

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER SOME CONSIDERATIONS ON MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION

Süha TANRIVER*

Özet: Bu çalışmada, dava şartı arabuluculuk kapsamında, uygulamada da sorun yaratan bazı özel durumlar, yer yer yargı kararlarına da işaret edilmek suretiyle tek tek ele alınmış, özgün bazı tespitler yapılmış; özel bir dava şartının genel bir dava şartına dönüştürülme gayretinin, medenî usûl hukuku bağlamında, teknik bazı detaylara da işaret edilmek suretiyle, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmayacağına dikkat çekilmiş; arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma belgesi bağlamında, bazı konuların kritiği yapılmış ve son olarak da, dava şartı arabuluculuğun, dava tipolojisi bağlamında yaratmış olduğu zorlukların nasıl aşılabileceğine dair, somut çözümler üretilmesine gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı Arabuluculuk, İş Uyuşmazlıkları ve Ticarî Uyuşmazlık, Anlaşma Belgesi, İcra Edilebilirlik Şerhi, İlâm Niteliğinde Belge, İrade Bozukluğu ve Gabin, Dava Tipolojisi

Abstract: In this study, some special circumstances, which could be problematic in practice in the scope of mediation as a cause of action, were discussed on an individual basis by referring to the relevant adjudication and several authentic determinations were made. It was underlined by pointing out certain technical details that the effort to transform a special cause of action to a general one would not be a suitable approach within the context of civil procedural law and certain issues were criticized regarding the letter of agreement obtained at the end of the mediation process. Finally, it was intended to achieve concrete solutions in respect to overcome the complications originated from mediation as a cause of action in the frame of action typology.

Keywords: Mediation as Cause of Action, Labor Disputes and Commercial Disputes, Letter of Agreement, Annotation of Performability, Document with Judgmental Value, Defective Intention and Lesion, Typology of Action

* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, stanriver@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9729-6834, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.12.2019, Kabul Tarihi: 26.12.2019

A. Genel Olarak

Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngörmüş olduğu modelde, taraflar, ilke olarak, arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırma, bu süreci devam ettirme ve sona erdirmeye hususunda, tam bir serbestiye sahip kılınmışlardır (m. 3, I, c.1). Bir başka ifadeyle arabuluculuk, kural olarak, tarafların ihtiyarına bağlı olarak işlerlik kazanan bir kurum konumundadır. Arabuluculuğun ihtiyarılığı ilkesine, genel çerçevede 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde ve özel plânda ise, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları ayırık olmak üzere, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacaklarıyla tazminatlarını konu alan davalar ile işe iade talebiyle açılan davalar ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde, yine aynı Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bağlamında, özel bir dava şartı yaratılmak suretiyle bazı istisnalar getirilmiş; yani, zorunlu arabuluculuk yönünde bir adım atılmıştır (m. 3, I, c.2). İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili, tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulmamış olması halinde, açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle herhangi bir işlem yapılmadan, usulden reddedilmek zorundadır. Sözü edilen dava şartı noksanlığı, mahkemece, kesin süre verilmesi suretiyle tamamlanabilecek bir nitelik taşımamaktadır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, mahkemece, davacıya, son tutanağın, bir haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunulması gerektiği; aksi takdirde, davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ çıkartılmadan, davanın usûlden reddi gerekir (İş. Mah. K. m. 3, II; HUAK m. 18/A, II).

Yapmış olduğumuz bu tespitler, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin davalar bakımından da geçerlilik taşımaktadır (TTK m.5/A; ayrıca genel çerçevede bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/A, II).

Yine, yasa koyucu, iş uyuşmazlıklarıyla ticarî uyuşmazlıklar bağlamında, arabulucuya başvuru zorunluluğunu pekiştirmek ve bir anlamda onu tamamlamak için, sürece tarafların aktif bir biçimde katılımını temin amacıyla İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin on ikinci fıkrasıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on birinci fıkrasında, özel düzenlemeler getirmiştir. Anılan düzenlemelere 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.

İş uyuşmazlıklarıyla ticarî uyuşmazlıklar bağlamında somutlaştırılmış, genel çerçevede ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde yaratılmış olan arabulucuya başvuru zorunluluğunun, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlı tutulduğunu; arabuluculuk sürecinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonlandırılmasını kapsamadığı hususuna, vurgu yapmakta yarar vardır. Yani, yasal zeminde yaratılmış olan zorunluluk, arabuluculuk sürecini başlatma ve ilk toplantıya katılmayla sınırlıdır.¹ Dava şartı arabuluculuk bağlamında, hakkında özel hüküm

¹ Zorunlu arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne engel, ona ulaşmayı zorlaştırma ve karmaşık bir takım usuller içermesi sebebiyle hak aramaktan, adeta yıldırma anlamına geldiği hususunda (bkz.: Ö. Ekmekçi/M. Özkes, /M. Atalı/V. Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019, s.149-150). Karşıt görüş için bkz.: Ç. Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.39-43. Bkz.: dava şartı arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşımadığı hususundaki Anayasa Mahkemesi'nin 11.7.2018 tarihli, 2017/178 E. ve 2018/82 K. numaralı kararı için (RG., 11.12.2018, Sa., 30622): "..... Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle

sevk edilmemiş olan hallerde, esas itibariyle ihtiyarî arabuluculuğu baz alan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümleri, kıyasen uygulanma alanı bulacaktır

getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir.

Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması, uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellemektedir.

Diğer taraftan uyuşmazlık çözüm süreci ve dava süreçlerinin uzun sürmesi özellikle işçi bakımından ciddi hak kayıplarının doğmasına sebebiyet verebilecektir. Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında arabuluculukta geçecek süreler 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (10) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hâllerde en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Arabuluculuk sürecinin zorunlu hâller dâhil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında arabuluculukta geçecek süreler nedeniyle işçilik hak ve alacaklarının elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştığı ve hakkın elde edilmesi bakımından geçmesi muhtemel sürenin makul kabul edilemeyecek şekilde uzadığı söylenemez.

Benzer şekilde, arabuluculuk sürecinde zaman aşımı veya hak düşürücü sürelerin dolması veya dolmak üzere olması dava hakkının kullanılmasının zorlaşmasına veya tamamen engellemesine sebebiyet verebilecektir. Bu husus dikkate alınarak 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (17) numaralı fıkrasında arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürece zaman aşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeceği düzenlenmiştir. Bu durumda arabuluculuğun, zaman aşımı veya hak düşürücü süreler nedeniyle dava hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyeceği de ileri sürülemez.

Bu itibarla itiraz konusu kuralın hakkın özünü zedeleyen bir yönünün bulunmadığı ve kural ile getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği görüldüğünden kuralda, ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır...."

Anayasa Mahkemesi, sözü edilen kararında, dava şartı arabuluculuğa başvurunun, yargılamaya giderleriyle de ilişki kurulmak suretiyle ilk toplantıya katılma zorunluluğunu da içerdiğini öngören Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, 18/A maddesinin 11. fıkrasında öngörülen düzenlemeyi, tümüyle göz ardı etmiş; hak arama özgürlüğü bağlamında, buna ilişkin herhangi bir irdeleme ve değerlendirmede bulunmamıştır.

(HUAK m.18/A, XX). Yine, dava şartı arabuluculukta dava açılmadan önce, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi hâlinde, 6100 sayılı Kanun'un 397. maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyatî haciz kararı verilmesi hâlinde ise, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 264. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez. (HUAK m. 18/A, XVI). Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (HUAK m.18/A, XVIII).

Şimdilik iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıklarla sınırlı tutulmuş olan bu adımın,² tüketici uyuşmazlıklarıyla aile hukuku uyuş-

² Her ne kadar, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan kaynaklanan ve para ve tazminat alacağını konu alan davalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde sayılmış olan davalar arasında yer alsa bile, dava şartı arabuluculuğa ilişkin kurallar, bu bağlamda uygulanma alanı bulamaz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76'ncı maddesi uyarınca, bu Kanun'un düzenlemiş olduğu hukukî ilişkilerden kaynaklanan, hukuk davaları, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına girer. Dolayısıyla, Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan hukuk davalarının ticarî davalar arasında sayılmasının, pratikte herhangi bir anlam ve önemi kalmamıştır; anılan davalar, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanı dışına çıkartılmıştır. Fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan hukuk davalarına, ayrı bir fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, varsa o yerdeki asliye ticaret mahkemesince değil; asliye hukuk mahkemesince, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla bakılacaktır. Kaldı ki; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 189'uncu maddesiyle değişik, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 76'ncı maddesinin birinci fıkrası ile göreve ilişkin olarak belirlemede bulunan Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenleme, zımnen ilga edilmiştir. Bu durum karşısında, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin alacak ve tazminat taleplerini konu alan hukuk davaları, dava şartı arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında kalır [Taraflardan birisinin ticarî işletmesiyle ilgili olmak kaydıyla, dava şartı arabuluculuğun kapsamında olduğu yönünde bkz.: E. Giray: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk (Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.29-40, s.34]; ancak bu bağlamda ihtiyatî arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması mümkündür. Yine, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, sözü edilen "fikrî mülkiyete ilişkin mevzuat" kavramının kapsamına, sınai mülkiyete ilişkin mevzuat da dâhildir. Sınai Mülkiyet Kanunu 31'inci maddesi uyarınca, bu Kanun'un düzenlemiş olduğu, hukukî ilişkilerden (markalar, patent, coğrafi işaretler, geleneksel ürünler ve endüstriyel tasarım ile faydalı modellerden) kaynaklanan hukuk davalarına, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesinde bakılır. Anılan düzenlemeyle, hem yeni tarihli kanun hem de özel kanun konumunda olması hasebiyle, Türk Ticaret Kanunu 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, yer alan ve göreve ilişkin ola-

rak belirlemede bulunan düzenleme zımnen ilga edilmiştir. Dolayısıyla, fikrî ve sınaî mülkiyete ilişkin mevzuattan kaynaklanan, belirli bir paranın ödenmesini konu alan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı arabuluculuk değil; ancak ihtiyarî arabuluculuk hükümleri işletilebilir. [Dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanma alanı bulabileceği konusunda bkz.: O. U. Karaca, : Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları (FMR 2019/1, s.48-55), s.51 vd.]

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin birinci fıkrasında, özel kanunlarda yer alan ticarî davalardan parasal bir talebi konu alanlar bağlamında da, dava şartı arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun uygulanma alanı bulacağına, yasal çerçevede açıkça vurgu yapılmıştır. Bu kapsamda, özellikle iflâsa ve konkordatoya ilişkin davalar üzerinde bazı tereddütler ortaya çıkmıştır.

