

ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ VE ELVERİŞLİLİĞİN TESPİTİNDE ÖLÇÜT ÖNERİLERİ*

THE ELIGIBILITY OF JOINT-STOCK COMPANY DISPUTES FOR MEDIATION AND SOME CRITERIA-PROPOSALS ON ELIGIBILITY**

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU***

ÖZ

Hukuk uyuşmazlıklarında pozitif düzenlemeye dayanan arabuluculuk 2013 yılından itibaren Türkiye’de uyuşmazlık çözümünün önemli bir bileşeni haline gelmiş, 2017 yılında dava şartı olarak düzenlenmesiyle birlikte ise adeta yargının bir eklentisi haline gelmiştir. Ancak bir yargılama faaliyeti olmaması, üçüncü taraf ve kamu menfaatlerini gözetilen bir karar verici tarafından yürütülmemesi, bütünüyle taraf iradesiyle şekillen bir süreç olması nedeniyle arabuluculuğa her hukuki uyuşmazlık konu olamayacaktır. Arabuluculuğa elverişlilik bakımından kanun koyucunun belirlediği “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” ölçütü son derece genel ve çerçevesi bakımından belirsizdir. Çok yönlü menfaat denge ve döngüsünün hâkim olduğu şirketler hukukunda, ifade olunan “tasarruf serbestisinin,” dolayısıyla “arabuluculuğa elverişliliğin” sınırları daha da belirsiz hale gelmektedir. Bu çalışmada anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulmakta ve elverişliliğin tespiti hususunda bazı ölçütler önerilmektedir. İlgili değerlendirme ve öneriler yapılarına uygun düştüğü ölçüde diğer sermaye şirketleri bakımından da geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuğa elverişlilik, kamu düzeni, anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları.

ABSTRACT

The formal mediation in civil disputes has been a significant component of dispute resolution in Turkey since 2013. After being issued as an action cause in 2017 it became an annex to the jurisdiction. Since it is entirely formed by party will and not a jurisdiction activity that is carried out by a decision-maker, who considers also public and third party interests, not every civil dispute is going to be mediation’s topic. The law-maker’s eligibility-criterion of “the civil disputes arising from transactions that are at the free disposal of the parties” is too wide and its frame is uncertain. In corporate law, where the versatile interest balance dominates, the borderlines of “free disposal” and the “eligibility to mediation” become even more unclear. This study contains some evaluations and criteria-proposals on eligibility for mediation in regard of joint-stock company disputes. As long as it is suitable to their structure, these evaluations and criteria can be taken in consideration for other corporations too.

Keywords: Eligibility for mediation, public order, joint-stock company disputes.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 19.11.2021 / Kabul Tarihi: 21.12.2021).

** Bu makale, AYBÜ Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen “4. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda” tebliğ olarak sunulmuştur.

*** Doç. Dr. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ceminoğlu@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6219-3360).

Atıf/ Citation: **Eminoğlu**, Cafer (2021), “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, TFM, C: 7, S: 2, s. 265-284.

I. GİRİŞ

2013 yılında 6335 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun (HUAK) yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türkiye’de kurumsal resmi arabuluculuk hukuk uyuşmazlıkları bakımından ihtilaf çözümünün yadsınamaz bir parçası haline gelmiştir. İlgili düzenlemeyle hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesi öncelikli olarak ihtiyari temelde uygulanmaya başlanmıştır. 2018 yılından itibaren ise iş hukuku uyuşmazlıkları ile başlamak üzere zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir.

Herhangi bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine konu olabilmesi için öncelikle ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması gerekir. Zira elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk süreci başlatılamayacağı gibi süreç başlatıldıktan sonra elverişsizliğin tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer (HUAK m. 17/1 -d).

Şirketler hukuku uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği gerek uygulama bakımından gerekse teorik açıdan tartışmalı ve önem arz eden bir husustur. Bu tartışma ve kaygıların öncelikli nedeni şirketler hukukunun ve bu temeldeki uyuşmazlıkların ekseriyetle çok taraflı menfaat ilişkisinden doğması veya bu tür menfaat yumağına etki etmesi, bununla birlikte ilgili menfaat sahiplerinin tamamının usuli açıdan taraf sıfatını haiz olmamalarıdır. Bu anlamda şirket organlarının aldıkları kararların iptaline, şirketin feshine, şirketler topluluğunda hâkim şirketin yol açtığı kayıpların denkleştirilmesine ve yapısal değişikliklerde denkleştirme akçesine ilişkin uyuşmazlıklar, uyuşmazlıklardan etkilenenler ile bu tür uyuşmazlıklardaki taraf sıfatının tam manasıyla kesişmediği ihtilaflara örnek gösterilebilir. Bu ve benzeri uyuşmazlıkların usuli anlamda taraf sıfatını haiz olanların ya da bunların organ ve temsilcilerinin katılacağı müzakereler neticesinde nihai olarak

arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyeceği, bir başka ifadeyle bu tür uyuşmazlıkların dayandığı iş ve işlemler üzerinde taraflarının serbest tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı hususunun tespiti ticari yargı ve arabuluculuk bakımından elzemdir. Bu tartışma genel elverişlilik sürecine ilişkin olduğundan ihtiyari ve “dava şartı” arabuluculuk bakımından aynı düzeyde caridir.

Bu çalışmayla, ifade edilen bağlamda şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği hususu ele alınmakta ve elverişliliğin tespitine ilişkin bazı ölçütler önerilmektedir. Konuya ilişkin birtakım somut uyuşmazlıklar ve yüksek yargı kararları üzerinden de değerlendirmeler yapılarak durum tespiti yapılması ve bilimsel kanaatlerin arz edilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın konusunu öncelikle anonim şirketlere ilişkin uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Ancak çalışmada yer verilen değerlendirmeler yapılarına uygun düştüğü ölçüde diğer sermaye şirketleri için de geçerlidir.

II. ARABULUCULUK VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Arabuluculuk dostane ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir. Tarafların kendi uyuşmazlıklarına ilişkin çözümlerini bulmalarına yardımcı olunmasını amaçlar. Bu nedenle arabulucunun görevi bu hususta taraflara destek olmak, onları görüştürmek, müzakere için uygun ortam ve şartları hazırlamak, ayrıca bütün bunları sistematik müzakere ve iletişim tekniklerini kullanarak icra etmektir. Arabuluculukta çözüm dayatma ya da çözüme zorlama söz konusu olmadığı gibi bir karar mercii olamayan arabulucu da uyuşmazlığın esasına ilişkin hüküm kuramaz, taraf iradelerinden bağımsız bir anlaşma veya karar metni oluşturamaz. İfade edilen bu hususlar dünyada arabuluculuk ve

uygulaması için genel olarak kabul edilen ortak niteliklerdir.

Türkiye’de ihtiyari temele dayanan arabuluculuk düzenleme ve uygulamaları ifade edilen dünya uygulamasıyla büyük ölçüde uyumludur. Nitekim arabuluculuğu düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun m. 2/1-b hükmünde arabuluculuğu şu temel hususlar üzerinden tanımlamaktadır:

“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirmek”

“Tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirmek”

“Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilmek”

“Arabuluculuk sürecinin uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülmesi”

Görüldüğü üzere arabuluculuğun temelinde iletişim süreci ve müzakere yatmaktadır. Arabulucunun uyuşmazlığı çözmek gibi bir vazifesi bulunmaktadır. Bunun yerine çözümü geliştirmeleri ve sağlamaları için taraflara yardımcı olur.² Arabulucunun hüküm verme yetkisi, dolayısıyla uyuşmazlığı nihai olarak çözüme görevi bulunmaması, arabuluculuğu tahkim ve devlet yargısından ayırır.

Bununla birlikte 2012 tarihli HUAK ile Türkiye’de tamamıyla ihtiyari temelde başlayan arabuluculuk uygulaması 2018 yılından itibaren, sürecin başlatılması bakımından kademeli olarak zorunlu hale getirilmeye başlanmış ve bu yönüyle dünya uygulamasından farklılaşmıştır. HUAK ile genel çerçevesi çizilen arabuluculuk müessesesine başvuru, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu³ ile kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda dava şartı haline getirilmiştir (m. 3/1). Sonrasında, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun⁴ ile TTK’ya, konusu para/tazminat alacağı olan ticari uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulmasını dava şartı olarak düzenleyen 5/A maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme gerek kanun yapım tekniği gerekse lafzının içerdiği belirsizlikler nedeniyle eleştirilmiştir.⁵ 7155 sayılı kanunla ayrıca, 18A maddesi HUAK’a eklenmiş, bu hükümle dava şartı arabuluculuk süreci bu kez uyuşmazlık türünden bağımsız ve genel olarak düzenlenmiştir.

