki olmadığı tutarlar hariç)

Yıl	Başvuru	Uzlaşlan	Uzlaşmaya Konu Vergi (1)	Uzlaşılan Vergi (2)	2/1 %	Uzlaşmaya Konu Ceza (3)	Uzlaşılan Ceza (4)	4/3 %
Merkezi Uzlaşma Komisyonu								
2013	14	4	78.348.091	10.183.607	13	111.038.801	1.100.000	1
2014	34	14	412.071.662	169.501.397	41	479.382.201	5.184.714	1
2015	22	16	1.278.100.994	403.600.579	36	1.477.852.281	6.993.907	0
2016	8	6	268.766.445	58.960.357	22	341.575.433	0	0
2017	18	3	3.212.460	3.212.460	100	11.128.389	1.904.432	17
2018	6	3	85.336.153	66.040.560	77	114.695.107	17.067.230	15
2019	12	6	157.865.644	114.550.000	73	253.094.853	11.760.121	5
2020	23	15	485.887.973	281.055.200	58	709.321.105	36.432.927	5
2021	4	1	29.929.381	5.985.876	20	44.894.072 0	0	0
Vergi Daireleri Koordinasyon Uzlaşma Komisyonu								
2013	92	64	57.960.840	34.956.924	60	80.481.794	2.474.932	3
2014	158	131	159.020.276	56.030.702	35	231.013.160	6.135.589	3
2015	191	143	87.223.068	51.457.065	59	126.887.041	3.892.464	3
2016	167	88	191.845.974	50.963.086	27	265.819.441	12.913.434	5
2017	110	69	20.992.593	16.649.442	79	38.526.694	6.733.494	17
2018	86	53	12.245.299	9.858.621	80	32.240.098	5.834.969	18
2019	136	114	13.587.238	12.931.938	95	52.771.049	8.608.934	16
2020	193	147	200.131.686	68.397.315	34	295.883.084	9.267.122	3
2021	132	91	48.815.521	38.123.349	79	61.714.813	7.362.339	12

Kaynak: GİB Faaliyet Raporları

**Tablo 7: Tarhiyat Sonrası Uzlaşma İstatistikleri-Türkiye Geneli
(Uzlaşmanın temin edilemediği ve vaki olmadığı tutarlar hariç)**

Yıl	Başvuru	Uzlaşan	Uzlaşmaya Konu Vergi (3)	Uzlaşılan Vergi (4)	2/1 %	Uzlaşmaya Konu Ceza (5)	Uzlaşılan Ceza (6)	4/3 %
2013	95.126	88.024	357.937.380	270.476.069	76	460.815.890	27.027.669	6
2014	140.751	121.137	360.379.921	231.584.730	64	603.382.175	31.559.278	5
2015	148.013	139.828	437.314.530	344.585.008	79	610.596.688	41.560.131	7
2016	99.027	88.707	507.302.473	260.117.001	51	675.334.309	68.925.153	10
2017	45.878	43.895	164.330.305	104.769.721	64	267.127.370	36.926.116	14
2018	39.375	33.827	83.498.411	77.505.490	93	191.574.626	34.061.796	18
2019	45.262	43.564	130.487.509	125.123.495	96	275.988.683	48.937.093	18
2020	47.697	45.037	187.521.628	178.802.621	95	386.037.904	64.985.032	17
2021	41.343	36.119	201.183.843	191.449.933	95	326.082.642	49.758.567	15

Kaynak: GİB Faaliyet Raporları

C. İzaha Davet (madde 370)

Bu müessesenin amacı mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunun artırılmasıdır. Bu kapsamda Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB) ve Vergi Denetim Kurulu (VDK) bünyesinde Ön Tespit ve İzah Değerlendirme Komisyonu kurulmuştur.

Vergi incelemesine başlanılmadan veya takdir komisyonuna sevk edilmeden önce verginin ziyaa uğradığına delalet eden emareler bulunduğu dair yetkili merciler tarafından yapılmış ön tespitler hakkında tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olması kaydıyla mükellefler izaha davet edilebilmektedir.

Otuz günlük süre içerisinde izahta bulunulması durumunda, yapılan izah değerlendirilmekte ve vergi ziyana sebebiyet verilmediğinin idarece anlaşılması hâlinde mükellefler vergi incelemesine tabi tutulmamakta veya takdir komisyonuna sevk edilmemektedir.

İzahın yeterli bulunmaması hâlinde ise, değerlendirme sonucunu içeren yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde; hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin verilmesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının tamamlanması veya düzeltilmesi ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, gecikme zammı ile birlikte aynı sürede ödenmesi şartıyla vergi ziyası cezası, ziyaa uğratılan vergi üzerinden %20 oranında kesilmektedir.

D. Karşılıklı Anlaşma Usulü (Ek madde 14-18)

Mükellefler, bir çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması hükümlerine aykırı olarak vergilendirildiği veya bu şekilde vergilendirileceğine ilişkin kuvvetli emareler bulunduğu iddiasıyla çifte vergilendirme anlaşmasının “Karşılıklı Anlaşma Usulü” hükümlerine göre GİB’na başvurabilmektedir. Başvuru, dava açma süresini durdurmaktadır.

Başvurunun, GİB ile diğer akit devletin yetkili makamı arasında anlaşmaya varılarak sonuçlandırılması hâlinde durum mükellefe bir yazı ile tebliğ edilmekte olup, mükellefin otuz gün içinde varılan anlaşmayı kabul edip etmediğini GİB’na bildirmesi şarttır.

Anlaşmanın vaki olması durumunda, varılan anlaşmaya göre vergi ve cezalarda düzeltme yapılır. Anlaşma uyarınca düzeltilen vergi ve cezalar hakkında dava açılamaz ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamaz. Söz konusu vergi ve cezaların ödeme vadesi bir ay olup düzeltme işlemine konu verginin tamamı ile cezaların yarısının bu süre zarfında ödenmesi halinde cezanın yarısı indirilmektedir.

Başvurudan önce dava açılmışsa, açılan dava, karşılıklı anlaşma usulü başvurusu sonuca bağlanmadan vergi mahkemelerince incelenmemekte, herhangi bir sebeple incelenip karara bağlanması durumunda ise karşılıklı anlaşma başvurusuna ilişkin sonuç dikkate alınmaktadır.

E. Kanun Yolundan Vazgeçme (md. 379)

Bu uygulama ile mükelleflerce dava konusu yapılan uyuşmazlıklarda, karar henüz kesinleşmeden, mükelleflerce kanun yolundan vazgeçilerek ihtilafın sonlandırılması halinde, başvuru aşaması itibarıyla mahkemece verilen kararın kaldırma veya tasdik olması durumuna göre, ödenecek ceza ve tasdik edilenler hariç vergi tutarları belli oranlarda indirim yapılmak suretiyle tahakkuk ettirilmektedir.

Bu şekilde tahakkuk eden tutarların ödeme vadesi bir ay olup, tahakkuk eden vergi ve/veya vergi cezalarının %80'inin bu sürede tamamen ödenmesi şartıyla, tasdik edilerek tahakkuk eden vergiler hariç, vergi ve ceza tutarında ilave bir %20 indirim daha yapılmaktadır.