Her şeyden önce, iflâsa ve konkordatoya ilişkin davalar, kamu düzenindedir; yani tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde tasarruf edebilecekleri alanlar arasında yer almazlar. Dolayısıyla tümüyle, arabuluculuk kurumunun uygulanma alanı dışında kalırlar. Bir an için, bu alanların üzerinde anlaşmak suretiyle tasarrufta bulunulabilecek olan alanlar arasında yer aldığı kabul edilse bile, doğrudan doğruya iflâs yollarına başvuru, yani takipsiz iflâs talebinde bulunma (İİK m. 177-179) bir çekişmesiz yargı işi niteliği taşıdığı için (HMK m. 382, 1/f, 2) arabuluculuk kurumu zaten uygulanma alanı bulamaz; arabuluculuğa elverişli alanlar arasında yer almaz. Takipli iflâs yollarından birisine başvuru üzerine, borçlunun iflâsının sağlanması için, açılmış olan iflâs davası ise, alelâde bir alacak davası olmayıp; takip prosedürünün devamını sağlamaya yönelmiş, onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden dava konumunda bulunması ve verilecek olan iflâs kararının, sadece iflâs takibini yapan alacaklının değil; borçlunun tüm alacaklılarının hukukî durumunu etkileyecek şekilde, derhal hüküm ve sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıması sebebiyle borçlunun süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine iflâs isteyen alacaklının alacağının varlığının, genel hükümler çerçevesinde, mahkemece, araştırılacak bir boyut kazanmış bulunduğu hallerde dahi, ne ihtiyarî ne de zorunlu arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alanlar arasında yer alır.

Yine, iflâsla ilişkili olarak, uygulamada tartışma konusu yaratan hususlardan birisini de, sıra cetveline itiraz davaları oluşturur (İİK m. 235). Her şeyden önce, iflâs hukuku bağlamında, alacaklının sıra cetvelinde iflâs idaresince kendisine karşı verilmiş olan sıraya karşı çıkması yahut sıra cetvelinin düzenlenmesiyle ilgili iflâs hukuku kurallarına aykırı davranılması sebebiyle işlerlik kazanan sıra cetveline karşı şikâyet (İİK m. 235/son f.), bir dava olmaması ve belirli bir parasal edimin ödenmesiyle ilişkili bulunmaması sebepleriyle dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanma alanı dışında kalır. İflâs hukuku bağlamında, sıra cetveline itiraz davası ise, bir iflâs alacaklısının alacağının, iflâs idaresi tarafından kısmen ya da tamamen reddedilmesi yahut bir başka iflâs alacaklısının, alacağına, sıra cetvelinde, verilmiş olan sıraya veya onun alacağının esasıyla ilgili verilmiş bulunan ve sıra cetvelinde gösterilmiş olan karara karşı çıkılması halinde işlerlik kazanır. Yine, iflâs idaresi, mülkiyet dışındaki istihkak iddialarının da kabul ya da retlerine karar vermek ve bu kararlarının sonuçlarını, sıra cetvelinde göstermek zorundadır. Mülkiyet dışındaki istihkak iddiası reddedilen kişiler de, sıra cetveline itiraz davası yoluna başvurmak zorundadırlar. Son işaret edilen husus bağlamında, parasal bir edime mahkûmiyetten zaten bahsedilemeyeceği için, dava şartı arabuluculuk hükümlerinin, işlerlik kazanamayacağı aşîkârdır. Bir iflâs alacaklısının, alacağının esasî yahut bir başka iflâs alacaklısının sıra cetvelindeki sırasına yahut onun alacağının esasına ilişkin olarak, iflâs idaresince verilmiş

bulunan karara karşı çıkması hâlinde işlerlik kazanan sıra cetveline itiraz davası ise, hukukî niteliği itibarıyla doğrudan belirli bir parasal edime mahkûmiyeti, yani alacağın tahsilini konu alan dava konumunda değildir. Sıra cetveline itiraz davasının işlevi, iflâs masasının aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucunda oluşan değerden, her bir iflâs alacaklısının alacağı payın belirlenmesine esas teşkil edecek olan sıra cetvelinin, fiilî maddî durumla örtüşen bir şekilde düzenlenmesini sağlamak, varsa bu bağlamdaki hataların giderilmesini ve kesinleşmesini bir an önce gerçekleştirmektir. Bu niteliği gözetildiğinde, doğrudan alacağın tahsilini hedefleyen bir eda davası konumunda bulunmadığı, aşikârdır ve dolayısıyla dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınamaz (Aynı yönde, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 11.9.2019 tarihli ve 2019/1464, 2019/1298 sayılı kararı, "Somut olayda dava, bir alacak ya da tazminat davası olmayıp, masaya kayıt davasıdır. Bilindiği gibi, kayıt kabul davası, bir para alacağının tahsilini amacını gütmeyiz; bu davayla o alacağın, o iflâs tasfiyesinden pay alıp almayacağı hususu belirlenir..... Davanın kabul edilmesi, belirli bir para alacağının tahsilini değil; sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur..... Diğer bir ifadeyle kayıt kabul davası, subjektif bir hakkı konu almakta ve maddî hukuk hükümlerine göre incelenmekle birlikte, maksadı bu tutarın tahsili değildir. Açıklanan nedenlerle, kayıt kabul davası, "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tabi değildir").

Öte yandan, geçici ve kesin konkordato mühleti verilmesi, komiser atanması (İİK m. 287, m. 289) ve konkordatonun tasdiki işleri (İİK m. 304-306) ise, çekişmesiz bir yargı işi niteliği taşıdıkları için (HMK m. 382, I/f, 6, 7) hiçbir surette, arabuluculuğa elverişli değildirler. Borçlunun, konkordatonun gerçekleştirilmesi sırasında, dürüst davranmamış; hileyle konkordatoyu kabul ve tasdik ettirmeyi başarmış olması halinde, işlerlik kazanan, bir dava biçiminde somutlaşan ve konkordatonun tüm alacaklılar bakımından geçersiz kılınmasını hedefleyen konkordatonun tamamen feshi kurumu (İİK m. 308/f) ise, belirli bir parasal edime mahkûmiyete ilişkin bulunmayıp, dürüstlük koşulunun ihlâlinin bir yaptırımı niteliği taşıdığı için, ne ihtiyarî ne de zorunlu arabuluculuğun işlerlik kazanacağı alanlar arasında yer alır. Tasdik edilen konkordato şartlarına uyulmaması sebebiyle, yalnızca bir alacaklı bakımından konkordatonun geçersiz kılınmasını hedefleyen konkordatonun kısmen feshi davası (İİK m. 307/e) ise, belirli bir parasal edimi değil, konkordatonun ifası çerçevesinde, tasdik edilmiş olan konkordatonun şartlarına uyulmamasını yaptırımı konumunda bulunduğu için, bu alanda da, arabuluculuğun, hiçbir türü uygulanma kabiliyeti kazanamaz.

Tüketici işlemlerinden kaynaklanan ve belirli bir parasal edimin ifasını konu alan hukuk davaları bağlamında, ihtiyarî arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması mümkündür (TKHK m. 68, VI). Bu durum, doğrudan doğruya tüketici hakem mahkemelerinde açılıp görülecek olan davalar bakımından da, geçerlilik taşır. Her şeyden önce, tüketici işlemlerinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bakımından, dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağını açıkça öngören herhangi bir kanuni düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Dava şartı arabuluculuk kurumunun, tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bağlamında, uygulanma alanı bulup bulamayacağının değerlendirilmesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan düzenleme ile bir ilişki kurulması düşünülebilir. Ancak, bu tür bir ilişki kurulmasına da, bizatihi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural, bir engel oluşturur. Anılan düzenlemeye göre, "tarafardan birini tüketicinin

oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin, tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." Dolayısıyla Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilen bu işlemlerden (örneğin, kredi, sigorta, taşıma sözleşmesi gibi, ayrıca bakınız: TKHK m. 3, I/1) birisinin tarafını tüketici oluşturuyorsa, bu işlemlerden kaynaklanan davaların diğer kanunda farklı yargı yerinde görüleceği açıkça belirtilmiş olsa bile artık o kanun hükümleri değil; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un göreve ilişkin kuralları uygulanma alanı bulacaktır. Bu durumda, Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde sayılan ve mutlak ticari dava konusu teşkil edebilecek işlemlerden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bağlamında işlemin taraflarından birisi tüketiciyse asliye ticaret mahkemeleri değil, uyuşmazlığın tutarına göre, tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri devreye girecek; yani uyuşmazlık, ticari uyuşmazlık olmaktan çıkıp tüketici uyuşmazlığı kimliğine kavuşacak ve açıkça bir yasal düzenlemenin bulunmaması sebebiyle dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler, bu alanda işlerlik kazanamayacaktır. Aksi yönde Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin, 19.9.2019 tarihli, 2019/1720, 2019/1365 sayılı kararı: "..... Dava, davacı bankayla davalı arasında akdedilen, bankacılık hizmet sözleşmesi kapsamında kullanılan kredi kartından kaynaklanan alacağın tahsil amacıyla başlatılan icra takibine yapılan itirazın, iptali istemine ilişkindir.....6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi, "Bu Kanun'un 5. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartıdır." hükmünü haiz olup, kredi kartının ödenmemesi nedeniyle başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkin dava, TTK'nın, 4, I/f maddesi gereğince, ticarî davadır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticarî dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve buna bağlanan sonuçları, ortadan kaldırmaz. Tüketicinin taraf olduğu bankacılık sözleşmelerinden doğan davalar, tüketici mahkemesinde görülmesi gerekmele birlikte, TTK'nın 4, I/f maddesi gereğince, ticarî dava sayıldığından, 6325 sayılı Kanun'un 18/A, II maddesi gereğince, söz konusu davalarda, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulması, dava şartıdır."

