

## ARABULUCULUK SİSTEMİ VE KANUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE TAHLİLLER

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ\*

### Özet

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması zaviyesinden yardımcı ve ikmal edici bir fonksiyonu haiz olup, yargılama yetkisine yardımcı ve seçimsel bir düzenlemedir. Nitekim arabuluculuk faaliyeti bir yargılama işi değil, temelinde, gönüllülük, eşitlik ve gizlilik ilkelerini de barındıran, tarafların sulh ve tasarrufuna tabi uyuşmazlıklarda haklılık vaziyeti tespit edilmeden, menfaat dengelenmesi üzerine kurgulanmış bir hukuki çözüm yoludur. Alternatif çözüm yolu olmasından dolayı, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde taraflara yargıya başvurma hakkında muhtariyet hakkı tanımaktadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık hakkında karar vermek sureti ile çözüm üretmeyi değil, ikna ve telkin marifeti ile tarafların yeniden müzakerelere girişmesini ve bir anlaşma sağlanmasına imkân veren bir ortam oluşturmayı hedefler. Haklıyı ya da haksızı bulmak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerini iki ayrı kefedede dengelemek, her ikisinin de memnuniyetini öngören bir anlaşma zemini oluşturup, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlar. Toplumda kişiler arasındaki uyuşmazlıkların nihayete erdirilip, hukuki barışın tesisinin yegâne aracı yargılama yetkisini haiz devlet mahkemeleri değil, geleceği ve menfaatlerin dengelenmesini hedef alan arabuluculuk marifetiyle de çözüme kavuşturulması mümkündür. Nitekim yargılamanın da nihai amacı kesin hüküm elde etmek değil, uyuşmazlığın bütün bir gelecek için söndürülmesidir. Zira uyuşmazlığın biteviye tevali etmesinde toplumun, tarafların ve kamunun hiçbir menfaati olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Hak, Menfaat, Hukuki Himaye, Çözüm.

\* Adalet Bakanlığı, Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi, ORCID: 0000-0002-8858-2580.

## Abstract

Mediation has an auxiliary and supplementary function, rather than the function of ensuring social peace and stability by resolving disputes, and is an optional and auxiliary arrangement to judicial power. As a matter of fact, mediation is not a matter of judgment, but a legal solution that includes the principles of volunteering, equality and confidentiality, and is based on balancing the interests of disputes subject to the settlement and disposition of the parties, without determining the situation of justification. Since it is an alternative solution, voluntary participation gives the parties autonomy to make non-binding recommendations and to apply to the judiciary in case of dissatisfaction and reach an agreement by persuasion and suggestion. Within the scope of mediation, the mediator does not aim to resolve the dispute by making a decision on it, but to create an environment that allows the parties to re-negotiate and reach an agreement by persuasion and suggestion. Not finding the right or wrong, but balancing the interests of both parties on two separate scales, creates an agreement ground for the satisfaction of both and contributes to the resolution of the dispute. It is possible to end disagreements between individuals in the society and to resolve them not only by state courts with jurisdiction as the only means of establishing legal peace, but also through mediation aimed at balancing the future and interests, not the past and the facts. As a matter of fact, the ultimate aim of the trial is not to obtain a final judgment, but to extinguish the dispute for the whole future. Because the society, the parties and the public will not have any interest in the continuation of the dispute.

Keywords: Mediation, Right, Benefit, Legal Protection, Solution.

## Giriş

Meselelerin hukuki çözümünü bulma sanatı olan hukuk, lügatlerde hakkın çoğulu diye tarif edilse de hak, bilfiil gerçeklik ve doğruluk olduğundan, hukuk, yaşam akış ve döngüsünün yani fiiliyatın muvazenesidir. İnsan hakikat olması sebebiyle haktır ve yaşamın özünden intaç etmesinden mütevellit dünyaya geldiği toplumda mündemiç olan hukuktan azade kalması muhaldir. Dolayısıyla hak, insanın varlığının ve toplum halinde

yaşamının teminatıdır. Nitekim hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, yargılama faaliyeti sonucu hukuki varlık kazanıp, hukuki koruma sağlayacaktır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre; Arabuluculuk, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Yine bu kanun gereği taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Arabulucu, kanunun uygulanmasında tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmemesi halinde çözüm önerisi de getirebilen hukuk fakültesi mezunu uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiyi ifade eder. Arabuluculuk Kanunu, hak kavramından ziyade menfaat üzerine kurgulanmış, hakkın özü tartışılmadan kişileri bir çözüme mecbur eden, hukuk yargılamasının müşkülpesent vaziyetinden dolayı ölümü gösterip, sıtmaya razı eden bir düzenlemedir. Arabuluculuk, hakkın özünü tespit etmekten uzak, bilakis menfaate dayalı olduğundan, hukukun gelişmesi önünde engel oluşturacaktır. Zira hukuk, vakıalar üzerinden tekâmül edecektir. Nitekim haklar ve borçlar vakıalardan ilham alarak vücut bulacaktır. Kaldı ki, kanun koyucu, her hadiseye uygun tam isabet, mahzı keramet sahibi olmadığından, içtihatlar uyuşmazlıklara hukuki varlık kazandıracaktır. Dolayısıyla vakıaların çokluğu ve çeşitliliği hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Arabuluculuk, hakkın nitelik ve özünden gayri salt menfaat kavramı üzerine odaklanan, kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlere ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama faaliyeti yapmaksızın çözüm üretmeye matuf bir düzenlemedir. Bu minvalde, arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması zaviyesinden yardımcı ve ikmal edici bir fonksiyonu haiz olup, yargılama yetkisine yardımcı ve seçimsiz bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeli özel hukuk uyuşmazlıklarına evrilmiştir. Taraflar ve avukatları ile arabulucu nezaretinde yapılan anlaşma tutanağına ilam niteliği bahşedilmekle, içtimai hayatta yapay borç ilişkisi oluşturmak konusunda kişilere bakir ve serbest bir alan ihdas edilmiştir. Bu

durum gerçek alacaklıların alacağına tahsilini akim ve semeresiz kılacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına matuf hüküm, lafzı ve özü itibarıyla muğlak bir ifade olup, dava açılmayacağına ilişkin ibarenin maddi ve usul hukuku yönünden sonuçları belirlenmediğinden birçok karışıklığa ve uyuşmazlıklara sebep olacağı her türlü izahtan varestedir. Kanaatimizce bu ihtimalde hukuki menfaat yokluğu gündeme gelecektir. Sosyal zaruretler, yasal çarelere takaddüm etse de, arabuluculuk düzenlemesi gerek amaç, gerek yöntem ve gerekse sonuçları itibarıyla uyuşmazlıklara çözüm olmaktan uzak, gayret ve emekleri zayi edecek ve gelecekte birçok karışıklık ve değişikliğe maruz kalması kaçınılmaz bir düzenlemedir.