Kanun yolundan vazgeçme dilekçesi vergi dairesince ilgili yargı merciine gönderilmekte ve kanun yolundan vazgeçildiği hâlde istinaf veya temyiz yoluna başvurulması durumunda ise bu başvurular incelenmemektedir.

FRANSA İDARİ YARGISINDA UYGULANAN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAPSAMINDA TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİMİZ İÇİN GELİŞTİRİLEN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÖNERİLERİ

*Metin ENGİN**

1. BÖLÜM: FRANSA İDARİ YARGISINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINA GENEL BAKIŞ

Fransa’da idari yargıda üç farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolu bulunmaktadır:

A. SULH İŞLEMİ

Sulh işlemi usulünde, birey ile idare uzlaşarak dava açılmaması veya açılmış bir davayı sona erdirmeye hususunda anlaşmaya varmaktadır. Bu yola başvurulması için anlaşma/uzlaşma neticesinde yapılacak sulh işleminin yasa dışı olmaması, tarafların her ikisinin de bazı tavizler vermesi ve bu tavizlerin dengeli olması gerekmekte, ayrıca birey ile idare arasında tesis edilecek protokolün (anlaşma/uzlaşma) kamu düzenine uygun olması gerekmektedir.

Fransız Danıştay’ı da protokol ile devam eden bir uyuşmazlığa son verilebileceğini veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığın önlenilebileceğini kabul etmektedir. 2019 yılında, Conseil d’Etat önemli bir karar vermiş (CE, 5 Haziran 2019, Center hospitalier de Sedan, dava no. 412732) ve bu konunun koşullarına netlik kazandırmıştır. Bu davada, işlem protokolünde bir devlet memuru idareye karşı olan dava açma hakkından feragat etmiştir. Fransız Danıştay’ının bu kararına göre,

* Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

işlem olarak adlandırılan bu usul uyarınca yapılan protokolün geçerli olması için sulh işlemi protokolünün 3 koşula uyması gerekmektedir :

- 1) Sulh işleminin amacı yasa dışı olmayacaktır.
- 2) Taraflar karşılıklı ve dengeli tavizler verecektir.
- 3) Protokol kamu düzenine uygun olacaktır.

Conseil d'Etat, işlemin mevcut bir uyuşmazlığı sonlandırmak veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığı önlemek için kullanılabileceğine hükmetmiştir, ancak yazılı bir anlaşma gerekmektedir. Conseil d'Etat, Medeni Kanunun 2044. maddesine atıfta bulunmuştur. Bu maddeye göre, sulh işlemi, tarafların bir uyuşmazlığı sona erdirdiği veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığı önlediği bir sözleşmedir.

B. ZORUNLU ÖN İDARİ İTİRAZ (RAPO)

Bu usule göre, idare mahkemesinde dava açmadan önce idareye zorunlu ön itirazda bulunulması gerekmektedir. Kanunda zorunlu ön itirazın öngörüldüğü 140 muhtemel durum vardır. Bu hususlara örnek olarak vergi ödemeleri ve miktarı, vize reddi ve hatalı park cezaları gibi ihtilaflar verilebilir.

17 Mayıs 2011 tarihli Yargı İşlemlerinin Sadeleştirilmesi ve Kalitesine Dair Kanun, bu usulü devlet memurlarına ilişkin davaları kapsayacak şekilde genişletmiş, ancak reform yetersiz kalmıştır.

2015 yılından bu yana bu usulün genel ilkeleri, Kamu İdarelerinin Kamu ile İlişkilerine Dair Kanun'da yer almaktadır (Madde L 412-1 ila L 412-8). Kamu idaresi nezdinde bir talepte bulunulacağı durumlarda, zorunlu ön idari itiraz kararı olmadan bir idare mahkemesinde sunulan herhangi bir iddia kabul edilmemektedir.

Şu anda, RAPO hakkında genel anlamda bir veri bulunmamakla birlikte, Maliye Bakanlığı vergi davalarının % 99'unun RAPO aracılığıyla çözüldüğünü belirtmektedir. Örneğin, otopark cezalarıyla ilgili olarak,

Sceaux Belediyesi 2018’de uygulamaya konan 199 RAPO’dan 130’unun kabul edildiğini tespit etmiştir.

C. ARABULUCULUK

Arabuluculuk, Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun L213-1 ile L213-10 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İdari Yargı Kanununa (Madde L213-1) göre, arabuluculuk, hangi ad altında olursa olsun iki veya daha fazla tarafın uyuşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmek için üçüncü bir tarafın (arabulucunun) desteğiyle anlaşmaya varmaya çalıştığı herhangi bir yapısal usuldür. Taraflar kendi arabulucularını seçebilir veya mahkeme tarafından belirlenen arabulucuyu onaylayabilirler. Arabuluculuk, taraflar veya hâkim tarafından başlatılabilir.

Arabuluculukta, taraflar arasında uyuşmazlık taraflarca seçilen veya tarafların onayı alınarak belirlenen arabulucunun yardımı ile çözüme kavuşturulmaktadır (L213-1). Yapılacak anlaşma tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı hakları ihlal etmemelidir (L213-3). Ayrıca taraflar varılan anlaşmanın yasal olarak bağlayıcı hale gelmesi için, dolayısıyla ilam niteliğinde olması için hâkimin onayına sunabilir (L213-4). Aksi durumda varılan anlaşma hukuki yönden sadece bir sözleşme etkisi doğuracaktır.

Uyuşmazlığın tarafları yargısal süreçler dışında kendileri de arabulucu belirleyerek süreci başlatabilir ya da mahkeme başkanından arabulucu seçmesini talep edebilirler (L213-5). Tarafların arabulucuya başvurma konusunda karar almaları ile birlikte dava açma süresi durmakta, anlaşamama durumunda süre yeniden işlemeye başlamaktadır (L213-6).

Uyuşmazlık mahkeme önünde iken de arabuluculuğa başvurulabilir. Tarafların başvurusu üzerine veya hâkimin teşvik etmesi üzerine tarafların da onayı alındıktan sonra arabuluculuk süreci başlatılabilir. Seçilen arabulucu, süreç sonunda anlaşma olup olmadığını mahkemeye bildirmektedir (L213-8).

Arabuluculuğa başvurulabilecek konular belirli konularla sınırlı değildir. Kural olarak her idari uyuşmazlık arabuluculuğa müsaittir. Ancak bazı konulara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcut olup, bazı istisnalar öngörülmüştür.

2016'dan önce idare mahkemesi başkanı, tarafların kabul etmesi hâlinde uygun arabulucuyu seçebilmekteydi. 2005'ten 2015'e kadar hâkim tarafından önerilen arabuluculuğun sayısı 90 olmuş ve sadece 82 davada gerçekleşmiştir. Aynı süre zarfında, idare mahkemeleri ve temyiz mahkemelerinin yılda yaklaşık 220 bin karar verdiği görülmektedir. 2016'dan bu yana taraflar da arabuluculuğa başvurmak için inisiyatif kullanabilmektedir.