Öte yandan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on sekizinci fıkrasında, "özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözümü yoluna başvurma zorunlu olduğu veya tahkim sözleşmesinin yapıldığı hallerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacağı" açıkça ve emredici bir dille, hukukî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu çerçevede, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava, hakem mahkemesi yerine, devlet mahkemesinde açılmış; davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak, tahkim ilk itirazında bulunmadığı için, devlet mahkemesi, davaya bakabilecek bir konuma kavuşmuşsa, uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile, buna ilişkin hükümler işlerlik kazanamaz. İşlerlik kazanabilmesi için, tahkim sözleşmesinin yapılması hâlinde, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı bulamayacağını öngören hukukî düzenlemenin (HUAK m.18/A, XVIII), tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle davanın hakemlerde açılması halinde kaydını da içerecek şekilde, açıkça bir düzeltme tabi tutulması gerekir. (Aksi yönde bkz.: İ. Koçyiğit/A. Bulur: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s.65.) Belirli bir tutarın altında bulunan ve tüketici hakem heyetleri tarafından karar bağlanması zorunlu olan tüketici işlemlerinden kaynaklanan ve parasal bir edimi ya da tazminatı içeren davalar bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesi ile bir ilişki kurulmak suretiyle dava şartı arabuluculuğun, hem tüketici

mazlıklarını da kapsar şekilde genişletilmesi yönünde bir eğilimin fikrî bazda yavaş yavaş belirmeye başladığı gözlemlenmektedir.

Dava şartı arabuluculuğun, uygulanma alanının genişletilmesi, genel bir dava şartı haline getirilmesine çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz. İstisnaî bir nitelik taşıyan iş uyuşmazlıkları ve ticarî uyuşmazlıkların yanına, tüketici ve özellikle aile hukuku uyuşmazlıkları da ilâve edilecek olursa, uygulamada, yaygın uyuşmazlık tiplerinin, bunlardan birisi şeklinde somutlaşacağı dikkate alındığında, özel bir dava şartı konumunda bulunan arabuluculuk, adeta genel bir dava şartı haline getirilmiş olur ve bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel dava şartlarının (HMK m. 114) arasına, yeni bir dava şartının da eklenmesi sonucunu doğurur.

Öte yandan, bir husus, belirli bir hukukî uyuşmazlık tipi bağlamında, bir dava şartı haline getirilecek ise, dava şartı olarak öngörülen durum ile hukukî uyuşmazlık arasında, hukukî ve mantıkî bir bağ ya da bağlantının kurulmuş olması, bir zorunluluğun varlığı gerekir. Örneğin, daha önce, bir hukukî uyuşmazlık hakkında, kesin hüküm mevcutsa, o hukukî uyuşmazlık, yeniden, mahkeme önüne, dava yoluyla getirilemez. Getirilecek olursa, dava, esastan görülüp yeniden karara bağlanamaz; derhal usulden reddedilmek gerekir (HMK m. 114, I, i; m. 115, II). Bu durum, hukukî ve mantıkî bir temeli bulunan, aynı fiilden ötürü, kişi ancak bir kez yargılanabilir ve hakkında da, ancak bir kez hüküm verilebilir kuralının, doğal bir sonucudur. Yapmış olduğumuz bu tespit, genel bir dava şartı konumunda bulunan derdestlik bakımından da, aynen geçerlilik taşır (HMK m. 114, I, 1). İş ve ticarî uyuşmazlıklarla sınırlı olarak yaratılmış bulunan özel dava şartıyla bu uyuşmazlık tipleri arasında, işaret ettiğimiz anlamda hukukî ve mantıkî bir zorunluluk ya da bir bağ veya ilişki kurmak, mümkün değildir.³

hakem heyetlerinde hem de doğrudan tüketici mahkemelerinde açılıp görülmesi gereken davalarda, işlerlik kazanması gerektiği yönündeki bir çözümlemenin, bir an için varit olduğu kabul edilecek olsa bile, hukuk sistemimiz içerisinde, tüketici hakem heyetlerinin zorunlu bir tahkim organı olarak işlev üstlenmiş bulunması sebebiyle tüketici hakem heyetlerinde görülecek davalar bağlamında, zorunlu tahkim işlerlik kazanacağından dava şartı arabuluculuk kurumu yine devre dışı kalacaktır (HUAK m. 18/A, XVIII).

³ Bu konuda bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.153-154.

Ayrıca, dava şartlarına aykırılık, mutlak bir istinaf ve mutlak bir bozma sebebi oluşturur (HMK m.353, I/a-4; m.371, I/ b). Uyuşmazlığın, dava yoluyla mahkemeye taşınmasından önce, arabulucuya başvurulmuş ve anlaşma dışı bir nedenle arabuluculuk sürecinin sona erdiğinin yazılı bir biçimde belgelendirilmiş olmasının, özel bir dava şartı haline getirilmesi, kanun yolları rejimi bağlamında da ciddi ve ağır hukukî sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Şöyle ki;

Esasında dava şartı arabuluculuğa tabi bir hukukî uyuşmazlık dava açılmadan önce arabulucuya hiç götürülmeden dava konusu kılınmış, ilk derece mahkemesi bu durumu atlamış; taraflar da, bu bağlamda, ilk derece yargılaması evresinde herhangi bir iddiada bulunmamış ve ilk derece mahkemesince verilmiş olan karara karşı tarafın istinaf yoluna başvurulması üzerine, istinaf incelemesini gerçekleştirecek olan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, dava şartı arabuluculuğun gereğinin yerine getirilmemiş olması özel bir dava şartı konumunda bulunup, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği için, taraflarca dilekçelerinde ileri sürülmemiş olsa bile, bu aykırılığı re'sen gözetip; (HMK m. 355) ilk derece mahkemesinin kararının, dosya üzerinden, esastan incelemesine geçilmeden kaldırılmasına ve dava dosyasının, dava şartı arabuluculuğun gereğinin yerine getirilmemesi sebebiyle usulden reddi için, kararına karşı istinafa gidilen mahkemeye kesin olarak gönderilmesine karar vermek zorundadır. Öte yandan, istinaf mahkemesi, bu özel dava şartına aykırılığı atlamış, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiş ve bu karara karşı da temyiz yoluyla Yargıtay'a başvurulmuşsa, Yargıtay ilgili hukuk dairesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371'inci maddesinin (b) bendi uyarınca, dava şartlarına aykırılık bulunması hususu, mutlak bir bozma sebebi oluşturduğu için, bölge adliye mahkemesinin hukuk dairesinin kararını kaldırıp; bozma kararı vererek dava dosyasını usulden ret kararı vermesi için, ilk derece mahkemesine gönderme zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaktır (HMK m. 373, I).

Her şeyden önce, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alan arabuluculuğun, yargının iş yükünü azaltmak gibi, herhangi bir amacı ve işlevi yoktur. Ancak, arabuluculuk, toplumda genel kabul görürse, dava sayısı azalacağı için, yargının iş yükü de doğal olarak azalacaktır. Ancak, sözü edilen hâl, amaç değil; arabuluculuğun yaygınlaşmasının bir sonucudur. Dolayısıyla, zorunlu da olsa ara-

buluculuğun, yargının iş yükünün azaltılmasına katkı sağlamasının amaç olarak tanımlanması, mantıksal bir tutarsızlık; kendi içinde bir çelişki teşkil eder.⁴

Yine, taraflar arasında uyuşmazlığı uzlaşa yahut sulh yoluyla sona erdirmek hususunda genel bir isteksizlik mevcut ise, dava açılmasından önceki evrede tarafları arabuluculuğa başvuru hususunda zorlamak, hem arabuluculuğun doğasına ve ruhuna ters düşer,⁵ hem de ilgililerin haklarına kavuşması sürecinin, adalete erişim hakkının ertelenmesine sebebiyet verir.⁶

Öte yandan, arabuluculuk kurumunun menfaatlerin dengelenmesi temeline dayalı olarak, tarafların her ikisinin de tatmin edilmesine olanak veren ve gerçek anlamda bir uzlaşının ürünü olan optimal bir çözümün üretilmesine katkı sağlayabilmesi, anılan kuruma işlerlik kazandırılması suretiyle sona erdirilmesi istenen uyuşmazlığın, özellikle malî açıdan taraflar arasında büyük ölçüde bir eşitsizliğin bulunmadığı menfaat ilişkilerinden kaynaklanmış olmasına bağlıdır. Çünkü, arabuluculukta, optimal bir çözümün üretilebilmesi, rahat ve özgür bir müzakere ortamının yaratılması ve verilecek olan ödünlerin kapsamının tayininde belirleyici bir işlev gören husus, menfaatlerin dengelenmesiyle de sıkı sıkıya ilişki içinde bulunan eşit pazarlık gücüne sahip olmaktır. Bir sürecin işleyişinde, aktif rol oynayabilme, müzakere yapabilme ve pazarlık gücüne sahip olma ise, malî açıdan, taraflardan hiçbirinin diğerine iradesini empoze edebilecek bir konumda bulunmamasını, yani, eşitler arası bir menfaat ilişkisinin varlığını zorunlu kılar. Her şeyden önce, işçi-işveren ilişkilerinde, işçi, işverene nazaran, ekonomik açıdan, daha zayıf bir konumdadır; dolayısıyla onun aktif

⁴ Aksi yönde bir değerlendirme için, bkz.: B. Azaklı Arslan, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018, s.126.

⁵ S. Özümücü, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, 2016/2, s.807-842, s.838. Namlı, M.: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165), s.156. K. Doğan Yenisey: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193), s.183. Aksi görüş için bkz.: Azaklı Arslan, s.54.

⁶ Özümücü, s.838.

bir biçimde bir müzakereyi sürdürmesi ve ödümler açısından belirleyicilik arz eden etkin bir pazarlık gücüne sahip olması, mümkün değildir. Malî açıdan, eşitsizliğin bulunduğu ilişkilerde, güçlü olanın, daha zayıf olanın üzerinde, süreçte, özellikle avukat yardımı alınamamışsa, malî zorluğun yanına eklenecek olan bilgi eksikliği, teknik donanım yetersizliği ve ihtiyaç sebebiyle yargılama sürecinin uzunluğu da gözetilerek, hakkına, bir an önce kavuşabilme endişesiyle yargılama sonucunda elde edebileceği tutarın, daha altındaki bir tutarla, anlaşmaya varma bağlamında, rıza göstermesini sağlayacak şekilde iradesinin oluşumu bağlamında bir baskı kurabilmesi, her zaman kuvvetle muhtemeldir⁷ ve bu durum, anlaşma bağlamında, başlı başına sürekli gabin iddialarının (TBK m.28) dillendirilmesine sebebiyet verecek bir nitelik taşımaktadır.