## I. Arabuluculuk Kanunu'nun Amacı

Arabuluculuk faaliyeti, özel hukuk sahasında kişilerin sulh yoluyla sona erdirip, serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzenine ilişkin olmayan nitelikteki uyuşmazlıklara, adli soruna dönüşüp, devlet mahkemelerine gitmeden çözüm üretmek toplumsal barışa hizmet eden bir hukuki düzenlemedir. Arabuluculuğun işlerlik kazandığı özel hukukta egemen ve geçerli olan irade serbestliğinin bir gereği olarak taraflar yargı yoluna müracaat etmeden doğrudan yahut yargı yoluna müracaat ettikten sonra üçüncü bir kişi olan arabulucu marifetiyle uyuşmazlığı nihayete erdirebilirler<sup>9</sup>. Nitekim yargılama sırasında hakim dahi tarafları sulh ve arabuluculuk konusunda aydınlatıp, teşvik edebileceği gibi tarafların birlikte arabulucuyu başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenecektir. Arabuluculuk ve uzlaşma; hakim ve hakem sıfatından yoksun, bağlayıcı bir karar verme yetki ve otoritesini haiz olmayan bir üçüncü kişi refakat ve nezaretinde, taraf iradesi mihver alınıp, haklılık- haksızlık kriterinden ziyade menfaat kavramı üzerine, çözüm üretmek, teklif ve öneri sunmak suretiyle, tarafların anlaşmaları için uygun ortam hazırlama faaliyeti<sup>10</sup>. Bu niteliği sebebiyle arabuluculuk yolunun temeli, borçlar hukukunda hakim olan irade serbestisine dayalı olup<sup>11</sup> bir yargılama faaliyeti

9 Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 50.

10 Boran- Güneysu, s. 87.

11 Taşpolat – Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 106.

değildir<sup>12</sup>. İctimai hayatta, kişiler arasındaki uyuşmazlığın nihayete erdirilip, hukuki barışın sağlanmasının yegane yolu devlet mahkemelerindeki yargılama faaliyeti değil, alternatif uyuşmazlık yolları ve bu bağlamda arabuluculuk marifetiyle de mümkün olacaktır. Bir diğer ifadeyle, arabuluculuk çözüm yolu da uyuşmazlıkların çözümü için hukuki barışın tesis edilmesine namzet ve elverişli bir hukuki çözüm çaresidir. Arabuluculuk faaliyetinde, arabulucu herhangi bir karar veremeyeceği gibi, tarafların tartışacakları ve üzerinde fikir teatisi yapacakları bir çözüm önerisinde bulunamayacaktır<sup>13</sup>. Meğerki taraflar çözüm üretememiş olsun. Dolayısıyla uyuşmazlık hususunda tarafları, konuşmak, istişare ve müzakerede bulunmak için bir araya getiren ve kendi çözümlerini ürettirmelerini sağlamak amacıyla aralarında iletişimi kolaylaştıran bağımsız, tarafsız, objektif ve uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişi nezaretinde yürütülen gönüllü bir hukuki çözüm yoludur<sup>14</sup>. Arabulucu, tarafların meram ve çözüm yöntemlerini ifade etmekte zorlandıkları hususların açıklığa kavuşmasını sağlamak ve öneri ile çözümlerini tarafların iradesi bağlamında somutlaşmasına yardımcı olmalıdır. Bunun sağlanması için de taraflarla belirli şekilde iletişim, konuyu özetleme, sınırlama ve çerçeve içinde tutma, menfaat ve konumlarını belirleme ve netleştirme ve düşüncelerini açıklatmayı sağlamalıdır<sup>15</sup>. Bu minvalde, arabulucu uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceği gibi, kazai bir yetkisi de yoktur. Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama işi de değildir. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonrasında anlaşmaya varılan hususlarda düzenlenen ve ilam niteliğini haiz tutanak, maddi anlamda kesin hüküm kuvvetinden yoksun olsa da, yargılamanın nihai amacı da kesin hükme ulaşmak değil, ihtilafların biteviye tevali etmeden sonlandırıp, hukuki barış ve istikrarın sağlanmasıdır. Kaldı ki arabuluculuk, Devlet mahkemelerindeki yargılama faaliyetini de kapatmayacaktır. Zira arabuluculuk faaliyet, Devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamaya nazaran ikame değil, yargılama faaliyetinin yanında seçimsizlik ve gönüllülük esasına dayalı alternatif çözüm yolu düzenlemesidir<sup>16</sup>. Bu sebeple, arabuluculuk faaliyetinin asıl amacı, mahkemelerin iş yükünün

12 Taşpolat – Tuğsavul, s. 197.

13 Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 39.

14 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 39; Ekmekçi Ömer/Özkes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 8, 28.

15 Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 77.

16 Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 83.

azaltılıp, daha az masrafla ve daha kısa sürede, kanunda tahdidi olarak sayılmasa da kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların sulh yolu ile çözüp, tasarruf sahasına dahil mevzularda yargılamaya ikame ve onunla rekabet içinde değil<sup>17</sup>, bilakis yargılama faaliyetine yardımcı ve uyum içinde varlık ve uygulama alanı bularak uyuşmazlıkların temelden çözümlenmesi suretiyle sosyal ve hukuki barışa katkı sağlamayı hedefleyen yasal bir çözüm metotudur. Bir ihtilafın çözümlenmesinde asıl olan iki tarafın karşılıklı görüşerek sulh marifetiyle tatmin olmasıdır. Uyuşmazlığın ortaya çıkması ve sürecin uzaması tarafların sabır ve sebatkârlığını zorlayabileceği gibi, taraflarda gönül yorgunluğu da oluşturabilir. Bu sebeple bir araya gelmeleri ve uzlaşmaları daha da güçleşebilir. Tahkim ve yargılama faaliyetinde süreci yönetip, karar veren tarafların kontrolü dışındadır. Oysaki arabuluculukta süreç tarafların kontrol ve iradesi çerçevesinde gerçekleşecektir<sup>18</sup>. Dolayısıyla iki tarafın ortak menfaatini esas alan ve tarafların mutabık kaldığı bir çözüm yoluyla uyuşmazlık nihayete erdirilmektedir.