Son olarak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a eklenen 73A maddesiyle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması kural olarak ve belirli uyuşmazlık türleri haricinde dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, dava şartı olarak ifade olunan Türkiye’ye özgü arabuluculuk düzenleme ve

¹ Arabulucunun, arabuluculuk sürecine ve taraf iradelerine müdahalesi veya etkisi bakımından tartışmalı olan, arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesine olanak tanıyan bu ilave, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 17’nci maddesi ile ilgili hükme eklenmiştir.

² Bkz.: **İldir**, Gülgün (2004) “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (TBB Yayınları, Ankara), s. 100; **Tanrıver**, Süha (2011) “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 184;

Eminoğlu, Cafer & Erdoğan Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, s. 29.

³ 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴ 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁵ Bu hususta bkz.: **Eminoğlu & Erdoğan** (2020), s. 216.

uygulanmasında dahi ne taraf nihai çözüme zorlanmakta ne de arabulucu taraflara bir çözüm dayatabilmekte ya da uyuşmazlık konusunda bir hüküm verme olanağına kavuşmaktadır. “Zorunluluk” arz eden husus uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin olmayıp bütünüyle dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasına yöneliktir. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk sürecine taraflar hâkim olup, süreç taraflardan biri tarafından ya da her iki tarafın ortak iradesiyle zorunlu aşama olan arabulucuya başvuru aşamasından sonra her aşamada anlaşma ile ya da anlaşmazlıkla sonlandırılabilir.

Görüldüğü üzere gerek ihtiyari gerekse dava şartı arabuluculukta “süreç” taraf iradelerinin kontrolündedir. O halde, çalışmamızın konusu bağlamında belirtmek gerekir ki, HUAK m. 1/2 hükmünde de ifade edildiği üzere, arabuluculuğa ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları elverişlidir.

III. GENEL OLARAK ARABULUCULUĞA ELVERİŞİLİK VE “KAMU DÜZENİ” ÖLÇÜTÜ

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa konu olabilmesi için, yukarıda da değinildiği üzere, o uyuşmazlığın taraflarınca nihai olarak sonlandırılabilme koşulunu taşıması gerekir. Bunun nedeni bir alternatif/dostane uyuşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuğun taraflarca şekillendirilen ve taraf iradelerinin hâkim olduğu bir süreç olmasıdır. Nitekim arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığı gibi, ilgili süreçte kural olarak tarafların iradelerinin aksine hüküm/karar veren bir merci de

bulunmamaktadır. Arabulucunun vazifesi uyuşmazlığa ilişkin bir karar vermek değil, uyuşmazlığın taraflarınca çözülmesi için taraflara yardımcı olmaktır.

Şu halde ne tür uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu olabileceği ve nihai olarak bu yolla çözülebileceği hususu öncelikle ele alınması gereken bir meseledir. Bu konuda kanun koyucunun kâfi derecede açıklık sağlayacak düzenlemelere yer verdiği söylenemez. Örneğin arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar açıkça ya da bir katalog şeklinde sayılmamış ya da uyuşmazlık bazında elverişliliğe ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır.

HUAK m. 1/2 hükmü arabuluculuğa elverişlilik hususunu düzenlemektedir. Burada öncelikle özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa konu olabileceği ifade edilmektedir. Ne var ki her özel hukuk uyuşmazlığı arabuluculuğa elverişli değildir. Bu husus ilgili hükümde elverişliliğe ilişkin olarak yapılan “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” şeklindeki sınırlamayla ortaya konmaktadır. Bunun haricinde somut bir sınırlama aile içi şiddet bakımından yapılmıştır. Buna göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Görüldüğü üzere kanun koyucu elverişlilik hususunda, gelişime ve değişime uyum sağlayacak genel bir çerçeve çizmeyi tercih etmiştir.⁶

HUAK m. 1/2 hükmünde bir uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşımasının ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa konu olmasına engel teşkil etmeyeceği hususunu da düzenlemektedir. Bununla birlikte ilgili kanunda “yabancılik unsurundan” ne anlaşılması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Bu hususta kanaatimizce kıyasen 4686 Sayılı

⁶ **Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Baskı 2, İstanbul, Onikilevha, s. 48 vd.

Milletlerarası Tahkim Kanununun (MTK) m. 2 hükmü uygulanabilir.

Türkiye’de kanun koyucu, arabuluculuğa elverişliliği düzenlerken, uyuşmazlık alan sınırlaması öngören bazı ülkelerden⁷ farklı olarak, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklar kistasını” temel almıştır. Görüldüğü üzere arabuluculuğa elverişlilik konusunda devlet düzenleme ve uygulamaları farklılık arz etmektedir. O halde yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik hususu bir kanunlar ihtilafı meselesidir ve elverişlilik konusunda hangi hukukun uygulanacağı belirlenmelidir.⁸ Arabuluculuğa elverişlilik hem ulusal hem de Singapur Konvansiyonu temelinde uluslararası icra edilebilirliğin temel şartıdır.⁹

Görüldüğü üzere arabuluculuğa elverişlilik incelemesinde, uyuşmazlığın doğduğu iş ve işlemler bakımından “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi” hususunun temel kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kural olarak irade serbestisinin hâkim olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının ve bunların dayandığı iş ve (hukuki) işlemlerin tamamının,

tarafalarının mutlak tasarruf yetkisinde bulunduğu söylenemez. Hukuk güvenliği, kamu düzeni ve zayıfların korunması gibi nedenlerle irade serbestisi kısıtlanabilir ve ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yargı merciinin denetim ve kararına ihtiyaç duyulabilir.¹⁰

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konu, iş ya da işlemlerden bahsedebilmek için öncelikle ilgili hususların konu olduğu uyuşmazlık taraflarının hür iradelerine bırakılmış olup olmadığına bakmak gerekir. Bu çerçevede taraflarının serbest tasarrufunda bulunan hak ve yetkilerin söz konusu olabilmesi için bunları kullanıp kullanmama hususunda tarafların kendilerinin karar verebilmeleri gerekir.¹¹

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi şartı arabuluculuk harici bir takım uyuşmazlık çözüm yöntemleri ya da bazı usuli işlemler bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede, “ tahkime elverişlilik” kenar başlıklı HMK m. 408 ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 1/4 hükmünde¹² “iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların” tahkime elverişli olmadığı düzenlenmiştir.¹³ Yine HMK’da tarafların

⁷ Örneğin Yunanistan, Slovenya ve Birleşik Krallık hukuklarına göre, medenî ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar; Belçika hukukuna göre, boşanma, boşanmanın hukukî sonuçları ve birlikte yaşamalardan (cohabitation) doğan uyuşmazlıklar; Avusturya hukukunda ise aile, eşya ve komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar ile iş kazalarından doğan ihtilaflarda arabuluculuğa başvurulabilir. Bulgar hukukunda, boşanma dâhil olmak üzere aile hukukuna, medenî ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli kabul edilmiştir. İtalya’da ise Türk hukukunda olduğu gibi tarafların serbest tasarrufunda bulunan uyuşmazlar elverişlilik bakımından kriter olarak alınmıştır. Bu hususta bkz: Öztürk, Necla (2015), Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt.31, sa.2, ss.201-254, s. 230 vd.

⁸ Öztürk, s. 231.

⁹ Şit Köşgeroğlu, Banu (2020), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet, s. 83.

¹⁰ Bkz.: Ekmeççi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50 vd.

¹¹ Kılıçoğlu, Ahmet M. (2020), Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan, Ankara, s. 22, 23.

¹² Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinin tahkime elverişlilik hususunu düzenlediğine ilişkin olarak bkz: Akıncı, Ziya, (Editörler: Akıncı Ziya / Yasan Tepetaş, Candan) (2018) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Onikilevha, s. 16, 17.

¹³ Belirtilen çerçevede tahkime elverişliliğe ilişkin öğretisel/içtihadî değerlendirme ve yaklaşımlardan arabuluculuğa elverişlilik bakımından da faydalanılabilir. Ancak arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti, arabulucunun ise nihai bir karar verici olamaması karşısında bir dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun tahkimden önemli ölçüde ayrıştığı belirtilmelidir. Bu hususta bkz: Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar (2016) Anonim Şirket Hukuku, Cilt 2/2, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, s. 233, 234; Kılıçoğlu, s. 5, 8 vd. Emredici hükümleri ve üçüncü kişi menfaatlerini gözetecek karar mercii barındırmayan arabuluculuk sürecinde “kamu düzeni” kavramının tahkime nazaran daha hassas olduğunu, elverişli uyuşmazlık çevresinin daha dar olduğunu kabul etmek gerekir.

üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuların yemine konu olamayacağı (m. 226/1-a), bu tür uyuşmazlıklara ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapılamayacağı (m. 18/1) hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 308/2 ve 313/2 hükümlerinde kabulün ve sulhun, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurabileceği, HMK m. 70/3 hükmünde ise cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri düzenlenmiştir. Şu halde yetki sözleşmesine, kabule, sulhe¹⁴ veya yemine konu olamayacak uyuşmazlıkların arabuluculuğa da elverişli olmayacağı açıktır. Yine cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler de arabuluculuğa konu olamayacaktır.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulunduğu davalara konu teşkil eden özel hukuk uyuşmazlıklarının da genel olarak taraflarının serbest tasarrufunda bulunmayacağı dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olmayacağı ifade edilebilir.¹⁵

Belirtmek gerekir ki ifade edilen bütün ölçüt ve düzenlemeler dahi hangi hususlar üzerinde uyuşmazlık taraflarının serbestçe tasarrufta bulunup bulunmayacağı hususunda bizlere nihai ve kesin belirleme olanağı sağlamamaktadır. Kanun koyucu gibi öğreti ve içtihat da bu hususta yeterli ölçütler ortaya koyamamıştır.¹⁶

Arabuluculuğa elverişliliğin ya da genel olarak uyuşmazlık ya da uyuşmazlık konuları bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi hususunun değerlendirildiği sınırlı sayıdaki yargı kararında ölçüt olarak “kamu düzeni,” “kamu düzeni ile ilgili olma,” “kamu düzeninden olma” kavram ve tespitlerinin öne çıktığını görmekteyiz.¹⁷ Bu çerçevede tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri işlerin Yargıtay tarafından “kamu düzenine dâhil olan işler” olarak kabul edildiği görülmektedir.¹⁸

“Kamu düzeni” kavramı “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilme” şartı bakımından belirleyici olmakla birlikte bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda genel geçer bir tanım ya da belirleme mevcut değildir. Bunun öncelikli nedeni kamu düzeni kavramının kesin olarak sınırlanmaya olanak tanımayan takdiri bir terim olmasıdır.¹⁹ Bu kavram TDK sözlüğünde “*Bütün toplumu ilgilendiren düzen*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰ Hukuk Sözlüğüne ise kamu düzeni “*Bir ülkedeki kurum ve kurulların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamasıyla oluşan düzen*” şeklinde tarif edilmektedir.²¹ Son derece geniş ve muğlak ifadelerle tanımlanmaya çalışılan “kamu düzeni” kavramı hukukun her dalına,

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 3.

¹⁵ Özmuşcu, Seda (2014), “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2, s. 146; Tahiroğlu, Fatih (2021), Medeni Usul Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi (Doktora Tezi), s. 32.

¹⁶ Pekcanitez, Hakan/ Taş Korkmaz, Hülya / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine (2017), Pekcanitez Usûl, Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Onikilevha, s. 2829.

¹⁷ Örn. bkz.: İstanbul BAM, 18. HD., E. 2019/594 K. 2019/1665 T. 2.10.2019 (www.lexpera.com.tr, set: 23.10.2021).

¹⁸ Bu hususta bkz.: Yargıtay İBĞK Kararı, E. 2010/1, K. 2012/1, Tarih: 10.02.2012; Ayrıca bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 51.; Toraman, Barış (2020), “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, SÜHFD, Cilt 28, Sayı 3, s. 1035; Azaklı Arslan (2018), Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, s. 104, 105.

¹⁹ Schwarz, Andreas Bertalan (1948), Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1948, S. 343.

²⁰ Bkz.: <https://sozluk.gov.tr>.

²¹ Bkz.: <https://sozluk.adalet.gov.tr/kamu%20d%C3%BCzeni>.

ilgili hukuk dalının amacına ve koruma menfaatine göre farklı şekil ve yansımalarla sirayet etmektedir.²²

Kamu düzeni kavramı muhtelif yargı kararlarında açıklanmaya veya genel çerçevesi verilmek suretiyle belirlenmeye çalışılmıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli bir kararında²³ kapsamı bakımından kamu düzeni için "toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kurallar" belirlemesine yer verilmiştir.

Yargıtay HGK bir kararında kamu düzenini ihlal eden olgular "*ahlak ve dürüstlük kurallarını toplumun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar*" olarak tarif edilmiştir.²⁴ Bir başka HGK kararında ise kamu düzeni kavramının bir tanımının yapılmasının güçlüğü vurgulamış, bu kavramın kendisini birçok hukuki ilişkide hissettirdiği belirtmiş, muhtelif yazarlara ve yargı kararlarına atıfla kamu düzeni için bir takım belirlemelere yer verilmiştir.²⁵ Bu kararda kamu düzeni için "*kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni,*" "*ifade edilebilmeden çok, duyulabilme, sezinlenebilme,*" "*korunma ve uygulamasında toplumun büyük yararı bulunma,*" şeklinde tanım ve tariflere yer verilmiştir.

Kamu düzeninin kapsamını temel hak ve özgürlükler, zayıfların korunması²⁶ gibi temel hukuk ilkeleri ve genel ahlak kuralları belirler. Ne var ki bu

mefhum ve müesseselerden ne anlaşılması gerektiği zamandan zamana, mekândan mekâna, toplumdaki topluma farklılık arz edebilir.²⁷ Kamu düzeninin kapsamı aynı toplum içerisinde dahi dönemsel farklılıklar gösterebilir.²⁸ Şu halde kamu düzeninin öncelikle yer ve zaman bakımından ayrıca uygulanacak hukuk alanı açısından değişken olabileceğini, tespitinin ekonomik, sosyal ve tarihsel şartlara bağlı olabileceğini²⁹ belirtmek gerekir. Bunun yanında kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde artık irade serbestisinin kısıtlandığı, örneğin uyuşmazlık çözümleri bakımından taraf tasarruflarının sınırlanarak yargı denetiminin ve mahkemece nihai olarak karara bağlama ihtiyacının yoğunlaştığı ifade edilmelidir.

Takdiri ve son derece değişken bir kavram olması karşısında kamu düzeninin esas itibarıyla "sezinlenen," "hissedilen" bir olgu olduğunu kabul etmek gerekir. Şu halde örneğin zayıfların korunması, üçüncü kişileri de ilgilendiriyor olması ve korunması gereken değerlerin mevcudiyeti bir uyuşmazlığın nihai olarak çözümünün bu uyuşmazlığın taraflarına bırakılmasına engel teşkil ediyorsa, o uyuşmazlığa konu teşkil eden iş ve işlemlerin kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir. Nitekim bu çerçevede velayet, boşanma ve iflas davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğu ve tarafların serbest tasarrufuna terk edilemeyeceği kabul görmektedir.³⁰

Belirtmek gerekir ki, genel itibarıyla kamu düzenine ilişkin oldukları kabul edilen çekişmesiz

²² Ayrıca bkz.: **Aktepe Artık**, Sezin (2018), 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', TBB Dergisi 2018 (134) 260 vd.; **Atakan** (2007), Arda, Kamu Düzeni Kavramı, MÜHF-HAD, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 59 vd.

²³ Anayasa Mahkemesi, 1963/128 E, 1964/8 K.; Resmi Gazete tarih/sayı: 17.4.1964/11685.

²⁴ Bkz: HGK., E. 1998/287 K. 1998/325 T. 06.05.1998 (www.lexpera.com.tr, set: 23.10.2021).

²⁵ Bkz: HGK., E. 1990/3-527, K. 1990/627 T.12.12.1990 (www.legalbank.net, set: 23.10.2021).

²⁶ Bu hususta ayrıca bkz.: **Atakan**, s. 93 vd.

²⁷ **Dayınlarlı**, Kemal (1988), "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 676.

²⁸ **Altuğ**, Yılmaz / **Yasan**, Mustafa (2003), Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, s. 144.

²⁹ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 51.