Hâkim tarafından başlatılan arabuluculuk süreci örneğinde, engelli bir çocuğun ebeveynleri bir idari dava açmış, davalı hastane sorumlu olarak kabul edilmiş ve engelin doğum sırasındaki tıbbi müdahaleden kaynaklanması nedeniyle davalı idare ebeveynlere tazminat ödemek durumunda kalmıştır. Karara göre, tazminat çocuğun rüş t yaşında gözden geçirilmelidir. Yeni bir dava süreci bu ebeveynler için meşakkatli olacağından, idare mahkemesi hem ebeveynlere hem de hastaneye arabuluculuk önermiştir. Taraflar kabul etmiş ve mahkeme bir arabulucu belirleyerek süreci devam ettirme kararı vermiştir.

Fransa İdari Yargı Kanunu; arabulucu ve yükümlülükleri, usulün gizliliği ve anlaşmanın her iki taraf için etkileri ile ilgili teminatlar sağlamaktadır. Arabulucular görevlerini tarafsızlık, titizlik ve yetkinlikle yerine getirirler. Kanun, idare mahkemelerinde görev yapan arabulucu kişilerin, dava konusuyla ilgili profesyonel yeterliliğe sahip olmasını öngörmektedir. Arabulucular, arabuluculuk konusunda eğitim almış veya önemli bir mesleki deneyime sahip olmalıdır, arabulucu yeterliliğine sahip olabilmek için en az 200 saatlik eğitim öngörülmektedir. Arabuluculukta gerekli eğitimin kalitesi, ilgili mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Arabulucu, dava konusuyla ilgili en az 5 yıllık mesleki deneyime sahip olacaktır.

Arabulucular, üst düzey profesyonellik ve arabuluculuk kalitesi sağlamak için Fransız Danıştay'ı tarafından yayımlanan “Etik Şartı” taahhüdü altına girerler. Etik şart, arabulucunun beceri, bağımsızlık, tarafsızlık ve titizlik açısından sağlaması gereken şartlara dair ayrıntılar içermektedir. Arabulucular, arabuluculuk konusundaki bilgi ve pratiklerini sürekli olarak geliştirmeyi, dava konusuyla, müzakere teknikleriyle ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili bilgilerini güncel tutmayı ve metodoloji ile ilgili etkinliklere ve sürekli eğitimlere katılmayı taahhüt ederler. Bu etik şartlara göre, bir arabulucu etik şartlara uymadığında cezai kovuşturma ile karşılaşabilir veya dava sürecine bakılmaksızın ilgili mahkeme arabulucunun görevine son verebilir. Ayrıca, bu arabulucunun arabuluculuk yapmasının engellenmesine karar verilebilir.

Son olarak gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak, arabuluculuk sürecinde verilen hiçbir bilgi veya beyan üçüncü taraflara ifşa edilemez veya adli işlemlerde ya da tahkim sürecinde kullanılamaz.

22 Mayıs 2019 tarihinde Conseil d'Etat ile Fransız Ulusal Barolar Birliği (Conseil National des Barreaux), yüksek kalite düzeyindeki arabuluculuğa erişimi teşvik etmek ve kolaylaştırmak amacıyla bir anlaşma imzalamıştır. Anlaşmada, hem hâkimler ve arabulucu olarak görev yapan avukatlar için eğitimler öngörülmektedir.

2018'de idare mahkemeleri 600'den fazla arabuluculuk yapmıştır. 2019 yılında 1.040 arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmış olup, bunların % 66'sı mahkeme tarafından başlatılmıştır. (Kaynak: Conseil d'Etat, Yıllık Kamu Raporu. İdare Mahkemelerinin 2019 Yılı Adli ve Danışma Faaliyetleri, Mayıs 2020, s. 15)

Öte yandan, zorunlu ön arabuluculuk, deneme amaçlı olarak 18 Kasım 2016 tarihli ve 2016-1547 sayılı Kanunun 5 IV maddesi ile devlet memurlarının kişisel durumlarına ilişkin davalar, sosyal hak veya yardımlara ve sosyal konut hizmetlerine ilişkin davalar için yürürlüğe konulmuştur. Bu deneme uygulaması bir yıl daha uzatılmış olup, 31 Aralık

2021’de sona ermiştir. Akabinde, deneme uygulamasının genel kapsamlı olarak uygulanması veya sona erdirilmesi amacıyla değerlendirilecektir.

Fransa’da zorunlu arabuluculuk uygulanan durumlarda, idari uyuşmazlıklar önce arabulucuya gitmekte, anlaşma olmaması durumunda arabulucudan sonra mahkeme davaya bakmaktadır. Memurların durumu, sosyal yardımlar, kıdem tazminatı ve işten çıkarma konuları 2018’den bu yana zorunlu arabuluculuk konuları olarak denenmiştir. Örneğin, işten çıkarmalarda % 90’ın üzerinde olumlu sonuç alındığı, zorunlu arabuluculuk hususunun özellikle öğretmenlerde çok başarılı olduğu, basit nitelikteki uyuşmazlık örnekleri ile sistemin kabullenilmesinin sağlandığı bilinmektedir.

Fransa’da Adalet Bakanlığı tarafından Kasım 2021 tarihinde Adalet Güven Yasası çıkarılmıştır. Bu yasa ile idari davalarda arabuluculuğu genişletmek ve idari yargıda arabuluculuğu deneysel değil kalıcı hale getirmek amaçlanmaktadır.

İdareyi çok iyi tanıyan ve idarede tecrübe sahibi olan kişiler idari yargıda arabuluculuk yapabilmektedir.

Fransa’da çok taraflı uyuşmazlığı olan davalarda arabuluculuk sisteminin daha iyi uygulandığı, ayrıca sayıca fazla personeli olan kurumlarda zorunlu arabuluculuğun teşvik edildiği görülmektedir. Örneğin, Milli Eğitim Bakanlığı’nda zorunlu arabuluculuğun uygulandığı bilinmektedir.

Fransa’da idari yargıdaki bakış açısının, tarafların dışında üçüncü bir kişinin arabuluculuk yapmasının önemli olduğu, bu sayede mahkemeye gitmekten çekinen vatandaşların arabulucuya yöneldiği anlaşılmaktadır.

2. BÖLÜM: FRANSA İDARİ YARGISINDA ARABULUCULUK

Fransa’da arabuluculuk çeşitleri:

1) Hâkim Girişimiyle Arabuluculuk

2) Zorunlu Arabuluculuk

Fransa’da genel olarak arabuluculuk İsveç sistemi göz önüne alınarak geliştirilmiştir. Hakların Savunucusu, dolayısıyla Fransa Ombudsmanlığı 2008’den beri Anayasal bir kurum olarak görev yapmaktadır. Hakların Savunucusu Kurumu İsveç’teki ombudsmanlık kurumu örnek alınarak kurulmuştur.

Sosyal ilişkileri sulh yoluyla çözmek ve hâkimin görevini sadece hukuken çözümlenmesi gereken konularla sınırlamak amacıyla Fransız Danıştayı tarafından son yıllarda alternatif uyuşmazlık yöntemleri geliştirilmeye çalışılmaktadır.

2011 yılından itibaren arabuluculuğu geliştirme çabaları yoğunlaşmıştır. Fransız Danıştayı’nın amacı dava yoğunluğunu azaltmaktan ziyade, sosyal ilişkileri barış yoluyla çözmektir.

İdare mahkemelerinde 1993’ten beri uzlaşma/sulh yetkisi bulunmakta olup, ancak bu müessese neredeyse hiç kullanılmaması nedeniyle kaldırılmıştır.