## II. Arabuluculuk Kanunu'nun Konusu (Arabuluculuğa Elverişlilik)

Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Kanunun amacı göz önüne alındığında; Devlet mahkemesinde görülen yargılama yetkisine nazaran seçimlik ve gönüllük esasına dayalı ve uyuşmazlıklara kısa sürede ve daha az masrafla adli bir soruna dönüşmeden çözüm üreten hukuki bir süreçtir. Nitekim küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen hususlarda uygulama alanı bulacaktır<sup>19</sup>. Dolayısıyla, alternatif çözüm yolu vasfıyla, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak ve münhasır yetkisini zedelemeyen<sup>20</sup>, vakia ve hak kavramlarından ziyade menfaat olgusunu esas ve referans alan yasal bir hukuki çare yoludur. Arabuluculuk faaliyetinin

17 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

18 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 18.

19 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

20 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 28.

uygulama alanı bulacağı uyuşmazlıklar, bir diğer ifadeyle arabuluculuğa elverişli konular Kanunda sayma yolu ile sıralanmış değildir. Kanun; yabancılık unsuru taşıyan da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının<sup>21</sup> çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir hükmünü munderiçtir. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuları tahdidi olarak saymak mümkün değildir<sup>22</sup>. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular, kamu düzeni, zayıfların korunması, hukuk güvenlik sebebiyle mahkeme kararına ihtiyaç duyulan ölçütler çerçevesinde<sup>23</sup>, özel hukuk kapsamına dahil olan her bir alana göre belirlenmesi gerekecektir<sup>24</sup>. Bu bağlamda, Kanun lafzı ve ruhu ile yorumlandığında, Kanun'un amacını aşan farklı bir sonuca ulaşmak mümkündür. Şöyleki; Arabuluculuk faaliyeti, her türlü hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, madde gerekçesinden referans ile "sulh" olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Dolayısıyla kamu düzeni bağlamında, tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarrufuna imkan vermeyen hukuki ilişkilerden neşet eden uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk müessesesi elverişli olmayacaktır. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki örneğin HMK m. 308/II'de (kabul) ve m. 313/II'de (sulh) ifade edilen "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler" ile HMKm. 408/I'de (tahkim) ifade edilen "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" birbirlerinden farklı kavramlardır. "İki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" ile anlatılmak istenen "bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller"dir. Söz konusu iki kavramın farklı kavramlar oldukları, "Yemine konu olamayacak vakıaları" düzenleyen HMK m. 226/I'in (a) ve (b) bentlerinde kanun koyucunun bu iki kavrama ayrı ayrı yer vermesinden de anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda örnek

21 Devlet mahkemelerindeki özel hukuk uyuşmazlıklarında kural olarak tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, davayı, ikama, yürütmek ve sonuçlandırmak tasarruf ve inisiyatif taraflara aittir.

22 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

23 Taşpolat- Tuğsavul, s. 109.

24 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

vermek gerekirse, taşınırın devri ve teslimi (taşınırın mülkiyeti teslim ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir ve aynı zamanda iki tarafın iradelerine tâbi olan bir iştir. Taşınmazın devri ve tescili ise (taşınmazın mülkiyeti ancak tapu siciline tescil ile geçtiği için) tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir iştir; ama iki tarafın iradelerine tâbi olmayan bir iştir. Bu bağlamda taşınmazın devri ve tescili HMK çerçevesinde tahkime elverişli değildir; ancak arabuluculuk yoluna elverişlidir. Bununla birlikte, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında “boşanma” konusu, TMK m. 170/I uyarınca, mutlaka hâkim kararını gerektiren emredici bir düzenleme bulunduğu ve ancak hâkim kararı ile tesis edilebildiği için arabuluculuğa elverişli değildir. Yine, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında “velâyet” konusu, TMK m. 335 ve devamı hükümleri uyarınca, mutlaka hâkim kararını gerektiren emredici bir düzenleme bulunduğu ve ancak hâkim kararı ile tesis edilebildiği için arabuluculuğa elverişli değildir. Keza taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara müteallik uyuşmazlıklar, rekabet hukuku, iflas, uzlaştırma suretiyle yeniden yapılandırılmaya ve konkordatoya ilişkin uyuşmazlıklar ile ilgililerin üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı çekişmesiz yargı işleri<sup>25</sup> ve Cumhuriyet Savcılarının taraf olduğu dava ve işlerde tasarruf edilmezlik ilkesi uygulanacağından, arabuluculuk faaliyeti kapsamı dışında kalacaktır<sup>26</sup>. Yukarıda zikrettiğimiz üzere kamu düzeni mülahazası ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi bulunmayan boşanma ve velayet hususunda yargı kararı ve hâkimin takdiri söz konusu iken, boşanmaya bağlı, maddi ve manevi tazminat, yardım nafakası, yoksulluk nafakası ile mal rejiminin tasfiyesinden doğan katkı ve katılım payı alacağı hakları, malvarlığına ilişkin olup, tarafların anlaşması mümkün olduğundan<sup>27</sup>, arabuluculuğun kapsamını dahil olabilecek iken, buna karşın, iştirak nafakası, kamu düzeni niteliği gereği, yargılama faaliyetinin kapsamında olacaktır. Takip hukukuna müteallik hususlar da arabuluculuğa elverişli değildir. Bu vadede, dava şartı arabuluculuk kapsamında, takip hukukunu ilgilendiren dava türleri bakımından bir inceleme yapılacak olursa, İtirazın kaldırılması, iptali, menfi tespit, istihkak, borçtan kurtulma ve tasarrufun iptali davaları, alacaklı bakımından alacağın tahsiline matuf

25 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50.