³⁰ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 51 vd.

yargı işlerinin³¹ de önemli bir kısmı, ilgililerinin (yargılama süjelerinin) uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunmaması, ayrıca re'sen araştırma ilkesinin hâkim olması nedeniyle arabuluculuğa konu olamayacaktır.³²

IV. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

A. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

Anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çerçevesini belirlerken ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Burada “korporatif düzlemdeki” ve “korporatif düzlem dışındaki” uyuşmazlık sınıflandırması yapıldığını görmekteyiz.³³ Korporatif düzlemdeki ihtilaflar, bir şirketin tüzel kişiliği bünyesinde şirketler hukuku temeline dayalı olarak ve şirket ile onun pay sahipleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak ifade edilebilir. Şirketler hukuku ile bağlantılı olarak ele alınmakla birlikte esas itibarıyla borçlar hukuku temeline dayanan ve taraflarının pay sahipleri olduğu, yani pay sahiplerinin kendi aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise “*korporatif düzlem dışındaki şirketler hukuku uyuşmazlıkları*” niteliğindedir.³⁴

Şirketler kural ve geleneksel olarak ortak/pay sahibi olarak nitelendirilen kişilerin meydana

getirdiği birlikteliklerdir. Şirket çatısı altında ve bir sözleşme (anonim şirketler bakımından esas sözleşme) çerçevesinde bir araya gelen ortaklar belirli ve ekonomik bir amacı gerçekleştirmeyi hedef alırlar. Esas sözleşme ise borçlar hukukuna tabi iki taraflı sözleşmeden farklıdır. Bu tür sözleşmelerin çifte karakterli oldukları, bir taraftan borç diğer taraftan organizasyon sözleşmesi niteliği taşıdıkları kabul edilmektedir.³⁵ Tescil sonrası ise esas sözleşmenin karakter değiştirdiği, bu aşamadan sonra objektif bir norm olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır.³⁶

Esas sözleşme sadece şirketin işleyişine, organizasyonuna, temsiline ve karar alma mekanizmasına ilişkin hususları içermez. Aynı zamanda ortakların şirkete karşı olan hak ve yükümlülüklerini de düzenler. Dolayısıyla esas sözleşme ortaklık temelli çok yönlü menfaat ilişkilerine etki eder mahiyettedir. Bu temelde şirketler hukuku da esas itibarıyla çok taraflı ve çok yönlü menfaat ilişkilerini düzenlemektedir.

Belirtmek gerekir ki tek ortaklı yapılarda dahi şirket ve ortak ayırımı temelinde çok taraflı menfaat ağı söz konusudur. Çünkü ortak sayısı bir olsa da şirket çalışanları, alacaklılar ve kamu gibi diğer menfaat sahipleri bu menfaat ağının doğrudan ya da dolaylı tarafı olmaya devam ederler. Diğer taraftan şirketler hukuku azlık konumundaki ortakların ve bunların haklarının korunması için hükümler

³¹ Çekişmesiz yargı işlerinin tespitine ilişkin ölçütler için bkz.: HMK m. 382/1.

³² **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 50; Ayrıca bkz: **Erbaş Açıklık**, Aslıhan (Editörler: **Süral Efeçinar**, Ceyda / **Yardımlı Mehmet Ertan**) (2019), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin. s. 46.; **Aras**, Aslı (2017), Çekişmesiz Yargılama Usulü, Ankara, Yetkin, s. 212 vd.

³³ **Ayoğlu**, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha, s. 1; **Erdem**, Ercüment (Editörler: **Balkar**, Süheyla / **Özdemir Kocasakal** Hatice) (2021) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması,

Onikilevha, s. 8 vd; Bu bağlamda korporatif hükümlere ilişkin değerlendirmeler için: **Veziroğlu**, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha, s. 279 vd.

³⁴ **Ayoğlu**, s. 1, 6.

³⁵ **Akdağ Güney**, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 280.

³⁶ **Moroğlu**, Erdoğan (2010), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, Onikilevha, İstanbul, s. 429; **Akdağ Güney**, Kuruluş, 280-281.

içerir. Bu yönüyle şirkette azlık pay sahiplerinin korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir.

Şirket bazında ve şirketler hukuku bağlamında ortaya çıkan menfaat ilişki ve çatışmaları ortakların kendi aralarında ve ortakla şirket arasında ortaya çıkan ilişki ve uyumsuzluk açısından çok daha kapsamlıdır. Nitekim bir şirketin çok taraflı çıkar ilişkisi doğurduğu ve bu çıkar ve hak sahiplerinin sadece şirket ortakları olmadığı kabul edilmektedir.³⁷ Bu bağlamda daha önce de değinildiği üzere, pay sahibi - menfaat sahibi ayırımı önem arz etmekte menfaat sahibi kavramına alacaklılar, şirket çalışanları, devlet ve aynı sektörde faaliyet yürüten diğer kişiler gibi kişi ve kurumları kapsayan daha geniş bir yelpazeye karşılık gelmektedir.

Görüldüğü üzere şirketler hukuku uyumsuzluklarının temelinde de genel itibarıyla ifade olunan çok yönlü menfaatler dengesi yatmaktadır. Bir başka ifadeyle, usul hukuku bakımından iki taraflı görünen bir şirketler hukuku uyumsuzluğunun arka planında çok yönlü ve çok unsurlu menfaat ağı bulunabilir. Şu halde usuli açıdan uyumsuzluğa taraf olmadıkları halde aynı uyumsuzluk konusuna ilişkin olarak menfaat sahibi olanların bu menfaatlerinin korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir. O halde şirketler hukukuna ilişkin herhangi bir uyumsuzluk, özellikle de, aşağıda değinileceği üzere, korporatif³⁸ nitelik arz eden ihtilaflar arabuluculuk sürecine tabi tutulurken ifade olunan menfaat ağı göz önünde bulundurularak elverişlilik değerlendirmesi yapılmalıdır.

B. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ VE DEVLET GÖZETİMİ

Özellikle şirketlerin tüzel kişiliği temelinde ortaya çıkan, başka bir ifadeyle, korporatif düzlemdeki uyumsuzlukların “kamu düzeni ve menfaati ile ilgili” olduğuna yönelik çok sayıda işaret mevcuttur. Bu işaretler öncelikle kanun koyucunun ilgili uyumsuzluklara, özellikle menfaat sahiplerinin korunması, azlık pay sahiplerinin korunması, şirket sermayesinin korunması ve ekonomi hukukuna dayalı gerekçelerle ortaya koyduğu yaklaşımın neticesidir.

Kamu düzeni ve menfaatıyla ilgisini güçlü bir şekilde ortaya koymasının işareti olarak öncelikle belirtmek gerekir ki korporatif düzlemdeki uyumsuzluk türü bakımından hukuk seçimi yapmamakta, şirkete tüzel kişilik tanıyan diğer bir ifadeyle şirketin tabi olduğu hukuk sisteminin doğrudan uygulanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.³⁹

Diğer taraftan özellikle 6102 sayılı TTK ile birlikte, özellikle sermaye şirketleri alanında (şirket/esas) sözleşme serbestisinin önemli ölçüde kısıtlandığı⁴⁰ ve devlete yoğun bir denetim ve müdahale yetkisi tanındığı görülmektedir. Şirketler hukukunda sözleşme serbestisini kısıtlayan en önemli düzenlemenin “emredici hükümler ilkesi” kenar başlıklı TTK m. 340 hükmü olduğu ifade edilebilir. Buna göre esas sözleşmede TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda

³⁷ Bu hususta bkz.: **Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, Onikilevha, s. 176 vd.

³⁸ “Korporatif düzlem” ve “Korporatif düzlem dışı” kavramları için bkz.: **Ayoğlu**, s. 1,6.

³⁹ **Ayoğlu**, 82.

⁴⁰ Bu hususta bazı çalışmalar için bkz.: **Veziroğlu**, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha; **Eminoğlu**, Cafer/**Dalgıç Altıntaş**, Berrin (2014), “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, 1-25.

(TTK'da) buna açıkça izin verilmişse sapılabilir.⁴¹ Böylelikle esas sözleşme bakımından kanundaki hükümlerin önemli bir çoğunluğunun "emredici" nitelik kazanmış olduğu görülmektedir.

Kanun koyucu korporatif düzlemdeki birçok karar ve işlemin bilinmesi ve duyurulmasında kamu yararının bulunduğunu kabul etmiş ve bu hususta tescil ve ilan yükümlülükleri öngörmüştür. Diğer taraftan belirli alanlarda faaliyet gösterecek anonim şirketlerin kurulabilmesi Ticaret Bakanlığı'nın iznine bağlanmış (TTK m. 333) bunların ve diğer bazı şirketlerin genel kurul toplantılarına başkanlık temsilcisinin bulundurulması zorunlu kılınmıştır.⁴² Ticaret Bakanlığı'na, kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde (TTK m. 353/1) ya da kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde ya da organ eksikliği hallerinde (TTK m. 530/1) şirketin feshini mahkemeden talep etme yetkisi (TTK m. 210/3) tanınmıştır.⁴³ Pay sahiplerinin şirketin feshini talep ettiği hallerde ise mahkemeye, taraf taleplerinden bağımsız olarak, feshe ancak son çare olarak karar verme, öncesinde davacının şirketten çıkarılması da dâhil olmak üzere farklı çözümlere başvurma yetki ve görevi verilmiştir.⁴⁴ Bu da kanun koyucunun ifade edilen yaklaşımının bir başka göstergesidir.

