



İCRA HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK

Yüksek Lisans Tezi

Barış TANRIVERMİŞ

Eskişehir 2024

İCRA HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK

Barış TANRIVERMİŞ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Temmuz 2024

ÖZET

İCRA HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK

Barış TANRIVERMİŞ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Temmuz 2024

Danışman: Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların dava dışı yollarla çözümünü sağlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk müzakereleri sonunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi, ilâmlı veya ilâmsız icra takibine dayanak teşkil edebilir. Dolayısıyla, anlaşma belgesi içeriğinin buna uygun olarak hazırlanması gerekir. Bunun yanında, arabuluculuk müzakereleri sonunda anlaşılan hususlarda dava açılmasını yasaklayan düzenlemenin hak arama hürriyeti ile olan ilişkisi ele alınmalıdır. Bir maddi hukuk işlemi olan anlaşma belgesinin iptaline veya geçersizliğine karar verilebilir. Bu durumun, anlaşma belgesi dayanak kılınarak yapılmış icra takibine etkisinin ortaya konulması gerekir. Bunun yanında, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan dava şartı arabuluculuğun ilâmsız icra takibine özgü davalar ile olan ilişkisi, hakkında açık düzenleme olan davalar bakımından yerindelik bağlamında incelenmelidir. Hakkında açık düzenleme olmayan davaların ise dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadıkları ve arabuluculuğa elverişlilikleri değerlendirilmelidir. Bu çalışmada, tüm bu sorunlara ilişkin olarak mevzuat, öğretide ileri sürülen görüşler ve mahkeme içtihatları çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Arabuluculuk, İcra hukuku, İcra edilebilirlik şerhi, Dava şartı arabuluculuk, İcra takibine özgü davalar

ABSTRACT

MEDIATION IN TERMS OF ENFORCEMENT LAW

Barış TANRIVERMİŞ

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School, July 2024

Supervisor: Associate Professor Tolga AKKAYA

Mediation is an alternative resolution method that provides non-litigation resolution of disputes. The mediation agreement document issued at the end of the mediation negotiations may serve as the basis for enforcement proceedings with or without a judgment. Therefore, the content of the agreement document must be prepared accordingly. In addition, the relationship between the regulation prohibiting filing a lawsuit on matters agreed at the end of mediation negotiations and the freedom to seek justice should be addressed. The annulment or invalidity of the agreement document, which is a substantive law transaction, may be decided. The effect of this situation on the enforcement proceedings based on the agreement document must be revealed. In addition, the case requirement, which obliges mediation before filing a lawsuit, should be examined in the context of its relevance in terms of the relationship between mediation and cases specific to non-judgment enforcement proceedings, and cases for which there is a clear regulation. Cases for which there is no clear regulation should be evaluated whether they are within the scope of mediation and their suitability for mediation. In this study, all these problems were evaluated within the framework of the legislation, the opinions put forward in the doctrine and the court precedents.

Key Words: Mediation, Enforcement law, Annotation of enforceability, Mandatory mediation, Cases specific to enforcement proceedings

ÖNSÖZ

Hukuk sistemimizin genç kurumlarından birisi olarak nitelendirebileceğimiz arabuluculuk, gerek arabuluculuk anlaşma belgesinin cebri icraya dayanak oluşturabilmesi gerekse de icra hukukuna özgü bazı davalarda dava şartı olması yönünden, icra hukuku bakımından yapılacak bir değerlendirmeyi gerekli kılmıştır. Bu yüksek lisans tezi çalışmasında da bu gereklilikten hareket edilerek, arabuluculuğun icra hukuku bakımından incelemesi yapılmış; belirsiz veya tartışmalı hususlar aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Bu çalışma, Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı 2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında TÜBİTAK tarafından desteklenmiştir. Tez çalışmaya vermiş olduğu destek sebebiyle TÜBİTAK’a teşekkürlerimi sunarım.

Tezimin gelişimine katkıda bulunan Doç. Dr. Çiğdem YAZICI’ya ve Dr. Öğretim Üyesi Özlem YAZAR’a değerli görüş ve önerileri için teşekkür ederim. Kıymetli hocam Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU’ya hem tezimin şekline hem de içeriğine ilişkin olarak değerli görüş ve tavsiyeleri için teşekkürü borç bilirim.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki lisans öğrenciliği yıllarımdan beri, iyi bir hukukçu olma hususunda kendisini her zaman örnek aldığım tez danışmanım ve kıymetli hocam Doç. Dr. Tolga AKKAYA’ya tezimin yazım sürecinde bana ayırdığı değerli vakti, gösterdiği sabrı ve yol gösterici önerileri için müteşekkirim. Bu mütevazı çalışmayı kendisine ithaf ediyorum.

Bugüne kadar bana her zaman yanımda olduklarını hissettiren annem Nilüfer TANRIVERMİŞ’e, babam Cengiz TANRIVERMİŞ’e ve kardeşim Elif TANRIVERMİŞ’e destekleri için minnettarım.

Eskişehir, 2024

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı” yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukukî sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Barış TANRIVERMİŞ

KISALTMALAR DİZİNİ

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.k.	: Adı geçen kaynak
Av.K.	: Avukatlık Kanunu
Bknz.	: Bakınız
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAK Yön.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İK	: İş Kanunu
İİK	: İcra İflâs Kanunu
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yön.	: Yönetmelik
vb.	: Ve benzeri

vd. : Ve devamı



İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR DİZİNİ	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
BİRİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	3
1. ARABULUCULUK KAVRAMI.....	3
2. ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI	4
3. BAŞVURU ZORUNLULUĞUNA GÖRE ARABULUCULUK TÜRLERİ	9
3.1. İhtiyarî Arabuluculuk.....	9
3.2. Dava Şartı Arabuluculuk	9
4. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ İLİŞKİSİ.....	11
4.1. Hak Arama Hürriyeti	12
4.2. Anayasa Mahkemesi Kararları.....	16
4.3. Öğretideki Görüşler	17
4.4. Kanaatimiz.....	19
5. ARABULUCULUĞUN TEMEL AŞAMALARI.....	23
5.1. İhtiyarî Arabuluculuğun Temel Aşamaları.....	23
5.2. Dava Şartı Arabuluculuğun Temel Aşamaları.....	25
İKİNCİ BÖLÜM: ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA HUKUKU	26
1. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ.....	26
2. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN DÜZENLENMESİ	27
2.1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği	27
2.2. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hazırlanması	30
2.3. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Şekli.....	31
2.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Bağlayıcılığı.....	33
2.5. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Haiz Olması Gereken Şartlar	35
2.5.1. Arabuluculuğa elverişlilik.....	37
2.5.1.1. Uyuşmazlık bir özel hukuk uyuşmazlığı olmalıdır	37
2.5.1.2. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir uyuşmazlık bulunmalıdır.....	38
2.5.2. Cebri icraya elverişlilik	42

2.5.2.1.	Genel olarak	42
2.5.2.2.	Şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşmalar	47
2.5.2.3.	İcra edilmesi talep edilen eda hükümlerinin yeterince açık olmaması	53
2.5.2.4.	Anlaşma belgesinde üçüncü kişileri ilgilendiren düzenlenmelerin yer alması.....	55
3.	İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ VE SONUCU	56
3.1.	İcra Edilebilirlik Şerhi Kararı	56
3.1.1.	İcra Edilebilirlik şerhinin hukukî niteliği.....	57
3.1.2.	İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde görevli ve yetkili mahkeme .	59
3.1.3.	İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde usûl	60
3.1.4.	İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde mahkemenin yapacağı inceleme	63
3.1.4.1.	Usûle ilişkin	63
3.1.4.2.	Esasa ilişkin	65
3.1.5.	İcra edilebilirlik şerhi talebinin kısmen kabulü.....	67
3.1.6.	Kanun yolu	68
3.2.	İcra Edilebilirlik Şerhinin Sonucu.....	69
3.2.1.	İlâm kavramı.....	71
3.2.2.	İlâm niteliğinde belge kavramı	72
3.2.3.	İlâm ve ilâm niteliğinde belge arasındaki farklılıklar	73
3.2.4.	İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan arabuluculuk anlaşma belgeleri	74
3.2.4.1.	Mahkeme içi sulh yoluyla.....	75
3.2.4.2.	Arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar, tarafların avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması	75
3.2.4.3.	Ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin arabulucu ve tarafların avukatları tarafından imzalanması.....	76
3.2.5.	Taşınmazların devri veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda durum	76
3.3.	İlâmsız İcra Takibinin Dayanağı Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesi	77
3.3.1.	İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından	78
3.3.2.	İcra edilebilirlik şerhi alınmamış arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından	80
3.3.3.	İlâmsız icra takibi başlatıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurup anlaşmalarının takibe etkisi	82

3.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Takibin İptali, Takibin Taliki, İcranın Durdurulması ve Geri Bırakılmasında Kullanılabilmesi	83
3.4.1. Takibin iptali ve takibin talikinde arabuluculuk anlaşma belgesi83	
3.4.2. İcranın durdurulmasında ve geri bırakılmasında arabuluculuk anlaşma belgesi	87
3.5. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliği ve Takibe Etkisi	89
3.5.1. Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği	89
3.5.2. Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliği.....	91
3.5.3. Anlaşma belgesinin geçersizliğinin veya sahteliğinin icra takibine etkisi	92
3.5.3.1. İlâmsız icra takibine etkisi	93
3.5.3.1.1. Devam eden ilâmsız icra takibi	93
3.5.3.1.2. Tamamlanmış ilâmsız icra takibi	97
3.5.3.2. İlâmlı icra takibine etkisi	97
3.5.3.2.1. Devam eden ilâmlı icra takibi	97
3.5.3.2.2. Tamamlanmış ilâmlı icra takibi.....	99
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: İCRA HUKUKUNA ÖZGÜ DAVALAR VE İŞLER	
BAKIMINDAN ARABULUCULUK	101
1. MEVCUT YASAL DÜZENLEME	101
2. İLÂMSIZ İCRA VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK SİSTEMİ	
ARASINDAKİ İLİŞKİ	103
2.1. İtirazın İptali Davası	105
2.1.1. İtirazın iptali davasının hukukî niteliği	106
2.1.2. İtirazın iptali davası ve arabuluculuk.....	108
2.1.2.1. 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem	108
2.1.2.2. 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem ve zaman bakımından uygulanması.....	111
2.1.2.3. Kanaatimiz	113
2.1.3. İtirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması ve olası sonuçlar.....	116
2.2. Menfi Tespit Davası	119
2.2.1. Menfi tespit davası ve arabuluculuk	119
2.2.1.1. 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem	119
2.2.1.2. 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem...	122
2.2.1.3. Kanaatimiz	123

2.2.2.	Menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması ve olası sonuçlar	125
2.3.	İstirdat Davası	126
2.3.1.	İstirdat davası ve dava şartı arabuluculuk.....	127
2.3.1.1.	7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem	127
2.3.1.2.	7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem...	127
2.3.1.3.	Kanaatimiz	128
2.3.2.	İstirdat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması ve olası sonuçları.....	129
2.4.	Borçtan Kurtulma Davası ve Arabuluculuk	130
2.5.	Hacizde İstihkak Davası ve Arabuluculuk	131
2.6.	Sıra Cetveline İtiraz Davası ve Arabuluculuk.....	134
2.7.	İcra Tazminatları ve Arabuluculuk	137
2.8.	Kiralanın Taşınmazın İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi ve Arabuluculuk	141
2.9.	Tasarrufun İptali Davası ve Arabuluculuk	142
2.10.	İhtiyatî Haciz ve Arabuluculuk	147
SONUÇ		150
KAYNAKÇA		159

GİRİŞ

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile hukuk sistemimizde yerini almıştır. Arabuluculuk sisteminden beklenen, uyuşmazlıkların dava açılmadan basit ve hızlı şekilde çözümü, bu şekilde mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve tarafların uzlaşması ile ulaşılan çözümün kalıcı hukukî barışa katkı sunmasıdır.

Arabuluculuğun en önemli özelliklerinden birisi tamamen gönüllülük esasına dayanması olup hukukumuzda da belli bir süre sadece bu şekilde uygulanmıştır. Lâkin ilerleyen dönemde, arabuluculuğa başvuru alışkanlığının yaygınlaştırılması ve dava açılmadan önce arabuluculuğa bir şans verilmesi amacıyla “dava şartı arabuluculuk” kurumu ihdas edilmiştir. Dava şartı arabuluculuk ilk olarak 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda birtakım iş uyuşmazlıkları için düzenlenmiş ve daha sonra bazı ticarî uyuşmazlıklar ve tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Son olarak 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7445 Sayılı Kanun ile eklenen HUAK m. 18/B, dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı genişletmiş ve yine 7445 Sayılı Kanun ile iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmıştır.

Arabuluculuk ve özellikle dava şartı arabuluculuğun oldukça yeni kurumlar olduğu söylenebilir. Bu yeni kurumların, hukuk sistemimizin bel kemiğini oluşturan kanunlardan birisi olan İcra ve İflâs Kanunu ile bir uyum sorunu ve süreci yaşadığı açıktır. Bu çalışmanın amacı, söz konusu uyum sürecinde yaşanan sorunları tespit etmek ve bu sorunların çözümüne katkı sunmaktır.

Bu çalışmada, arabuluculuk sisteminin icra hukuku ile ilişkisi inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde arabuluculuğa ilişkin genel bilgiler verilerek uygulama alanı ortaya konulmaya çalışılmış ve dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyeti ile ilişkisi tartışılmıştır.

İkinci bölümde, arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanması halinde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin; hukukî niteliği, hazırlanış süreci, bağlayıcılığı ve sahip olması gereken özellikler değerlendirme konusu yapılmıştır. Arabuluculuk anlaşma belgesinin haiz olması gereken özelliklerden arabuluculuğa ve

cebri icraya elverişlilik ayrıca incelenmiştir. Cebri icraya elverişlilik kapsamında; eda ve tespit hükümleri, inşai hükümler, şarta bağlı hükümler, anlaşma belgesinin konusunu oluşturmaları yönünden tartışılmıştır. Bunun yanında, arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan hükümlerin yeterince açık olmaması ve üçüncü kişileri ilgilendirmesi halleri de değerlendirilmiştir. Daha sonra, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi, şerhin hukukî niteliği, şerh verilmesinde yetkili ve görevli mahkeme, şerh yargılamasında uygulanacak usûl, şerh yargılamasında yapılacak usûle ve esasa ilişkin denetim, şerh talebinin kısmen kabulü ve şerh kararına karşı kanun yolu incelenmiştir. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi işleminin sonucu olarak anlaşma belgesinin ilâm niteliği ve şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri, anlaşma belgesinin ilâmsız icraya dayanak teşkil etmesi ve itirazın kaldırılmasında kullanılabilmesi hususları değerlendirilmiştir. Ardından, anlaşma belgesinin itirazın iptali ve talikinde veya icranın geri bırakılmasında kullanılabilecek belgelerden biri olup olmadığı tartışılmıştır. Son olarak, anlaşma belgesinin sahteliğinin veya geçersizliğinin ileri sürülmesi incelenmiş ve bunun devam eden veya tamamlanmış icra takibine etkisi ortaya konulmuştur.

Üçüncü bölümde ilâmsız icra takibi sürecinde yer alan davaların arabuluculuk sistemi ile olan ilişkisi mercek altına alınmıştır. Bu kapsamda, ilk olarak 7445 Sayılı Kanun'un getirdiği yenilikler ve kanun koyucunun kullandığı yöntem ortaya konulmuştur. Daha sonra, ilâmsız icra takibinin icra hukukunun temel ilkeleri bağlamındaki özellikleri ve ilâmsız icranın hukuk sistemimizce öngörülmesinin altında yatan sebepler tartışılmıştır. Ardından; itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davaları incelenmiş, bu davaların arabuluculuk sistemi ile olan ilişkisi 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde öğretide yer alan görüşler ve yargı kararları bağlamında ele alınmıştır. Daha sonra, bu davalar bakımından 7445 Sayılı Kanun düzenlemesi incelenmiş ve yerindeliği tartışılmıştır. Ayrıca bu davalardan önce arabuluculuğa başvurulması ve olası sonuçları da değerlendirilmiştir. Devamında, hakkında açık düzenleme bulunmayan borçtan kurtulma davası, hacizde istihkak davası ve sıra cetveline itiraz davasının arabuluculuk ile olan ilişkisi, bu davaların niteliği de göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Ardından, icra tazminatları ve kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesi sürecinde yer alan davalar, arabuluculuk yönünden değerlendirilmiştir. Son olarak, tasarrufun iptali davası ve ihtiyatî haciz arabuluculuk bağlamında ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Arabuluculuğun icra hukuku ile ilişkisini incelemeye başlamadan önce onu tanımlamak ve uygulama alanını ortaya koymak yerinde olacaktır. Bunun yanında, arabuluculuğun türlerine, dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyeti ile ilişkisine ve arabuluculuk sürecinin temel aşamalarına değinmek konunun anlaşılması bakımından oldukça önemlidir. Bu sayede arabuluculuk kurumu kısaca irdelenmiş olacak ve icra hukukuyla olan ilişkisi daha anlaşılabilir hale gelecektir.

1. ARABULUCULUK KAVRAMI

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) 2. maddesinde arabuluculuk tanımlanmaktadır. Söz konusu tanıma 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, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade etmektedir (HUAK m. 2/1,b).

Öğretide ise arabuluculuk, bir uyuşmazlığın, arabulucu olarak adlandırılan tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, tarafların ortak menfaatleri çerçevesinde kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi suretiyle çözümlenmesini sağlayan ve gönüllülük esasına dayanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır.¹

¹S. Tanrıver (2020). *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 39; Ö. Ekmekçi vd., (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 17; M. S. Özbek (2022). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (5. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 658; H. Pekcanitez, O. Atalay, M. Özkes (2021). *Medeni Usûl Hukuku Ders kitabı*. (9. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 631; M. Taşpolat Tuğsavul (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 27; E. K. Kekeç (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 23; A. Nylund (2014). *The Many Ways of Civil Mediation in Norway. The Future of Civil Litigation – Access to Courts and Court-Annexed Mediation in the Nordic Countries*. (Ed: L. Ervo, A. Nylund). Springer, s. 98.

Gerek kanunda gerekse de öğretide yapılan tanımlardan yola çıkarak arabuluculuk sürecinin yargılama sürecine göre bazı farklılıklar barındırdığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Arabulucu, hâkimden farklı olarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin herhangi bir karar vermemektedir. O sadece tarafları tartışmaya ve ortak menfaatler üzerinde uzlaşmaya davet ederek uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olmaya çalışmaktadır.² Ayrıca yargılama sürecinde tarafların gelecekteki ilişkilerinin zedelenip zedelenmeyeceği değerlendirilmez. Geçmişin bir fotoğrafı çekilir ve o fotoğrafın hukuk kuralları ile değerlendirilmesi suretiyle uyuşmazlık karara bağlanır. Oysa arabuluculuk sürecinde bir yargılama yapılmamakta; taraflar müzakereye davet edilmektedir. Bu müzakere sırasında taraflar, sadece geçmişi değil geleceği de hesaba katarak anlaşmalarının içeriğini belirleyebilirler. Özellikle ticarî hayatın ve iş ilişkilerinin devamlılığı bakımından bu durum oldukça önem arz etmektedir. Sonuç olarak, arabuluculuk sürecinde tarafların hakimiyeti ve uzun vadede ilişkilerin korunması ön plandayken; yargılama sürecinde devlet hakimiyeti ve uyuşmazlıkların bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybedeceği şekilde çözülmesi amacı ön plandadır.

Tanımlardan çıkarılabilecek bir diğer sonuç ise arabuluculuk sürecinin dava şartı arabuluculuk halleri hariç olmak üzere gönüllülük esasına dayanmasıdır. Kural olarak, taraflar bir uyuşmazlığı arabulucuya götürüp götürmemekte serbesttirler. İster uyuşmazlığı arabulucuya götürüp uzlaşma için müzakere ederler; isterlerse de doğrudan devlet yargısına başvurarak uyuşmazlığın çözülmesini sağlayabilirler.

2. ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI

Hangi uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurulabileceğine ilişkin HUAK m. 1/2 uyarınca, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından arabulucuya başvurulabilir. Düzenlemeye göre bir uyuşmazlığın arabulucuya götürülebilmesi için gerekli olan birtakım kriterler vardır. Bunlardan ilki, uyuşmazlığın bir özel hukuk uyuşmazlığı olmasıdır. Özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı bilindiği üzere Roma hukukuna dayanır. Bu ayrımın temeli ise söz konusu uyuşmazlıkta tarafların eşit konumda olup olmadığıdır. Eğer uyuşmazlığın bir tarafı idareyse ve idare bu hukukî

²R. H. Mnookin (1998). Alternative Dispute Resolution. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232. s. 5.

ihtilafta diğerk tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı konumdaysa burada uygulanmakta olan hukuk kamu hukukudur. Bu duruma kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi idari sözleşmeler örnek gösterilebilir. Bu sözleşmelerde idare, gerektiğinde sözleşmede tek taraflı değişiklikler yapabilme veya sözleşmeye son verebilme gibi yetkilerle donatılabilir.³ Buna karşılık, özel hukuk uyuşmazlıklarında esas olan tarafların hukukî ilişkilerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmalarıdır. Uyuşmazlığın taraflarından birisinin idare olup olmaması bu konuda önem arz etmez. Ayrıca kamu hukukunda hukukî ilişkilerin çerçevesi çoğunlukla kanunla belirlenmişken özel hukukta serbestlik kural sınırlama ise istisnadır.⁴

Özel hukuk uyuşmazlığı olmasının yanında ayrıca uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte olması gerekir. HUAK m. 1'nin gerekçesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği yani sulh olmak suretiyle sona erdirebileceği uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulabileceği, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek uyuşmazlıklar için ise arabuluculuğa müracaat edilemeyeceği ifade edilmiştir. Kamu düzeni kavramını sınırları kesin bir şekilde tanımlamak oldukça zordur. İçinde bulunulan zamanın gereklerine göre kamu düzeni kavramı da değişime uğrayabilir. Ancak yine de kamu düzenini *“bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arası ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlâk kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü”*⁵ olarak tanımlamak mümkündür. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği özel hukuk uyuşmazlıklarına boşanma ve ayrılık davaları, soybağına ilişkin davalar ve çekişmesiz yargı işleri örnek gösterilebilir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurulabilmesi mümkün değildir.⁶

Öğretideki bir görüşe göre, madde gerekçesindeki kamu düzeni kavramının, uyuşmazlığın yargı erki önünde görülmesi halinde geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramına göre daha dar yorumlanması gerekmekte olup ilgili uyuşmazlık için kanun lafzında mutlaka hâkim kararı aranmıyorsa arabulucuya başvurulmasının önünde bir

³K. Gözler (2018). *İdare Hukuku Dersleri*. (20. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 426.

⁴Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 49.

⁵E. Yılmaz (2011). *Hukuk Sözlüğü*. (10. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 704.

⁶Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 110.

engel olmamalıdır.⁷ Aynı yazar buna dayanarak iştirak nafakasına ilişkin uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurulabileceğini ifade etmektedir.⁸ Kanaatimizce arabuluculuğa elverişlilik bakımından, ilgili uyuşmazlık için kanunda hâkim kararının zorunlu tutulmuş olup olmaması gibi bir ölçüt oluşturmak doğru bir yaklaşım değildir. Burada önemli olan, HUAK m. 1/2’nda da ifade edildiği gibi söz konusu uyuşmazlığın konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen tarafların uhdesinde olup olmadığıdır. İştirak nafakası örneğinden devam edecek olursak, tarafların bunu belirlememe yönünde tasarrufta bulunmaları halinde hâkim re’sen iştirak nafakasının bedelini belirleyecektir.⁹ O halde iştirak nafakası üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemediği, dolayısıyla iştirak nafakasının kamu düzenini ilgilendirdiği sonucuna ulaşılabilir. Boşanma davası bakımından da aynı şekilde değerlendirme yapılabilir. Bir yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini tarafların belirleyebilmesi anlamına gelen tasarruf ilkesi, boşanma davası bakımından sınırlandırılmıştır.¹⁰ Boşanma davasının kabul veya sulh yoluyla sonlandırılabilmesi ancak mahkemenin izni ile mümkün olabilir.¹¹ Dolayısıyla boşanma davasının konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarrufta bulunmalarının mümkün olmadığı söylenebilir. Buna karşın, haksız fiilden kaynaklanan bir maddi tazminat talebi için aynı şeyi ifade etmek mümkün değildir. Maddi tazminat talep etmeye hakkı olan kimse buna ilişkin herhangi bir talepte bulunmayabilir, şartları olduğu takdirde açtığı davasını geri alabilir veya davalı davayı kabul edebilir. Buna dayanarak, bu talebin kamu düzenini ilgilendirmediği ve dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Yine HUAK m.1/2’nın son cümlesinde aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Öğretideki bir görüşe göre bu konuda açıkça düzenleme yapılmamış olsaydı bile aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar kamu düzeninden sayılacağından, bunlar için arabulucuya başvurulması mümkün olamayacaktı.¹² Kanaatimizce böyle bir düzenlemenin yapılmış olması yerinde bir tercihtir. Aile içi şiddet iddiasına dayansa da açılacak tazminat davalarında yine medeni usûl hukuku anlamında tasarruf ilkesi geçerli

⁷A. Bulur (2015). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan Cilt 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 501.

⁸Bulur, 2015, **a.g.k.**, s. 501.

⁹M. Dural, T. Ögüz ve M. A. Gümüş (2021). *Türk Özel Hukuku Cilt III*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 149.

¹⁰T. Akkaya (2017). *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 74.

¹¹Akkaya, 2017, **a.g.k.**, s. 81.

¹²Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 53.

olacaktır. Fiziksel veya psikolojik aile içi şiddet mağduru, hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir, açtığı davadan feragat edebilir veya tercihini hiç dava açmama yönünde kullanabilir. Bu sebeple burada da tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hukukî uyuşmazlığın bulunduğu bahsetmek mümkündür. Kanun koyucu bu şekilde, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek davalar bakımından bir istisna hükmü yaratmıştır. Kanun'un Tasarı halinde yer almayan ve sonradan eklenen bu hükme ilişkin Adalet Komisyonu'nun Raporu'nda, arabuluculuk müzakerelerinin tarafların eşitliği ilkesine dayandığı ve bu süreçte tarafların kendilerini güvende hissetmesi gerektiği, oysa aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bakımından tehdit ve benzeri sebeplerle güven ortamının sağlanamayabileceği, buna bağlı olarak da eşitlik ilkesinin zedelenebileceği düzenlemenin gerekçesi olarak gösterilmiştir.¹³

Kadına karşı şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklara ilişkin hükümde açıkça bir düzenleme yapılmamıştır. Öğretide buna dayanarak aile içi olmayacak şekilde kadına karşı şiddet iddiasını içeren tazminat gibi özel hukuk davaları bakımından arabulucuya başvurulmasının mümkün olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴ Nitekim, arabuluculuğun uygulama alanını düzenleyen HUAK m.1/2'nde sadece aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Hükmün mefhum-ı muhalifinden diğer şiddet iddialarını içeren ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıkları için arabulucuya başvurulabileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak somut olaydaki kadına şiddet iddiası aynı zamanda aile içi şiddet olarak nitelendirilebiliyorsa, HUAK m. 1/2 gereğince arabulucuya başvurulabilmesi mümkün değildir.

Mahkemeden talep edilen hukukî korumanın türüne göre davalar; eda davası, tespit davası ve inşâî dava olmak üzere üçlü bir ayrım çerçevesinde incelenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 105 uyarınca eda davasında davacı, davalının bir şeyi vermeye veya bir işi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesini mahkemeden talep eder. Tespit davasında ise bir hak veya hukukî ilişkinin varlığının veya yokluğunun tespiti mahkemeden talep edilir (HMK m. 106/1). Her eda hükmü eda emrinin dışında zorunlu

¹³Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 113.

¹⁴L. Börü (2017). Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Dair Bazı Değerlendirmeler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2017/Özel Sayı. Ankara: s. 188.

olarak tespit hükmünü de barındırır.¹⁵ İnşâî davada ise mahkemeden yeni bir hukukî durum yaratılması veya önceki hukukî durumun değiştirilmesi yahut ortadan kaldırılması talep edilir (HMK m. 108/1). Mutlaka mahkeme kararını gerektiren inşâî hakları konu alan inşâî davalarda hukukî sonucun doğması için kesinlikle hâkim kararı gerektiğinden, uyuşmazlığın arabulucuya başvurularak çözülebilmesi söz konusu olamaz. Bunun yanında, tespit davalarında verilen hükümler cebri icraya elverişli olmadığından, bu davaların konuları için arabulucuya başvurulsa da daha sonra düzenlenecek anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, eda davaları sonucu verilen hükümler cebri icraya elverişli olduğundan, eda davalarının konuları için arabulucuya başvurulabilir ve buna ilişkin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınarak cebri icra yoluyla alacağın tahsili sağlanabilir.¹⁶

HUAK m.17/B uyarınca, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Taşınmazların devri ve üzerlerinde sınırlı ayni hak kurulması için tapu siciline tescil gerektiğinden, tarafların iradesi bunun için tek başına yeterli değildir. Ancak bu işlemlerde de tarafların serbestçe tasarrufta bulunması mümkün olduğundan, arabulucuya başvurulmasının önünde bir engel olmaması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir.¹⁷ Yapılan düzenlemeyle bu uyuşmazlıkların ihtiyarî arabuluculuğa elverişli olup olmadığı yönündeki tereddüt sona ermiştir. Fakat tapu kaydının düzeltilmesi veya taksim gibi kamu düzeniyle ilişkili işlemlerde tarafların serbestçe tasarruf yetkisi bulunmadığından, bunlar için arabulucuya başvurulabilmesi mümkün değildir.¹⁸ Düzenlemeyle tarafların serbestçe tasarruf yetkilerinin olduğu taşınmaz mülkiyetinin devrine veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli hale gelmiştir. Bu uyuşmazlıklarda, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle, arabuluculuk süreci ile sınırlı olmak ve konulmasından itibaren üç ayı geçmemek şartıyla, söz konusu taşınmaz için tasarruf

¹⁵B. Kuru ve B. Aydın (2021a). *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I*. (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 402.

¹⁶Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 120.

¹⁷A. Bulur (2014). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Paneli* (<https://tahkim.hacettepe.edu.tr/alperbulurteblig.pdf>); Ö. Ulukapı ve E. Kıyak (2015). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi. *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1665.

¹⁸Ulukapı ve Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 1665.

yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilebilir. Bu şerh, tarafların anlaşamaması veya şerhin kaldırılması hususunda anlaşmaları halinde arabulucunun talebiyle veya üç aylık sürenin sonunda kendiliğinden kalkar (HUAK m. 17/B/2). Söz konusu şerhin, Türk Medeni Kanunu (TMK) dışında düzenlenmiş bir tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi olduğu ifade edilmekte ve aydınlatma yükümlülüğünün gereği olarak arabulucunun şerhin hüküm ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹

3. BAŞVURU ZORUNLULUĞUNA GÖRE ARABULUCULUK TÜRLERİ

Arabuluculuk, hukukumuzda ihtiyarî ve dava şartı arabuluculuk olmak üzere ikili bir ayırım çerçevesinde incelenebilir. Bu ayırımın çıkış noktası, söz konusu uyuşmazlık için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması ve anlaşma sağlanamadığının belgelendirilmesi gibi bir zorunluluk olup olmamasıdır.

3.1. İhtiyarî Arabuluculuk

İhtiyarî arabuluculuktan anlaşılması gereken, ilgili uyuşmazlık için dava açmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu tutulmamış olmasıdır. Taraflar uyuşmazlığın çözülmesi için arabulucuya başvurabilecekleri gibi doğrudan dava açma yolunu da seçebilirler. Hukukumuzda dava şartı arabuluculuk halleri özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple belirtilmesi gerekir ki ihtiyarî arabuluculuk kural; dava şartı arabuluculuk ise istisnadır.²⁰ Lâkin, aşağıda da değinileceği üzere özellikle 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber istisnai nitelikteki dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı oldukça genişlemiştir.

3.2. Dava Şartı Arabuluculuk

Dava şartı arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurulmasından önce mevzuat gereği zorunlu tutulmuş arabuluculuk sürecini ifade eder.²¹ Dava şartı

¹⁹E. Badur ve N. Kurt Konca (2023). Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 72 (2), s. 876.

²⁰Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 127.

²¹B. Azaklı Arslan (2018). *Medeni Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 29; S. Özmumcu (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 74 (2), s. 808.

arabuluculuk, HUAK m. 18/A'da “*Dava şartı olarak arabuluculuk*” başlığı altında düzenlenmiştir. Davanın esası hakkında inceleme yapılarak karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka aranan şartlara dava şartı denir.²² Her dava için aranan dava şartlarına genel dava şartları; kanunda sadece belli davalar için öngörülen dava şartlarına ise özel dava şartları adı verilir.²³ Arabulucuya başvurulup anlaşma sağlanamadığının belgelendirilmesinin ardından mahkemede dava açılabilceğı anlamına gelen dava şartı arabuluculuğun, mahkemenin davanın esasına geçmeden önce kendiliğinden incelemesi gereken ve sadece belli uyuşmazlıklar için kanunda öngörölmüş özel bir dava şartı olduğı söylenebilir.

Dava şartı arabuluculuk, hukukumuzda ilk defa 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda (İMK) düzenlenmiştir. İMK m. 3 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ile tazminat davaları ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş ve süreç sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanan örneğinin dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır. 01/09/2023 tarihinde yürürlüğe giren 7445 Sayılı Kanun'un 41. maddesi ile bu alacak ve tazminatlara ilişkin itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Bir diğere dava şartı arabuluculuk düzenlemesi ise Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yer almaktadır. TTK m. 5/A uyarınca ticarî davalardan²⁴, konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunludur. 01/09/2023 tarihinde yürürlüğe giren 7445 Sayılı Kanun'un 31. maddesi ile dava şartı arabuluculuk kapsamındaki alacak ve tazminat davalarına bunlara ilişkin itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da eklenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 73/A/1 uyarınca Tüketici Mahkemelerinde görölen uyuşmazlıklar için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak yine aynı düzenlemede bazı uyuşmazlıklar dava

²²H. Pekcanitez (2017). *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku Cilt II*. (15. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 927.

²³Pekcanitez, 2017, **a.g.k.**, s. 950.

²⁴Hangi davaların ticarî dava olduğuna ilişkin düzenleme TTK'nun 4. maddesinde yapılmıştır. Buna göre her iki tarafın da ticarî işletmesini ilgilendiren hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın aynı hükümde sınırlı olarak sayılan mevzuattan doğan davalar ile özel kanunlarda ticarî dava niteliğini haiz olduğı belirtilen davalar ve taraflardan en az birinin ticarî işletmesini ilgilendirmek koşuluyla havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ticarî dava niteliğindedir.

şartı arabuluculuktan istisna tutulmuştur.²⁵ 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe giren 7445 Sayılı Kanun'un 34. maddesiyle eklenen HUAK m. 17/B uyarınca taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulabilir. Bu durumda, HUAK m. 73/A/1'ne göre tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda her ne kadar arabuluculuk dava şartı olmasa da taraflar dilerlerse ihtiyarî olarak arabuluculuğa müracaat edebilirler.

Yine 7445 Sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen HUAK m. 18/B uyarınca kiralaran taşınmazların ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılması ile ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar ve komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Son olarak, Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un (7442 Sayılı Kanun) 3. maddesi ile eklenen 5488 Sayılı Tarım Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

4. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ İLİŞKİSİ

Dava şartı arabuluculuk dava açılmasını tamamen engellememektedir. Ancak arabuluculuk sürecinin dava açılmadan önce tüketilmesi gerektiğinden, anlaşılamadığı takdirde devlet yargısına başvurmayı bir süre ertelemiş olacağı söylenebilir. Hak arama özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisi de devlet yargısına erişim olduğundan, dava şartı arabuluculuk ve hak arama hürriyeti ilişkisini incelemekte yarar vardır.

Dava şartı arabuluculuk, hak arama hürriyetin kullanım şekillerinden birisi olan cebri icraya başvuru bakımından ise herhangi bir sonuç doğurmamaktadır. Alacaklı taraf

²⁵Bunlar sırasıyla tüketici hakem heyetleri tarafından görülen uyuşmazlıklar, hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, haksız ticarî uygulamalar ve ticarî reklamlara ilişkin hükümler hariç genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu TKHK'a aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyatî tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla açılan davalar, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması amacıyla açılan davalar ve son olarak tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklardır (TKHK m. 73/A/1).

dilerse doğrudan icra takibine başvurabilir.²⁶ Hukukumuzda icra takibi yapılmadan önce arabulucuya başvurulmasını zorunlu kılan bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir düzenleme yapılmasının da isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber icra takibi prosedüründe yer alan birçok dava, dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. İcra takibi yapılmasından önce de arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılmanın hak arama hürriyetine ölçsüz bir müdahale teşkil edeceği kanaatindeyiz. Burada icra takibi ile kastedilenin ilâmsız icra olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Zira ilâmlı icraya başvuran alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde bir belge mevcut olmalıdır. Elinde ilâm bulunan alacaklı ise daha önce dava yoluna başvurmuştur. Hukukumuzda, ilâmsız icranın öngörülmesinin en önemli sebeplerinden birisi aynı dava şartı arabuluculukta olduğu gibi mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıdır.²⁷ İlâmsız icra da aynı arabuluculuk gibi kural olarak ihtiyarî olma ve mahkeme yolunu kapatmama gibi özellikleri bünyesinde taşımaktadır. Dolayısıyla, ilâmsız icranın da bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan bahsedilebilir.²⁸ O halde, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmasının önce bir diğerine başvurulması şartına tâbi tutulmasının mantıklı olmadığı söylenebilir. Tüm bunlara dayanarak, her ne kadar ilâmsız icra prosedüründe yer alan birçok dava (itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davası) arabuluculuk şartına tâbi tutulmuş olsa da ilâmsız icraya başvurulmasının arabuluculuk şartına bağlanmasına yönelik olası bir düzenlemenin, ilâmsız icranın niteliğine uygun olmayacağı ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

4.1. Hak Arama Hürriyeti

Hak arama hürriyeti, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”*

²⁶Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 145.

²⁷E. Koç (2021). Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: İlâmsız İcra Takibi. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8 (1), s. 245.

²⁸T. Ö. Kiraz (2008). *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 220; Koç, 2021, **a.g.k.**, s. 254.

Türkiye Cumhuriyeti devletinin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde de hak arama hürriyetine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bilindiği üzere Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Yine aynı maddeye göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme içermeleri halinde bu sözleşmeler, normlar hiyerarşisinde kanunların da üzerinde yer alırlar. Hak arama hürriyeti de bir temel hak olduğundan, tarafı olduğumuz herhangi bir uluslararası sözleşmede buna ilişkin düzenleme var ise kanunlarımızın o düzenlemeyle çelişmemesi gerekir. Çelişme söz konusu olduğunda ise bu uluslararası sözleşmeler, kanunlarımıza göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesi uyarınca;

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB)'nin 8. maddesine göre;

“Her insanın, kendisine yasalarla tanınan temel haklara aykırı uygulamalar karşısında, hak ve hukukunun fiilen korunması için, bu işle görevli ulusal mahkemelere başvurma hakkı vardır.”

Anayasa Mahkemesi de birçok kararlarında hak arama hürriyetine vurgu yapmaktadır:

“...Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir...”²⁹

“...Bu düzenleme ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir...”³⁰

²⁹Anayasa Mahkemesinin 19.09.1991 tarih ve 1991/2 Esas ve 1991/30 Karar sayılı kararı.

³⁰Anayasa Mahkemesinin 28.03.2018 tarih ve 2017/120 Esas ve 2018/33 Karar sayılı kararı.

“...Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir...”³¹

Hak arama hürriyeti, pozitif hukukun tanıdığı hak ve hürriyetlerden yararlanmanın ön koşulu ve usûlî güvencesidir.³² Dolayısıyla hak arama hürriyetinin, diğer hak ve hürriyetlerin korunması bakımından bir araç vasfına sahip olduğu söylenebilir. Lâkin böyle bir bakış açısı, hak arama hürriyetinin bağımsız bir hak olma özelliğine halel getirmemelidir.³³ Aksi bir yorum, hak arama hürriyetinin yargı yollarına başvurulması için gereken bir dava şartı mahiyetine indirgenmesi anlamına gelecektir.³⁴ Hak arama hürriyetinin gelişimi için onu salt bir araç olarak görmekten ziyade bir amaç olarak da kabul etmek oldukça önemlidir.³⁵

Öğretide, hak arama hürriyeti bakımından Anayasa’nın 40. maddesinin yukarıda bahsedilen 36. maddesine göre daha kucaklayıcı nitelikte olduğu ileri sürülmektedir.³⁶ Zira Anayasa’nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti sadece yargısal yollar olarak belirlenmişken, Anayasanın 40. maddesinde “yetkili makamlara” başvuru imkânı tanınmıştır.³⁷ Anayasa m. 40/1 uyarınca, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Söz konusu yetkili makamlar idari, siyasal veya yargısal nitelikte olabilir.³⁸

Sonuç olarak hak arama hürriyetini, hakkın yerine getirilmesini sağlamakla görevlendirilmiş mekanizmalara hukuka uygun yöntemler vasıtasıyla başvuru özgürlüğü olarak tanımlamak mümkündür. Bu kapsamda, hak aramayı imkânsız kılan veya zorlaştıran hukukî ve fiilî engellerin ortadan kaldırılması da hak arama hürriyetinin bir

³¹Anayasa Mahkemesinin 14.01.2015 tarih ve 2014/89 Esas ve 2015/3 Karar sayılı kararı.

³²İ. Ö. Kaboğlu (1999). *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. (5. Baskı). İstanbul: Afa Yayıncılık, s. 95.

³³İ. Köküarı (2011). Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15 (1), s. 167.

³⁴Köküarı, 2011, **a.g.k.**, s. 168.

³⁵Köküarı, 2011, **a.g.k.**, s. 168.

³⁶B. Tanör ve N. Yüzbaşıoğlu (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. (20. Bası). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 216.

³⁷Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 216.

³⁸Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 217.

gereğidir.³⁹ Ayrıca gerek ulusal ve uluslararası mevzuatta yer alan hükümlerden gerekse de Anayasa Mahkemesi içtihatlarından yola çıkarak hak arama hürriyetinin en önemli unsurunun mahkemelere erişim hakkı olduğu söylenebilir. Dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyeti ile ilişkisi de bu unsur üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabilmesi için hangi ölçütlere uygun davranılması gerektiği ortaya konulmuştur.⁴⁰ Bu ölçütlerden bir tanesi Anayasa'nın ilgili maddelerinde yer alan özel sınırlama sebeplerine bağlı kalınmış olmasıdır.⁴¹ Hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddede herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemiştir. İlgili maddesinde sınırlama sebebi belirtilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde sınırlanamayacağını iddia etmek mantıklı bir yaklaşım değildir.⁴² Ayrıca hak arama hürriyetine ilişkin düzenlemede yer alan “*meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*” ifadesi, madde metninde yer alan anayasal bir sınır olarak değerlendirilebilir.⁴³ Bunun yanında, her hak ve hürriyetin Anayasada belirtilmemiş olsa bile kendi doğasından kaynaklanan objektif sınırları olduğu da ileri sürülmektedir.⁴⁴ Ancak böyle bir yaklaşımın keyfi uygulamalara sebep olabileceğinden bahisle Anayasa'nın 36. maddesinin gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁵

Dava şartı arabuluculuk, mahkemelerde dava açılmasını bir süre de olsa ertelemektedir. Dolayısıyla mahkemelere erişim hakkını kısıtladığı söylenebilir. Hak arama hürriyetini düzenleyen hükümde özel bir sınırlama sebebi olmamasına dayanarak bu hürriyetin hiçbir şekilde sınırlanamayacağı kabul edilse dahi dava şartı arabuluculuğun anayasal dayanaktan yoksun olmadığı kanaatindeyiz. Zira Anayasa'nın 141. maddesinin

³⁹E. Atalay (1997). Yargısal Temel Haklar. *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 449.

⁴⁰Anayasanın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca ilgili maddede yer alan sınırlama sebeplerine bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

⁴¹2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 13. maddede yer alan genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Bunun yerine ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebeplerine bağlı kalınması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

⁴²K. Gözler (2017). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. (21. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 127. Yazara göre, her ne kadar Anayasanın bu düzenlemesi problemlili olsa da özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve özgürlüklerin sınırsız şekilde kullanılacağını kabul etmek makul bir yaklaşım değildir. Yoksa Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen ve özel sınırlama sebebi içermeyen 48. maddesine dayanılarak eroin ticareti yapılmasının önünde bir engel bulunmayacaktır.

⁴³Gözler, 2017, **a.g.k.**, s. 133.

⁴⁴Gözler, 2017, **a.g.k.**, s. 134.

⁴⁵P. Çiftçi (2016). Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) sınırlandırılması sorunu. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 12 (34), s. 388.

son fıkrası uyarınca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle çözülmesi yargının görevidir. Bu görevin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yasama organı tarafından gerekli kanunî düzenlemelerin yapılması gerekir.⁴⁶ Dava şartı arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği özel hukuk uyuşmazlıklarının dostane şekilde çözümüne hizmet ederek yargının iş yükünün azalmasını ve buna bağlı olarak da daha hızlı çalışmasını sağladığından, kanaatimizce anayasanın lafzına da aykırılık teşkil etmemektedir.

4.2. Anayasa Mahkemesi Kararları

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinde açıkça belirtildiği üzere arabuluculuğa başvurulması gönüllülük esasına dayalıdır. Uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmakta veya başvurduktan sonra sürece devam edip etmemekte serbesttirler. Bu arabuluculuk türüne yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ihtiyarî arabuluculuk denir. İhtiyarî arabuluculuğun hak arama hürriyetini (Anayasa m. 36) ve mahkemelerin devredilemez yargılama yetkisini (Anayasa m. 9) ihlâl ettiğinden bahisle Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi de 10.07.2013 tarihli kararında başvuruyu reddetmiştir. Hak arama hürriyetine aykırılık olmadığına gerekçesi olarak arabuluculuğa başvurulmasında ve sürecin devam ettirilmesinde gönüllülük esasının olması gösterilmiştir. Ayrıca arabuluculuğun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, ancak bu yöntemlerin devlet yargısına alternatif, onu ikame eden veya onunla yarışan yöntemler olmadığı, tam aksine yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözülmesini sağlayan yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğundan bahisle devletin mutlak yargı yetkisinin ihlâl edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁷

Dava şartı arabuluculuk müessesine ilişkin olarak ise İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırı olduğundan bahisle

⁴⁶ “Yargılamada taraflara belirli usuli güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de, 'makul sürede yargılanma' ilkesidir. Anayasa'nın 141. maddesinde, 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.' denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde düzenlenmesi... makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir.” (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 tarih ve 2013/4 Esas ve 2013/35 Karar sayılı kararı).

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih ve 2012/94 Esas ve 2013/89 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur ve mahkeme 11.07.2018 tarihli kararıyla başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme, iş hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıklar için dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olmasını, hak arama hürriyetine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir kısıtlama olarak nitelendirdikten sonra hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını ve ölçülülük ilkesinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirmiştir. Dava şartı olmanın sonucu olarak arabulucuya başvurulması zorunluluk arz etse de taraflar anlaşıp anlaşmamakta serbest olduklarından ve anlaşamadıkları takdirde devlet yargısına başvurularının önünde bir engel olmadığından dolayı hakkın özüne dokunulmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca gerek yargının iş yükünün azaltılması suretiyle mahkemelerin daha verimli çalışmasının sağlanması gerekse de uyuşmazlıkların daha basit, ucuz ve hızlı şekilde çözülmesi gibi bir olanağı yaratmasından dolayı dava şartı arabuluculuğun mahkemelere erişim hakkının ölçüsüz şekilde kısıtlanması gibi bir sonuç doğurmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır.⁴⁸

Son olarak, tüketici uyuşmazlıklarında öngörülen dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. İptal talebinin gerekçesi olarak, özellikle taraflar arasındaki eşitsizliğe vurgu yapılmış ve bu eşitsizliğin tüketicilere karşı tarafla uzlaşma yönünde baskı oluşturacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruyu; zorunluluğun sadece arabuluculuğa başvurma aşamasında olması, arabuluculuğa başvurulmadan açılan davanın usulden reddi halinde söz konusu usûli eksiklik tamamlanarak yeniden dava açılabilmesi ve tüketici uyuşmazlıklarında azami dört hafta olan arabuluculuk sürecinin hakkın yerine getirilmesi bakımından geçecek makul sürenin kabul edilemeyecek şekilde uzamasına sebep olmadığı gerekçeleriyle reddetmiştir.⁴⁹

4.3. Öğretideki Görüşler

Öğretideki bir görüşe göre dava şartı arabuluculuk, zorunluluğun sadece arabulucuya başvurulmasında geçerli olması ve anlaşılamadığı takdirde dava açılmasının mümkün olması sebebiyle hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmemektedir.⁵⁰ Hatta

⁴⁸Anayasa Mahkemesinin 11.07.2018 tarih ve 2017/178 Esas ve 2018/82 Karar sayılı kararı.

⁴⁹Anayasa Mahkemesinin 26.10.2023 tarih ve 2020/73 Esas ve 2023/181 Karar sayılı kararı.

⁵⁰Ç. Yazıcı Tıktık (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 40. V. Özçelik (2018). Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomisi ve Hak Arama

uyuşmazlığın taraflarının para ve zaman tasarrufu sağlaması ve mahkemelerin iş y¼k¼n¼n azalması ihtimali s¼z konusu olacağından, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık ç¼z¼m y¼ntemlerinin hak arama h¼rriyetine katkı sunabileceği s¼ylenebilir.⁵¹ Sosyal devletin amaçlarından bir tanesi yurttaşların adalete erişiminin ön¼ndeki engelleri kaldırmak olduğundan, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık ç¼z¼m y¼ntemlerinin varlığının sosyal devlet ilkesine hizmet ettiği belirtilmektedir.⁵² Ayrıca uyuşmazlıkların mahkeme kararı sonucunda kazan-kaybet şeklinde bitmesi yerine tarafların uzlaşması sayesinde kazan-kazan şeklinde neticelendirilmesinin kalıcı hukuk¼ barışı sağlayacağı da ifade edilmektedir.⁵³

¼ğretideki diğer g¼r¼ře g¼re ise yargının iş y¼k¼n¼ azaltmak gibi gerekçelerle mahkemelere başvurulmasının ön¼ne engel konulması hak arama h¼rriyetinin öz¼n¼n zedelenmesine sebep olacaktır.⁵⁴ Arabuluculuğa başvurunun, kurumun doğası gereği gön¼ll¼l¼k esasına dayanması gerektiği ve dava şartı arabuluculuğun mahkemelere erişim hakkına m¼dahale niteliğinde olduğu ileri s¼r¼lmektedir.⁵⁵ Taraflar istemeden onları arabulucuya başvurmak zorunda bırakmanın, uyuşmazlıkları daha hızlı sonuçlandırmayı amaçlarken hakkın yerine getirilmesi s¼recinin daha da uzaması gibi bir sonucu ortaya çıkarabileceęi⁵⁶, başvuru aşamasındaki zorunluluğun uygulamada zamanla anlaşma veya en azından m¼zakere etme hususunda zorunluluğa d¼n¼řebileceęi⁵⁷, dava şartı arabuluculuğun, arabuluculuğun ruhuna ters bir m¼essese olduğu ve gön¼ll¼ olacak

H¼rriyeti Bakımından Değerlendirme). *Kesit Akademi Dergisi*. 14, s. 350; M. S. ¼zbek (2012). Anayasal Hak ve H¼rriyetler ile Yargılamaya H¼kim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk. *Medeni Us¼l ve İcra-İfl¼s Hukukçuları Toplantısı-IX*. Ankara: T¼rkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 140; N. T. Bahadır (2022). *Hak Arama H¼rriyeti Perspektifinden Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 147; E. Erdoğan (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ¼ng¼r¼len Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama ¼zg¼rl¼ę¼ Açışından Değerlendirilmesi. *İş Hukuku ve Sosyal G¼venlik Hukuku Dergisi*. Sayı: 55, s. 1235.

⁵¹ ¼zçelik, 2018, **a.g.k.**, s. 348.

⁵² ¼zbek, 2012, **a.g.k.**, s. 136.

⁵³ E. Erişir (2009). Arabuluculuk M¼essesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran ¼ncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı. *Dokuz Eyl¼l Üniversitesi Hukuk Fak¼ltesi Dergisi*. 11 (¼zel Sayı), s. 230.

⁵⁴ M. ¼zekes (2018a). Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama ¼zg¼rl¼ę¼ ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. (Ed: E. Erdoğan), s. 125; K. Karacabey (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*. 18 (2016/1), s. 472; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 147.

⁵⁵ R. L. Wissler (1997). The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on The Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*. 33, s. 572.

⁵⁶ H. Pekcanitez (2008). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı. *Medeni Us¼l ve İcra İfl¼s Hukukçuları Toplantısı-VI*. Ankara: T¼rkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 254.

⁵⁷ L. V. Katz (1993). Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of The Coin. *Journal of Dispute Resolution*. 1993 (1), s. 41.