Bir toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan, emredici normlar ve kurumlar bütünü şeklinde, genel çerçevede tanımlanacak olan ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı bir işlevi de yerine getiren, zamana ve mekâna göre de değişkenlik arz eden kamu düzeni kavramının (TBK m. 27, I), aşırı örselenmesi, içinin boşaltılması, onun bariyer olma vasfını yitirmesine ve ciddî hukukî problemlerin ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Bu çerçevede, zorunlu arabuluculuğun kapsamına, eşitler arası menfaat ilişkilerinin bulunmadığı, kamu düzeninin etkin bir biçimde kendisini hissettirdiği alanların, tüketici uyuşmazlıklarıyla, bilhassa, aile hukuku uyuşmazlıklarının dâhil edilmemesi, daha doğru bir tutum ve davranış oluşturur.

Ayrıca, iş uyuşmazlıklarıyla ticarî uyuşmazlıklar bağlamında, davanın açılmasından önce tarafların arabulucuya başvuru zorunluluğunun varlığı, sadece yargıya başvuru hakkıyla ilişkilidir; cebrî icraya başvuru hakkını önleyici herhangi bir etki de doğurmaz. Yani, sözü edilen alacaklar bağlamında, taraflar, dava açmak yerine, cebrî icraya başvuru seçeneğini her zaman tercih edebilirler, örneğin, ilamsız icranın bir türü olan genel haciz yoluyla takibe işlerlik kazandırabilirler.⁸ Genel haciz yoluyla takibe başvuru halinde, borçlu, süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edecek olursa, duran icra takibine devam

⁷ Doğan Yenisey, s.179.

⁸ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.195; M. Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.90-91; Ö. Yakıcı, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89.

edilmesini sağlamak amacıyla, alacaklı, koşulları oluşmuşsa, itirazın kaldırılması (İİK m. 68) ya da itirazın iptali davası (İİK m. 67) yoluna başvurabilir. İtirazın kaldırılması, ilamsız icra prosedürü içerisinde, borçlunun borçlu olup olmadığının tespitine yönelik, takip hukukuna özgü bir süreç niteliği taşıyıp, dava olmadığı için, bu bağlamda, öncelikle arabulucuya başvuru zorunluluğu ortaya çıkmaz.⁹ İtirazın iptali davası ise, alelâde bir alacak davası değildir; davayı karakterize eden ana öğeler, borçlunun, itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m. 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamı dışında kalır.¹⁰ Hatta itirazın iptali davasının, hukukî niteliği itibariyle, sadece, borçlunun, itirazının iptali ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasını hedefleyen bir tespit davası olduğu yönündeki düşünce kabul edilecek olursa, dava zaten bir alacak davası olma kimliğinden tümüyle soyutlanacağı için, yapılmış bulunan bu çözümlemeye, daha kolaylıkla ulaşılabilir.¹¹

⁹ Aynı yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.67.

¹⁰ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.196-197; EM Yardım, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110), s.103. Aksi yönde bkz.: Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif., 2018/225, s.1-6), s.5; Yakıcı, s.90; Koçyiğit/Bulur, s.67; A. Paslı, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25), s.22; Çiçek, s.91.

¹¹ İcra-İflâs Kanunu'nun 72. maddesinde öngörülmüş olan ve icra takibine etkileri de gözetilmek suretiyle ikili bir ayrıma tabi tutulmuş bulunan menfi tespit davaları, bir alacak ya da tazminatı konu almadıkları yani, parasal bir edime mahkûmiyeti içeren eda davası niteliği taşımadıkları için, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kalırlar (Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.190-191; Paslı, s.19-20; Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.67-68). Öte yandan, yapılacak olan ya da yürüyen icra takibine etkileri de gözetilerek, hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda özel hükümler sevk edilmiş olan menfi tespit davaları, alacaklı açısından yaklaşılarak eda davalarıyla ilişkilendirilmek suretiyle, dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamına da dâhil edilemez. Ayrıca, cebrî icra tehdidinin varlığı nedeniyle, takipten önce açılacak olan menfi tespit davası bağlamında, borçluyu, arabuluculuğa müracaata zorlamak, arabuluculuğa başvuru, cebrî icraya işlerlik kazandırmayı engellemeyeceği için, aleyhinde cereyan edecek olan takibin, biran önce başlatılmasına sebebiyet verecek ve takipten önce menfi tespit davası açılması olanağını tümüyle ortadan kaldıracaktır. Başlangıçta

Arabuluculuğa başvuru özendirilmek isteniyorsa, başvuru bağlamında, bir zorunluluk öngörmek yerine, arabuluculuk kurumunun câzibe merkezi haline getirilmesi için, gerekli önlemler alınmalı, kuru-

takipten önce açacağı menfi tespit davasıyla alacağın yüzde on beşi oranında teminat göstermek suretiyle alacağı ihtiyatî tedbir kararıyla icra takibini durdurma olanağına sahip olan borçlu, artık açacağı dava taktipten sonra açılan bir menfi tespit davası olacağı için, ancak alacağın tamamını depo edip; yüzde on beş oranında da teminat göstermek suretiyle alınacak olan ihtiyatî tedbir kararı ile icra takibini durdurabilecek; alacağın tamamını ödeme olanağı yoksa sadece yüzde on beş tutarındaki teminatla mahkemeden temin edeceği ihtiyatî tedbir kararıyla, icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesini sağlayabilecektir. Yine, hukukî niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olmasına rağmen, belirli bir parasal edimi konu olarak almadıkları için, sahtelik davaları da, (HMK m.209; m.106) dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kalacaktır. Genel haciz yoluyla takipte, itirazın geçici kaldırılması kararının, tefhim veya tebliğinden itibaren, yedi günlük süre içerisinde, borçlunun açma zorunluluğuyla karşı karşıya bulunduğu borçtan kurtulma davaları, parasal bir edime mahkûmiyeti içeren bir eda davası konumunda bulunmamaları ve imzaya itirazın hükümden düşürülmesi prosedürünün ayrılmaz bir parçası, bir cüzü oldukları için, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınamazlar (Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.68). Menfi tespit davalarının, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olduğu hususunda, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nin 19.9.2019 tarihli ve 2019/851, 2019/1045 sayılı kararı için bkz.: ".....Eda davası ve tespit davası ayrımı, arabuluculuğa ilişkin, anılan düzenlemelerde yer almamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'na tabi menfi tespit davasının, anılan düzenlemeden ayrı tutulduğuna dair, gerek TTK'da, gerekse İİK'da bir hüküm de bulunmamaktadır..... Kanun metninin, yoruma muhtaç ifadeler içermesi sebebiyle sırf Kanun diliyle sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre, yorumun, Kanun'un amacına uygun yapılması gerekir. Kanun'un amacı ise, gerekçesinden ve ruhundan faydalanılarak tespit edilmelidir. Somut Kanun hükmünün madde metninde, olumsuz tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre, genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden, anlaşılacak gayeden hareketle yorum yapılmalıdır. Genel gerekçe ve madde gerekçesi, uyumsuzluk kriterine işaret ettiğinde, dava türüne göre değil, uyumsuzluk türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda, eldeki davanın, (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olduğunun tespiti ve ödenen tutarların istirdadı davası) TTK 5/A maddesi gereğince, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır."

İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesinin son fıkrasında öngörülmuş bulunan istirdat davasına, şartları tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş yalnızca ilamsız icra bağlamında uygulanma alanı bulacak özel bir dava konumunda bulunması sebebiyle, alelâde bir alacak davası, bir eda davası gibi yaklaşıp, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz (Aksi yönde bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.68).

Burada yeri gelmişken, son olarak bir dava olmamaları hasebiyle, (örneğin, ihtiyatî haciz gibi) geçici hukukî korumalar bakımından, (bir işçilik alacağına ya da ticari davaya konu kılınabilecek bir alacağa ilişkin bulunsa bile) dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanamayacağına işaret etmekte yarar vardır. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on altıncı fıkrasında yer alan hukukî düzenleme de, bu hususu, açıkça teyit etmektedir.

mun sağlayabileceği yararlar konusunda tüm kütle iletişim araçlarının etkin bir biçimde kullanımı ve Devlet desteğiyle; direnç, önyargı ve kaygıların aşılmasının temini için, sürecin işleyişine katkı sağlayacak tüm kurum ve kuruluşlar ve kamuoyu bilgilendirilmeli, meslek kuruluşlarıyla (özellikle ticaret ve sanayi odaları ile üst kuruluşlarının) ve yargının en önemli bileşenleri olan hâkimlerin ve avukatların sürece aktif bir biçimde katılımlarının gerçekleştirilmesinin ve destek vermelerinin yolları araştırılmalıdır. Yine, bu bağlamda, adli yardım kurumunun (HMK m. 334-340) geniş ölçekte işlevselliği sağlanmalı ve arabuluculuk giderlerini de kapsar şekilde hukukî himaye sigortası kurumuna bir an önce işlerlik kazandırılmalı ve arabulucular siciline kayıt bağlamında, mesleki sorumluluk sigortası yaptırma, zorunlu bir şart olarak aranmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk sürecinin işleyişinde, arabuluculuk büroları, önemli bir yere sahiptir. Bu büroların yetki alanının belirlenmesi sırasında, mahkemelerin yetkisiyle ilgili kurullarla ilişkilendirme yapılmış olması, bu bürolar ile arabulucuların, araştırma ve inceleme yapma ile bilgi ve belge toplama bağlamında, tıpkı yargı organları gibi hareket edebilme olanağına kavuşturulmuş bulunması, yargılama faaliyetinden tümüyle farklılaşan ve kendine özgü mantığı, felsefesi, ilkeleri bulunan ve tümüyle tarafların menfaatlerinin dengelenmesine dayalı bir süreç niteliği taşıyan arabuluculukta, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz.

Öte yandan, arabulucu, arabuluculuk sürecinin işleyişinde, son derece önemli bir rol üstlenmiş olan resmî kimliği de bulunan bir görevli konumundadır. Arabuluculuk kurumunun, uyuşmazlık çözüm sürecinde etkin ve yaygın bir işlevi görmesi ve son tahlilde bu suretle yargının iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayabilmesi, güvence mekanizmaları oluşturulmuş belirli standartlara, ilkelere ve sıkı bir denetime tabi olan işinin gerçekten ehli konumunda bulunan nitelikli arabulucuların yetiştirilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede, arabuluculuk eğitiminin gözden geçirilmesi,¹² sicile kayıt bağlamında

¹² Gerçekten nitelikli ve donanımlı arabulucuların yetiştirilmesinin temini için, eğitim ve yapılacak olan sınavda çoğu kez tekrara düşülmüş olan ve Bakanlıkça hazırlanmış bulunan modülün baz alınmasından vazgeçilmeli, temel çerçevesi belirlenmiş olmak kaydıyla, bu bağlamda, eğitimin içerik itibarıyla tayininde bir serbesti sağlanması yoluna gidilmelidir. Yine, arabuluculuk eğitimi bağlamında,

yapılacak olan yazılı sınavı başarmış bulunma ile yetinilmeyip; daha ağırlıklı ve belirleyici olarak uygulama sınavını; yani bir senaryo üzerinde, aktif bir biçimde arabuluculuk bilgi ve becerisini ortaya koymayı ve ölçmeyi hedefleyen bir sınavı, başarmış olma da mutlaka aranmalıdır.