26 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 53.

27 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 52.

olup, özünde para alacağının tahsiline müncer olsa da temelinde takip hukukunun devamını sağlayacağından, arabuluculuğa elverişli değildir. Sonuç olarak, arabuluculuğa elverişli alanların sayma marifetiyle belirleyip, kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Bu husus, zaman içinde yargı içtihatları ile belirlenecektir. İşte vakıa ve hak üzerinden değil, bilakis menfaat odak ve kurgulu arabuluculuk faaliyetinin tekâmülü de yine hukukun gelişmesine yardımcı, hak ve borçların ileri sürülüş aracı olan vakıa üzerinden gerçekleşeceğinden, yargı kararlarıyla fonksiyonunu icra edecektir.

### A. Hak ya da Menfaat Üzerine Kurgulanması

İnsan hakikat olması sebebiyle haktır ve yaşamın özünden intaç etmesinden mütevellit, dünyaya geldiği toplumda mündemiç olan hukuktan azade kalması muhaldir. Dolayısıyla hak, insan varlığının ve toplum halinde yaşamının teminatıdır. Hak kavramı tanımlanmadan hukuk inşa edilemeyecektir. Hak, insanoğlunun maddi ve manevi varlığının muhafaza ile idamesi için fitratta bahşedilen ve insanın şahsında kaim bir (maya) cevherdir. Arabuluculuk Kanunu, hak kavramından ziyade menfaat üzerine kurgulanmış, hakkın özü tartışılmadan kişileri bir çözüme mecbur eden, hukuk yargılamasının müşkülpesent vaziyetinden dolayı ölümü gösterip, sıtmaya razı eden bir düzenlemedir. Arabuluculuk, hakkın özünü tespit etmekten uzak, bilakis menfaate dayalı olduğundan, hukukun gelişmesi önünde engel oluşturacaktır. Zira hukuk vakıalar üzerinden tekâmül edecektir. Arabuluculuk Kanunu beyan ve belgelerin kullanılmaması<sup>28</sup> başlıklı 5. madde içeriği<sup>29</sup> de açıkça maddi gerçeğin bulunmasından ziyade menfaat kavramı üzerine kurgulandığının tezahürüdür. Nitekim haklar ve borçlar vakıalardan ilham alarak vücut bulacaktır. Arabuluculuk faaliyetinde, tarafların

28 Kanun koyucu, hakkaniyete aykırı bir sonuca sebebiyet vermemek ve hak ve savunma hakkını sınırlamamak adına Arabuluculuk Kanunu 5. Maddesinde belirtilen belge, bilgi ve beyanlarla ilgili yasağa adil ve makbul bir sınırlama getirerek, şayet bir delil, arabuluculuk süreci olmasaydı dahi hukuk davası yahut tahkimde kullanılıp ileri sürülebiliyorsa, salt arabuluculukta sunulması sebebiyle yasak delil niteliğine bürünmeyecektir.

29 Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılınlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası ikame edildiğinde ya da tahkim yoluna başvurulduğunda arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bazı beyan veya belgeleri delil olarak ileri sürmez ve bunlar hakkında tanıklık da yapamazlar.

haklılığı değil, menfaatlerinin dengelenmesi, geçmişi değil, geleceği hedef alması hasebiyle tarafların tatmin ve memnuniyetine kurgulanmış<sup>30</sup>, alacak ya da borcun kaynağı vakıa irdelenmeden salt uyuşmazlığın sona erdirilmesine olanak veren bir çözüm modelidir. Ne var ki, bir uyuşmazlığın kahramanları olan taraflarla aynı atmosferi solumadan, vakıa, delil takdiri ve hukuk kuralları uygulanmadan menfaat odaklı çözüm üretmek tarafların tatmin ve memnuniyetini bütün bir gelecek için sağlamaktan uzak olacaktır. Nitekim insanlar arasında husule gelecek uyuşmazlıkların tür ve niteliğini saymak mümkün olmadığı gibi, arabuluculuğa elverişli hukuki ihtilafları belirlemek de yargı marifetiyle gerçekleşecektir. Bu ise vakıa üzerinden cereyan edecektir. Kaldı ki, kanun koyucu, her hadiseye uygun tam isabet, mahzı keramet sahibi olmadığından, içtihatlar uyuşmazlıklara hukuki varlık kazandıracaktır. Dolayısıyla vakıaların çokluğu ve çeşitliliği hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Oysaki arabuluculuk sınırlı sayıdaki uyuşmazlıklarda, vakıa ve hak kavramını tartışmadan salt menfaat odaklı bir çözüm üretecektir. Çözüm bağlamında, arabulucu, uyuşmazlığı karar vermek marifetiyle değil, ikna ve telkin yolu ile tarafların müzakerede bulunmak ve bir anlaşma zemini sağlayarak katkı vermeyi amaçlar. Bu amacı gerçekleştirir iken, haklıyı ya da haksızı bulmaya değil, tarafların üzerinde uzlaşacakları ortak paydayı tespit etmeye gayret eder<sup>31</sup>. Arabuluculuk bir yargılama ve dava değildir. Ancak, arabuluculuğa başvuru ve karşı tarafın da arabulucuya başvurusundan haberdar olması ihtimalinde dava ikamesi ile husule gelen, maddi ve usul hukukuna ilişkin bir takım hukuki sonuçların doğması da mümkündür. Zira arabuluculuk faaliyeti, menfaat odaklı kurgulansa dahi hak aramanın başlangıcını oluşturmakta ve uyuşmazlığın diğer tarafına bir talep yöneltilmektedir<sup>32</sup>. Bu bağlamda, derdestlik, davanın geri alınması ve doğrudan dava ikamesine bağlı sonuçlar doğmasa da, karşı tarafın iyiniyetinin, kötünüyeteye dönüşmesi ve temerrüt durumu gerçekleşecektir<sup>33</sup>. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı Kanun'un emredici ifadesidir. Tarafların, davanın

30 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 29.

31 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 40.

32 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 88.