şekilde geliştirilip teşvik edilmesi gerektiği⁵⁸ ifade edilmektedir. Arabuluculuğun zorunlu tutulması yerine, HMK'nun 139., 140. ve 320. maddelerinde yer alan, yargılamanın ön inceleme aşamasında hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik edeceğine ilişkin hükmün daha etkin şekilde uygulanmasının faydalı bir çözüm olabileceği söylenebilir.⁵⁹ Arabuluculuk, sadece ona gönüllü olarak başvurulmasının önünde birtakım engeller (taraflar arasında iletişim eksikliği, arabuluculuğa şüpheyile yaklaşılması, uyuşmazlığın hızlı çözülmesinde taraflardan birinin diğeri kadar menfaati olmaması vs.) söz konusu olduğu takdirde zorunlu tutulabilmelidir.⁶⁰ Ayrıca arabuluculuğun zorunlu olmasının, devletin yargılama yetkisinin örtülü olarak devredilmesi sonucunu doğurabileceği yönünde de endişeler söz konusudur.⁶¹

4.4. Kanaatimiz

Kanaatimizce, devlet yargısına başvurulmasından önce arabuluculuğun zorunlu tutulması teorik olarak hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmemektedir. Sadece arabulucuya başvurulması zorunlu olup müzakerelerin sonunda anlaşma sağlanamaması halinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere, hukuk uygulamamızda en çok şikâyetçi olunan konulardan biri yargılamaların uzun sürmesi ve yargı üzerindeki iş yüküdür. Ticarî uyuşmazlıklar için azami sekiz (TTK m. 5/A/2) geriye kalanlar bakımından ise azami dört haftalık (HUAK m. 18/A/9) bir süre içerisinde uyuşmazlıkların daha basit, hızlı ve ucuz şekilde çözülmesi için dava açılmasının engellenmese de bir süre ertelenmesinin, ölçülülük ilkesi kapsamında kalan bir sınırlama olarak hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Elbette ideal olan yargılamaların hızlı bir şekilde tamamlanması ve yargı üzerindeki iş yükünün etkin ve verimli çalışmayı engellemeyecek düzeyde olmasıdır. Ancak fiilî durumu da görmezden gelmemek gerekir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 3/2 uyarınca taraflar hem arabulucuya başvurulmasında hem de başvuru sonrası süreçte eşit haklara sahiptirler. Bu eşitliğin hayata geçirilmesi için elbette arabulucu çaba sarf edecektir. Fakat belirtmek

⁵⁸Özekes, 2018a, **a.g.k.**, s. 135; Özümucu, 2016, **a.g.k.**, s. 838.

⁵⁹Özmumcu, 2016, **a.g.k.**, s. 838.

⁶⁰A. Neller (1992). Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Journal on Dispute Resolution*. 7 (2), s. 293-295.

⁶¹Özekes, 2018a, **a.g.k.**, s. 136.

gerekir ki arabuluculuk sürecinde devlet yargısından farklı olarak tarafların müzakeresi söz konusudur. Yani uyuşmazlık arabulucunun desteğiyle taraflarca çözüme kavuşturulur. Bu sebeple taraflardan birinin diğerine göre özellikle ekonomik olarak daha güçlü olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun doğru bir tercih olmayacağı kanaatindeyiz. Bu duruma örnek olarak iş uyuşmazlıkları verilebilir. Nadir istisnalar dışında işveren, işçiye göre ekonomik olarak daha güçlü konumda olduğundan, eşit olmayan taraflar arasında müzakerelerin layıkıyla yürütülmesi oldukça zor olacaktır. Ayrıca icra takibi yapılmasında arabuluculuk şartı olmadığından, güçsüz konumda olan tarafın müzakereler sırasında cebri icra tehdidi altında kalacağının da göz önünde bulundurulması gerekir.⁶² Devlet yargısından sonuç almak uzun sürebileceğinden, ekonomik olarak dayanma gücü olmayan tarafın arabuluculuk sürecine başvurup anlaşmak zorunda kalması gibi hak arama hürriyetine aykırılık teşkil eden bir sonuç da ortaya çıkabilir. En azından taraflar arasındaki eşitsizliğin açık olduğu uyuşmazlıklar için yargılama sürecinin kısılmasını sağlayacak adımların atılması da oldukça önemlidir.

Hak arama hürriyetine ilişkin pratikte ortaya çıkabilecek en önemli problemlerden bir tanesi arabulucuların eğitimi ve niteliğidir. Her ne kadar arabuluculuk yargılamanın bir alternatifi olarak kabul edilmese de arabulucunun yardımcı olduğu süreç sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılabilmesi mümkün değildir (HUAK m. 18/5). Ayrıca arabulucu, müzakereler sonunda taraflar çözüm üretmezlerse onlara üzerinde tartışmaları için menfaat temelli bir çözüm önerisi sunabilir (HUAK m. 15/7). Tüm bunlara dayanarak belirtilebilir ki arabuluculuğa kabul sürecinde nitelikli bir eğitim verilmeli, seçici davranılmalı ve ölçücü bir sınav yapılmalıdır.⁶³ Bu hem ihtiyarî hem de dava şartı arabuluculuk için geçerlidir. Aksi takdirde en iyi ihtimalle verimsiz bir arabuluculuk süreci sonucu sübjektif hakkın yerine getirilmesi süreci uzayacak daha kötü ihtimalde ise hak kayıpları doğacaktır.

⁶²İ. Ermenek (2021). *Arbuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 73.

⁶³Bu konuda HUAK m. 20/2-b tartışmaya açıktır. Hükme göre arabulucular siciline kaydolabilmek için mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak yeterlidir. Ancak bu mesleğin hukuk mesleği olması gibi bir zorunluluk aranmamıştır. Hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra beş yıl boyunca hukuk mesleklerinin dışında bir iş yaparak sadece arabuluculuk sınavını kazanıp sicile kaydolmanın önünde bir engel bulunmamaktadır. Yine 04/12/2022 tarihinde yapılan çoktan seçmeli arabuluculuk sınavında yetmiş puanı geçen adayların sicile kaydolmaya hak kazanması da eleştiriye açıktır. Uyuşmazlıkların çözülmesine yardımcı olunması ve hatta tarafların müzakereler sonunda anlaşamaması halinde çözüm önerisi getirilmesi gibi önemli rolleri içinde barındıran bir kamu görevi için barajdan ziyade kontenjan usûlüyle mesleğe alım yapılmasının daha yerinde bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda belirtildiği üzere belli uyuşmazlıklar bakımından dava açılmasından önce arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan düzenlemeler hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmez. Ancak bunun da ötesine geçilerek dava şartı arabuluculuk sürecine katılımı sağlamak amacıyla tarafları daha fazla zorlayacak düzenlemelere şüpheyle yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Gereğinden fazla katı düzenlemeler, arabuluculuk kurumunun esnek doğasıyla da çelişki içerisindedir.⁶⁴ Bu tarz bir düzenlemeye örnek olarak HUAK m. 18/A/12 verilebilir. Düzenlemeye 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.”⁶⁵

Kanun koyucu bu hükümle dava şartı arabuluculuk müzakerelerine katılımı teşvik etmeyi amaçlamıştır. Elbette tarafların müzakerelere katılması arabuluculuktan sonuç alınabilmesi için son derece önemlidir. Ancak bu gerekçeyle olsa bile, dava sonucunda haklı çıksa dahi müzakerelere katılmayarak arabuluculuk sürecinin sona ermesine sebep olan tarafa yargılama giderlerinin tamamının yüklenmesi ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilememesi yönündeki düzenlemenin orantılı olmadığı söylenebilir. Kanaatimizce bu düzenlemeyle hak arama hürriyetinin orantılılık ilkesine aykırı bir şekilde sınırlandırılmasına sebep olunmuştur.⁶⁶ Mezkûr düzenlemenin bu kısımlarına ilişkin olarak yapılan somut norm denetimi başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, 14.03.2024 tarihli kararında, bu yaptırımların mülkiyet hakkına ve hak arama hürriyetine orantısız müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.⁶⁷ Söz konusu iptal kararı

⁶⁴D. Quek (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11, s. 509.

⁶⁵Bu düzenleme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalan dava şartı arabuluculuk halleri için tüketici aleyhine uygulanamaz (TKHK m. 73/A/2).

⁶⁶Aynı yöndeki bir düzenleme olan 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/12 hakkında Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuş ve mahkeme bu başvuruyu 11.07.2018 tarihli kararında oyçokluğuyla reddetmiştir. Karar metni ve muhalefet şerhleri için bkz. Anayasa Mahkemesinin 11.07.2018 tarih ve 2017/178 Esas ve 2018/82 Karar sayılı kararı.

⁶⁷Anayasa Mahkemesinin 14.03.2024 tarih ve 2023/160 Esas ve 2024/77 Karar sayılı kararı.

18.04.2024 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış olup bu tarihten dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir.

İMK m. 3/12’nda yer alan aynı yöndeki düzenleme ise hâlâ yürürlüktedir. Hatta bu düzenlemeye ilişkin olarak yapılan soyut norm denetimi başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 tarihli kararında, bu düzenlemede yer alan yargılama giderlerine ilişkin kısmın Anayasa’ya aykırı olmadığından bahisle iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁶⁸ Belirtmemiz gerekir ki bir düzenlemenin hak arama hürriyetine ve mülkiyet hakkına orantısız müdahale teşkil edip etmediğine ilişkin yüksek mahkeme içtihatlarının kısa sürede bu denli farklılık göstermesi hukuk güvenliği bakımından endişe vericidir. Zira demokratik bir toplumda hukuk devletinin inşa edilmesi için her iki hak ve hürriyetin de garanti altına alınmış olması son derece önemlidir. Aksi bir durum, toplumun hukuk devletine olan saygısını ve bağlılığını olumsuz yönde etkileyebilir.

Anayasa m. 152/4 uyarınca, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğundan bahisle yeniden başvuru yapılamaz. Anayasa Mahkemesi, 01.02.2024 tarihli kararında, bu düzenlemenin yalnızca somut norm denetimleri bakımından geçerli olduğu; soyut norm denetimini kapsamadığı yönünde değerlendirme yapmıştır.⁶⁹ O halde, İMK m. 3/12’na ilişkin olarak verilen iptal isteminin reddi kararı bakımından on yıllık sürenin bir bağlayıcılığının bulunmadığı söylenebilir. Bu düzenlemeye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi başvurusu yoluyla yeniden iptal isteminde bulunulması mümkündür. Ayrıca hukukî düzenlemelerde yeknesaklığın sağlanması için kanun koyucunun bu düzenlemeyi ilgâ etmesi de yerinde olacaktır. Aksi takdirde, HUAK’na göre özel düzenleme niteliğinde olan ve hak arama hürriyetine aykırı nitelik taşıyan İMK m. 3/12, iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk halleri bakımından tutarsız bir şekilde işlerlik kazanabilir.

⁶⁸Anayasa Mahkemesinin 11.07.2018 tarih ve 2017/178 Esas ve 2018/82 Karar sayılı kararı.

⁶⁹“On yıl başvuru yasağına ilişkin düzenlemeye, Anayasa’nın “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” kenar başlıklı 152. maddesinde yer verilmiş olması, bu yasağın iptal davası üzerine verilen ret kararlarını kapsamadığını göstermektedir...” (Anayasa Mahkemesinin 01.02.2024 tarih ve 2023/177 Esas ve 2024/30 Karar sayılı kararı).

5. ARABULUCULUĞUN TEMEL AŞAMALARI

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuğun aşamaları şeklinde bir düzenleme olmamakla birlikte, tarafların arabuluculuğa başvurmalarından itibaren başlayacak arabuluculuk sürecinin birtakım aşamalardan geçmesi gerekir. İcra hukuku ile olan bağlantısını değerlendirmeye başlamadan, ihtiyarî ve dava şartı arabuluculuk sürecinin nasıl başlatıldığını, nasıl yürütüldüğünü ve nasıl sonuçlandırıldığını kısaca açıklamanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

5.1. İhtiyarî Arabuluculuğun Temel Aşamaları

İhtiyarî arabuluculuğun temel aşamalarını incelemekten önce uygulamada kavram kargaşasına neden olan arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sözleşmesini tanımlamak yerinde olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların kendi aralarında imzaladıkları ve ortaya çıkacak bir uyuşmazlık için öncelikle arabulucuya başvurulacağını öngördükleri sözleşmedir.⁷⁰ Arabulucu sözleşmesi ise aralarındaki uyuşmazlığı arabulucuya başvurarak çözmeyi denemeye karar veren tarafların bir arabulucuyla yaptığı, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi tarafların da bunun karşılığında ücret ödemeyi yükümlendiği sözleşmedir.⁷¹

HUAK m. 3'nde belirtildiği gibi (dava şartı arabuluculuk halleri hariç) arabulucuya başvurmak iradidir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık doğmadan önce veya doğduktan sonra arabuluculuğa başvurabilirler.⁷² Uyuşmazlık doğduktan sonra ise dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra taraflar arabulucuya başvurulması yönünde anlaşabilirler (HUAK m. 13/1). Bunun yanında mahkeme de tarafları arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 137, 140). Taraflardan birinin arabuluculuk teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmezse bu durum, aksi kararlaştırılmadıkça teklifin reddedildiği anlamına gelir (HUAK m. 13/2).

Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması halinde arabuluculuk süreci, tarafların ilk toplantıya davet edilmesi ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devamı

⁷⁰M. Göksu (2021). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*. (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 53.

⁷¹E. Badur (2020). Arabulucu Sözleşmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 15 (162), s. 249.

⁷²Göksu, 2021, **a.g.k.**, s. 54.

hususunda anlaşarak bu durumun bir tutanakta belgelendirilmesiyle başlar. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması ihtimalinde ise süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların duruşma dışında arabulucuya başvurma hususunda anlaşmaya varıp bunu mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirilmesiyle başlar (HUAK m. 16/1). Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması halinde mahkemece yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu halinde üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süre uyuşmazlığın konusuyla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK m. 16/2).

Arabuluculuk faaliyetinin ilk aşaması müzakere öncesi hazırlık aşamasıdır. Bu aşamada arabulucu, taraflar veya vekillerinden uyuşmazlığa ilişkin genel bilgileri alır ve müzakerelerin nerede ve ne şekilde yürütüleceği hususunu taraflara da danışarak netleştirir.⁷³ Arabuluculuğa vekil aracılığı ile başvurma, süreci vekil ile yürütme ve sonlandırma için vekile özel yetki verilmesi gerekir (HMK m. 74).

İkinci aşama ise sürecin yürütüldüğü aşamadır. Bu aşamada arabulucu tarafların uzlaşabilmeleri için onlara yardımcı olur ve müzakereler yürütülür. Müzakerelere taraflar kendileri veya vekilleri aracılığıyla aynı anda katılabilecekleri gibi eşitlik ilkesinin zedelenmemesi kaydıyla ayrı ayrı görüşmelerle de süreç yürütülebilir.⁷⁴ Arabuluculuk faaliyeti yargılama faaliyeti değildir. Bu sebeple yargısal bir yetkinin kullanılması anlamına gelen ve bu sebeple hâkim kararı gerektiren işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (HUAK m. 15/4). Bu çerçevede arabulucunun tanık dinlemesi, bilirkişiye başvurusu, keşif faaliyetinde bulunması veya taraflardan birini isticvap etmesi mümkün değildir.⁷⁵ Uyuşmazlığı sona erdirecek olan arabulucu değil taraflar olduğundan, arabulucu tarafından bu işlemlerin yapılmasına zaten gerek de yoktur.⁷⁶ Arabulucu sadece tarafların ortak menfaatleri çerçevesinde bir çözüme ulaşmaları için onlara yardımcı olur. Müzakereler sırasında hukukî tavsiye ve telkinde bulunamaz (HUAK Yön. m. 17/6). Ancak taraflar müzakerelerin sonucunda çözüm üretmemişlerse arabulucu onlara tartışıp müzakere etmeleri için bir çözüm önerisi sunabilir (HUAK m. 15/7).

⁷³Göksu, 2021, **a.g.k.**, s. 56.

⁷⁴Göksu, 2021, **a.g.k.**, s. 56.

⁷⁵Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 116.

⁷⁶Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 117.

Son aşama ise sürecin sonlandırılmasıdır. Süreç tarafların anlaşamaması veya anlaşması ile sonuçlanabilir. Süreç sonunda anlaşma sağlanabilmesi için vekilin müvekkili adına ödün vermesi gerekiyorsa buna sebep olacak sulh ve ibra gibi işlemler için vekile ayrıca özel yetki verilmesi gerekir.⁷⁷

5.2. Dava Şartı Arabuluculuğun Temel Aşamaları

Dava şartı arabuluculuk usûlü HUAK 18/A maddesi ile düzenlenmiştir. Eğer özel kanunlarda farklı bir usûl öngörülürse bu kanunlardaki hükümlerin öncelikli olarak uygulanması gerekir.⁷⁸ Örneğin HUAK m. 18/A/9 uyarınca dava şartı arabuluculuk sürecinin azami dört hafta içerisinde tamamlanması gerekir. Bu süre ticarî uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk için azami sekiz haftadır (TTK m. 5/A/2).

Dava şartı arabuluculuk hallerinde tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurmaları zorunludur. Bu zorunluluk yerine getirilmiş fakat tarafların anlaşamadığına dair son tutanak mahkemeye sunulmamışsa tutanağın sunulması için davacıya mahkemece bir haftalık kesin süre verilir. Arabulucuya hiç başvurulmadığı ihtimalde ise davacıya herhangi bir süre verilmeksizin dava usûlden reddedilir (HUAK m. 18/A/2). Taraflar daha sonra arabulucuya başvurup anlaşamadıkları takdirde, buna ilişkin tutanağı dava dilekçelerine ekleyerek yeniden dava açabilirler. Dava şartı arabuluculuğa başvuru uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (HUAK m. 18/A/4). Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından seçilir. Eğer taraflar listede yer alan bir arabulucu üzerinde anlaşmışlarsa bu arabulucu görevlendirilir (HUAK m. 18/A/5). Arabulucu, kural olarak görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde başvuruyu sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde bir hafta uzatılabilir (HUAK m. 18/A/9).⁷⁹ Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar uyuşmazlığın konusuna ilişkin zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez (HUAK m. 18/A/15). Arabuluculuk sürecinin sona ermesi ve sonrasında yapılacak işlemlere ilişkin ikinci bölümde ayrıntılı bilgi verilecektir.

⁷⁷Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 114.

⁷⁸Göksu, 2021, **a.g.k.**, s. 78.

⁷⁹Ticarî uyuşmazlıklar için ise bu süre azami sekiz haftadır. Arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde başvuruyu sonuçlandırması gerekir. Bu süre azami hallerde en fazla iki hafta uzatılabilir (TTK m. 5/A).

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA HUKUKU

Arabuluculuk kurumu ve icra hukuku arasında irdelenmesi gereken birçok bağlantı ve hukukî problem mevcuttur. Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, bu durumu ortaya koyan bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilir. Tarafların uzlaşmalarının bir ürünü olan arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla veya bazı hallerde şerh gerekmeksizin ilâm niteliği kazanır. Daha sonra, ilâm niteliğindeki anlaşma belgesiyle ilâmlı icraya başvurulabilir. Anlaşma belgesiyle ilâmsız icra yoluna başvurulur da hakkın yerine getirilmesi sağlanabilir. İcra takibine dayanak teşkil edecek geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinin kim tarafından, ne şekilde ve hangi şartlara uygun olarak hazırlanması gerektiğinin ortaya konulması son derece önemlidir. Ayrıca icra edilebilirlik şerhi verilmesi işleminin hukukî niteliğinin, usûlünün ve mahkemece yapılacak denetimin sınırlarının değerlendirilmesi gerekir. Anlaşma belgesi gerek ilâmlı gerekse de ilâmsız icra takibine dayanak teşkil edebildiğinden, takip sırasında ortaya çıkabilecek potansiyel sorunlar da ayrıca tartışılmalıdır. Bu kapsamda, ilâmlı veya ilâmsız icraya hangi şartlar dahilinde başvurulabileceği, arabuluculuk anlaşma belgesinin itirazın kesin kaldırılmasında kullanılabilecek belgelerden biri olup olmadığı, takibini iptali ve talikine veya icranın geri bırakılmasına dayanak teşkil edip edemeyeceği gibi hususların incelenmesi gerekir. Anlaşma belgesinin geçersizliği veya sahteliği iddiasının nasıl ileri sürüleceği ve bunun ilâmlı veya ilâmsız icra takibine etkisi de mülahaza edilmelidir.

1. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

Arabuluculuk süreci boyunca arabulucu, tarafların ortak menfaatleri üzerinde anlaşabilmeleri için gayret gösterir. Tarafların anlaşması halinde anlaşmanın kapsamını belirlemek adına arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilir. Anlaşma belgeleri, icra edilebilirlik şerhinin alınmasıyla veya bazı hallerde şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde belge hükmünde olarak ilâmlı icraya dayanak teşkil edebilir. Bu sebeple, bu belgelerin düzenlenme usûlünü ve sahip olması gereken özellikleri ortaya koymak önem arz

etmektedir. Hangi hallerde arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği HUAK m. 17/1’nda düzenlenmiştir.⁸⁰

Arabuluculuk müzakereleri boyunca arabulucu elinden gelen her şeyi yapsa da taraflar anlaşamayabilir. Lâkin taraflar, ileriki dönemde aralarındaki uyuşmazlığı başka bir şekilde de çözüme kavuşturabilirler. Bu sebeple, gelecekteki olası müzakerelerin başarıya ulaşma ihtimalinin azalmaması için tarafların masadan kalkarken de saygı kurallarına uygun şekilde hareket etmeleri önemlidir.⁸¹ Arabuluculuk faaliyetleri sonunda anlaşma sağlanamadığı hususu bir tutanak ile belgelendirilir (HUAK m. 17/2).

Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tamamını veya bir kısmını çözüme kavuşturabilirler. Sürecin anlaşmayla sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Anlaşma sağlansa da sağlanmasa da bunu belgelendirecek olan tutanak; arabulucu, taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflarca, tarafların kanunî temsilcilerince veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek kaydıyla sadece arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 17/2). Anlaşma halinde taraflar dilerlerse bir arabuluculuk anlaşma belgesi de düzenleyebilirler (HUAK m. 18/1).

2. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN DÜZENLENMESİ

2.1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sona ermesi halinde, anlaşmanın kapsamının belirlenmesi amacıyla düzenlenen ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanan bir belgedir (HUAK m. 18/1). Arabuluculuk anlaşma belgesi, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içerdiğinden, hukukî niteliğinin borçlar hukuku anlamında sözleşme olduğu söylenebilir.⁸² Anlaşma belgesi, bizim de katıldığımız görüşe göre, yargılama yapma yetkisi ve bu bağlamda resmî bir

⁸⁰HUAK m. 17/1 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşmaya varmasıyla, taraflara danışılmasından sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesiyle, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesiyle, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesiyle ve son olarak da uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığından anlaşılmasıyla sona erer.

⁸¹Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 195.

⁸²Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 203; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, 185; E. Kıyak (2015). Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 6 (21), s. 531; S. Baş (2022). 6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 13 (1), s. 179.

kimliği bulunmayan arabulucu önünde hazırlandığından ve tarafların karşılıklı ödünler vererek gerçekleştirdikleri bir uzlaşının ürünü olduğundan, mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir.⁸³ Sözleşme, kuruluş ve etkileri bakımından bir maddi hukuk işlemi olup borçlar hukuku alanına girdiğinden, HMK m. 313 vd. düzenlemelere tâbi olmayacak ve hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) sözleşmelere ilişkin hükümleri uygulanacaktır.⁸⁴ Dolayısıyla anlaşma belgesi; emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı hükümler içeremez ve konusu imkânsız olamaz (TBK m. 27). Anlaşma belgesinin borçlar hukukunda sözleşmeler için öngörülen tüm asgari şartları haiz olması gerekir.⁸⁵ Bunun yanında, anlaşma belgesinin içeriğine bakarak bu sözleşmenin kanunda düzenlenen bir sözleşme türü olup olmadığının değerlendirilmesinin daha doğru olacağı da öğretilde ifade edilmektedir.⁸⁶

Anlaşma belgesinin hukukî niteliğine ilişkin bir görüşe göre, tarafların dava şartı arabuluculuğa başvurmadan dava açmaları halinde mahkeme davayı usûlden reddetmemeli; taraflara dava şartının yerine getirilmesi için süre vermeli ve bu hususu bekletici mesele yapmalıdır. Eğer taraflar arabuluculuk faaliyetleri sonunda anlaşılırlarsa bu anlaşma mahkeme içi sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.⁸⁷ Kanaatimizce, arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliğinde kabul edilebileceği tek ihtimal tarafların dava açıldıktan sonra HMK m. 140/2 uyarınca hâkimin teşvikiyle veya tarafların doğrudan kendi iradeleriyle ihtiyarî arabuluculuğa başvurmaları halidir. Mahkemece bu durum bir bekletici mesele sayılmalı ve tarafların anlaşmaları halinde mahkeme içi sulhe ilişkin HMK m. 313 vd. uygulanmalıdır. Bu ihtimalde taraflar, aralarındaki anlaşmaya göre karar verilmesini isterlerse anlaşmaya göre; istemezlerse karar verilmesine yer olmadığına karar verilir (HMK m. 315/1). Bunun dışında dava açılmadan önce ihtiyarî arabuluculuğa başvurulması ya da dava açılıp usûlden ret kararı verildikten sonra⁸⁸ veya açılmasından önce dava şartı arabuluculuğa başvurulması

⁸³Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 120.

⁸⁴Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 185.

⁸⁵Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 203.

⁸⁶Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 531.

⁸⁷Azaklı Arslan, 2018, **a.g.k.**, s. 238.

⁸⁸Kanaatimizce dava şartı arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması halinde usûlden ret kararı verilmelidir. Zira HUAK m. 18/A/2'nda açıkça hiçbir işlem yapılmaksızın davanın usûlden reddedilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Hukukî güvenlik ilkesi ile yakından ilişkili olan usûl kurallarının, usûl ekonomisi gibi gerekçelerle uygulanmaması düşünülemez.

hallerinde yapılan anlaşmanın mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bilindiği üzere, hukukumuzda bir senede resmîyet verme yetkisi, kanunlarda aksi yönde bir düzenleme olmadığı sürece noterlere aittir.⁸⁹ HUAK’nda veya başka herhangi bir düzenlemede arabulucuya bir senede resmîyet verme yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesi ancak bir adi senet olarak nitelendirilebilir.⁹⁰ Bunun için anlaşma belgesinin senet mahiyetinde olmanın şartlarını da bünyesinde barındırması gerekir. Buna bağlı olarak anlaşma belgesi; cismani, yazılı, irade beyanı içerir ve imzalanmış şekilde hazırlanmış olmalıdır.⁹¹ Adi senet niteliğinde olmanın sonucu olarak anlaşma belgesi, HMK m. 205/1 uyarınca medeni yargılama hukuku bakımından kesin delil teşkil edebilir.⁹²

Arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin bir diğer önemli husus ise bu belgenin yukarıda bahsettiğimiz sona erme tutanağı ile olan ilişkisidir. HUAK m. 17/2 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya sürecin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. HUAK m. 18’nin gerekçesine göre sona erme tutanağı arabuluculuk anlaşma belgesi hükmündedir.⁹³ Madde gerekçesinden ayrı bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Zaten bu ihtimalde tutulması zorunlu olan tutanak anlaşma belgesi yerine geçecektir. Lâkin belirtmek gerekir ki sona erme tutanağının asli fonksiyonu sürecin ne şekilde sona erdiğinin belgelendirilmesiyken, arabuluculuk anlaşma belgesinin asıl işlevi taraflar arasında yapılan anlaşmanın kapsamını belirleyerek ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesidir.⁹⁴ Aşağıda daha detaylı şekilde değinileceği üzere arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla ilâm niteliğinde belge elde edilir. Bu belge ile cebri icraya başvurulacağı da göz önünde bulundurulursa, sürecin nasıl sona erdiğine ilişkin bir belge olan sona erme tutanağı yerine, anlaşmanın kapsamına

⁸⁹Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 682; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 383.

⁹⁰Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1715.

⁹¹Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 380.

⁹²Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1715.

⁹³“Arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması hâlinde, faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir anlaşma belgesi niteliğindedir. Bu belge, bir önceki maddeye uygun olarak, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanacaktır.” (HUAK madde gerekçeleri m. 18).

⁹⁴F. Büyükay (2018). *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 98.

odaklanmış bir anlaşma belgesiyle takip yapmak, cebri icra sürecinin işleyişi bakımından daha faydalı olacaktır.

HUAK m. 17/4 uyarınca arabulucu, düzenlenen sona erme tutanağını beş yıl süre ile saklamak zorundadır. HUAK’nda arabuluculuk anlaşma belgesinin saklanmasıyla ilgili açık bir düzenleme yer almamaktadır. Anlaşmanın kapsamına ilişkin olası uyuşmazlıkların önlenmesi adına, bu belgenin de arabulucu tarafından saklanması uygun olacağı ifade edilmektedir.⁹⁵ Kanaatimizce, anlaşma belgesinin saklanmasıyla ilgili sorumluluk arabulucuya değil taraflara ait olmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi arabuluculuk anlaşması bir maddi hukuk işlemi olup anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Arabulucunun rolü, müzakere sürecinde ortak menfaatleri üzerinde uzlaşabilmeleri için taraflara yardımcı olmaktan ibarettir. Sadece anlaşmanın kapsamına ilişkin muhtemel ihtilafların önüne geçilmesi gerekçesiyle arabulucunun anlaşma belgesini saklamakla yükümlü tutulmaması gerekir.

Taraflar ayrı bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlemeyebilirler. Bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi yerine geçecek olan sona erme tutanağı, anlaşmanın kapsamını ve tarafların yükümlülüklerini tereddüde yer bırakmadan ortaya koyacak şekilde hazırlanmalıdır.

2.2. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hazırlanması

Arabuluculuk sürecinin sonunda düzenlenmesi zorunlu olan sona erme tutanağı HUAK m. 17/2 uyarınca arabulucu tarafından hazırlanır. Ancak ihtiyarî olarak düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin kim tarafından hazırlanacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. HUAK m. 17’nin gerekçesine göre, taraflar, sona erme tutanağından ayrı olarak daha ayrıntılı ve içeriğini kendilerinin belirleyeceği bir tutanak hazırlamak isterlerse, arabulucu bu tutanağın düzenlenmesi, içeriği ve sonuçlarına ilişkin tarafları bilgilendirir ve taraflar bundan sonra daha doğru şekilde karar verebilirler.⁹⁶ Madde gerekçesinde yer alan bu daha detaylı tutanağın

⁹⁵Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 99.

⁹⁶“Tutanakta yer alacak diğer hususları taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Zira, taraflar, fazla bir ayrıntıya yer vermek istemeyebilirler, faaliyetin gizli kalmasını arzu edebilirler. Ancak taraflar, eğer isterlerse daha ayrıntılı ve içeriğini kendilerinin belirlediği bir tutanak düzenleyebilirler. Arabulucu da, düzenlenecek tutanak, bunun içeriği ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirecektir. Bu sayede, tutanağı nasıl düzenleyecekleri konusunda taraflar daha sağlıklı karar verebileceklerdir.” (HUAK madde gerekçeleri m. 17).

arabuluculuk anlaşma belgesi olduğu açıktır.⁹⁷ Madde gerekçesinden, anlaşma belgesini hazırlama görevinin arabulucuya ait olmadığı anlamı çıksa da anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması veya en azından hazırlanma sürecinin kontrol edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁸ Bu konuda eğitim almış arabulucu tarafından hazırlanan anlaşma belgesi, ileride tartışmalara yol açmayacak şekilde, daha açık ve kesin nitelikte olabilir.⁹⁹ Devam eden süreçte anlaşma belgesi ile cebri icra yoluna başvurulması ihtimali de göz önünde bulundurulursa, belgenin adeta bir mahkeme ilâmı gibi tarafların hak ve yükümlülüklerini hiçbir şüpheyne mahal vermeyecek şekilde net olarak ortaya koyması gerekmektedir. Tüm bunlara dayanarak bizce de anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması daha isabetli olacaktır.

2.3. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Şekli

İrade beyanının veya beyanlarının hukukî sonuç doğurabilmesi için işlemin kanunen belli bir şekilde yapılması gerekliliğine şekil şartı denir.¹⁰⁰ HUAK m. 18/1 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesi yazılı şekil şartına tâbi olup arabulucu ve taraflarca imzalanmalıdır.¹⁰¹ Madde metninde aksi özellikle belirtilmediğinden, TBK m. 12/2 uyarınca buradaki yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir.¹⁰² Önemle belirtmemiz gerekir ki buradaki yazılı şekil şartı arabuluculuk anlaşma belgesi için geçerlidir. Taraflar arasındaki anlaşma bakımından, anlaşmanın konusunu oluşturan maddi hukuk işlemi için hukuken öngörülen şekil şartı geçerli olur. Örneğin, kanundaki istisnalar haricinde bir taşınırın (kol saati, çanta vb.) devri için yapılacak anlaşma şekil şartına tâbi olmamakla birlikte, buna ilişkin bir anlaşma belgesi düzenlenirse yazılı şekil şartına uyulması gerekir.

Arabulucunun imzası da şekil şartına dahil olduğundan, arabulucunun imzasını taşımayan anlaşma belgesinin gerçek anlamda bir “arabuluculuk anlaşma belgesi” olduğu

⁹⁷Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 100.

⁹⁸Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 183; Azaklı Arslan, 2018, **a.g.k.**, s. 234; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1714.

⁹⁹Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 101.

¹⁰⁰M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2018a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. (16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 138.

¹⁰¹“Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.” (HUAK m. 18/1).

¹⁰²“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” (TBK m. 12/2).

söylenemez.¹⁰³ Bu durumda bir arabuluculuk anlaşma belgesinin varlığından bahsedilemeyeceğinden, icra edilebilirlik şerhi alınması suretiyle ilâmlı icra yoluna başvurulması mümkün olamayacak; sadece ilâmsız icra veya dava yolu ile hakkın yerine getirilmesi sağlanabilecektir.¹⁰⁴ Zira ilâmsız icra yoluna başvurulabilmesi için takip konusu alacağın herhangi bir belgeye dayandırılması gerekmez. İcra edilebilirlik şerhi verilirken mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamına belgenin gerçekten bir arabuluculuk anlaşma belgesi olup olmadığı hususu da dahildir.¹⁰⁵

İlâmlı icra takibine başvuran alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde bir belge olup olmadığı icra memurlarınca re'sen nazara alınmalıdır. Arabulucunun imzası gibi zorunlu şeklî unsurları bünyesinde barındırmayan bir arabuluculuk anlaşma belgesine hatalı olarak icra edilebilirlik şerhi verilmiş olsa bile bu durum basit bir incelemeyle tespit edilebileceğinden, kanaatimizce ilâmlı icra takibi talebinin icra memurları tarafından reddedilmesi gerekir. Zira arabulucunun imzasını taşımayan bir belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmiş olsa bile ilâm niteliğinde bir belgenin varlığından bahsedilemeyecektir. Aynı durum icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri için de geçerlidir. Takip talebi reddedilen alacaklı, reddin haksız olduğunu düşünüyorsa İİK m. 16 uyarınca şikâyet yoluna başvurabilir. Kanaatimizce bu durumda bir hakkın yerine getirilmemesi söz konusu olacağından, şikâyet yoluna süresiz olarak müracaat edilebilmesi mümkündür.

Resmî şekil şartı, hukukî işlemi oluşturan irade beyanının veya beyanlarının kanunda yer alan usûle uygun olarak resmî bir memur tarafından düzenlenen belgede yer alması gerekliliğidir.¹⁰⁶ Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinde resmî şekil şartına tâbi bir hukukî işlem yer alırsa anlaşma belgesinin de bu şarta uygun olarak hazırlanması gerekir.¹⁰⁷

¹⁰³Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 530.

¹⁰⁴Arabulucunun imzasını taşımayan belge, HUAK kapsamında geçerli bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyeceğinden, söz konusu uyuşmazlık için HUAK m. 18/5'nde öngörülen dava açma yasağının işlerlik kazanabilmesi mümkün değildir.

¹⁰⁵İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamına ilişkin aşağıda detaylı açıklama yapılacaktır.

¹⁰⁶Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 150.

¹⁰⁷Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu m. 20/1-d uyarınca tescil edilmiş araçların satış ve devir işlemleri araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Eğer arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinde bir motorlu aracın devri yer alıyorsa, anlaşma

2.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Bağlayıcılığı

HUAK m. 18/5 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonucunda üzerinde anlaşma sağlanan hususlarla ilgili dava açılması yasaktır. Dolayısıyla anlaşma belgesinin taraflar bakımından bağlayıcı bir sonuç doğurduğu söylenebilir. Alacaklı, anlaşma belgesinde yer alan edimin yerine getirilmemesi halinde borcun ifasını sağlamak amacıyla dava yolundan yararlanamayacaktır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmiş olup olmamasının dava açma yasağına bir etkisi bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin yapılmasına; mahkemelerin iş yükünün azaltılması, tarafların çözüme kendi iradeleriyle ulaşmaları sebebiyle artık bu konuda bir anlaşmazlık doğmayacağı inancı ve gerekli şartları yerine getirerek ilâmlı veya ilâmsız icra takibine başvuru olanağı sebebiyle dava açılmasında hukukî yarar bulunmadığı gerekçe olarak gösterilmektedir.¹⁰⁸

Bir görüşe göre dava açma yasağına ilişkin düzenlemede yer alan “dava açılmaz” ifadesi usûl hukuku bakımından anlamlı bir ifade değildir.¹⁰⁹ Yine aynı görüşe göre, böyle katı ve sonucu belirsiz bir ifadeyle ne usûl hukuku ne de maddi hukuk bakımından dava açılmasına engel olunamaz.¹¹⁰

Söz konusu dava açma yasağının, dava açılmasında hukukî yararın bulunması (HMK m. 114/1-h) dava şartının özel bir görünümü olduğu ifade edilmektedir.¹¹¹ Anlaşma belgesinde yer alan esas uyuşmazlıkla ilgili dava açılması halinde mahkemece dava konusu ile anlaşma belgesinin içeriği karşılaştırılarak incelenmeli ve üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açıldığının tespit edilmesi halinde davacının bu davayı açmasında hukukî yararının olmadığından hareketle dava şartı yokluğundan dolayı usûlden ret kararı verilmelidir.¹¹²

Arabuluculuk anlaşma belgesi üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılmayacağına ilişkin düzenleme, anlaşma belgesinin geçersizliği (kesin hükümsüzlük halleri, irade sakatlıkları ve aşırı yararlanma gibi sebeplerle) veya sahteliği iddiasıyla açılan davalara engel teşkil etmemeli ve tarafların bu iddialarla açacakları davalarda

belgesinin tamamının veya aracın devrini konu alan kısmının kanunda öngörülen resmî şekil şartına uygun olarak yapılması gerekir.

¹⁰⁸M. Akkan (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (2), s. 5-6.

¹⁰⁹M. Özekes ve M. Atalı (2018). 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler. *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 106.

¹¹⁰Özekes ve Atalı, 2018, **a.g.k.**, s. 110.

¹¹¹Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 27.

¹¹²Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 12; Baş, 2022, **a.g.k.**, s. 185.

hukukî yararlarının bulunduğu kabul edilmelidir.¹¹³ Zira söz konusu dava açma yasağı ile amaçlanan, üzerinde anlaşma sağlanan esas uyuşmazlığın tekrar mahkemede tartışma konusu yapılmasının önüne geçilmesidir. Söz konusu düzenlemede kanun koyucu, kötü arabuluculuk uygulamalarını esas alarak düzenleme yapmamış; anlaşma belgesinin kanuna, etik ilkelere ve dürüstlük kurallarına uygun bir arabuluculuk süreci sonunda hazırlandığı kabulünden hareket ederek dava açma yasağını ihdas etmiştir.¹¹⁴

Borçlu, kendisine bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin edim yükleyen ilâmın gereğini haklı bir mazereti olmadan yerine getirmemiş olabilir. Bu durumda İİK m. 343 uyarınca, borçlunun, lehine hüküm verilmiş olan kimsenin şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme sadece ilâmlar bakımından uygulama alanı bulabilir. Cezai bir hüküm olması sebebiyle hakkında yorum ve kıyas yapılarak ilâm niteliğinde belgeler için de tatbik edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ilâm niteliğindeki belgeler bakımından bu zorlayıcı hükümden faydalanılamayacaktır. Buna dayanarak söz konusu dava açma yasağının, borçluya bir işin yapılması veya yapılmaması yönünde edim yükleyen anlaşma belgeleri için uygulanmaması gerektiği, bu anlaşma belgelerinin ifası için dava açılmasında alacaklının hukukî yararının bulunduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁵ Buna karşılık, söz konusu yapma veya yapmama yönündeki edim borçluya değil de sözleşme dışı bir üçüncü kişiye yüklenmişse, bu edimin ifası, masrafının ileride borçludan tahsil edilmek üzere alacaklı tarafından verilmesiyle veya alacaklı masrafı vermezse borçlunun mallarının haczi ve satışıyla sağlanabilir. Başkası tarafından yerine getirilecek bir yapma borcunun ifasının sağlanmasında anlaşma belgesinin varlığı yeterli olacağından, bunun için dava açılmasında alacaklının hukukî yararının bulunmadığı ifade edilmektedir.¹¹⁶

Kanaatimizce, dava açma yasağına ilişkin düzenleme belirlilik açısından problemlili olsa da hizmet ettiği amaç yönünden isabetlidir. Tarafların üzerinde anlaştıkları hususlarla ilgili olarak mahkemede dava açmalarının mümkün olması, arabuluculuktan beklenen mahkemelerin iş yükünün azalması hedefi ve dava açılmasında hukukî yarar ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, dava açma yasağının en önemli gerekçelerinden bir tanesi, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla

¹¹³Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 22;

¹¹⁴Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 7.

¹¹⁵Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 23.

¹¹⁶Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 23.

ilâmlı icraya başvurulabilmesinin mümkün olmasıdır. Bu gerekçeden hareket edildiği takdirde, dava açma yasağına ilişkin düzenlemenin yerinde fakat eksik olduğu söylenebilir. Zira arabuluculuk anlaşma belgesi en nihayetinde bir maddi hukuk işlemidir. Bunun sonucu olarak, örneğin şarta bağlı bir hüküm ihtiva edebilir. Dolayısıyla cebri icraya elverişli olmayan hükümlerin de anlaşma belgesinde yer alabilmesi mümkündür. Bu durumda anlaşma belgesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi talebi reddedileceğinden, ilâmlı icraya başvuru olanağı ortadan kalkacaktır.¹¹⁷ Dava açma yasağının da işlerlik kazanacağı kabul edilirse, hakkın yerine getirilmesi bakımından alacaklının ilâmsız icraya başvurmak dışında bir seçeneği kalmayacaktır. Böyle bir sonucun da hak arama hürriyeti ile bağdaşmadığı açıktır. Bu gibi durumlarda dava açılmasında hukukî yararın mevcut olduğu kabul edilebilir. Lâkin bu sorunun açık bir düzenleme yapılarak çözülmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Dava açma yasağına ilişkin HUAK m. 18/5 mevcut haliyle şu şekildedir: “*Arbuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” Söz konusu problemin önüne geçilmesi adına, hükme buna benzer bir cümle daha eklenebilir: “*Hakkındaki icra edilebilirlik şerhi talebi, içeriğinde yer alan hükmün cebri icraya elverişli olmadığı gerekçesiyle reddedilen anlaşma belgeleri bu hükmün dışındadır.*”

2.5. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Haiz Olması Gereken Şartlar

Hakkında icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulacak arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların rahatlıkla anlayabileceği ve onların iradelerini açıkça ortaya koyacak şekilde hazırlanmalıdır.¹¹⁸ Anlaşma belgesinde kullanılan ifadelerin objektif anlamları olmalı, “*adi*”, “*kabul edilebilir*”, “*makul bir şekilde*” gibi kesinlik içermeyen ifadelerin kullanımından kaçınılmalıdır.¹¹⁹ Taraflar bu gibi ifadeleri ileride kendi lehlerine olacak

¹¹⁷Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemeleri arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik kararında, şarta bağlı edim ihtiva eden arabuluculuk anlaşma belgelerinin cebri icraya elverişli olmadığı ve dolayısıyla bu belgeleri icra edilebilirlik şerhi verilemeyeceği yönünde değerlendirme yapmıştır: “...Yukarıda açıklanan nedenlerle “icra edilebilirlik şerhi içeren 20/08/2020 tarihli arabuluculuk anlaşma belgesinde; alacağın şarta bağlanması, eda hükmü içermemesi nedeniyle söz konusu belgenin ilâmlı takibe konu edilemeyeceği” nin kabulü ile...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.09.2022 tarih ve 2022/9143 Esas ve 2022/9318 Karar sayılı kararı).

¹¹⁸Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 199; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 183.

¹¹⁹Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 183; Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 199.

şekilde yorumlamak isterlerse anlaşmanın varlığını tehdit eden bir tehlike ortaya çıkabilir.¹²⁰

Anlaşma belgesinde, herkesin hak ve yükümlülükleri hiçbir şüpheyi yer vermeyecek belirlilikte ortaya konulmalıdır.¹²¹ Anlaşmada birden fazla hüküm varsa, taraflara belirli şekilde davranma yükümlülüğü getiren hükümler diğerlerinin önünde yer almalıdır.¹²² Anlaşmada borcun birden farklı şekilde ifa edilebileceği kararlaştırılmışsa, bunun ne şekilde yapılacağının açıkça belirlenmesi gerekir.¹²³

Anlaşma belgesinde yüklenen edimlerin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırı olmaması gerekir. Böyle bir durumun tespit edilmesi halinde arabulucu, anlaşma belgesini imzalamaktan imtina etmeli ve HUAK m. 17/1-b uyarınca arabuluculuk faaliyetini sona erdirmelidir.¹²⁴

Uyuşmazlığın taraflarının, haricen bir anlaşma belgesi imzalayıp daha sonra bu belgeyi arabulucuya da imzalatarak anlaşma belgesi elde etmelerinin önünde yasal bir engel yoktur.¹²⁵ Ancak arabulucunun gerekli araştırma ve incelemeyi yaparak bu yöntemin kötüye kullanılmasının önüne geçmesi gerekmektedir.¹²⁶

HUAK m. 17/B ve taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından HUAK m. 18/B uyarınca anlaşma belgesinin, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan usûl ve esaslara uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Örneğin, taşınmaz kirasında kira bedelinin belirlendiği anlaşma belgesi bakımından, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla artırım yapılabilir. Bu oranı geçerek yapılan kira sözleşmeleri, fazla miktar yönünden geçersizdir (TBK Geçici m. 1).¹²⁷ Başka bir örnek

¹²⁰Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 199; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 183.

¹²¹Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 183; Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 199; Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 529.

¹²²Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 200.

¹²³Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 200; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, 183.

¹²⁴Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 529.

¹²⁵Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 529.

¹²⁶Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 104.

¹²⁷Uygulamada, önceki kira sözleşmesinin ikale suretiyle sona erdirildiği ve arabuluculuk anlaşma belgesi üzerinde yeni bir kira sözleşmesi akdedilerek bu sınırın aşılıp aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu durumun kanuna karşı hile niteliğinde olduğu ve TBK Geçici m. 1’nde yer alan yüzde yirmi beş sınırını veya bu sınır yürürlükten kalktıktan sonra TBK m. 334’nde düzenlenen TÜFE oranını aşan arabuluculuk anlaşma belgelerinin aşan kısım yönünde batıl kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. S. B. Gündoğdu (2023). Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşüncüler. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6 (2), s. 872.

olarak, taşınmaz rehnine ilişkin bir uyuşmazlıkta TMK m. 850 vd. hükümlere uygun olarak hareket edilmesi gerekir.

Tüm bunların dışında arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin olmalı ve taraflara cebri icraya elverişli edimler yüklemelidir. Bu iki özelliği mahiyeti gereği ayrı başlıklar halinde ele almak konunun anlaşılması bakımından daha faydalı olacaktır.

2.5.1. Arabuluculuğa elverişlilik

HUAK m. 1/2 uyarınca yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bu düzenlemeden hareketle, arabuluculuğa başvurulabilmesi için ortada bir özel hukuk uyuşmazlığı olmalı ve taraflar bu uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelidir. Eğer uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilirse, önce bununla ilgili uyarı yapılmalı ancak taraflar aynı uyuşmazlık üzerinde ısrar ederlerse HUAK m. 17/1-d uyarınca arabuluculuk faaliyeti sona erdirilmelidir.¹²⁸

Düzenlemeden çıkarılabilecek diğer sonuç ise uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımasının arabuluculuğa elverişlilik yönünden bir öneminin olmadığıdır. Bir hukukî ilişki, işlem veya olayı yabancı bir ülke hukukuyla irtibatlı hale getiren unsura yabancı unsur denir.¹²⁹ Bu unsur; sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, taraflardan birinin yabancı ülke vatandaşlığı veya yabancı ülkede bulunan yerleşim yeri olabilir.¹³⁰ Örneğin, sözleşmenin taraflarından birinin Rusya vatandaşı olması veya sözleşmedeki borcun ifa yerinin Prag olarak kararlaştırılması halinde, hukukî işlem yabancılık unsuru taşıyacak ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurulabilecektir.

2.5.1.1. *Uyuşmazlık bir özel hukuk uyuşmazlığı olmalıdır*

Uyuşmazlık, “niza; ihtilaf; çekişme” anlamlarına gelmektedir.¹³¹ Yine uyuşmazlık, hukuk düzenince kurulmuş menfaat dengesinin bozulmasıyla ortaya çıkan anlaşmazlık

¹²⁸Kıyak, 2015, a.g.k., s. 529.

¹²⁹G. Güngör (2021). *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 29.

¹³⁰Güngör, 2021, a.g.k., s. 29-30.

¹³¹Yılmaz, 2011, a.g.k., s. 1433.

hali olarak tanımlanabilir.¹³² Buna dayanarak, usûl hukuku bakımından herhangi bir uyuşmazlık ihtiva etmeyen çekişmesiz yargı işlerinin¹³³ arabuluculuğa konu olamayacağı söylenebilir. Ayrıca çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda tarafların tasarruf yetkisinin olmadığını da belirtmek gerekir.¹³⁴

Bir uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığı olabilmesi için taraflarının eşit hak ve yetkilere sahip olmaları gerekir. Kamu hukuku uyuşmazlıklarında ise idare üstün ve ayrıcalıklı konumdadır.¹³⁵ İdarenin hukukî ilişkisinde üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadığı, hukukî ilişkinin karşı tarafıyla eşit konumda olduğu hukukî işlemler de özel hukuk sahasında yer almaktadır.¹³⁶

2.5.1.2. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir uyuşmazlık bulunmalıdır

HUAK m. 1/2 uyarınca söz konusu özel hukuk uyuşmazlığı üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edebilmelidir.¹³⁷ Uyuşmazlık üzerinde tamamen taraflar egemen olmalı; haricen bir kazai veya idari merci kararı alınması zorunluluğu olmamalıdır. Bir mahkeme kararına veya idari bir karara ihtiyaç duyulan uyuşmazlıklar için tarafların arabuluculuğa başvurabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla, sadece dava açılarak kullanılabilen yenilik doğuran haklardan kaynaklanan; boşanma, evliliğin iptali veya tüzel kişiliğin feshi gibi uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.¹³⁸

HUAK m. 1'nin gerekçesine göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri yani sulh¹³⁹ olmak suretiyle sona erdirebildikleri uyuşmazlıklar

¹³²Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 1.

¹³³Çekişmesiz yargı, HMK m. 382/1 uyarınca ilgililer arasında uyuşmazlık olmadığı veya ilgililerin ileri sürebilecekleri bir sübjektif haklarının olmadığı yahut hâkimin resen harekete geçtiği hallerde uygulanan ve kendine özgü usûl kuralları olan yargılama faaliyetidir.

¹³⁴Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 97.

¹³⁵K. Gözler (2016). *Hukuka Giriş*. (13. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 70.

¹³⁶M. Özkes (2019). *Temel Hukuk Bilgisi*. (10. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 54.

¹³⁷Avukatın uzlaşma sağlama yetkisine ilişkin Avukatlık Kanunu m. 35/A'nde de paralel yönde düzenleme mevcuttur. Düzenlemeye göre ancak tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından uzlaşma sağlanabilir.

¹³⁸Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 178.

¹³⁹Kabul de aynı sulh gibi sadece üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklar için söz konusu olduğundan, gerekçede yer verilme de kabul ile sona erdirilebilen uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir (Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 110).

arabuluculuğa elverişli olup kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.¹⁴⁰

HUAK m. 1/2’nda yer alan “ *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler*” ifadesi, “*Tasarruf ilkesi*” başlıklı HMK m. 24/3’ndaki “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu*” ibaresine denk düşmektedir. Yine benzer bir ifade olarak sulhu düzenleyen HMK m. 313/2 uyarınca sulh ancak “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda*” söz konusu olabilir.¹⁴¹ HMK’nun birçok maddesinde de buna benzer ifadeler yer almaktadır (HMK m. 18/1, 70/3, 149/3, 226/1-a, 308/2 vb.).

HMK m. 408/1 uyarınca, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” Hükümde yer alan iki tarafın iradelerine tâbi olma kıstası ile HUAK m. 1/2’ndaki üzerinde serbestçe tasarruf edilen uyuşmazlık kıstası arasında bir benzerlik kurularak arabuluculuğa elverişliliğin, tahkime elverişlilik hakkındaki düzenlemelerden, bilimsel eserlerden ve içtihattan faydalanılarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁴² Bununla beraber öğretide, bu kavramların birbirinden farklı anlamları olduğu, uyuşmazlık üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edilebilmesinin her zaman işlemin onların iradesine tâbi olduğu anlamına gelmediği, bu sebeple arabuluculuğa elverişliliğinin tahkime elverişliliğe göre daha geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴³ 7445 Sayılı Kanun’un 34. maddesiyle eklenen HUAK m. 17/B uyarınca taşınmazda mülkiyetinin devri veya sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bu düzenlemeyle artık kanun koyucunun da arabuluculuğun uygulama alanının tahkimden daha geniş olduğu görüşünü benimsemiş olduğu söylenebilir. Kanaatimizce de bir uyuşmazlığın iki tarafın iradesine tâbi olması ile uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edilebilmesi farklı hususlardır. Bir hakkın üzerinde tasarruf edip etmeme tercihi tarafların uhdesinde olabilir. Ancak tasarruf etmek istenildiğinde tarafların iradeleri yeterli olmazsa iki tarafın iradesine tâbi olmayan bir işlem söz konusu demektir. Elbette tahkime ilişkin eserlerden, içtihattan ve tecrübeden

¹⁴⁰HUAK madde gerekçeleri m. 1.