Yine, özellikle, dava şartı arabuluculuk bağlamında, arabulucunun hukukî statüsüyle hukukî sorumluluğunun ne olduğu hususlarına yasal zeminde, mutlaka bir açıklık getirilmeli,¹³ arabulucuların etkin bir biçimde denetlenmeleriyle ilgili olarak geniş kapsamlı ve ayrıntılı hükümler sevk edilmeli ve mevzuat bazında Türk Ceza Kanunu anlamındaki konularına hukukî düzenleme yapılmak suretiyle işaretilmelidir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen modelde, bağımsız, tarafsız ve uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü kişi, esas itibarıyla uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, sistematik iletişim teknikleri uygulamak suretiyle kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak amacıyla bir araya getirir; aralarında iletişim kurar; bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara ortaklaşa bir çözüm üretmelerine veya geliştirmelerine olanak veren, son derece rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle yardımcı olmaya çalışır. Üçüncü kişi, ilke olarak süreçte aktif değil; pasif konumdadır; onun işlevi, esas itibarıyla taraflar arasındaki iletişimi kurmak ve bunu süreç boyunca canlı tutmakla sınırlıdır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlandırılmasında taraflar egemendir. Yine, kural olarak, arabulucu olarak tanımlanan kişi, taraflara üzerinde müzakerelerde bulunmak suretiyle mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi sunamaz; bunu taraflara empoze edemez; geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için tarafları zorlayamaz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde, arabulucu, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı niteliği taşıyan, sadece hâkim tarafından yapılacak olan işlemlerde (örneğin, tarafın isticvabı, tanık dinlenilmesi, keşif icrası gibi) bulunamaz. Bu durum da, kanunun öngördüğü modelin, haklı ve hak-

¹³ nicelikten ziyade, niteliğe, kalitenin sağlanmasına ağırlık verilmelidir. Bu bağlamda yapılan bir değerlendirme için bkz.: Arslan Azaklı, s.220, 226-228.

sızın belirlenmesi değil; uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların menfaatlerinin en uygun bir seviyede dengelenmesi üzerine kurulduğuna işaret etmektedir. Ancak, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 17. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda 2/b maddesinde yapılan değişiklik ve yine 7036 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesine yedinci fıkra olarak eklenen düzenlemeyle, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde, arabulucuya, bir çözüm önerisinde bulunabilme olanağı tanınmıştır. Teknik anlamda arabuluculukta, arabulucu, görüşme ve müzakereler sırasında, hiçbir durumda, taraflara, üzerinde mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi ya da çözüm önerileri kataloğu sunamaz; bir çözüm önerisi geliştirip bunu empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Değişiklikle getirilen yeni modelde, tarafların ortaklaşa bir çözüm üretemediklerinin, deyiş yerindeyse patinaj yapmaya başladıklarının anlaşılması hâlinde, arabulucuya, uyuşmazlık içine düşmüş olan taraflara, üzerinde müzakerelerde bulunup mutabakata varabilecekleri bir çözüm önerisi sunma yetkisi tanınmıştır. Ancak, bu durum, arabulucunun geliştirmiş olduğu çözüm önerisi üzerinde mutabakata varmalarını temin için, tarafları zorlayabileceği anlamına asla gelmez. Bu bağlamda, çözüm önerisi sunmanın, esasında uzlaştırma kurumuyla ilişkili olduğuna vurgu yapmakta da yarar vardır.

Bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, kanunda öngörülen modelde, ilke bazında, teknik anlamda arabuluculuğun benimsendiği, ancak tüm boyutları itibariyle olmasa bile, modelin uzlaştırmaya doğru evrildiğini söylemek mümkündür.¹⁴ Evrilme boyutu itibariyle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun öngördüğü arabuluculuk modelinin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen düzenlemede benimsenen ve uzlaştırma olarak tanımlanabilecek modele yaklaştırıldığını ifade etmek gerekir.

Her şeyden önce, arabulucunun temel niteliklerini, bağımsızlık ve tarafsızlık oluşturur. Bu niteliklere sahip olmayan bir arabulucunun,

¹⁴ Bazılarına göre ise, "kolaylaştırıcı arabuluculuk" modelinden, "değerlendirici arabuluculuk" modeline geçilmiştir (Öznumcu, s.836).

arbuluculuk süreci içerisinde, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit davranması mümkün değildir. Taraflara eşit mesafede bulunma ve eşit davranma, arabulucunun tarafsızlığının temini ve ona duyulan güvenin korunması ve dolayısıyla anlaşmayı hedefleyen dürüst, samimi, özgür ve rahat bir müzakere ortamının yaratılabilmesinin ön şartıdır. Arabuluculuk sürecinin işleyişi sırasında, arabulucunun getireceği somut çözüm önerisi, taraflardan birinin diğerine nazaran daha lehine ise, beşerî ilişkilerde şüphecilik egemen olduğu toplumlarda, diğer tarafın, arabulucuya duymuş olduğu güvenin sarsılmasına ve sürecin derhal kesilip, sorunun yargıya taşınmasına yol açabilir. Bu sebeple, hem arabuluculuk sürecinin işleyişinde hem de başarıyla sonuçlandırılmasında, tümüyle tarafları egemen kılmak, daha doğru ve sağlıklı bir yaklaşım biçimi teşkil eder.

Öte yandan, arabuluculuk, haklının-haksızın belirlenmesi temelli değil; menfaatlerin dengelenmesi temeline dayalı olarak yürütülen bir süreçtir. O nedenle, hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirmesi, arabuluculuk sürecinin işleyişinde daha geri plândadır. Yine arabuluculukta önem arz eden husus, hukuk kuralları ve teamüller değil; ilişkilerin korunması ve sürdürülmesinin sağlanmasıdır. Arabuluculuk, geçmişle değil; gelecekle ilgilenir ve ilişkilerin koparılmadan, tahrip edilmeden, gelecekte de devam ettirilmesini hedefler. Arabuluculuk mesleği, hukukçulara hasredilmiştir ve bu süreçte, arabuluculuk görevini üstlenmiş olan hukukçuların, uzun yıllardır almış oldukları hukuk eğitiminin doğası gereği, tarafların menfaatlerini ve ihtiyaçlarını gözeterek, yani menfaatlerinin dengelenmesini hedefleyen çözüm önerisi geliştirip, taraflara sunması fevkalade güçtür. Getirilecek olan çözüm önerilerinin oluşturulmasında, her ne kadar, arabulucuların hukukî tavsiye ve telkinlerde bulunamayacağı mevzuatta yazılı olsa bile, büyük ölçüde, tarafların sorunun yargıya taşınması halindeki haklılık durumları baz alınacaktır ve bu da, ister istemez hukuk kuralları, ispat ve deliller ile delil değerlendirilmesinin ön plâna çıkmasına, geçmişle ilgilenip geleceğin göz ardı edilmesine sebebiyet verecek ve taraflar da doğal olarak, şayet avukatları varsa onların da yönlendirmesiyle yargıya başvuru halinde elde edebilecekleri muhtemel kazancı ve yargılamanın gecikmesinin yaratabileceği sakıncaları gözeterek, ödün verip vermeme ve anlaşmaya varıp varmama hususunda bir karara ulaşacaklardır. Uygulamada, iş uyuşmazlıkları bağlamında cere-

yan eden arabuluculukta, yapmış olduğumuz bu tespit, sıkça ortaya çıkmış ve bu durum, hedeflenen ideal arabuluculuk modeliyle uygulamada işlerlik kazanmış olan arabuluculuk modeli arasında, amaç ve işlev bakımından ciddî nitelik farklılıklarının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Yeri gelmişken, bu bağlamda, arabuluculuk mesleğinin, sadece hukukçulara hasredilmesinin de, doğru bir yaklaşım biçimi olup olmadığı hususunun, bir kez daha gözden geçirilmesinin isabetli olacağına işaret etmekte yarar vardır.

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk görüşmelerine ve müzakerelerine, bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Hatta uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de görüşmeler ile müzakerelerde hazır bulunabilirler (HUAK m.15, VI). Arabuluculuk müzakereleri ve görüşmeleri, avukatlar aracılığıyla yürütülüyor olsa bile, nihâî evrede, uzlaşının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda karar alma yetkisi taraflara ait olduğundan, Avukatlık Kanunu m.35/A'da yer alan düzenlemenin uygulamada işlevselliğinin son derece sınırlı kalmış olması hususu da gözetildiğinde, görüşme ve müzakerelerin, pazarlıkların ve ödün vermenin gerçekleştiği evresine, tarafların bizzat katılma zorunluluğunu öngören yasal bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı mevcuttur. Çünkü taraf avukatlarının daha fazla ücret-î vekâlet elde edeceği düşüncesiyle, uyuşmazlığı, anlaşmayla sona erdirmek yerine, yargıya taşınması da, kuvvetle muhtemeldir.