Burada ortaya konan örnekler, korporatif düzlemdeki anonim şirketler hukukuna ilişkin iş ve

işlemler ile bunlardan doğan uyuşmazlıkların kanun koyucu tarafından büyük ölçüde kamu düzeni ve menfaati ile ilgili görüldüğü, bu çerçevede muhtelif kurum ve kuruluşların tedbir almakla yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır. Yargı süreçlerinde ifade olunan menfaatleri koruyacak ve emredici hükümleri uygulayacak karar mercileri bulunmakta iken dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan ve çözümü bütünüyle taraf tahakkümünde şekillenen arabuluculukta taraf iradelerinden bağımsız bir karar otoritesi mevcut değildir. Şu halde korporatif düzlemde ortaya çıkan anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmının arabuluculuğa elverişli olmayacağı ifade edilebilir.

Korporatif nitelikli uyuşmazlıkların dışında kalan, bir başka ifadeyle şirket tüzel kişiliği bünyesinde ortaya çıkmayan korporatif düzlem dışındaki uyuşmazlıklar ise esasen borçlar hukuku temellidir.⁴⁵ Pay devir sözleşmeleri ve pay sahipleri sözleşmeleri, oy sözleşmeleri gibi hukuki işlemlerden doğan bu tür uyuşmazlıkların çözümü kural olarak taraflarının serbest tasarruf hakkı kapsamında yer almakta ve bu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk elverişli gözükmemektedir. Ne var ki bu tür uyuşmazlıklar bakımından dahi arabuluculuğa elverişlilik hususunda her olayın somut şartları kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin pay devrine engel teşkil edecek bir bağlam kuralı (TTK m. 491 vd.) mevcut ise, adi bir pay devri sözleşmesinin, en azından şirket bakımından sonuç doğurması mümkün olmayacağından bundan ortaya çıkacak bir

⁴¹ Aynı ilke TTK m. 579 hükmünde limited şirketler için de öngörülmüş olmakla birlikte, limited şirketlere ilişkin hükümlerin ortaklara daha fazla ayrışma imkânı tanıdığı (Bkz. TTK m. 577) , dolayısıyla limited şirketler bakımından (şirket) sözleşme serbestisinin anonim şirket (esas) sözleşme serbestisinden daha kapsamlı olduğu ifade edilebilir.

⁴² Bkz.: TTK m. 407/3; Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 32/1.

⁴³ İlgili hükmün Anayasaya hukuku bakımından eleştirisi için bkz.: **Can**, Ozan (2015), "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu" (TTK M. 210/f. 3), Batider, Aralık 2015 s. 11-117.

⁴⁴ Bkz.: TTK m. 531/1.

⁴⁵ Uyuşmazlık türüne ilişkin sınıflandırma için bkz.: **Ayoğlu**, s. 6.

uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmayacağı pekâlâ savunulabilir. Yine örneğin rekabet hukukuna aykırı bir devir işlemi mevcut ise aynı sonuca varılabilir.

V. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİNİN BELİRLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Arabuluculuğa elverişlilik hususunda doğru bir tespiti olanak tanıyan ölçütler geliştirmek özellikle uygulayıcılar bakımından elzemdir. Nitekim bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulandığı Türkiye’de arabuluculuk süreci sonrasında başlayan yargılama faaliyeti bakımından mutlak sonuçlar doğurabilmektedir. Bir başka ifade ve somut örneklen-dirmeye, arabuluculuğa elverişsiz olduğuna yönelik hatalı bir tespit nedeniyle sürece tabi tutulmayan bir uyuşmazlık dava aşamasında, davanın usuli bir ret ile neticelenmesine yol açabilir.⁴⁶ Diğer taraftan arabuluculuğa elverişsiz bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine tabi kılınması, hak düşürücü süreleri ve zamanaşımını durdurmayaçağından, hak kayıplarına yol açabilir.

Gerçekten de “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının” (HUAK m. 1/2), dolayısıyla da arabuluculuğa elverişliliğin tespiti hususunun bir bütün olarak arabuluculuk müessesesinin en önemli meselelerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenledir ki kanun koyucu arabuluculuğa elverişlilik incelemesini, tabiri yerindeyse emniyet supaplı ve çoklu bir sürece tabi

kılmıştır. İlk olarak taraf veya taraf vekili arabuluculuk sürecine başvurmadan önce elverişliliği inceleyecektir. Sonrasında arabulucu, süreci başlatmadan önce veya başlatılmış olan süreç esnasında elverişlilik incelemesi yapmakla yükümlüdür.⁴⁷ Nihai aşamada ise sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi verirken ya da bu mahkemenin alacağı karar sonrası kanun yolları aşamasında diğer yargı mercileri elverişlilik incelemesi yapacaktır. Dava şartı arabuluculuk süreci sonrası uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme de benzer inceleme ve denetimi yapabilecektir. İfade olunan aşamalar ve çoklu süreçlerde elverişlilik incelemesinin eksik ya da hatalı neticelenmesi başta arabulucu olmak üzere taraflar, vekilleri ve diğer katılanlar bakımından hak kaybı veya sorumluluğa ilişkin sonuçlar doğurabilir.

Yukarıda da değinildiği üzere, uyuşmazlıkların genel olarak arabuluculuğa elverişliliği hususunda kanun koyucu, öğreti ya da yargı mercileri tarafından yeterli, sağlıklı bir tespiti yarar ölçütler ortaya konulamamıştır.⁴⁸ Bu tespit özelde anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği bakımından da geçerlidir. Aşağıda özellikle korporatif düzlemdeki anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından elverişliliğin incelenmesi ve tespiti bakımından belirleyici olabileceği düşünülen bazı ölçütler önerilmektedir.

B. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİN TESPİTİNDE BAZI ÖLÇÜT ÖNERİLERİ

1. Özel Usuli İşlemler / Tescil Ölçütü

Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından yargıya ilişkin bir usulü de ihtiva etmez. Oysa korporatif düzlemdeki şirketler hukuku

⁴⁶ Bkz.: HUAK m. 18/A/2.

⁴⁷ Bkz.: HUAK m. 17/1-d.

⁴⁸ Aynı yönde: **Özkes**, Pekcantez Usûl, s. 2829.

uyuşmazlıklarının bir kısmının birtakım özel usuli süreç ve işlemlere bağlandığını görmekteyiz. Özellikle anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda ifade olunan usuli süreç ve işlemlerle yoğun bir şekilde karşılaşmaktadır. Genel kurul kararlarının iptali davasında üç aylık hak düşürücü sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamayacağına ilişkin TTK m. 448/2 hükmü, yine bu tür davalarda mahkemenin, şirketin istemi üzerine muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebileceğinin öngörülmesi ve teminatın nitelik ve miktarının mahkemece belirleneceğinin hükme bağlanmış olması, ayrıca birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davaların birleştirilerek görüleceğine ilişkin düzenleme (TTK m. 448/3) burada örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca yine genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda mahkemenin, yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebileceğine ilişkin TTK m. 449/1 hükmü mevcuttur. İlgili uyuşmazlıkların kamu düzeni ile ilgili görülmesi nedeniyle mahkemeler burada resen, taraf irade ve taleplerinden bağımsız olarak karar alabilmektedirler. Oysa arabulucunun ne teminat öngörmeye, ne faklı uyuşmazlıkları tek süreçte birleştirmeye ne de genel kurul kararlarının yürütülmesinin geriye bırakılmasına karar verme otoritesi ya da yetkisi vardır.

Yine örneğin şirketin feshine mahkemenin karar verdiği hâllerde tasfiye memurunun mahkeme tarafından atanacağına ilişkin TTK m. 536/3 hükmü ile mahkemeden özel denetçi atanmasının talep edilebilmesinin bilgi alma ve inceleme hakkının daha önce kullanılmış olmasına bağlanmış

olması ve mahkemenin bu şartın yerine getirildiğini inceleme yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 438 hükmü yargısal denetim ve özel usuli süreçlerin öngörüldüğü düzenlemelere örnektir.

