

■ Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES* ■

ZORUNLU ARABULUCULUKTA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALARIN DURUMU

STATUS OF THE TEMPORARY LEGAL PROTECTION IN COMPULSORY MEDIATION

ÖZET

Arabuluculuk faaliyeti, yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bununla birlikte, yargılama ile çok sıkı bağlantısı bulunmaktadır. Zorunlu arabuluculuğun kabulünden sonra bu bağlantı daha da kuvvetlenmiş, bununla birlikte sorunlar da artmıştır. Bunlardan biri de, zorunlu arabuluculukta geçici hukuki korumaların durumudur. Zira, geçici hukuki korumalara ancak bir mahkeme tarafından karar verilebilir. Aynı anda hem geçici hukuki korumaya başvurulması hem de arabulucuya başvurmak zorunda kalınması halinde, bir çelişki doğacaktır. 6325 sayılı HUAK m. 18A/16'da, zorunlu arabuluculukta geçici hukuki korumalarla ilgili sınırlı bir düzenleme yapılmışsa da, bu çok yetersiz bir düzenlemedir. Bu çalışmada, bu konuyla ilgili sorunlar ve çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, geçici hukuki koruma.

ABSTRACT

Mediation is an extrajudicial dispute resolution process. However, it is very closely linked to the trial procedure. After the adoption of compulsory mediation, this connection was further strengthened, but the problems increased. One of them is the situation of temporary legal protections in compulsory mediation. A court can only decide the temporary legal protections. At the same time, there will be a contradiction if both the temporary legal protection is applied and the mediator is forced to apply. HUAK Art. 18A/16, although there is a limited regulation on temporary legal protections in compulsory mediation, this is very inadequate. In this study, problems related to this issue and solutions will be put forward.

Keywords: Mediation, compulsory mediation, interim injunction, provisional attachment, temporary legal protection.

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9689-1693>

Makale Geliş Tarihi: 17.12.2019, Kabul Tarihi: 23.12.2019

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Öğretim Üyesi.

PLAN

Giriş

A. Zorunlu Arabuluculuğun Uygulama Alanı

B. Geçici Hukukî Korumalar ve Bu Konuda Arabuluculukla İlgili Düzenleme

C. Arabuluculukta Geçici Hukukî Korumalarla İlgili Tespitler, Sorunlar ve Çözüm Önerileri

1. Genel Olarak

2. Geçici Hukukî Koruma Taleplerinin Arabuluculukla Uyumu Sorunu

3. Zorunlu Arabuluculuk Alanlarında Uygulanacak Geçici Hukukî Koruma Türleri

a. Kural Olarak İhtiyatî Haciz Talep Edilebileceği

b. Delil Tespiti Talebinin Mümkün Olup Olmaması

4. Geçici Hukukî Korumaların Arabuluculuk Sürecinden Önce veya Sonra Talep Edilmesi

5. Arabuluculuk Sürecinde Geçici Hukukî Koruma Kararının İcrası

6. Arabuluculuk Sürecinde Geçici Hukukî Koruma Kararları İçin Tamamlayıcı Merasim

7. Haksız Geçici Hukukî Koruma Kararı Verilmesi ve Bu Konuda Açılacak Tazminat Davası Bakımından Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