Arabuluculuk sürecinin sona ermesinde, arzu edilen ve ideal olan hâl, bu sürecin tarafların anlaşmasıyla nihayet bulmasıdır. Arabuluculuk müzakereleri sonucunda, varılan anlaşmanın kapsamı ile şekli, taraflarca belirlenir. Genellikle karşılıklı ödümler vermek suretiyle sağlanan bir uzlaşının ürünü olan anlaşma belgesinin düzenlenmesi hâlinde, bu belge, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m.18, I). Sözü edilen anlaşma belgesi, bu haliyle dikkate alındığında, hukukî niteliği itibarıyla mahkeme dışı bir sulh sözleşmesi hükmündedir.¹⁵ Çünkü anlaşma, yargılama yapıp hüküm verme yetkisi ve

¹⁵ F. Yıldırım, Arabuluculuk ve Ombudsman, Ankara 2019, s.139-140; O. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017, s.65. Kar ise, bu anlaşma belgesinin, sulh sözleşmesi olduğuna işaret ettikten sonra, bazen yenileme ya da ibra sözleşmesi kimliği de kazanabileceği görüşündedir (B. Kar, İş Yargılaması Usûlü, Genişletilmiş 2. B., Ankara 2019, s.455). Tuğsavul

bu bağlamda, resmî bir sıfatı bulunmayan arabulucu önünde gerçekleşmiştir ve tarafların karşılıklı bir biçimde ödümler vermek suretiyle temin ettikleri bir uzlaşının ürünüdür. Doktrinde, bu bağlamda ileri sürülen bir görüş¹⁶, Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yer alan ve ibra başlığı taşıyan düzenlemeden hareketle, ibra tabirinin, bir sözleşmenin ismi niteliği taşımadığını, anılan kuralın, belirli bir ismi taşıyan sözleşmeyi, yani sadece ibra sözleşmesini veya ibranameyi değil, işçinin haklarından vazgeçme yasağına ilişkin bulunduğunu, işçinin alacağını vazgeçmeyle değil, ancak ve ancak ifa ile sona erebileceğini gerekçe göstererek, hem ihtiyarî hem de zorunlu arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırılmasının, hukuken imkânsız olduğunu, arabuluculuk sürecinin ideal bir biçimde sona erdirilmesinin ürünü olan anlaşmanın ise, kesin hükümsüzlükle (mutlak butlanla) malûl bulunduğunu savunmakta ve bu durumu, iş hukukunun işçiyi koruyucu emredici bir hukuk alanı olması niteliğinin de teyit ettiğini ileri sürmektedir. Doktrindeki diğer görüş¹⁷ ise, arabuluculuk süreci sonunda, varılan anlaşmanın, bir ibra sözleşmesi olarak tanımlanamayacağını, olsa olsa sulh ya da yenileme sözleşmesi şeklinde değerlendirilebileceğini esas almak suretiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde aranan koşullara tabi kılınamayacağını belirterek, işçinin, arabuluculuk görüşmeleri sırasında anlaşmanın temini bağlamında, bazı ödümler verebileceğini kabul etmekte ve bu durumun, iş hukukunun işçiyi koruyucu bir hukuk alanı olma niteliğine herhangi bir aykırılık oluşturmayacağını dillendirmektedir.

Her şeyden önce, arabuluculuk görüşmeleri sonunda işçiyle işveren arasında varılan anlaşma, ibra değil, genellikle karşılıklı ödümler verilmesini, fedakârlıklarda bulunulmasını öngören ve bir uzlaşının ürünü konumunda bulunan mahkeme dışı sulh sözleşmesi hükmündedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yer alan ve emredici bir nitelik taşıyan düzenleme ise, ibra sözleşmesiyle ilişkilidir; sulh sözleşmelerine teşmil edilemez. İşçi, gerekli görürse, işverenle uzlaşabilmek için, bazı haklarından feragat da edebilir. Hatta bu an-

Taşpolat ise, sözü edilen anlaşma belgesini, sulh benzeri bir sözleşme olarak nitelendirmektedir (M. Tuğsavul Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.185).

¹⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.257.

¹⁷ Ş. Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018, s.52.

laşma, koşullarına uyulmak kaydıyla yenileme sözleşmesi ya da ibra sözleşmesi biçiminde de somutlaşabilir. Burada amaç, arabuluculuk sürecinde, işçinin korunmasıysa, hem müzakerelerin cereyanı hem de anlaşmanın gerçekleştirilmesi ve kaleme alınması evrelerinde, işçinin yanında bir avukatın bulunması zorunluluğunun aranması ve bu bağlamda finansman güçlüğüyle karşı karşıya kalınmasının önlenmesi için, bir an önce arabuluculuk giderlerini de kapsayan hukukî himaye sigortası sistemine işlerlik kazandırılmasıdır.

Öte yandan, kamu düzeni kavramı, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösteren bir kavramdır. Eskiden kamu düzeninden sayılan pek çok husus, bugün kamu düzeninden sayılmamaktadır. Bunun en tipik örneğini, kamu düzeninin etkin bir işlev gördüğü alan konumunda bulunan ceza yargısında bile görmek mümkündür. Ceza yargısı bağlamında, bizatihi uzlaştırmayla ilgili hükümlerin varlığı (CMK m. 253), kamu düzeni kavramının yumuşatıldığı en somut örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Yine, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bağlamında, tahkimin kapısının aralanmış olması da (İYUK m. 2, I/c) kamu düzeni kavramına yüklenen anlam ve içeriğin, zamanın ihtiyaçlarına göre değiştiğinin somut delillerinden birisi olarak gösterilebilir. Kaldı ki, emredici hukuk normu kavramıyla kamu düzeni kavramı, özdeş kavramlar değildir. Dolayısıyla, emredici hukuk kurallarının işlerlik kazandığı her alanın kamu düzeni bütünü içinde yer aldığı yönünde bir genellemeye de ulaşılamaz.

Dava şartı arabuluculukta da, özel düzenlemelerle farklılık yaratılan hususlar dışında, arabuluculuk müzakerelerine, tarafların her ikisinin de avukatlarının katılmış olması ve bu müzakereler sonucunda sağlanan uzlaşmayı içeren anlaşma belgesinde, arabulucuyla tarafların yanı sıra, her iki tarafın avukatının da imzasının bulunup bulunmaması hususu, sözü edilen anlaşmanın icra edilebilirlik açısından ilâm niteliğinde belge kimliği kazanıp kazanmayacağıнын tayininde belirleyici bir işlev görmektedir. Taraflar ve avukatlarıyla arabulucunun birlikte imzalamış oldukları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi verdirilmesine ihtiyaç kalmadan ilâm niteliğinde belge hükmündedir (7036 s. K. m.24, II ile eklenen HUAK m.18, IV). Buna karşılık, sadece taraflarla arabulucunun birlikte imzalamış oldukları anlaşma belgesi, doğrudan doğruya ilâm niteliğinde belge kimliği kazanamaz; aynı durum, anlaşma belgesinde, sadece taraflardan birisinin avukatının imzasının

bulunması hâlinde de geçerlilik taşır. Sözü edilen belgenin, icra edilebilirlik açısından ilâmlarla eşdeğer bir konuma sahip kılınabilmesi, mahkemeden, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verdirilmesi koşulu-
na bağlı tutulmuştur (HUAK m.18, II/son cümle). İcra edilebilirlik şerhini verme bağlamında, hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının, ikinci ve üçüncü cümlelerinde açıklığa kavuşturulmuştur. Anılan düzenlemelere göre, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinden; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, bu davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (7036 s. K. m.24, I ile değişik HUAK m.18, II, c.2). İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, hukukî niteliği itibariyle, bir çekişmesiz yargı işidir (HUAK m.18, III, c.1). İcra edilebilirlik şerhinin verilmesine yönelik incelemenin kapsamı, Kanun ile belirlenmiştir (HUAK m.18, III, c.3). Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verilmesi yönündeki talepleri karara bağlarken, şu iki hususu incelemek zorundadır.

- Anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı,
- Anlaşmayla sağlanan hususun, içerik itibariyle cebrî icraya elverişli bir nitelik taşıyıp taşımadığı; yani, anlaşma belgesinin edaya ilişkin bir kayıt içerip içermediği.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesine yönelik inceleme, mahkemece, dosya üzerinden (duruşmasız olarak) gerçekleştirilir (7036 s. K. m.24, I ile değişik HUAK m.18, III, c.1). Ancak, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verdirilmesine yönelik talebin, mahkemece, duruşmalı olarak incelenip karara bağlanması zorunludur (HUAK m.18, III, c. 2). Mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında gerçekleştirilmiş olan anlaşmanın, arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin bulunduğu ve içerik itibariyle cebrî icraya elverişli bir nitelik taşıdığı kanısına ulaşacak olursa, bir çekişmesiz yargı kararı olan icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı verir ve anlaşma belgesi, bu şerh verildiği anda cebrî icra ile yerine getirilebilme açısından, ilâmlarla eş değer bir kimliğe sahip olur, yani ilâm niteliğinde belge

konumuna kavuşur (HUAK m.18, II/son cümle). Burada vurgulanması gereken temel husus, icra edilebilirlik şerhi verdirilmiş olan anlaşma belgesinin, tüm hususlar bakımından değil, sadece cebrî icra yoluyla yerine getirilebilme açısından ilâmlarla eşdeğer bir konumda bulunduğudır. Dolayısıyla, sözü edilen belge, ilâmlara özgü bir nitelik olan maddî anlamda kesin hüküm gücünden (HMK m. 303) tümüyle yoksundur.

Mahkemenin, icra edilebilirlik şerhi verdirilmesi istemi hakkındaki kararlarına karşı, gidilebilecek olan kanun yolu, istinaftır (HUAK m.18, III, c.3). Taraflar, icra edilebilirlik şerhi istemiyle ilgili olarak verilmiş bulunan mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, bir çekişmesiz yargı işi olduğu için, bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde, istinaf yoluna başvuru yapabilirler (HMK m.387). İstinaf incelemesini gerçekleştiren bölge adliye mahkemesinin, bu bağlamda vereceği kararlar kesindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, ilk derece yargı yerlerinin çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde vermiş olduğu kararlara karşı, istinaf yoluna müracaat edilmesi halinde, bölge adliye mahkemelerince, istinaf incelemesi sonucunda verilecek olan bu kararlara karşı temyize gidilemeyeceği, açıkça ve kesin bir biçimde hükme bağlanmıştır.

Anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi için, mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı, ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, alınacak olan karar ve ilâm harcı, nisbî değil; maktudur (HUAK m.18, III, c.4). Anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhinin verdirilmiş olması, özü itibarıyla mahkeme dışı sulh sözleşmesi konumunda bulunan bu belgenin, mahkeme içi sulha dönüşmesi ve dolayısıyla ona bağlanmış bulunan davayı, ayrıca bir mahkeme hükmüne ihtiyaç kalmadan, doğrudan doğruya sona erdirmeye şeklinde somutlaşan bir etkinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermez. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesi uyarınca, mahkeme içi sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı ya da şüpheli bir durumu sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları bir sözleşmedir. Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti, bu faaliyeti sevk ve idare eden arabulucu da hâkim konumunda değildir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine eklenmiş olan beşinci fıkrada yer alan düzenlemede, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmış olup olmaması gözetilmeksizin, "üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına" açıkça vurgu yapılmıştır. Anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmışsa, zaten dava açılmasında hukukî yarar yoktur; açılacak olursa da, bu dava, hukukî yarar genel bir dava şartı konumunda bulunduğu için (HMK m.114, I/h), dava şartı yokluğundan usulden reddedilir (HMK m. 115, II). Öte yandan, alacaklı, ilâm niteliğindeki belgeye dayanarak, ilâmlı icraya başvuru suretiyle alacağına kavuşma olanağına, zaten sahip bir durumdadır.¹⁸

Buna karşılık, anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmamışsa, hukukî niteliği itibariyle mahkeme dışı alelâde bir sulh sözleşmesi hükmündedir. Medenî yargı bağlamında ise, açılmış olan bir davayı doğrudan doğruya sona erdirebilme, yasal çerçevede, sadece mahkeme içi sulhlara tanınmıştır (HMK m.315, I, c.1). Mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin konusunu oluşturan hususlarda, dava açma olanağının ortadan kaldırılması, kanunla yapılmış olsa bile, yine Anayasa'nın 13. maddesinde kendisine açıkça vurgu yapılmış olan "ölçülülük ilkesine" aykırılık oluşturacağından, hak arama özgürlüğüne (AY m.36), müdahale anlamına gelir.¹⁹ İlâm niteliğinde belge kimliği kazanmış anlaşma belgelerine dayanarak dava açılmamasının sebebini, alacağın, ilâm niteliğinde belgeye bağlı olması halinde, dava açılmasında, hukukî yararın bulunmaması teşkil eder. Dolayısıyla sözü edilen hususa ilişkin olarak, ayrıca bir yasal düzenleme getirilmesine de zaten ihtiyaç yoktur. Öte yandan, özellikle ilâm

¹⁸ Daha önce de vurgulandığı üzere, ilâm niteliğinde belgeler, sadece cebri icra açısından ilâmlarla eşdeğer bir konuma sahiptirler; tümüyle ilâmlara özgü bir nitelik anlamda kesin hüküm gücünden yoksundurlar. Dolayısıyla, üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında dava açılmamasına, kesin hüküm, dayanak olarak gösterilemez.

¹⁹ Kar, s.452; Arslan Azaklı, s.184-185. İlâm niteliğinde belge kimliği kazanmamış olan anlaşma belgesinin kapsamında yer alan hususlarda, taraflarca dava açılmaması kuralının gözetilmesinin, özel bir dava şartı olduğu ve açılan davanın usulden reddedilmesi gerektiği konusunda bkz.: M. Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", DE-ÜHFD, 2018/2, s.1-31, s.16-20.

niteliğinde belge kimliği kazanmamış olan, yani sadece arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca imzalanmış bulunan anlaşma belgeleri çerçevesinde, irade bozukluğu (TBK m. 30-39), bilhassa gabin (TBK m. 28, I) iddiasına dayanarak, özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesinden farklı bir kimliğe sahip bulunmayan bu belgenin, işveren karşısında daha zayıf bir konumda bulunan işçiler tarafından, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen süre dâhilinde, iptal edilebilirlik yaptırımına işlerlik kazandırılmak suretiyle hükümsüz kılınması (TBK m. 28, II), kuvvetle muhtemeldir. Özellikle gabin iddiasıyla karşı karşıya kalınabilmesinin önlenmesi açısından, arabuluculuk görüşmeleri sırasında işçinin yanında, mutlaka avukatının da bulundurulması zorunluluğu getirilmeli, avukatlık giderlerinin finansmanı açısından, hukukî himaye sigortası kurumuna da bir an önce, işlerlik kazandırılmalıdır.

Öte yandan, davayı ayrıca mahkeme tarafından bir hüküm verilmesine ihtiyaç kalmadan doğrudan doğruya sona erdirme ve cebrî icra yoluyla yerine getirilme niteliklerine sahip bulunan mahkeme içi sulh sözleşmelerinin bile, irade bozukluğu (TBK m. 30-39) ve bilhassa gabin iddiasıyla iptalinin (TBK m. 28) sağlanması hukuken mümkündür (HMK m.315, II). Özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesi konumunda bulunan arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmış olsa bile, yine irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanılarak iptal yoluyla hükümsüz kılınabilecektir. Çünkü kanun koyucu, mahkeme içi sulhlarda bile, sulha göre mahkemeden hüküm vermesi taraflarca ayrıca istenmemişse, irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanılarak, sözü edilen sulh türünün iptal edilebilirliği yolunu, davayı doğrudan doğruya sona erdirme niteliğini tanımış olsa dahi, açık tutmuştur. Dolayısıyla, sadece cebrî icra yoluyla yerine getirilebilme açısından, belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla ilâmlarla eşdeğer bir konumda bulunan ve özünde mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliği taşıyan, arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin, irade bozukluğu ve gabin iddialarına dayanarak iptallerinin mümkün olmadığı, hiçbir biçimde ileri sürülemez. Yine, sözü edilen anlaşma belgesinin sahteliğinin, dava yoluyla gündeme getirilmesi ve iptalinin sağlanması da mümkündür.

B. Dava Şartı Arabuluculuğunun Bazı Usul Hukuku Kurumlarının İşlerlik Kazanması Bağlamında Yaratmış Olduğu Zorluklar

1. Kümülatif Dava Yığılması Bakımından

Davacının, aynı davalıya karşı, birden ziyade aslî talebini, aynı dava dilekçesinde birleştirmek suretiyle birlikte ileri sürmesine, kümülatif dava yığılması denir (HMK m.110). Kümülatif dava yığılmasında, esasında, talep sayısınca dava ve hüküm mevcuttur. Bu dava yığılmasında amaç, ön inceleme aşaması, delillerin ikamesi süreci ve tahkikat aşamasının birlikte yürütülmesini sağlamaktır. Bu tür dava yığılmasında, ortada talep sayısınca dava mevcut olduğu için, dava şartı arabuluculuğun da, taleplerden her biri bakımından, ayrı ayrı ele alınıp irdelenmesi gerekir. Birlikte ileri sürülen taleplerden hangisi bakımından işlerlik kazanıyorsa, onun bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri işletilmelidir. Kümülatif dava yığılmasının koşulları oluşmuş olsa bile, taleplerden bir ya da birkaçı bakımından, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, salt bu nedenle, davacı, kümülatif dava yığılması kurumuna değil; dava şartı arabuluculuğun işlerlik kazandığı talep ya da talepler bakımından, münferit dava açma seçeneğine müracaat zorunluluğuyla karşı karşıya kalabilecektir.

2. Terditli Dava Bakımından

Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmak yani, bir derecelendirme ilişkisi yaratmak suretiyle aynı dava dilekçesinde, birlikte ileri sürmesine “terditli dava” denir (HMK m.111). Terditli davada, davacı, mahkemeden iki ayrı talepte bulunur; ancak, bu talepleri arasında bir derecelendirme ilişkisi kurar. Bu taleplerden ilki asıl talep, diğeri ise fer’î talep olarak adlandırılır. Davacı, ilk önce asıl talebi hakkında karar verilmesini ister; fer’î talepte ise, asıl talebin kesin olarak reddedilmesi ihtimalinin varlığı nedeniyle bulunur. Terditli davanın varlığı halinde, şarta bağlı olarak dava açılmamakta; sadece, davacı, böyle bir yol izlemekle, aynı dava dilekçesinde, birlikte ileri sürmüş olduğu taleplere ilişkin olarak, mahkemece gerçekleştirilecek incelemenin sırasını belirlemektedir. Bu tür davada, mahkemece, öncelikle esastan incelenip karara bağlanacak olan aslî talep bakımından, zorunlu arabuluculuk işlerlik kazanmışsa

ve yardımcı talep bakımından bu zorunluluk mevcut değilse, herhangi bir sorunla karşı karşıya kalınmayacak, öncelikle asıl talep bakımından dava şartı arabuluculuk kurumuna müracaat edilecek, süreç, anlaşma dışı bir nedenle sona ermişse, mahkeme önünde terditli dava açılması yoluna gidilecektir. Hem asıl talep, hem de fer'î talep bakımından, zorunlu arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılacak ise, terditli davada, fer'î talebin mahkemece esastan görülüp karara bağlanması, asıl talebin kesin olarak reddedilmesine bağlı bulunduğundan, dava açılmadan önce, ilk olarak, asıl talep; anlaşma sağlanamaması halinde ise, fer'î talep bakımından zorunlu arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmalıdır. Her ikisinde de, anlaşma dışındaki bir nedenle arabuluculuk süreci sona ermişse, mahkemede, terditli dava açılması yoluna gidilmelidir. Çünkü terditli davada, fer'î talep hakkında esastan inceleme yapıp karara bağlanması, asıl talebin kesin olarak reddedilmiş olması koşuluna bağlıdır.

3. Seçimlik Dava Bakımından

Seçimlik dava, seçimlik borçlarda, seçme hakkı kendisine bırakılmış olan borçlunun veya üçüncü kişinin, bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde işlerlik kazanır (HMK m.112, I). Bu dava, eda davasının özel bir türüdür. Seçimlik davada, gerçekte bir talep yığılması durumu mevcut değildir; edim tektir ve edimin konusunu oluşturan şey ise, birden ziyadedir. Seçimlik davada, dava şartı arabuluculuk bağlamında, sorun, özellikle seçme hakkının taraflar dışındaki üçüncü bir kişiye bırakılmış olması ve seçme hakkı kendisine bırakılmış olan üçüncü kişinin, bu hakkını kullanmaya yanaşmaması halinde, ortaya çıkar. Çünkü burada muhatap, uyuşmazlığın karşı tarafı, yani seçimlik borcun borçlusu değil, üçüncü kişidir. Arabuluculuk ise, uyuşmazlığın tarafları arasında yürütülen ve tarafların anlaşmaya varmasını hedefleyen dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Öte yandan, üçüncü kişinin fiili, sadece edim konusu şeyi belirlemekle sınırlıdır; dolayısıyla onunla müzakere edilip pazarlık konusu yapılacak bir edimden de söz edilemez.²⁰

²⁰ Herhangi bir ayırım gözetmeden, dava şartı arabuluculuğun uygulanacağı hakkında bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.69.