Görüldüğü üzere arabuluculuğun süreç olarak, arabulucunun ise sürecin taraflarca belirlenmesine yardımcı olan kişi olarak ifade olunan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği denetim, karar ve özel usuli işlemleri gerçekleştirilmeye veya teminat altına almaya olanak ve yetkisi bulunmamaktadır. O halde bu ve benzer usuli işlemlerin öngörüldüğü davalara konu olabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmayacağı, her uyuşmazlığın somut koşulları da göz önünde bulundularak, ifade edilebilir.

Diğer taraftan korporatif düzlemdeki bir uyuşmazlığın konu olduğu dava süreçlerinin veya davada verilen kararın tescil veya tescille birlikte ilan edilmesinin öngörülmesi arabuluculuğa engel teşkil edebilir. Anonim şirket genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararının bir suretinin ticaret siciline tescil ettirilmesi ve internet sitesine koyulması zorunluluğu (TTK m. 450/1) ifade edilen hususa örnek olarak gösterilebilir. Burada bir taraftan tescilin bir mahkeme kararına bağlanmış olması, diğer taraftan tescil ve ilanın arabuluculuğun gizlilik ilkesiyle⁴⁹ kural olarak bağdaşmaması ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olamayacağına yönelik emareler olarak kabul edilebilir.

2. Erga Omnes Etkisi

Birtakım uyuşmazlıkların nihai olarak çözümlenmesi neticesinde ortaya çıkan hüküm ve

⁴⁹ Arabuluculukta genel olarak gizlilik ilkesine ilişkin bir çalışma için bkz.: **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem (2010), Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (Doktora Tezi).

kararların, ilgili uyumsuzluğa taraf olmayanlar bakımından da doğrudan sonuç doğurması mümkündür. Burada özellikle korporatif düzlemdeki uyumsuzlukların bir kısmı bakımından ortaya çıkan ve erga omnes olarak ifade edilen inşai etki⁵⁰ söz konusudur. İlam niteliğinde olsa da temelde taraflar arasında akdedilen bir arabuluculuk anlaşmasına dayanılarak üçüncü kişiler bakımından yükümlülük ve bağlayıcılık tesis etmek öncelikle sözleşmenin nisbiliği ilkesine uygun olmayacaktır. Diğer taraftan iradi olarak yürütülen bir arabuluculuk sürecinden üçüncü taraf ve menfaatlerinin etkilenmemesinin temin edilmesinin kamu düzenine ilişkin bir gereklilik olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle bir uyumsuzluğun arabuluculuğa elverişsizliğinin tespitinde erga omnes etkisi kanaatimizce önemli bir ölçüt olabilir.⁵¹

Şirketler hukuku temelli erga omnes veya benzeri bir etkiyi haiz uyumsuzluklara bir örnek olarak TTK m. 191 hükmünde düzenlenmiş olan “ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının incelenmesi” davası örnek gösterilebilir. İlgili hükme göre “*şirket birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinde ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, öngörülen sürede mahkemeden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını*” isteyebilecektir. Hükümün devamında, açılan dava sonucunda ortaya çıkan mahkeme kararının davacı ile aynı hukuki durumda

bulunmaları hâlinde, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı belirtilmiştir. Böylece esas itibarıyla uyumsuzluğun sonucuna erga omnes etkisi bağlanmıştır. Böylelikle doğrudan uyumsuzluğa taraf olmadığı halde ortaya çıkacak karardan etkilenecek üçüncü taraflar, yani örneğin yapısal değişikliğe katılan diğer bütün şirketlerin pay sahipleri mevcut olabilir. Bu üçüncü tarafların çıkarlarının da dolayısıyla ilgili davada gözetilmesi kamu düzeni ile ilgilidir ve kanaatimizce ancak bir yargı merci eliyle ilgililerin menfaati korunabilir. Dolayısıyla bu ve benzeri uyumsuzluk türleri bakımından arabuluculuğa elverişlilikten bahsedilememelidir.

Korporatif düzlemdeki şirketler hukuku uyumsuzlukları bakımından erga omnes etkisine belki de en bariz örnek ise, daha önce de değindiğimiz ve arabuluculuğa elverişsizliğini farklı ölçütlerle ortaya koyduğumuz⁵² genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin uyumsuzluklardır.⁵³ Nitekim TTK’nın 450/1 madde hükmünde genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararının, kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade edeceği açıkça düzenlenmiştir. Buradaki hükümsüzlük uyumsuzluklarının sulh yoluyla sonuçlandırılması da mümkün değildir.⁵⁴ Benzer gerekçelerle anonim şirket yönetim kurulu

⁵⁰ Bkz: **Ayoğlu**, s. 83 vd.

⁵¹ Bununla birlikte *erga omnes* etkisi arabuluculuğa elverişlilik incelemesi açısından mutlak bir ölçüt olmayabilir. Örneğin sınıai hakların hükümsüzlüğüne ilişkin uyumsuzluk sonuçları *erga omnes* etkisine sahip olmakla da bu uyumsuzlukların (ihtiyari) arabuluculuğa elverişli olacağı pekâlâ savunulabilir. Bu hususta ayrıca bkz.: **Eminoğlu & Erdoğan** (2020), s. 416; **Paslı**, (Editörler: **Süral Efeçinar**, Ceyda / **Yardım**, Mehmet Ertan) (2019), Ticari Uyumsuzluklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, s. 21.

⁵² Bu hususta ayrıca bkz.: **Akil**, Cenk (2014), “Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.I, Ankara, Yetkin.

⁵³ Ayrıca bkz.: **Huysal**, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat, s. 330.

⁵⁴ **Moroğlu**, Erdoğan (2017), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Onikilevha, s. 305. Ayrıca bkz.: **Kırca**, (Kırca / **Şehirli Çelik/ Manavgat**) Cilt 2/2, s. 233, 234; **Ayoğlu**, 104 vd.; Konuya ilişkin bir karar için bkz: Yargıtay, 11. HD, E. 2011/13485, K. 2012/19915, T. 5.12.2012 (set: 12.10.2021).

kararlarının iptaline⁵⁵ ve butlanına ilişkin uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli olmadığı kanaatimizce ifade edilebilir.

3. Uyuşmazlığın Doğduğu Kararı Alan Organ Ölçütü (GK-YK İşlevler Ayrılığı Ölçütü)

TTK m. 365 hükmünde anonim şirketin, yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve temsil olunacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde yönetim kurulu daimi bir organ olup şirket idaresi ve dış ilişkide temsili ile vazifelendirilmiştir. Temel karar alma organı olan genel kurulun ise kural olarak şirketin doğrudan idaresi ve dış ilişkide temsiline ilişkin yetkileri mevcut değildir. 6102 sayılı TTK'da bu çerçevede genel kurul ile yönetim kurulu arasında işlevler ayrılığına gidildiği ve özellikle genel kurulun hareket sahasına bir sınır çizilmek istendiği ifade edilebilir.⁵⁶ Gerçekten de kanun koyucu hem genel kurul (TTK m. 408) hem de yönetim kurulu (TTK m. 375) için devredilemez görev ve yetkiler düzenlemiştir. Böylelikle organların ilişkisi bakımından eşitlikçi modele (*Paritätsprinzip*) dayalı işlevler ayrılığı benimsenmiştir.⁵⁷ Emredici hükümlerle donatılan işlevler ayrılığının ise iki farklı amacı olduğu ifade edilmelidir. Bunlardan ilki, sorumluluğu gereği pay sahipleri dışındaki menfaat sahiplerinin çıkarlarını da göz önünde bulundurarak karar alma sorumluluğu bulunan yönetim kurulunun görev ve yetki alanına pay sahiplerinin ve genel kurulun müdahalesini önlemektir. Diğeri ise yönetim kurulunun, temel karar alma organı olan, şirketin esasını ve stratejisini belirleyen genel kurulun görev

alanına müdahil olmasının önüne geçmektir. Bu ayırım şirketlerin dayandığı çok taraflı menfaat dengesinin korunmasına yönelik, kanaatimizce bir yönüyle kamu düzeni ile ilgili bir modeldir.