33 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 88.

ikamesinden sonra birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmesi üzerine yargılamanın mahkeme tarafından üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılacağına ilişkin hüküm de Kanun'un emredici düzenlemesidir. Mahkemece ertelenen sürenin hitamında taraflarca mazeretsiz olarak mahkemeye icabet edilmez ise dosyanın işlemde kaldırılması ve müteakiben davanın açılmamış sayılması hükümleri uygulanacaktır<sup>34</sup>. Bir diğer usul hukukuna ilişkin sonuç ise zorunlu arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak düzenlenmesidir.

Arabuluculuk faaliyetinde, tarafların üzerinde anlaşacağı ortak payda, menfaat üzerine inşa edilecektir. Ancak, taraflara hukuki tavsiye ve telkinde bulunamayan, herhangi bir çözüm önerisini taraflara sunmak ya da çözüm önerisi üzerinde tarafları anlaşmak hususunda tasarrufu bulunmayan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti kapsamında bütün bir gelecek için uyumsuzluğu bitirip, tarafların tatmin ve memnuniyetinin sağlanması, hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları çerçevesinde hukuki izahtan yoksundur.

## B. İkame/Seçimlik Hukuki Çare

Hakikatte, arabuluculuk, uyumsuzlukların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması fonksiyonu zaviyesinden seçimlik ve yardımcı bir hukuki çözüm yolu olmaktan ziyade, yargılama yetkisine yardımcı olmak bağlamında haklılığı değil, menfaatlerin dengelenmesini amaçlayan küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyumsuzluklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Bu bağlamda, idare hukukundaki yap, işlet ve devret modeli özel hukuk uyumsuzluklarına<sup>35</sup> evrilmiştir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde tarafların haklılık durumu, hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Arabuluculuk faaliyeti, haklılık zemininde değil, menfaate dayalı, geçmişteki durum değil, geleceği gözetten, tarafların egemen olduğu, tarafların ortak menfaat paydasında tatminini öngördüğünden, Devlete ait yargı organlarının asli işi olan yargılama faaliyeti ve hukukun uygulanması arasında doğrudan bir bağ kurulması söz

34 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.90, 107.

35 Özel hukuk, kişilerin şahıs ve malvarlığına müteallik konularda irade serbestliği ve kurul olarak taraflar arasında eşitliğe dayalı uyumsuzlukların dahil olduğu alandır.

konusu olmayıp, uyuşmazlık hakkında karar vermeden tarafları bir mutabakat zeminine ulaştıran çözüm mekanizmasıdır<sup>36</sup>. Dolayısıyla tarafların sorgulanması, tanık dinlenmesi, keşif ve diğer yargısal yetkileri kullanması söz konusu olmayacaktır<sup>37</sup>. Kaldı ki, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamayacaktır (m. 15/4). Lakin hukuki barış sadece yargılama yoluyla değil, alternatif uyuşmazlık yolu olan arabuluculuk ile de sağlanıp, yargı yükü hafifletilecektir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde tarafların haklılık durumu, hukuk kuralları, deliller ve delillerin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Arabuluculuk faaliyeti haklılık zemininde değil, menfaate dayalı olduğundan, geçmişteki durum değil, geleceği gözetken, yargısal yetkilerin kullanılmadığı, lakin adalet işlerinin işleyiş ve ifasına katkı sağlayan, yargı faaliyetine rakip ve ikame olmadan, uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeksizin çözüme kavuşturulmasını hedefleyen bir düzenlemedir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık hakkında karar vermek sureti ile çözmeyi değil, ikna ve telkin marifeti ile tarafların yeniden müzakerelere girişmesini ve bir anlaşma sağlanmasına imkan veren bir ortam oluşturmayı hedefler. Haklıyı ya da haksızı bulmak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerini iki ayrı kefedede dengelemek, her ikisinin de memnuniyetini öngören bir anlaşma zemini oluşturup, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlar. Arabuluculuk alternatif bir çözüm yolu marifetiyle tarafsız bir üçüncü kişinin nezaretinde, yetkisini taraflardan alan ve karar verme yetkisi bulunmayan bir hukuki süreç mekanizmasıdır.

### III. İlamlı İcra Niteliği

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir, anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde, bu belgeler taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın

36 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 116.

37 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 116.

görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir<sup>38</sup> ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi kural olarak yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilam niteliği kazanmış olsun olmasın arabuluculuk faaliyeti sonrasında üzerinde anlaşılan hususlara karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenebilir.

### **1. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Üzerinde Anlaşılan Hususlarda Dava Açılmaması**

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere tarafların, arabulucunun iştiraki ile icra edilebilirlik şerhi bulunmadan arabuluculuk ve uzlaşma sonucu ulaştıkları çözüm, kural olarak doğrudan kesin hüküm kuvvetini haiz değil ise de<sup>39</sup>, ilam niteliğinin-

38 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 121.

39 Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bu tür uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim olup, mecburi tahkime ilişkin hükümler uygulanmaz. Önceki kararların uyuşmazlık çözüm kurulunda karara bağlanması da eldeki dava için kesin hüküm ya da kesin delil teşkil

de belge vasfıyla icrai bir etkiyi haiz olup, uyuşmazlığa konu hadisenin yeniden dava edilmesini önleyeceği için, kesin hükmün olumsuz etkisi işlerlik kazanacaktır. Kesin hüküm kavramının hukukî mahiyeti icabı, devletin yargı yetkisinin bir sonucu olarak verilen kararlar, maddî manada kesin hüküm ve kesin delil niteliğini haiz iken<sup>40</sup>, arabuluculuk ve uzlaşma sonucu ulaşılan çözümde, devletin doğrudan bir katılım ve etkisi olmayıp, gönüllülük esasına dayanmakla birlikte<sup>41</sup> ulaşılan çözüm, maddî manada kesin hüküm ve kesin delil özelliğini içinde barındırmasa da<sup>42</sup>, ilam niteliğiyle cebri icraya imkân tanıyacaktır. Bu bağlamda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 68 ve devamı maddelerinde düzenlenen değeri 4000 TL altındaki uyuşmazlıklarda ilçe, 6000 TL altındaki uyuşmazlıklarda il hakem heyetine başvuruyu zorunlu kılan düzenlemeyi alternatif uyuşmazlık çözümü kapsamında arabulucu olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>43</sup> Zira tüketiciyi ilgilendiren uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvuru, özel bir dava şartıdır<sup>44</sup>. Kaldı ki, tüketici hakem heyeti kararlarının bağlayıcı olması da temelinde gönüllülük esasının bulunduğu arabuluculuk faaliyetinden uzaklaştırmaktadır. Bu sebeple, tüketici hakem heyeti, alternatif

---

etmez ve görev hususu kamu düzenine ilişkin olduğu için kazanılmış hak da söz konusu olamaz. Mahkemeye her aşamada re'sen nazara alınması gerekmektedir. Taraflar arasında uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevinin kabul edildiğine dair bir kararlaştırma bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında, Genel mahkemelerin görevli olduğu anlaşıldığından bu durumda davanın niteliği itibarıyla davaya bakmaya Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir." ( 13. HD 05.12.2012, 20984/27826).