¹⁴¹C. Akil (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun kapsamı. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 78.

¹⁴²C. Akil, 2014, **a.g.k.**, s. 81; Ulukapı ve Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 1665.

¹⁴³Bulur, 2015, **a.g.k.**, s. 503.

faaydalanılabılır. Lâkin mevcut düzenleneme karşısında arabuluculuğun uygulama alanının tahkimden daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir.

HUAK m. 1'nin gerekçesinde, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlıkların belirlenmesi için kamu düzeninin bir ölçüt olarak ortaya konulduğu söylenebilir.¹⁴⁴ Eğer bir uyuşmazlık kamu düzeniyle ilişkiliyse üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve dolayısıyla o uyuşmazlık için arabuluculuğa başvuramayacakları sonucuna ulaşılabilir.¹⁴⁵

Kamu düzeni, toplumun çıkarlarının korunmasına hizmet eden hükümlerin toplamıyla ortaya çıkan hukukî düzeninin tamamı olarak tanımlanabilir.¹⁴⁶ Kamu düzenini mekândan ve zamandan bağımsız bir şekilde değerlendirmek, onun için sınırları belli ve kesin bir tanım vermek mümkün değildir.¹⁴⁷ Bu sebeple, arabuluculuğa elverişlilikle ilgili değerlendirme yapılırken esas alınması gereken “Türk kamu düzeni” olmalıdır.¹⁴⁸

Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu düzeninin kapsamına ilişkin olarak şöyle bir değerlendirme yapmıştır:

*“Toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.”*¹⁴⁹

Kamu düzenine ilişkin hükümler taşıyan bir arabuluculuk anlaşma belgesiyle ilgili icra edilebilirlik şerhi talebinin mahkemece reddedilmesi gerekir. Böyle bir anlaşma

¹⁴⁴Kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen kuralların bazılarının tarafların tasarruf yetkisinin tamamını kısıtladığı, bazılarının ise kanunî bir çerçeve içerisinde taraflara tasarruf yetkisi tanıdığı görülmektedir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu m. 344 uyarınca yeni kira dönemi için yapılacak kira bedeli artırımını için kanunî bir üst sınır konulmuştur. Kural kamu düzenine ilişkin olsa da bu üst sınır çerçevesinde kira bedelini taraflar serbestçe belirleyebilir. Bu gibi hallerde tarafların arabulucuya başvurmamasının önünde bir engel olmadığı, eğer kanunî çerçevenin dışında bir anlaşma yapılırsa icra edilebilirlik şerhi verilmesi aşamasında hâkim tarafından denetim yapılarak sözleşmeye gereken yaptırımın uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 172-173.). Tahkim Açısından Benzer Görüş İçin bkz. B. Huysal (2010). *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 144-145.

¹⁴⁵Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 109; Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 51; Akil, 2014, **a.g.k.**, s. 79.

¹⁴⁶Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 83. Diğer tanımlar için bkz. O. G. Antalya (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 280; F. Eren (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (23. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 342; A. Atakan (2007). Kamu Düzeni Kavramı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 13(1-2), s. 60-61.

¹⁴⁷Huysal, 2010, **a.g.k.**, s. 157; S. Tanrıver (1998). Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 17-18(1-2), s. 476.

¹⁴⁸Akil, 2014, **a.g.k.**, s. 80; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 109.

¹⁴⁹Anayasa Mahkemesinin 28.01.1964 tarih ve 1963/128 Esas ve 1964/8 Karar sayılı kararı.

belgesine hatalı olarak icra edilebilirlik şerhi verilmiş olsa bile geçerli bir anlaşma belgesi mevcut olmadığından, ilâm niteliğinde bir belgenin varlığından da bahsedilemez. Ancak icra memurlarının bu durumu dikkate alarak ilâmlı icra takibi talebini reddetmeleri mümkün değildir. Zira anlaşma belgesinin kamu düzenine ilişkin hükümler içerip içermediği esasa ilişkin bir inceleme olup mahkemece bu değerlendirme zaten yapılmıştır. İcra memurları, icra edilebilirlik şerhi verilmiş anlaşma belgesi üzerinde böyle bir içerik denetimi yapamazlar. Bu durumda anlaşma belgesinin geçersizliğini ileri süren taraf, şerh kararı şeklen kesinleşmemişse istinaf kanun yoluna başvurmalı, kesinleşmişse bu durumun tespiti için genel mahkemelerde menfi tespit davası açmalıdır. Menfi tespit davası açılmasına bir engel yoktur. Zira arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Alacaklı, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi almadan ilâmsız icraya başvurmuş olabilir. Bu durumda, borçlunun açacağı menfi tespit davasında İİK m. 72/3 uyarınca, alacağın yüzde on beşinden az olmayan bir teminat yatırılarak icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesi yönünde mahkemeden ihtiyatî tedbir istenebilir. Hükümde yer alan “istiyebilir” ifadesinden, mahkemenin bu ihtiyatî tedbire hükmetme hususunda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun bu durumu kötüye kullanma ihtimalini de değerlendirecek olan mahkemedir.

Eğer alacaklı, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alarak ilâmlı icraya başvurmuş ise borçlunun menfi tespit davası açmasına bir engel yoktur. Lâkin ilâmlı icrada açılacak menfi tespit davasının hüküm ve sonuçları, bu takip yolunun özellikleri dikkate alınarak yorumlanmalıdır.¹⁵⁰ Dolayısıyla ilamli icrada açılacak menfi tespit davasında, icra veznesinde paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesi veya takibin durdurulması yönünde ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Aynı durum icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri için de geçerlidir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıklara kanunda tek tek yer vermek yerine bu konuda genel bir ölçüt oluşturmayı seçmiştir. Bu tercihin yerinde olduğu, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tahdidi olarak belirlenmesinin arabuluculuğun uygulama alanını daraltacağı belirtilmektedir.¹⁵¹ Bunun yanında statik bir

¹⁵⁰H. Pekcanitez vd. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. (9. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 142.

¹⁵¹Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 109.

sayımdansa dinamik bir belirlemenin, değişim ve gelişime uygun bir nitelik taşıdığı ifade edilmektedir.¹⁵²

2.5.2. Cebri icraya elverişlilik

Arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi alınarak veya bazı hallerde icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmaksızın¹⁵³ ilâm niteliğinde belge hükmündedir. Taraflar bu belge ile ilâmlı icra yoluna başvurabilirler. Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olacak şekilde hazırlanması gerekir.

Cebri icraya elverişli bir niteliği olması gereken anlaşma belgesinin, yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukî bilgi sahibi ve süreçle ilgili tecrübesi olan arabulucu tarafından, tarafların iradesine uygun olarak hazırlanması daha yerinde bir tercih olacaktır. Aksi halde icra hukukuyla ilgili bilgi sahibi olmayan taraflarca düzenlenen anlaşma belgesinin icrasında birtakım sorunlar ortaya çıkabilir.

Cebri icra, maddi hukuktan kaynaklanan taleplerin devletin zorlayıcı gücü vasıtasıyla yerine getirilmesidir.¹⁵⁴ İlâmlı icra ise cebri icranın bir görünümü olup ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgeye dayanılarak borçlu hakkında yapılan takibi ifade eder.¹⁵⁵

2.5.2.1. Genel olarak

İlâmlı icranın konusunu sadece eda hükmü içeren ilâmlar oluşturabilir.¹⁵⁶ Eda hükmü davacının; davalıyı bir şey yapmaya, vermeye veya bir şeyden kaçınmaya zorlamak için açtığı eda davası sonucunda verilir.¹⁵⁷ Dolayısıyla bir ilâmın icra

¹⁵²Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 52.

¹⁵³Hangi hallerde icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmaksızın ilâm niteliğinde belge elde edilebileceğine aşağıda detaylarıyla değinilecektir.

¹⁵⁴Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 3; R. Arslan vd. (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 35.

¹⁵⁵M. Atalı, İ. Ermenek ve E. Erdoğan (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 20; B. Kuru (2013). *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 892; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 305.

¹⁵⁶Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 306; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 419; S. Tanrıver (1996). *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcraın İadesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 43; İ. Aşık vd. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 398.

¹⁵⁷İ. E. Postacioğlu ve S. Altay (2020). *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. (8. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 238; Kuru ve Aydın, 2021, **a.g.k.**, s. 401; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 215; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 623.

edilebilmesi için vermeye, yapmaya veya yapmamaya ilişkin bir edim ihtiva etmesi gerekir.¹⁵⁸ Buna dayanarak, ilâmlı icraya dayanak olabilen ilâm niteliğindeki belgelerin de eda hükmü içermesi gerektiği söylenebilir. Sonuç olarak ilâm niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesi ile ilâmlı icra yoluna başvurulabilmesi için taraflardan birine verme (para borcu, mal teslimi vb.), yapma (ev inşa edilmesi vb.) veya yapmama (bir işi yapmaktan kaçınma, rekabet etmeme, sır saklama vb.) şeklinde bir edim yüklenmiş olmalıdır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde taraflara yapma veya yapmama yönünde bir edim yüklenmiş olabilir. Böyle bir borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde alacaklının ilâmsız icra yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir. Zira ilâmsız icra yoluna ancak para ve teminat alacakları için başvurulabilir (İİK m. 42/1). Bu durumda alacaklı, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alarak ilâmlı icra yoluna başvurmalıdır. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinde taraflardan birine bir işin yapılması veya yapılmaması şeklinde bir edim yüklenmişse, alacaklı bu edimin İİK m. 30'ne göre yerine getirilmesini isteyebilir.¹⁵⁹ İlâm niteliğinde belgelerde yer alan yapma ve yapmama edimlerinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, İİK m. 343'nde yer alan tazyik hapsinden faydalanılabilmemesi, suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas yapılamadığından mümkün değildir.¹⁶⁰ İcra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgesi için de aynı şekilde değerlendirme yapılmalı ve yapma veya yapmama ediminin borçluya yüklenmiş olması halinde HUAK m. 18/5'nde yer alan dava açma yasağı işlerlik kazanmamalıdır.¹⁶¹

Yukarıda da belirtildiği üzere, anlaşma belgesi ile taraflara yüklenen edimlerin adeta bir mahkeme hükmü gibi hiçbir şüphe oluşturmayacak şekilde ortaya konulması gerekir. Bu noktada HMK m. 297/2'nin kıyasen uygulanmasında bir engel olmamalıdır.¹⁶² HMK m. 297/2'nin, Av.K. m. 35/A için kıyasen uygulanabileceği daha önce öğretide ileri sürülmekteydi.¹⁶³ Dava şartı arabuluculuğa ilişkin İMK m. 24'nin

¹⁵⁸Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 43.

¹⁵⁹Ç. Yazıcı Tıktık (2014). Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16 (Özel Sayı), s. 2750. (Basım Yılı: 2015).

¹⁶⁰M. Akkan (2020). *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 310.

¹⁶¹Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 23.

¹⁶²Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 201.

¹⁶³H. Konuralp (2002). Avukatlık Yasası. *Hukuk Merceği 2 Konferans ve Paneller 2000-2002*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 426.

gerekçesinde de anlaşılan hususların tereddüde yer vermeyecek netlikte ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶⁴

Tespit hükümleri, bir hukukî ilişkinin varlığının veya yokluğunun tespit edilmesi amacıyla açılan tespit davaları sonucunda verilen hükümlerdir.¹⁶⁵ Tespit hükümleri, sadece bir hukukî ilişkinin varlığını veya yokluğunu ortaya koyduğundan ve borçluya bir şey verme, yapma veya yapmama gibi bir edim yüklediğinden, icra edilebilir nitelikten yoksundur.¹⁶⁶ Tespit hükümlerinin ilâmlı icra takibine konu olabilmesi mümkün değildir.¹⁶⁷ Sonuç olarak, taraflar bir hakkın ya da hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu hususunda anlaşmış ve buna ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmiş olsa bile mahkemece anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı denetlenecek ve sadece tespit hükmü içeren anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmeyecektir. İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliği taşıyan anlaşma belgelerinde tespit hükümlerinin yer alması halinde, icra memurları tarafından re'sen inceleme yapılmalı ve icra edilebilir yönleri olmadığından bunlara ilişkin ilâmlı icra takibi talebi reddedilmelidir. Reddin haksız olduğunu düşünen taraf, bir hakkın yerine getirilmemesini konu alan şikâyetini İİK m. 16/2 uyarınca süresiz olarak ileri sürebilir.

Tespit davası, kendi içerisinde menfi ve müspet tespit davası olmak üzere ikiye ayrılır. Menfi tespit davasıyla bir hakkın veya hukukî ilişkinin yokluğunun; müspet tespit davasıyla ise varlığının tespiti talep edilir.¹⁶⁸ Müspet tespit davasının sonunda verilen ve bir hakkın varlığını ortaya koyan tespit hükmü ile alacağını tespit ettirmiş olan alacaklı, ilâmlı icraya başvuramasa bile ilâmsız icra takibine müracaat edebilir.¹⁶⁹ Zira ilâmsız icra

¹⁶⁴“...Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında “anlaşılan hususların” net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaşmışlarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden “anlaşılan hususlar” net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tâbi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir.” (İMK madde gerekçeleri m. 24).

¹⁶⁵Postacioğlu ve Altay, 2020, **a.g.k.**, s. 245; Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 403; B. Kuru ve A. C. Budak (2010). *Tespit Davaları*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 68. HMK m. 106/1 uyarınca, “Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.”

¹⁶⁶Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 67; Postacioğlu ve Altay, 2020, **a.g.k.**, s. 245; S. Tanrıver (2021). *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. (4. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 624; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 218; Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 412.

¹⁶⁷N. Saraçoğlu (2022). *Tespit Hükümlerinin ve İnşai Hükümlerin İcra Hukuku Bakımından Durumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 88.

¹⁶⁸Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 218.

¹⁶⁹Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 68; Saraçoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 97.

takibi yapılabilmesi için alacağın bir belgeye dayandırılması gerekmez.¹⁷⁰ Bir maddi hukuk işlemi olarak arabuluculuk anlaşma belgesi de müspet tespit hükmü içerebilir. Herhangi bir belgeyi dayanak kılınmadan, söz konusu hükmün yerine getirilmesi amacıyla ilâmsız icra takibine başvurulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak ilâmsız icraya sadece para ve teminat alacakları için başvurulabildiğinden, tespit hükmü de para veya teminat alacağının tespitine yönelik olmalıdır. Borçlunun itirazı üzerine takibin durması halinde, alacaklının itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası yollarından birine başvurarak itirazı hükümden düşürmesi gerekir. Para borcunun tespitini içeren anlaşma belgesi, kayıtsız şartsız para borcu içeren ve imzası ikrar edilmiş adi senet olarak itirazın kaldırılmasına (İİK m. 68) dayanak teşkil edebilir. Yukarıda da değinildiği üzere anlaşma belgesi bir adi senet olduğundan kesin delil hükmündedir. Dolayısıyla alacaklı, dilerse açacağı itirazın iptali davasında (İİK m. 67) anlaşma belgesini kesin delil olarak kullanabilir.

Son olarak belirtmek isteriz ki tespit hükmü içeren arabuluculuk anlaşma belgesi, tespit edilen hakkın yerine getirilmesi için açılacak bir eda davasını veya icra takibi sürecinde başvurulacak itirazın iptali davasını engellememeli, HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağı bu durumda işlerlik kazanmamalıdır. Zira HUAK m. 18/5 uyarınca üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılması yasaktır. Söz konusu hakkın tespiti üzerinde anlaşılmış olması, hakkın yerine getirileceği hususunda da anlaşıldığı anlamına gelmez.

İnşâî hak, kullanılması ile yeni bir hukukî durum yaratan, mevcut hukukî durumu değiştiren veya ortadan kaldıran haktır.¹⁷¹ İnşâî hükümler ise bir inşâî hakka ilişkindir. Kural olarak inşâî hakkın tek taraflı olarak kullanılması ile hukukî sonuç kendiliğinden meydana gelmekte, karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek duyulmamaktadır.¹⁷² Lâkin iki farklı halde hakkın tek taraflı olarak kullanılması hukukî sonucun meydana gelmesi için yeterli olmaz. Bunlardan ilki tarafların anlaşmasıyla mahkeme kararına gerek olmaması halidir. Bu duruma örnek olarak TBK m. 182/3 uyarınca cezai şartın indirilmesi örnek gösterilebilir.¹⁷³ Diğer ise hukukî sonucun

¹⁷⁰Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 68; Saraçoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 98.

¹⁷¹R. Serozan (2017). *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. (7. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 225.

¹⁷²Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 413; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 627.

¹⁷³E. Önen (1981). *İnşâî Dâva*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 14.

doğabilmesi için boşanma davasında olduğu gibi mutlaka mahkeme kararına ihtiyaç duyulan hallerdir.¹⁷⁴ Mahkeme kararı gereken hallerde açılan davaya ise inşâî dava denir.¹⁷⁵ İnşâî dava için “*numerus clausus*” prensibi geçerli olduğundan ancak maddi hukukun açıkça öngördüğü hallerde inşâî dava açılabilir.¹⁷⁶

Mutlaka mahkeme kararı gerekli olan haller hariç olmak üzere, tek taraflı irade beyanıyla kullanılabilen inşâî haklar (alım ve önalım hakkı gibi) ve iki tarafın anlaşması ile kullanılabilen inşâî haklar (cezaî şartın indirilmesi örneğinde olduğu gibi) bakımından arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere inşâî hükümlerin dayandıkları inşâî hakkın kullanılmasıyla hukukî sonuç kendiliğinden doğduğundan, bu hükümleri içeren anlaşma belgeleri için icra edilebilirlik şerhi talep edilmesine gerek yoktur.

Bilindiği üzere HUAK m. 18/B uyarınca kiralandan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu noktada, hukukî niteliği tartışmalı olan kira bedeli tespit davasına ayrıca değinmek yerinde olacaktır. Kira bedelinin tespiti davasının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kira bedelinin tespiti davasının sonunda bir tespit hükmü verildiğinden bu dava tespit davası olarak nitelendirilmelidir.¹⁷⁷ Diğer bir görüşe göre ise kira bedelinin tespiti davası, eda davası niteliğinde olup sonucunda verilen eda hükmü ile ilâmlı icra takibi yapılabilir.¹⁷⁸ Son olarak bizim de katıldığımız görüşe kira bedelinin tespiti davası hukukî niteliği itibarıyla bir inşâî davadır.¹⁷⁹ Zira bu davada mahkeme, vermiş olduğu karar ile bir hakkın veya hukukî ilişkinin var olup olmadığının tespitinden ziyade mevcut kira sözleşmesindeki bedelin ne olacağına

¹⁷⁴Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 414; Önen, 1981, **a.g.k.**, s. 14.

¹⁷⁵Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 412; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 626; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 219.

¹⁷⁶Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 627.

¹⁷⁷Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 405; Kuru ve Budak, 2010, **a.g.k.**, s. 106.

¹⁷⁸F. Aral ve H. Ayrancı (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (12. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 300.

¹⁷⁹Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 219; S. Topuz ve G. Topuz (2008). Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukukî Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukukî Niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*. 66 (2), s. 85; M. A. Gümüş (2012). “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi. (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 81; C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen (2018). *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. (15. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 330; Ö. Özyakışır (2019). *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 204.

hükmetmektedir.¹⁸⁰ Bu şekilde var olan hukukî durum değiştirilmiş olacağından, kira bedelinin tespiti davası inşâî dava, dava sonunda verilen hüküm ise inşâî hüküm olarak kabul edilmelidir. İnşâî hükümler ise ilâmlı icranın konusunu oluşturmamaktadır. Dolayısıyla kira bedelinin tespitine ilişkin düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınarak ilâmlı icraya başvurulabilmesi mümkün değildir.¹⁸¹ Anlaşma belgesiyle ilâmlı icraya başvuru olanağı olmadığından, belirlenen kira bedelinin tahsili için ayrıca bir eda davası açılmasında hukukî yararın bulunduğu kabul edilmelidir. Tüm bunlara dayanarak HUAK m. 18/5’nda düzenlenen dava açma yasağının, kira bedelinin tespitine ilişkin anlaşma belgeleri için uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Açılacak olan eda davasında, adi senet hükmündeki anlaşma belgesi kesin delil olarak kullanılabilir.

HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Bilindiği üzere, hukukumuzda taşınmazların mülkiyetinin devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının cebri icra ile sağlanması gibi bir usûl yoktur. Bu düzenlemenin, cebri icraya elverişli olmayan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilememesinin istisnası olduğu söylenebilir. İcra edilebilirlik şerhi alınmasıyla ilâm niteliğinde belge elde edilecek fakat bu ilâm niteliğinde belgeye dayanarak ilâmlı icra yoluna başvurulmayacaktır. Anlaşma belgesinde kendisine taşınmazı devretme borcu yüklenmiş bulunan taraf borcunu ifa etmezse, ilâm niteliğinde belge ile tapuya başvurularak taşınmaz devri gerçekleştirilecektir.

2.5.2.2. Şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşmalar

Şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşma belgelerinin icrasına geçmeden önce şart kavramına ve Türk hukukunda mahkemelerin şarta bağlı hüküm verip veremeyeceği sorununa değinmek gerekir.

Maddi hukukta şart kavramı kanunî bir niteliğe sahip olup TBK m. 170 ve m. 176 arasında düzenlenmiştir.¹⁸² Maddi hukukta şart, hukukî işlemin sonuç doğurması veya

¹⁸⁰Topuz ve Topuz, 2008, **a.g.k.**, s. 86-87; Özyakışır, 2019, **a.g.k.**, s. 204.

¹⁸¹Özyakışır, 2019, **a.g.k.**, s. 205.

¹⁸²N. Boran Güneysu (2014). *Medeni Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 113.

sonuçlarının ortadan kalkması için gerçekleşmesi gereken ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan olaya denir.¹⁸³

Usûl hukukunda ise şart kavramının kanunî bir niteliği yoktur. Ancak kabul ve feragat gibi işlemlerin şarta bağlı olarak yapılamayacağı (HMK m. 309/4) açıkça düzenlenmiştir.¹⁸⁴ HMK m. 313/4 uyarınca sulh şarta bağlı olarak yapılabilir. Ancak bu durumda taraflar, mahkemeden şarta bağlı sulhe göre karar verilmesini isteyemezler.¹⁸⁵ HMK m. 313'nin gerekçesine göre bu durumda mahkemenin karar verilmesine yer olmadığına tespiti ile yargılamayı sonlandırması gerekir.¹⁸⁶ Şarta bağlı hüküm ihtiva eden sulh anlaşmaları ve mahkemenin karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararları ilâmlı icraya dayanak kılınamaz.¹⁸⁷

Usûl hukukunda şartla ilgili en çok tartışılan hususlardan bir tanesi şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği sorunudur. Eğer hükümde bir hakkın varlığı veya sona ermesi ileride gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmışsa, şarta bağlı hükmün varlığından söz edilebilir.¹⁸⁸

Öğretide bir grup yazara göre şarta bağlı hüküm verilmesinin önünde bir engel olmamalıdır.¹⁸⁹ İİK m. 24/4'nda yer alan ve menkul mal borçlunun yedinde bulunmazsa ilâmda yazılı olan değer in esas alınacağına dair düzenlemenin, şarta bağlı hüküm tesis edilebileceğinin örtülü olarak kabulü anlamına geldiği ileri sürülmektedir.¹⁹⁰ Yine 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinde yer alan (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 75), cismani zararın artması ihtimaline karşılık olarak hakime, daha önce

¹⁸³Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 1189; M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2018b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. (14. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 507.

¹⁸⁴Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 116.

¹⁸⁵B. Kuru ve B. Aydın (2021b). *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*. (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1102; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 448; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 117; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1126.

¹⁸⁶“Sulhün, sözleşmesel niteliği gereği, şarta bağlı olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu düzenleme, mahkeme tarafından, şarta bağlı bir hüküm verilebileceği anlamına gelmez. Zira sulh, mahkemenin bir hükmüne gerek kalmaksızın davaya son veren usûlî bir sözleşme olduğundan, şarta bağlı sulh ile dava kendiliğinden sona erecek ve mahkeme de sulh sebebiyle, karar verilmesine yer olmadığını tespit ile yargılamayı sona erdirecektir.” (HMK madde gerekçeleri m. 313).

¹⁸⁷Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 895. Öğretide Tanrıver, şarta bağlı sulh anlaşmalarına icra edilebilirlik kabiliyeti tanınmasının zorunlu olduğunu; aksi takdirde sulhun şarta bağlanabilmesinin bir anlamı kalmayacağını ifade etmektedir

¹⁸⁸Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1120.

¹⁸⁹Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 437; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 128-129; İ. E. Postacıoğlu (1941). Şarta Muallak Hükümler. *Adalet Dergisi*. 1941/2, s. 112.

¹⁹⁰Postacıoğlu, 1941, **a.g.k.**, s. 112.

verdiği tazminat hükmünü iki yıl süre ile değiştirme hakkını saklı tutma imkânı tanıyan düzenleme de şarta bağlı hükme örnek olarak gösterilmektedir.¹⁹¹

Öğretideki ağırlıklı görüşe göre ise Türk hukukunda şarta bağlı hüküm tesis edilebilmesi mümkün değildir.¹⁹² Bu görüşün en önemli dayanağı HMK m. 297/2’nda yer alan “...*taflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.*” ifadesidir.¹⁹³ Ayrıca şarta bağlı hükümler şüphe ve tereddüt içermeleri sebebiyle icra edilememe riski ile karşı karşıyadır.¹⁹⁴ Takip hukukumuzun şarta bağlı hükümlerin icrasını sağlayacak mekanizmalardan yoksun olduğu söylenebilir.

Şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği tartışmasında, söz konusu şart genellikle karşı tarafın edimini yerine getirmesidir. TBK m. 97 uyarınca eğer taraflardan birisi sözleşme koşullarına göre daha sonra ifa etme hakkı olmadığı sürece, kendi edimini ifa etmeden veya ediminin ifasını teklif etmeden karşı taraftan ifa talebinde bulunursa, kendisinden ifa talebinde bulunulan taraf ödemezlik def’i ileri sürebilir. Bir görüşe göre, kendi edimini ifa etmeyen veya ifasını önermeyen tarafın dava açması halinde mahkeme, tarafları karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûm edebilir.¹⁹⁵ Diğer bir görüşe göre ise, bunun için davacının, en azından kendi ediminin ifasını usûlüne uygun olarak teklif etmesi gerekir.¹⁹⁶

Bizim de katıldığımız görüşe göre, ödemezlik def’i ileri sürülmesi halinde karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir.¹⁹⁷ Bu durumda edimler birbirinin şartını oluşturduğundan, bunların birbirinden ayrı olarak icrasına cevaz vermek, edimler arasındaki bağlılığın maddi hukukun öngörmediği şekilde sonlandırılması anlamına gelmektedir.¹⁹⁸ Karşılıklı ve aynı anda mahkûmiyet halinde, sadece davalı ifaya mahkûm edilmekte olup davacı lehine şarta bağlı bir hak

¹⁹¹Postacıoğlu, 1941, **a.g.k.**, s. 113.

¹⁹²Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1125; B. Kuru (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü cilt III*. (6. Baskı), İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, s. 3073; M. A. Tutumlu (2014). *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 546.

¹⁹³Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1125.

¹⁹⁴Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1125.

¹⁹⁵Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 437.

¹⁹⁶Postacıoğlu ve Altay, 2020, **a.g.k.**, s. 744. Ancak bu durumda zaten ödemezlik def’i ileri sürülemeyeceğinden, karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verilmesine gerek yoktur. Bu durumda tek taraflı bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerekir (Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1124).

¹⁹⁷Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1124.

¹⁹⁸Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1124.

tanındığından, bu tarz hükümlerin karşılıklı ve aynı anda icrası mümkün değildir.¹⁹⁹ Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere HMK m. 297/2 uyarınca taraflara yüklenen edimlerin hiçbir tereddüt uyandırmayacak açıklıkta ortaya konulması gerekir. Karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet halinde hâlâ taraflardan birinin borcunu ifa etmesi diğer tarafın ifasına bağlı olacağından hükmün icrasına ilişkin tereddüt de devam edecektir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi iki taraflı bir maddi hukuk işlemidir. Aynı sulh sözleşmesi gibi arabuluculuk anlaşma belgesi de şarta bağlı eda hükmü içerebilir. Ancak nasıl ki mahkeme şarta bağlı sulh sözleşmesine hükümde yer veremiyorsa, şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşma belgesine de icra edilebilirlik şerhi verilmemelidir. Hukukumuzda HMK m. 297/2 gereği şarta bağlı hüküm verilememesi ve şarta bağlı eda hükümlerinin ilâmlı icrasının mümkün olmaması bu durumun gerekçesidir. Karşılıklı edim içeren anlaşma belgelerinde borcun ifasını talep eden tarafın kendi edimini yerine getirip getirmediğinin tespiti çoğunlukla yargılama gerektireceğinden, karşılıklı edim içeren anlaşma belgelerinin ilâmlı icraya konu olamaması gerekir.²⁰⁰ Böyle bir anlaşma belgesine hatalı olarak icra edilebilirlik şerhi verilmiş olması halinde kanaatimizce ilâmlı icra takibi talebi icra memurlarınca reddedilmelidir. Reddin haksız olduğunu düşünen taraf İİK m. 16/2 uyarınca süresiz şikâyet yoluna başvurabilir. Zira burada şikâyetin konusu bir hakkın yerine getirilmemesi oluşturmaktadır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemesi daireleri arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik kararında, şarta bağlı edim içeren anlaşma belgelerinin ilâmlı icra takibine dayanak teşkil edemeyeceği yönünde değerlendirme yapmıştır.²⁰¹

İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğini haiz anlaşma belgeleri de şarta bağlı eda hükmü ihtiva edebilir. Bunların icrası için ilâmlı icra takibine başvurulması halinde icra memurlarının ilâmlı icra takibi talebini reddetmeleri gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda taraflar yeni bir anlaşma belgesi düzenleyebilir veya takip talebine ilişkin reddin haksız olduğunu düşünüyorlarsa İİK m. 16 uyarınca şikâyet yoluna başvurabilirler.

¹⁹⁹Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1124.

²⁰⁰Kıyak, 2015, **a.g.k.**, s. 532.

²⁰¹“...Bu durumda, bahsi geçen icra edilebilirlik şerhi içeren arabuluculuk anlaşma belgesinde; alacağın şarta bağlanması, eda hükmü içermemesi nedeniyle söz konusu belgenin ilâmlı takibe konu edilemeyeceği açık olup...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.09.2022 tarih ve 2022/9143 Esas ve 2022/9318 Karar sayılı kararı).

Aşağıda da değinileceği üzere, icra edilebilirlik şerhi alınmamış arabuluculuk anlaşma belgesiyle ilâmsız icraya başvurulması mümkündür. Böyle bir anlaşma belgesi şarta bağlı eda hükmü içerse de ilâmsız icra takibi yapılmasının önünde bir engel olmamalıdır. Zira ilâmsız icra takibi yapılabilmesi için takibe konu alacağın bir belgeye dayandırılması gerekmez.²⁰² Örneğin karşılıklı edim ihtiva eden anlaşma belgesinde yer alan alacak için yapılan ilâmsız icra takibinde kendisine ödeme emri gönderilen borçlu, alacaklının kendi borcunu ifa etmediğini veya borcun ifasını uygun şekilde önermediğini ileri sürerek takibe itiraz edebilir. Bunun üzerine alacaklı, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası yoluna başvuracak ve itirazın haksız olup olmadığı bu aşamada değerlendirilebilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki ilâmsız icraya sadece para ve teminat alacakları için başvurulabildiğinden (İİK m. 42/1), yerine getirilecek takibe konu alacağın para veya teminat alacağı olması gerekir.

Anlaşma belgesinde yer alan şart, karşılıklı olarak yerine getirilmesi gereken edimlerden farklı olarak, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği taraflardan bağımsız bir şart da olabilir. Örneğin Fenerbahçe'nin şampiyon olması halinde borcun ifa edileceği yönünde bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Bu durumda belki şartın gerçekleşip gerçekleşmediği icra memurlarının yapacağı çok basit bir araştırma ile anlaşılabilir. Ancak şartların her zaman verdiğimiz örnekteki gibi yüzeysel bir araştırmayla anlaşılacak kadar basit olmaması, o kadar basit olsa bile icra hukukumuzda şarta bağlı eda hükümlerinin icrasını sağlayacak mekanizmaların eksikliği ve kıyasen uygulanacak HMK m. 297/2 uyarınca anlaşma belgesinde taraflara yüklenen edimlerin hiçbir tereddüt uyandırmayacak şekilde ortaya koyulması gerekliliği sebebiyle kanunda açıkça öngörülen istisnai durumlar haricinde şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşma belgeleri ilâmlı icraya konu olmamalıdır.

Kanunda açıkça öngörülen istisnai bir hale işe iade davasının kabulü halinde kurulan hükümler ve bu davadan önce başvurulmuş dava şartı arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgeleri örnek gösterilebilir. İşe iade davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu yukarıda ifade edilmişti. Yukarıdakiyle paralel bir düzenleme olarak İMK m. 12 ile eklenen İK m. 21/7 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması hususunda anlaşmaları halinde, işe başlatılmama ihtimaline karşılık İK m. 21/2'nde düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Görüldüğü üzere, bu düzenlemeyle şarta bağlı hüküm ihtiva

²⁰²Tanrıver, 1996, a.g.k., s. 68.

eden arabuluculuk anlaşma belgesi tanzim edilmesine cevaz verilmiş olmaktadır. Kanunun açık hükmü gereği, bu şekilde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmiş olduğu takdirde ilâmlı icra takibi yoluna başvurulabilir. İşe iade ve parasal haklara ilişkin taleplerin aynı takip talebinde ve devamında aynı icra emrinde yer almasının önünde bir engel yoktur.²⁰³ Lâkin işçi, işe iade talebini de ilâmlı icra takibinin konusu yapmak istiyorsa, bunu İK m. 21/6 uyarınca işe başlamak için öngörülen süre içerisinde yapmalıdır.²⁰⁴ İşçi, işe başlatılma talebiyle işverene başvuruda bulunmuş ancak işe başlatılmamışsa bu durumda sadece parasal haklara ilişkin ilâmlı icra takibi yapabilir. İşçinin önce işe iade talebiyle işverene başvurup işe başlatılmadığı takdirde buna ilişkin belgeyi de takip talebine ekleyerek sadece parasal haklar için takip yapmasının daha pratik ve az sorun doğuracak bir yöntem olacağı ifade edilmektedir.²⁰⁵ İşe iade talebiyle birlikte parasal hakların ilâmlı icraya konu edilmesi halinde, işe iade bir işi yapma hükümlerine göre (İİK m. 30); parasal haklar ise para alacaklarına ilişkin hükümlere göre ilâmlı icranın konusunu oluşturacaktır.²⁰⁶ Gönderilen icra emrine işveren, icranın geri bırakılması yoluyla (İİK m. 33, 33/a) karşı koyabilir. İcranın geri bırakılması aşamasında, işçinin süresinde işe başlamak için başvuru yapmadığı veya başvurusunun işverence kabulüne rağmen işe başlamadığı gibi işe iadeye ilişkin hususların kanunda belirtilen belgelerle ispatı oldukça zordur. Dolayısıyla bu hususların ispatında, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası çerçevesinde uygun şekilde ispatın yeterli kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰⁷

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmadığı takdirde ilâm niteliğinde bir belgenin varlığından bahsedilemeyecek ve bu durumda sadece ilâmsız icra takibine başvurulabilecektir. Ancak ilâmsız icranın konusunu yalnızca para ve teminat alacakları oluşturduğundan, işe iade talebi için ilâmsız icraya başvurulması mümkün olmayacak; önce işe iade talebiyle işverene başvurulup işe başlatılmama halinde sadece parasal haklar için ilâmsız icra takibi yapılabilecektir.²⁰⁸

²⁰³Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 76.

²⁰⁴Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 76. “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur.” (İK m. 21/6).

²⁰⁵Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 72.

²⁰⁶Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 76.

²⁰⁷Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 74.

²⁰⁸Özekes, 2018b, **a.g.k.**, s. 74.

Dava açma yasağına ilişkin HUAK m. 18/5’nda düzenleme yapılmasının en önemli sebeplerinden biri tarafların gerekli şartları yerine getirdikten sonra anlaşma belgesiyle ilâmlı veya ilâmsız icraya başvurabilmelerinin mümkün olmasıdır.²⁰⁹ Arabuluculuk anlaşma belgesi bir maddi hukuk işlemi olması sebebiyle şarta bağlı eda hükmü içerebilir. Lâkin icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi kural olarak mümkün olmadığından, böyle bir anlaşma belgesiyle ilâmlı icraya başvuru olanağı yoktur. Bu durumda, şarta bağlı eda hükmü içeren anlaşma belgesinin ifası için dava açılmasında tarafların hukukî yararlarının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu sayede açılacak bir eda davası sonunda verilen ilâmla ilâmlı icraya başvurulabilecek veya ilâmsız icra takibine itiraz üzerine itirazın iptali davası açılabilecektir. Aksi bir kabulün, tarafları ilâmlı icra ve dava yolundan mahrum bırakması sebebiyle hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

2.5.2.3. İcra edilmesi talep edilen eda hükümlerinin yeterince açık olmaması

İcra edilebilirlik şerhi kararıyla veya şartları mevcutsa şerh kararı gerekmez. İlâm niteliğinde belge elde edilebilir. Daha sonra ilâmlı icraya başvurulduğunda, yeterince açık olmayan veya birbiriyle çelişen hükümler sebebiyle anlaşma belgesinin icrası sağlanamazsa ne yapılması gerektiğinin ayrıca tartışılması gerekir.

HMK m. 305/1 uyarınca, mahkeme tarafından verilen hüküm yeterince açık değilse veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa taraflardan her biri hükmün icrası tamamlanıncaya kadar hükmü veren mahkemeden tavzih talebinde bulunabilir. Ancak hükmün tavzihi ile hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve borçlar üzerinde değişiklik yapılamaz (HMK m. 305/2). Hükmün tavzihinde mahkeme sadece mevcut hükmü açıklayacak; tereddüt veya çelişki var ise bunları ortadan kaldıracaktır.²¹⁰ İcra müdürünün söz konusu hükmü yorumlama yetkisi olmayıp açıklama yetkisi sadece onu veren mahkemeye aittir.²¹¹ İcra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinin icrası bakımından tereddüt uyanması halinde bir an için HMK m. 305’nin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir. Buna dayanarak, anlaşma belgesini cebri icraya elverişli bulan mahkemenin icra aşamasında ortaya çıkan tereddüdü

²⁰⁹Akkan, 2018, **a.g.k.**, s. 6.

²¹⁰Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1133.

²¹¹Kuru ve Aydın, 2021b, **a.g.k.**, s. 1583.

de kendisinin gidermesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılabilir. Lâkin hükmün tavzihi, mahkemenin esasa ilişkin nihai kararını açıklaması için düzenlenmiş bir kurumdur. Hükmün sahibi olan mahkeme, doğal olarak hükme ilişkin açıklamayı da kendisi yapmaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan hükmün sahibi mahkeme değildir. Mahkeme yalnızca anlaşma belgesinin icra edilebilir olduğuna dair bir karar vermektedir ki söz konusu kararın tavzih edilecek bir yönü bulunmamaktadır. Anlaşma belgesinde yer alan hüküm, tarafların ortak menfaatleri üzerindeki uzlaşılarının ürünüdür. Eğer buna ilişkin açıklama mahkeme tarafından yapılırsa, arabuluculuğun doğasına aykırı olarak taraf iradeleri devre dışı kalacaktır.

İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri bakımından ise bir icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı söz konusu olmadığından, anlaşma belgesinde yer alan eda hükümlerinin icrasına ilişkin tereddüt uyanması halinde kanaatimizce icra memurları tarafından ilâmlı icra talebi reddedilmelidir.²¹²

İcrası talep edilen hükümlerin yeterince açık olmaması, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olmadığı anlamına gelmektedir. Bu durumda, anlaşma belgesinde yer alan borcun ifası için dava açılmasında hukukî yarar bulunduğu kanaatindeyiz. Zira söz konusu anlaşma belgesinde yer alan borcun ifası ilâmlı icra yoluyla sağlanamamaktadır. Dolayısıyla, HUAK m. 18/5 yer alan dava açma yasağı bu gibi durumlar bakımından işlerlik kazanmamalıdır.

İcra edilebilirlik şerhi alınarak veya şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgesinde bir tereddüt veya çelişki olmadığını düşünen taraf veya taraflar, dilerlerse İİK m. 16 uyarınca şikâyet yoluna başvurabilirler. Böyle bir durumda iddia, bir hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayanacağından süresiz olarak süresiz olarak şikâyet yoluna müracaat edilebilmelidir (İİK m. 16/2).

²¹²Kanaatimizce bu durumda icra memurları, tarafların veya taraf vekillerinin yapacağı sözlü açıklamalara itibar etmemelidir. Nihayetinde önlerinde ilâm niteliğinde bir belge vardır ve belgede yer alan hükümler açık ve tereddütten uzak olmalıdır. Eğer sözlü beyanlara itibar edilirse, devam eden süreçte tarafların fikirlerini değiştirerek farklı açıklamalar yapmaları halinde hükmün icrasında birçok problemle karşılaşılabilir. Bu sebeple usûl ekonomisine ve hukukî güvenlik ilkesine en uygun olan yol, tarafların yeni bir anlaşma belgesi düzenlemeleri ve ona ilâm niteliği kazandırarak yeniden ilâmlı icra takibi yapmaları veya İİK m. 16/2 uyarınca bir hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayalı süresiz şikâyet yoluna başvurmalarıdır.

2.5.2.4. *Anlaşma belgesinde üçüncü kişileri ilgilendiren düzenlemelerin yer alması*

Arabuluculuk anlaşma belgesi, yukarıda da belirttiğimiz gibi bir maddi hukuk işlemi olan mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir. Bu sebeple, üçüncü kişileri ilgilendiren düzenlemeler bakımından sulh sözleşmesi için ileri sürülen görüşlerden faydalanılabilir.

Anlaşma belgesinde üçüncü kişileri ilgilendiren düzenlemeler yer alması halinde, icra edilebilirlik şerhi talep edilebilmesi için bu düzenlemelerin üçüncü kişilere borç yüklememesi gerekir. Zira borçlar hukukumuzda irade özerkliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi geçerlidir.²¹³

Üçüncü kişilere hak tanıyan arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK m. 129’nde düzenlenmiştir. Buna göre kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurup edimin üçüncü kişiye ifasını talep edebilir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır.²¹⁴ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, borcun kendisine ifa edilmesini isteme yetkisine sahiptir.²¹⁵ Buna karşılık, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin böyle bir yetkisi olmayıp sadece kendisine teklif edilen ifayı kabul edebilir.²¹⁶

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından, üçüncü kişinin borcun ifasını ve dolayısıyla anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi borcun ifasını isteyebileceğinden, söz konusu anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesini de talep edebilmelidir.²¹⁷

²¹³Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 19.

²¹⁴Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 1172.

²¹⁵Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 1174; Oğuzman ve Öz, 2018b, **a.g.k.**, s. 457.

²¹⁶Oğuzman ve Öz, 2018b, **a.g.k.**, s. 455; Eren, 2018, **a.g.k.**, s. 1172.

²¹⁷Aynı yönde bkz. Büyükay, 2018, **a.g.k.**, s. 271; Sulh açısından benzer görüş için bkz. S. Tanrıver (1994). Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulh ve Kabuller. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 46 (1-2), s. 347-348.

3. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ VE SONUCU

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâm niteliğinde belge elde edilir ve daha sonra bu belge ile ilâmlı icra takibi yapılabilir. Taraflar, dava şartı arabuluculuk halleri hariç olmak üzere sürece gönüllü olarak başvurduklarından ve anlaşmaları halinde bu her halükârda kendi özgür iradeleriyle olacağından, anlaşma belgesinde yer alan yükümlülüklerini cebri icraya başvurmaya gerek kalmaksızın yerine getirecekleri kabul edilmiş ve anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması kural olarak zorunlu tutulmamıştır.²¹⁸ Hatta Çin hukukunda, arabuluculuğun tamamen gönüllülük esasına dayanması gerektiğinden hareketle icra edilebilirlik şerhine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.²¹⁹

Tarafların hür iradeleriyle arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlemiş olmaları, üzerlerine yüklenmiş olan edimleri her zaman iradi olarak yerine getirecekleri anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi de en nihayetinde bir maddi hukuk işlemidir. Dolayısıyla, üzerine borç yüklenen tarafın borcunu ifa etmemesi ihtimaline karşılık birtakım hukukî mekanizmaların öngörülmesi gerekir. Kanun koyucu da buradan hareketle, icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgelerinin icrasını ilâmlarla aynı hukukî rejime tâbi tutmuştur (HUAK m. 18/2). Arabuluculuk faaliyetleri sonunda anlaşılan hususlarla ilgili dava açma yasağı (HUAK m. 18/5) da göz önünde bulundurulursa, taraflara ilâmlı icraya başvuru imkânının tanınmış olması son derece önemlidir.

3.1. İcra Edilebilirlik Şerhi Kararı

Usûlüne uygun olarak hazırlanmış arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge vasfına sahip olabilmesi için kural olarak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekir. Aşağıda daha detaylı değinileceği üzere kanunda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu tutulduğu haller²²⁰ hariç şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgelerinde tarafların, avukatların ve arabulucunun (ticarî uyuşmazlıklarda

²¹⁸Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1715. Bu kuralın istinası olarak, HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B kapsamında düzenlene arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur.

²¹⁹Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 191.

²²⁰Örneğin HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B uyarınca düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Bu durumda anlaşma belgesini taraflar, tarafların avukatları ve arabulucu (ticarî uyuşmazlıklarda avukatlar ve arabulucu) imzalamış olsa bile icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu olacaktır.

sadece avukatlar ve arabulucunun) imzaları yer almaktadır (HUAK m. 18/4). Tarafların hukukî bilgi sahibi avukatları tarafından imzalanmamış anlaşma belgelerinin, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden mahkeme denetiminden geçmesi zorunlu tutulmuştur.

3.1.1. İcra Edilebilirlik şerhinin hukukî niteliği

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi, HUAK m. 18/3 uyarınca bir çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işi, HMK m. 382/1’nda yer alan üç ölçütten birini veya birden fazlasını bünyesinde taşıyan bir yargısal faaliyettir. Eğer kanunda açık bir düzenleme yoksa bu ölçütlerden yola çıkarak değerlendirme yapılması gerekir. Bunlar sırasıyla, ilgililer arasında bir uyuşmazlık olmaması, ilgililerin ileri sürebileceği bir sübjektif hakkın bulunmaması veya hâkimin re’sen harekete geçmesidir (HUAK m. 382/1-a,b,c). HMK m. 382’nde bazı çekişmesiz yargı işleri örnekleyici olarak sayılmıştır. İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin HUAK m. 18/3’nda olduğu gibi özel kanunlarda da bir yargısal faaliyetin çekişmesiz yargı işi olduğu açıkça düzenlenebilir.

Çekişmesiz yargı işlerinde, çekişmeli yargıda olduğu gibi bir uyuşmazlık olmadığından, taraf yerine “*ilgili*” ve dava yerine “*iş*” kavramı kullanılmaktadır.²²¹ Çekişmesiz yargıdaki “*ilgili*” kavramının, verilen karardan hukukî durumu etkilenecek veya etkilenmesi muhtemel olan “*maddi ilgili*” olarak anlaşılması gerekir.²²² Çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme re’sen harekete geçtiğinden, “*şekli ilgili*” kavramının uygulama alanı oldukça dardır.²²³ Bir çekişmesiz yargı işi için salt ihbarda bulunulmuş olması, o çekişmesiz yargı işinin ilgilisi olmak bakımından yeterli kabul edilemez.²²⁴ Çekişmesiz yargı yoluna başvuran ilgilinin sadece çekişmesiz yargıya başvuran yani şeklî ilgili olması halinde mahkeme maddi ilgilileri de çağırıp dinleyebilir; maddi ilgililer yargılamada yer almasalar dahi kanun yoluna başvurmak gibi yargılama sürecine ilişkin hakları kullanabilirler.²²⁵ HMK m. 388 uyarınca, çekişmesiz yargıda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Dolayısıyla karar hatalı olarak verilirse veya ortaya çıkan yeni vakıalara göre üzerinde değişiklik yapılması gerekirse,

²²¹Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 34; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 115.

²²²Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 34; B. Kuru (1961). *Nizasız Kaza*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 141.

²²³A. Aras (2017). *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 128.

²²⁴Aras, 2017, **a.g.k.**, s. 129.

²²⁵Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 35.

mahkemece düzeltilmesinin önünde bir engel yoktur.²²⁶ Bu sebeple, çekişmesiz yargıya ilişkin mahkeme kararları için yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir.²²⁷ HMK m. 385/1 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır.

Kanaatimizce, arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından anlaşmanın her iki tarafı da maddi ilgilidir. Çünkü taraflardan bir tanesine hak diğerine ise borç yüklenmiş anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâm niteliğinde belge elde edilir ve bu belge ile ilâmlı icraya başvurulmasından her iki tarafın da hukukî durumu etkilenmiş olur. Uygulamada çoğunlukla ve doğal olarak anlaşma belgesi ile kendisine hak tanınmış olan taraf icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunacaktır. Ancak kendisine borç yüklenen taraf da maddi ilgili olduğundan, dilerse o da kanun yoluna başvurmak gibi yargılama sürecine ilişkin haklarını kullanabilir.

Çekişmesiz yargı kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksundur (HMK m. 388). Dolayısıyla söz konusu kararın değiştirilmesi veya iptali mümkündür. Ancak bir defa karara bağlanmış bir çekişmesiz yargı işinin yargılama sürecinin, gerek bu işin yargılama sürecine katılanlar gerekse de başka kimseler tarafından istenildiği kadar tekrarının mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir.²²⁸ Aksi bir kabul, hem yargının iş yükünü lüzumsuz olarak artıracak hem de ilgililerin sürekli olarak rahatsız edilmesine sebep olacaktır.²²⁹ Dolayısıyla çekişmesiz yargı işleri için de “*ne bis in idem*” ilkesi uygulama alanı bulmalı ve yeni bir dava malzemesi (sebeup ve vakıa) ortaya çıkmadığı sürece yargılamanın tekrarı talep edilememelidir.²³⁰ Eğer kararın değiştirilmesini gerektiren yeni vakıalar ortaya çıkarsa ya da ret kararına sebep olan eksiklik veya problemler giderilirse elbette yeniden talepte bulunulabilir. Bunun yanında, kararın sonradan haksız görülmesi veya daha sonra ortaya çıkan vakıalar sebebiyle mahkemece re’sen değiştirilebileceği de belirtilmektedir.²³¹

²²⁶Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 36.

²²⁷Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 121.

²²⁸Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 186.

²²⁹Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 186.

²³⁰Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 187. Konuya ilişkin bir görüşe göre, gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve özellikle çocuğun korunmasına yönelik işler bakımından “*ne bis in idem*” ilkesinin uygulanmasına şüpheyle yaklaşılmalı ve eski yargılama malzemesine dayanılarak yargılamanın tekrarının istenilebilmesi mümkün olmalıdır (Aras, 2017, **a.g.k.**, s. 189).

²³¹Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 188-194.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yargılama için de yukarıda ifade edilen esasların birçoğu aynen geçerli olmalıdır. Mahkemenin şerh talebini reddetmesi halinde yeniden talepte bulunulmasını gerektirecek vakıalar ortaya çıkmadığı ya da redde sebep olan eksiklik veya problem giderilmediği sürece tekrar talepte bulunulması mümkün değildir. Örneğin mahkeme, anlaşma belgesinde imzası yer alan arabulucunun gerçekte arabulucu olmadığı yönünde hatalı bir değerlendirme yapmış ancak daha sonra arabulucunun sicile kayıtlı olduğu ortaya çıkmış olabilir. Yine anlaşma belgesinde yer alan tespit hükmünün cebri icraya elverişli olmaması sebebiyle şerh talebi reddedilmiş, bunun üzerine ilgililer söz konusu hükmü arabulucuyla beraber eda hükmüne çevirerek yeni bir anlaşma belgesi hazırlamış olabilirler. Başka bir örnek olarak, ilk önce görevsiz mahkemeye başvurulmuş ve usûlden ret kararı üzerine görevli mahkemeye talep dilekçesi sunulmuş olabilir. İşte bu gibi durumlarda mahkemeden yeniden şerh talebinde bulunulabilmesi mümkün olmalıdır.

3.1.2. İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde görevli ve yetkili mahkeme

İcra edilebilirlik şerhi vermekle görevli olan mahkeme HUAK m. 17/A ve uyuşmazlıkla ilgili dava açıldıktan sonra anlaşılan haller saklı kalmak üzere sulh hukuk mahkemesidir. HUAK m. 17/A²³² kapsamındaki anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açıldıktan sonra anlaşma belgesi düzenlenmiş ise icra edilebilirlik şerhi davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir (HUAK m. 18/2). Bu mahkeme uyuşmazlığın niteliğine göre sulh hukuk mahkemesinden başka bir mahkeme de (asliye ticaret mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi vb.) olabilir.