4. Kısmî Dava Bakımından

Davacının, aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının tamamını değil de; şimdilik sadece belirli bir kesimini dava edip; bakiyesini davasının kapsamı dışında tutmasına, “kısmî dava” denir (HMK m. 109).²¹ Yapılan tanımlamadan açıkça anlaşılacağı üzere, kısmî davadan söz edilebilmesi için, alacağının tamamının, aynı hukukî ilişkiden doğmuş ve şimdilik sadece belirli bir kesiminin dava ediliyor olması gerekir. Kısmî dava, açık (bilerek açılan, bilinçli) kısmî dava biçiminde ortaya çıkabileceği gibi; örtülü (farkında olmadan açılan) kısmî dava biçiminde de ortaya çıkabilir.²² Davacı, dava dilekçesinde, şimdilik, alacağının sadece belirli bir kesimini dava ettiğini kesin bir dille ortaya koymuş, yani “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuşsa”, “açık ya da bilinçli (bilerek açılan) kısmî davadan” söz edilir. Ancak, bir kısmî davanın, mutlaka bu şekilde açılması şart değildir. Bazı hallerde, davacı farkında olmaksızın da, kısmî dava açmış olabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 109. maddesinin son fıkrası metninin açıklığı karşısında, kısmî dava açma iradesinin, mutlaka, dava dilekçesinde açık bir biçimde ortaya konulması şart değildir. Anılan düzenlemeye göre, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Davacı, dava dilekçesinde kısmî dava açma iradesini açıkça ortaya koymamış, bu konuda suskunluk içerisinde kalmış olsa bile, somut olayın koşullarından ve özelliklerinden hareketle, alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edildiği; dava dışı tutulan bir kesiminin de bulunduğu sonucuna ulaşabiliyorsa, “örtülü bir kısmî davanın” işlerlik kazandığından söz edilebilir²³. Bu durum, daha ziyade, dava yoluyla ileri sürülen talebin içeriğinin ve tutarının tayininde sonradan ortaya çıkan olayların, gelişmelerin ve dış etkenlerin belirleyici bir rol oynaması sebebiyle alacak tutarına, hesaplanma evresinde, başlangıçta belirlilik kazandırılabilmesinin, tam mümkün olmamasından kaynaklanır. Bu bağlamda, bedensel zararların giderimini konu alan maddî tazminat alacakları ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade alacakları zikredilebilir.

²¹ S. Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2.B., Ankara 2018, s. 589.

²² S. Üstündağ, “Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar” *Yargı Dünyası*, 2003/89, s. 9-20) *Ayrı Bası.*, s.1; S. Tanrıver s. 593.

²³ Tanrıver, s. 593-594.

Kısmî dava, açık kısmî dava şeklinde açılacak, yani şimdilik, dava edilen alacak tutarı, dava dilekçesinde kesin bir dille belirtilecek ve dava şartı arabuluculuğa da işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, işlerlik kazandırılmış olan arabuluculuk sürecinin, bâkiye alacak da dâhil, alacağın tamamı için işletilmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Kısmî dava içinde ıslah yapılması ya da ek dava açılması halinde, bâkiye alacak bağlamında, arabuluculuk sürecine yeniden işlerlik kazandırılmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü aynı alacak için bir defa arabuluculuk süreci işletilmişse, bu süreç bağlamında, alacağın kısmî ya da tam olması, herhangi bir önem taşımamalıdır.²⁴ Dava edilen alacakla ilgili, arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın kapsamına bâkiye alacağın da dâhil edilmesi hukuken mümkündür. Kısmî dava bağlamında, işletilen arabuluculuk süreci, anlaşma dışındaki bir nedenle sona ermişse, dava şartı arabuluculuğunun gereği, alacağın tamamı için yerine getirilmiş sayılmalıdır. Zira kısmî davaya konu kılınan alacak bakımından, anlaşmaya varamamış olan tarafların, bâkiye alacak bağlamında da, anlaşma sağlayamayacakları aşikârdır. Buna karşılık, kısmî davaya ilişkin olarak yürütülen zorunlu arabuluculuk süreci bağlamında, bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşmanın, tutar itibarıyla, sadece dava edilen alacak kesimiyle sınırlı bulunduğunu; bâkiye alacağı kapsamadığını kabul etmek gerekir. Yapmış olduğumuz tüm bu tespitler, örtülü kısmî dava bakımından da geçerlilik taşımalıdır. Örtülü kısmî davada da, açık kısmî davada olduğu gibi, dava dilekçesinde gösterilen tutarla sınırlı bir kısmî dava açılmak istendiği kabul edilmeli ve dava şartı arabuluculuk bağlamında açık kısmî dava ile ilgili olarak işaret etmiş bulunduğumuz tespitlere, aynen işlerlik kazandırılmalıdır.

5. Belirsiz Alacak Davası Bakımından

Davacının, davanın açıldığı tarihte, talep sonucunun miktarını yahut değerini, tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek bir nitelik taşıması halinde, dava dilekçesinde, dayanılan hukukî ilişkiye ve asgarî bir tutara işaret etmek suretiyle açacağı davaya, belirsiz alacak davası denir (HMK m.107, I).

Her şeyden önce, belirsiz alacak davası, hukukî niteliği itibarıyla eda davasının özel bir türü, somut plânda spesifik bir uygulanma

²⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.188.

biçimidir. Belirsiz alacak davasında, dava edilen alacak kesimi, kısmî davadan farklı olarak, sadece dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı değildir; bu tutarın yanı sıra, belirsiz olan alacak kesimini de, kapsamaktadır. Dolayısıyla belirsiz alacak davasında, ortada, alacağın belirsiz olan kesimi de dâhil, tamamına şamil derdest bir dava bulunduğuna göre²⁵, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmışsa, sürecin gerekleri, alacağın tamamı bakımından yerine getirilmiş sayılır²⁶. Arabuluculuk sürecinde bir anlaşma sağlanmışsa, bu anlaşma, sadece, dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı olarak değil; dilekçede belirsizlik arz ettiği için tutarı gösterilememiş olan alacak da dâhil, alacağın tamamı bakımından hukukî sonuç doğurur.

6. Karşı Dava Bakımından

Derdest bir davanın davalısının, asıl davanın davacısına karşı, asıl davaya konu kılınan taleple, ona karşı ileri sürülmek istenen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin yahut bunun dışında başka bir irtibat unsurunun bulunduğu iddiasıyla, asıl davanın görüldüğü mahkemede, iki haftalık cevap süresi içerisinde, cevap dilekçesi yahut cevap dilekçesinden ayrı bir dilekçe vermek suretiyle açmış olduğu davaya, karşı dava denir (HMK m.132). Karşı dava, asıl davadan ayrı ve müstakil bir kimliğe sahiptir ve dolayısıyla dava şartlarının, mahkemece karşı dava bakımından ayrıca incelenmesi ve belirlenmesi gerekir. Karşı davaya konu kılınmak istenen talep bakımından, dava şartı arabuluculuğa işlerlik kazandırmak gerekiyorsa, iki haftalık cevap süresi içerisinde, bu sürecin tamamlanması çoğunlukla mümkün olmayacağı için, davalı taraf, hukukun kendisine sunmuş olduğu bir imkân olan karşı dava kurumuna işlerlik kazandırmaktan mahrum kalacak, bu da hak arama özgürlüğünün (AY m. 36) bir anlamda sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.²⁷ Dolayısıyla dava şartı arabuluculuğa işlerlik kazandırmanın yaratabileceği sakıncayı aşmak için, davalı, asıl davada, karşı dava yoluyla ileri sürmesi mümkün olan talebini (örneğin, takas ya da mahsup talebini), cevap dilekçesinde bir savunma sebebi olarak ileri sürme seçeneğini tercih etmek durumunda kalabilecektir.

²⁵ Tanrıver, s. 609; C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 302.

²⁶ Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.188.

²⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.191-192.

Çünkü takas ya da mahsup iddiasına dayanan karşı alacağın tutarı, asıl davada ileri sürülmüş bulunan alacağın tutarından fazla olsa bile, davalı, alacağın fazla olan kısmını da, aynı davada hüküm altına aldırarak istemiyorsa, takas ya da mahsup savunmasıyla yetinebilir; yani, karşı dava açması şart değildir.²⁸ Çünkü tasarruf ilkesi uyarınca (HMK m. 24) kimse kanunla belirtilen ayırık durumlar dışında kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz. Bu bağlamda, kanunî bir zorunluluğun varlığından söz edilemez. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanması sebebiyle davalı, asıl davanın konusunu oluşturan alacak tutarı itibariyle cevap dilekçesinde takas ya da mahsup savunmasında bulunabilir; bâkiye alacağı için de; dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırdıktan sonra, arabuluculuk sürecinde bir anlaşma sağlanamamışsa, müstakil dava açma yoluna gidebilir. Yine, karşı dava açma olanağı bulunan davalı, bu olanağı dava şartı arabuluculuk sürecinin iki hafta içinde tamamlanmasının mümkün olmaması nedeniyle kullanamaz hale gelmişse, karşı alacağı bakımından, önce dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırıp, anlaşma sağlanamaması halinde de, müstakil bir dava açıp, davanın açmış olduğu asıl davayla kendisinin açmış bulunduğu davanın, aralarında bir bağlantı bulunması sebebiyle, mahkemeden birleştirilmesini de talep edebilir (HMK m. 166).

Kaynakça

- Akkan M, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası ve Sonuçları", *DEÜHFD*, 2018/2, s.1-31.
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. B., Ankara 2010.
- Azaklı Arslan B, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Çiçek M, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Çil Ş, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey K, *İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk*, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193).
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara 2017.

²⁸ Tanriver, s. 688; Aral, F.: *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. B., Ankara 2010, s. 219; E. Yılmaz, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *MİHDER*, 2010/2, s. 247-284, s. 264.

- Ekmekçi Ö/Özekes M/Atalı M/Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Giray E, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk (Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.29-40).
- Kar B, İş Yargılaması Usulü, Genişletilmiş 2. B., Ankara 2019.
- Karaca O. U, Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları (FMR 2019/1, s.48-55).
- Koçyiğit, İ/Bulur A, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kurt Konca N, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, (SETA Perspektif 2018/225, s.1-6).
- Namlı M, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165).
- Özmumcu S, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, 2016/2, s.807-842.
- Paslı A, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması, (Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.13-25).
- Simil C, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Tanrıver S, Medenî Usul Hukuku, C. I, 2.B., Ankara 2018.
- Tuğsavul Taşpolat M, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Üstündağ S, "Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar" *Yargı Dünyası*, 2003/89, s. 9-20.
- Yakıcı Ö, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Yardım EM, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, (Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2019, s.89-110).
- Yazıcı Tıktık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yıldırım F, Arabuluculuk ve Ombudsman, Ankara 2019.
- Yılmaz E, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *MİHDER*, 2010/2, s. 247-284.