- 40 İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Ayrıca, mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilâm niteliğinde belgelere karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenebilir.
- 41 Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim, Ankara 2011, ( s. 3- 31), s. 6.
- 42 Zira arabuluculuk faaliyeti, yargılama işi olmadığından, kesin hüküm için öngörülen olumsuz dava şartı uygulama alanı bulmayacaktır.
- 43 Taşpolat – Tuğsavul, s. 85; Tanrıver, Makale, s. 29.
- 44 Taşpolat - Tuğsavul, s. 85.

uyuşmazlık çözümünü icra eden resmî bir kuruluş<sup>45</sup> ya da mecburi bir tahkim organı olarak da tanımlanmıştır<sup>46</sup>. Tüketici hakem heyeti kararları, İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre icra edilecektir. Bu hüküm, kazai yetkisi olmayan tüketici hakem heyetinin, söz konusu kararlarının ilam niteliği değil, ilamlar gibi icra edileceğinin bir sonucudur<sup>47</sup>. Zira, kazai yetkisi olmayan tüketici hakem heyeti kararlarının bağlayıcılığı, maddî manada kesinliği haiz ilam niteliğinde değil, ancak ilamlar gibi icra edilmesi vasfına bağlanmıştır. 7036 sayılı Kanun ile Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'na yapılan ekleme ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme ( m. 18/5), Anayasa'nın hak arama başlıklı 36. maddesine göre, " Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercii önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, anlaşmaya rağmen dava açılması halinde, arabuluculuk anlaşmasının maddi hukuk bakımından def'i mi? Ya da itiraz olarak mı? Yahut yargılama hukuku bağlamında ilk itiraz yahut dava şartı olarak mı? Kabul göreceği muğlak olduğu gibi, maddi hukuk anlamında arabuluculuk anlaşma tutanağına karşı arabuluculuk anlaşma tutanağının ehliyetsizlik, emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları ve şekle aykırılık sebebi ile mutlak butlanla batıl olması, kurucu unsur eksikliği ile yokluğu ya da irade fesadı halleri ile gabin sebebiyle iptal edilebilirlikle malul olması da ihtimal dâhilindedir<sup>48</sup>. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme ne ilk itiraz ne de dava şartı özelliklerini taşımaktadır<sup>49</sup>.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmış olması halinde anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfı kazanıp kazanmadığı önemsenmeksizin üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında dava açılmayacağına ilişkin düzenleme nitelik itibariyle alelade bir mahkeme dışı sulh

45 Tanrıver, Makale, s. 28; Taşpolat – Tuğsavul, s. 85.

46 Tanrıver, Makale, s. 29.

47 (AYM, 20.03.2008, 2006/78, 2008/84).

48 Akkan, s. 22.

49 Ekmekçi/Özekes/Atalı-Seven, s. 114.

sözleşmesi niteliğindedir<sup>50</sup>. Hukukumuzda davayı doğrudan sona erdirmeye gücü mahkeme içi sulhe tanınmıştır<sup>51</sup> (HMK m. 315). Dolayısıyla mahkeme dışı sulh sözleşmesinin konusunu oluşturan hususlarda dava açma olanağının kaldırılması hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Bundan başka, bünyesinde, gönüllük, eşitlik, gizlilik esaslarını barındıran ve tatmin olmama ihtimalinde devlet mahkemelerine başvuruyu kapatmayan arabuluculuk faaliyetinin özüne aykırılıktır. Kaldı ki, yargılama sürecinde maddi vakalar ve hukuki dayanaklar değerlendirilip, tarafların sunmuş oldukları bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda haklılık ölçütüne göre gerekçeli karar tesis edilerek uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu sebeple, maddi hukuk kuralları uygulanmaksızın, vakia ve delil değerlendirilmesi yapılmadan, hakkın ileri sürülüş şekli olan dava hakkının engellenmesi Anayasaya aykırıdır.

Şayet arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşılan belge ilam niteliğinde ise alacak ilama bağlanmakla yeniden dava açılmasında hukuki yarar bulunmayacaktır. Öğretide, kanundaki yasağa rağmen dava açılması halinde davanın esasına girmeyi engelleyen usule dair özel bir dava şartı olduğundan, hakimin davayı usulden reddi gerektiği savunulmuştur<sup>52</sup>. Bu görüş bağlamında, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde uzlaştıkları anlaşma belgesini mahkemeye ibrazı ihtimalinde, mahkemenin özel dava şartı niteliğiyle dava hangi aşamada olursa olsun re'sen usulden red kararı vermesi gerektiği savunulmuştur<sup>53</sup>. İlam niteliğinde belge niteliği kazanmamış olan anlaşma tutanağının kapsamına dahil olan hususlar hakkında dava açılması ihtimalinde ise, yasal düzenlemenin varlığı sebebiyle ( HUAİK m. 18/5) davanın konusuz kalması sebebi ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis edilmelidir<sup>54</sup>. Ancak, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hüküm, üzerinde anlaşılan hususlar ile davada ileri sürülen hususların özdeşliğini belirlemek, tarafların anlaşmaları hususların net olarak tespit edilebilir olması yanında bu anlaşmanın

50 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 120; Taşpolat- Tuğsavul, s. 185.