Devlet memurlarının ücret, ödenek ve sosyal yardımlar konusunda kamu idaresine itirazda bulunduğu uyuşmazlıklarda zorunlu ön arabuluculuğun denemesine, 18 Kasım 2016 tarihli ve 21. Yüzyılda Adaletin Modernize Edilmesine Dair Kanun ile başlanılmıştır. Bu kanun ile idari yargıda arabuluculuğun farklı alanlarda geliştirilmesi amaçlanmıştır.

1) Hâkim Girişimiyle Arabuluculuk :

Arabuluculuk sürecinin başlamasıyla hâkime gidiş, temyiz ve zaman aşımı konuları askıya alınmaktadır. Taraflarca arabuluculuk için adli yardım talep edilebilmektedir.

İdari yargının 2021-2022 yılı hedeflerinde hâkimler tarafından davanın taraflarını arabuluculuğa yönlendirme hedefi % 1 olarak belirlenmiştir. Yani, 2000 dosyada hâkim tarafından arabuluculuk önerilmesi istenilmiştir. Bu hedefin içeriğini ise tarafların arabuluculuğa teşvik edilmesi ve tarafların arabuluculuk sonucunu kabul etmesi oluşturmaktadır. Bu anlamda hâkimden önüne gelen uyuşmazlıklarda hangisinin arabuluculuğa uygun olduğu, hangisinin ise uygun olmadığını değerlendirmesi beklenmektedir. Bu arabuluculuk usulünde, davayı arabuluculuğa yönlendiren hâkim çözümü kolaylaştıran hâkim olarak anılmaktadır.

Arbuluculuğun bu usulünün olumlu yanları, başvuru sürelerinin kesilmesi, ardından temyize başvurma hakkının kaybolmaması, zamanaşımı süresinin askıya alınması ve arabuluculuk sürecinde adli yardıma başvurulabilmesi olarak belirlenmiştir.

Hukuken bir hâkimin de arabuluculuk görevi yürütmesi mümkündür, ancak hâkimin arabuluculuk görevi ifa edebilmesi için mutlaka arabuluculuk konusunda uzmanlaşmış ve eğitim almış olması gerekmektedir. Fransa’da hâlihazırda 1200 idari hâkim arasında sadece 10 hâkim arabuluculuk eğitimi almıştır.

Hâkim, tarafları arabuluculuk için zorlayamaz, zira arabuluculuğun temel ilkesi zaten taraflarca kabul edilmesidir. Ancak, arabulucu kişinin ikna edici olması ve tarafları anlaşmaya ikna etmesi gerekmektedir.

Kamu ihaleleri, kent planlaması, kıdem tazminatı ve tazminatla ilgili bütün ihtilaflar, pazarlığa tabi olan anlaşmazlıklar gibi idari uyuşmazlıklarda hâkim tarafları arabulucuya gidebilecekleri konusunda yönlendirebilmektedir.

Kamu ihalelerinin uygulanma koşulları, ihaleden doğan ödemeler ve cezalar, memurlarla ilgili tayin, hastalık izni, kaza sonrası tazminat, hastanelerin sorumluluğu ve sigorta davaları gibi idari dava türlerinin arabuluculuğa uygun olduğu, disiplin cezaları ile özlük hakları, kıdem ve terfi gibi idari uyuşmazlık türlerinin arabuluculuğa uygun olmadığı görülmektedir.

Genel istatistikler dikkate alındığında bazı ihtilafların arabuluculuğa uygun ve bazılarının ise uygun olmadığı ortaya çıkmaktadır. Örneğin, genelde polis ve emniyet güçleri ile yaşanan uyuşmazlıklarda bu hususlar doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğundan arabuluculuk mümkün değildir.

Arabuluculuğa konu edilecek uyuşmazlığın hukukun uygulanmasından ziyade pazarlığa uygun bir ihtilaf olması gerekmektedir. Böylece hâkim o dosyayı seçerek arabuluculuğa yönlendirebilecektir. Fransa idari yargısında önem arz eden husus, idari yargı uyuşmazlıklarındaki arabuluculuğa uygun nitelikte olan doğru dosyaların tespit edilmesidir.

Uyuşmazlık konusu hukuki değerlendirme gerektiren bir konu ise hâkimin arabuluculuğa yönlendiremeyeceğinin çok önemli olduğu görülmektedir.

Arabuluculuğa ilişkin olarak bir süre mevcut olmamakla beraber 6 ayı geçen bir arabuluculuk sürecinde uzlaşma ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmektedir.

Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaları durumunda, söz konusu kararın icra edilebilmesi için mahkeme tarafından bir karar verilmesinin talep edilmesi mümkündür. Bu durumda hâkim sadece söz konusu sözleşmenin kamu düzenine aykırı olmadığını teyit edebilecek yahut sözleşmenin kamu düzenine aykırı olduğuna hükmedebilecektir. Arabuluculuk sözleşmesinin onaylanmasını ise genellikle arabuluculuğun tarafı olan idare talep etmektedir. Böylece karşı tarafa geçerli bir evraka dayalı olarak ödeme yapılabilmesi söz konusu olabilmektedir.

Fransa idari yargısında 2019 yılında hâkim girişiyle 1040 arabuluculuk yapılmış, bunların %66'sı anlaşmayla sonuçlanmıştır.

Daha karışık uyuşmazlıklarda, bir arabulucu ile birlikte mahkeme hâkiminin de eş arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlık türleri de bulunmaktadır.

2) Zorunlu Arabuluculuk:

Bu arabuluculuk türünde, mahkemeye gitmeden evvel arabuluculuğa başvuru zorunludur. Sayıca çok olan, aynı mahiyetteki başvurular ile hukuki yoğunluğun daha az olduğu başvurular genelde bu arabuluculuk türüne girmektedir.

Fransa’da 2018 tarihinden beri zorunlu arabuluculuk uygulaması denenmektedir.

Zorunlu arabuluculuğun uygulandığı alanlar:

- Sosyal yardımlar
- Temel gelir ya da konut yardımları
- İşsizlik yardımları ve memurlarla ilgi bazı kararlar

Yukarıda sayılan alanlarda verilen kararlarda, karara konu kişinin söz konusu karar kendisine bildirildiğinde, bildirimle ilişkin belgede kişinin dava açmadan önce kurumsal arabulucuya başvurması gerektiği hususu bildirilmektedir.

Kurumsal arabulucu idare içinde saptanmış bir kişidir. İdare içerisinde arabulucu olarak belirlenmiş olan kurumsal arabulucu, söz konusu idareyi iyi tanınması nedeniyle süreç hızlı ilerlemektedir. Fransa’da en etkili olan kurumsal arabulucunun iş ve işçi bulma kurumunun arabulucusu olduğu görülmektedir. Nitekim kurumun arabulucusu, başvuruca 1 aydan kısa bir süre içerisinde cevap vermektedir.

Kurumun arabulucusunun etkinliği, söz konusu idareye ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmemesinden de anlaşılmaktadır. Bu kurumun arabulucusu tarafından verilen kararların %80’i vatandaş tarafından kabul edilmektedir. Zorunlu arabuluculuğun etkin işleminin sebepleri, hızlı çalışması ve tartışmasız meşruiyeti olması olarak görülmektedir.