Yetkili mahkeme ise HUAK m. 18/2 uyarınca dava açılmadan önce anlaşılan hallerde arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi, dava açıldıktan sonra anlaşılan hallerde ise dava hangi yer mahkemesinde açılmışsa o mahkemedir. HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B yeni yetki kuralları içermektedir. Buna göre taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar için düzenlenen

²³²HUAK m. 17/A, “Singapur Konvansiyonu” olarak bilinen Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’na ilişkin bir düzenlemedir. Singapur Konvansiyonu ile ticarî uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk görüşmeleri sonunda imzalanan anlaşmalar, taraf ülkelerin hepsinde ek bir idari karar veya mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın icra edilebilir hale gelmiştir.

anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde taşınmaz bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi yetkilidir (HUAK m. 17/B). Yine aynı şekilde taşınmazlarla ilgili kira ilişkisine, taşınmazların paylaştırılmasına, taşınmazlarla ilgili ortaklığın giderilmesine, kat mülkiyeti kanununa, taşınmazlarla ilgisi olan ve komşu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi yetkilidir (HUAK m. 18/B). HUAK m. 17/A kapsamındaki uyuşmazlıklarda ise yetkili mahkeme tarafların anlaşma belgesinde kararlaştırdıkları yer mahkemesi, kararlaştırdıkları yer yok ise sırasıyla karşı tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri mahkemesi, sakin olduğu yer mahkemesi, bunlar da yoksa İstanbul, Ankara veya İzmir mahkemeleridir.

Çekişmesiz yargı işlerinde yetki kuralları kamu düzeninden olduğundan, kendisinden icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulan mahkeme yetkili olup olmadığını kendiliğinden incelemeli ve yetkisiz olduğunu tespit etmesi halinde buna dayanarak talebi reddetmelidir.²³³ Ayrıca çekişmesiz yargıda yetkisizlik söz konusu olsa bile taraf teşkili sağlanmadan karar verildiğinden ve bu yüzden karşı tarafın yetkisizlik itirazında bulunması da mümkün olmadığından, mahkemenin yetkili olup olmadığını re’sen incelemesi gerektiği ileri sürülmektedir.²³⁴ Tüm bunlara dayanarak kanaatimizce, icra edilebilirlik şerhi kararı verilmesinde yetki kuralları kesin yetki kuralı olarak kabul edilmeli ve mahkeme yetkili olup olmadığını re’sen nazara almalıdır. Dolayısıyla, arabuluculuk anlaşma belgesinde icra edilebilirlik şerhinin talep edileceği mahkemeye ilişkin yetki sözleşmesi yapılabilmesi de mümkün değildir (HMK m. 18/1).

3.1.3. İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde usûl

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, HMK m. 385/1 uyarınca, hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanmalıdır. Basit yargılama usûlünün uygulandığı dava ve işlerde HMK m. 320/1 uyarınca mahkeme, mümkün olduğu hallerde ilgilileri duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden kararını verir.

²³³Postacıoğlu ve Altay, 2020, **a.g.k.**, s. 34; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 36.

²³⁴A. Aras (2016). Çekişmesiz Yargı işlerinde Görev ve Yetki. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7 (1), s. 79.

HUAK m. 18/3'na göre mahkeme, icra edilebilirlik şerhi yargılamasında incelemesini kural olarak dosya üzerinden yapar. Yine aynı hüküm uyarınca eğer uyuşmazlık aile hukukuna ilişkin ise incelemenin duruşmalı olarak yapılması zorunludur (HUAK m. 18/3).²³⁵ 7445 Sayılı Kanun ile eklenen HUAK m. 17/B ve taşınmazlar bakımından m. 18/B uyarınca mahkeme, gerekli görmesi halinde incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına da karar verebilir.

Kanaatimizce incelemenin dosya üzerinden yapılması yönündeki tercih isabetlidir. HUAK m. 18/3'nda icra edilebilirlik şerhi verilmesinde mahkemenin yapacağı denetimin sınırları belirlenmiştir. Bu kapsamda mahkeme, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden denetim yapacaktır. Buna ek olarak aşağıda da değinileceği üzere mahkemenin, kendisine sunulan belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi olabilmesi için gerekli şekli şartları (arabulucunun imzası vb.) taşıyıp taşımadığını değerlendirmesi gerekir.²³⁶ Ayrıca anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına aykırı bir içeriğinin olup olmadığı da incelenmelidir.²³⁷ Bu nitelikte bir denetleme için duruşma açılmasına gerek yoktur. Mahkeme bu denetimi dosya üzerinden kolaylıkla yapabilir. Ancak HUAK m. 17/B ve taşınmazlar bakımından HUAK m. 18/B kapsamındaki anlaşma belgeleri bakımından taşınmazlara ilişkin olarak kanunlarda yer alan usûl ve esaslara uyulup uyulmadığının da denetlenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Söz konusu usûl ve esaslara aykırılık olup olmadığının denetlenmesinde duruşma açılması mahkemenin takdirine bırakılmış olsa da duruşma açılmasının daha doğru bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

Bir görüşe göre, anlaşma belgesi içeriğinin yanlış düzenlenmesi veya altındaki imzaya ilişkin sahtelik iddiasında bulunulması gibi hallerde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi işlemi duruşmalı olarak yapılmalıdır.²³⁸ Bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira HUAK m. 18/3'nda yapılacak denetimin sınırları belirlenmiştir. Eğer anlaşma belgesinin içeriğinin yanlış veya anlaşma belgesinde yer alan imzaların sahte olduğu ileri sürülürse mahkemenin bu iddiaları değerlendirmeye almadan denetimini yapması gerekir. Aksi takdirde icra edilebilirlik şerhi verilmesi işlemi gereksiz yere uzayacak ve kötü niyetli borçlular bu durumdan faydalanabilecektir. Bunun yanında,

²³⁵Kanun'un ilk halinde yer alan, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda duruşma açılmasına ilişkin "üzerinden de yapılabilir" şeklindeki ifade, 7036 Sayılı Kanun ile "üzerinden yapılır" olarak değiştirilmiş ve duruşma açılması zorunlu hale getirilmiştir.

²³⁶Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 195.

²³⁷Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 203.

²³⁸Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 138.

mahkeme duruşma açarak imzanın sahteliğine ilişkin bir karar verse bile bu karar icra edilebilirlik şerhi yargılamasında verildiğinden, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek ve etkin bir hukukî koruma sağlanamayacaktır. Bu sebeple, imza sahteliği veya anlaşma belgesi içeriğinin değiştirildiği ileri sürülüyorsa genel mahkemelerde ayrı bir dava açılması ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla bu durumun ortaya konulması gerekir.²³⁹ Eğer genel mahkemelerden böyle bir karar alınabilirse sulh hukuk mahkemesine yapılacak bir başvuru ile maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen icra edilebilirlik şerhi kararı kaldırılabilir.

İstinaf mahkemesi kararlarına göre, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinde bulunulduğunda, buna ilişkin talep dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesi hukukî dinlenilme hakkının gereğidir.²⁴⁰ Kanaatimizce de talep dilekçesinin tebliği ile karşı taraf, HUAK m. 18/3 uyarınca sulh hukuk mahkemesinin dosya üzerinden yaptığı değerlendirmenin kapsamında olan itirazlarını (anlaşma belgesinde şekli eksiklik olması, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olmaması vs.) iki haftalık cevap süresi içinde ileri sürebilmelidir. Ancak mahkemenin denetim sınırları dışında kalan hususlara ilişkin itiraz edilmesi halinde, bu itirazlar değerlendirilmeden karar verilmesi gerekir. Aksi takdirde yukarıda da belirtildiği üzere bu durumdan kötü niyetli borçlular faydalanabileceği gibi icra edilebilirlik şerhi

²³⁹ Benzer bir durum itirazın kesin kaldırılması bakımından da geçerlidir. Alacaklı, imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş adi bir senet ile itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurur ve borçlu daha sonra senedi hata ile verdiğini ileri sürerse icra mahkemesi bu iddiayı incelemeyen kararını verir (Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 128). İcra mahkemesinin vereceği karar, aynı sulh hukuk mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine verdiği karar gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Ayrıca kanun koyucu, itirazın kesin kaldırılması sürecinde icra mahkemesine böyle bir denetleme yetkisi tanımamıştır. Dolayısıyla hata iddiasında bulunanın, bu iddiasını genel mahkemelerde açacağı ayrı bir dava ile ileri sürmesi gerekir.

²⁴⁰ “Somut olayda; icra edilebilirlik şerhine ilişkin talep dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmediği, bu suretle hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği ve akabinde karar verilmesi doğru olmadığından, karşı taraf vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile...” (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesinin 06.04.2023 tarih ve 2023/580 Esas ve 2023/1092 Karar sayılı kararı); “Somut uyuşmazlıkta, İstinaf incelemesine konu kararın verildiği İlk Derece Mahkemesince, icra edilebilirlik şerhine ilişkin talep dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmediği, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/3. maddesinde icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin istemle ilgili kararın dosya üzerinden verileceği düzenlenmiş ise de karşı tarafın HMK'nun 27. maddesinde belirtilen hukukî dinlenilme hakkı ihlal edildiği anlaşılmıştır.” (Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 10.06.2020 tarih ve 2019/2125 Esas ve 2020/545 Karar sayılı kararı); “Somut olayda; icra edilebilirlik şerhine ilişkin talep dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmediği, bu suretle hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği anlaşıldığından, karşı tarafın istinaf başvurusunun kabulü ile, ilk derece mahkemesi kararının esas ve diğer istinaf sebepleri incelenmeksizin 6100 sayılı HMK'nun 353/1-a-4 maddesi gereğince kaldırılmasına...” (Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 10.09.2020 tarih ve 2019/2298 Esas ve 2020/549 Karar sayılı kararı).

verilmesi işleminin uzaması sebebiyle uyuşmazlıkların daha basit ve hızlı şekilde çözülmesi hedefine ulaşılamayacaktır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde, üzerinde anlaşılan hususların kararın hüküm fıkrasına geçirilmesine gerek yoktur. Zira şerh yargılamasında mahkeme, HUAK m. 18/3 kapsamında yüzeysel ve şekli bir denetim yapmaktadır. Uygulamada da bu karar genellikle “arabuluculuk anlaşmasının arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğu anlaşıldığından arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebinin kabulüne” şeklindedir. Ancak aşağıda da değinileceği üzere taraflar, anlaşma belgesinin sadece belli bir kısmı için icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunabilirler. Bu durumda icra edilebilirlik şerhinin anlaşma belgesinin hangi kısmına verildiğinin açıkça ortaya konulması gerektiğinden, hüküm fıkrasında buna ilişkin açıklama yapılmalıdır.²⁴¹

3.1.4. İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde mahkemenin yapacağı inceleme

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi üzerine mahkemenin yapacağı inceleme, usûle ilişkin ve esasa ilişkin olmak üzere ikili bir ayrım çerçevesinde ele alınabilir.

3.1.4.1. Usûle ilişkin

Usûle ilişkin incelemede ilk olarak mahkemenin, talep dilekçesinde yer alması gereken asgari unsurların varlığı yönünden inceleme yapması gerekir. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi işleminde basit yargılama usûlü uygulanmaktadır. Dilekçede bulunması gereken asgari şartlarla ilgili HMK’nun basit yargılama usûlü başlıklı altıncı kısmında bir düzenleme yer almadığından, HMK m. 322/1 yollaması ile yazılı yargılama usûlüne ilişkin HMK m. 119 işlerlik kazanacaktır.²⁴² Asgari unsurlardan birinde eksiklik olması halinde hâkim, talepte bulunan ilgiliye eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre

²⁴¹Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1717.

²⁴²HMK m. 119/2 uyarınca, talepte bulunanın ve anlaşma belgesinde imzası bulunan diğer ilgilinin adı, soyadı ve adresleri, talepte bulunanın Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa ilgililerin kanunî temsilcilerinin ve talepte bulunan vekilinin adı, soyadı ve adresleri, açık bir şekilde talep sonucu ve talepte bulunanın varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin imzası, icra edilebilirlik şerhi talep dilekçesinin asgari unsurlarıdır.

verecek ve bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması halinde icra edilebilirlik şerhi talep edilmemiş sayılacaktır (HMK m. 119/2).

Çekişmesiz yargıda dava-taraf yerine iş-İlgili kavramı esas olduğundan, İki tarafın bulunması dışında kalan dava şartları (HMK m. 114), birer yargılama şartı olarak değerlendirilerek çekişmesiz yargı işleri bakımından da uygulanmalıdır.²⁴³ Bu kapsamda; talep konusu iş bakımından Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, başvuru mahkemenin görevli ve yetkili²⁴⁴ olması, ilgililerin ilgili ehliyetine ve çekişmesiz yargı ehliyetine sahip olmaları, kanunî temsilin varlığı halinde temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması, çekişmesiz yargı işini takip yetkisinin varlığı, vekil aracılığıyla takip edilen işlerde vekilin vekâlet ehliyetine ve usûlüne uygun olarak düzenlenmiş bir vekaletnameye sahip olması, talepte bulunan ilgilinin yatırması gereken gider avansını yatırmış olması, teminat gösterilmesine ilişkin bir karar varsa bunun gereğinin yerine getirilmesi ve talepte bulunan ilgilinin icra edilebilirlik şerhi verilmesinde hukukî yararının olması gerekir.²⁴⁵ Yargılama şartlarının mevcut olup olmadığı yargılamanın her aşamasında mahkemece dikkate alınmalı ve ilgililer de bunlara ilişkin eksikliği her zaman ileri sürebilmelidir. Mahkeme, yargılama şartı noksanlığını tespit eder ve bu noksanlığın giderilmesi mümkün değil ise süre vermeksizin; giderilmesi mümkün ise verilen kesin süre içerisinde giderilmediği takdirde talebin usûlden reddine karar vermelidir (HMK m. 115).

HMK m. 114/1-i uyarınca diğer bir dava şartı olarak, aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması gerekir. Bu dava şartının bir yargılama şartı olarak kabul edilip icra edilebilirlik şerhi için de uygulanması mümkün değildir. Zira icra edilebilirlik şerhi yargılaması sonunda verilecek karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Bu sebeple ilgililer, yeniden başvurmalarını haklı kılan bir sebep ve yeni yargılama malzemesi bulunduğu sürece tekrar talepte bulunabilirler.

Yargılama şartlarından birisi olan hukukî yarar, karar verilmesi istenen hususa ilişkin mahkemeye başvurulmasında; korunmaya değer, güncel ve meşru bir yararın bulunması anlamına gelir.²⁴⁶ Bu kapsamda, daha önce icra edilebilirlik şerhi verilmiş

²⁴³Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 213.

²⁴⁴Yukarıda da belirttiğimiz üzere, icra edilebilirlik şerhi talebinde kesin yetki kuralları geçerli olduğundan, mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen nazara alması gerekir.

²⁴⁵Aynı yönde bkz. Büyükay, 2018, **a.g.k.**, s. 145.

²⁴⁶Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 211; Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 389.

veya icra edilebilirlik şerhi verilmeksizin ilâm niteliğinde olan arabuluculuk anlaşma belgeleri için icra edilebilirlik şerhi talep edilmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır.²⁴⁷ Eğer daha önce aynı taleple başvuru yapılmış ve bu talep hala inceleniyorsa yeniden talepte bulunulmasında hukukî yarar yoktur.

3.1.4.2. *Esasa ilişkin*

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde ilk olarak hakkında talepte bulunulan belgenin şeklen geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.²⁴⁸ Örneğin, anlaşma belgesi arabulucu tarafından imzalanmamışsa ortada geçerli bir anlaşma belgesi bulunmadığından icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilmelidir. Yine anlaşma belgesini düzenleyen arabulucunun, Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde tutulan sicile kayıtlı bir arabulucu olup olmadığının da mahkemece denetlenmesi gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi, yukarıda da belirtildiği üzere maddi hukuk sahasında yer alan bir borçlar hukuku sözleşmesidir.²⁴⁹ Bu sebeple, borçlar hukukunda sözleşmeler bakımından öngörülen asgari şartların arabuluculuk anlaşma belgesinde de sağlanmış olması gerekir.²⁵⁰ Dolayısıyla, arabuluculuk anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırı bir içeriğinin olup olmadığının mahkemece incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarihli kararında da aynı yönde değerlendirme yapılmıştır.²⁵¹

Mahkemece dosya üzerinden inceleme yapılması sebebiyle, sadece dosya üzerinden tespiti mümkün olan hususların değerlendirilmesi yeterlidir. Örneğin, sözleşmenin kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlaka aykırı veya konusunun imkânsız olduğu hususları, dosya üzerinden yapılan incelemede tespit edilebilir. Buna karşılık, muvazaa, aşırı yararlanma veya irade bozukluğu gibi hususların dosya üzerinden

²⁴⁷ Aynı yönde bkz. Büyükay, 2018, **a.g.k.**, s. 147.

²⁴⁸ Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 195.

²⁴⁹ Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 51; Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 184; E. Badur (2021). Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Sayı: 18, s. 67; Azaklı Aslan, 2018, **a.g.k.**, s. 236.

²⁵⁰ Kekeç, 2016, **a.g.k.**, s. 203.

²⁵¹ "...6100 sayılı Kanun'un 382 ilâ 388. maddeleri arasında düzenlenen çekişmesiz yargının temel özelliklerinden birisi de resen araştırma ilkesinin geçerli olmasıdır. Resen araştırma ilkesinin gereği olarak, hâkim emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine ilişkin hususları resen inceleyebilecektir..." (Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih 2012/94 Esas ve 2013/89 Karar sayılı kararı).

tespit edilebilmesi mümkün değildir.²⁵² Yine anlaşma belgesinde imzası yer alan taraflardan birinin imzanın sahte olduğuna veya anlaşma belgesinin içeriğinin değiştirildiğine ilişkin iddiası da dosya üzerinden karara bağlanamaz. Dosya üzerinden tespiti mümkün olmayan hususlarla ilgili mahkeme değerlendirme yapmamalı ve bunlarla ilgili itirazları dikkate almamalıdır. Çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma ilkesi geçerli olsa da bu araştırmanın sınırını kanun koyucu HUAK m. 18/3'nda belirlemiştir. Her iddianın mahkemece değerlendirilmesi halinde arabuluculuğa başvurulmasının bir anlamı kalmayacak ve şerh yargılaması lüzumsuz yere uzayacaktır. Ayrıca icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, iddia edilen hususların şerh yargılamasında değerlendirilmesi hukuk tekniği bakımından da anlamlı değildir. Zira taraflar bu iddialarına ilişkin olarak genel mahkemelerde yeniden dava açabileceklerdir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmesinde mahkeme, anlaşma belgesini arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden denetler (HUAK m. 18/3). Bu kapsamda mahkemece, anlaşma sağlanan uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir özel hukuk uyuşmazlığı olup olmadığı ve anlaşma belgesinde taraflara cebri icraya elverişli olan yapma, yapmama veya verme şeklinde edimlerin yüklenip yüklenmediği yönünde değerlendirme yapılır.

7445 Sayılı Kanun ile eklenen HUAK m. 17/B ve taşınmazlar bakımından m. 18/B uyarınca mahkemenin, taşınmazlarla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usûl ve esaslara uyulup uyulmadığını ayrıca incelemesi gerekir.²⁵³ Yine aynı hükümler uyarınca mahkeme, dilerse yapacağı inceleme için kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge talep edebilir ve gerekirse duruşma açabilir. Örneğin taşınmaz devrine veya üzerinde aynı hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla doğrudan tapuya gidilebileceğinden, mahkemenin daha etkin bir denetleme için duruşmalı inceleme yapması ve tapu müdürlüğünden tapu kayıtlarına ilişkin bilgi ve

²⁵²Kanaatimizce bu gibi hususları dikkate alması gereken mahkeme değil arabulucudur. Mahkemenin yapacağı denetimin sınırları kanunda açıkça belirlenmiştir. Ayrıca HUAK m. 9/1 uyarınca arabulucunun görevini özenle yerine getirmesi gerekir. Yine HUAK m. 9/3'na göre arabulucu, müzakere sürecinde taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu düzenlemeler karşısında arabulucu, müzakere sürecinde aşırı yararlanma, hata, hile veya korkutma gibi hususlar yönünden dikkatli olmalı ve gerekirse bu konuda ilgili tarafın da dikkatini çekmelidir.

²⁵³Örneğin, bir sınırlı aynı hak olan oturma hakkının devrini konu alan bir anlaşma belgesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi talebinin mahkemece reddedilmesi gerekir. Zira TMK m. 823/2 uyarınca oturma hakkının başkasına devredilebilmesi mümkün değildir.

belge talep etmesi gerekir. Kanaatimizce, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların mahiyeti gereği, yapılacak şerh yargılamalarında duruşma açılmasının zorunlu tutulması daha isabetli bir tercih olurdu.

3.1.5. İcra edilebilirlik şerhi talebinin kısmen kabulü

Hakkında icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulan anlaşma belgesinde yer alan uyuşmazlıkların bir kısmı arabuluculuğa elverişli olup bir kısmı elverişli olmayabilir. Örneğin, anlaşma belgesinde taraflar hem aile içi şiddet iddiasına dayanan bir uyuşmazlığı hem de baba ve çocuk arasındaki adi bir borç ilişkisini çözüme kavuşturmuş olabilirler.

Yine anlaşma belgesinde yer alan hükümlerin bir kısmı cebri icraya elverişli olup bir kısmı elverişli olmayabilir. İki farklı sözleşmeden dolayı A'ya borçlu bulunan B'nin, bir sözleşmeden doğan borcunu ödemekle yükümlü tutulması ve diğer sözleşmeden doğan borcunun tespiti ile yetinilmiş olması buna örnek verilebilir.

Kanaatimizce bu gibi durumlarda mahkeme, TBK m. 27/2'nı kıyasen uygulayabilir.²⁵⁴ Buna göre, kural olarak anlaşma belgesinde çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklardan bir kısmının arabuluculuğa elverişli olup bir kısmının elverişli olmaması veya anlaşma belgesinde yer alan hükümlerden bir kısmının cebri icraya elverişli olup bir kısmının cebri icrasının mümkün olmaması, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini etkilememelidir. Mahkeme, verdiği icra edilebilirlik şerhi kararının gerekçesinde hangi uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin anlaşmanın veya hangi hükümlerin icra edilebilirlik şerhi kararının kapsamında olduğunu açıkça belirterek şerh talebinin kısmen kabulüne karar verebilir. HMK m. 26/1 gereği olarak, mahkemenin talep edilenden daha azına karar verebilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak tasarruf ilkesinin gereği olarak taraflar anlaşma belgesinin belli bir kısmına şerh verilmesini kabul etmez ve taleplerini geri çekerlerse icra edilebilirlik şerhi talebinin kısmen kabulüne karar verilemez.

Buna karşılık, anlaşma belgesine verilen icra edilebilirlik şerhi kararı kapsamı dışında kalan kısmın taraflarca daha önceden bilinmesi halinde, anlaşma belgesi

²⁵⁴ “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” (TBK m. 27/2).

düzenlemeyecekleri sonucuna açıkça ulaşırsa, icra edilebilirlik şerhi istemi anlaşma belgesinin tamamı bakımından reddedilmelidir. Yani bu durumda mahkeme, icra edilebilirlik şerhi vereceği ve vermeyeceği kısım arasında ciddi bir bağlantı olup olmadığını değerlendirmeli, ciddi bir bağlantının tespiti halinde icra edilebilirlik şerhi talebini tüm anlaşma belgesi için reddetmelidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlendikten ve icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulduktan sonra borcun belli bir kısmı ödenebilir. Bu durumda, yapılan kısmi ödemenin mahkemeye bildirilmesi üzerine şerh talebinin kısmen kabul kısmen reddine karar verilmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira icra edilebilirlik şerhi yargılamasında mahkeme, alacağın sona erip ermediğine veya bakiye alacak miktarına ilişkin bir değerlendirme yapmamakta; arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden anlaşma belgesi üzerinde inceleme yapmaktadır. İcra edilebilirlik şerhi verildikten sonra başlatılacak ilâmlı icra takibine karşı ödeme yapmış olan taraf icranın geri bırakılması yoluna başvurabilir. Ayrıca taraflar dilerlerse bakiye alacak miktarını içeren yeni bir anlaşma belgesi düzenleyerek bu belge için icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunabilirler.

3.1.6. Kanun yolu

HUAK m. 18/3 uyarınca icra edilebilirlik şerhi talebi üzerine mahkemenin vereceği karara karşı istinafa başvurulabilir. Başvuru süresiyle ilgili HUAK’nda özel bir düzenleme yer almadığından, çekişmesiz yargı işlerine ilişkin genel düzenleme olan HMK m. 387 uyarınca, hukukî yararı bulunan ilgililer kararı öğrenmelerinden itibaren iki hafta içerisinde istinafa başvurmalarıdır. İstinafa başvurulması halinde taraflardan maktu harç alınır.²⁵⁵ İstinaf mahkemesinin verdiği karara karşı temyize başvurulabilmesi mümkün değildir (HMK m. 362/1, ç). Bu sebeple istinaf mahkemesinin kararı şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder. Buna karşılık, hakkında istinafa başvurulanan karar nasıl maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmiyorsa, istinaf mahkemesinin başvuru üzerine vereceği karar da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

²⁵⁵İcra edilebilirlik şerhi kararının verdirilmesinde ve buna ilişkin kararın kesinleştirmesinde, taraflar için ek mali külfetlerin doğumunu engellemek ve arabuluculuğa başvurulmasını teşvik etmek amacıyla, maktu harç alınması yönünde düzenleme yapılmıştır (Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 122).

İstinaf yoluna başvurulması halinde, ileri sürülen istinaf sebeplerine ilişkin istinaf mahkemesinin yapacağı değerlendirme yine sulh hukuk mahkemesinin yapacağı değerlendirmenin sınırları içinde kalmalıdır.²⁵⁶ Bu kapsamda; ortada şeklen geçerli bir anlaşma belgesi olması, kesin hükümsüzlüğe neden olacak bir durum bulunmaması, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliği yönünden denetleme yapılması ve buna göre karar verilmesi gerekir. HUAK m. 17/B ve 18/B uyarınca taşınmazlara ilişkin kanunda yer alan sınırlama, usûl ve esaslara uyulup uyulmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Elbette HMK m. 355 uyarınca kamu düzenine aykırılıklar ve HMK m. 353 uyarınca yargılama (dava) şartları için de değerlendirme yapılmalıdır.

Eğer ilk derece mahkemesi kararı usûlden ret yönündeysen ve istinaf mahkemesi buna ilişkin başvuruyu reddederse, usûli eksiklikler tamamlandıktan sonra anlaşma belgesi için yeniden şerh talep edilebilir.²⁵⁷ Buna karşılık karar esastan ret yönündeysen ve istinaf mahkemesi başvuruyu reddederse, eski dava malzemesi ile yeniden yapılacak başvuruda mahkeme aynı hususları inceleyecek ve dolayısıyla sonuç değişmeyeceğinden, ilgilerin aynı anlaşma belgesi için tekrar icra edilebilirlik şerhi talep etmelerinde hukukî yararları yoktur.²⁵⁸

Arabuluculuk anlaşma belgesine verilen icra edilebilirlik şerhinin istinaf mahkemesi kararıyla kaldırılması halinde, anlaşma belgesiyle yapılan ilâmlı icra takibi dayanaksız hale gelir. Bu durumun devam eden veya tamamlanmış ilâmlı icra takibine etkisi, aşağıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde değerlendirilebilir.²⁵⁹

3.2. İcra Edilebilirlik Şerhinin Sonucu

HUAK m. 18/2 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâm niteliğinde belge vasfını kazanır. Anlaşma belgesi mahkeme kararıyla bu niteliği kazandığından ve icra edilebilirlik şerhi kararı anlaşma belgesinin icrasına yönelik olduğundan bu karar, usûlî nitelikte bir inşâî karardır.²⁶⁰ Dolayısıyla, bu kararın

²⁵⁶O. Dür (2018). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 389.

²⁵⁷Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 286. Usûli eksikliğe mahkemenin görevsiz olması, vekil aracılığı ile takip edilen işlerde geçerli vekaletname sunulmaması örnek gösterilebilir. Görevli mahkemeye başvurularak veya geçerli vekaletname ibraz ederek yeniden talepte bulunulması mümkündür.

²⁵⁸Karş. Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 187; Aynı yönde bkz. Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 287.

²⁵⁹Bknz. 2.5.3.2. numaralı başlık.

²⁶⁰Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1722.

maddi anlamda kesin hüküm etkisine değil; inşaî tesire sahip olduğu söylenebilir. İnşaî tesir, kesin hüküm etkisinden farklı olarak kurucu bir nitelik taşır, kural olarak geleceğe etkilidir ve uyuşmazlığın taraflarıyla sınırlı olmaksızın herkese karşı ileri sürülebilir.²⁶¹ Buradan hareketle, arabuluculuk anlaşma belgesine verilen icra edilebilirlik şerhiyle beraber anlaşma belgesinin ilâm niteliği kazanacağı, bu durumun geleceğe etkili olacağı ve herkese karşı ileri sürülebileceği söylenebilir.

İcra hukukumuzda ilâmlı icraya ancak ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgeye dayanarak başvurulabilir.²⁶² Eğer alacaklının elinde, kanunlarda ilâm niteliğini haiz olduğu belirtilen belgelerden biri varsa, bu belgelerde yer alan edimlerin icrası ilâmlı icraya başvurulması yoluyla sağlanabilir.²⁶³ Arabuluculuk anlaşma belgesi de icra edilebilirlik şerhi kararıyla beraber ilâm niteliğinde belge olacak ve bu belgeyle ilâmlı icra takibine başvurulabilecektir (HUAK m. 18/2).

Kanun koyucu bazı hallerde icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde olacağı yönünde düzenleme yapmıştır. Bu hallerin neler olduğuna ve neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna aşağıda ayrıca değinilecektir.

Kural olarak ilâmlı icraya başvurulabilmesi için hükmün kesinleşmesi gerekmez.²⁶⁴ İlâmlı icra takibi yapabilmek için arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararın da kural olarak kesinleşmesi aranmamalıdır. Lâkin bilindiği üzere, hukukumuzda taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin ilâmların kesinleşmeden icra edilebilmeleri mümkün değildir (HMK m. 367/2). Dolayısıyla, HUAK m. 17/B/1 kapsamındaki arabuluculuk anlaşma belgeleri icra edilmeden önce, haklarında verilmiş icra edilebilirlik şerhi kararının şekli olarak kesinleşmesinin beklenilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira istinaf mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, anlaşma belgesine HUAK m. 17/B/4 gereği zorunlu olarak alınmış bulunan icra edilebilirlik şerhi kararının kaldırılmasına karar verilebilir.

²⁶¹S. Tanrıver (2021). *Medenî Usûl Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 113.

²⁶²Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 35; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 892; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 305; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 414; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 401.

²⁶³Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 98; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 403.

²⁶⁴Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 309; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 430; Aşık vd., 2022, **a.g.k.**, s. 400.

3.2.1. İlâm kavramı

Mahkeme kararları, ara karar ve nihai karar olmak üzere ikiye ayrılır.²⁶⁵ Ara karar, yargılamaya son vermeyen onu ilerletmeye yönelik kararlar olup ara karar verilmesiyle hâkim, davadan elini çekmez ve davaya devam eder.²⁶⁶ Ara karara görev veya yetkiye ilişkin itirazın reddi kararı örnek gösterilebilir.²⁶⁷ Hâkimin davadan elini çektiği ve yargılamaya son veren kararlara ise nihai karar denir.²⁶⁸ Nihai kararlar kendi içerisinde usûle ilişkin ve esasa ilişkin nihai karar olmak üzere ikiye ayrılır.²⁶⁹ Usûle ilişkin nihai kararlarda hâkim, sadece usûle ilişkin bir sorunu çözerek uyuşmazlıktan elini çeker.²⁷⁰ Dolayısıyla davacının talep sonucu hakkında bir değerlendirmede bulunmaz.²⁷¹ Görevsizlik kararı usûle ilişkin nihai karara örnek gösterilebilir. Esasa ilişkin nihai kararlarda ise mahkeme, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar vermek suretiyle davadan elini çeker.²⁷² Boşanma davasının kabulü, tazminat davasının reddi gibi kararlar uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturduklarından, esasa ilişkin nihai karara örnek gösterilebilir.

Uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar hükümdür (HMK m. 294/1). Taraflardan her birine verilen hüküm nüshasına ise ilâm denir (HMK m. 301/2). İşte bu ilâmlar ile taraflar ilâmlı icra yoluna başvurabilirler. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi söz konusu ilâmın bir şey yapma, yapmama veya vermeye ilişkin eda hükmü içermesi gerekmektedir.²⁷³ İçeriğini inşâî hükümlerin ve tespit hükümlerinin oluşturduğu ilâmlar, ilâmlı icranın konusunu oluşturmazlar.²⁷⁴ Bu gibi hükümlerin sadece yargılama giderlerine ilişkin bölümleri için ilâmlı icraya başvurulabilir.²⁷⁵

²⁶⁵Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 879; Pekcanitez, Atalı ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 434; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 105.

²⁶⁶Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 879; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 147; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1114; Postacıoğlu ve Altay, 2020, **a.g.k.**, s. 736.

²⁶⁷Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 879.

²⁶⁸Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 881; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1117; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 106.

²⁶⁹Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1117.

²⁷⁰Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 883; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1118.

²⁷¹Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 883.

²⁷²Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 882; Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 1118; Boran Güneysu, 2014, **a.g.k.**, s. 111.

²⁷³Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 306; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 402; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 894; Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 43.

²⁷⁴Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 419-420; Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 63-68.

²⁷⁵Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 894; Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 69.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi işlemi bir çekişmesiz yargı işidir. İlâm kavramı ise sadece çekişmeli yargıya özgü bir kavram olup çekişmesiz yargıya yabancıdır.²⁷⁶ Ayrıca ortada bir ihtilaf bulunmadığından, “hüküm” tâbirinin de çekişmesiz yargı işleri için kullanılmaması gerekir.²⁷⁷ Çekişmesiz yargı işlerinde “karar” tâbirini kullanmanın daha yerinde bir tercih olacağı ifade edilmektedir.²⁷⁸ Bu sebeple, icra edilebilirlik şerhi kararı bakımından sadece “karar” ifadesini kullanmanın yeterli olacağı söylenebilir.

3.2.2. İlâm niteliğinde belge kavramı

Kanunda ilâmların dışında, ispat gücü bakımından ilâma yakın olan bazı belgelerin de ilâmlı icraya dayanak teşkil edebileceği kabul edilmiştir. Bu belgelere ilâm niteliğinde belge denir.²⁷⁹ Bir belgeye ilâm niteliğinde belge vasfı ancak kanun ile tanınabilir.²⁸⁰ Kanunda belgenin ilâm niteliğinde belge vasfını haiz olduğu açıkça belirtilebileceği gibi “bir hüküm elde etmeye ihtiyaç olmadan” veya “bir mahkeme hükmü gerekmeden” şeklindeki ifadelerden de bu nitelik anlaşılabilir.²⁸¹

Genel düzenleme olarak İİK m. 38 uyarınca mahkeme huzurunda yapılan kabuller ve sulhler, kayıtsız şartsız para borcu ikrarını taşıyan noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ve icra dairesindeki kefaletler ilâm niteliğinde belge hükmündedir. Özel kanunlarda da bazı belgeler ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmiştir.²⁸² Bunlara şu belgeler örnek olarak gösterilebilir:

Avukatlık Kanunu (Av.K.) m. 35/A uyarınca avukatlar ve müvekkilleri tarafından birlikte imzalanan uzlaşma tutanakları, Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kurulu’nun para cezasına veya giderlere ilişkin kararları (Noterlik Kanunu m. 145/2, m. 117/1, m. 20/5), Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’na göre yönetim aidatları (4562 SK m. 16/2), Tüketici Hakem Heyeti kararları (TKHK m. 70), baroların para cezasına veya giderlerin ödenmesine ilişkin kararları (Av.K. m. 162, m. 86, m. 64.), arabuluculuk faaliyeti

²⁷⁶Kuru ve Aydın, 2021b, **a.g.k.** s. 1853.

²⁷⁷Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 173.

²⁷⁸Kuru, 1961, **a.g.k.**, s. 174.

²⁷⁹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 307; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 425; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 402.

²⁸⁰Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 308.

²⁸¹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 308; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 900. İİK m. 94/5, bu şekilde yapılan bir düzenlemeye örnek gösterilebilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâm niteliği HUAK m. 18/2’nda yer alan “ilâm niteliğinde belge sayılır” ifadesi ile açıkça belirtilmiştir.

²⁸²Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 402; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 898.

sonunda tarafların anlaşması halinde icra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgesi (HUAK m. 18/2).

3.2.3. İlâm ve ilâm niteliğinde belge arasındaki farklılıklar

İlâm niteliğindeki bir belgenin ilâmlı icraya dayanak teşkil edebilmesi, onun ilâmın tüm etkilerinden yararlanacağı anlamına gelmez.²⁸³ İlâm niteliğinde belgeler, maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip değildir.²⁸⁴ Maddi anlamda kesin hüküm etkisi, daha önce hakkında hüküm verilmiş dava konusu için aynı tarafların aynı sebeple bir daha dava açmalarının mümkün olmamasını ifade eder. Maddi anlamda kesin hükmün bir başka özelliği ise ilişkin olduğu husus bakımından kesin delil olmasıdır.²⁸⁵ Bir hükmün maddi anlamda kesin hüküm olarak değerlendirilebilmesi için önce şeklî anlamda kesinleşmesi, yani artık hakkında olağan kanun yollarına başvurulamaması gerekir.²⁸⁶ İlâm niteliğinde belgeler maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadiğundan, hukukî yarar mevcut olduğu sürece iptalleri veya değiştirilmeleri söz konusu olabilir. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, ilâm niteliğindeki belgelerin ilâm olarak kesin delil vasfını kazanamayacağı söylenebilir.²⁸⁷ Lâkin ilâm niteliğindeki belge, aynı zamanda senet vasfını haiz ise kesin delil mahiyetindedir.

HMK m. 301/2 uyarınca ilâmların, esasa ilişkin nihai kararların (hükümlerin) taraflara verilen nüshası olduğunu yukarıda belirtmiştik. Yine hukukumuzda hâkim görüşün şarta bağlı hüküm verilemeyeceği yönünde olduğunu ifade etmiştik. Buna karşılık bazı ilâm niteliğinde belgeler şarta bağlı olarak düzenlenebilir. Örneğin HMK m. 313/4 uyarınca sulhun şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür. İİK m. 259/2 uyarınca, ilâma dayanan ihtiyatî haciz taleplerinde teminat gösterilmesi gerekli değildir. Buna karşılık, ilâm niteliğindeki belgeler bakımından teminat gösterilmesi gerekip gerekmediği mahkemenin takdirine bağlıdır (İİK m. 259/3).

Sonuç olarak icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle veya aşağıda değinilecek hallerde şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi anlamda

²⁸³Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 307.

²⁸⁴Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 307; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 403; Tanrıver, 1996, **a.g.k.**, s. 83. Her ne kadar genel prensip böyle olsa da HMK m. 311 ve m. 315 uyarınca, ilâm niteliğinde olduğu kabul edilen mahkeme huzurundaki sulh, kabul ve feragat maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahiptir.

²⁸⁵Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 952.

²⁸⁶Kuru ve Aydın, 2021b, **a.g.k.**, s. 1483.

²⁸⁷Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 425.

kesin hüküm etkisine sahip değildir.²⁸⁸ Lâkin bir adi senet olduğundan kesin delil olarak kullanılabilir.²⁸⁹ Bir maddi hukuk işlemi olduğundan şarta bağlı edim ihtiva edebilir. Ancak şarta bağlı edim ihtiva eden anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilemeyeceğinden, böyle bir anlaşma belgesi ile ilâmlı icraya başvurulamaz. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesine müstenit bir alacak için talep edilen ihtiyatî hacizde teminat gösterilmesinin gerekli olup olmadığının takdiri mahkeme aittir.

3.2.4. İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan arabuluculuk anlaşma belgeleri

Aşağıda incelenecek olan yollarla, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilâm niteliğinde belge elde edilebilir. Bu yollardan ilki mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindeki anlaşma belgesinin mahkeme içi sulh sözleşmesine dönüştürülmesidir. Diğer iki yol ise HUAK m. 18/4’nda düzenlenmiştir. Buna göre:

“Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticarî uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır.”

Görüldüğü üzere, söz konusu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması kanunen zorunlu tutulmuşsa, bu yollara başvurulsa bile icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Örneğin, HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B kapsamında düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla, taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklarda anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde aşağıdaki üç yoldan birine başvurularak ilâm niteliğinde belge elde edilemez. Bunun için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi gerekir.

²⁸⁸Ç. Yazıcı (2020). Türkiye’de Arabuluculuğun Gelişimi. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*. 9 (2), s. 320. Konuya ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararına göre “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma belgesi maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmemekte, sadece ilâm niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlâmlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilâm niteliğinde belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilâm niteliğinde belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutmuştur.” (Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih ve 2012/94 Esas ve 2013/89 Karar sayılı kararı).

²⁸⁹Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1715.

3.2.4.1. *Mahkeme içi sulh yoluyla*

Arabuluculuk anlaşma belgesi, hukukî niteliği itibarıyla bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir.²⁹⁰ Eğer söz konusu uyuşmazlık hakkında daha önce dava açılmış ise HMK m. 315/1 uyarınca mahkeme dışı sulh sözleşmesi, mahkeme içi sulhe dönüştürülerek kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurabilir.²⁹¹ Bunun için mahkeme dışı sulhun davanın görüldüğü mahkemeye ibraz edilmesi, bu durumun tutanağa geçirilmesi (HMK m. 154/3-ç) ve sulh anlaşmasının tutanağa eklenmesi gerekir.²⁹² Arabuluculuk anlaşma belgesi için de aynı yöntem izlenerek, icra edilebilirlik şerhi alınmadan ilâm niteliğinde belge elde edilebilir.²⁹³ Zira mahkeme içi sulh sözleşmesi, İİK m. 38 uyarınca ilâm niteliğinde belge hükmündedir.

3.2.4.2. *Arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar, tarafların avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması*

HUAK m. 18/4 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesini tarafların, tarafların avukatlarının ve arabulucunun imzalaması halinde icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilâm niteliğinde belge elde edilir. Madde gerekçesinde, bu düzenleme yapılırken Av.K. m. 35/A'nin dikkate alındığı ifade edilmiştir.²⁹⁴ Av.K. m. 35/A'ne uygun olarak düzenlenen tutanaklar da ilâm niteliğinde belge hükmündedir.²⁹⁵

Hukukçu olan arabulucunun ve avukatların, geçerli ve cebri icraya elverişli bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesinde gerekli bilgiye sahip oldukları kabul

²⁹⁰Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 185; Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 120.

²⁹¹Tanrıver, 1994, **a.g.k.**, s. 338.

²⁹²Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 448; Kuru ve Aydın, 2021b, **a.g.k.**, s. 1110.

²⁹³Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 193.

²⁹⁴"6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen dördüncü fıkra ile, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme yapılırken 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Uzlaşma sağlama" başlıklı 35/A maddesi dikkate alınmaktadır..." (İMK m. 24 gerekçesi).

²⁹⁵"Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir." (Av.K. m. 35/A). Görüldüğü üzere, arabuluculuk anlaşma belgesinde Av.K. m. 35/A'nden farklı olarak taraflar ve avukatlarının yanında arabulucunun da imzası aranmaktadır. Taraflar, hiç arabulucuya başvurmadan Av.K. m. 35/A'ne uygun bir uzlaşma tutanağı düzenlemeyi daha pratik bulabilirler. Ancak müzakerelerde arabulucunun desteğinden yoksun kalacaklarından kendilerini daha zorlu ve uzun bir anlaşma süreci içerisinde bulabilirler.

edilebilir. Taraflar da söz konusu anlaşmayı imzalarıyla tasdik ettiklerinden, kanun koyucunun bu tercihinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

3.2.4.3. Ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin arabulucu ve tarafların avukatları tarafından imzalanması

7445 Sayılı Kanun'un 35. maddesiyle HUAK m. 18/4'nda yapılan değişiklik uyarınca ticarî uyuşmazlıklar bakımından avukatlar ve arabulucunun imzaladığı anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge hükmündedir. Düzenlemede yer alan “*ticarî uyuşmazlıklar*” ifadesi ile kastedilen ticarî davalardır. Her iki tarafın da ticarî işletmesini ilgilendiren hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK m. 4'nde sınırlı olarak sayılan mevzuattan doğan davalar ve taraflardan en az birinin ticarî işletmesini ilgilendirmek koşuluyla havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar, ticarî dava olarak kabul edilmektedir.

Ticaret hayatında sürat ve devamlılık oldukça önemlidir. Alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticarî davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğu düşünülürse, bir tacirin veya yetkili temsilcisinin her uyuşmazlık için arabuluculuk anlaşma belgesinin tanzimine katılması kolay olmayacaktır. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki arabuluculuk anlaşma belgesi bir maddi hukuk işlemi olduğundan müzakere sürecinde tarafların hakları üzerinde tasarrufta bulunmaları gerekebilir. Daha esnek ve verimli bir müzakere sürecinin sağlanması bakımından; sulh, feragat, kabul ve ibra gibi maddi hukuk işlemleri için avukata özel yetki verilmesi yerinde olacaktır (HMK m. 74). Aksi takdirde arabuluculuk sürecinden beklenen fayda sağlanamayabilir.

3.2.5. Taşınmazların devri veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda durum

HUAK m. 17/B uyarınca taşınmazların devri veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olup bunları konu alan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda mahkeme, kurum ve kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebileceği gibi gerekli görmesi halinde duruşma açabilir (HUAK m. 17/B/4).

Hukukumuzda taşınmaz devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının cebri icra ile sağlanması gibi bir yöntem yoktur. Dolayısıyla, taşınmazı devretme borcu yerine getirilmediği takdirde, icra edilebilirlik şerhi alınarak ilâm niteliğinde belge vasfı kazandırılmış anlaşma belgesi ile tapuya başvurulacak ve taşınmazın devri sağlanacaktır. Yapılacak başvuruda tarafların her ikisinin de tapuya gitmesinin işlem güvenliği bakımından daha yerinde olacağı söylenebilir. Lâkin bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesinin pek bir anlamı kalmayacaktır. Anlaşma belgesinde taşınmazın devredildiği tarafın tek başına tapuya giderek taşınmazı devralabilmesi için icra edilebilirlik şerhi yargılamasının son derece titiz bir şekilde yürütülmesi gerekir. Dolayısıyla yukarıda da ifade edildiği üzere, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklarda duruşma açılması ihtiyarî değil zorunlu kabul edilmeli ve taşınmaz üzerinde tasarruf eden tarafın devrettiği ayni hakka gerçekten sahip olup olmadığının belirlenebilmesi için tapudan mutlaka bilgi-belge talep edilmelidir. Duruşma açılmasının veya bilgi-belge talep edilmesinin mahkemenin takdirine bırakılmasının, bu uyuşmazlıkların mahiyeti de göz önünde bulundurulduğunda isabetli bir tercih olmadığı kanaatindeyiz. Bu uyuşmazlıklar için yapılacak şerh yargılaması bakımından daha ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da açıktır.

İcra edilebilirlik şerhi kararı verildikten sonra mahkeme tarafından tapuya bilgi verilmesi gibi bir usûl ne HUAK’nda ne de HUAK Yönetmeliği’nde öngörülmemiştir. Buna karşın, tapu iptal ve tescil davalarındaki ara kararlarda olduğu gibi mahkemece tapuya yazı yazılması işlemine benzer bir uygulama geliştirilebilir. Örneğin mahkeme, tapuya, söz konusu anlaşma belgesinin taraflarına, görev yapan arabulucuya ve üzerinde anlaşılan taşınmazın bilgilerine dair bir bilgilendirme yazısı gönderebilir. Böyle bir uygulamanın sahteciliğin önüne geçilmesi ve tapu memurlarının daha rahat işlem yapabilmesi bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz gibi taşınmazların aynına ilişkin anlaşma belgelerinin gereğinin yerine getirilmesi için, HMK m. 367/2 gereği haklarında verilen icra edilebilirlik şerhi kararının şekli olarak kesinleşmesinin beklenilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.3. İlâmsız İcra Takibinin Dayanağı Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlendikten sonra alacaklı, alacağının tahsilini sağlamak amacıyla dava yoluna başvuramaz. Zira arabuluculuk müzakereleri sonunda

anlaşma sağlanması halinde üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılması kanunun açık hükmü ile yasaklanmıştır (HUAK m. 18/5). Buna karşılık, anlaşma belgesinde yer alan edimlerin ifasını sağlamak için ilâmsız icraya başvurulmasının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar, dilerlerse anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alıp ilâmlı icraya başvurarak; dilerlerse de şerh talebinde bulunmayıp ilâmsız icra takibi başlatarak alacağın tahsilini sağlayabilirler. Elbette alacaklının alacağına kolay ve hızlı bir şekilde ulaşabilmesi için ilâmlı icraya başvurması daha mantıklıdır. Ancak teorik olarak da olsa ilâmsız icra takibi yapmak mümkün olduğundan, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmiş olup olmamasına göre bu hususu değerlendirmek gerekir.

3.3.1. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından

İcra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge olduğundan ilâmlı icraya dayanak teşkil edebilir. Alacağın tahsili için daha kolay ve hızlı bir yol olan ilâmlı icraya başvurma olanağı varken ilâmsız icraya başvurulmasında hukukî yarar olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca ilâmsız icrada borçlunun takibe itiraz etme imkânı olduğundan, takibe devam edilebilmesi için itirazın hükümden düşürülmesi gerekir. Bu şekilde süreç gereksiz yere uzayacağından, ilâm niteliğindeki anlaşma belgesi ile ilâmsız icraya başvurulmasını takip ekonomisi²⁹⁶ ilkesiyle de bağdaştırmak mümkün değildir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 21.07.2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan İçtihadı Birleştirme Kararına (İBK) göre ilâma bağlı bir alacağın ilâmsız icraya konu olabilmesi mümkün değildir. Söz konusu İBK’nda hukukî yarar vurgusu yapılmış, daha basit ve masrafsız bir yolla alacağın tahsilini sağlayan ilâmlı icraya başvurma olanağı varken ilâmsız icraya başvurulmasında alacaklının hukukî yararı olmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanında, elinde hiçbir belge olmadan en başında ilâmsız icraya başvurmak yerine alacağını hüküm altına aldırarak alacaklının daha sonra ilâmsız icra takibi yapmasının haklı görülemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca bir ilâmın varlığına rağmen ilâmsız icra takibine başvurulur ve borçluya icra emri yerine ödeme emri gönderilirse, ödemeyi ertelemek isteyen borçlu tehir-i icra imkânından yararlanamayacak ve sadece ödeme emrine itiraz edebilecektir. Bu durumda itirazın haksız olduğu açık olduğundan, borçlu ayrıca icra inkâr tazminatı ödemeye mahkûm edilecektir. Tüm

²⁹⁶Takip ekonomisi, takibin ve icra faaliyetinin mümkün olan en kısa sürede, ucuz ve basit olarak sonuçlandırılması anlamına gelir (Pekcanitez vd., 2022, a.g.k., s. 27).

bunlara dayanarak, elinde ilâm olan alacaklının ilâmsız icraya başvurmasının dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.²⁹⁷ Söz konusu İBK, hak arama özgürlüğünü kanunun öngörmediği biçimde sınırladığı gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir.²⁹⁸

Öğretide bir görüşe göre, bu kararın hak arama özgürlüğü gereğince dar yorumlanması ve sınırlamanın sadece ilâmlar için söz konusu olması gerekir.²⁹⁹ İlâm niteliğinde belgelerin varlığı, ilâmsız icraya başvurulmasına engel teşkil etmemelidir.³⁰⁰ Diğer görüşe göre ise ilâm niteliğinde belgeler de icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukukî rejime tâbi tutulduğundan, elinde ilâm niteliğinde belge bulunan bir kimsenin ilâmsız icra takibi yapmasında hukukî yararının olmadığı kabul edilmelidir.³⁰¹

Kanaatimizce, söz konusu içtihadı birleştirme kararıyla amaçlanan, elinde ilâmlı icraya başvurmaya olanak sağlayan bir belge, nüsha veya senet olan alacaklının hukukî yararı bulunmaması sebebiyle ilâmsız icraya müracaat etmesinin önüne geçilmesidir. Dolayısıyla aynı gerekçe, ilâm niteliğindeki belgeler hakkında da geçerli olmalıdır. Buna dayanarak, icra edilebilirlik şerhi verilmiş ve ilâm niteliğini kazanmış arabuluculuk anlaşma belgesiyle ilâmsız icraya başvurulamayacağını kabul etmek gerekir. İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri bakımından da aynı şekilde değerlendirme yapılmalıdır.³⁰²

²⁹⁷Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 26.05.2017 tarih 2017/2 Esas ve 2017/3 Karar Sayılı Kararı.

²⁹⁸Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 305.

²⁹⁹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 304.

³⁰⁰Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 416; Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 304.

³⁰¹K. Aslan ve L. Akyol Aslan (2015). İlâma Bağlı Para Alacağı İçin İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır ?. *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 247.

³⁰²“...Somut olayda davacı, borcun tahsili için giriştiği icra takibine davalı tarafından yapılan itirazın iptaline yönelik olarak açtığı iş bu davanın ticarî dava niteliği taşıdığı, 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu, dosyaya sunulan arabuluculuk tutanağı incelendiğinde, görüşmenin anlaşma ile sonuçlandığı, bu anlaşma ile ödeme için gün belirlendiği, ödemenin yapılmaması halinde ilâmlı takibe geçileceğinin kararlaştırıldığı, ancak dosya arasında bulunan ve mahkememizden iptali istenilen itiraz gören dosyanın İlâmsız takip olduğu ancak davacı elinde ilâm niteliğinde bir belge bulunduğu, buna göre, alacağı daha kolay yoldan ulaşma imkânı olan hallerde dava yoluna başvurma da hukukî yarar bulunmadığı ve dahi teknik anlamda bir anlaşmama son tutanağı da bulunmadığı anlaşılacakla, davanın, hukukî yarar yokluğundan usûlden reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir...” (Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 12.04.2022 tarih ve 2020/49 Esas ve 2022/233 Karar sayılı kararı).