Şirket organlarının, görev ve yetkilerini kullanırken gözetmek zorunda oldukları işlevler ayrılığı kanaatimizce arabuluculuğa elverişlilik incelemesi bakımından önemli bir ölçüt olarak kabul edilmelidir. Bu ölçüt özellikle bireysel pay sahipliği haklarının ve azlık haklarının kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliğinin tespitinde yararlı olabilir. Burada önem arz eden husus korporatif düzlemdeki şirketler hukukuna ilişkin dava konusu uyuşmazlığın hangi organın kararına dayandığıdır. Genel bir belirleme olarak, genel kurul kararlarının uygulanmasına yönelik kararları da dâhil olmak üzere uyuşmazlığın temelinde yönetim kurulunun temsil ve yönetim yetkisi kapsamında alınmış bir karar mevcutsa, kural olarak ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir. Ancak uyuşmazlığın temelinde genel kurulun devredilemez görev ve yetkisine ilişkin bir kararı mevcutsa ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Nitekim TTK m. 391/1-d hükmünde genel kurulun devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen çerçevede ve daha somut bir tespit mekanizması olarak, bir uyuşmazlıkta dava açılmadan önce hangi organa başvurulduğu sorusuna verilecek cevap elverişlilik incelemesinde

⁵⁵ Belirtmek isteriz ki TTK'nın 460/1, 192/2 ve SerPK'nın 18/6 ile 92. maddelerinde açıkça belirtilen istisnalar haricinde yönetim kurulu kararlarının iptalinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ayrıca bkz.: **Pulaşlı**, Hasan (2015), *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, § 30, Kn. 503 vd.

⁵⁶ Ayrıca bkz.: **Tekinalp**, Ünal (2013), *Sermaye Ortaklıklarının yeni Hukuku*, Vedat, Kn. 12-28b.

⁵⁷ **Kırca**, İsmail / **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2013) *Anonim Şirket Hukuku*, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku araştırmaları Enstitüsü, s. 395; Ayrıca bkz.: **Akdağ Güney**, Necla (2016), *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 6.

belirleyici olabilir. Bir haktan istifade etmeye ilişkin talep, dava açılmadan önce yönetim organına yöneltiliyor ve bu organın talebi reddetmesi hali için dava hakkı tanınıyorsa, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir. Örneğin TTK m. 486/3 hükmünde azlık pay sahiplerinin istemde bulunması halinde nama yazılı pay senetlerinin bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere burada genel kurul kararı gerekli olmayıp bastırma ve dağıtma işlemi bir yönetim kurulu kararı ile yapılmalıdır. Şu halde istemde bulunmasına rağmen anonim şirketin pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtmaktan yönetim kurulunca imtina edilmesi durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir.

TTK m. 411'de öngörülen genel kurulu toplantıya çağırma ile ilgili azlık hakkı belirtilen ölçüt bakımından ele alınabilecek bir başka uyuşmazlık türüdür. Bu hükme göre azlık pay sahipleri yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını isteyebilir. Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmelidir. Yapılan başvuru üzerine genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahip olan organ yönetim kuruludur. O halde yönetim kurulu ifade olunan uyuşmazlık konusu üzerinde şirketi temsilen serbestçe tasarrufta bulunabilir.

Diğer taraftan uyuşmazlık konusu talebin yöneltildiği organın genel kurul olduğu hallerde arabuluculuğa elverişliliğin mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü burada temel karar organı olan genel kurul tarafından alınmış bir karar söz konusu olacak, bu hususun yönetim kurulunca temsil edilen şirket tüzel kişiliği ve hakkın kullanımına ilişkin

talepte bulunan pay sahibi arasında görülecek bir arabuluculuk süreciyle nihai olarak çözümlenmesi öncelikle işlevler ayrılığı nedeniyle uygun olmayacaktır. Bu hususta özel denetçi atamaya ilişkin TTK m. 438 hükmü örnek verilebilir. Hükme göre özel denetçi atanmasına yönelik talep öncelikle genel kurula yöneltilir. Uyuşmazlık genel kurulun talebi reddetmesi halinde ortaya çıkar ve azlık pay sahiplerince dava konusu yapılabilir. Dolayısıyla burada bir genel kurul kararına ilişkin uyuşmazlık söz konusu olup diğer gerekçelerin yanında, işlevler ayrılığı ölçütü nedeniyle de ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmayacağı sonucuna varılmalıdır. Yine, bir başka örnek olarak, TTK m. 408/2-f hükmü nedeniyle, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı hususunda yönetim kurulu şirket adına arabuluculuk müzakereleri gerçekleştiremeyecektir. Böyle bir uyuşmazlık kanaatimizce arabuluculuğa da elverişli olmayacaktır.

4. Şirketin Hukuki Varlığını, Temel Yapısını, Temel İlkelerini İlgilendirme Ölçütü

Korporatif düzlemdeki uyuşmazlıklar şirketin tüzel kişiliği bağlamında ortaya çıkar. Kanun koyucu anonim şirket ve onun hükmi şahsiyetini *contitio sine qua non* mahiyetinde birtakım temel ilke ve niteliklerle donatmıştır. Böylelikle bu şirket bakımından, bir taraftan çok yönlü menfaat dengesini korumayı diğer taraftan iktisadi amacını gerçekleştirmeyi hedef tutan, kendine has bir temel yapı meydana getirilmiştir. Bu temel yapı ve ilkeler emredici hükümlerle korunmuş, bunları ihlal eden kararların batıl hükmünde olacağı düzenlenmiştir. O halde nihai olarak çözümü şirketin temel yapısını ve temel ilkelerini ilgilendiren uyuşmazlık konuları üzerinde tarafların serbest tasarruf olanağı bulunmadığının kabulü gerekir.

Gerek yönetim kurulu gerekse genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen hükümler, butlan nedenleri bakımından örnek bağlamında bir sayıma yer vermiştir. TTK m. 391 hükmü “*eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, ayrıca genel kurulun devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin yönetim kurulu kararlarının*” batıl hükmünde olacağını düzenlemiştir. TTK m. 447 hükmü ise “*genel kurul kararlarından özellikle pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan*” kararlarının batıl olacağını düzenlemektedir. TTK’nın ifade olunan iki maddesi bir tarafa, bunların yokluğunda dahi belirtilen hallerde butlan söz konusu olacaktır. Çünkü ilgili ilke ve kurallar emredici hükümlere dayanmaktadır ve ihlali halinde TBK m. 27 gereğince butlan söz konusu olacaktır.⁵⁸ İfade olunan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu kabul etmek, aynı sonucun bir yönetim organı kararı ile ortaya çıkması halinde, butlanı hukuki bir müeyyide olarak öngören düzenlemelerin dolanılması sonucunu doğuracaktır.

Belirtilen çerçevede, pay sahiplerinin oy veya genel kurula katılma hakkının bir yükümlülüğe dönüştürmesine, pay sahibinin şirket borçlarından doğrudan sorumlu tutulmasına, hisse bedellerinin

itibari değerini altına düşürülmesine, eşit şartlardaki pay sahipleri arasında eşitsizlik oluşturmaya yönelik uyuşmazlıklar anonim şirketin temel yapısını bozacağından ya da “*tek borç ilkesi*” gibi anonim şirkete ilişkin temel ilkelere aykırılık teşkil edeceğinden⁵⁹ arabuluculuğa elverişsiz olacaktır.

Anonim şirketin temel yapısına ilişkin ilkelere biri de sermayenin korunması ilkesidir. Yukarıda değinildiği üzere, bu ilkeye aykırı karar ve işlemler batıl olacaktır. O halde sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil eden uyuşmazlık konuları arabuluculuğa da elverişli olmayacaktır. Örneğin taahhüt edilen sermaye paylarında yönetim kurulu kararıyla indirimine gidilmesine veya pay sahiplerinin ödeme yükümlülüklerinde ve taahhütlerini ifa usullerinde eşitsizlik oluşturmaya yönelik uyuşmazlıklar emredici nitelikteki eşit işlem ilkesi veya sermayenin korunması ilkelerine aykırılık oluşturacak ve tarafların serbest tasarruf yetkisinin kapsamı dışında kalacaktır. Nitekim arabulucunun, yürüttüğü süreçte şirketin temel yapısını gözetecek ya da ifade olunan ilkelerin ihlalini önleyecek bir karar verme ya da denetim yetkisi mevcut değildir ve burada mahkeme denetimi esastır.

Diğer taraftan şirketin, kendi hükmi şahsiyetini sona erdirmeye yönelik bir hukuki talebi yine (yönetim organının temsili bağlamında) kendi iradesi ile kabul edebilmesi mümkün görülmemektedir.⁶⁰ Dolayısıyla TTK’nın, 210, 353, 530, 531, 636. maddelerine dayanan ve şirketin feshi taleplerinden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

⁵⁸ **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2017) Ortaklıklar Hukuku 2, 13. Basi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 494 vd.