Kurumsal arabuluculuk sayesinde bireylerin karşılarında sadece bir yazı görmedikleri, kendilerini dinleyen gerçek bir kişi gördükleri anlaşılmış olup, bu nedenle de kurumsal arabuluculuğun işlevsel olduğu kabul edilmektedir. Bu sistemin hak aramayı kolaylaştıran önemli bir unsur olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Nitekim Fransa’da yapılan araştırmalarda bireylerin karşılarında bir insan olduğunda ve doğrudan sorun veya sıkıntılarını o kişiye anlattıklarında, dolayısıyla idari başvuruda verilen karar ya da bir mahkeme kararı kendilerine anlatıldığında anlaşmayı ya da mahkeme kararını daha kolay kabullendikleri görülmektedir. Burada, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde tarafların dışında bir üçüncü kişinin bulunmasının önemi görülmektedir. Bu durumun da Fransa idari yargısında arabuluculuğun kalıcı hale gelmesine katkı verdiği anlaşılmaktadır.

Zorunlu ön arabuluculuk (RAPO) denemesine ilişkin toplam sonuçlar,

1 Nisan 2018 ve 31 Mart 2021 arası (Fransız Danıştayı tarafından verilen istatistikler) :

Uyuşmazlık	İştirak	Rapo Talepleri	Gerçekleşen RAPO	Sonlandırılan RAPO	Arabuluculuk Sonucu Anlaşma	Başarı oranı (Anlaşma Sayısı/ Sonlandırma Sayısı)	Ortalama Süre (Gün)
Kamu İdaresi	Avrupa ve Dış İlişkiler Bakanlığı - MEAE	11	11	10	8	80%	90
	Bölgesel Kamu Hizmetleri Yönetim Merkezleri	832	414	313	162	52%	70
	Milli Eğitim ve Yüksek Öğretim Bakanlığı	151	149	140	95	68%	52
Sosyal Uyuşmazlıklar	İş ve İşçi Bulma Kurumu	2746	2703	2644	2579	98%	30
	Ombudsmanlık	1776	1533	1257	468	37%	109
TOPLAM		5516	4810	4364	3312	76%	56,5

İdare mahkemeleri tarafından hükmedilen arabuluculuk usulleri
(Fransız Danıştay tarafından verilen istatistikler):

	Hâkim İnisiyatifile Arabuluculuk		Tarafların İnisiyatifile Arabuluculuk		TOPLAM	Değişim
	İlk Derece	İstinaf	İlk Derece	İstinaf		
2017*	31	4	37	0	72	
2018	661	22	124	0	807	
2019	907	19	112	0	1038	+29%
2020	1269	54	67	2	1392	+34%
2021**	2098	101	97	2	2298	+65%
TOPLAM	4966	200	437	4	5607	

* Gayri resmî istatistikler

** Tahmini istatistikler

Arabuluculuk usulü ile yapılan anlaşma oranı:

	Hâkim İnisiyatifile Arabuluculuk		Tarafların İnisiyatifile Arabuluculuk	
	İlk Derece	İstinaf	İlk Derece	İstinaf
2017*	100%	x	42%	x
2018	73%	22	26%	x
2019	65%	30%	40%	x
2020	41%	60%	44%	x
2021**	52%	31%	40%	x

* Gayri resmî istatistikler

** Tahmini istatistikler

3. BÖLÜM: TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİMİZ İÇİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINA YÖNELİK GELİŞTİRİLEN ÖNERİLER

➤ Fransız İdare Hukuku'nda uygulanan üç farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan biri olan sulh işlemi usulüne göre, birey ile idarenin uzlaşarak dava açılmaması veya açılmış bir davayı sona erdirmeye hususunda anlaşmaya vardığı, bu yola başvurulması için anlaşma/uzlaşma neticesinde yapılacak işlemin yasa dışı olmaması, tarafların her ikisinin de bazı tavizler vermesi ve bu tavizlerin dengeli olması ve birey ile idare arasında tesis edilecek protokolün (anlaşma/uzlaşma) kamu düzenine uygun olması şartlarının bulunduğu hususları göz önüne alındığında, Türk İdari Yargı sistemimizde de, yapılacak kapsamlı bir çalışma ve araştırma neticesinde idari yargı uyuşmazlıklarına ilişkin olarak bu usule uygun olabilecek dava konularının tür ve maddi sınır olarak belirlenmesi yoluna gidilerek vatandaş ile idarelerin anlaşarak/uzlaşarak idari dava açılmamasına veya açılmış bir idari davayı sona erdirmeye yönelik olarak bir protokol düzenleyebileceği, bu sistemin adına anlaşma, uzlaşma ya da bir başka isim verilebileceği değerlendirilmektedir.

➤ Fransız idari yargısında uygulanan diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ise zorunlu ön idari itiraz olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu usule göre idari yargıda dava açmadan önce, idareye zorunlu ön itirazda bulunulması gerekmektedir. Fransa modelinde, kanunda zorunlu ön itirazın öngörüldüğü 140 muhtemel durumun olduğu, bunlardan bazılarının vergi ödemeleri ve miktarı, vize reddi ve hatalı park cezaları olduğu anlaşılmaktadır.

Türk İdari Yargı sistemimizde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde, idare tarafından tesis edilen bir işlemin, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesis edilmesi

üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan ilgililer tarafından 60 gün içinde, yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idare tarafından tesis edilen bir eylem nedeniyle hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak, haklarının yerine getirilmesini isteyebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Uygulamada, bu başvuruların etkin bir şekilde kullanılmadığı ve ilgililer tarafından bu ihtiyari yola gidilmeden dava açılması yöntemine başvurulduğu görülmektedir.

Bu anlamda, kapsamlı bir araştırma ve çalışma yapılarak belirlenen uyuşmazlık türleri için idari başvurunun zorunlu hale getirilmesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak etkili bir sistem olacağı ve belirlenen idari uyuşmazlık türleri için idari yargıya gidilmeden çözüm sağlayacağı değerlendirilmektedir.

➤ Son olarak, Türk İdari yargı sistemimizde, kamu gücünün kullanılmadığı ve idari uyuşmazlığın hukukun uygulanmasından ziyade pazarlığa/anlaşmaya uygun bir ihtilaf olduğu idari dava türlerinde arabuluculuk sisteminin kullanılabileceği değerlendirilmektedir. Bu anlamda tazminat, ecrimisil, idari para cezaları, kamulaştırma ve hukuki el atma davalarından doğan parasal uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olduğu düşünülmektedir. Burada önem arz eden husus, arabuluculuğa konu edilecek uyuşmazlığın hukukun uygulanmasından ziyade pazarlığa/anlaşmaya uygun bir ihtilaf olması gerektiğidir. Dolayısıyla idari davalarda uygulanabilecek olan arabuluculuğa uygun nitelikteki idari dava konularının kapsamlı bir çalışmayla belirlenmesi gerekmektedir.

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN İDARİ İHTİLAFLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ - ENGELLER, ÇÖZÜM ÖNERİLERİ¹

Prof. Dr. Nilay ARAT*

Değerli hazirunu saygıyla selamlayarak, başta Doç. Dr. Eda Manav Özdemir olmak üzere, organizasyonda emeği geçen tüm emekçilere şükranlarımı sunarak konuşmama başlamak isterim. Bugün burada doktora tez konusu olarak çalıştığım konunun bir kere daha tarafımca tartışılması fırsatını bana verdikleri için bu değerli akademik toplantıyı gerçekleştirenlere teşekkür ediyorum.