3.3.2. İcra edilebilirlik şerhi alınmamış arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından

HUAK m. 17/B ve HUAK m. 18/B dışında, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu değildir. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmadığı sürece ilâm niteliğinde belge elde edilemeyecek ve ilâmlı icraya başvurulamayacaktır.

Bu durumda ilâmlı icraya başvuru imkânı olmadığından, ilâmsız icraya başvurulmasının mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de kanun yararına temyiz başvurusu üzerine verdiği bir kararında, ilâm niteliğini haiz olmayan arabuluculuk anlaşma belgesine dayanılarak ilâmsız icraya başvurulabileceği yönünde değerlendirme yapmıştır. Somut olayda ilk derece mahkemesinin ilâm niteliğinde bir belgenin varlığı halinde ilâmsız icraya başvurulmasında hukukî yarar olmadığı yönündeki kararı, anlaşma belgesinin sadece arabulucu ve taraf vekillerince imzalanmış olması ve dolayısıyla ilâm niteliğinde bir belgenin bulunmadığı gerekçesiyle kanun yararına bozulmuştur.³⁰³

İlâmsız icraya ancak para ve teminat alacakları için başvurulabilir (İİK m. 42/1). Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesiyle ilâmsız icraya başvurulabilmesi için belge içeriğinde para veya teminat alacağının yer alması gerekir.

İlâmsız icra takibine borçlunun itiraz etmesi halinde alacaklı, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası ile itirazı hükümden düşürüp takibin devamını sağlayabilir. İtirazın kaldırılması iki farklı şekilde söz konusu olur. Borçlunun sadece borca itiraz edilmesi halinde itirazın kesin kaldırılması (İİK m. 68), ayrıca ve açıkça imzaya itiraz edilmesi halinde itirazın geçici kaldırılması (İİK m. 68/a ve m. 69) yoluna müracaat edilmesi gerekir. Alacaklı, itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içerisinde itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvurmalıdır. Bilindiği üzere icra mahkemesi tarafından verilen kararlar kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.³⁰⁴ Dolayısıyla itirazın kaldırılması talebinin reddi kararı da maddi anlamda kesin hüküm

³⁰³“...Dava şartı olan arabuluculuk sürecinde, arabulucu tarafından düzenlenen 01.11.2021 tarihli son tutanak incelendiğinde, sürecin anlaşma ile sonuçlandığı görülmektedir. İlk Derece Mahkemesince sözü edilen anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmiştir. Ne var ki 01.11.2021 tarihli belge, sadece taraf vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanmış; asıllar tarafından imzalanmamıştır...İlk Derece Mahkemesince, davacının ilâm niteliğinde bir belge ile ilâmsız icra yoluile takip başlatmasında hukukî yararının olmadığını kabul edilmesi; işin esasına girilerek değerlendirme yapılmamış olması hatalıdır...” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.10.2022 tarih ve 2022/12111 Esas ve 2022/11575 Karar sayılı kararı).

³⁰⁴Pekcanitez vd., 2022, a.g.k., s. 54.

teşkil etmemektedir.³⁰⁵ Bu sebeple, itirazın kaldırılması talebinin reddi halinde alacaklı, genel mahkemelerde alacak (veya itirazın iptali) davası açabilir.³⁰⁶

İtirazın kesin kaldırılması yoluna başvurmak isteyen alacaklı, İİK m. 68 ve m. 68/b’nde yer alan belgelerden birine dayanmalıdır.³⁰⁷ Bu belgelerden bir tanesi imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş adi senettir (İİK m. 68). Senette yer alan para borcu ikrarının, kayıtsız ve şartsız olması gerekmekte olup belirli bir sebep içerip içermemesi önemli değildir.³⁰⁸ Tüm bunlara dayanarak kayıtsız şartsız para borcu ikrarı içeren ve imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş arabuluculuk anlaşma belgesinin itirazın kesin kaldırılmasına dayanak teşkil edebileceği söylenebilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, İİK m. 68 uyarınca itirazın kesin kaldırılmasında kullanılabilen resmî dairelerin veya yetkili makamların usûlüne göre verdikleri belge olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de tartışmak gerekir. Hukukumuzda arabulucunun resmî bir memur olarak değerlendirilmesini gerekli kılan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak arabulucu resmî bir memur olarak kabul edilse dahi anlaşma belgesinin bu anlamda bir belge olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira arabuluculuk anlaşma belgesi, arabulucunun usûlüne uygun olarak “verdiği” bir belge olmayıp tarafların ortak menfaatleri üzerindeki uzlaşmalarının bir ürünüdür. Resmî bir makama veya memura yapılan başvuru sonucunda şartları yerine getirilerek elde edilen bir belge değildir.

Eğer borçlu ayrıca ve açıkça imzaya itiraz ederse, alacaklının itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurması gerekir. Borçlunun arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan imzaya itiraz etmesi halinde İİK m. 68/a uyarınca gerekli inceleme yapılmalı ve buna göre bir karar verilmelidir.

³⁰⁵Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 308.

³⁰⁶Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 114; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 308.

³⁰⁷İİK m. 68’nde yer alan belgeler borçlu tarafından imzası ikrar edilmiş senet, imzası noterlikçe onaylanmış senet ve resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde usûlüne göre verdikleri belgelerdir. İİK m. 68/b’ne göre ise kredi kurumlarının düzenledikleri bazı belgeler de itirazın kesin kaldırılmasını sağlar niteliktedir. Buna göre borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden on beş gün içinde bir hesap özetiyle noter aracılığıyla gönderir ve krediyi kullanan taraf bu hesap özetine gönderildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde itiraz etmezse, kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usûlüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar itirazın kesin kaldırılmasına dayanak teşkil edebilir.

³⁰⁸Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 124.

Arabuluculuk faaliyetleri sonunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususların taraflarca dava konusu yapılabilmesi mümkün değildir (HUAK m. 18/5). Böyle bir düzenleme yapılmasının sebebi, anlaşılan hususların yeniden tartışma konusu yapılmasının önüne geçmektir. İtirazın iptali davasında da takip konusu alacağın gerçekte var olup olmadığı değerlendirildiğinden, arabuluculuk anlaşma belgesine dayanarak yapılan ilâmsız icra takibinde itirazın iptali davası açılmayacağı kanaatindeyiz (HUAK m. 18/5).³⁰⁹ Borçlunun anlaşma belgesinde yer alan imzaya açıkça itiraz etmesi halinde itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurulması gerekir. Mahkemece yapılan inceleme neticesinde imzanın borçluya ait olduğuna kanaat getirilirse itirazın geçici kaldırılmasına karar verilir (İİK m. 68/a/3). Borçlu, bu kararın kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açmalıdır. Borçlu bu davayı açmadığı takdirde itirazın geçici kaldırılması kararı ve daha önce konulmuş geçici haciz kesinleşir (İİK m. 69/3). Niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davasında da takip konusu alacağın gerçekte var olup olmadığı tartışma konusu yapılmaktadır. Lâkin bu davada borçlunun esas iddiası, anlaşma belgesinde yer alan imzanın kendisine ait olmadığıdır. Sahtelik iddiası ile açılan davalarda, dava açma yasağının işlerlik kazanmaması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Dolayısıyla takip borçlusu, dava açma yasağına takılmadan borçtan kurtulma davası açabilmelidir.

3.3.3. İlâmsız icra takibi başlatıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurup anlaşmalarının takibe etkisi

Alacaklı, alacağını tahsil etmek için ilâmsız icra takibi başlatmış ve borçlunun itirazıyla takip durmuş olabilir. Daha sonra tarafların arabuluculuğa başvurarak söz konusu uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlemeleri halinde, bu anlaşmanın, itirazla durmuş olan ilâmsız icra takibine etkisinin ne olacağının tartışılması gerekir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin bir kararına göre, taraflar, anlaşma belgesinin gereği yerine getirilmediği takdirde durmuş olan ilâmsız icra takibine aynı icra

³⁰⁹Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hakkındaki icra edilebilirlik şerhi talebi, içerisinde yer alan hükmün cebri icraya elverişli olmaması sebebiyle reddedilen anlaşma belgeleri, dava açma yasağı dışında tutulmalıdır. Bu anlaşma belgelerine dayanılarak yapılan ilâmsız icra takiplerinde itirazın iptali davası veya hükmün gereğine yerine getirmek maksadıyla doğrudan eda davası açılmasında hukukî yararın bulunduğu kabul edilmelidir.

dosyası üzerinden ilâmlı icra takibi olarak devam edileceği yönünde anlaşmış olabilirler. Dolayısıyla borçlu borcunu ifa etmezse durmuş olan ilâmsız icra takibine ilâmlı icra takibi olarak devam edilebilecektir.³¹⁰

Kanaatimizce, ilâmsız icra takibinin kanunun öngörmediği şekilde ilâmlı icra takibine “dönüştürülmesi” hukuka aykırıdır. Zira kanun koyucu, kamu düzeniyle yakından ilişkili olan cebri sisteminin düzenlemesinde böyle bir yönteme yer vermemiştir. Dolayısıyla, itiraz ile durmuş olan ilâmsız icra takibi üzerine borçlunun borcunu ödeyeceği yönünde bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenir ve daha sonra borçlu borcunu ifa etmezse alacaklının iki seçeneğinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Alacaklı ya anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alarak yeni bir icra dosyası üzerinden ilâmlı icra yoluna başvuracak ya da anlaşma belgesiyle itirazın kaldırılması yoluna müracaat edip itirazı hükümden düşürerek ilâmsız icra takibinin devamını sağlayacaktır.

3.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Takibin İptali, Takibin Taliki, İcranın Durdurulması ve Geri Bırakılmasında Kullanılabilmesi

Alacaklı, alacağının tahsili için ilâmlı veya ilâmsız icraya başvurmuş olabilir. Takip başladıktan sonra borçlu ve alacaklının arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyerek takip konusu borç üzerinde yeni bir anlaşma yapmaları halinde, anlaşma belgesinin takibin iptali ve talikinde veya icranın durdurulması ve geri bırakılmasında kullanılıp kullanılmayacağının tartışılması gerekir.

3.4.1. Takibin iptali ve takibin talikinde arabuluculuk anlaşma belgesi

İcra takibinin iptali ve taliki kurumu (İİK m. 71), İİK’nun üçüncü babında ve ilâmsız takip başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, yalnızca ilâmsız icra takibinde başvurulabilecek bir hukukî çaredir.³¹¹ İlâmsız icra takibi kesinleştikten sonra artık borçlunun alacaklıya karşı koyma olasılığının oldukça azaldığı söylenebilir. Bundan sonraki süreçte borçlunun malları haczedilecek, çoğu zaman ederinden düşük bir meblağa satılacak ve borçlu bu durumdan epeyce zararlı çıkacaktır.³¹² Yine borçlu, borcunu icra

³¹⁰Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.04.2023 tarih ve 2022/9640 Esas ve 2023/2630 Karar sayılı kararı.

³¹¹N. Boran (2006). *İcra Takibinin İptali ve Taliki*. İzmir: Güncel Yayınevi, s. 20.

³¹²Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 151.

dairesi dışında doğrudan alacaklıya ödemişse veya ödeme için alacaklı tarafından kendisine süre verilmiş ya da alacak zamanaşımına uğramışsa, alacaklının buna rağmen takibe devam etmesi ihtimaline karşılık borçlunun korunması gerekir.³¹³ Dolayısıyla takibin iptali ve taliki kurumunun, bir yönüyle alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesine hizmet ettiği söylenebilir.³¹⁴

İİK m. 71 uyarınca takibin iptali ve taliki üç farklı şekilde söz konusu olabilir. Bunlar sırasıyla itfa, imhâl ve zamanaşımıdır. Borcun itfa edilmesi halinde takibin iptali, imhâl ve zamanaşımında ise takibin taliki gündeme gelir.³¹⁵ Takibin iptali veya talikine başvurulabilmesi için ilk olarak ilâmsız icra takibinin kesinleşmiş olması gerekir.³¹⁶ Takibin iptali veya taliki talebi dava değil kendine özgü bir yol olduğundan³¹⁷, kendisine başvurulmasında dava şartı arabuluculuk kurumu işlerlik kazanamaz. Arabuluculuk anlaşma belgesi ve zamanaşımı nedeniyle takibin taliki arasında bir bağlantı bulunmadığından, sadece itfa ve imhâl için değerlendirme yapılacaktır.

İtfa nedeniyle takibin iptalinin istenebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir. İlk olarak, borcun ve ferilerinin tamamı itfa edilmiş olmalıdır.³¹⁸ Borcun bir kısmı itfa edilmiş ise takibin kısmen iptali talep edilebilir.³¹⁹ Buradaki itfadan maksat sadece borcun ödenmesi değil ibra, takas, ödeme gibi borcu sona erdiren tüm hukukî sebeplerdir.³²⁰ Ayrıca borcun ilâmsız icra takibinin kesinleşmesinden sonraki dönemde itfa edilmiş olması gerekir.³²¹ Borç ve ferileri icra dairesi adına açılan banka hesabına ödenmişse, borçlu borcundan kurtulur ve ödemenin yapılmasıyla icra takibi son bulur.³²² Lâkin borçlu borcunu icra dairesi dışında alacaklıya ödemişse, borcun tam ve doğru olarak ödenip ödenmediğinin anlaşılabilmesi için yapılacak incelemede icra mahkemesi görevli kılınmıştır.³²³ İşte ikinci şart olarak borç icra dairesi dışında ödenmişse, borçlu icra mahkemesinde ancak alacaklı tarafından verilen ve imzası noterlikçe onaylı bir belgeyle veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belgeyle borcun itfa edildiğini

³¹³Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 18.

³¹⁴Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 17.

³¹⁵Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 152.

³¹⁶Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 152.

³¹⁷Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 336.

³¹⁸Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 337.

³¹⁹Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 226.

³²⁰Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 152.

³²¹Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 338.

³²²Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 337.

³²³Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 337.

ispatlayabilir.³²⁴ Elinde bu iki belge de bulunmayan borçlunun, genel mahkemelerde menfi tespit davası açması gerekir.³²⁵

İmhâl ile takibin talikinin istenebilmesi için ilâmsız icra takibinin kesinleşmesinden sonraki dönemde alacaklı tarafından borçluya süre verilmeli ve bu durum noterlikçe onaylanmış veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge ile ispat edilmelidir.³²⁶

Kanun koyucu, imzası alacaklı tarafından ikrar edilen bir belgenin varlığını itirazın iptali ve taliki için yeterli kabul etmiş ve senetle ispat zorunluluğu getirmeyerek borçlunun delil olanaklarını genişletmiştir.³²⁷ Bunun yanında alacaklının, belge üzerinde yer alan imzasını örtülü olarak veya açıkça ikrar etmesi gerektiği kabul edilmiştir.³²⁸ Alacaklının imzasını inkâr etmesi halinde İİK m. 71’nde açık bir düzenleme yer almadığından, mahkemenin imza incelemesi yapabilmesi mümkün olmayacak ve dolayısıyla icra mahkemesi itirazın iptali veya taliki talebini reddedecektir.³²⁹ Buna karşılık alacaklı imza incelemesi yapılmasına rıza gösterirse, itirazın kaldırılmasına ilişkin İİK m. 68/5’nin kıyasen uygulanarak icra mahkemesince imza incelemesi yaptırılacağı ileri sürülmektedir.³³⁰

Arabuluculuk anlaşma belgesinde borçlunun borcu itfa edilmiş veya borçluya borcunu ödemesi için biraz daha zaman tanınmış olabilir. Örneğin (A), (B) aleyhine 500.000 TL’nin tahsili amacıyla ilâmsız icra takibi yapmış ve bu takip itiraz edilmeyerek veya itirazın hükümden düşürülmesiyle kesinleşmiş olsun. Takip kesinleştikten sonra (B)’nin de (A)’dan alacaklı olduğu başka bir hukukî ilişki için arabulucuya başvurulursa, takas işlemi uygulanarak takip konusu borç kısmen veya tamamen itfa edilebilir. Bunun dışında anlaşmanın gerektirdiği herhangi bir sebeple de taraflar arabuluculuk anlaşma belgesinde takip konusu borcun itfa veya imhâl edildiğini kararlaştırabilirler. Örneğin (B), arabuluculuk müzakereleri sırasında (A)’nın bir isteğine karşılık olarak takip konusu borcu ifa etmesi için kendisine bir yıl daha zaman tanınmasını isteyebilir. A’nın bu talebi kabul etmesi halinde bu durum anlaşma belgesine geçirilecek ve anlaşma belgesiyle takibin taliki talebinde bulunulabilecektir.

³²⁴Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 339; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 153.

³²⁵Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 153.

³²⁶Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 345.

³²⁷Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 74.

³²⁸Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 77.

³²⁹Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 153; Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 77; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 226.

³³⁰Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 77.

Anlaşma belgesi bakımından değerlendirmenin ilk olarak imzası alacaklı tarafından ikrar edilen adi belge bakımından yapılması gerekir. Anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalandığından, alacaklı imzanın kendisine ait olduğunu örtülü olarak veya açıkça ikrar ederse arabuluculuk anlaşma belgesi ile takibin iptali veya talikine başvurulabilir. Alacaklının imzayı inkâr etmesi halinde ise yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mahkemenin takibin iptal veya taliki talebini reddetmesi gerekir. Lâkin alacaklı, imza incelemesi yapılmasına rıza gösterirse İİK m. 68/5 kıyasen uygulanarak imza incelemesi yapılabilir.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu takibin iptali veya talikinde kullanılabilecek belgeleri sınırlı olarak belirlemiştir. Takibin iptali veya talikine başvurulabilmesi için borçlunun elinde noterlik onaylanmış bir senet veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş adi bir senet olmalıdır.³³¹ Noterlikçe onaylanmış bir senedin varlığı halinde alacaklının imzasını ikrar edip etmemesi önemli değildir. Bunun sebebi senedin zaten resmî bir makam olan noterlik tarafından onaylanmış olmasıdır.

Hukukumuzda arabulucunun kamu görevlisi olduğuna dair bir düzenleme yer almamaktadır. Arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlıkların çözülmesine yardımcı olduğundan, arabuluculuğun bir kamu hizmeti ve dolayısıyla kamusal faaliyet olduğu söylenebilir. Hatta arabulucu, kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığından Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 6/1-c uyarınca görevi nedeniyle kendisine karşı işlenen suçlar ve kendisinin işlediği suçlar bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Anlaşma belgesinin altını imzalayan arabulucunun, bir yönüyle tarafların imzalarının şahidi olduğu da söylenebilir. Lâkin tüm bunlar, arabuluculuk anlaşma belgesinin hukukî niteliği itibarıyla bir adi senet olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kanun koyucunun noterlikçe onaylanmış bir belgeyi takibin iptali veya taliki bakımından yeterli görmesinin nedeni, söz konusu belgenin resmî bir makam olan noter tarafından onaylanmış olmasıdır. Resmî bir kimliği olmayan arabulucunun anlaşma belgesini imzalaması, alacaklının söz konusu belgede yer alan imzasını inkar edememesi şeklinde bir sonuç doğurmamalıdır.

³³¹Öğretide takibin iptali ve talikinde kullanılacak belgelerin İİK m. 71’nde sayılanlarla sınırlı olmaması gerektiği, itirazın kaldırılmasında kullanılabilen belgelerin (İİK m. 68/1) iptal veya talik talebinde de kullanılmasının uygun olduğu ifade edilmektedir. Bu sayede borçlu daha esnek ispat imkânına kavuşacak ve kötü niyetli alacaklılardan korunmuş olacaktır (Boran, 2006, **a.g.k.**, s. 85).

Arabuluculuk anlaşma belgesinin noterlikçe onaylanması halinde alacaklının imzasını ikrar edip etmediğine bakılmaksızın takibin iptali veya taliki yoluna başvurulabilecektir.

3.4.2. İcranın durdurulmasında ve geri bırakılmasında arabuluculuk anlaşma belgesi

Borçlunun ilâmlı icra takibine itiraz edebilmesi mümkün değildir. Yine ilâmsız icra takibinde olduğu gibi takibin iptali veya taliki, ilâmlı icra takibi bakımından söz konusu olamaz. Ancak borçlu, kanunda yer alan şartları yerine getirip icranın durdurulması veya geri bırakılması yoluna başvurarak ilâmlı icra takibine karşı koyabilir.

İcranın durdurulması İİK m. 36’nde düzenlenmiştir.³³² Buna göre icranın durdurulmasını sağlayabilmek için icra mahkemesinden talepte bulunmak gerekir. Kural olarak bir ilâmın icra edilebilmesi için kesinleşmiş olup olmaması önemli değildir. İcranın durdurulması ile amaçlanan, hükmün icra edilmesi için kesinleşmesinin beklenilmesidir. İİK m. 36’nde bu olanağın ilâmlar bakımından söz konusu olduğu da açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus bulunmamaktadır.

İcranın geri bırakılması ise İİK m. 33 ve m. 33/a’nde düzenlenmiştir. İcranın geri bırakılması, davanın sonuçlanmasının ardından icra emrinin tebliğ edilmesinden önce veya sonra gerçekleşen sebeplere dayanarak istenilebilir.³³³ Bu sebepler borcun itfa veya imhâl edilmesi veya zamanaşımına uğramış olmasıdır. İcra emrinin tebliğinden önce gerçekleşen sebepler bakımından tebliğden itibaren yedi gün içerisinde (İİK m. 33/1), takip başladıktan sonra gerçekleşen sebeplerde ise süre sınırına bağlı olmaksızın (İİK m. 33/2) icranın geri bırakılması talebiyle icra mahkemesine başvurulması gerekir.

Borcun zamanaşımına uğradığı, icra emrinin tebliğinden önce ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeler üzerinde yer alan tarihten, icra emrinin tebliğinden sonra ise takip

³³²İİK m. 36 uyarınca “İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para veya eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir.”

³³³Pekcanitez vd., 2022, a.g.k., s. 318.

dosyasından anlaşılabilir.³³⁴ Arabuluculuk anlaşma belgesi ilâmlı icraya dayanak kılınmışsa, üzerinde yer alan tarihten alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı anlaşılabilir. Lâkin bu başlıkta ilâmlı icraya dayanak kılınmasında değil karşı konulmasında kullanılan arabuluculuk anlaşma belgesi inceleme konusu yapılmaktadır. Dolayısıyla zamanaşımı bakımından tartışılacak bir husus da yoktur.

İcra emrinin tebliğinden önceki dönemde gerçekleşmiş itfa veya imhâlin, yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usûlüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle ortaya konulması gerekir (İİK m. 33/1). İcra emrinin tebliğinden sonraki dönemde tahakkuk etmiş itfa veya imhâl ise noterlikçe re'sen yapılmış veya tasdik olunmuş belgelere veya icra zaptına dayandırılmalıdır (İİK m. 33/2).

Dava sonuçlandıktan sonra ancak icra emri tebliğ edilmeden önce borçlu ve alacaklı herhangi bir sebepten dolayı (başka bir hukukî ilişki için de olabilir) arabulucuya başvurabilir. Tarafların anlaşması için ilâmın konusunu oluşturan borcun kısmen veya tamamen itfa edilmesi veya borçluya borcunu ödemesi için biraz daha zaman tanınması gerekebilir. Daha sonra icra edilebilirlik şerhi de alınırsa, anlaşma belgesinin yetkili merci tarafından usûlüne göre tasdik edilmiş senet olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Zira icra edilebilirlik şerhi yargılamasında resmî bir makam olan mahkeme, arabuluculuk anlaşma belgesini çeşitli yönlerden denetlemekte ve şerh talebini kabul etmesi halinde bir yönüyle belgenin geçerli bir anlaşma belgesi olduğunu da tasdik etmektedir. İcra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgeleri için de şerh talep edilmeli ve mahkeme denetimi yaptırılmalıdır. İcranın geri bırakılmasında kullanılması için talepte bulunulduğundan, anlaşma belgesi zaten ilâm niteliğinde olsa bile ilgilinin şerh verilmesinde hukukî yararının bulunduğu kabul edilmelidir. Aynı amaçla anlaşma belgesi için noterlikten onaylama da talep edilebilir.

İcra emrinin tebliğ edilmesinden sonra yapılmış itfa veya imhâlin ise noterlikçe re'sen yapılmış veya tasdik edilmiş bir belgeye dayandırılması gerekmektedir. Bilindiği üzere resmî senetler, resmî bir makamın veya memurun görevleri dahilinde düzenlediği veya onayladığı senetlerdir.³³⁵ Hukukumuzda bir senede resmîyet kazandırma yetkisi kural olarak noterlere ait olup kanunun açıkça izin verdiği hallerde diğer makam veya

³³⁴ Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 412-413; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 319.

³³⁵ Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 681; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 383.

memurlar da görevleri dahilinde resmî senet düzenleyebilirler.³³⁶ İcra emrinin tebliğinden sonra icranın geri bırakılabilmesi için kanun koyucunun bir resmî senedin varlığını şart koştuğu söylenebilir. HUAK’nda arabulucuya bir senede resmîyet kazandırma yetkisi tanınmadığından arabuluculuk anlaşma belgesi resmî senet olarak kabul edilemez. Dolayısıyla icra emri tebliğ edildikten sonra arabuluculuk anlaşma belgesine dayanarak icranın geri bırakılması talebinde bulunulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

3.5. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliği ve Takibe Etkisi

Arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin geçersizlik veya sahtelik iddiasının nasıl ileri sürüleceğinin ve bu durumun devam eden veya tamamlanmış takibe etkisinin ne olacağının tartışılması gerekir.

3.5.1. Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği

Esasa ilişkin geçersizlik sebepleri, kesin hükümsüzlük (kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlaka, emredici hukuk kurallarına aykırılık, muvazaa ve sözleşmenin konusunun imkânsız olması) veya iptal edilebilirlik (yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma) halleri olabilir. Öğretide, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik hallerine dayanılarak anlaşma belgesi hakkında iptal davası açılabileceği ileri sürülmektedir.³³⁷ Yine geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi için gerekli olan arabulucunun ve tarafların imzası veya anlaşma belgesinde yer alan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması da esasa ilişkin sebepler olarak kabul edilmelidir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmesinden önceki dönemde arabuluculuk anlaşma belgesi salt bir maddi hukuk işlemi mahiyetindedir. Dolayısıyla değerlendirmenin de buna göre yapılması gerekir. Kesin hükümsüzlük hallerinin ileri sürülmesine gerek yoktur. Zira kesin hükümsüzlük hallerinde sözleşme kendiliğinden hükümsüz olarak kabul edilmekte ve hâkimin bu durumu re’sen nazara alması gerekmektedir.³³⁸ İcra edilebilirlik şerhi yargılamasında hâkimin bir kesin hükümsüzlük halinin var olup olmadığını kendiliğinden incelemesi gerekir. Aynı şekilde hâkim, tarafların ve arabulucunun imzalarının varlığını veya arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan uyuşmazlığın arabuluculuğa

³³⁶Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 682; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 383.

³³⁷Taşpolat Tuğsavul, 2012, **a.g.k.**, s. 204; Dür, 2018, **a.g.k.**, s. 373.

³³⁸Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 176.

elverişliliğini kendiliğinden değerlendirmelidir. Belirtmemiz gerekir ki şerh yargılaması ancak dosya üzerinden yapılabildiğinden kesin hükümsüzlük halleri de duruşma açılmasına gerek olmadan anlaşılabilir nitelikte olmalıdır.³³⁹ İptal edilebilirlik hallerinin ise mahkeme tarafından re'sen nazara alınması mümkün olmayıp bunun taraflarca ileri sürülmesi gerekir.³⁴⁰ Dolayısıyla şerh yargılamasında da hâkim bu durumu kendiliğinden inceleyemez. Lâkin belirtmemiz gerekir ki şerh yargılamasında bir iptal edilebilirlik halinin varlığı ileri sürülse bile hâkimin bu iddiayı göz önünde bulundurmadan şerh talebini değerlendirmelidir. Zira HUAK m. 18'ne göre hâkimin yapacağı incelemenin sınırları bellidir. Dosya üzerinden yapılan incelemede yanıltma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmanın tespit edilebilmesi mümkün değildir.

İptal hakkı, yanıltma veya aldatmanın öğrenilmesinden ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde kullanılmalıdır (TBK 39/1). Aşırı yararlanmada ise iptal hakkının, düşüncesizlik veya deneyimsizliğin öğrenildiği ya da korkutmanın etkisinin geçtiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanılması gerekir (TBK m. 28/2). İptal hakkı, tek taraflı, karşı tarafa ulaşması gereken ve şekle bağlı olmayan bir irade beyanıyla kullanılır.³⁴¹ Normalde bu irade beyanının sadece sözleşmenin karşı tarafına ulaştırılmış olması yeterlidir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinin bir nüshası arabulucu tarafından saklandığından, iptal hakkını kullanacak olanın bu iradesini hem sözleşmenin karşı tarafına hem de arabulucuya yöneltmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmektedir.³⁴² İptal hakkının kullanılmasıyla anlaşma belgesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve taraflar daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesini talep edebileceklerdir.³⁴³

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra ise artık ilâm niteliğinde bir belgenin varlığından bahsedilecektir. Dolayısıyla kesin hükümsüzlüğün kendiliğinden sonuç doğurması veya iptal edilebilirlik hallerinde tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin feshi yeterli kabul edilemez. Zira ilâm niteliğindeki

³³⁹Örneğin muvazaah halinin varlığını dosya üzerinden yapılan incelemede tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. Eğer üçüncü bir kişi anlaşma belgesinin muvazaalı olduğunu bir şekilde ileri sürebilirse hâkimin dosya üzerinden inceleme yapması ve muvazaayı tespit edememesi halinde bu durumla ilgili başka bir inceleme yapmadan şerh talebini değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³⁴⁰Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 178.

³⁴¹Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 118-119.

³⁴²Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 306.

³⁴³Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, s. 120.

anlaşma belgesiyle ilâmlı icraya başvurulması riski devam edecektir. Ayrıca yargılamayla verilen icra edilebilirlik şerhinin kaldırılmasının yine yargılama yoluyla olması gerekir.³⁴⁴ Bu durumda, anlaşma belgesinin HUAK m. 18’ndeki şartları haiz olmadığı, kesin hükümsüz olduğu veya iptal edilebilirlik hallerinin varlığı, genel mahkemelerde dava açılarak ileri sürülmelidir. Mahkeme, kararında anlaşma belgesinin geçersizliğinin tespiti ile yetinmelidir. Bu karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. Geçersizliğe ilişkin karar alındıktan sonra, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen icra edilebilirlik şerhi kararını veren sulh hukuk mahkemesinden şerhin kaldırılması için yeniden talepte bulunulması gerekir.³⁴⁵

3.5.2. Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğine veya üzerinde yer alan imzalara ilişkin sahtelik iddiasında bulunulmuş olabilir. Eğer anlaşma belgesine henüz icra edilebilirlik şerhi verilmemişse, şerh yargılaması sırasında bu iddia göz önünde bulundurulmaksızın değerlendirme yapılması gerekir. Zira şerh yargılaması sırasında yapılacak denetimin sınırları HUAK m. 18/3’nda belirlenmiştir.

Arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin sahtelik iddiasının genel mahkemelerde dava konusu edilmesi gerekir. Sahtelik iddiası ile aslında anlaşma belgesinde yer alan hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olmadığı ileri sürüldüğünden, bu dava hukukî niteliği itibarıyla genel hükümlere tâbi bir menfi tespit davasıdır.³⁴⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin güncel tarihli bir kararına göre arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliği iddiasıyla açılan menfi tespit davalarında arabulucuya husumet yöneltilebilir.³⁴⁷

³⁴⁴Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 307.

³⁴⁵İcra edilebilirlik şerhinin genel mahkemelerde açılan bir dava ile kaldırılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup mahkemelerin görevleri ancak kanunla belirlenir. HUAK m. 18/2 uyarınca anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verme görevi kural olarak sulh hukuk mahkemelerine aittir. Buna karşılık verilen icra edilebilirlik şerhinin kaldırılması için hangi mahkemeye başvurulacağına dair bir düzenleme yoktur. Böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da olmadığı kanaatindeyiz. Zira icra edilebilirlik şerhi kararı bir çekişmesiz yargı işi olup maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, şerh kararını veren mahkeme daha sonra bu kararını değiştirebilir. Buna dayanarak, şerhin kaldırılması için de daha önce şerh talebini kabul eden sulh hukuk mahkemesine başvurulması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁴⁶Aynı yönde bkz. Büyükcay, 2018, **a.g.k.**, s. 311; Karş. M. S. Özbek (2018). *Noter Senetlerinde Sahtelik*. (4. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 271; S. Deliduman (2001). *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri*. Ankara: Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı, s. 129.

³⁴⁷“...Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan hâllerde, anlaşma belgesinin diğer tarafı aleyhine açılacak bir dava ile arabuluculuk anlaşma belgesinin (yahut anlaşma son tutanağının) iptali istenebilir ise de arabulucu aleyhine dava açılması ancak sahtelik iddiasının varlığı hâlinde mümkün olabilir. Aksi takdirde

Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliği davasında arabulucunun taraf gösterilmesinin, ancak söz konusu sahtecilik eylemine arabulucunun katılması halinde mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Aksi takdirde arabulucunun taraf olarak gösterilmesi doğru olmaz. Böyle bir durumda mahkemenin taraf sıfatı yokluğu sebebiyle davanın esastan reddine karar vermesi gerekir. Buna karşılık, HUAK m. 17/2 uyarınca arabuluculuk sona erme tutanağını hazırlama görevi arabulucuya aittir. Dolayısıyla, sona erme tutanağının sahteliği iddiasıyla açılacak bir davada arabulucunun taraf gösterilmesi gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliği davasında inceleme HMK m. 208 vd. hükümleri çerçevesinde yapılmalıdır.³⁴⁸ Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir senede resmîyet tanıma yetkisi kural olarak noterlere ait olup aksinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Hukukumuzda arabulucuya bir senede resmîyet kazandırma yetkisi tanınmadığından, arabuluculuk anlaşma belgeleri adi senet mahiyetindedir. Bu nedenle incelemenin de adi senetlere ilişkin kurallara göre yapılması gerekir.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmiş olması onu resmî senede dönüştürmemektedir. İlâm niteliğindeki anlaşma belgelerinin ispat gücü, ilâm niteliğinde olmayan anlaşma belgelerine göre daha fazla olabilir. Ancak yine de resmî senetlere özgü kurallara göre inceleme yapabilmek için bir resmî senedin varlığı şarttır. Bu sebeple ilâm niteliğindeki anlaşma belgelerinin de adi senetlere özgü kurallara göre incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.5.3. Anlaşma belgesinin geçersizliğinin veya sahteliğinin icra takibine etkisi

Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğine veya sahteliğine ilişkin bir dava açılması halinde, bu davanın ilâmlı ve ilâmsız icra takibine etkisinin ne olacağının değerlendirilmesi gerekir.

arabulucu aleyhine açılan davanın husumetten reddi gerekir...” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 31.10.2022 tarih ve 2022/11077 Esas ve 2022/13780 Karar sayılı kararı).

³⁴⁸Bu durumda hâkim öncelikle yazı veya imzayı inkâr eden tarafı isticvap eder. İsticvap için mahkemeye davet edilen taraf, belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde, inkâr etmiş olduğu belgedeki yazıyı veya imzayı ikrar etmiş sayılır. Bu husus çıkarılacak isticvap davetiyesinde ayrıca kendisine ihtar olunur. İsticvap sonucunda hâkim, sahtelik konusunda karar verebilecek duruma gelmiş ise gerekçesini açıkça belirterek senet hakkındaki kararını verir. Ancak isticvaba rağmen hâkim bir kanaat edinemezse, huzurunda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak (istiktap) suretiyle elde ettiği belge ve delilleri değerlendirerek kararını verir (HMK m. 211/I, a). Yapılan bu incelemeye rağmen, hâkimde bir kanaat oluşmamışsa bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle sahtelik iddiası hakkında karar verilir (HMK m. 211/I, b).

3.5.3.1. İlâmsız icra takibine etkisi

3.5.3.1.1. Devam eden ilâmsız icra takibi

İcra edilebilirlik şerhi alınmamış arabuluculuk anlaşma belgesinin konusunu oluşturan para borcunun tahsili için ilâmsız icraya başvurulmasının mümkün olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Söz konusu para borcunun tahsili için başlatılan ilâmsız icra takibi sırasında arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği veya sahteliği iddiası ile dava açılabilir.

Anlaşma belgesinin geçersizliği hakkında açılan dava niteliği itibarıyla bir menfi tespit davasıdır. Menfi tespit davası İİK m. 72’nde düzenlenmiştir. Menfi tespit davası, borçlu aleyhine takip başlatılmadan önce veya başlatıldıktan sonra açılabilir.

Takip başlatılmadan önce menfi tespit davası açılabilmesi için borçlunun borçlu olmadığından hemen tespitinde hukukî yararının olması gerekir.³⁴⁹ Borçlunun kendisine karşı başlatılan takipte ileri sürebileceği hususlar için menfi tespit davası açmasında hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmelidir.³⁵⁰ Örneğin, alacaklının elinde itirazın kaldırılmasında kullanılabilecek belgelerden birisi yoksa borçlu itiraz ederek takibin durmasını sağlayabilir. Bu durumda itirazın hükümde düşürülebilmesi için alacaklının itirazın iptali davası açması gerekecektir. İtirazın iptali davasında ileri sürülebilecek hususlar için önceden menfi tespit davası açılmasında hukukî yarar olmadığı ifade edilmektedir.³⁵¹ Buna karşılık bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, borçlunun kendisine bir ihtar çekilmesi halinde alacaklının elindeki belgelere göre değerlendirme yapmadan menfi tespit davası açmasının mümkün olması gerekir. Borçlunun sırf alacaklının elinde İİK m. 68’nde yer alan belgelerden biri olmadığı için aleyhine takip yapılmasını beklemesi ve bunun üzerine itiraz etmekle yetinmesi kabul edilemez.³⁵² Kanaatimizce, arabuluculuk anlaşma belgesinde borçlu olan taraf, alacaklının elindeki belgelere ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın aleyhine ilâmsız icra takibi başlatılmadan önce menfi tespit davası açabilmelidir. İİK m. 72/2 uyarınca davaya bakan mahkeme, talep üzerine, borçlu tarafından alacağın yüzde on beşinden az olmayan bir teminat yatırılması halinde, icra takibinin durdurulması yönünde ihtiyatî tedbir kararı verebilir.

³⁴⁹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 142; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 343.

³⁵⁰Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 142.

³⁵¹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 142.

³⁵²Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 344.

Teminatın yatırılmış olması, mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme somut olay bağlamında değerlendirmesini yapacak ve gerekli görmesi halinde ihtiyatî tedbire hükmedecektir.

Anlaşma belgesinin geçersizliğine ilişkin menfî tespit davasının ilâmsız icra takibi başlatıldıktan sonra açılması halinde, mahkemeden takibin durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı alınması mümkün değildir. Bu durumda sadece takip sonunda tahsil edilen paranın alacaklıya ödenmemesi için, alacağın yüzde on beşinden az olmayan bir teminat karşılığında ihtiyatî tedbir talep edilebilir (İİK m. 72/3). Dolayısıyla takipten sonra açılan menfî tespit davası ile haczin ve satışın önlenmesi mümkün değildir.³⁵³ Uygulamada kanunun açık hükmüne rağmen, henüz satış yapılmamışsa, borçlunun faiz ve takip giderleriyle beraber borç miktarını icra dairesine ödeyip veya buna ilişkin teminat mektubunu mahkemeye sunup bunun yanında ihtiyati tedbir talep ettiği mahkemeye borcun yüzde on beşi oranında teminat göstermesi halinde (yani toplamda borcun yüzde yüz on beşi oranında teminat) mahkemenin takdiriyle takibi durdurabileceği kabul edilmektedir.³⁵⁴ Bu durumda henüz haciz yapılmamışsa borçlunun malları haczedilemeyecek, eğer mallar haczedilmişse söz konusu haciz kalkacak ve satış yapılamayacaktır.³⁵⁵

Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliğine ilişkin de dava açılabilir. Bu durumda açılan davanın niteliği itibarıyla bir menfî tespit davası olduğu yukarıda ifade edilmişti. HMK m. 209/1 uyarınca adi bir senetteki yazı veya imza inkâr edilirse buna ilişkin bir karar verilene kadar söz konusu senet herhangi bir işleme esas alınmaz. Arabuluculuk anlaşma belgesi bir adi senet olduğundan hakkında sahtelik iddiasında bulunulması halinde buna ilişkin bir karar verilene kadar senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı ve dolayısıyla takibin duracağı iddia edilebilir. Ancak İİK m. 72'ne göre takip devam ederken açılan menfî tespit davası sebebiyle takip kural olarak durmaz. Bu durumda hangi düzenlenmenin uygulama alanı bulacağının tartışılması gerekir.

Öğretide bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre İİK m. 72'nde yer alan düzenleme sadece senedin altında yer alan imzanın senet borçlusuna ait olmadığıнын tespiti amacıyla açılan menfî tespit davasına ilişkin olmayıp borcun ödenmesi, ibra edilmesi veya takas

³⁵³Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 144.

³⁵⁴Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 347; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 144; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 233.

³⁵⁵Pekcanitez vd., 2021, **a.g.k.**, s. 144.

edilmesi gibi diğer sebeplerle sona erdiği iddiasını da kapsar niteliktedir. Buna karşılık HMK m. 209/1 sadece sahtelik iddiasıyla açılan ve hukukî niteliği itibarıyla menfi tespit davası olan sahtelik davalarına ilişkin bir düzenlemedir. Sahtelik iddiasıyla ilgili özel düzenleme olması sebebiyle HMK m. 209/1 uygulama alanı bulmalı ve sahtelik iddiası üzerine bu konuda bir karar verilene kadar takibin durması gerektiği kabul edilmelidir.³⁵⁶

Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre ise İİK’nda yer alan düzenlemeler icra takibi bakımından HMK’nda yer alanlara göre özel düzenleme niteliğinde olduğundan İİK m. 72 uygulama alanı bulmalı ve dava açılmasıyla takip kuralı olarak kendiliğinden durmamalıdır.³⁵⁷ HMK m. 209/1’nda yer alan düzenleme genel mahkemelerdeki davalarda senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını dolayısıyla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup icra takibi ile bir ilgisi yoktur.³⁵⁸ İcra prosedürü ve bu prosedüre ilişkin dava ve işler bakımından İİK’nda yer alan düzenlemeler özel düzenleme niteliğindedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin içtihatları da bu yöndedir.³⁵⁹ Bizce de adi senede ilişkin sahtelik iddiası için İİK m. 72’si uygulama alanı bulmalı ve takip ancak bu maddede yer alan şartlar çerçevesinde durdurulabilmelidir.

³⁵⁶Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 934; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 391; Deliduman, 2001, **a.g.k.**, s. 141.

³⁵⁷Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 233; Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 677; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 349.

³⁵⁸Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 677.

³⁵⁹Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.10.2021 tarih ve 2021/8162 Esas ve 2021/8791 Karar sayılı kararı. Buna göre “...İcra ve iflâs hukuku, icra ve iflâs takiplerinin usûl hukuku niteliğindedir. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötünîyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini korumasını sağlayacak hukukî çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir. İcra iflâs hukukunun en önemli kaynağı İcra ve İflâs Kanunu olup, bu Kanun, icra ve iflâs takibinden, tahsile kadar uygulanması gereken usûl hükümlerini düzenlemektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu’nda bir hüküm olmayan hallerde, ancak İcra ve İflâs Kanunu’nda açıkça gönderme olması (İİK 50, 68/a-4 gibi) veya bu kanunun özel veya genel hükümlerine aykırı olmaması (zorunlu dava arkadaşlığı) hallerinde uygulanabilir. Bu ilkeler ışığında HMK’nun 209/1. maddesinin ilâmsız icra takiplerine etkisi değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre “adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz.” Bu maddenin icra takiplerinde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır... Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflâs Kanunu’nda bir düzenleme bulunmadığından HMK’nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK’nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK’nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir...” Dairenin aynı yönde değerlendirme yaptığı diğer kararları için bkz. 14.09. 2015 tarih ve 2015/10540 Esas ve 2015/20832 Karar sayılı kararı; 12.05.2014 tarih ve 2014/11595 Esas ve 2014/13955 Karar sayılı kararı; 26.02. 2015 tarih ve 2014/28544 Esas ve 2015/3952 Karar sayılı kararı.

Sonuç olarak, arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliğine ilişkin dava açılması halinde ilâmsız icra takibi kendiliğinden durmayacaktır. Sahtelik iddiasında bulunulması halinde devam eden takibin durdurulup durdurulamayacağı İİK m. 72 esas alınarak değerlendirilmelidir.

Açılan sahtelik davasının, anlaşma belgesi dayanak kılınarak talep edilen itirazın kaldırılmasında bekletici mesele olarak sayılıp sayılamayacağının ayrıca tartışılması gerekir. Konuya ilişkin bir görüşe göre, sahtelik davası itirazın kaldırılması yargılamasında bekletici mesele olarak kabul edilemez.³⁶⁰ Zira İİK m. 68/4’nda icra mahkemesinin sadece bir durum için bekletici mesele sayma kararı verebileceği belirlenmiş olup sahtelik davası bekletici mesele sayma sebebi olarak düzenlenmemiştir.³⁶¹ Hatta başka sebeplerden bekletici mesele kararı verilmesi kanunun açık hükmüyle yasaklanmıştır.³⁶² Diğer bir görüşe göre ise itirazın kaldırılması aşamasında anlaşma belgesi için sahtelik iddiasında bulunulursa icra mahkemesinin seçimlik yetkisi söz konusudur. Mahkeme dilerse sahtelik iddiasına ilişkin incelemeyi kendisi yapabilir. İmza hakkında sahtelik iddiası İİK m. 68/a, yazıya ilişkin sahtelik iddiası ise İİK m. 169/a çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bunun yanında mahkeme dilerse, genel mahkemedeki sahtelik davasının sonucunu da bekleyebilir.³⁶³ İcra mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, genel mahkemede görülen davanın bekletici sorun yapılmasına engel teşkil etmemelidir.³⁶⁴ Kanaatimizce, itirazın kaldırılması yargılamasına ilişkin İİK m. 68/4’nın açık düzenlemesi karşısında ilk görüş doğrultusunda hareket edilmeli ve anlaşma belgesinin sahteliğine ilişkin genel mahkemelerde açılmış davalar itirazın kaldırılmasında bekletici mesele olarak kabul edilmemelidir.

³⁶⁰Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 324; T. Muşul (2020). *İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*. (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 346.

³⁶¹Muşul, 2020, **a.g.k.**, s. 346.

³⁶²“Borçlu murisine ait bir alacak için takibedilmekte olup da, terekenin borca batık olduğunu ileri sürerse bu hususta ilâm getirmesi için kendisine münasip bir mühlet verilir. Bunun dışında itirazın kaldırılması talebinin kabul veya reddi için ileri sürülen iddia ve savunmalar bekletici mesele yapılamaz (İİK m. 68/4).

³⁶³G. Erdönmez (2016). Adi ve Resmî Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2016 (123), s. 163-164; T. Ö. Kiraz (2006). *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*. (2. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi, s. 288.

³⁶⁴Erdönmez, 2016, **a.g.k.**, s. 164.

3.5.3.1.2. Tamamlanmış ilâmsız icra takibi

İlâmsız icra takibi tamamlandıktan ve alacaklı alacağını tahsil ettikten sonra borçlu, İİK m. 72/7 uyarınca istirdat davası açabilir. Bunun için takibe itiraz edilmemesi veya itirazın kaldırılması sebebiyle takibin kesinleşmesi, borç olmayan bir paranın icra takibi sırasında cebri icra tehdidi altında ödenmesi ve davanın borç olmayan paranın icra dairesi adına açılan hesaba yatırılmasından itibaren bir yıl içerisinde açılmış olması gerekir (İİK m. 72/7). Borçlunun daha önce açtığı menfi tespit davasında yukarıda belirttiğimiz şartlar çerçevesinde ihtiyati tedbir kararı alınamamışsa ve borç da ödenmişse davaya istirdat davası olarak devam edilir (İİK m. 72/6). Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği veya sahteliği iddiası bakımından da aynı esaslar geçerli olacaktır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği veya sahteliği borç olmayan paranın ödenmesinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra anlaşılabilir. Hak düşürücü süre geçmiş olduğundan artık istirdat davası açılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda genel hükümlere göre (TBK m. 78) sebepsiz zenginleşme davası açılabilmesinin mümkün olması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir.³⁶⁵

3.5.3.2. İlâmlı icra takibine etkisi

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması ile ilâm niteliğinde belge elde edilerek ilâmlı icraya başvurulabilir. İlâmlı icrada borçlunun itiraz ederek takibi durdurması mümkün değildir.³⁶⁶ İİK m. 33 uyarınca icranın geri bırakılması veya İİK m. 36 uyarınca icranın durdurulması söz konusu olabilir.

3.5.3.2.1. Devam eden ilâmlı icra takibi

Anlaşma belgesinin geçersizliği ve sahteliğine ilişkin açılan davalarda borçlu esasında borçlu olmadığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla bu davaların menfi tespit davası niteliğinde olduğu yukarıda ifade edilmişti. Açılan menfi tespit davasının ilâmlı icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin İİK’nda bir düzenleme yer almamaktadır.

İlâmlı icra takibine ilişkin İİK m. 33/4 yollaması uyarınca borçlu olmadığı parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlu, İİK m. 72’nde öngörülen istirdat davasını açarak

³⁶⁵Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 149.

³⁶⁶Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 305; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 908.

paranın kendisine geri verilmesini talep edebilir. Ancak görüldüğü üzere söz konusu düzenleme ile sadece istirdat davasına yollama yapılmıştır. Öğretide, İİK m. 33/4’nda menfi tespit davasına yollama yapılamamış olmasının sadece bir unutmaya olduğu, İİK m. 41’ndeki yollamanın³⁶⁷ İİK m. 72’nin tümünü kapsadığı ifade edilmektedir.³⁶⁸ Bu sebeple, ilâmlı icra takibi sırasında açılan menfi tespit davası için İİK m. 72’nin tamamı uygulama alanı bulmalıdır.³⁶⁹ Diğer bir görüşe göre ise ilâmlı icrada açılan menfi tespit davasında bu takip yolunun özellikleri de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir.³⁷⁰ Dolayısıyla, İİK m. 72’nde düzenlenen menfi tespit davasında alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile anlaşma belgesi dayanak kılınarak başlatılan ilâmlı icranın durdurulmasının veya icra vizesindeki paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Kanun koyucunun istirdat davasına yollama yaparken aynı maddede düzenlenmiş olan menfi tespit davasına yollama yapmayı unutmuş olması kabul edilemez. Bu sebeple, ilâmlı icra takibinde İİK m. 72 çerçevesinde değerlendirilecek bir menfi tespit davası açılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda açılacak menfi tespit davasının genel hükümler çerçevesinde incelenmesi ve karara bağlanması gerekir. Dolayısıyla İİK m. 72’nde öngörülen takibin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbirle ilgili olarak bu dava kapsamında değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Böyle bir değerlendirmenin hukuk tekniği bakımından da daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Sonuç itibarıyla, anlaşma belgesinin geçersizliği iddiasıyla açılan davanın devam eden ilâmlı icra takibine herhangi bir etkisi olmamalıdır.

Anlaşma belgesinin sahteliği iddiası ile açılan davalar bakımından ise yukarıda da ifade ettiğimiz üzere HMK m. 209/1 uyarınca takibin kendiliğinden durması söz konusu olamaz. İİK m. 72 çerçevesinde değerlendirme yapılmasının da mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira ilâmlı icranın ilâmsız icraya göre en önemli farklarından birisi, alacağın ilâma veya ilâm niteliğinde bir belgeye dayandırılması sebebiyle borçlunun takibe karşı koyma imkânının daraltılmış olmasıdır. İlâmlı icrada borçlunun takibe karşı koyabilmesi için İİK m. 33 uyarınca icranın geri bırakılmasına veya İİK m. 36 uyarınca

³⁶⁷İİK m. 41 uyarınca kanunda açıkça düzenlenmeyen hususlarda ilâmsız icraya ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde ilâmlı icra için de uygulanır.

³⁶⁸Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 955.

³⁶⁹Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 955; Akkan, 2018. **a.g.k.**, s. 23; Aşık vd., 2022, **a.g.k.**, s. 137.

³⁷⁰Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 142.

icranın durdurulmasına başvurması gerekir. Anlaşma belgesinin sahteliği iddiası ile bu iki kurumdan birine başvurmak mümkün değildir. Dolayısıyla sahtelik iddiası ile açılan davanın da devam eden ilâmlı icra takibine herhangi bir etkisi olmayacaktır.

İlâmlı icra takibi devam ederken anlaşma belgesinin geçersizliğine veya sahteliğine hükmedilmesi halinde takip dayanaksız kalacaktır. Bu durumda “*İcranın iadesi*” başlıklı İİK m. 40/1’nin kıyasen uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Düzenlemeye göre bir ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya Yargıtay tarafından bozulması halinde, icra muameleleri olduğu yerde durur (İİK m. 40/1). Kıyasen uygulamayla, arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğine veya sahteliğine karar verilmesi durumunda takibin olduğu yerde durması gerektiği sonucuna ulaşılabılır. Öğretide İİK m. 40/2’nin da ilâm niteliğinde belgeler için kıyasen uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir.³⁷¹ Düzenlemeye göre bir ilâmın icrası tamamlandıktan sonra söz konusu ilâm bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilirse veya Yargıtay tarafından bozulur ve aleyhine icra takibi yapılan kimsenin hiç veya ilâmda yer alan kadar borcu olmadığı kesin hükme bağlanırsa ayrıca bir karara gerek olmaksızın icra kısmen veya tamamen eski halinde iade olunur (İİK m. 40/2). Yine kıyasen uygulamayla, geçersizlik veya sahtelik kararının kesinleşmesi halinde zaten kararın verilmesiyle daha önce durmuş olan icra muamelelerinin eski haline iade olunacağı söylenebilir.