⁵⁹ **Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2, s. 19.**

⁶⁰ **Ayoğlu, s. 81.**

VI. YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ HUSUSU

Ne genel manada arabuluculuğa ne de özelde anonim şirketler hukuku bakımından elverişliliğe ilişkin yeterli yargı karar portföyü oluşabilmiştir. Yukarıda değindiğimiz ve kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle dolaylı olarak arabuluculuğa elverişlilik hususunu da ilgilendiren kararlar haricinde, az sayıda Bölge Adliye ve Yargıtay kararlarında elverişliliğe ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu bağlamda örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yerinde bir yaklaşımla, 2011/13485 esas, 2012/19915 karar ve 05.12. 2012 tarihli kararı ile genel kurul kararının iptaline dair bir uyuşmazlığın davacı ile davalı arasında yapılacak bir anlaşma ile sonuçlandırılmasının mümkün olamayacağına hükmetmiştir. Karar doğrudan arabuluculuğa ilişkin değildir. Ancak ilgili uyuşmazlık bakımından Daire üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir uyuşmazlık tespitinde bulunmuştur. Dolayısıyla ifade edilen uyuşmazlık türü karar çerçevesinde arabuluculuğa da elverişsiz olacaktır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi ise 2019/890 esas, 2019/867 karar numaralı ve 25.06.2019 tarihli kararında⁶¹ limited şirket ortaklığından çıkma istemine ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlıklar çeşitli nedenlerle kamu düzeni ile ilintilidir. Öncelikle şirket ortaklarının şirketteki payları mülkiyet hakları olarak anayasal güvence altındadır. Çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından bu haklarının rızaları dışında ellerinden alınması kanunda açıkça

belirtilen hallerde ve mahkeme denetimiyle olanaklı olmalıdır. Diğer taraftan şirketten çıkmaya ilişkin hakların mahkeme denetimi olmaksızın kullanılması şirket sermayesinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edebilir ve diğer ortaklar aleyhine eşitsizliğe yol açabilir.

VII. SONUÇ NOTLARI

Arabuluculukta emredici hükümleri, kamu düzenini, zayıfların korunmasını ve taraflar dışındaki menfaat sahiplerinin çıkarlarını, taraf/katılımcı iradelerinden bağımsız olarak gözetecek, hatta bazı hallerde önceleyecek bir karar ve yargı mercii mevcut değildir. Bu nedenledir ki kanun koyucu arabuluculuk sürecine sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların konu olabileceğini hükme bağlamıştır.

Hangi uyuşmazlıkların, ifade olunan bağlamda taraflarının serbest tasarrufunda bulunabileceği hususunda ise kanun koyucu açık bir belirlemeye yer vermemekle birlikte öğreti ve içtihat burada “kamu düzenini” temel ölçüt olarak kabul etmektedir. Ancak bu kez de kamu düzeninin ne olduğu, hangi hususun kamu düzenini ilgilendirdiği soruları ortaya çıkmakta, burada net, herkesçe kabul edilebilir yanıtlar ortaya konamamaktadır.

Başvurulması bir dava şartı olarak düzenlenmiş olsa da, kural olarak ihtiyari temelde yürüyen bir dostane uyuşmazlık çözüm metodu olan arabuluculuk için “arabuluculuğa elverişlilik” incelemesinin sürecin her aşamasında emredici bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Arabuluculuğa elverişsizliği tespiti halinde süreç, hangi aşamada olursa olsun, bir anlaşma belgesi oluşturulmaksızın

⁶¹ (set: 23.10.2021, www.legal.com.tr)

sonlandırılmalıdır. O halde elverişlilik incelemesi arabuluculuğun en önemli unsurlarından biridir.

Genelde şirketler, özelde anonim şirketler bakımından, ortaklık kuramsal yapısının çoklu menfaat düzlemi üzerine kurulu olması ve bu yapıların ekonomik önemi bu alandaki uyuşmazlıkların “kamu düzeni” ile olan irtibatını arttırmaktadır. Bu nedenle hangi anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu hususu ifade olunan alanda daha da önemli hale gelmektedir.

Özellikle korporatif temelde ortaya çıkan anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkların kamu düzeni ile olan irtibatının, dolayısıyla arabuluculuğa elverişsizliğinin tespitinde, her olayın somut şartları saklı kalmak kaydıyla, kanunun düzenleme amacı, kanun koyucunun yaklaşımı ve şirketin temel yapısı gibi bazı belirleyici unsurlar üzerinden hareketle birtakım ipuçları ve ölçütler elde etmek olanaklıdır. Öncelikle yargılamaya konu olması halinde özel bazı usuli işlemlere bağlanmış olması veya tescil yükümlülüklerinin öngörülmüş olması bir şirketler hukuku uyuşmazlığının arabuluculuğa elverişli olmadığını tespiti için ölçüt olabilir. Nitekim arabulucunun ya da bir müessese olarak arabuluculuğun usuli zorlamada bulunma, tescile elverişli hukuki metinler ortaya çıkarma yetkisi kural olarak yoktur. Kaldı ki bu, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ve sır saklamanın yükümlülüğü ile tescil ve kamuya ilan uyuşmayacaktır.

Ortaklık temelinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların öngörülen yargılama neticesinde taraflar hariçindeki kişiler açısından da doğrudan sonuçlar doğurmasını ifade eden erga omnes etkisi arabuluculuğa elverişliliğin tespitinde bir başka ölçüt olabilir. Burada ifade olunan dava dışı kişileri koruyacak bir yargı merciine ihtiyaç duyulacağı şüphesizdir.

Tek borç ilkesi, sınırlı sorumluluk ve sermayenin korunması gibi anonim şirketlerin temelinde yerleştirilen ilke ve müesseselere halel getirecek, onları bozacak veya dolanacak bir uyuşmazlık çözümü sürecinin de arabuluculuğa elverişli olmayacağı açıktır. Nihai olarak emredici bir yaklaşımla düzenlenen şirket organları arasındaki işlevler ayrılığını ortadan kaldıracak veya dolacak bir uyuşmazlık çözümü sürecinin arabuluculuğa elverişsiz olacağı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla (2016), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Akdağ Güney, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Akıncı, Ziya, (Editörler: **Akıncı Ziya / Yasan Tepetaş**, Candan) (2018) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Onikilevha.

Akil, Cenk (2014), "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.I, Ankara, Yetkin.

Aktepe Artık, Sezin (2018), 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', TBB Dergisi (134).

Altuğ, Yılmaz / **Yasan**, Mustafa (2003), Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul.

Aras, Aslı (2017), Çekişmesiz Yargılama Usulü, Ankara, Yetkin.

Atakan Arda (2007), "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 59-136.

Ayoğlu, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha.

Azaklı Arslan (2018), Betül, Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin.

Can, Ozan (2015), "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu (TTK M. 210/f. 3)", Batider, Aralık.

Dayınlarlı, Kemal (1988), "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Ekmekçi, Ömer/**Özekes, Muhammet/Atalı**, Murat/**Seven**, Vural (2019), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul, Onikilevha.

Eminoğlu, Cafer & **Erdoğan** Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi.

Eminoğlu, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, Onikilevha.

Erdem, Ercüment (Editörler: **Balkar**, Süheyla / **Özdemir Kocasakal** Hatice) (2021) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması, Onikilevha.

Huysal, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat, s. 330.

Ildır, Gülgün (2004) "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2020), Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan, Ankara.

Kırca, İsmail / **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirket Hukuku, Cilt 2/2, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları.

Kırca, İsmail / **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirket Hukuku, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları.

Moroğlu, Erdoğan (2010), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, Onikilevha.

Moroğlu, Erdoğan (2017), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Onikilevha.

Özmumcu, Seda (2014), “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2.

Öztürk, Necla (2015), “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt. 31, sa. 2, s. 201-254

Pekcanıtez, Hakan/ **Taş Korkmaz**, Hülya / **Özekes**, Muhammet / **Akkan**, Mine (2017), Pekcanıtez Usûl, Medeni Usul hukuku, Cilt 1, Onikilevha.

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2017) Ortaklıklar Hukuku 2, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2015), Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.

Schwarz, Andreas Bertalan (1948), Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1948, S. 343.

Şit Köşgeroğlu, Banu (2020), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet.

Tahiroğlu, Fatih (2021), Medeni Usul Hukukunda Res’en Araştırma İlkesi (Doktora Tezi).

Tanrıver, Süha (2011) “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara.

Tekinalp, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat.

Toraman, Barış (2020), “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, SÜHFD, Cilt 28, Sayı 3.

Veziroğlu, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem (2010), Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (Doktora Tezi).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*