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın Türk İdare Hukuku'nun kapsamına giren idari uyuşmazlıkların çözümü bakımından uygulama kabiliyetine sahip olup olmadığı ya da önerilip önerilemeyeceği konusunda yapılacak değerlendirmede idari uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmesi önündeki engellerin irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu kapsamda öncelikle idari uyuşmazlığı doğuran ilişkiyi mercek altına almak ve alternatif yöntemlerin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılageldiği özel hukuk uyuşmazlığı ile idari uyuşmazlığın temelindeki

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 02-03.02.2023 tarihlerinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen “Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nda sunulan işbu tebliğ konuşmacının daha önce yayımlanan “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan Sayısı, C.LXIX, Sayı 1-2, İstanbul 2011, s. 891-906 yayımı ve bu yayımdaki fikirler ve kaynaklar ile Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve T.C. Adalet Bakanlığı ortaklığında yürütülen ‘İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay’ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi’ kapsamında 30-31.01.2023 tarihlerinde gerçekleştirilen İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu: En İyi Uluslararası Uygulamalar ve Türk Sistemi Reformu etkinliğinde sunulan “Türk İdari Yargı Sisteminde Yargı Öncesi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları” başlıklı bildiri temel alınarak oluşturulmuş ve sunulmuştur.

hukuksal ilişkiler arasında bir karşılaştırma yapmak gerekecektir. Bunu takiben de söz konusu uyuşmazlıkların yargılama usullerindeki amaçsal ve işlevsel farklılıkların karşılaştırılması yapılarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklar bakımından uygulama kabiliyetine sahip olup olmadığı konusunda bir yargıya varılacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı dışı yöntemler olarak kullanıldığı özel hukuk uyuşmazlıkları ile kamusal ilişkiden kaynaklı idari uyuşmazlıkların nitelikleri arasındaki farkları ele alacak olursak, öncelikle bu ilişkinin taraflarının “irade”lerinden bahsetmek gerekecektir. Özel hukuk ilişkisinde irade ve sözleşme serbestisi çerçevesinde hareket etmek söz konusuysa kamusal ilişkide yasal/yönetmelik çerçevesinde “yetkilendirilmiş” idare yer almakta; bunun yanında özel hukuk ilişkisinde herhangi bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymadan “eşit” şartlarda hukuksal ilişki kuran özel hukuk kişileri söz konusuysa, “yetki” ile hukuksal ilişki kurmak zorunda olan idarenin özel hukuk kişileriyle kurduğu hukuksal ilişkide “kamu gücü” ile hareket etmesi sebebiyle “eşitler arası” olmayan bir ilişki karşımıza çıkmaktadır.

Kamusal ilişki bu ilişkinin tarafları olan idare ve özel hukuk kişinin arzu ve istekleri dışında ve hatta bunları aşan dış şartlar ve nesnel olaylar çerçevesinde belirlenmekteyken özel hukuk ilişkisinde tarafların ilişkinin dışındaki unsurların etkisi altında, kamusal ilişkideki kadar, kalmadıkları söylenebilecektir. Söz konusu bu nesnel unsurlar kamusal ilişkinin belirleyici özelliği olduğu gibi kamusal ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri olan idari yargının amacını da özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri olan adli yargıdan farklılaştırmakta, idari yargıyı idari faaliyetlerin, kamu yararının ve hukuka uygunluğun denetleyicisi konumuna büründürmektedir.

Özel hukuk ilişkilerinde özel kişiler arası eşit irade ile kurulan ilişkilerin karşısında kamusal ilişkide kamusal kişilerin davranışları düzenlendiğinden özel hukuktaki iradenin karşısında kamu hukukunda

yetki söz konusudur. Buradan hareketle idarenin kendinden önce belirlenmiş objektif kurallara göre davranma zorunluluğu tasarruflarının da hukukilik denetimine tabi olması zorunluluğunu sonuçlar. İdare bir yandan kamu gücü kullanması sebebiyle bireylerle eşit bir biçimde hukuksal ilişkiye girmemekte bir yandan da bu kamu gücünü hukuka bağlı kullanması zorunluluğu gereği, özel hukuk ilişkisindeki serbest iradeye sahip olmamaktadır. İdarenin iradesinin önceden belirlenmiş objektif kurallarla bağlı olarak tezahür etmesi zorunluluğu kamusal ilişkiden çıkan uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile halli önünde engel teşkil edebilecektir.

Bunun yanı sıra özel hukuk ilişkisi ile kamusal ilişkiyi ayırd eden bir diğer önemli husus bireysel yarar-kamu yararı amaçlarıdır. Özel hukuk ilişkisindeki bireysel/şahsi yarar karşısında kamusal ilişkide kamu yararı yer almaktadır. Özel hukuk kişileri kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka- kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla kanunen yasaklanmamış konularda ilişki kurabilir ve kendi yararları doğrultusunda söz konusu ilişkiyi arzu ettikleri sonuca vardırabilirken idare, “kanuni idare” ilkesi çerçevesinde kuracağı hukuksal ilişkilerde “statü hukuku” olmanın gereği olarak kanuni yetki ile kanuni sebebe bağlı hareket edecek ve bu çerçevede kamu yararına yönelmiş tasarruflarda bulunacaktır. Özel hukuk ilişkisinde tarafların karşılıklı uyuşan iradeleriyle şekillendirilebilen ilişki kamusal ilişkide “kanuni idare” ilkesi kapsamında kanunun emretmesiyle bağlı olarak şekil alabilecektir. Bunun gibi kamusal ilişkide şekil serbestisi de söz konusu değildir. Gerek idarenin hukuka bağlı kalmasının bir göstergesi gerekse özel hukuk kişilerinin haklarının korunması bakımından şekil şartlarına – en temelde yazılılık esası- bağlılık kamusal ilişkinin bir diğer ayırd edici yönü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel hukuk uyuşmazlığı ile idari uyuşmazlığın temelindeki hukuksal ilişkinin farklılıklarının yanı sıra söz konusu uyuşmazlıkların

çözümündeki usuller bakımından da farklılıklar söz konusudur. Nitekim, eşit ve serbest irade ile hukuksal ilişki kuran özel hukuk kişilerinin ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile kanuni yetkiye dayalı olarak kamu gücü kullanarak eşit ve serbest olmayan bir konumda hukuksal ilişkiye giren idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi oldukları maddi hukuk, çözümlerinde izlenen usul ve bu usulün amaçları farklılık arz etmektedir.

Medeni yargılama usulünün amacı çoğunlukla " taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, "hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek", " taraflar arası uyuşmazlığı çözmek/ortadan kaldırmak", "adalete ve gerçeğe ulaşmak", "hukuksal barışı sağlamak ve korumak", "objektif hukukun korunması", "hukuki güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek", "hukuk düzenini gerçekleştirmek", "hukukun gelişimini sağlamak", "ihkakı hakkın ikamesi olmak" şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Medeni yargılama usulündeki amaçların - hukuk düzenin korunması, toplumsal barışın sağlanması gibi - bir kısmının idari yargılama usulü bakımından da geçerli olduğu söylenebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, idari yargılama usulünde bu amaçların da ötesinde ve özellikle "çözümlenen uyuşmazlığın boyutlarını aşan" bir durum söz konusudur.