3.5.3.2.2. Tamamlanmış ilâmlı icra takibi

İlâmlı icra takibi tamamlandıktan ve alacaklı alacağını tahsil ettikten sonra borçlu, İİK m. 33/4 yollamasıyla İİK m. 72’nde yer alan şartlar çerçevesinde istirdat davası açabilir. Yine ilâmlı icra takibinden önce veya takip devam ederken anlaşma belgesinin sahteliğine veya geçersizliğine ilişkin genel hükümlere göre bir menfi tespit davası açılmış ancak mahkeme takibin durması veya tahsil edilen paranın alacaklıya ödenmemesi yönündeki ihtiyati tedbir talebini reddetmiş olabilir. Bu durumda açılmış olan menfi tespit davasının İİK m. 33/4’nda yer alan yollama gereği istirdat davası olarak görülmesi gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere istirdat davasının açılması için

³⁷¹T. Akkaya (2008). 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 4 (11). s. 682.

öngörölmüş bir yıllık sürenin geçmiş olması halinde genel hükümlere dayanarak (TBK m. 78) sebepsiz zenginleşme davası açılabilir.

İlâmlı icraya özgü bir kurum olan icranın iadesi İİK m. 40’nde düzenlenmiştir. Buna göre bir ilâmın icrası tamamlandıktan sonra söz konusu ilâm bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilirse veya Yargıtay tarafından bozulur ve aleyhine icra takibi yapılan kimsenin hiç veya ilâmda yer alan kadar borcu olmadığı kesin hükme bağlanırsa ayrıca bir karara gerek olmaksızın icra eski halinde iade olunur (İİK m. 40/2). Öğretide, bu düzenlemenin ilâm niteliğinde belgeler bakımından da kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir.³⁷² Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğine veya sahteliğine karar verilmesi ve daha bu kararın kesinleşmesi halinde tamamlanmış ilâmlı icra takibi bakımından İİK m. 40/2’nin kıyasen uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.

³⁷²Akkaya, 2008, **a.g.k.**, s. 682.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA HUKUKUNA ÖZGÜ DAVALAR VE İŞLER BAKIMINDAN ARABULUCULUK

İcra takibi sürecinde yer alan davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı uzun süre tartışma konusu olmuştur. Konuya ilişkin içtihatlarda bir yeknesaklık olmadığı gibi öğretide de görüş birliği sağlanamamıştır. 05.04.2023 tarihinde yayımlanan 7445 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tartışmalı olan hususlar belli ölçüde açıklığa kavuşturulmuş ve aşağıda detaylarıyla değinileceği üzere icra hukukuna özgü bazı davalar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Hakkın yerine getirilebilmesi için kanun koyucu tarafından öngörölmüş bir yol olan ilâmsız icra takibine özgü davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olamayacağı ve tâbi olduğu açık olan davalar bakımından yapılan düzenlemelerin yerindeliği, icra takibinin niteliği ve arabuluculuk sisteminin gereklilikleri çerçevesinde ele alınmalıdır.

1. MEVCUT YASAL DÜZENLEME

Konuyu değerlendirmeye başlamadan önce mevcut yasal düzenlemelerimiz çerçevesinde icra hukukuna özgü hangi davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğunu müstakil bir başlıkta açıklamanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

TKHK m. 73/A'ne göre tüketici mahkemelerinde görölen uyuşmazlıkların önemli bir bölümünde dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır. 05.04.2023 tarihinde yayımlanan 7442 SK ile değiştirilen 5488 Sayılı Tarım Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tamamı dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Yine 05.04.2023 tarihinde yayımlanan 7445 Sayılı Kanun ile eklenen HUAK m. 18/B'de yer alan uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.³⁷³ Mezkûr düzenlemelerde herhangi bir dava türü zikredilmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği tüm özel hukuk davalarının dava şartı arabuluculuk

³⁷³HUAK m. 18/B uyarınca, kiralaan taşınmazların İcra ve İflâs Kanunu'na göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

kapsamında olduğu söylenebilir. Buna bağılı olarak, icra hukukuna özgü davalardan arabuluculuğa elverişli olanların (itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat) dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Tarım Kanunu'nda yer alan geçici 5. madde uyarınca tarımsal üretim sözleşmelerine ilişkin dava şartı arabuluculuk düzenlemesi 01.09.2023 tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacaktır. HUAK m. 18/B'nde yer alan dava şartı arabuluculuk hükümleri de 01.09.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır (7445 Sayılı Kanun m. 43).

7445 Sayılı Kanun ile değıştirilen TTK m. 5/A uyarınca ticarî davalardan konusu bir miktar para olan itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 7445 Sayılı Kanun ile yapılan değışiklikten önce, TTK m. 5/A'nde yer alan düzenleme “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan*” şeklindeydi. 7445 Sayılı Kanun ile söz konusu düzenleme, “*konusu bir miktar para olan*” olarak değıştirilmiştir. Kanun koyucu bu değışiklik ile, menfi tespit ve itirazın iptali davalarının hukukî niteliğine göre ayırım yapılması temelinde yükselen tartışmalara son vermek istemiştir.³⁷⁴ Yine 7445 Sayılı Kanun ile değıştirilen İMK m. 3 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması gerekir. Söz konusu dava şartı arabuluculuk hükümleri 01.09.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki 7445 Sayılı Kanun Geçici 1. madde uyarınca, TTK m. 5/A ve İMK m. 3'nde yer alan dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinden menfi tespit ve istirdat davalarına ilişkin olanlar 01.09.2023 tarihinden itibaren açılacak davalar için uygulanır.³⁷⁵ İtirazın iptali davası, söz konusu geçici maddenin kapsamına alınmamış olduğundan, 01.09.2023 tarihinden önce açılmış bulunan itirazın iptali davaları hakkında da dava şartı arabuluculuğun uygulanması gündeme gelebilir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama, itirazın iptali davası başlığı altında yapılacaktır.

İcra hukukuna özgü itirazın iptali, menfi tespit gibi davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı uzun zaman tartışma konusu olmuştur. 7445 Sayılı

³⁷⁴B. Toraman ve H. Hasırcı (2023). Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 19 (54), s. 39.

³⁷⁵“Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, 6102 sayılı Kanunun 5/A maddesinin birinci fıkrası ile 7036 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen menfi tespit ve istirdat davaları hakkındaki hüküm, 1/9/2023 tarihinde ve sonrasında açılacak davalar hakkında uygulanır.” (7445 Sayılı Kanun Geçici m. 1).

Kanun ile kanun koyucu, bu davalardan hangi tür uyuşmazlıklara ilişkin olanların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu açıkça düzenlemiştir. Buradan hareketle, iş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklar bakımından tahdidi sayımın benimsendiği söylenebilir. Dolayısıyla, kanunda açıkça belirtilmemiş davalar için dava şartı arabuluculuğun söz konusu olamayacağını kabul etmek gerekir. Böyle bir kabulün, hukukî yorum ilkelerine de daha uygun olduğu kanaatindeyiz. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi gereği, genel kaideye istisna getiren ve sınırları hususunda tereddüt yaşanan hükümler mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır.³⁷⁶ Yine özgürlüklerin geniş yorumlanması ilkesine göre bir kimsenin mevcut hukuk kurallarına göre herhangi bir hususta özgür olup olmadığı tartışmalı ise o hususta özgür olduğunun kabul edilmesi gerekir.³⁷⁷ Dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler doğrudan dava açılabilmesine ilişkin genel kurala istisna getirdiğinden dar yorumlanmalı ve hakkında düzenleme olmayan uyuşmazlıklarda doğrudan dava açılabilmesi mümkün olmalıdır.

2. İLÂMSIZ İCRA VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK SİSTEMİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Cebri icra, maddi hukuktan kaynaklanan hakların devlet kuvveti yardımıyla fiilen yerine getirilmesi faaliyetidir.³⁷⁸ İİK’nda, cüzi icra (icra takibi) ve külli icra (iflâs) olmak üzere iki ayrı cebri icra çeşidi düzenlenmiştir.³⁷⁹ Cüz’i icra kendi içerisinde; ilâmlı icra, ilâmsız icra ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip olmak üzere üç alt başlığa ayrılmaktadır.³⁸⁰ Bir cüzi icra çeşidi olan ilâmsız icra ise genel haciz yoluyla takip, kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip, kiralanın taşınmazın tahliyesi ve abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takip yollarından müteşekkildir.³⁸¹

Bu bölümde ilâmsız icra ve özellikle genel haciz yoluyla takibe özgü davaların dava şartı arabuluculuk sistemi ile ilişkisi incelenecektir. Bu incelemeye başlamadan önce

³⁷⁶A. M. Güneş (2020). *Hukuk Metodolojisi*. (3. Baskı). Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 127.

³⁷⁷Güneş, 2020, **a.g.k.**, s. 129.

³⁷⁸B. Umar (1973). *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişimi ve Genel Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticarî Bilimler Fakültesi Yayınları, s. 1; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 3; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 35.

³⁷⁹Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 40; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 7.

³⁸⁰Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 23; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 40.

³⁸¹Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 8.

ilâmsız icranın işlevini, hukukî niteliğini ve özelliklerini göz önünde bulundurarak genel bir değerlendirme yapmak konunun anlaşılması bakımından yerinde olacaktır.

İlâmsız icra, adından anlaşılacağı üzere bir mahkeme ilâmına ihtiyaç duyulmaksızın başvuru cebri icra sürecini ifade eder. İlâmsız icra takibinin konusunu sadece para ve teminat alacakları oluşturabilir (İİK m. 42/1). İlâmsız icra takibi yapabilmek için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadığı gibi takip konusu alacağın herhangi bir belgeye dayandırılması gerekmez. Herhangi bir belgeye dayanılmadan takip yapılabilmesinin mümkün olması, sadece Türk ve İsviçre hukukuna özgü bir durumdur.³⁸² Genel icra hukuku teorisinde icra prosedürü, yargılama sonrasında başvuru bir hukukî imkân olarak kabul edilmektedir. Herhangi bir yargılama gerektirmeyen ilâmsız icra takibi, bu yönüyle de istisnai bir durum teşkil etmektedir.³⁸³

İlâmsız icranın en önemli işlevlerinden birisi, konusu para ve teminatın verilmesi olan uyuşmazlıkların mümkün olduğunca mahkeme dışı bir yolla çözülmesidir.³⁸⁴ İlâmsız icra, bir icra hukuku müessesesi olarak çatışan menfaatlerin uzlaşması ve toplumsal düzenin korunmasına da hizmet eder.³⁸⁵ İradi olarak başvurulma, bağlayıcı olmama ve mahkeme yolunu kapatmama gibi özellikleri bünyesinde barındıran ilâmsız icra takibinin, hukukî niteliği itibarıyla bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilebileceği öğretide ifade edilmektedir.³⁸⁶

Cebri icra faaliyeti, kişinin hakimiyet alanına (gerek şahıs varlığı gerekse de malvarlığı yönünden) müdahalede bulunması sebebiyle sınırları belli ve öngörülebilir nitelikte olmalı, keyfiliğe imkân tanımamalı ve içeriğindeki usûl ve esasların mutlaka kanunî bir dayanağı olmalıdır.³⁸⁷ Bir yaptırım hukuku olan icra hukukunda kişilerin temel haklarına müdahale sonucu doğuran yaptırımın öngörülebilir ve kesin olması, hukuk devletinin bir gereğidir.³⁸⁸ Ayrıca cebri icra yollarının belirli olması ve takip sürecinde şekle sıkı bağlılık, hukuk devletinin gereği olan hukukî güven ortamının sağlanması bakımından da son derece önemlidir.³⁸⁹ Bir cebri icra yolu olan ilâmsız icra incelenirken

³⁸²Koç, 2021, **a.g.k.**, s. 239.

³⁸³Koç, 2021, **a.g.k.**, s. 240.

³⁸⁴Koç, 2021, **a.g.k.**, s. 245.

³⁸⁵Umar, 1973, **a.g.k.**, s. 36.

³⁸⁶Kiraz, 2008, **a.g.k.**, s. 220; Koç, 2021, **a.g.k.**, s. 254.

³⁸⁷M. Özkes (2009). *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 89; P. Çiftçi (2010). *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 125;

³⁸⁸Çiftçi, 2010, **a.g.k.**, s. 125.

³⁸⁹Özkes, 2009, **a.g.k.**, s. 127.

söz konusu değerlendirmeler göz önünde bulundurulmalı ve hakkın yerine getirilmesinde oldukça önemli bir işlevi olan ilâmsız icranın içinde boşaltılmasından kaçınılmalıdır.

Dava şartı arabuluculuğun, hakkında açık kanunî düzenleme bulunan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağına (düzenlemelerin yerindeliğine ilişkin tartışma ilgili davaların başlığında yapılacaktır) şüphe yoktur. Lâkin ilâmsız icraya ilişkin olan ve hakkında düzenleme bulunmayan uyuşmazlıkların (örneğin bir ticarî uyuşmazlığa ilişkin hacizde istihkak davası), gerek kanun koyucunun iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklar için kullandığı tahdidi sayım yöntemi gerekse de ilâmsız icra takibi için geçerli olan kanunîlik-belirlilik gibi ilkeler göz önünde bulundurularak dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

7445 Sayılı Kanun ile bazı uyuşmazlıklara ilişkin tüm davalar; ticarî uyuşmazlıklarda ve iş uyuşmazlıklarında ise itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, hukukumuzda bazı uyuşmazlıklar için ilâmsız icra takibi yapılmasının da örtülü olarak arabuluculuk şartına bağlandığı gibi bir yorum yapılabilir. Lâkin böyle bir yoruma tamamen katılamadığımızı ifade etmek isteriz. Örneğin, ticarî bir uyuşmazlıktan kaynaklanan alacağını tahsil etmek amacıyla ilâmsız icra takibi yapan alacaklı, borçlunun itirazı üzerine duran takibe devam edebilmek için itirazın iptali davası açmak istediğinde öncelikle arabulucuya başvurması gerekecektir. Ancak alacaklının elinde İİK m. 68’nde sayılan belgelerden biri var ise itirazın kaldırılması yoluna başvurarak takibin devamını sağlayabilir. Dolayısıyla ilâmsız icra takibinin tam anlamıyla arabuluculuk şartına bağlandığı söylenemez. Hukukumuzda “takip şartı arabuluculuk” gibi bir müessese yer almamaktadır.³⁹⁰

2.1. İtirazın İptali Davası

Borçlunun itirazı üzerine duran ilâmsız icra takibine, itirazın hükümden düşürülmesi suretiyle devam edilebilmesi için alacaklının başvurulabileceği yollardan bir tanesi itirazın iptali davasıdır.³⁹¹ İtirazın iptali davasının, itirazın tebliğinden itibaren bir

³⁹⁰C. Simil (2021). İcra Takiplerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması: Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu. (Ed: A. Yeşilirmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve F. Kafalı), İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, s. 391; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1577; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 195.

³⁹¹Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 114; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 179.

yıl içerisinde açılması gerekir (İİK m. 67/1). İtirazın iptali davasında yargılama usûlü bakımından genel hükümler uygulama alanı bulur.³⁹² Dava kabul edildiği takdirde alacaklı takibin devamını sağlayabilir (İİK m. 78/2), şartları oluşursa inkâr tazminatına hak kazanabilir (İİK m. 67/2) ve borçlunun da kararın tefhim veya tebliğinden itibaren üç gün içerisinde mal beyanında bulunması (İİK m. 75) gerekir. Davanın reddi halinde ise takip konusu alacağın bulunmadığı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla ortaya konulmuş olur.³⁹³ Yine şartları oluşmuşsa borçlu kötü niyet tazminatına hak kazanır (İİK m. 67/2). İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı uzun süre tartışma konusu olmuş ve 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce ne öğretide ne de içtihatlarda konuya ilişkin bir görüş birliği sağlanamamıştır. Dava şartı arabuluculuk ile ilişkisini değerlendirmeden önce itirazın iptali davasının hukukî niteliğine değinmek gerekir.

2.1.1. İtirazın iptali davasının hukukî niteliği

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüş, itirazın iptali davasının bir tespit davası olduğu yönündedir. Buna göre itirazın iptali davasında alacaklı, borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de yalnızca itirazın iptaline karar vermekle yetinmektedir. Dolayısıyla itirazın iptali davası sonucunda bir tespit ilâmı verilmektedir.³⁹⁴ Bu görüş öğretide yeterince taraftar toplayamamıştır. Ayrıca davanın ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırma amacıyla açılması ve icra inkâr tazminatı elde etme olanağı gibi hususların dikkate alınmaması gerekçesiyle de eleştirilmiştir.³⁹⁵ Eda davası açılması mümkün olduğu halde tespit davası açılmasında hukukî yarar olmadığı da göz önünde bulundurulursa, itirazın iptali davasının bir tespit davası olarak nitelendirilmesi doğru değildir.³⁹⁶

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise itirazın iptali davası eda davası niteliğindedir.³⁹⁷ Bu görüşün taraftarlarına göre, itirazın iptali davasında alacaklı hem

³⁹² Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 183; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 117.

³⁹³ Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 191; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 121.

³⁹⁴ T. Çağa (1976). Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair. *Banka ve ticaret hukuku dergisi*. 8 (3), s. 25.

³⁹⁵ İ. E. Postacıoğlu (1978). İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 9 (4), s. 966 vd.

³⁹⁶ Y. Özkan (2004). *İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 31.

³⁹⁷ Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 248; Postacıoğlu, 1978, **a.g.k.**, s. 959; A. Karşı (2014). *İcra ve İflâs Hukuku*. (3. Baskı). İstanbul: Alternatif Yayıncılık, s. 223; E. Yılmaz (2009). İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği. *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 613; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 180; B.

itirazının iptalini (ve şartları oluşmuşsa icra inkâr tazminatını) hem de borçlunun takip konusu borcu ödemeye mahkûm edilmesini isteyebilir.³⁹⁸ Mahkeme alacaklıyı haklı bulduğu takdirde onun talebine göre, “alacağın tespiti ve takibin devamına” veya “alacağın tahsili ile takibin devamına” karar verebilir.³⁹⁹

Bu konuda ileri sürülen başka bir görüşe göre ise itirazın iptali davası, takip hukukuna özgü ve nevi şahsına münhasır bir dava mahiyetindedir.⁴⁰⁰ Buna göre, itirazın iptali davasında itiraz üzerine duran takibin devamının sağlanması amaçlanır. Davanın kabulüne karar verilmiş olsa bile edaya ilişkin bir mahkûmiyet söz konusu olamayacağından, alacaklının lehine aldığı ilâm ile ilâmlı icra takibine başvurabilmesi mümkün değildir.⁴⁰¹ Kararın yalnızca icra tazminatlarına ilişkin kısmı eda hükmü içerecektir.⁴⁰² İtirazın iptali davası sonucunda hükmedilen icra tazminatları, vekalet ücreti ve yargılama giderleri için ilâmlı icra takibi yapılabilir.⁴⁰³ Eğer alacaklı, esas alacak için ilâmlı icra takibi yapmak isterse, bu durumda itirazın iptali davası yerine eda davası açmalı ve elde ettiği ilâm ile ilâmlı icra takibi yapmalıdır.⁴⁰⁴ Ancak eda davası sonunda elde edilen hükümle ilâmsız icra takibinin devamını sağlamak mümkün olmayacaktır.⁴⁰⁵ Bu davada gerçek anlamda bir alacağın bulunup bulunmadığının tespitiyle buna bağlı olarak takibin akıbetine ve şartları oluşmuşsa icra inkâr veya kötü niyet tazminatına hükmedilmektedir.⁴⁰⁶ Sonuç itibarıyla itirazın iptali davası icra hukukuna özgü ayrık bir dava olarak kabul edilmeli ve mahkemedен talep edilen hukukî korunmanın türüne göre yapılan sınıflandırmaya tâbi tutulmamalıdır.⁴⁰⁷

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin olarak içtihatla da yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.10.2005 tarihli kararına göre itirazın iptali davası icra hukukunun esaslarıyla sıkı sıkıya bağlı ve kendine özgü bir dava

Toraman (2020). Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5 (1), s. 3149.

³⁹⁸Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 272; Karşı, 2014, **a.g.k.**, s. 220.

³⁹⁹Yılmaz, 2009, **a.g.k.**, s. 615.

⁴⁰⁰Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115; T. Muşul (2013). *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I*. (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 380; Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 139; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 150; İ. Ermenek ve B. Azaklı Arslan (2020). İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 148, s. 160; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 196.

⁴⁰¹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁰²Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁰³Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 116.

⁴⁰⁴Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115.

⁴⁰⁵Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115.

⁴⁰⁶Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁰⁷Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 160.

türüdür.⁴⁰⁸ Salt bir alacak davası olarak kabul edilemeyecek itirazın iptali davasında alacaklı, hem itirazın iptali hem de alacağın tahsili talebinde bulunursa mahkemenin davacıya talebini açıklattırması gerekir.⁴⁰⁹ İtirazın iptali davalarında tahsil kararı verilebilmesi mümkün değildir.⁴¹⁰ Eda davası niteliğinde olmayan itirazın iptali davası, alacağın tahsili amacıyla açılan eda davasından niteliği ve sonuçları itibarıyla farklılık arz etmektedir.⁴¹¹

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2019 tarihli daha güncel bir kararında itirazın iptali davası genel hükümlere göre görülen bir eda davası olarak nitelendirilmiştir.⁴¹² Çeşitli hukuk dairelerinin yeni tarihli içtihatlarında da aynı yönde değerlendirme yapıldığı görülmektedir.⁴¹³ Lâkin yerleşik içtihatlar, aynı anda hem alacağın tahsiline hem de itirazın iptaline yönelik kararların bozulması gerektiği yönündedir.⁴¹⁴

2.1.2. İtirazın iptali davası ve arabuluculuk

2.1.2.1. 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem

7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde hukukumuzda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat taleplerine ilişkin ticarî davalarda (TTK m. 5/A); kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren

⁴⁰⁸ “...Bu açıklamalar da göstermektedir ki, itirazın iptali davası, takiple dolayısıyla İcra Hukukunun kendine özgü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kendine özgü bir dava türüdür. Salt alacak davasının doğuramayacağı sonuçlar bu davanın sonuçlanmasına bağlı olup, süresinde açılmayan itirazın iptali davasının sonuçlarını etkileyecek, hatta bu nedenle verilecek red kararı nedeniyle doğacak hukukî etkileri ve borçlu yararına gerçekleşecek hakları ortadan kaldıracak, takibi askıda bırakacak şekilde, eldeki itirazın iptali davasının bir başka davaya alacak (Tahsil) davasına dönüştürülerek davaya devam edilebileceğini kabule olanak bulunmamaktadır...” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.10.2005 tarih ve 2005/528 Esas ve 2005/568 Karar sayılı kararı).

⁴⁰⁹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 27.04.2015 tarih ve 2014/17928 Esas ve 2015/7816 Karar sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 19.03.2004 tarih ve 2003/4746 Esas ve 3086 Karar sayılı kararı.

⁴¹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 21.04.2003 tarih ve 2002/15291 Esas ve 4753 Karar sayılı kararı.

⁴¹¹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 27.12.2018 tarih ve 2016/2717 Esas ve 2018/11306 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.09.2002 tarih ve 2002/3721 Esas ve 2002/8144 Karar sayılı kararı.

⁴¹² “...2004 sayılı İİK’nun 67. maddesinde düzenlenen itirazın iptali davası; alacaklının, icra takibine karşı takip borçlusunun yaptığı itirazın iptali ile İİK’nun 66. Maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlayan bir eda davasıdır...” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2019 tarih ve 2017/928 Esas ve 2019/658 Karar sayılı kararı).

⁴¹³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 02.07.2019 tarih ve 2016/12755 Esas ve 2019/3727 Karar sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 16.12.2019 tarih ve 2016/8303 Esas ve 2019/5356 Karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.06.2019 tarih ve 2017/8825 Esas ve 2019/5346 Karar sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.04.2021 tarih ve 2020/5995 Esas ve 2021/4683 Karar sayılı kararı.

⁴¹⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 22.02.2018 tarih ve 2015/7334 Esas ve 2018/1247 Karar sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 24.02.2009 tarih ve 2008/16151 Esas ve 2009/2245 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.04.2007 tarih ve 2006/3032 Esas ve 2007/5881 Karar sayılı kararı.

alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda (İMK m. 3) ve son olarak tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıklarda (TKHK m. 73/A) dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıydı.

TKHK m. 73/A/1 uyarınca tüketici mahkemelerinde görülen tüm uyuşmazlıklar kural olarak dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Yine aynı düzenlemede hangi uyuşmazlıkların bu kuralın dışında tutulduğu belirtilmiştir. Tüketici mahkemelerinde görülen itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁴¹⁵ Zira tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların önemli bir bölümü dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmış olup itirazın iptali davası istisna tutulan uyuşmazlıklar arasında yer almamaktadır.

İtirazın iptali davasına yönelik tartışma özellikle dava şartı arabuluculuk kapsamındaki iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklar üzerinde toplanmaktaydı. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir dava olup sonucunda alacağın tahsiline ilişkin bir karar verilmediğinden, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almamalıdır.⁴¹⁶ Hatta itirazın iptali davasını hukukî niteliği itibarıyla eda davası kabul eden bazı yazarlar dahi arabulucuya başvurma koşulunun aranmaması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴¹⁷ İtirazın iptali davasında şartları bulunması halinde inkâr tazminatına hükmedilebilmesi de bu sonucu değiştirmemelidir. Zira inkâr tazminatı sadece itirazın iptali davasıyla beraber talep edilebilir.⁴¹⁸

⁴¹⁵İ. Özbay ve M. Erdem (2021). Ticarî Uyuşmazlıklarda ve Tüketici Uyuşmazlıklarında İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Bulunup Bulunmadığı Meselesi. *Yargıtay Dergisi*. 47 (3), s. 892; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1581; “...İlk derece mahkemesi kararında; 28/07/2020 tarih ve 31119 sayılı resmî Gazete’de yayınlanan 22/07/2020 tarih ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 59. Maddesi ile 07/11/2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 73. Maddesinden sonra gelmek üzere eklenen “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlıklı 73/A maddesi ile: Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak düzenlendiği, eldeki davanın itirazın iptali istemiyle açıldığı ve bu dava türünün arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun istisnaları arasında yer almadığı, işbu davanın da arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu anlaşılmakla; davanın 6235 sayılı Kanun’un 18/A ve HMK’nın 114,115 ve 6502 sayılı TKHK’nın 73/A maddeleri uyarınca arabuluculuk dava şartına uyulmaksızın açılmış olması nedeniyle usûlden reddine karar dair verilen kararın usûl ve yasaya uygun olup yerinde olduğu...” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 46. Hukuk Dairesinin 07.04.2021 tarih ve 2021/808 Esas ve 2021/658 Karar sayılı kararı).

⁴¹⁶Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115; Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 160; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 196; Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 139; M. Atalı (2019). İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sonuçlar: Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. (Ed: E. Erdoğan), Ankara: Pozitif Matbaacılık, s. 146; C. Eminoglu ve E. Erdoğan (2020). *Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 145.

⁴¹⁷Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 181.

⁴¹⁸Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 115.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.⁴¹⁹ İtirazın iptali davası da en nihayetinde belli bir para alacağının tahsiline yöneliktir.⁴²⁰ Bu davada “alacağın ödenmesi/tahsiline” karar verilmese bile alacağın varlığı mahkeme kararı ile belirlenmekte ve takibe devam edilmesi suretiyle alacağın tahsili sağlanmaktadır.⁴²¹ Ayrıca kanun koyucunun taraf iradelerine tâbi olan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun teşvik edilmesi yönündeki amacı göz önünde bulundurularak da aynı sonuca ulaşılabilir.⁴²² TTK m. 5/A’nde kanun koyucunun maksadının, arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıkları kategorik olarak belirlemekten ziyade arabuluculuğa elverişli olan ve konusu bir miktar para alacağı olan uyuşmazlıkları mümkün olduğu ölçüde dava şartı arabuluculuk kapsamına almak olduğu söylenebilir.⁴²³ İtirazın iptali davası sonucunda icra inkar veya kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi, dava şartı arabuluculuğa engel bir husus olmadığı gibi bu tazminat tutarları üzerinde de müzakere edilebilir.⁴²⁴ Zira her iki tazminat tutarı da talep üzerine verilmekte olup kamu düzeninden değildir.⁴²⁵

Konuya ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi içtihatlarının çoğunluğu da itirazın iptali davasının para alacağının tahsiline yönelik olması sebebiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında mülahaza edilmesi gerektiği yönündeydi.⁴²⁶ Buna karşılık, bazı kararlarda

⁴¹⁹Özbay ve Erdem, 2021, **a.g.k.**, s. 882; Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3151; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1580; İ. Koçyiğit ve A. Bulur (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s. 67; A. C. Budak (2019). *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 15 (42), s. 33; A. Paslı (2019). *Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması. Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 22; L. Börü ve İ. Koçyiğit (2021). *Ticari Dava*. (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 532; A. Yılmaz (2019). Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4 (1), s. 236.

⁴²⁰Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3151.

⁴²¹Özbay ve Erdem, 2021, **a.g.k.**, s. 881.

⁴²²Budak, 2019, **a.g.k.**, s. 33.

⁴²³Özbay ve Erdem, 2021, **a.g.k.**, s. 882.

⁴²⁴Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1580.

⁴²⁵Ş. Çil (2020). *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 247.

⁴²⁶“...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 tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. İtirazın iptali davalarında da davacı, bir para alacağının tahsili amaçlandığından, itirazın iptali davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılmadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 26.04.2019 tarih ve 2019/861 Esas ve 2019/616 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikte kararlar için bkz. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesinin 06.01.2022 tarih ve 2021/1614 Esas ve 2022/25 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin 18.02.2021 tarih ve 2021/193 Esas ve 2021/224 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesinin 01.11.2022 tarih ve 2022/1532 Esas ve 2022/1209

itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğu ve dolayısıyla dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı belirtilmekteydi.⁴²⁷ İçtihatlardaki bu farklılığın giderilmesi amacıyla Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, “*Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Kesin Nitelikte Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Karar*”ında ticarî nitelikte itirazın iptali davalarında arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olması gerektiğine hükmetmiştir.⁴²⁸

2.1.2.2. 7445 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem ve zaman bakımından uygulanması

7445 Sayılı Kanun’un 37. maddesi ile eklenen “*Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk*” başlıklı HUAK m. 18/B’de birtakım uyuşmazlıklara ilişkin davalar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmıştır.⁴²⁹ Yine 7442

Karar sayılı kararı; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin 03.11.2021 tarih ve 2021/1408 Esas ve 2021/1230 Karar sayılı kararı; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 10.09.2021 tarih ve 2021/1672 Esas ve 2021/1443 Karar sayılı kararı; Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 19.03.2020 tarih ve 2020/318 Esas ve 2020/316 Karar sayılı kararı; Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 10.09.2020 tarih ve 2020/1125 Esas ve 2020/1189 Karar sayılı kararı; Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 23.12.2022 tarih ve 2022/3497 Esas ve 2022/2514 Karar sayılı kararı.

⁴²⁷ “...icra takibiyle itirazın iptali davası arasındaki organik bağ da dikkate alındığında; [itirazın iptali] dava [sını] karakterize eden öğeler, borçlunun, itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m. 67). Bu boyutları itibarıyla sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibarıyla onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamı dışında kalır...” (Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin 17.06.2020 tarih ve 2020/808 Esas ve 2020/670 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikte kararlar için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesinin 11.04.2019 tarih ve 2019/1060 Esas ve 2019/936 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesinin 08.04.2019 tarih ve 2019/956 Esas ve 2019/925 Karar sayılı kararı.

⁴²⁸ “...itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilâmın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılabacaktır...itirazın iptali davasının 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu’nun aradığı anlamda tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların dava konusu alacak hakkında serbestçe tasarrufta bulunabileceği dava türlerinden olduğu herhangi bir kuşku ve duraksamaya yol açmayacak şekilde açıktır...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 anlaşabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticarî dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve bu nedenle başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının ticarî nitelikteki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve davadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde birleştirilmesi gerekmiş, bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiştir.” (Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 04.12.2020 tarih ve 2020/1943 Esas ve 2020/4052 Karar sayılı kararı).

⁴²⁹ “Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk”

MADDE 18/B- (1) Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır:

Sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilen Tarım Kanunu m. 13 uyarınca, tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan davaların tamamında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklara ilişkin itirazın iptali davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu söylenebilir.

7445 Sayılı Kanun'un 31. maddesi ile değiştirilen TTK m. 5/A uyarınca, ticarî davalardan konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleriyle ilgili itirazın iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Yine 7445 Sayılı Kanun'un 41. maddesi ile değiştirilen İMK m. 3 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatıyla ilgili itirazın iptali davalarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

7445 Sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin 43. maddesi uyarınca, söz konusu düzenlemeler 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 7445 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ile dava şartı arabuluculuğun 01.09.2023 tarihinden sonra açılacak menfi tespit ve istirdat davaları için geçerli olacağı açıkça düzenlenmiş; ancak itirazın iptali davası bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur.⁴³⁰ Kanun koyucunun itirazın iptali davasını düzenleme kapsamına almayı unutmuş olduğu düşünülemez.

Her ne kadar itirazın iptali davası 7445 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi kapsamı dışında tutulmuş olsa da hukukumuzda usûle ilişkin düzenlemelerin zaman bakımından uygulanmasında hâkim olan ilke “derhal uygulanırlık” ilkesidir.⁴³¹ Bu ilkeyi sınırlayan ölçüt ise tamamlanmış olan işlemlerin yeni tarihli düzenlemelerden etkilenmemesidir.⁴³² Açıldığı tarih itibarıyla dava şartlarına uygun olduğu anlaşılan bir davada mahkeme esasa ilişkin incelemeye geçer. Dolayısıyla dava şartlarına ilişkin inceleme tamamlanmış olur.⁴³³ Tarafların bilmelerinin ve öngörmelerinin mümkün olmadığı bir koşulu sonradan

a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar.

c) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar.

ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar.

⁴³⁰Tarımsal üretim sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise böyle bir ayırım yapılmamış ve Tarım Kanunu Geçici m. 5'nde dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin 01.09.2023 tarihinden itibaren açılacak davalarda uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

⁴³¹Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 18.

⁴³²S. Taşpınar Ayvaz (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 167; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2021, **a.g.k.**, s. 18.

⁴³³Taşpınar Ayvaz, 2013, **a.g.k.**, s. 279.

aramanın, hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir.⁴³⁴ Yargıtay'ın 23.12.1976 tarihli İBK'nda da dava şartlarının mevcut olup olmadığının davanın açıldığı tarihe göre tayin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴³⁵ Tüm bunlara dayanarak, 01.09.2023 tarihinden önce açılmış itirazın iptali davalarında da arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Aynı menfi tespit ve istirdat davalarında olduğu gibi kanunun yürürlüğe girdiği tarihle uyumlu bir şekilde 01.09.2023 tarihinden sonra açılacak itirazın iptali davalarında arabuluculuğu dava şartı kabul etmek, derhal uygulanma ve hukukî güvenlik ilkesi bakımından daha isabetli bir tercih olacaktır. Aksi bir kabul, bu tarihten önce itirazın iptali davasında arabuluculuğu dava şartı olarak değerlendirmeyen bir hâkim tarafından verilen ve istinaf mahkemesi incelemesinde olan bir kararın dava şartı yokluğu nedeniyle kaldırılması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi anlamına gelecektir ki bu durumun hukuk devleti ve usûl ekonomisi gibi ilkeler karşısında izahı mümkün değildir. Zira 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin açık bir kanunî düzenleme olmadığı gibi bu konuyla ilgili öğretide ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktaydı.

2.1.2.3. *Kanaatimiz*

Kanaatimizce, itirazın iptali davası sonuçlarını cebri icra hukuku sahası içerisinde doğuran bir eda davasıdır. İtirazın iptali davası ilâmsız icra takibine ilişkin bir müessese olup sonucunda verilen hükümle ancak takibin devamı sağlanabilmeli; alacağın tahsiline yönelik ilâm verilebilmesi ve sonrasında bu ilâmı ilâmlı icraya başvurulması mümkün olmamalıdır. İtirazın iptali ile ilâmsız icraya ilişkin ödeme emri kesinleşecek ve alacaklı haciz isteme yetkisine sahip olacağından, en baştan ilâmlı icraya başvurulmasına ihtiyaç da yoktur.⁴³⁶ Lâkin dava sonunda alınan ilâmı ilâmlı icraya başvurulamaması, itirazın iptali davasının eda davası niteliğinde olmadığı anlamına gelmemelidir. İtirazın iptali davasının kabulüne ve itirazın kaldırılmasına karar verilmesi halinde, borçluya takibe

⁴³⁴Taşpınar Ayvaz, 2013, **a.g.k.**, s. 280.

⁴³⁵“...Usûl hukuku yönünden ise, neticeleri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 185, 186, 187 ve 202. maddelerinde açıklandığı üzere mahkemelere, açılmış bir davayı sonuçlandırmak görevi verilmiş olur. Dava şartlarının mevcut olup olmadığı da davanın açıldığı tarihe göre tayin edilir ve açıldığı tarihteki durum ne ise ona göre hüküm verilmesi mükellefiyeti doğar...” (Yargıtayın 23.12.1976 tarih ve 1976/7 Esas ve 1976/6 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı).

⁴³⁶Muşul, 2013, **a.g.k.**, s. 382.

katlanma yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır. Nasıl ki kabulü halinde takibe katlanma yükümlülüğü getiren tasarrufun iptali davasının eda davası niteliğinde olduğu kabul ediliyorsa itirazın iptali davasının da yine aynı gerekçeyle eda davası olarak kabulü gerekir.⁴³⁷ Ancak itirazın iptali davasının eda davası yönü sadece takibin devamına yönelik olmalı, adi bir alacak davası gibi algılanmamalıdır.

Bilindiği üzere dava şartları kamu düzenine ilişkin olup yerine getirilmeleri zorunluluğu sebebiyle mahkemelere erişim hakkını ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Buna dayanarak, dava şartlarının kanunî bir dayanağa sahip olmasının anayasal bir gereklilik olduğu söylenebilir (Anayasa m. 13). 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğuna ilişkin açık bir kanunî düzenleme söz konusu olmadığı gibi gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında konuya ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktaydı. Kanaatimizce, açık bir yasal düzenleme olmadığı dönemde itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını kabul etmek daha isabetli bir değerlendirme olurdu. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere itirazın iptali davası sonuçlarını icra hukuku sahasında doğuran (icra hukukuna özgü) bir eda davasıdır. Açık bir kanunî düzenleme olmadan onun dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğunu kabul etmek, icra hukuku için geçerli olan kanunîlik-belirlilik gibi ilkelere de aykırı bir yorum olacaktır. Konuya farklı bir yönden yaklaşp ilâmsız icranın da bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi niteliğinde olduğunu göz önünde bulundurursak, kuşkulara yer bırakmayacak bir düzenleme olmadan, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini sürdürmenin diğerine başvurulması şartına bağlı olduğunun kabul edilmesinin ne kadar yerinde olacağı da tartışmaya açıktır.

7445 Sayılı Kanun ile kanun koyucu, bu konudaki tereddütleri gidermiş ve itirazın iptali davasını dava şartı arabuluculuk kapsamına almıştır. Artık arabuluculuğun dava şartı olduğu uyuşmazlıklarda, itirazın iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin bir yasal dayanak tartışması kalmamıştır. Lâkin bu düzenleme yerindelik bakımından değerlendirilebilir.

⁴³⁷Tasarrufun iptali davasının eda davası niteliğinde olduğuna ilişkin bkznz. Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 586; L. Börü (2009). İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 58 (3), s. 485; T. Akkaya (2006). Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 2 (3), s. 668.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bu düzenlemelerle beraber ilâmsız icranın işlevsizleştiği yönündeki eleştirilere iştirak etmemekteyiz. Zira ticarî uyuşmazlıklar için azami sekiz hafta, geriye kalan uyuşmazlıklar için ise azami dört haftalık bir arabuluculuk sürecinden sonra anlaşma sağlanamaması halinde itirazın iptali davası açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanında, alacaklının elinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmasını sağlayacak belgelerden biri var ise itirazın iptali davası açılmasına ve dolayısıyla arabuluculuğa başvurulmasına gerek kalmadan, itiraz hükümden düşürülerek takibin devamı sağlanabilecektir. İtirazın iptali davası açılmasının arabuluculuk şartına bağlandığı uyuşmazlıklarda alacaklının elinde itirazın kaldırılmasını sağlayan belgelerden birisi yok ise ilâmsız icra takibi yapılmasının da örtülü olarak arabuluculuk şartına bağlandığı söylenebilir. Ancak borçlunun itiraz etmemesi sebebiyle takibin kesinleşmesi ihtimalini de göz önünde bulundurmak gerekir.

İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmasıyla dava şartı arabuluculuk hükümlerinin işlevsiz bırakılmasının önüne geçildiği söylenebilir. Zira itirazın iptali davasının arabuluculuk şartına bağlı olmaması halinde, arabuluculuğun dava şartı olduğu bir uyuşmazlık için ilâmsız icraya ve daha sonra da itirazın iptali davasına başvurularak alacağın varlığı genel mahkemelerde tartışma konusu yapılabilecektir. Bu durum ise dava şartı arabuluculuktan beklenen verimin alınamaması, mahkemelerin iş yükünde bir değişim olmaması ve arabuluculuğun yaygınlaştırılması hedefine ulaşamaması sonucunu doğuracaktır.

Tüm bunlara dayanarak, tarafların anlaşması halinde cebri icra sistemi meşgul edilmeden uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ihtimaline binaen itirazın iptali davası açılmasının belli bir süre ertelenmesinin ve kanun koyucunun buna ilişkin açık düzenleme yapmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu düzenleme, yürürlüğe girdiği 01.09.2023 tarihinden sonra açılacak itirazın iptali davaları için geçerli olmalıdır. 7445 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde itirazın iptali davasından bahsedilmemiş olması, kanun koyucunun itirazın iptali davasına ilişkin düzenlemeye açıklayıcı veya malumun ilanı bir nitelik atfettiği şeklinde anlaşılabilir. Lâkin yukarıda da belirtildiği üzere usûle ilişkin düzenlemelerde derhal uygulanırlık ilkesi hâkim olup söz konusu düzenleme 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu tarihten önce açılmış itirazın iptali davalarında arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmemeli; arabuluculuğa başvurulmadığından bahisle usûlden ret kararı

verilmemelidir. Aksi bir kabul, hukuk devleti, hukukî güvenlik ve cebri icrada belirlilik gibi ilkeler bakımından eleştiriye açıktır.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir özel hukuk uyuşmazlığı olması gerekir. İtirazın iptali davası, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan para veya teminat alacağının tahsili amacıyla başlatılan ilâmsız icra takibinin bir aşaması olduğundan, konusunu bir özel hukuk uyuşmazlığının oluşturduğu söylenebilir.⁴³⁸ Ayrıca dava konusu olan para veya teminat alacağı üzerinde de taraflar serbestçe tasarruf edebilirler. Buna dayanarak, itirazın iptali davasının arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan bir uyuşmazlık hakkında da taraflar dilerlerse itirazın iptali davası açmadan önce arabuluculuğa müracaat edebilirler.

2.1.3. İtirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması ve olası sonuçlar

İtirazın iptali davası açılmadan önce başvurulacak arabuluculuk sürecinin sona ermesi, üç farklı olasılık dahilinde incelenebilir. İlk olasılık, tarafların müzakereler sonucunda anlaşma sağlayamamış olmasıdır. Bu durumda üzerinde anlaşılan bir husus söz konusu olmadığından, HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağı devreye girmeyecek ve alacaklı itirazın iptali davası açabilecektir.

İkinci olasılık ise müzakereler sonunda anlaşmanın gereği olarak alacaklının başlattığı ilâmsız icra takibinden vazgeçeceği taahhüdünde bulunmasıdır. Bu durumda geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleneceğinden HUAK m. 18/5 uyarınca anlaşılan hususlarda dava açma yasağı işlerlik kazanmış olacaktır. Dolayısıyla alacaklının itirazın iptali davası açabilmesi mümkün değildir. Zira taraflar, söz konusu ilâmsız icra takibinin akıbeti üzerinde anlaşmışlar ve anlaşma belgesinin borçlusuna takipten vazgeçme yönünde edim yüklemişlerdir. Lâkin itirazın kaldırılması yoluna başvurularak takibin sürdürülmesi tehdidi hala devam etmektedir. Bu durumda borçlu, kayıtsız şartsız

⁴³⁸Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.09.2015 tarih ve 2015/417 Esas ve 2015/1755 Karar sayılı kararında, kamu idaresinin kamu alacağının tahsili için İcra İflâs Kanunu veya Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine başvurmakta seçimlik hakkı olduğu yönünde değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu değerlendirme, böyle bir seçimlik hakkın varlığını ortaya koyan açık bir kanun hükmünün bulunmaması ve kamu alacağının İcra İflâs Kanunu hükümlerince tahsilinde kamu yararı olmadığı gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler için bkz. T. Candan (2023). *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun*. (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 3-4.

para borcu içeren ve imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş arabuluculuk anlaşma belgesini ileri sürerek itirazın kaldırılması talebinin reddini sağlayabilir (İİK m. 68/2). Alacaklı, borçlunun ileri sürdüğü anlaşma belgesinde yer alan imzanın sahteliğini ileri sürerse, mahkemece İİK m. 68/a kapsamında imza incelemesi yapılarak bunun sonucuna göre karar verilir (İİK m. 68/5).

Bunun yanında, anlaşma belgesinde vazgeçme taahhüdünde bulunduğu takip hakkında herhangi bir tasarrufta bulunmamış veya takibe devam eden alacaklının buna zorlanması gerekir. Bunun için ilâmsız icra takibine başvurulamaz. Zira ilâmsız icraya ancak para ve teminat alacakları için müracaat edilebilir (İİK m. 42/1). O halde borçlunun arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alarak bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası hükümleri (İİK m. 30) kapsamında ilâmlı icra takibi yapması gerekir.

Üçüncü ve son olasılık ise borçlunun takip konusu borcu kısmen veya tamamen alacaklıya ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Bu sayede borçlu, mallarının haczedilip satılmasının da önüne geçmiş olur. Kısmen ödemenin taahhüt edilmesi halinde anlaşma sağlanamayan kısım için itirazın iptali davası açılabilir. Buna karşılık, takip konusu borcun tamamının ödeneceği hususunda uzlaşmış veya anlaşma belgesinden borcun daha az bir bedel üzerinden yenilendiği açıkça anlaşılıyor ise HUAK m. 18/5’nde yer alan dava açma yasağı gereği itirazın iptali davası açılabilmesi mümkün değildir. Borçlunun taahhüdünü yerine getirmemesi halinde, alacaklı, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi aldıktan sonra ilâmlı icraya başvurarak alacağının tahsilini sağlayabilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmadığı takdirde, para veya teminat alacakları için ilâmsız icraya başvurulmasının önünde bir engel olmaması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Dolayısıyla, borcun ödeneceğine ilişkin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi talep etmeyen alacaklının ilâmsız icra takibine müracaat edebilmesi mümkündür. Bu durumda alacaklı, daha önce başlatmış olduğu ilâmsız takip dosyası üzerinden de alacağının tahsilini sağlayabilir. Borçlunun takibe itiraz etmesi halinde bu itirazı hükümden düşürmek isteyen alacaklının, HUAK m. 18/5’nde yer alan dava açma yasağı sebebiyle itirazın iptali davası açabilmesi mümkün değildir. Zira dava açma yasağı düzenlemesi ile amaçlanan, anlaşma belgesi üzerinde anlaşılmış hususların mahkeme önünde yeniden tartışılmasının önüne geçilmesidir. Böyle bir durumda alacaklı, icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunarak ilâmlı icraya başvurabilir ve alacağının daha basit ve süratli olarak tahsilini sağlayabilir. İlâmlı icra takibine başvuru

imkânı varken itirazın iptali davası açılmasında hukukî yararın da bulunmadığı kanaatindeyiz. Anlaşma belgesi dayanak kılınarak icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılması talep edildiği takdirde ise bir adi senet olan anlaşma belgesi üzerindeki imzanın borçlu tarafından ikrar edilmiş olması gerekir (İİK m. 68/1). Borçlu, anlaşma belgesi üzerinde yer alan imzaya ayrıca ve açıkça itiraz ederse yalnızca itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurulabilir. Mahkemece imza incelemesi yapıp itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmesi halinde, alacaklı geçici haciz isteyebilir ve borçlunun bu kararın tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açması gerekir (İİK m. 69/2). Aksi takdirde itirazın geçici kaldırması kararı ve varsa geçici haciz kesinleşir, alacaklı icra takibine devam ederek haciz isteminde bulunabilir (İİK m. 69/3). Niteliği itibarıyla bir menfî tespit davası olan borçtan kurtulma davasında takip konusu borcun gerçekten var olup olmadığı tartışma konusu yapılmaktadır. Lâkin bu davada borçlunun asıl iddiası anlaşma belgesinde yer alan imzanın kendisine ait olmadığıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, anlaşma belgesinin sahteliği iddiasıyla açılan davaların HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağına tâbi olmaması gerekir. O halde borçlu, dava açma yasağına takılmadan borçtan kurtulma davası açacak, söz konusu imzanın borçluya ait olup olmadığı mahkemece değerlendirilecek ve mahkemenin maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararıyla uyuşmazlık çözümlenmiş olacaktır.

Alacaklı takip başlatmadan önce taraflar arabuluculuğa başvurmuş ve anlaşma sağlanamamış olabilir. Daha sonra alacaklının başlatacağı ilâmsız icra takibinin borçlunun itirazı ile durması üzerine, itirazı hükümden düşürmek amacıyla açılacak itirazın iptali davasında yeniden dava şartı arabuluculuğa başvurulmasına gerek yoktur. Zira HUAK Yön. m. 23/2 uyarınca, tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla arabuluculuk başvurusu yapıldığı takdirde, başvurunun hukukî sonucu bakımından ilk başvuru esas alınır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kanun yararına temyiz başvurusu üzerine vermiş olduğu bir kararında da aynı yönde değerlendirme yapılmıştır.⁴³⁹

⁴³⁹“...Davacının açmış olduğu alacak davasının usulden reddine karar verilmesinin, aynı alacakların konu edildiği ikinci davadan önce yeniden dava şartı arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kıldığı şeklinde bir sonuca varmak mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına sebebiyet verir. Arabuluculuk ile elde edilmek istenen fayda, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların arabulucu eşliğinde müzakere yoluyla hızlı, çabuk ve ucuz biçimde çözümlenmesidir. Bu sebeple ilk davanın hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddi üzerine, daha önce müzakere edilen ve anlaşma sağlanamayan alacaklar

2.2. Menfi Tespit Davası

Bir hakkın ya da hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan davalara tespit davası denir (HMK m. 106/1). Tespit davaları kendi içerisinde müspet tespit davaları ve menfi tespit davaları olmak üzere ikiye ayrılır. Tespit davaları; bir hakkın ya da hukukî ilişkinin varlığının belirlenmesini konu alıyorsa müspet tespit davası, yokluğunun saptanmasını konu alıyorsa menfi tespit davası olarak adlandırılır.⁴⁴⁰ Örneğin, İİK m. 72/2’nda düzenlenmiş olan ve davacının kendisine yönelik bir takip başlatılacağı endişesiyle davalıya karşı borcunun bulunmadığının tespitine yönelik açtığı dava bir menfi tespit davasıdır.⁴⁴¹

7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı hususunda ne öğretide ne de içtihatla görüş birliği bulunmamaktaydı. Ancak menfi tespit davasının hukukî niteliğine ilişkin itirazın iptali davasında olduğu gibi bir görüş ayrılığı söz konusu değildir. Menfi tespit davasının bir tespit davası olduğu kuşkusuzdur.

2.2.1. Menfi tespit davası ve arabuluculuk

2.2.1.1. 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem

7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce hukukumuzda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat taleplerine ilişkin ticarî davalarda (TTK m. 5/A); kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda (İMK m. 3) ve tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıklarda (TKHK m. 73/A) arabuluculuk dava şartıydı.

TKHK m. 73/A/1 uyarınca tüketici mahkemelerinde görülen tüm uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Yine aynı hükümde bu kuralın istisnaları da belirtilmiş olup söz konusu istisnalar arasında menfi tespit davası

bakımından yeniden arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılmak, hem arabuluculuğun amacına aykırıdır hem de mahkemeye erişim hakkını zedeler. Kaldı ki Yönetmelik’in ilgili hükmünde tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvurunun esas alınması gerektiği de açıkça ifade edilmiştir...” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.11.2023 tarih ve 2023/17941 Esas ve 2023/17336 Karar sayılı kararı).

⁴⁴⁰Tanrıver, 2021, **a.g.k.**, s. 625; Kuru ve Budak, 2010, **a.g.k.**, s. 73 vd.

⁴⁴¹Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2021, **a.g.k.**, s. 218.

yer almamaktadır. Buna bağılı olarak tüketici mahkemelerinde görülen menfi tespit davalarında arabuluculuğun dava şartı olduğı söylenebilir.⁴⁴²

Konuya ilişkin tartışma daha çok iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklar üzerinde toplanmaktaydı. Öğretide bu konuda ileri sürülen bir görüş, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiğı yönündedir.⁴⁴³ Bu görüşe göre gerek TTK m. 5/A’nde gerekse de İMK m. 3’nde (iş iade davaları hariç) yalnızca konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Söz konusu taleplerin tamamı eda şeklinde olup menfi tespit davasında sadece borçlu olunmadığının tespiti ile yetinildiğinden, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmesi gerekir.⁴⁴⁴ Eğer aksi yönde bir uygulama hedefleniyorsa hukuku zorlamak yerine bu konuda açık hüküm koymak daha isabetli olacaktır.⁴⁴⁵ Menfi tespit davasını dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmenin icra hukukunda geçerli olan menfaat dengesi ilkesine de aykırı sonuçları olabilir. Cebri icra tehdidinin varlığı sebebiyle menfi tespit davası açmak isteyen borçlunun dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvurduğu düşünülürse alacaklı, derhal icra takibi başlatıp borçlunun takip başlatılmadan önce borcun yüzde on beşi oranında teminat göstererek takibi durdurma imkânını (İİK m. 72/2) elinden alabilir.⁴⁴⁶

Öğretideki diğ er görüşe göre ise menfi tespit davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.⁴⁴⁷ Kanun metninde yer alan alacak ve tazminat davaları ifadesinin, dava dilekçesinde yer alan talep sonucunun değil dava sebebinin dikkate alınarak yorumlanması gerekir.⁴⁴⁸ TTK m. 5/A, sadece lafzıyla değil amacıyla beraber ele alınmalıdır.⁴⁴⁹ Arabuluculuk, belli bir dava türünü veya türlerini değil uyuşmazlık türlerini esas aldığından ve TTK m. 5/A’nin gerekçesinde de uyuşmazlık kriterine işaret

⁴⁴²O. Dür (2021). Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Dava Şartları ve İlâmsız İcra Takibi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Sayı: 48, s. 239.