51 Tanrıver Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları Ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 96

52 Akkan Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, ( s. 1- 30), s. 10.

53 Akkan, s. 20.

54 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 124.

hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık üzerinde yapıldığını doğru, açık ve net bir biçimde tespit etmesi davanın dinlenebilirliği noktasında önem arz edecektir. Bir başka ifade ile dava açma yasağı bağlamında belge içeriğinden tarafların anlaşmış oldukları hususların açıkça yazılması ehemmiyet kesbeder. Bu vadede, yasağa rağmen dava açılması ihtimalinde hakim anlaşmaya varılan hususların sebep olduğu hukuki ilişkiyi de göz önüne alarak davanın konusu, tarafları ve talep sonucu ile anlaşma belgesinde mutabakata varılan hususlar arasında örtüşme olup olmadığını tespit etmelidir<sup>55</sup>. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmalarına karşın, kanun ve usule uygun bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmemiş, taraf iradesi sakatlanmış yahut uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olmamasına rağmen yürütülüp, anlaşma tutanağı düzenlenmiş ise, bu ihtimalde dava açılmayacağını söylemek hukuken isabetli olmayacaktır. Kaldı ki, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına dair yasal düzenlemenin varlığı göz önüne alındığında, dava hakkı maddi hukuktaki asıl hakkın devamı niteliğindedir<sup>56</sup>. Arabuluculuk faaliyetinde vakıa ve hak kavramından ziyade, menfaatlerin dengelenmesi ön planda olup haklılık durumu irdelenmediği için tarafların maddi hukuktaki hakkı üzerinden tasarrufta bulunmaları maddi hukuk kuralları çerçevesinde yapılması gerekirken, vakıa ve delil incelemesi yapılmadan hakkın ortadan kalkması hukuken söz konusu olmayacaktır.

## 2. Arabuluculuk Tutanağının Resmi Belge Niteliği Ve Sahtelik İddiası

Resmî belge, kamu görevlisi veya hukuken yetkili kabul edilen görevli tarafından yasa gereğince yerine getirdiği fonksiyona dayanılarak düzenlenen belgedir. Resmi belgede bulunması gerekli kurucu unsurlar; tarih, sayı, düzenleyen kurumun adı, var ise mühür ile isim ve imzasından mürekkeptir. Üzerinde anlaşılan arabuluculuk tutanağının ilamlı icraya konu edilmesi halinde karşı tarafça sahtelik iddiası ihtimalinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu 209. maddesinin işlerlik kazanıp kazanmayacağı tereddütlüdür. HMK'nun 209. Maddesine göre; Adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bur karar verilinceye kadar, o

55 Akkan, s. 14.

56 Akkan, s. 12.

senet herhangi bir işleme esas alınmaz. Resmi senetteki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği ancak mahkeme kararıyla sabit olursa bu senet herhangi bir işleme esas olmaz. Senede dayanılarak verilmiş olan ihtiyati tedbir, o senet hakkındaki sahtelik iddiasından etkilenmez ve gerektiğinde senet sahibi haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebilir.

Arabuluculuk anlaşması, yargılama yapma yetkisi ve bu bağlamda resmi bir sıfatı bulunmayan arabulucu nezaretinde gerçekleşmektedir<sup>57</sup>. Arabulucu uyuşmazlığın çözümünde taraflara destek vermek sureti ile adalet hizmetinin ifasına ve işleyişine katkı sağladığı için kamu görevi yapmaktadır<sup>58</sup>. Arabulucunun görevlendirilmesi Adli-İdari bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleşmekte<sup>59</sup>, kanunla belirlenmiş ve icra edilen faaliyetin resmi sicil ile resmi bir listeye kaydolma koşuluna bağlı kılınması disiplin ve ceza sorumluluğunun bulunması, arabulucunun resmi bir görev yaptığının tezahürüdür. Dolayısıyla arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlanmış oldukları belge kanaatimizce resmi belge niteliğinde olduğu için sahteliği ancak mahkeme kararı ile sabit olduğu takdirde herhangi bir işleme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla salt sahtelik iddiası ilam niteliğinde olan arabuluculuk tutanağına dayalı icra takibini doğrudan durdurma gücünden yoksundur. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Adalet Bakanı nezdinde tutulması, kanundan doğması ve sicilin varlığı söz konusu belgeye resmiyet kazandırmaya yetecektir. Arabuluculuk belgesinin gizli olması resmi belge olmasına engel değildir. Öğretide, arabuluculuk anlaşma belgesinin icrası sırasında sahtelik davası açılması faraziyesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmünün uygulama alanı bulacağı savunulmuştur<sup>60</sup>.

57 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 120.

58 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 151.

59 Tanrıver, Arabuluculuk, s. 152.

60 Akkan, s. 23.

## Sonuç

Arabuluculuk Kanunu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Kanun, arabuluculuğa elverişlilik konusunda sayma yolu ile bir sınırlama getirmemiş, sadece aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını tasrih etmiştir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar, tarafların sulh yoluyla çözümlenebileceği hususlardır. Kamu düzeninden sayılan uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olmayacağına tereddüt bulunmamaktadır. Malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Arabuluculuğa elverişlilik, uygulamada yargı içtihatları ile tekâmül edip, zaman içinde belirlenecektir. Arabuluculuk bir yargılama işi olmadığı gibi, arabulucu karar dahi vermek yetkisinden yoksundur. Kaldı ki, yargılama noktasında resmi bir vazifesi de yoktur. Arabulucu, tarafları istişare ve uzlaşmak zemini oluşturmak bağlamında ismi ile müsemma olarak tarafları bir araya getirecek, lakin tarafları anlaşmak konusunda telkin, talimat ya da zorlama yoluna tevessül edemeyecek, belki tarafların çözüm üretememesi halinde çözüm önerisi de getirebilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması ihtimalinde, arabuluculuk faaliyeti sona erecek, şerh verilmiş ya da taraflar, avukatları ile arabulucu nezaretinde anlaşılan hususlarda düzenlenen tutanak ilam niteliğinde sayılacaktır. İcra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, elinde ilâm niteliğinde belge olan bir alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesinden takip başlatabilir ve borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurma hak ve yetkisi kural olarak yoktur. Bununla birlikte, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. Mahkeme ilâmlarının irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenemez; ancak, kanun yoluna başvurulabilir; ilam niteliği kazanmış olsun olmasın arabuluculuk faaliyeti sonrasında üzerinde anlaşılan hususlara karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali

istenebilir. Arabuluculuk anlaşma tutanağının ehliyetsizlik, emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları ve şekle aykırılık sebebi ile mutlak butlanla batıl olması, kurucu unsur eksikliği ile yokluğu ya da irade fesadı halleri ile gabin sebebi ile iptal edilebilirlikle malul olması da ihtimal dâhilindedir. 7036 sayılı Kanun ile Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'na yapılan ekleme ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin düzenleme ( m. 18/5), Anayasa'nın hak arama başlıklı 36. maddesine göre, “ Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercii önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, anlaşmaya rağmen dava açılması halinde, arabuluculuk anlaşmasının maddi hukuk bakımından def'i mi? Ya da itiraz olarak mı? Yahut yargılama hukuku bağlamında ilk itiraz yahut dava şartı olarak mı? kabul göreceği muğlak olduğu gibi, maddi hukuk anlamında arabuluculuk anlaşma tutanağına karşı hata, hile, ikrah ya da gabine dayalı olarak iptal davası açılması ihtimalinde hukuki süreç açıkça belirlenmediğinden dolayı birçok karışıklık ve uyuşmazlığa sebep olacağı aşıkardır. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hüküm tarafların anlaşmış oldukları hususların net olarak tespit edilebilir olması yanında bu anlaşmanın hangi hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık üzerinde yapıldığını doğru açık ve net bir biçimde tespit etmesi gereklidir. Bir başka ifade ile dava açma yasağı bağlamında belge içeriğinden tarafların anlaşmış oldukları hususların açıkça yazılması ehemmiyet kesbeder. Bu bağlamda yasağına rağmen dava açılması ihtimalinde hakim anlaşmaya varılan hususların sebep olduğu hukuki ilişkiyi de göz önüne alarak davanın konusu, tarafları ve talep sonucu ile anlaşma belgesinde mutabakata varılan hususlar arasında örtüşme olup olmadığını tespit etmektedir. Kaldı ki, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına dair yasal düzenlemenin varlığı göz önüne alındığında, dava hakkı maddi hukuktaki asıl hakkın devamı niteliğindedir. Arabuluculuk faaliyetinde vakıa ve hak kavramından ziyade, menfaatlerin dengelenmesi ön planda olup haklılık durumu irdelenmediği için tarafların maddi hukuktaki hakkı üzerinden tasarrufta bulunmaları maddi hukuk kuralları çerçevesinde yapılması gerekirken, vakıa ve delil incelemesi yapmadan hakkın ortadan kalkması hukuken söz konusu olmayacaktır.

Üzerinde anlaşmaya varılan ilam niteliğindeki belgenin icra takibini konu olması üzerine, muhatap borçlunun arabuluculuk tutanağına sahtelik iddiasında bulunması üzerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesi gereği adi belge mi? Yoksa resmi belge niteliği gereği mi? İşlem görecektir. Arabuluculuk anlaşması, yargılama yapma yetkisi ve bu bağlamda resmi bir sıfatı bulunmayan arabulucu nezaretinde gerçekleşmektedir. Arabulucu uyumsuzluğun çözümünde taraflara destek vermek sureti ile adalet hizmetinin ifasına ve işleyişine katkı sağladığı için kamu görevi yapmaktadır. Arabulucunun görevlendirilmesi Adli-İdari bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleşmekte, kanunla belirlenmiş ve icra edilen faaliyetin resmi sicil ile resmi bir listeye kaydolma koşuluna bağlı kılınması disiplin ve ceza sorumluluğunun bulunması, arabulucunun resmi bir görev yaptığının tezahürüdür. Dolayısıyla arabulucuların, arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlanmış oldukları belge kanaatimizce resmi belge niteliğinde olduğu için sahteliği ancak mahkeme kararı ile sabit olduğu takdirde herhangi bir işleme esas alınamayacaktır. Dolayısıyla salt sahtelik iddiası ilam niteliğinde olan arabuluculuk tutanağına dayalı icra takibini doğrudan durdurma gücünden yoksundur. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı Adalet Bakanı nezdinde tutulması, kanundan doğması ve sicilin varlığı söz konusu belgeye resmiyet kazandırmaya yetecektir. Arabuluculuk belgesinin gizli olması resmi belge olmasına engel değildir. Bu sebeple, ilam niteliğini haiz arabuluculuk tutanağına karşı sahtelik iddiası, icra işlemini durdurmayacaktır. Hakikatte, arabuluculuk, uyumsuzlukların çözülerek toplumsal barış ve istikrarın sağlanması fonksiyonu zaviyesinden seçimlik ve yardımcı bir hukuki çözüm yolu olmaktan ziyade, yargılama yetkisine yardımcı olmak bağlamında haklılığı değil, menfaatlerin dengelenmesini amaçlayan küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyumsuzluklarda çözüm odaklı bir düzenlemedir. Toplumdaki uyumsuzlukların çözümlenip, hukuki barışın sağlanmasının yegâne aracı yargılama faaliyeti olmasa da, bu fonksiyonu sağlamaya namzet ve elverişli olduğu düşünülen arabuluculuk faaliyeti, uyumsuzlukları bütün bir gelecek için söndürüp, devlet mahkemelerine başvuruyu kapatmayacağı gibi, uygulamada birçok karışıklığa sebep olacağı ve gelecekte birçok değişikliğe maruz kalması kaçınılmaz bir düzenlemedir.

## Kaynakça

- Akkan Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, DEÜHFD, C. 20, S. 2, 2018, ( s. 1-30).
- Ekmekçi Ömer/Özkes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı İstanbul 2019.
- Göksu Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Güneysu-Boran Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.
- Koçyiğit İlker/Yeşilkaya İzzet, Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ankara 2020.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara 2020. (Arabuluculuk).
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 3-31). ( Makale).
- Tanrıver Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları Ve İcranın İadesi, Ankara 1996, (İlamlı İcra).
- Tanrıver Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, Makalelerim II, Ankara 2011, (s. 345-360). (Çekişmesiz Yargı).
- Tuğsavul-Taşpolat, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.