Özel hukuk ilişkisiyle kamusal ilişki arasında biraz önce belirtilen farklar çerçevesinde, özel hukuk ilişkisinin bireysel/şahsi menfaatler arasında gerçekleşen ve eşit konumdakiler arasında irade serbestisine dayalı olarak oluşturulan ve kural olarak yine ilişkiye eşitlik ve serbestlik ilkesi çerçevesinde son verilebilen yönü sebebiyle eşit "hak, menfaat ve irade"den kaynaklanarak "nisbi ve dar " bir alana etki eden hukuksal ilişkilere özel hukuk ilke ve kuralları uygulanması ve karşı karşıya gelen menfaatleri uzlaştırmaya yönelik amaca sahip olması medeni yargılama usulünü tanımlamaktadır. Bu çerçevede hukuksal ilişkinin doğduğu noktadan neticelenmesine kadar geçen süreçte,

hukuksal ilişkinin yöneldiği amaç, ortaya çıkış sebebi, yapılış usulü, tabi olduğu şekil şartları ve hukuk düzeninde doğurduğu sonuç yönlerinden özel hukuk ilişkisi ile kamusal ilişki arasında ortaya çıkan farklılıklar yargılama usulüne ve buradaki amaca da yansımaktadır. Nitekim, özel hakların çatışmasının giderilmesi bir yanda özel menfaatler ile bir yetkinin kullanılması çerçevesinde ortaya konan kamusal yarar arasındaki dengenin sağlanması diğer yanda karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle idari yargılama hukukunda temel amaç ve işlev, medeni yargılama hukukundan ve özel hukuk uyuşmazlıklarının uygulanageldiği alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacından farklı olarak, uyuşmazlığın taraflarının çıkarlarını uzlaştırmaya yönelik menfaat temelli bir amaçtan ziyade kamu yararını tesis etmek üzere idare işlevi çerçevesinde kamu gücü kullanılarak ortaya konan tasarrufların hukuka uygunluğunun denetimidir.

Dolayısıyla idare yargıcı medeni yargılamada tarafların menfaatlerine odaklı olarak hukuk kuralları ile "hak ve nesafet" kurallarına göre bir irdeleme yaparak haksızlığın giderilmesi ve ortaya bir zarar çıkmışa bunun giderilmesi amacını güderken, idari yargılama yargıcı uyuşmazlığın taraflarının menfaat ya da iradelerinden bağımsız olarak "idarenin idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını" amaçlamaktadır. Bunun yanında idare yargıcı, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile kamusal yarar arasındaki dengeyi gözetken fonksiyonu yanında idarenin iyi işleyişini, faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmesini de gözetir.

İdari uyuşmazlığı doğuran kamusal ilişkinin özelliği ile söz konusu uyuşmazlığın çözümü usulünün amacı ve işlevi bir arada düşünüldüğünde -biraz önce de ifade edildiği üzere- idarenin iradesinin önceden belirlenmiş objektif kurallara uygun olması zorunluluğu bu iradenin tezahürü olan tasarrufların "hukukilik" denetimi dışında bir denetime bırakılamayacağı sonucunu ortaya koyar, ki bu da kamu gücü

kullanımının denetiminin yargısal denetim dışına çıkarılamayacağı sonucunu doğurur. Öyleyse, yargılama içeren alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin (yargısal ADR) idari uyuşmazlıkların denetimine elverişli yöntemler olmadığı söylenebilir. Bu elverişsizliğin yanı sıra, İdare Hukuku disiplini çoğunlukla içtihat hukuku ile gelişmiş ve eski yoğunluğu geçerli olmasa da halihazırda da içtihatlarla gelişmeye devam eden bir disiplin olarak söz konusu alanın gelişimi bakımından yargılama içeren alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklarda kullanılması gelişimi önünde bir engel de teşkil edebilecektir. Buna paralel olarak yargılama içermeyen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözülmesi sonucunu sağladıklarından İdare Hukuku disiplininin gelişimi önünde bir engel teşkil ettikleri ifade edilebilir. Ancak, bu şekilde bir uyuşmazlık çözümü aynı zamanda idari uyuşmazlığın yargı önüne gitmeden çözümünü sağlamak ve zaman zaman idari usul içerisinde idari tasarrufun oluşum aşamasında kullanıldığı taktirde “iyi yönetim”, “idare ile birey arasındaki süregiden ilişkilerin korunması”, “idarenin yargısal süreçlerde taraf olmadan faaliyetlerini daha verimli bir biçimde yerine getirebilmesi” gibi pek çok faydayı da beraberinde getirecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilme sebeplerinden ve de önemli bir özelliği olan “gizlilik” ilkesi, devletin yargılama faaliyetindeki alenilik ilkesi ile çelişir bir biçimde, söz konusu uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklarda kullanılması önünde bir engel olarak görülebilir.

Buna ek olarak, idare yargıcının İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 20 kapsamında sahip olduğu yargılama önüne gelen idari tasarrufun hukuk düzenine çıkış aşamasında eşit olmayan taraflar arası ilişkinin yargılama sürecinde eşitlenmesine (silahların eşitliği) hizmet eden re’sen tetkik yetkisi ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini değerlendirmek gerekir.

Medeni yargılama usulünde değerlendirme konusu yapılan, tarafların bireysel menfaatleri ve hedeflenen amacın bu menfaatlere dayalı haksızlığın giderilmesi, varsa zararın tazmini olduğundan, bireysel yararları yine buna sahip olan uyuşmazlık taraflarının daha iyi bileceğinden hareketle yargılama sürecini yönlendirmede çıkar sahibi olan taraflara geniş alan bırakılmıştır. Ancak, idari yargılama usulünde idarenin sahibi olduğu kamu gücü ve buna tanınan ayrıcalık sebebiyle - tasarrufların tek yanlılığı, icra edilebilirliği, hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi - bireyler lehine dengeleyici olması bakımından idare yargıcına tanınan "re'sen tetkik" ilkesi çerçevesinde davalarda lüzum gördükleri belgelerin ve bilgilerin taraflardan istenmesi yetkisi karşımıza çıkar. Uyuşmazlığın tarafı olan özel hukuk kişisi uyuşmazlık konusunu oluşturan idari tasarrufun hukuk düzenine çıkış sürecinde katılıma/irade bildirimine sahip olmadığı halde, hukuka aykırılığını iddia ettiği tasarrufun hukuk düzeninden kaldırılması bakımından ispat külfeti altındadır. Dolayısıyla idare yargıcına verilen bu yetki, gerek yargılama neticesinde kamu düzenine ilişkin konularda sağlıklı bir sonuca ulaşılması için, gerekse idarenin hukuka uygunluğunun kapsamlı bir inceleme ve araştırmayı gerektirmesi gerekçesiyle önem arz etmektedir.