⁴⁴³M. Özekes ve P. Çiftçi (2020). Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM kararları örneğinden bir bakış). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 148, s. 127; Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 139; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 191; Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 163; Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 141; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1582; Atalı, 2019, **a.g.k.**, s. 151; Eminoğlu ve Erdoğan, 2020, **a.g.k.**, s. 156.

⁴⁴⁴Özekes ve Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, s. 128; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1582; Eminoğlu ve Erdoğan, 2020, **a.g.k.**, s. 156.

⁴⁴⁵Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, s. 191.

⁴⁴⁶Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 141.

⁴⁴⁷Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3163; Koçyiğit ve Bulur, 2019, **a.g.k.**, s. 68; Budak, 2019, **a.g.k.**, s. 33.

⁴⁴⁸Budak, 2019, **a.g.k.**, s. 33.

⁴⁴⁹Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3162.

edildiğinden, uyuşmazlık konusu belli bir para alacağının mevcut olup olmadığı olan menfi tespit davaları da dava şartı arabuluculuğa tâbidir.⁴⁵⁰ Ayrıca takip alacaklısı itirazın iptali davası açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorundayken, takip borçlusunun doğrudan menfi tespit davası açabileceğini kabul etmek, medeni usûl hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesine de aykırı bir yorum olacaktır.⁴⁵¹

Konuya ilişkin bölge adliye mahkemesi içtihatları da farklılık göstermekteydi. Bazı kararlarda kanunun lafzına bağlı kalınarak menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almaması gerektiği yönünde değerlendirme yapılmıştır.⁴⁵² Buna karşılık diğer kararlarda ise menfi tespit davalarında dava konusunun en nihayetinde bir miktar para alacağı olduğu ve dolayısıyla arabuluculuğun dava şartı olarak işlerlik kazanması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁵³ Bölge adliye mahkemesi içtihatları arasındaki farklılıklar üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 13.02.2020 tarihli “*Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Kararı*”nda ticarî nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce

⁴⁵⁰Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3163.

⁴⁵¹Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3164.

⁴⁵²“...Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğa tâbi tuttuğu dava türlerini istem sonucuna göre sınırlamış ve istem sonucunun bir miktar alacağın ödenmesi ve tazminat olarak açıklamıştır. Menfi tespit davası ise esasen bir eda davası değil "tespit" davasıdır. Dava devam ederken alacağın ödenmesi ve istirdatla dönüşmesinde de durum değişmeyecektir. Zira istirdat istemi menfi tespit isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. Somut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup menfi tespit istemi; 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tâbi değildir ve somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır...” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 15.11.2019 tarih ve 2019/2603 Esas ve 2019/2482 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikte kararlar için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 26.12.2019 tarih ve 2019/1709 Esas ve 2019/1695 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 09.05.2019 tarih ve 2019/1086 Esas ve 2019/1021 Karar sayılı kararı; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin 11.07.2019 tarih ve 2019/1722 Esas ve 2019/882 Karar sayılı kararı; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin 09.07.2019 tarih ve 2019/1107 Esas ve 2019/1478 Karar sayılı kararı.

⁴⁵³“...Ancak uyuşmazlık konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın niteliğinin önemi yoktur. İster alacak, ister menfi tesbit, ister istirdat, ister itirazın iptali, ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası "dava konusunun bir miktar para alacağı" olduğudur. Arabuluculuk dava şartının sadece alacak ve tazminat davalarında uygulanacağını kabulün sınırlayıcı bir yorum olduğu ve menfi tesbit davalarının da istirdatla dönüşebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle 6102 Sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince menfi tespit talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi usûl ve yasaya uygun olduğundan davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir...” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 26.12.2019 tarih ve 2019/2253 Esas ve 2019/1641 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikte diğer kararlar için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 21.11.2019 tarih ve 2019/1988 Esas ve 2019/1829 Karar sayılı kararı; Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 17.10.2019 tarih ve 2019/1683 Esas ve 2019/837 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesinin 28.06.2019 tarih ve 2019/1734 Esas ve 2019/1521 Karar sayılı kararı.

arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olmadığına hükmetmiştir.⁴⁵⁴ Bunun üzerine, menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğunu kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi daireleri dahi menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde karar vermeye başlamıştır.⁴⁵⁵

2.2.1.2. 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 7445 Sayılı Kanun'un 37. maddesi ile eklenen “*Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk*” başlıklı HUAK m. 18/B’nde birtakım uyuşmazlıklara ilişkin davalar herhangi bir dava türü zikredilmeksizin dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmıştır. Yine 7442 Sayılı Kanun’un 3. maddesi ile değiştirilen Tarım Kanunu m. 13 uyarınca tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan davalarda arabuluculuk dava şartıdır. Söz konusu düzenlemelerde herhangi bir dava türü belirtilmediğinden, bu uyuşmazlıklara ilişkin menfi tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

7445 Sayılı Kanun’un 31. maddesi ile değiştirilen TTK m. 5/A uyarınca ticarî davalardan konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleriyle ilgili menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunludur. Yine 7445 Sayılı Kanun’un 41. maddesi ile değiştirilen İMK m. 3 uyarınca kanuna, bireysel

⁴⁵⁴“...Bir ticarî davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre; (a) Öncelikle konusu, bir miktar paranın ödenmesi olmalı, (b) Sonra dava konusu olan bir miktar paranın ödenmesi için yapılan talep, bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmelidir. Bu koşulların bulunması halinde dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olacaktır. Bu koşulların gerçekleşmediği ticarî davalarda davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak kabul edilmeyecektir. Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. Hal böyle olunca, yukarıda mahiyeti açıklanan menfi tespit davalarının ticarî bir dava olduğu için TTK’nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukukî sakıncalara da neden olacaktır...” (Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13.02.2020 tarih 2020/85 Esas ve 2020/454 Karar sayılı kararı).

⁴⁵⁵“...Bu durumda Dairemiz menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tâbi olduğu görüşünde ise de, Yüksek Yargı kararlarında anılan görüşün aksi olacak şekilde menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tâbi olmadığı görüşü benimsendiğinden Dairemizce verilen karar ile kesinleşen dosyalar yönünden Yüksek Yargı kararları ile çelişecek şekilde sonuç doğmaması amacıyla Yüksek Yargı kararları doğrultusunda uygulama yapılması hakkaniyete ve usûl ekonomisine uygun görülmüştür...” (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesinin 07.06.2021 tarih ve 2020/1042 Esas ve 2021/754 Karar sayılı kararı). Aynı dairenin benzer nitelikte başka bir kararı için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesinin 10.06.2021 tarih ve 2021/168 Esas ve 2021/776 Karar sayılı kararı.

veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatıyla ilgili menfi tespit davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

7445 Sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin 43. maddesi uyarınca söz konusu düzenlemeler 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca 7445 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre menfi tespit davasına ilişkin dava şartı arabuluculuk, 01.09.2023 tarihi itibarıyla açılacak davalarda geçerli olacaktır. Buna dayanarak kanun koyucunun, yeni düzenlenmenin yürürlük tarihinden önceki dönemde, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği yönündeki görüşü benimsediği söylenebilir.

7445 Sayılı Kanun'un 36. maddesiyle değiştirilen HUAK m. 18/A/16 uyarınca arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra başvuran taraf aleyhine icra takibi yapılır ve başvuran taraf bu takibe karşı son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde İİK m. 72'nde düzenlenen menfi tespit davasını açarsa talep etmesi halinde İİK m. 72/2 uygulanır. Dolayısıyla bu davalarda da aynı icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında olduğu gibi, alacağın yüzde on beşinden az olmayan bir teminat yatırılır ve mahkeme de uygun görürse icra takibinin durdurulması yönünde ihtiyatî tedbire karar verilebilir.

2.2.1.3. Kanaatimiz

7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde dava şartı arabuluculuğa tâbi olan iş uyuşmazlıklarına ve ticarî uyuşmazlıklara ilişkin düzenlemelerde, konusu bir miktar para alacağı olan alacak-tazminat taleplerinden ve dolayısıyla eda davalarından bahsedilmekte olduğundan, niteliği itibarıyla bir tespit davası olan menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi bir kabul, dava şartı arabuluculuğun kapsamını kanun koyucunun öngörmediği şekilde genişleterek mahkemelere erişim hakkını sınırlandıracak ve hak arama özgürlüğüne aykırı bir durumun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığına ilişkin bir tereddüt kalmamıştır. Ancak bu düzenlemelerin yerindeliği tartışma konusu yapılabilir.

Alacaklının bir eda davası açmadan önce arabulucuya başvurması gerekirken borçlunun borçlu olmadığı tespitini amacıyla açtığı menfi tespit davasında

arabuluculuğun dava şartı olmamasının alacaklı ve borçlu arasında bir eşitsizliğe sebep olacağı açıktır. Hatta itirazın iptali davasının arabuluculuk şartına bağlı olduğunun kabul edilmesi halinde, menfi tespit davasının da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması bir gerekliliktir. Zira borçlunun itirazı üzerine duran ilâmsız icra takibinin devamını sağlamak amacıyla açılan itirazın iptali davasında alacaklı önce arabulucuya başvurmak zorundayken borçlu doğrudan menfi tespit davası açabilecek ve bu durum icra hukuku için de geçerli olan silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum teşkil edecektir.⁴⁵⁶

Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınması halinde, tarafların arabulucuya başvurmalarının ardından alacaklının takip başlatabileceği ve bu durumda borçlunun İİK m. 72/2’nda icra takibinden önce açılan menfi tespit davaları için öngörülen takibin durdurulması yönündeki ihtiyati tedbirden faydalanamayacağı, böyle bir durumun da icra hukukunda geçerli olan menfaat dengesine aykırılık teşkil edeceği öğretide haklı olarak ifade edilmekteydi.⁴⁵⁷ Kanun koyucu, 7445 Sayılı Kanun’un 36. maddesiyle değiştirilen HUAK m. 18/A/16 ile ortaya çıkabilecek bu dengesizliğin önüne geçmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra başvuran taraf aleyhine icra takibi yapılır ve başvuran taraf bu takibe karşı son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde İİK m. 72’nde düzenlenen menfi tespit davasını açarsa, talep etmesi ve alacağın yüzde on beşinden az olmayan bir teminat yatırması halinde, mahkemenin de uygun görmesiyle İİK m. 72/2’nda düzenlenen takibin durdurulması yönündeki ihtiyatî tedbirden yararlanabilir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun menfi tespit davasını dava şartı arabuluculuğa tâbi kılması, gerek arabuluculuğun yaygınlaştırılması amacı gerekse de silahların eşitliği ilkesi bakımından isabetli bir tercihtir. Bunun yanında, borçlunun takibin durdurulması yönündeki ihtiyati tedbirden arabuluculuğa başvurulup aleyhine takip başlatıldıktan sonra da faydalanabilmesi borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesinin korunması için son derece önemlidir. Söz konusu düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce ne öğretide ne de yargı kararlarında konuya ilişkin bir görüş birliği bulunmadığından, bunların yürürlüğe girdikleri tarihle uyumlu olacak şekilde 01.09.2023 tarihinden itibaren açılacak davalarda uygulanacağına ilişkin tercih de yerindedir.

⁴⁵⁶Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3164.

⁴⁵⁷Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 141.

Dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin menfi tespit davalarında, dava konusu üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edebildikleri sürece ihtiyarî olarak arabuluculuğa başvurulabilmesi mümkündür.

2.2.2. Menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması ve olası sonuçlar

Menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulup anlaşma sağlanamaması halinde, HUAK m. 18/5’nda düzenlenen dava açma yasağı devreye girmeyecektir. Bu durumda borçlu olunmadığının tespiti için menfi tespit davası açılabilir.

Arabuluculuk süreci sonunda borcun bulunmadığı yönünde anlaşma sağlanması halinde ise HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağı işlerlik kazanacak ve borçlu olan taraf borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası; alacaklı ise yokluğu üzerinde anlaşılmış alacak için eda davası açamayacaktır. Taraflardan birisinin diğerine borcunun bulunmadığına ilişkin anlaşma belgesinde cebri icraya elverişli olmayan bir tespit hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla böyle bir anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulamaz (HUAK m. 18/3). Anlaşmaya rağmen alacaklının borçlu aleyhine ilâmsız icra takibi başlatması halinde, borçlunun itirazı üzerine takip duracak ve alacaklı itirazın hükümden düşürülmesi amacıyla itirazın iptali davası açamayacaktır. Zira HUAK m. 18/5 uyarınca dava açma yasağı devrededir. Davaya konu edilen alacağın yokluğu üzerinde anlaşma sağlanmıştır. İtirazın iptali davasının açılabilmesi kabul edilse bile, adi senet ve kesin delil hükmündeki anlaşma belgesinin borçlu tarafından mahkemeye ibraz edilmesi ve mahkemece bu anlaşma belgesinde yer alan imzanın alacaklıya ait olduğunun anlaşılması halinde davanın esastan reddedilmesi gerekir. Zira HMK m. 205/1 uyarınca mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilene kadar kesin delil sayılır. Kesin delil ile ispat edilen bir vakianın doğru kabul edilmesi zorunludur. Hâkimin kesin delillerle varlığı ortaya konulmuş vakıalar bakımından takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁵⁸

Alacaklının icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmesi halinde, borçlu söz konusu borcun gerçekte var olmadığını kayıtsız şartsız ortaya koyan ve imzası

⁴⁵⁸Kuru ve Aydın, 2021a, **a.g.k.**, s. 648; Pekcanitez vd., 2021, **a.g.k.**, s. 373.

alacaklı tarafından ikrar edilmiş anlaşma belgesini ibraz ederek talebin reddini sağlayabilir (İİK m. 68/2). Alacaklı, anlaşma belgesi altında yer alan imzanın sahteliğini iddia ederse, mahkemece İİK m. 68/a kapsamında imza incelemesi yapılarak bunun sonucuna göre karar verilir (İİK m. 68/5).

2.3. İstirdat Davası

Borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi veya itirazının kaldırılmasıyla beraber takip kesinleşir. Borçlu, kendisi aleyhine takip başlatılmadan önce bir menfi tespit davası açarak takibin durdurulması yönünde ihtiyatî tedbir kararı almamışsa takip konusu borcu ödemek zorunda kalacaktır.⁴⁵⁹ Söz konusu alacak daha önce verilmiş bir mahkeme kararıyla kesin hükme bağlanmış olmadığından, borçlu, gerçekte borçlu olmadığına dair bir dava açabilir.⁴⁶⁰ İşte gerçekte borçlu olmadığı bir parayı cebri icra tehdidi altında ödemiş olan borçlunun, ödediği paranın kendisine geri verilmesini sağlamak amacıyla parayı ödediği tarihten itibaren bir sene içerisinde açabileceği davaya istirdat davası denir (İİK m. 72/7). Söz konusu paranın icra dairesi hesabına yatırılmış olması yeterli olup ayrıca icra dairesince alacaklıya ödenmesi gerekmez.⁴⁶¹ Cebri icra tehdidinden maksat, borçlunun itiraz etmemesi veya itirazının kaldırılması üzerine kesinleşen takip nedeniyle ödemenin yapılmış olmasıdır.⁴⁶² Borçlu daha önce bir menfi tespit davası açmış fakat ihtiyatî tedbir kararı alamaması sebebiyle dava sonuçlanmadan önce borcu ödemek zorunda kalmışsa, söz konusu davaya istirdat davası olarak devam olunur (İİK m. 72/6). İstirdat davasının açılması için öngörülen bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu ve bu sürenin kaçırılması halinde paranın iadesini sağlamak amacıyla genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası açılabileceği ifade edilmektedir.⁴⁶³ İstirdat davasının, hukukî niteliği itibarıyla bir eda davası olduğu öğretilde genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 147.

⁴⁶⁰Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 147.

⁴⁶¹Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 237.

⁴⁶²Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 237.

⁴⁶³Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 149.

⁴⁶⁴Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 357; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 236; Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 147.

2.3.1. İstirdat davası ve dava şartı arabuluculuk

2.3.1.1. 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönem

7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce hukukumuzda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat taleplerine ilişkin ticarî davalar (TTK m. 5/A); kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalar (İMK m. 3) ve son olarak tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıklar (TKHK m. 73/A) dava şartı arabuluculuk kapsamındaydı.

Dava şartı arabuluculuğa tâbi olan iş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda, istirdat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktaydı.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, istirdat davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabul edilmemesi gerekir.⁴⁶⁵ Zira istirdat davası, şartları İİK m. 72’nde açıkça belirtilen ve yalnızca ilâmsız icra takibine özgü bir dava olup adi bir alacak davası gibi kabul edilmesi doğru bir yaklaşım değildir.⁴⁶⁶ Ayrıca böyle kabul edilse dahi cebri icra tehdidi altında ödeme yapan borçlunun istirdat davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda olması, icra hukukunda geçerli olan menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulması anlamına gelecektir.⁴⁶⁷ Diğer bir görüşe göre ise istirdat davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olması gerekir.⁴⁶⁸ Zira istirdat davası da sebepsiz zenginleşmeye dayanan tipik bir eda davasıdır.⁴⁶⁹

2.3.1.2. 7445 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem

7445 Sayılı Kanun’un 37. maddesi ile eklenen “*Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk*” başlıklı HUAK m. 18/B’nde birtakım uyuşmazlıklara ilişkin davaların tamamı dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmıştır. Yine 7442 Sayılı Kanun’un 3. maddesi ile değiştirilen Tarım Kanunu m. 13 uyarınca tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan davalarda arabuluculuk dava şartıdır. Mezkûr düzenlemelerde herhangi bir

⁴⁶⁵Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 142; Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 164; Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 399.

⁴⁶⁶Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 142.

⁴⁶⁷Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 164.

⁴⁶⁸Koçyiğit ve Bulur, 2019, **a.g.k.**, s. 68; Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3163.

⁴⁶⁹Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3163; Özbek, 2022, **a.g.k.**, s. 1581.

dava türü belirtilmediğinden, istirdat davasının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

7445 Sayılı Kanun'un 31. maddesi ile değiştirilen TTK m. 5/A uyarınca ticarî davalardan konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleriyle ilgili istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunludur. Yine 7445 Sayılı Kanun'un 41. maddesi ile değiştirilen İMK m. 3 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatıyla ilgili istirdat davalarında da arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

7445 Sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin 43. maddesi uyarınca söz konusu düzenlemeler 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca 7445 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre istirdat davasına ilişkin dava şartı arabuluculuk, 01.09.2023 tarihinden itibaren açılan davalarda işlerlik kazanacaktır. Buna dayanarak, kanun koyucunun yeni düzenlenme yürürlüğe girmeden önceki dönemde istirdat davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği yönündeki görüşü benimsediği söylenebilir.

2.3.1.3. Kanaatimiz

İstirdat davasında davacı, cebri icra tehdidi altında ödemiş olduğu paranın kendisine iadesini talep eder. Buna dayanarak istirdat davasının bir eda davası olduğu söylenebilir. Ancak istirdat davası yalnızca ilâmsız icra prosedürü içerisinde işlerlik kazanabilir. Başka bir deyişle hukukumuzda ilâmsız icra takibi gibi bir imkân olmasaydı istirdat davasının varlığından da bahsedilemezdi. Dolayısıyla istirdat davasını adi bir alacak davası gibi nitelendirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Ayrıca icra hukukuna egemen olan belirlilik-kanunîlik ilkesi gereği ilâmsız icra prosedürü içerisinde yer alan dava ve işlerde hangi usûlün uygulanacağını kanundan açıkça anlaşılması gerekmektedir. Tüm bunlara dayanarak, 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde iş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda, istirdat davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber dava şartı arabuluculuğa tâbi iş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda, istirdat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu tutulmuştur.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki menfi tespit davasının arabuluculuk şartına bağlandığı bir düzlemde istirdat davasının da bu kapsama alınmasının tutarlı bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Zira bilindiği üzere İİK m. 72/6 uyarınca menfi tespit davası sırasında ihtiyatî tedbir kararı alınamamış ve borç da ödenmiş olursa davaya istirdat davası olarak devam olunur. Davacı borçluyu menfi tespit davası açarken arabulucuya başvurmak zorunda bırakıp sonrasında devam edilen dava bakımından böyle bir şartı aramamak, çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Çünkü böyle bir kabule göre, en başta menfi tespit davası açmayıp daha sonra doğrudan istirdat davası açan borçlunun arabulucuya başvurması gerekmeyecektir. Bunun yanında, uyuşmazlıkların mahkemede görülmesinden önce arabuluculuğa bir şans verilmesi hedefinin gerçekleştirilmesi için istirdat davasının da dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmasının yerinde olduğu söylenebilir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki istirdat davasına ilişkin dava şartı arabuluculuğun, yürürlüğe girdiği tarihle uyumlu olacak şekilde 01.09.2023 tarihinden itibaren açılan davalarda uygulanacak olması da yerinde bir tercihtir. Zira söz konusu tarihten önce iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklar bakımından açık bir düzenleme kanun lafzında yer almadığı gibi öğretide de konuya ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktaydı.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli kabul edilebilmesi için HUAK m. 1/2 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir özel hukuk uyuşmazlığı olması gerekir. İstirdat davası da icra prosedürü içerisinde genel hükümlere göre görülen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir özel hukuk uyuşmazlığıdır. Dolayısıyla taraflar dilerlerse dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almayan istirdat davaları için de arabuluculuğa başvurabilirler.

2.3.2. İstirdat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması ve olası sonuçları

İstirdat davası açılmadan önce arabulucuya başvurulur ve anlaşma sağlanamazsa HUAK m. 18/5’nda öngörülen dava açma yasağı işlerlik kazanamayacağından, takip borçlusu istirdat davası açabilir.

Buna karşılık, taraflar takip konusu alacağın takip borçlusuna geri ödeneceği yönünde anlaşmışlarsa HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağı devreye gireceğinden herhangi bir dava açarak paranın iadesi sağlanamayacaktır. Bu durumda takip borçlusunun düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alarak ilâm niteliğinde belge elde etmesi ve ilâmlı icra takibine başvurması mümkündür.

Takip borçlusu dilerse icra edilebilirlik şerhi almaksızın ilâmsız icra takibine de başvurabilir. Lâkin itiraz üzerine duran ilâmsız icra takibinin devamını sağlamak maksadıyla itirazın iptali davasına başvurulması mümkün değildir. Zira HUAK m. 18/5 uyarınca dava açma yasağı devrededir. Bu durumda itirazın kaldırılması yoluna başvurulacak ve imzası ikrar edilmiş (ayrıca ve açıkça imzasına itiraz edilmemiş) anlaşma belgesiyle itirazın hükümden düşürülmesi sağlanacaktır. Anlaşma belgesinde yer alan imzaya açıkça itiraz edilmesi halinde ise itirazın geçici kaldırılmasına müracaat edilecek ve yapılan inceleme sonunda imzanın takip alacaklısına ait olduğunun anlaşılması halinde itirazın geçici kaldırılmasına karar verilecektir. Bunun üzerine takip alacaklısı, anlaşma belgesinde yer alan imzanın kendisine ait olmadığından ve dolayısıyla anlaşma belgesinin sahte olduğundan bahisle süresi içerisinde borçtan kurtulma davası açabilecektir. Anlaşma belgesinde yer alan imzaların sahteliği iddiasıyla açılan davaların dava açma yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yukarıda ifade edilmişti.

2.4. Borçtan Kurtulma Davası ve Arabuluculuk

Borçlunun itirazı üzerine duran ilâmsız icra takibinin devamını sağlamak için itirazın hükümden düşürülmesi gerekir. Borçlu, alacaklının takibe dayanak kıldığı senette yer alan imzaya ayrıca ve açıkça itiraz etmişse, alacaklı, itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içerisinde icra mahkemesine itirazın geçici kaldırılması talebiyle başvurmalıdır (İİK 68/a/1). Alacaklı dilerse itirazın iptali davası da açabilir.⁴⁷⁰ İcra mahkemesince yapılan inceleme sonucunda, takibe dayanak kılınan senette yer alan imzanın borçluya ait olduğu sonucuna ulaşırsa itirazın geçici kaldırılmasına karar verilir (İİK m. 68/a/3). İtirazın geçici kaldırılması kararı üzerine alacaklı geçici haciz isteyebilir (İİK m. 69/1). Borçlu da kararın kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren üç gün içerisinde mal beyanında bulunmalıdır (İİK m. 75/1).

⁴⁷⁰Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 132.

Borçlu, itirazın geçici kaldırılması kararının kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açabilir (İİK m. 69/2). Borçlu bu davayı açmadığı takdirde itirazın geçici kaldırılması kararı ve konulmuşsa geçici haciz kesinleşir (İİK m. 69/3).

Borçtan kurtulma davasının hukukî niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷¹ Menfi tespit davası, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde açılırsa borçtan kurtulma davası adını alır.⁴⁷²

Borçtan kurtulma davası bir menfi tespit davası olduğundan, menfi tespit davası başlığında yaptığımız değerlendirmeler bu dava bakımından da geçerlidir. Nitekim öğretide daha önce borçtan kurtulma davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığını inceleyen yazarlar, değerlendirmelerini borçtan kurtulma davasının bir menfi tespit davası olduğunu göz önünde bulundurarak yapıyorlardı.⁴⁷³

Hülasa, hakkındaki davaların tamamı dava şartı arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıklar bakımından borçtan kurtulma davasında da arabuluculuk dava şartıdır. İş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olduğundan, bu uyuşmazlıklara ilişkin borçtan kurtulma davalarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

Borçtan kurtulma davasının açılabilmesi için geçerli olan ve itirazın geçici kaldırılması kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayacak yedi günlük süre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyecektir (HUAK m. 18/A/15).

2.5. Hacizde İstihkak Davası ve Arabuluculuk

Bir borçlu hakkında uygulanan haciz işlemi sonucunda haczedilen mallardan bazıları hakkında borçlu veya bir üçüncü kişi, o mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya rehin hakkı olduğu iddiasında bulunabilir. Bu durumda İİK m. 96 vd. hükümleri kapsamında istihkak iddiası ve istihkak davası gündeme gelir. İstihkak davasında,

⁴⁷¹Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 328; Arslan, 2021, **a.g.k.**, s. 220; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 136.

⁴⁷²Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 328.

⁴⁷³Söz konusu değerlendirmeler için bkz. Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, s. 141; Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 163; Toraman, 2020, **a.g.k.**, s. 3153.

haczedilen mal üzerinde iddia edildiği gibi üçüncü kişiye ait bir hakkın olup olmadığı incelenerek haczin caiz olup olmadığı değerlendirme konusu yapılır.⁴⁷⁴

Hacizde istihkak davasının arabuluculuk bakımından değerlendirilebilmesi için bu dava sonucunda verilen hükümlerin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi ve bu davanın hukukî niteliğinin ortaya konulması gerekir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre hacizde istihkak davası sonucunda verilen hükümler maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁴⁷⁵ Zira hacizde istihkak davası genel hükümlere göre görülmekte olup istihkak iddiasının ispatı için yemin ve tanık delili de dahil olmak üzere her türlü delile başvurulabilir.⁴⁷⁶ Üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasında borçlu da hasım gösterilirse verilen karar üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkide de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmelidir.⁴⁷⁷

Bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise istihkak davasında taraflar arasındaki hukukî ilişkinin kesin hüküm teşkil edecek biçimde tespiti söz konusu değildir.⁴⁷⁸ Zira istihkak davası açılmasıyla amaçlanan, mal üzerindeki bir cebri icra işlemi olan haczin caiz olup olmadığının belirlenmesidir.⁴⁷⁹ Üçüncü kişi tarafından iddia edilen hakkın doğru olup olmadığının değerlendirilmesi ise bir ön sorun niteliğindedir.⁴⁸⁰ Ön sorun hakkında yapılan tespitler hüküm fıkrasına geçirilmeyip yalnızca gerekçede yer almaktadır. Dolayısıyla, üçüncü kişinin mal üzerinde hakkının olup olmadığına ilişkin tespit kesin hüküm oluşturmaz.⁴⁸¹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin yeni tarihli içtihatları da aynı yöndedir.⁴⁸²

⁴⁷⁴Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 199; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 542.

⁴⁷⁵Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 262; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 307; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 571.

⁴⁷⁶Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 262; Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 307.

⁴⁷⁷Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 572.

⁴⁷⁸K. Aslan (2005). *Hacizde İstihkak Davası*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 628; Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 205.

⁴⁷⁹Aslan, 2005, **a.g.k.**, s. 87.

⁴⁸⁰Aslan, 2005, **a.g.k.**, s. 628.

⁴⁸¹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 205.

⁴⁸²“...Her ne kadar istihkak davalarına umumi hükümler dairesinde bakılıp, her türlü delil ileri sürülebilir ise de, istihkak davalarında amacın, hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın maddi hukuka göre mevcut olup olmadığının tespit edilmesi değildir. Aksine davanın amacı, haczedilen belli bir mal üzerinde cebri icranın cereyan edip etmeyeceğinin belirlenmesidir. Yani istihkak davası sadece takip hukuku alanında ve derdest somut icra takibi bakımından sonuç doğurabilir... Bu durumda takip hukukundan doğan istihkak davalarında verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği için yargılamanın iadesi yoluna da gidilemeyecektir...” (Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 17.06.2021 tarih ve 2020/4529 Esas ve 2021/5213 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 8.

İş uyuşmazlıklarına ve ticarî uyuşmazlıklara ilişkin istihkak davalarında dava şartı arabuluculuğun işlerlik kazanmaması gerektiği kanaatindeyiz. İMK m. 3'nde (işe iade davaları hariç) ve TTK m. 5/A'nde konusu sadece belli bir miktar para alacağının ödenmesi olan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir miktar para alacağına ilişkin olsa bile istihkak davası bir alacak veya tazminat davası olarak nitelendirilemez.⁴⁸³ İstihkak davası, kamusal nitelikli bir cebri icra işlemi olan haczin geçerli olup olmadığının belirlenmesine yönelik bir davadır.⁴⁸⁴ Ayrıca 7445 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra iş uyuşmazlıklarında ve ticarî uyuşmazlıklarda konusu bir miktar para alacağı olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmış; lâkin istihkak davasıyla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

HUAK m. 18/B'nde olduğu gibi belli uyuşmazlık çeşitlerine ilişkin tüm davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi kılındığı haller için ayrıca değerlendirme yapmak gerekir. Tamamen lafza bağlı olarak yorum yapıldığı takdirde hacizde istihkak davasının da bu uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Lâkin böyle bir yorumun hacizde istihkak davasının niteliğine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira hacizde istihkak davası, icra prosedürüne özgü ve yalnızca somut icra takibi bakımından sonuç doğuran (usûle ilişkin) bir davadır.⁴⁸⁵ Bir ticarî dava veya iş uyuşmazlığı olarak nitelendirilemez. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu davada taraflar arasındaki hukukî ilişkinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespiti söz konusu değildir. İstihkak iddiasına konu olan mal üzerindeki hakla ilgili olarak mahkemenin yapacağı değerlendirme ön sorunun çözümü niteliğinde olup kesin hüküm teşkil etmezken, icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla ilâm niteliğinde belge mahiyetinde olacak anlaşma belgesinde bu konuya ilişkin anlaşma yapılmış olması çelişik bir durum ortaya çıkaracaktır. Hacizde istihkak davasında görevli mahkeme tüketici mahkemesi olmadığından, TKHK m. 73/A'da öngörülen dava şartı arabuluculuğun bu dava bağlamında işlerlik kazanabilmesi mümkün değildir.

Hukuk Dairesinin 06.10.2020 tarih ve 2019/2332 Esas ve 2020/5862 Karar sayılı kararı; Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 05.06.2018 tarih ve 2016/11172 Esas ve 2018/13692 Karar sayılı kararı.

⁴⁸³Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 167.

⁴⁸⁴Aslan, 2005, **a.g.k.**, s. 87.

⁴⁸⁵Aslan, 2005, **a.g.k.**, s. 87.

Bir cebri icra işlemi olan haczin geçerliliğine ilişkin ihtilafın da ne ölçüde arabuluculuğa elverişli olduğunun ayrıca tartışılması gerekir. Öğretide, bir cebri icra işlemine ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.⁴⁸⁶

İcra takip işlemleri, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve icra takibinin ilerlemesini sağlayan işlemlerdir.⁴⁸⁷ Haciz de icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve takibin devamına yönelik bir icra takip işlemidir.⁴⁸⁸ İcra organları tarafından yapılan takip işlemleri bir kamu tasarrufları zinciri olup hukukî dayanağı da kamu hukukudur.⁴⁸⁹ Hukukî dayanağı kamu hukuku olan bir işlemin caiz olup olmadığına ilişkin olarak tarafların müzakere edebilmelerinin kabulü mümkün değildir. O halde hacizde istihkak davasının arabuluculuğa elverişli olmadığı ve dolayısıyla hakkında ihtiyarî olarak dahi arabuluculuğa başvurulamayacağı söylenebilir.

2.6. Sıra Cetveline İtiraz Davası ve Arabuluculuk

Borçlunun haczedilen mallarının satışıyla elde edilen para tüm alacaklıların alacağını karşılamaya yetmiyorsa icra dairesinin sıra cetveli düzenlemesi gerekir.⁴⁹⁰ Düzenlenen sıra cetveli kesinleşmeden icra müdürü paraları paylaştıramaz.⁴⁹¹

Sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz davası yollarından birine başvurarak karşı konulabilir (İİK m. 142). Her iki yola da sıra cetvelinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde başvurulması gerekir (İİK m. 142/1). Süresi içinde şikâyet veya itiraz davası yoluna başvurulmazsa sıra cetveli kesinleşir.⁴⁹²

Alacaklının itirazı alacağın miktarına değil de sadece kendi sırasına ilişkinse icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabilir (İİK m. 142/3). Söz konusu hükümden sıra cetveline karşı şikâyet yoluna sadece sıraya ilişkin bir itiraz halinde başvurulabileceği anlamı çıksa da icra müdürünün re'sen nazara alması gereken hususlardan (ihale kesinleşmeden sıra cetveli düzenlenmesi, sıra cetvelinin tebliğ edilmemiş olması vb.)

⁴⁸⁶Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 397.

⁴⁸⁷N. Boran Güneysu (2012). İcra Takip İşlemleri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 101, s. 36.

⁴⁸⁸Boran Güneysu, 2012, **a.g.k.**, s. 36.

⁴⁸⁹Umar, 1973, **a.g.k.**, s. 206.

⁴⁹⁰Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 329; Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 253.

⁴⁹¹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 253.

⁴⁹²Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 254.

dolayı da şikâyet yoluna müracaat edilebilir.⁴⁹³ Lâkin şikâyet yolu bir dava niteliğinde olmadığından, hakkında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin tatbik edilebilmesi mümkün değildir.

Sıra cetvelinde yer alan bir alacaklının sırasına veya alacağının miktarına itiraz edilmek isteniyorsa, sıra cetveline karşı genel mahkemelerde itiraz davası açılması gerekir.⁴⁹⁴ Sıra cetveline itiraz davasında yetkili mahkeme icra takibinin yapıldığı yer mahkemesidir (İİK m. 142/1). Görevli mahkeme ise HMK m. 2’nde yer alan genel kural gereği asliye hukuk mahkemesidir.⁴⁹⁵ Sıra cetveline itiraz davasında basit yargılama usûlü uygulanır (İİK m. 142/2). Davacı, sıra cetveline alınmış olan alacaklının alacağına veya sırasına itiraz eden alacaklı; davalı ise alacağına veya sırasına itiraz edilen alacaklıdır.⁴⁹⁶

Sıra cetveline itiraz davasında, sıra cetvelindeki pay tahsis kararının kısmen veya tamamen değiştirilmesi talep edilir.⁴⁹⁷ Davanın konusu, davalı olarak gösterilen alacaklının hiç veya sıra cetvelinde yazılı olan kadar alacağı bulunmadığı veya davalı alacaklının sıra cetvelindeki sırasının ona ait olmadığıdır.⁴⁹⁸ Dolayısıyla sıra cetveline itiraz davasının, sıra cetvelinde değiştirici etki doğuran usûli nitelikte bir inşaî dava olduğu söylenebilir.⁴⁹⁹ Yargılama sonucunda verilen hüküm, sıra cetvelinin mahkemenin kararı yönünde değişmesini sağlar.⁵⁰⁰ Davacı davayı kazanırsa sonucundan sadece kendisi faydalanan ve sıra cetvelinde davalıya ödenmesi öngörülen paradan indirilen miktar davacının alacağının ödenmesine tahsis edilecektir.⁵⁰¹ Dava sonucunda verilen hüküm, bir eda hükmü olmayıp icra dairesine yönelik bir talimat mahiyetindedir.⁵⁰² Konuya ilişkin bölge adliye mahkemesi içtihatları da aynı yöndedir.⁵⁰³

⁴⁹³Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 358.

⁴⁹⁴Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 358.

⁴⁹⁵Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 256.

⁴⁹⁶Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 737.

⁴⁹⁷Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 394.

⁴⁹⁸Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 737.

⁴⁹⁹T. Arslanpınar Tat (2021). *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaşırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 191.

⁵⁰⁰Arslanpınar Tat, 2021, **a.g.k.**, s. 191.

⁵⁰¹Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 359.

⁵⁰²Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 394.

⁵⁰³“...Bilindiği gibi kayıt kabul davası bir para alacağının tahsili amacını gütmeyiz; bu dava ile o alacağın o iflâs tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu belirlenir. Nitekim doktrinde de sıra cetveline itiraz davasının, iflâs idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveline karşı tanınmış bir kanun yolu olduğu ve yalnızca sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşıdığı; bu dava ile alacaklının, iflâs idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynî hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş

TTK m. 5/A'nin ve İMK m. 3'nin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, konusu sadece alacak veya tazminat olan iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartıdır. Oysa sıra cetveline itiraz davası adi bir alacak davası olmayıp sıra cetvelinin düzeltilmesini konu aldığından, hakkında söz konusu dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulama alanı bulmamalıdır.⁵⁰⁴ Bunun yanında, 7445 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra bu uyuşmazlıklara ilişkin açılacak itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmış lâkin sıra cetveline itiraz davasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Yapılan değişikliklerin kapsamına sıra cetveline itiraz davasının alınmamış olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

HUAK m. 18/B'nde olduğu gibi belli uyuşmazlık çeşitlerine ilişkin tüm davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi kılındığı haller için ayrıca değerlendirme yapmak gerekir. Madde metnine bağlı kalınarak değerlendirme yapılması halinde sıra cetveline itiraz davasının da bu uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna ulaşılabilir.⁵⁰⁵ Lâkin bu şekilde yapılacak bir yorum, sıra cetveline itiraz davasının niteliğine uygun değildir. Zira sıra cetveline itiraz davasında, oluşturulan sıra cetvelinin davaya konu olan kısmında bir hata olup olmadığının değerlendirmesi yapılır. Dolayısıyla sıra cetveline itiraz davası, aynı hacizde istihkak davası gibi icra prosedürü bağlamında işlerlik kazanabilen bir davadır. Tarafların arabulucuya başvurarak sıra cetveli üzerinde değişiklik yapmaları ve buna ilişkin anlaşma belgesini icra memuruna adeta bir talimat gibi ibraz etmeleri söz konusu olamaz. Ayrıca sıra cetveline itiraz davası, bir ticarî dava veya iş uyuşmazlığı niteliğinde de değildir.

olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflâs alacaklılarından birinin maddî hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkommentar, 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.1)..." (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 45. Hukuk Dairesinin 11.11.2020 tarih ve 2020/1917 Esas ve 2020/234 Karar sayılı kararı). Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 12.09.2023 tarih ve 2023/1479 Esas ve 2023/1313 Karar sayılı kararı; Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 18.06.2020 tarih ve 2020/632 Esas ve 2020/551 Karar sayılı kararı; Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 20.10.2021 tarih ve 2021/1547 Esas ve 2021/1284 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesinin 02.06.2020 tarih ve 2020/198 Esas ve 2020/946 Karar sayılı kararı.

⁵⁰⁴Arslanpınar Tat, 2021, **a.g.k.**, s. 191.

⁵⁰⁵Bulur ve Koçyiğit, 2019, **a.g.k.**, s. 68. Yazarlara göre, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan tüm uyuşmazlıklar bakımından sıra cetveline itiraz davasının da dava şartı arabuluculuğa tâbi olması gerekir.

TKHK m. 73/A’da öngörülen dava şartı arabuluculuğun da bu dava bakımından işlerlik kazanması mümkün değildir. Zira bu düzenlemede belli istisnalar saklı kalmak üzere, tüketici mahkemelerinde görülen davalar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Sıra cetveline itiraz davasında ise genel mahkemeler görevlidir (İİK m. 142/1).

Sıra cetveli, satış tutarı tüm alacaklıların alacağını karşılamaya yetmediği takdirde icra dairesi tarafından re’sen düzenlenir (İİK m. 140/1). Dolayısıyla sıra cetveli düzenlenmesi işleminin bir kamu tasarrufu olduğu söylenebilir. Bir kamu tasarrufu üzerinde tarafların müzakere edebilmelerinin kabulü mümkün değildir. Buradan hareketle, bir kamu tasarrufuna yönelik olan sıra cetveline itiraz davasının arabuluculuğa elverişli olmadığı söylenebilir.⁵⁰⁶ Bu sebeple, sıra cetveline itiraz davası bakımından ihtiyarî arabuluculuk dahi söz konusu olmamalıdır.

2.7. İcra Tazminatları ve Arabuluculuk

İlâmsız icra takibine başvurmak isteyen alacaklının söz konusu alacağını bir belgeye dayandırması gerekmez. Yine borçlunun da herhangi bir sebep veya belge göstermeksizin itiraz ederek takibi durdurması mümkündür. Herhangi bir senet veya mahkeme kararı gerekmeden takip yapılabilmesi veya takibe karşı koyulabilmesi imkânı, hakkın yerine getirilebilmesi ve savunma hakkı bakımından oldukça önemli olsa da böyle bir imkânın kötüye kullanılması ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Zira gerçekte alacağı olmayan bir kimse ilâmsız icra takibine başvurabilir ve borçlunun herhangi bir sebeple itiraz edememesi üzerine haciz talebinde bulunabilir. Yine gerçekte var olan bir alacak için başlatılan takip, borçlunun haksız bir itirazı nedeniyle durabilir. Bu gibi durumlarda icra teşkilatının ve mahkemelerin iş yükü gereksiz yere artacaktır. Bunun yanında, borçlu yersiz olarak icra takibine karşı koymakla uğraşacak veya hakkın yerine getirilmesi sürecinin borçlunun haksız itirazıyla uzamasından dolayı alacaklı alacağına daha geç kavuşacaktır. İşte tüm bunları göz önünde bulunduran kanun koyucu, İİK’nun çeşitli hükümlerinde birtakım tazminatlara yer vermiştir. İİK’nda düzenlenen bu tazminatların arabuluculuğa elverişli olup olmadıklarının değerlendirilmesi önemlidir. Zira itirazın iptali, menfi tespit, istirdat ve borçtan kurtulma gibi icra takibi sürecinde

⁵⁰⁶Simil, 2021, a.g.k., s. 397.

başvurulan davalarda arabuluculuk, ilgili başlıklarda bahsedilen uyuşmazlıklar bakımından dava şartıdır.

İtirazın iptali davasına ilişkin İİK m. 67/2 uyarınca,

“Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.”

Menfi tespit davasına ilişkin 72/5 uyarınca,

“...Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz.”

İİK’nda, istirdat davası sonunda tazminata hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla istirdat davası sonunda borçlu veya alacaklı aleyhine bir tazminata hükmedilemez. Ancak menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi halinde (İİK m. 72/6), İİK m. 72/5 kapsamında borçlu lehine tazminata hükmedilebileceği ileri sürülmektedir.⁵⁰⁷

Borçtan kurtulma davasına ilişkin İİK m. 69/5 uyarınca *“Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, dava veya hükmolunan şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere münasip bir tazminatla mahkum edilir.”*

Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için diğer tarafın talebinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Zira İİK m. 69/5’nda, tazminata hükmedilebilmesi için bunun talep edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Buradan hareket eden bir görüşe göre, borçtan kurtulma davası sonucunda tazminata hükmedilebilmesi için talep şartı aranmamalı ve mahkeme re’sen tazminata hükmedebilmelidir.⁵⁰⁸ Kanun koyucu, talep şartı aramadığı düzenlemeler bakımından re’sen tazminata hükmedilmesini sağlayarak cebri icranın

⁵⁰⁷Pekcanıtez vd., 2022, a.g.k., s. 150.

⁵⁰⁸A. Kılınç (2019). İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(1), s. 224.

kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlamıştır.⁵⁰⁹ Diğer bir görüşe göre ise tazminata hükmedilebilmesi için borçlunun talebi şarttır.⁵¹⁰ İcra tazminatları kamu düzeninden olmadığından, ilgili düzenlemede talepten söz edilmemiş olması, hâkimin kendiliğinden tazminata hükmedebilmesini haklı kılan bir sebep olarak kabul edilmemelidir.⁵¹¹ Kanaatimizce de kamu düzeninden olmadığı açık olan bir hususla ilgili olarak mahkemenin kendiliğinden hüküm vermesinin mümkün olmaması gerekir. İlâmsız icranın kötüye kullanılması, İİK’nda icra tazminatlarının öngörülmesinin bir sebebi olarak gösterilebilir. Lâkin bu durum, icra tazminatlarını adeta bir idari para cezası gibi değerlendirilmesini haklı kılamaz. İcra tazminatları adından da anlaşıldığı üzere, hukukî niteliği itibarıyla ilâmsız takip taraflarının zararlarını gidermeye yönelik bir tazminattır.

Yukarıda bahsedilen tüm icra tazminatları ancak talep üzerine verilmektedir. Sadece zarar gören tarafın talebi halinde hükmedilebilen bir tazminatın kamu düzenine ilişkin olduğu söylenemez. Kamu düzeninden olmayan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bu icra tazminatları arabuluculuğa elverişlidir. İcra tazminatları, ilişkin oldukları uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli olmaktan çıkarmadığı gibi bu tazminatlar üzerinde müzakere edilmesine de engel bir husus bulunmamaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesi bir mahkeme kararı olmadığından, icra tazminatlarına ayrı bir kalem olarak yer verilmesine gerek yoktur. Söz konusu tazminatlar, ilişkin olduğu uyuşmazlıklardaki esas alacağa dahil edilerek de anlaşma yapılabilir. İcra tazminatları sadece ilişkin oldukları davalarda hükme bağlanabilir. Dolayısıyla hem takip konusu alacağa hem de icra tazminatına ilişkin anlaşmanın aynı arabuluculuk süreci sonunda yapılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Takip konusu alacağa ilişkin anlaşma sağlanması halinde ayrıca icra tazminatı için dava açılmaz. Zira HUAK m. 18/5 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılabilmesi mümkün değildir. Arabuluculuk anlaşma belgesinden icra tazminatına ilişkin bir anlaşma yapıldığının açıkça anlaşılamaması, tazminat alacaklısının icra tazminatı talebinde bulunmadığı ve tarafların sadece esas alacak üzerinde anlaştığı veya söz konusu tazminatın esas alacağa dahil edildiği şeklinde yorumlanmalıdır.

⁵⁰⁹Kılınç, 2019, **a.g.k.**, s. 226.

⁵¹⁰Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 223; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 334.

⁵¹¹Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 138.

İcra tazminata ilişkin ayrıca tartışılması gereken son hüküm İİK m. 72/4'dır. Söz konusu hüküm uyarınca,

“Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez.”

Menfi tespit davasında borçlunun talebi üzerine İİK m. 72/2 ve m. 72/3 kapsamında bir ihtiyatî tedbir kararı verilir ve daha sonra dava reddedilirse, alacaklı alacağına daha geç kavuşmuş olacağından dolayı borçlu, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmayan bir tazminata mahkûm edilir. Takip konusu alacağın yüzde yirmisi oranındaki tazminata, alacaklının bir talebi olmasa bile mahkeme kendiliğinden hükmedeceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir.⁵¹² Alacaklının talep ve ispat etmesi halinde, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden daha fazla tazminata da hükmedilebilir.⁵¹³ Alacaklı talep etmeden esas alacağın yüzde yirmisinden fazla tazminata mahkemece re'sen hükmedilemez. Zira mahkeme alacaklının talebi olmadan onun zararının yüzde yirmiden fazla olup olmadığını kendiliğinden araştıramaz.⁵¹⁴

Menfi tespit davası açılmadan önce başvurulmuş dava şartı arabuluculuk sürecinde, bu tazminatı göz önünde bulundurarak bir anlaşma yapılmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Zira henüz dava açılmadığından, İİK m. 72/2 veya m. 72/3 çerçevesinde bir ihtiyatî tedbir kararı da verilmemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, böyle bir ihtiyati tedbir kararı verilmemişse alacaklının tazminat talebinde bulunabilmesi mümkün değildir (İİK m. 72/4).

Diğerlerine göre düşük bir ihtimal olsa da arabuluculuğun dava şartı olmadığı bir menfi tespit davasında dava açıldıktan sonra arabuluculuğa ihtiyatî olarak başvurulmuş olabilir. Eğer daha önce borçlu lehine bir ihtiyatî tedbir kararı verilmiş ve arabuluculuk müzakereleri sonunda söz konusu borcun varlığı üzerinde uzlaşmış ise alacaklı, davaya

⁵¹²Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 235; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 378. İİK m. 72/5 uyarınca menfi tespit davasının kabul edilmesi halinde borçlu lehine tazminata ancak talep üzerine hükmedilebilir. Buna karşılık davanın reddi halinde alacaklı lehine tazminata hükmedilebilmesi için talep şartı aranmamaktadır (İİK m. 72/4). Böyle bir farklılık yaratmayı haklı kılacak bir sebebin olmadığı ve tüm icra tazminatları bakımından ortak ilkelerden hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (Arslan vd., 2021, **a.g.k.**, s. 235).

⁵¹³Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 378-379; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 147.

⁵¹⁴Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 378.

devam edilseydi dava sonunda mahkemenin kendiliğinden hükmedeceği tazminatı da göz önünde bulundurarak esas alacak üzerinde pazarlık yapabilir.

2.8. Kiralanan Taşınmazın İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi ve Arabuluculuk

7445 Sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen HUAK m. 18/B/1-a uyarınca *“Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar”* dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Söz konusu tahliye sürecinde başvurulabilecek davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesi, kira bedelinin ödenmemesi (İİK m. 269-269/d) veya kira sözleşmesi süresinin sona ermesi (İİK m. 272-275) sebeplerinden birine dayanabilir.

Kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle başvuru ilâmsız tahliye sürecinde hem kira bedelinin tahsili hem de kiralanan taşınmazın tahliyesi amaçlanır. Dolayısıyla takip kesinleştikten sonra bir yandan para alacağının tahsiline yönelik (haciz, sıra cetveli düzenlemesi vb.) bir yandan da taşınmazın tahliyesine yönelik icra işlemleri yapılır.⁵¹⁵ İİK m. 269/d yollamasıyla genel haciz yolunda yer alan birçok düzenleme bu takip yolu bakımından kıyasen uygulanır.⁵¹⁶ Yollama yapılan hükümler arasında menfi tespit ve istirdat (İİK m. 72) davaları da yer almaktadır. İİK m. 72, İİK'nun ilâmsız takip başlığı altında yer almaktadır. Dolayısıyla kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesine özgü olarak kabul edilemezler. Buradan hareketle ve HUAK m. 18/B/1-a gereği, tahliye sürecine paralel olarak yürütülecek kira bedelinin tahsiliyle ilgili menfi tespit ve istirdat davalarında arabuluculuğun dava şartı olması gerektiği söylenebilir. Alacaklı-kiraya verenin takip talebi üzerine icra dairesi tarafından borçlu-kiracıya bir ödeme emri gönderilir (İİK m. 269). Borçlu-kiracı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itirazını icra dairesine bildirebilir (İİK m. 269). Borçlu-kiracının itirazı kira sözleşmesine ilişkin olabilir. Kira sözleşmesine ilişkin itirazın kaldırılabilmesi için alacaklı-kiraya verenin yazılı ve noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış bir kira sözleşmesini icra mahkemesine ibraz etmesi gerekir (İİK m. 269/b/1). Aksi

⁵¹⁵Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 294.

⁵¹⁶“62, 63, 65, 66, 68, 70, 72 nci maddeler hükümleri kıyas yolu ile burada da uygulanır.” (İİK m. 269/d).

takdirde, alacaklı-kiraya veren, kira bedelinin tahsili ve kiracının tahliyesi için genel hükümler dairesinde dava açmalıdır (İİK m. 269/b/4). Söz konusu davanın açılacağı mahkeme ise HMK m. 4/1-a uyarınca sulh hukuk mahkemesidir. Genel hükümler çerçevesinde görülecek bu davanın, İİK’nda yer alan ilâmsız tahliyenin bir aşaması veya parçası olmadığı açıktır. O halde bu dava bakımından da HUAK m. 18/B/1-a gereği olarak dava şartı arabuluculuk hükümlerinin işlerlik kazanması gerekir.

Kira süresinin sona ermesi sebebiyle başlatılan ilâmsız tahliyede ise borçlu-kiracıya ödeme emri değil tahliye emri tebliğ edilir (İİK m. 272/2). Borçlu-kiracı, tahliye emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itirazını icra dairesine bildirebilir (İİK m. 274/1). Takibe dayanak kılınan kira sözleşmesi adi yazılı bir sözleşmeysen ve borçlu-kiracı bu sözleşmede yer alan imzaya açıkça itiraz etmişse icra mahkemesinin itirazın kaldırılması talebini reddetmesi gerekir.⁵¹⁷ Bu durumda alacaklı-kiralayan, genel hükümler dairesinde borçlu-kiracıya tahliye davası açabilir (İİK m. 275/4). Borçlu-kiracı, kira sözleşmesinde yer alan imzaya itiraz etmemiş veya kira sözleşmesi noterlikçe düzenlenmiş ya da onaylanmış ise ve borçlu kiracı da aynı nitelikteki belgelerle kira sözleşmesinin uzatıldığını veya yenilendiğini ispat edememişse, itirazın kaldırılmasına karar verilir (İİK m. 275/2). Borçlu-kiracı, kira sözleşmesinin uzatıldığını veya yenilendiğini adi senet ile ortaya koyar ve alacaklı da senette yer alan imzayı inkâr ederse, icra mahkemesi imza incelemesi yapmadan itirazın kaldırılmasına karar verir (İİK m. 275/2). Bu durumda da borçlu-kiracı genel hükümler dairesinde dava açmalıdır (İİK m. 275/4). İlâmsız tahliyenin bir parçası veya aşaması olmayan bu davaların da HUAK m. 18/B/1-a gereği dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğunun kabulü gerekir.

2.9. Tasarrufun İptali Davası ve Arabuluculuk

Haciz yoluyla takiplerde hacizden; iflâs yoluyla takiplerde ise iflâsın açılmasından önce borçlunun mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisinde herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır.⁵¹⁸ Dolayısıyla borçlu, kendisi hakkında haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulacağını anlaması halinde, malvarlığı üzerindeki tasarruf serbestliğinden faydalanarak bazı mal ve haklarını elden çıkarabilir ve bu şekilde alacaklının alacağını

⁵¹⁷Pekcanitez vd., 2022, a.g.k., s. 301.

⁵¹⁸Pekcanitez vd., 2022, a.g.k., s. 585.

tahsil etme imkânını ortadan kaldırılabılır.⁵¹⁹ İşte bu ihtimalde alacaklının borçluya karşı açtığı, hacizden veya iflâs kararından önce yapılan tasarrufların iptalini sağlayan davaya tasarrufun iptali davası denir.⁵²⁰ Lâkin önemle belirtmemiz gerekir ki tasarrufun iptali davasının kabulü, dava konusu tasarruf işleminin maddi hukuk anlamında iptali anlamına gelmemektedir.⁵²¹ Davanın kabulü halinde dava konusu mal hâlâ borçlunun malvarlığına dahilmiş gibi haczettirilip satılmakta, alacaklı alacağını aldıktan sonra geriye satıştan bir para kalırsa bu para tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye iade edilmektedir.⁵²² Sonuç olarak tasarrufun iptali davasının, şahsi hak sahibi alacaklıların kötü niyetli borçlulara karşı özel olarak korunması amacıyla ihdas edildiği söylenebilir.⁵²³

Tasarrufun iptali davası İİK m. 277-284’nde düzenlenmiştir. İptale tâbi tasarruflar sırasıyla; ivazsız tasarruflar (İİK m. 278), aciz halinde yapılan tasarruflar (İİK m. 279) ve zarar verme kastıyla yapılan tasarruflar (İİK m. 280) olarak belirlenmiştir. Yapılacak incelemenin kapsamı gereği iptale tâbi tasarrufların üzerinde detaylı olarak durulmasını gerekli bulmuyoruz.

Tasarrufun iptali davasının hukuki niteliği itibarıyla bir eda davası olduğu öğretide genel olarak kabul edilmektedir.⁵²⁴ Zira iptal davasının kabulü halinde, dava konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi, tasarrufun konusunu teşkil eden mallar üzerinde alacaklının başlatacağı takibe katlanma yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.⁵²⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus, tasarrufun iptali davası sonucunda verilen eda hükmünün bir paranın ödenmesinde olduğu gibi yapma edimi değil; muhtemel takibe katlanma yönünde bir edim içeriyor olmasıdır. Yine de tasarrufun iptali davasının temelinde bir alacak hakkı yattığından, ayni değil; şahsi nitelikte bir dava olduğu söylenebilir.⁵²⁶ Buna bağlı olarak, iptal davasının sonucundan sadece davada davacı olarak yer almış olan alacaklı veya alacaklılar yararlanabilirler.⁵²⁷

⁵¹⁹B. Umar (1963). *Türk İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 1.

⁵²⁰Arslan vd., 2022, **a.g.k.**, s. 688.

⁵²¹Umar, 1963, **a.g.k.**, s. 14.

⁵²²Arslan vd., 2022, **a.g.k.**, s. 689; Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 586.

⁵²³Umar, 1963, **a.g.k.**, s. 2; Arslan vd., 2022, **a.g.k.**, s. 690.

⁵²⁴Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 586; Börü, 2009, **a.g.k.**, s. 485; Akkaya, 2006, **a.g.k.**, s. 668.

⁵²⁵Börü, 2009, **a.g.k.**, s. 486.

⁵²⁶Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 586; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 1415; Börü, 2009, **a.g.k.**, s. 486; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 2021, **a.g.k.**, s. 716.

⁵²⁷Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 597.

Tasarrufun iptali davasının davacısı elinde kesin veya geçici haciz belgesi bulunan alacaklı (İİK m. 277/1); davalıları ise mecburi dava arkadaşları olan borçlu ve lehine tasarrufta bulunulmuş olan üçüncü kişidir.⁵²⁸ Davalı tarafta yer alan borçlu ve lehine tasarrufta bulunulmuş olan üçüncü kişi şekli anlamda dava arkadaşı olduklarından, her biri diğerinden bağımsız olarak usûl işlemleri yapabilirler.⁵²⁹ Tasarrufun iptali davalarında görevli mahkeme ise İİK m. 281 uyarınca genel görevli mahkemelerdir.

Tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi halinde alacaklı, iptalini talep ettiği tasarrufun konusunu oluşturan malı cebri icra yoluyla sattırma hakkına sahip olacaktır. İcra takibi ile ilişkisi sebebiyle, tasarrufun iptali davasının da arabuluculuk ile olan ilişkisinin incelenmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davasının dava şartı arabuluculuk sistemiyle olan ilişkisini incelerken uyuşmazlık türlerini (ticarî, iş veya tüketici) temel alan bir ayırım yapılmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Zira tasarrufun iptali davasını gören mahkeme bakımından, davanın açılmasına neden olan alacağın hangi hukuk alanından kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır. Tasarrufun iptali davasının şartları ve sonuçları İİK’nda açıkça düzenlenmiştir. O halde, bu davayı dava şartı arabuluculuk bağlamında değerlendirirken, bu davanın amacı ve icra hukukuna özgü yönünü göz önünde bulundurmak gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre tasarrufun iptali davası, temelinde bir alacak hakkı yer alan eda davası olarak kabul edilmeli ve söz konusu alacağı doğuran uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise buna ilişkin açılan tasarrufun iptali davası da dava şartı arabuluculuğa tâbi olmalıdır.⁵³⁰ Diğer bir görüşe göre tasarrufun iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilemez.⁵³¹ Zira tasarrufun iptali davasının temelinde bir alacak veya tazminat talebi bulunmamaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi halinde alacaklı, borçlunun üçüncü kişilere devrettiği mal veya hak üzerinden cebri icra yoluyla alacağını tahsil imkânına sahip olmaktadır.⁵³² Ayrıca tasarrufun iptali davaları

⁵²⁸Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 592.

⁵²⁹Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 592.

⁵³⁰Bulur ve Koçyiğit, 2019, **a.g.k.**, s. 68.

⁵³¹Ermenek ve Azaklı Arslan, 2020, **a.g.k.**, s. 167; Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 400.

⁵³²Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 400.

asliye hukuk mahkemelerinde görüldüğünden, bir ticarî dava olarak nitelendirilemez ve dava şartı arabuluculuğa tâbi tutulamaz.⁵³³

Konuya ilişkin yeni tarihli Yargıtay içtihatlarında, tasarrufun iptali davasının ticarî dava olarak nitelendirilemeyeceği⁵³⁴ ve dolayısıyla dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.⁵³⁵ Lâkin yine bu şekilde değerlendirme yapılan bir Yargıtay kararında, İİK m. 281 'nde yer alan düzenlemede açık bir şekilde asliye hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olarak zikredilmediği ve taraflarının her ikisinin de ticarî işletmesini ilgilendiren bir tasarrufun iptali davasının nispî ticarî dava olarak nitelendirilebileceği yönünde karşı oy verilmiştir.⁵³⁶ Yukarıda da belirttiğimiz üzere tasarrufun iptali davası, şartları ve sonuçları kanunda düzenlenmiş bulunan ve temelinde yatan uyuşmazlığın hangi hukuk alanından kaynaklandığı önem taşımayan icra hukuka özgü bir davadır. O halde, bu davanın ticarî bir dava, işçi alacağı davası veya tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu karşı oya katılmamaktayız.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki 7445 Sayılı Kanun'da icra hukukuna özgü davalardan itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davalarının dava şartı arabuluculuk

⁵³³Simil, 2021, **a.g.k.**, s. 400.

⁵³⁴“...Ayrıca, tasarrufun iptali davaları mutlak ticari dava niteliğinde olmayıp şahsi nitelikte ve borçlunun tasarruflarına yönelik bulunduğundan asliye hukuk mahkemelerinin görevine girmektedir...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.04.2022 tarih ve 2021/6971 Esas ve 2022/5286 Karar sayılı kararı). Benzer değerlendirmeler için bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 03.10.2016 tarih ve 2016/6717 Esas ve 2016/8179 Karar sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 21.03.2013 tarih ve 2013/3536 Esas ve 2013/3900 Karar sayılı kararı.

⁵³⁵“...Kaldı ki İİK'nın 277 ve devamı maddelerine dayalı davalarda görevli mahkeme 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, İhtiyarî arabuluculuğa başvurmaya ise herhangi bir engel bulunmamaktadır...” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.05.2023 tarih ve 2023/126 Esas ve 2023/6211 Karar sayılı kararı); Benzer nitelikte bir diğer karar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21.01.2022 tarih ve 2021/15338 Esas ve 2022/937 Karar sayılı kararı.

⁵³⁶“...Uyuşmazlık davacısı ile davalılarından birisinin tüzel kişi tacir olduğu, İİK 277 vd. maddelerine dayanılarak açılan Tasarrufun İptali Davası'nın ticari dava niteliğinde olup olmadığına ilişkindir. Tasarrufun İptali Davalarında, Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin görevli olduğuna ilişkin gerek 6100 sayılı H.M.K.'da, gerek İcra İflas Yasası'nda ve gerekse diğer yasalarda açık hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda davada Asliye Hukuk Mahkemesi'nin veya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğuna ilişkin uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK 4/1 maddesinde düzenlenen kriterlere göre çözümlenmesi gerekmektedir. Yasa koyucu, başka hiçbir koşul aramaksızın her iki tarafında ticari işletmelerini ilgilendiren hususlardan doğan hukuk davalarını nisbi ticari dava olarak nitelendirmiştir ki; somut uyuşmazlıkta, davacı ile davalılardan F1 Bil. . . . San. Tic. Ltd. Şti.'nin tüzel kişi tacir bulunmalarına, yargılama sonucunda verilecek kararın her iki tarafında ticari işletmesini ilgilendirmesine, taraft tüzel kişi tacirler arasındaki Tasarrufun İptali istemine ilişkin davanın, hukuk davası olduğunda kuşku bulunmamasına göre eldeki dava 6102 sayılı TTK 4/1 maddesi gereğince nisbi ticari dava, görevli mahkemede aynı Yasa'nın 5. maddesi gereğince Asliye Ticaret Mahkemesidir...” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.02.2016 tarih ve 2014/2389 Esas ve 2016/129 Karar sayılı kararı).

kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, kabulü halinde icra hukukuna ilişkin sonuçları olan tasarrufun iptali davasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, icra hukuku ile yakın ilişki içerisinde olan tasarrufun iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesine şüpheyile yaklaşılması gerekir. Dava şartı arabuluculuk gibi mahkemelere erişim hakkını ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir kuruma, kanunda açık bir düzenleme olmadan işlerlik kazandırılması Anayasanın 13. maddesi karşısında mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, tasarrufun iptali davası hukukî niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Lâkin bunun sebebi, davanın kabulü halinde davalıya bir şey yapma (ödeme) yönünde değil; başlatılacak takibe katlanma yönünde edim yüklenmesidir. Dava şartı arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklar (TTK m. 5/A veya İMK m. 3/1) ise daha çok alacak veya tazminat talebine ilişkin eda davalarıdır. Başka bir deyişle, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıkların doğrudan bir hakkın yerine getirilmesine ilişkin oldukları; buna karşılık tasarrufun iptali davasının bir hakkın yerine getirilmesinden ziyade yerine getirilmesi imkânının sağlanmasına yönelik olduğu söylenebilir. Ayrıca belirtildiği üzere, bu davanın ticarî bir dava veya iş uyuşmazlığı davası olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir. Tüm bunlara dayanarak, tasarrufun iptali davasının dava konusu itibarıyla da dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı kanaatindeyiz.

Konuya ilişkin Yargıtay içtihatları daha çok ticarî uyuşmazlıklarla ilgilidir. Kanaatimizce, tasarrufun iptali davasının ticarî dava olmadığı yönündeki yerleşik Yargıtay içtihatları yerindedir. Bu davada görev, İİK m. 281/1 uyarınca genel görevli mahkemelere aittir. Dolayısıyla, uyuşmazlık her iki tarafın ticarî işletmesini ilgilendirse bile dava asliye hukuk mahkemesinde görülecektir.

Sonuç olarak, şu gerekçelerle tasarrufun iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir: 1) Tasarrufun iptali davası, icra prosedürü ile yakın ilişki içerisinde olan ve icra hukukuna özgü bir davadır. 2) Mahkemelere erişim hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran dava şartı arabuluculuğun, tasarrufun iptali davası bakımından da geçerli olduğuna dair kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. 3) Tasarrufun iptali davası, konusu itibarıyla bir alacak veya tazminat davası değildir.

2.10. İhtiyatî Haciz ve Arabuluculuk

İhtiyatî haciz, İİK m. 257 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bir geçici hukukî koruma tedbiridir. İcra hukukuna özgü davaların yanında, İİK hükümlerinde düzenlenmiş olan bu geçici hukukî koruma tedbirinin de arabuluculuk ile olan ilişkisinin incelenmesi gerekir.

İhtiyatî haciz, bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak maksadıyla, mahkeme kararı sonucunda borçlunun malvarlığına geçici olarak el konulmasını sağlayan bir hukukî imkândır.⁵³⁷ Çalışmanın mahiyeti gereği, burada ihtiyatî haciz talep edilebilmesi için gereken şartlara ve ihtiyatî haczin sonuçlarına değinilmesini gerekli bulmuyoruz.⁵³⁸

İhtiyatî haczi arabuluculuk bağlamında değerlendirirken ilk dikkat çekilmesi gereken husus, hukukumuzda ihtiyatî hacze veya diğer hukukî koruma tedbirlerine (ihtiyatî tedbir ve delil tespiti) ilişkin talepte bulunmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmamasıdır. Dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklar bakımından da uyuşmazlık konusu para alacağına ilişkin olarak ihtiyatî haciz talebinde bulunulması mümkündür.⁵³⁹ Arabuluculuk sürecinin başlamasından önce veya sonra ihtiyatî haciz talebinde bulunulabilir.⁵⁴⁰ Arabuluculuk sürecinin başlamış olması veya arabuluculuk sürecine başvurulacak olması, ihtiyatî hacze karar verilmesine veya bu kararın icrasına da engel değildir.⁵⁴¹ Lâkin önemle belirtilmesi gerekir ki borçlu aleyhine ihtiyatî haciz talebinde bulunulması, devam eden veya muhtemel arabuluculuk sürecini olumsuz yönde etkileyebilir. Zira böyle bir talep, uyuşmazlığın taraflarından birinin diğerine karşı güvenini kaybettiği anlamına gelir. Bunun yanında, aleyhine karar alınan tarafın hukuka aykırı bir davranış içerisinde olduğu mahkeme kararıyla ortaya konulmuş olur. Her iki durum da arabuluculuk sürecinden beklenen verimin alınması oldukça zorlaştıracaktır.⁵⁴²

⁵³⁷Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 346; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 1033.

⁵³⁸İhtiyatî hacze ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 346 vd.; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 1033 vd.; M. Özkes (1999). *İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

⁵³⁹M. Özkes (2020). Zorunlu Arabuluculukta Geçici Hukukî Korumaların Durumu. *İzmir Barosu Dergisi*. Yıl: 85 Sayı:1, s. 282.

⁵⁴⁰Özkes, 2020, **a.g.k.**, s. 266.

⁵⁴¹Özkes, 2020, **a.g.k.**, s. 273.

⁵⁴²Özkes, 2020, **a.g.k.**, s. 267.

Arabuluculuk ve ihtiyatî hacze ilişkin olarak HUAK m. 18/A/16'nın ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Düzenleme ihtiyatî hacizde tamamlayıcı merasime ilişkindir. İİK m. 264/1 uyarınca, borçluya karşı dava açılmadan veya takip başlatılmadan önce ihtiyatî haciz kararı alınması halinde alacaklı, haciz sırasında hazır bulunuyor ise haczin tatbikinden; hazır bulunmuyor ise haciz tutanağının tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde takip talebinde bulunmalı veya dava açmalıdır. İşte başlatılması gereken takip veya açılması gereken dava için öğretilen “tamamlayıcı merasim” ifadesi kullanılmaktadır.⁵⁴³

HUAK m. 18/A/16 uyarınca, ihtiyatî haciz kararı verildikten sonra arabulucuya başvurulması halinde, tamamlayıcı merasim olarak dava açılması için öngörülen yedi günlük süre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme yalnızca dava açılması bakımından öngörülen süreye ilişkindir. Dolayısıyla bu düzenlemenin tamamlayıcı merasim olarak takip başlatılması için öngörülen süreye bir etkisi yoktur. Arabuluculuk bürosuna başvurulmuş olması, tamamlayıcı merasim olarak takip yapılmasına engel değildir.⁵⁴⁴ Başlatılacak takibe borçlu tarafından itiraz edilmesi halinde, elinde İİK m. 68/1'nde sayılan belgelerden biri olan alacaklı, itirazın tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir.⁵⁴⁵ Buna karşılık, 7445 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki para alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, arabuluculuk süreci tamamlanmadan söz konusu itirazı hükümden düşürmek amacıyla itirazın iptali davası açılabilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira dava şartı arabuluculuk kapsamındaki iş uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklar bakımından açılacak itirazın iptali davaları, yukarıda da belirtildiği üzere dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Arabuluculuk süreci anlaşma sağlanamadan sonlandırıldığı takdirde, alacaklı dilerse itirazın iptali davası açabilir. Buna karşılık arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanması halinde, HUAK m. 18/5'nde düzenlenen dava açma yasağının işlerlik kazanması sebebiyle itirazın iptali davası açılabilmesi mümkün değildir.

İİK m. 259 uyarınca, haksız ihtiyatî haciz kararından zarar gören karşı taraf veya üçüncü kişiler, ihtiyatî haczi koyan mahkemede alacaklıya karşı tazminat davası

⁵⁴³Pekcanitez vd., 2022, **a.g.k.**, s. 357; Kuru, 2013, **a.g.k.**, s. 1065.

⁵⁴⁴Özekes, 2020, **a.g.k.**, s. 275.

⁵⁴⁵Özekes, 2020, **a.g.k.**, s. 276.

açabilirler. Asıl uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamında olsa bile söz konusu tazminat davası konusu itibarıyla asıl uyuşmazlığın doğrudan bir sonucu olarak kabul edilemez. Dolayısıyla, haksız ihtiyatî haciz kararından zarar gören karşı taraf veya üçüncü kişiler doğrudan tazminat davası açabilirler.⁵⁴⁶

Tazminat davasına ilişkin tartışılması gereken bir diğer husus, arabuluculuk süreci sonucunun bu davaya etkisidir. Bir görüşe göre, süreç sonunda anlaşma sağlanması halinde artık haklılık veya haksızlık değerlendirmesi yapılamayacağından, haksız ihtiyatî haciz sebebiyle tazminat davası açılabilmesi mümkün değildir.⁵⁴⁷ Kanaatimizce, haksız ihtiyatî haciz uygulanması sebebiyle ortaya çıkan zararın giderilmesi davası yeni bir hukuki ilişkiye işaret etmektedir. Zira bu davada esas alacağın ödenmesine değil; haksız ihtiyatî haciz sebebiyle borçlunun uğradığı zararın tazminine karar verilir. O halde taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesinde söz konusu zararın tazminine ilişkin açıkça bir düzenlemeye yer vermemişlerse, tazminat davası açılabilmesi mümkün olmalıdır. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanamadığı takdirde, tazminat davası açılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁵⁴⁶Özekes, 2020, **a.g.k.**, s. 279.

⁵⁴⁷Özekes, 2020, **a.g.k.**, s. 278.

SONUÇ

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri özel hukuk uyuşmazlıkları için arabuluculuğa başvurulabilir. Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için o uyuşmazlığın konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen tarafların uhdesinde olması gerekir. Dolayısıyla iştirak nafakasına, boşanmaya veya bir tüzel kişiliğin feshine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuğa başvurulabilmesi mümkün değildir. Arabuluculuk, ihtiyarî ve dava şartı arabuluculuk olmak üzere ikili bir ayırım çerçevesinde incelenebilir. Dava şartı arabuluculuk, mahkemede dava açılmadan önce başvurulması zorunlu olan arabuluculuk sürecini ifade eder. Dava şartı arabuluculukta zorunluluk sadece arabuluculuğa başvurulmasında söz konusu olup arabuluculuk sürecine katılım veya süreci anlaşımayla sonuçlandırma bakımından taraflar serbesttir. Buna dayanarak, dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediği kanaatindeyiz. Başvuru bakımından söz konusu olan zorunluluğu aşarak arabuluculuğa katılımı sağlamak amacıyla yapılan zorlayıcı düzenlemelerin ise hak arama hürriyetine aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. Bu tarz bir düzenlemeye, daha sonra açılan davada haklı çıksa bile mazeret göstermeksizin arabuluculuk müzakerelerine katılmayan taraf lehine vekalet ücreti hükmedilmesini yasaklayan ve yargılama giderlerinin tamamını bu tarafın üzerine yükleyen HUAK m. 18/A/12 örnek verilebilir. Dava şartı arabuluculuk gibi “takip şartı arabuluculuk” şeklinde yapılacak bir düzenlemenin, ilâmsız icranın niteliğine uygun düşmeyeceğini ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edeceğini de belirtmek gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi, hukukî niteliği itibarıyla bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir. Anlaşma belgesi, bir adi senet olarak hukuk yargılamalarında kesin delil teşkil edebilir. Anlaşma belgesinin hazırlanmasında, süreçle ilgili hukukî bilgi sahibi arabulucunun desteği önem arz etmektedir.

HUAK m. 18/5 uyarınca, anlaşma belgesinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılamaz. Söz konusu düzenleme ile amaçlanan, anlaşma belgesinde çözüme kavuşturulan uyuşmazlığın mahkemede yeniden tartışılmasının önüne geçmektir. Zira anlaşma belgesine şerh talep edilmesiyle ilâm niteliğinde belge elde edilecek ve ilâmlı icraya başvurulabilecektir. Lâkin bu düzenlemede, arabuluculuk anlaşma belgesinin maddi hukuk işlemi karakterinin yeterince göz önünde bulundurulmadığı söylenebilir. Bir maddi hukuk işlemi olan arabuluculuk anlaşma belgesinde cebri icraya elverişli

olmayan bir hükme yer verilebilir. Şarta bağlı hüküm içeren anlaşma belgeleri buna örnek gösterilebilir. Böyle bir anlaşma belgesi için talep edilen icra edilebilirlik şerhi, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olmadığı gerekçesiyle reddedilecektir. Bu durumda, hem icra edilebilirlik şerhi talebinin reddi sebebiyle ilâmlı icra yolu hem de dava açma yasağı nedeniyle mahkeme yolu kapanmış olacaktır. Bu sonucun hak arama hürriyeti ile bağdaşmadığı açıktır. Buna dayanarak, cebri icraya elverişli olmadığı gerekçesiyle hakkındaki icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilen anlaşma belgelerinin dava açma yasağından istisna tutulduğu yönünde açık düzenleme yapılması ve bu anlaşma belgelerinde yer alan hükümlerin ifası için dava açılmasında hukukî yarar bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İcra edilebilirlik şerhi yargılamasında anlaşma belgesi, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik yönünden değerlendirilir. Arabuluculuğa elverişlilikten maksat, anlaşma belgesinde yer alan uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir özel hukuk uyuşmazlığı olmasıdır. Taşınmaz devri veya üzerinde aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı daha önce öğretide tartışmalıydı. HUAK m. 17/B ile taşınmazın devri ve üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli hale getirilerek söz konusu tereddütler giderilmiştir. Lâkin yapılan düzenlemenin işlem güvenliği bakımından eksik olduğu söylenebilir. Kanaatimizce, taşınmazlara ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde duruşma açılması ve tapudan bilgi ve belge talep edilmesi zorunlu tutulmalı, mahkemenin takdirine bırakılmamalıdır. Bunun yanında, arabulucunun ve tarafların kimliği ile uyuşmazlık konusu taşınmazın bilgilerini içerir bir yazının tapuya gönderilmesinin işlem güvenliğinin sağlanması bakımından faydalı olacağı söylenebilir. Taşınmazlara ilişkin anlaşma belgelerinin icrasının sağlanması için daha ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Anlaşma belgesi bakımından değerlendirilecek bir diğer husus ise cebri icraya elverişliliktir. Anlaşma belgesinde yer alan hükmün ilâmlı icraya elverişli kabul edilebilmesi için verme, yapma veya yapmama şeklinde bir eda hükmü içermesi gerekir. İnşâî hakkın kullanılması ile buna bağlanan sonuç kendiliğinden meydana geleceğinden, inşâî hüküm içeren anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi talep edilmesine gerek yoktur. Tespit hükümleri de anlaşma belgesinin konusunu oluşturabilir. Ancak cebri icraya elverişli olmadıklarından, tespit hükmü içeren anlaşma belgelerine icra edilebilirlik

şerhi verilemez. Önemle belirtmek gerekir ki tespit hükmü içeren anlaşma belgelerinde söz konusu hakkın tespit edilmiş olması onun ifa edileceği hususunda da anlaşıldığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, tespit hükmü içeren anlaşma belgesinde yer alan borcun ifası için HUAK m. 18/5’nda düzenlenen dava açma yasağına takılmadan dava açılabilmelidir.

Hukukumuzda genel kabul şarta bağlı hüküm tesis edilemeyeceğidir. Bu kabule uygun olarak, şarta bağlı hüküm ihtiva eden anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Lâkin bir maddi hukuk işlemi olan anlaşma belgesinde şarta bağlı hükme yer verilmesine engel teşkil eden bir husus bulunmamaktadır. Bu durumda, icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla ilâmlı icraya başvuru imkânı olmayacağından, hakkın yerine getirilebilmesi için dava açılmasında hukukî yarar bulunduğu kabul edilmeli ve HUAK m. 18/5’nda öngörülen dava açma yasağı işlerlik kazanmamalıdır. Şarta bağlı hüküm içeren anlaşma belgesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi talebinin kural olarak reddi gerekir. Bu durumun istisnasını ise İK m. 21/7 oluşturur. Buna göre, işçinin işe başlatılması hususunda tarafların anlaşması halinde, işçinin işe başlatılacağı tarihin ve işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın parasal miktarının anlaşma belgesinde belirlenmesi zorunludur. Görüldüğü üzere, işe iade davalarından önce başvurulmuş dava şartı arabuluculuk süreci sonunda şarta bağlı hüküm içeren anlaşma belgesi düzenlenebilir ve bu anlaşma belgeleri için icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulabilir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmiş anlaşma belgesinde yer alan hükümlerin yeterince açık olmaması halinde, şerh talebini kabul eden mahkemeden hükmün tavzihi talebinde bulunulması mümkün olmamalıdır. Zira anlaşma belgesinde yer alan çözüme mahkeme değil taraflar ulaşmıştır. Bu durumda, taraflar yeni bir anlaşma belgesi düzenleyerek tekrar takip talebinde bulunabilecekleri gibi icra memurunun değerlendirmesini hatalı buluyorlarsa süresiz olarak şikâyet yoluna da başvurabilirler.

İcra edilebilirlik şerhi yargılaması kural olarak dosya üzerinden yürütülür. Ancak aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda duruşma açılması zorunludur. Bunun yanında, taşınmazlara ilişkin anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi halinde, mahkeme gerekli görürse duruşma açabilir. İcra edilebilirlik şerhi yargılamasında, mahkemenin yapması gereken denetimin sınırları HUAK m. 18/3’nda açıkça belirtilmiştir. Buna göre mahkeme, anlaşma belgesini arabuluculuğa ve cebri icraya

elverişlilik yönünden denetler. Ayrıca anlaşma belgesinin şeklen geçerli bir anlaşma belgesi olup olmadığı ve taraflarca emredici hukuk kurallarına aykırı bir hükme yer verilip verilmediğinin mahkemece değerlendirilmesi gerekir. Yine taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ilgili usûl ve esaslara uyulup uyulmadığı da mahkemece incelenmelidir. Bunların dışında kalan, anlaşma belgesinde yer alan imzaların sahteliği veya anlaşma belgesinin hata, hile ve ikrah altında imzalanmış olması gibi hususların şerh yargılamasında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Aksi bir kabul, kanun koyucunun öngörmediği şekilde şerh yargılamasını uzatacak ve bu durumdan kötü niyetli borçlular faydalanabilecektir. Ayrıca bu hususlara ilişkin değerlendirme, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen bir kararla ortaya konacağından, etkin bir hukukî koruma sağlanamayacaktır. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi yargılamasında yapılacak denetim HUAK hükümleri kapsamında kalmalı; sahtelik, hile vb. hususlar genel mahkemelerde açılacak ayrı bir dava ile ileri sürülmelidir.

Anlaşma belgesinin bir kısmı arabuluculuğa veya cebri icraya elverişli bir kısmı ise elverişli olmayabilir. Bu durumda TBK m. 27/2'nin kıyasen uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Anlaşma belgesinin şerh verilemeyecek kısmının yokluğu halinde geriye kalan kısmının düzenlenmeyeceği açıkça anlaşılamiyorsa şerh talebinin kısmen kabulüne karar verilebilmelidir. Lâkin tasarruf yetkisinin taraflara ait olduğu, onlar istemedikleri takdirde anlaşma belgesinin belli bir kısmına icra edilebilirlik şerhi verilemeyeceği unutulmamalıdır.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi kural olarak zorunlu değildir. Lâkin HUAK m. 17/B ve 18/B kapsamında düzenlenen anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi zorunludur. Söz konusu zorunluluk, icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilâm niteliğinde olduğu kabul edilen anlaşma belgeleri için de geçerlidir. Bu durum, şerh gerekmeksizin ilâm niteliğinde olan anlaşma belgelerine ilişkin HUAK m. 18/4'nda yer alan “*Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller hariç*” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın 21.07.2017 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan içtihadı birleştirme kararına göre elinde ilâm bulunan alacaklının ilâmsız icraya başvurmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında, hakkın yerine getirilmesi bakımından daha basit ve süratli bir yol olan ilâmlı icraya başvurma imkânı olan alacaklının, ilâmsız icraya başvurmasında hukukî yararının olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca

varlığı ilâmla sabit olmuş bir alacağın borçlusunun durumunu ağırlaştırmak maksadıyla ilâmsız icraya başvurulmasının da önüne geçilmek istenilmiştir. Her ne kadar bu konuda bir görüş birliği olmasa da aynı gerekçeler ilâm niteliğinde belgeler bakımından da ileri sürülebilir. Buradan hareketle, icra edilebilirlik şerhi alınarak ilâm niteliği kazandırılmış arabuluculuk anlaşma belgeleri ile ilâmsız icraya başvurulmasında hukukî yarar bulunmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık, ilâm niteliği bulunmayan anlaşma belgelerinde yer alan para veya teminat alacakları için ilâmsız icraya başvurulabilir. Başlatılan ilâmsız icra takibi borçlunun itirazıyla duracaktır. Bu durumda anlaşma belgesi, kayıtsız şartsız para borcu içeren ve imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş belge olarak itirazın kesin kaldırılmasına dayanak teşkil edebilir. Alacaklı, itirazın hükümden düşürülmesi amacıyla itirazın iptali davası yoluna başvuramaz. Zira HUAK m. 18/5 uyarınca dava açma yasağı devrededir. Zira söz konusu dava açma yasağı ile amaçlanan, tarafların üzerinde uzlaşma sağladığı hususların mahkeme önünde yeniden tartışılmasının önüne geçilmesidir. Ayrıca borçlu dilerse icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunarak ilâmlı icraya başvurabilir. Borçlu, takip talebinde dayanan anlaşma belgesi altında yer alan imzanın kendisine ait olmadığını ödeme emrine karşı itiraz süresi içinde ileri sürerse alacaklı icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılmasını talep etmelidir. Yargılama sonucunda imzanın borçluya ait olduğu anlaşılırsa itirazın geçici kaldırılmasına karar verilir. Bu karar üzerine borçlunun, dava açma yasağına takılmadan borçtan kurtulma davası açabilmesi mümkün olmalıdır. Zira anlaşma belgesinde yer alan imzaların sahteliği iddiası ile açılacak davalarda HUAK m. 18/5’nda yer alan dava açma yasağının işlerlik kazanmaması gerekir. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesi, İİK’nun ilgili maddelerinde yer alan şartları sağlaması halinde, takibin iptali ve talikine veya icranın geri bırakılmasına dayanak teşkil edebilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin sahteliğine veya geçersizliğine ilişkin olarak genel mahkemelerde dava açılabilir. Geçersizlik veya sahteliğe ilişkin açılan davalar hukukî niteliği itibarıyla birer menfi tespit davası olup anlaşma belgesinde yer alan alacağın tahsili amacıyla başlatılmış ilâmsız icra takibine etkisi İİK m. 72 çerçevesinde değerlendirilmelidir. İlâmsız icra takibinin tamamlanmış olması halinde bu iddialarla istirdat davası açılabileceği gibi daha önce açılmış menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilebilir (İİK m. 72/6). İstirdat davasının açılması için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde sebepsiz zenginleşme davasına başvurulabilir.

Sahtelik veya geçersizlik iddiasıyla açılan davaların ilâmlı icra takibine etkisini ayrıca değerlendirmek gerekir. Söz konusu davaların açılmasının devam eden ilâmlı icra takibine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira ilâmlı icraya ilişkin İİK m. 33/4’nda istirdat davasına açıkça yollama yapılmasına rağmen menfî tespit davasından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla, geçersizlik veya sahteliğe ilişkin davaların İİK m. 72 kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, İİK m. 72’nde düzenlenen takibin durdurulmasına veya paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesine ilişkin ihtiyati tedbirlere başvurulamayacaktır. Lâkin anlaşma belgesinin geçersizliğine veya sahteliğine hükmedilir ve söz konusu karar kesinleşirse İİK m. 40/2’nin kıyasen uygulanmasıyla icra muamelelerinin eski haline iade olunması gerekir. İlâmlı icra takibinin tamamlanmış olması halinde ise İİK m. 33/4’nın yollamasıyla söz konusu iddialar istirdat davası yoluyla ileri sürülebilir. Bu davanın açılması için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde sebepsiz zenginleşme davasına da başvurulabilir. İlâmlı icra takibi tamamlanmış ve geçersizlik veya sahteliğe ilişkin karar kesinleşmiş ise İİK m. 40/2’nin kıyasen uygulanmasıyla icra muameleleri eski halinde iade olunabilir.

7445 Sayılı Kanun’un getirdiği düzenlemeler ile iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda icra hukukuna özgü itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davalarının dava şartı arabuluculuk karşısındaki konumuna ilişkin tereddüt sona ermiştir. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların kural olarak tamamı dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğundan, 7445 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de tüketici mahkemelerinde görülen itirazın iptali ve menfî tespit davalarında arabuluculuğun dava şartı olduğu genel olarak kabul edilmekteydi. İş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda ise dava şartı arabuluculuk, konusu bir miktar para alacağı olan alacak ve tazminat davalarında geçerliydi. 7445 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda icra hukukuna özgü karakterleri nedeniyle itirazın iptali ve istirdat davalarının; hukukî niteliği itibarıyla bir eda davası olmadığından menfî tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı kabulü gerekirdi.

İş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda; itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için buna ilişkin açık kanunî düzenleme yapılmalıydı. Kanun koyucu da açık kanunî düzenlemeyle bu davaları dava şartı arabuluculuk kapsamına almıştır. Yapılan yeni düzenlemenin

yerinde olduğu kanaatindeyiz. İtirazın iptali davası bakımından yapılan düzenleme sayesinde, ilâmsız icraya ve daha sonra itirazın iptali davasına başvurularak dava şartı arabuluculuk hükümlerinin işlevsiz bırakılmasının önüne geçilmiştir. İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi kılındığı bir düzlemde, borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesinin korunması adına menfi tespit davasının da dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınması isabetlidir. Ayrıca 7445 Sayılı Kanun ile değiştirilen HUAK m. 18/A/16 uyarınca, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra borçlu aleyhine takip yapılması ve borçlunun da bu takibe karşı son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde İİK m. 72’nde düzenlenen menfi tespit davasını açması ve talep etmesi halinde, İİK m. 72/2’nda yer alan takibin durdurulması yönündeki ihtiyatî tedbire karar verilebilir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesinin korunmasını sağlamıştır. İstirdat davasının da dava şartı arabuluculuğa tâbi kılınmasının tutarlı bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Zira arabuluculuğun dava şartı olduğu menfi tespit davasının, arabuluculuğun dava şartı olmadığı istirdat davasına dönüşmesi çelişik bir görünüm arz edecektir. Ayrıca istirdat davasının hukukî niteliği itibarıyla icra hukukuna özgü bir eda davası olduğunun da göz önünde bulundurulması gerekir.

Söz konusu yeni düzenlemeler 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Menfi tespit ve istirdat davalarında dava şartı arabuluculuğun, yürürlük tarihiyle uyumlu olacak şekilde 01.09.2023 tarihinden itibaren açılacak davalarda uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık, itirazın iptali davası bakımından herhangi bir tarih belirtilmemiştir. Kanun koyucunun açık bir düzenleme yapmadığı dönemde, itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığında ilişkin öğretide ve içtihadta görüş birliği bulunmamaktaydı. Dava şartlarına ilişkin bir hükmün bu şekilde geriye yürütülmesi usûl hükümleri bakımından geçerli olan derhal uygulanırlık ilkesi ve usûl hukukunun hizmet ettiği hukukî güvenlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Mahkemelerin çoğunluğunun itirazın iptali davasını dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul etmeleri, böyle bir uygulamanın gerekçesi olarak kabul edilemez. İtirazın iptali davalarında da aynı menfi tespit ve istirdat davalarında olduğu gibi yürürlük tarihiyle uyumlu olacak şekilde, 01.09.2023 tarihinden itibaren açılacak davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğu kabul edilmelidir.

7445 Sayılı Kanun’da borçtan kurtulma davasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Lâkin herhangi bir düzenleme yapılmamış olması borçtan kurtulma

davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağı anlamına gelmemelidir. Zira borçtan kurtulma davası, hukukî niteliği itibarıyla bir menfi tespit davasıdır. Dolayısıyla, menfi tespit davası için yaptığımız değerlendirmeler borçtan kurtulma davası için de geçerlidir.

İş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarda, hacizde istihkak davası ve sıra cetveline itiraz davası bakımından dava şartı arabuluculuk söz konusu olamaz. Zira 7445 Sayılı Kanun'da itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davasına ilişkin açık düzenleme yapılmasına rağmen bu davaların ismi zikredilmemiştir. Hakkındaki tüm davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi kılındığı uyuşmazlıklarda da bu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilebilmesi mümkün değildir. Çünkü her iki dava da yalnızca icra takibi bağlamında işlerlik kazanabilen davalardır. İlâmsız icra prosedürüne ait davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaları için, 7445 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde itirazın iptali davasına ilişkin değerlendirmemizde olduğu gibi, açık kanunî düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Hacizde istihkak ve sıra cetveline itiraz davası bakımından dava şartı arabuluculuk bir yana ihtiyarî arabuluculuğa dahi şüpheyle yaklaşılması gerekir. Zira her iki davada da biri haciz diğeri sıra cetveli olmak üzere iki ayrı kamu tasarrufunun, iddia edildiği gibi hatalı olup olmadığının değerlendirilmesi yapılır. Bir kamu tasarrufunun hatalı olup olmadığı hususunun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları sahasına dahil olmadığı kanaatindeyiz.

İİK'un birçok hükmünde icra tazminatlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İcra hukukuna özgü davalarda arabuluculuğa başvurulması halinde bu icra tazminatları üzerinde de pazarlık edilebilir, söz konusu tazminatlar esas alacağa eklenerek anlaşma yapılabilir.

HUAK m. 18/B/1-a uyarınca İİK'nun kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümleri hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartıdır. İİK'nun kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan ve genel hükümler dairesinde açılacağı belirtilmiş davaların (İİK m. 269/b/4 ve m. 275/4) dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davası, konusu itibarıyla bir alacak veya tazminat davası değildir. Bunun yanında, icra hukukuna özgü karakteri olan bir davadır. Dolayısıyla tasarrufun iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığı kanaatindeyiz.

Gerek dava şartı gerekse de ihtiyarî arabuluculuğa ihtiyatî haciz talebinden önce veya sonra başvurulabilir. Lâkin ihtiyatî haciz talebinde bulunulmasının, mevcut veya muhtemel arabuluculuk sürecini olumsuz yönde etkileyebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. HUAK m. 18/A/16’nda yer alan tamamlayıcı merasime ilişkin düzenlemenin, yalnızca dava açılması bakımından öngörülen süreyi durdurduğu; icra takibi başlatılması için öngörülen süreye bir etkisinin bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Esas uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise (bir paranın ödenmesine ilişkin ticarî uyuşmazlık gibi) tamamlayıcı merasim olarak takip başlatıldıktan sonra borçlunun itirazını hükümden düşürmek amacıyla açılacak itirazın iptali davasında arabuluculuk dava şartıdır. Son olarak belirtmemiz gerekir ki haksız ihtiyatî hacizden kaynaklanan tazminat talebine ilişkin olarak arabuluculuk anlaşma belgesinde herhangi bir düzenleme yapılmamışsa, salt esas uyuşmazlık için anlaşılmış olması artık bu talebe ilişkin dava açılmayacağı anlamına gelmemelidir.

KAYNAKÇA

A. Kılınç (2019). İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(1), s. 205-231.

Akil, C. (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Akkan, M. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (2), s. 1-31.

Akkan, M. (2020). *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Akkaya, T. (2006). Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 2 (3), s. 661-684.

Akkaya, T. (2008). 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 4 (11). s. 677-698.

Akkaya, T. (2017). *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Antalya, O. G. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler cilt I*. (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık.

Aral, F. ve Ayrancı, H. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. (12. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Aras, A. (2016). Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7 (1), s. 65-86.

Aras, A. (2017). *Çekişmesiz Yargıda Yargılama usûlü*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Arkan, S. (2023). *Ticarî İşletme Hukuku*. (29. Bası), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Arslanpınar Tat, T. (2021). *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Aslan, K. (2005). *Hacizde İstihkak Davası*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Aslan, K. ve Akyol Aslan, L. (2015). İlâma Bağlı Para Alacağı için İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır ?. *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Aşık, İ., Oruç, Y., Tok, O. ve Saçar, Ö. F. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Atakan, A. (2007). Kamu Düzeni Kavramı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 13(1-2), s. 59-136.

Atalay, E. (1997). Yargısal Temel Haklar. *Prof. Şükrü Postacioğlu'na Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Atalı, M. (2019). İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sonuçlar. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. (Ed: E. Erdoğan). Ankara: Pozitif Matbaacılık.

Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları

Azıklı Arslan, B. (2018). *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Badur, E. (2021). Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Sayı: 18, s. 49-87.

Badur, E. (2020). Arabulucu Sözleşmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*. 15 (162), s. 248-265.

Badur, E. ve Kurt Konca, N. (2023). Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 72 (2), s. 845-879.

Bahadır, N. T. (2022). *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Baş, S. (2022). 6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 13 (1), s. 176-189.

Boran Güneysu, N. (2012). İcra Takip İşlemleri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 101, s. 31-60.

Boran Güneysu, N. (2014). *Medeni Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Boran, N. (2006). *İcra Takibinin İptali ve Taliki*. İzmir: Güncel Yayınevi.

Börü, L. (2009). İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 58 (3), s. 481-538.

Börü, L. (2017). Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Dair Bazı Değerlendirmeler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2017/Özel Sayı, s. 173-198.

Börü, L. ve Koçyiğit, İ. (2021). *Ticarî Dava*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.

Budak, A. C. (2019). Ticarî Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 15 (42), s. 25-40.

Bulur, A. (2014). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Paneli* (<https://tahkim.hacettepe.edu.tr/alperbulurteblig.pdf>).

Bulur, A. (2015). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler. *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Büyükcay, F. (2018). *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Candan, T. (2023). *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun*. (5. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Çağa, T. (1976). Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair. *Banka ve ticaret hukuku dergisi*. 8 (3), s. 21-31.

Çiftçi, P. (2010). *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Çiftçi, P. (2016). Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) Sınırlandırılması Sorunu. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 12 (34), s. 361-400.

Çil, Ş. (2020). *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Deliduman, S. (2001). *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri*. Ankara: Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı.

Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A. (2021). *Türk Özel Hukuku Cilt III*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Dür, O. (2018). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Dür, O. (2021). Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Dava Şartları ve İlâmsız İcra Takibi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Sayı: 48, s. 217-244.

Ekmekçi, Ö., Özekes, M., Atalı, M. ve Seven, V. (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Eminoğlu, C. ve Erdoğan, E. (2020). *Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Erdoğan, E. (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. Sayı: 55, s. 1211-1242.

Erdönmez, G. (2016). Adi ve Resmî Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 123, s. 147-208.

Eren, F. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (23. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Erişir, E. (2009). Arabuluculuk Müessesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11 (Özel Sayı), s. 225-236.

Ermenek, İ. (2021). *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ermenek, İ. ve Azaklı Arslan, B. (2020). İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 148, s. 135-196.

Göksu, M. (2021). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*. (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

K. Gözler (2016). *Hukuka Giriş*. (13. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 70.

Gözler, K. (2018). *İdare Hukuku Dersleri*. (20. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Gözler, K. (2017). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. (21. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Gümüş, M. A. (2012). “Yeni” 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi*. (2. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Gündoğdu, S. B. (2023). Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşüncüler. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6 (2), s. 851-880.

Güneş, A. M. (2020). *Hukuk Metodolojisi*. (3. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Güngör, G. (2021). *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Huysal, B. (2010). *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kaboğlu, İ. Ö. (1999). *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. (5. Baskı), İstanbul: Afa Yayıncılık.

Karacabey, K. (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*. 18 (2016/1), s. 457-489.

Karlı, A. (2014). *İcra ve İflâs Hukuku*. (3. Baskı), İstanbul: Alternatif Yayıncılık.

Katz, L. V. (1993). Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of The Coin. *Journal of Dispute Resolution*. 1993 (1), s. 1-56.

Kekeç, E. K. (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Kıyak, E. (2015). Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 6 (21), s. 523-548.

Kiraz, T. Ö. (2006). *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*. (2. Baskı), Ankara: Bilge Yayınevi.

Koç, E. (2021). Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: ilâmsız icra takibi. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8 (1), s. 235-257.

Koçyiğit, İ. ve Bulur, A. (2019). *Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını.

Konuralp, H. (2002). Avukatlık yasası. *Hukuk Merceği 2 Konferans ve Paneller 2000-2002*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Köküarı, İ. (2011). Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15 (1), s. 163-208.

Kuru, B. (1961). *Nizasız Kaza*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü cilt III*. (6. Baskı), İstanbul: Demir Demir Yayıncılık.

Kuru, B. (2013). *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.

Kuru, B. ve Aydın, B. (2021a). *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I*. (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. ve Aydın, B. (2021b). *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*. (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. ve Budak, A. C. (2010). *Tespit Davaları*. (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII: İlâmsız İcra. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. (Basım yılı: 2009).

Mnookin, R. H. (1998). Alternative Dispute Resolution. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232.

Muşul, T. (2013). *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I*. (5. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.

Muşul, T. (2020). *İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*. (3. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.

Muşul, T. (2009). *Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*. (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Neller, A. (1992). Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Journal on Dispute Resolution*. 7 (2), s. 287-313.

Nylund, A. (2014). The Many Ways of Civil Mediation in Norway. *The Future of Civil Litigation – Access to Courts and Court-Annexed Mediation in the Nordic Countries*. (Ed: L. Ervo, A. Nylund). Springer, s. 97-119.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler cilt I*. (16. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler cilt II*. (14. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Önen, E. (1981). *İnşai Dâva*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Özbay, İ. ve Erdem, M. (2021). Ticarî Uyuşmazlıklarda ve Tüketici Uyuşmazlıklarında İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Bulunup Bulunmadığı Meselesi. *Yargıtay Dergisi*. 47 (3), s. 849-900.

Özbek, M. S. (2012). Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk. *Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IX*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Özbek, M. S. (2018). *Noter Senetlerinde Sahtelik*. (4. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbek, M. S. (2022). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (5. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Özçelik, V. (2018). Dava Şartı olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (usûl ekonomisi ve hak arama hürriyeti bakımından değerlendirme). *Kesit Akademi Dergisi*. 14, s. 344-352.

Özekes, M. (1999). *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özekes, M. (2009). *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Özekes, M. (2019). *Temel Hukuk Bilgisi*. (10. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Özekes, M. (2018a). Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. (Ed: E. Erdoğan). Ankara: Pozitif Matbaacılık.

Özekes, M. (2018b). 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. Sayı: 39, s. 62-77.

Özekes, M. ve Atalı, M. (2018). 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler. *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Özekes, M. (2020). Zorunlu Arabuluculukta Geçici Hukukî Korumaların Durumu. *İzmir Barosu Dergisi*. Yıl: 85 Sayı:1, s. 253-283.

Özekes, M. ve Çiftçi, P. (2020). Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı: 148, s. 101-134.

Özkan, Y. (2004). *İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Özmumcu, S. (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 74 (2), s. 807-842.

Özyakışır, Ö. (2019). *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Paslı, A. (2019). Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması. *Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Pekcanıtez, H. (2008). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Pekcanıtez, H. (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku cilt II*. (15. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özekes, M. (2022). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. (9. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2021). *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*. (9. Bası), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Postacıoğlu, İ. E. (1941). Şarta Muallak Hükümler. *Adalet dergisi*. 1941/2, s. 112-122.

Postacıoğlu, İ. E. (1978). İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 9 (4), s. 951-970.

Postacıoğlu, İ. E. ve Altay, S. (2020). *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. (8. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Quek, D. (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11, s. 479-509.

Saraçoğlu, N. (2022). *Tespit Hükümlerinin ve İnşâî Hükümlerin İcra Hukuku Bakımından Durumu*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Serozan, R. (2017). *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. (7. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Simil, C. (2021). İcra Takiplerinde Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması. *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu*. (Ed: A. Yeşilırmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve F. Kafalı), İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları.

Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. (20. Bası), İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tanrıver, S. (1994). Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulh ve Kabuller. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 46 (1-2), s. 333-348.

Tanrıver, S. (1996). *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanrıver, S. (1998). Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 17-18(1-2), s. 467-491.

Tanrıver, S. (2020). *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanrıver, S. (2021). *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. (4. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanrıver, S. (2021). *Medenî Usûl Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Taşpınar Ayvaz, S. (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Topuz, S. ve Topuz, G. (2008). Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukukî Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukukî Niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*. 66 (2), s. 74-89.

Toraman, B. (2020). Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5 (1), s. 3141-3170.

Toraman, B. ve Hasırcı, H. (2023). Yedinci Yargı Paketi (7445 sayılı kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*. 19 (54), s. 3-52.

Tutumlu, M. A. (2014). *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ulukapı, Ö. ve Kıyak, E. (2015). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Umar, B. (1973). *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişimi ve Genel Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticarî Bilimler Fakültesi Yayınları.

Umar, B. (1963). *Türk İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Wissler, R. L. (1997). The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on The Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*. 33, s. 565-604.

Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2018). *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. (15. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yazıcı, Ç. (2020). Türkiye’de Arabuluculuğun Gelişimi. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*. 9 (2), s. 313-352.

Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Yazıcı Tıktık, Ç. (2015). Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16 (2014/Özel Sayı), s. 2735-2776.

Yılmaz, A. (2019). Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticarî Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4 (1), s. 219-238.

Yılmaz, E. (2009). İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği. *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Yılmaz, E. (2011). *Hukuk Sözlüğü*. (10. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Barış TANRIVERMİŞ

Cinsiyeti : Erkek

Doğum Yeri/Yılı

Yabancı Dil : İngilizce

Eğitim ve Mesleki Geçmiş:

Lise 2017: İstanbul Özel İncirli Uğur Temel Lisesi (2013-2016 İstanbul Çemberlitaş Anadolu Lisesi)

Lisans 2021: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2022-2022: Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

2022-Hâlen: Eskişehir Adli Yargı Hâkim Adayı, Adalet Bakanlığı