Medeni yargılama usulünün biraz evvel bahsedilen amaçları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle de sağlanmaya müsait olmakla birlikte idari yargılama ile amaçlanan idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini idare karşısında korumak amaçlarının alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile sağlanması, özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanıldığı şekliyle, pek mümkün görünmemektedir. Nitekim, biraz önce de ifade edildiği üzere özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde tarafların menfaatlerinin uzlaştırılması sonucu hukuk düzeni de korunmuş olmaktadır. Ancak, idari yargılamada amaç hukuk düzeninin korunması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü ile donatılmış idare karşısında etkin

bir biçimde korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda idarenin bağlı yetki çerçevesinde aldığı kararlar bakımından idari yargıya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku'nun özellikleriyle örtüşmeyeceği söylenebilirse de; idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda, düzenleme konusu yapılmış bir "Genel İdari Usul Yasası" çerçevesinde yargılama içermeyen ve idari usul içine yerleştirilmiş uyuşmazlık önleyici mekanizmalar ile uyuşmazlıkların yargı önüne gitmeden giderilmesi yolları öngörülmesi daha uygun bir çözümü sonuçlayacaktır.

Bu kapsamda mevcut mevzuatta idari uyuşmazlıklar için öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini belirtilen bu engeller çerçevesinde değerlendirmek gerekirse, yargılama içeren ve kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince gördürülmesi sözleşmeleri bakımından anayasal çerçevede mümkün olan “tahkim” kurumu yanında yargılama içermeyen alternatif yöntemler ele alınacak olursa;

- idari işlemler bakımından İYUK madde 11 ile idari işlemin hukuka uygunluğunun yargı yoluna gidilmeden işlemin ilgilisi tarafından idarenin değerlendirilmesine sunulması ve idarenin işlemi gözden geçirmesi,

- idari işlemlerden kaynaklanan zararlar kapsamında *Genel Bütçe Kapsamındaki İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname* madde 12 gereği idareye başvurarak “sulh” yoluyla talep edilmesi,

- idari eylemlerden kaynaklanan tazminat taleplerinin İYUK madde 13 kapsamında uyuşmazlığı yargı önüne götürmeden önce zararın idareye başvurularak giderilmesinin zorunlu bir başvuru olarak öngörülmesi ki bu kapsamda yapılan *Genel Bütçe Kapsamındaki İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname* madde 12 kapsamında bir “sulh” başvurusu,

- 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun ve uygulama yönetmeliği kapsamında terörle mücadele kapsamında ortaya çıkan zararlar konusunda da zararın tayin ve tazmini amacıyla idareye yapılan bir zorunlu başvuru,

- kurumsal alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'na ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na yapılan başvurular,

diğerleri yanında ön plana çıkan ve yargısal olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini teşkil etmektedir.

Halihazırdaki mevzuat çerçevesinde idari uyuşmazlıkların hallinde yargısal olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri değerlendirilmek gerekirse bunların idari işlemlerden ve idari eylemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar olarak ayrıldığı İYUK madde 11 başvurusu dışındakilerin ekseriyetle zarar tazmini üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Mevzuat kapsamında düzenleme konusu yapılan bir takım alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olmakla birlikte uygulamada bu yöntemlere başvurulması pratiğinin geliştiğini söylemek zordur. Özellikle zarar tazmini bakımından öngörülen yöntemlerin idarelerin bütçe kısıtları ve yargı kararı olmaksızın zarar tazminine yönelme reflekslerinin olmaması sebebiyle kullanımına rastlanmadığı gözlemlenmektedir. Mevcut mevzuat kapsamında kullanım alanı olan ve zarar tazminine yönelik uyuşmazlıkların çözümündeki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, kurumsal mekanizmalar bir yana bırakılacak olursa, idarenin kendi bünyesindeki komisyonlarca yürütülüyor olması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel çerçevesine ve tarafların uyuşmazlıklarını “tarafsız 3. kişi aracılığıyla” çözmelerine hizmet eden bir imkân sunmamaktadır. Söz konusu bu işleyişin tarafsız bir uyuşmazlık çözen mekanizma ile yürütülmesinin olası mevzuat değişiklikleri ile sağlanması bu kapsamda önerilebilir.

Bunun yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari uyuşmazlıklar bakımından uygulanması yönünde yapılacak olası düzenlemeler bakımından bir takım öneriler ortaya koymak gerekirse, öncelikle idarenin yargısal denetimi çerçevesinde bu yöntemlerin bir seçenek olmadığı, buna göre de söz konusu bu yöntemlerin uyuşmazlıkları çözümlemek noktasında ikame olmak yerine “mahkeme yargılamasının ön koşulu” olarak zorunlu bir başvuru yolu şeklinde değerlendirildiği, idari işleyişi düzenleyen ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından da rehberlik sunan bir Genel İdari Usul Kanunu’na olan ihtiyacın altı çizilmelidir. Bu çerçevede, idari uyuşmazlıkların “niteliği” ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin “niteliği” dikkate alınmalı ve her uyuşmazlığın söz konusu yöntemler ile çözüme müsait olmadığı, farklı uyuşmazlıkların farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini gerektirebileceği dikkate alınmalıdır.

Biraz önce açıklandığı üzere idarenin bağlı yetki ile ortaya koyduğu tasarruflar bakımından söz konusu yöntemlerin elverişsiz olduğu, idarenin kamu düzenini korumak ve kamu yararını sağlamak amacıyla yasal yükümlülüklerini yerine getirmek üzere ortaya koyduğu tasarruflarda ve idarenin takdir yetkisi olmayan durumlarda, ortaya çıkan idari işlemin iptaline yönelik uyuşmazlıkların söz konusu yöntemler ile giderilmeye uygun olmadığı ve idarenin yargısal denetimine bir alternatifin olmayacağı belirtilmelidir. Bu kapsamda, idari uyuşmazlığın yargı önüne gitmeden giderilmesine yönelik işleyişin yargısal olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile mümkün olduğu belirtilmelidir. Bunun yanında, tazminat talebi içeren uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmeye daha elverişli olduğu vurgulanmalıdır. Özellikle de mevcut sistemde Belediye Kanunu madde 13/1 hükmünde olduğu gibi idari tasarrufların oluşumu aşamasında bireylerin/çıkar gruplarının karar alma süreçlerine şeffaflık sağlanarak katılım yoluyla dahil edilmesini içeren yöntemlerin

artırılması ve dolayısıyla karar alma sürecine dahil olan ve kararın oluşmasına katkıda bulunma imkânı verilen birey ya da grupların ileriki süreçte bir uyuşmazlık tarafı olma ihtimallerinin en aza indirgenmesi suretiyle uyuşmazlıkların yargı önüne gitmeden çözümlenmesi yanında idare-birey ilişkisi çerçevesinde güvenin tesisi ve çatışmanın en az düzeye indirilmesi sağlanmalıdır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mevcut sistem içindeki yeri, uygulama örnekleri ve bu çerçevede karşılaşılan aksaklıklar ile olası önerilere ilişkin daha kapsamlı bilgiyi tartışmalar kısmına bırakarak şahsıma burada tanınan zamanı aşmamak adına burada sözlerime son veriyor ve sabrınız için şükranlarımı sunuyorum.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
CUMHURBAŞKANLIĞI İDARİ İŞLER BAŞKANLIĞI
HUKUK VE MEVZUAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

Ankara 2023