SONUÇ

GİRİŞ

2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile “iradî ve ihtiyarî” olarak kabul edilen arabuluculuk, 2017 yılında 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu’ndaki ayrı bir madde ve 2018 yılında 7155 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanunu’na eklenen yeni bir madde ile “dava şartı” şeklinde “zorunlu arabuluculuk” olarak da hukuk sistemine girmiştir. Zorunlu arabuluculuk, temelde iş ve ticarî uyuşmazlıklarda, alacak ve tazminat talepleri ile ilgili olarak dava şartı şeklinde kabul edilmiş, ayrıca iş hukukunda işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Esasen arabuluculuğun temel ilkesi, iradî yani gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır. Ancak çok kısa sürede, iş hukuku ve ticaret hukuku gibi hem hayat hem hukuk bakımından oldukça geniş ve farklı boyutları olan iki alanda, zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi, zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin temelde yanlışlığı yanında, yetersiz ve muhtemel sorunlara cevap vermeyişi, kendisi ile birlikte birçok tartışmayı da birlikte getirmiştir. Bu çalışmada, zorunlu arabuluculukla ilgili diğer sorun ve tartışmalara girmeyeceğiz; burada sadece zorunlu arabuluculuk karşısında geçici hukukî korumalarla ilgili sorunların durumunu ele alarak, genel çerçevesi ile bir değerlendirme yapmaya çalışacağız. Zorunlu arabuluculuk zorunlu ancak sorunlu bir düzenlemedir, arabuluculuğun özüne aykırıdır, gerçek anlamda arabuluculuk da değildir. Doğru uygulanan ihtiyarî arabuluculuğa değil, ama sorunlu bir düzenleme olan zorunlu arabuluculuğa yönelik birçok eleştirimiz, doğuracağı tehlikeli gidişe yönelik değerlendirmemiz mevcuttur. Ancak şu anda yürürlükte, yanlış da olsa bir düzenleme söz konusu olup görmezlikten gelinemez. Bu sebeple, en azından zararın asgariye indirilmesi, yanlış olan kurumun mümkün olduğunca doğru uygulanması için çaba göstermek gerekir. Bu çalışma, kendisi yanlış olan kurumun içinde ayrı bir sorun olan geçici hukukî korumalarla ilgili doğru bir yaklaşımı ortaya koymak amacını taşımaktadır. Sorun hepimizin sorunudur, sorunu görmezlikten gelmek, sadece sistemden yararlananları değil, tüm hukuk sistemini bozacak bir potansiyeli içinde barındırmaktadır.

Hukuk yargılamasında farklı geçici hukuki korumalar olmakla birlikte, temelde uyuşmazlık konusu para ise “*ihtiyati haciz*”, para dışındaki talepler bakımından ise “*ihtiyati tedbir*” şeklinde geçici hukukî korumalar karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında, delillerle ilgili geçici hukukî koruma olarak da “*delil tespiti*” söz konusudur.

Bu incelemede, henüz daha uyuşmazlık çözüm süreci başlatılmadan geçici hukukî koruma talep edilmesi ve uyuşmazlık çözüm süreci başlatıldıktan sonra geçici hukukî koruma talep edilmesinin ortaya çıkartacağı sorunlar ile bu taleplerin incelenmesinin arabuluculuğa etkisi ya da arabuluculuk sürecinin bunlara etkisi, şartları, incelemesi, sonuçları, tamamlayıcı merasim, icrası gibi yönleriyle ele alınacaktır. Çalışmada, genel bir yaklaşım ortaya konularak, konuyla ilgili genel sorunlara değinilecektir. Özel geçici hukukî korumalar üzerinde durulmayacaktır. Örneğin, ticaret hukukunda bir kısmı ihtiyati tedbir, bir kısmı ihtiyati haciz, bir kısmı da delil tespiti temelli, ayrıca bu kategoriler dışında kendine özgü birçok geçici hukukî koruma bulunmaktadır. Bu hususlara sadece ilgili olduğu ölçüde örnek olarak değinilecektir. Zira, zorunlu arabuluculuk karşısında bunların her biri başlı başına ayrı bir değerlendirme konusu olabilecek niteliktedir.

A. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI

Zorunlu arabuluculuk, aslında arabuluculuğun özünden ve amacından uzaklaşmaktır. Çünkü müzakereye, iknaya, karşılıklı menfaatleri dengelemeye, empati kurmayı sağlamaya, anlaşmaya dayanan arabuluculukta “zorunluluk”, kelime anlamıyla ve ifade olarak zaten kurumla uyumlu bir anlayış değildir. Adeta birbiriyle tartışan ve kavga eden iki kişiyi öfkeleri dahi dinmeden, kolundan çekip gönülsüz şekilde barıştırmaya benzemektedir. Biraz da, barışmazsanız başınıza şunlar gelir zorlamasıyla görünüşte bir anlaşma ortaya çıkabilir. Ancak bu anlaşmanın hakkaniyetli ve dengeli olup olmadığı, kalıcılığı, hangi yeni sorunlar doğuracağı, her zaman tartışmaya açıktır. Arabuluculukta önemli olan kalıcı ve gönül huzuruyla devam edecek anlaşmayı, barışı sağlamaktır; kişilerin içinde tereddüt barındıran anlaşma, gerçek bir anlaşma değil-

dir. Öncelik, yargının iş yükünü azaltmaya verilerek, ideal sebeplerden çok, pratik mülhazalarla ülkemizde zorunlu arabuluculuğun önce iş uyuşmazlıklarından başlayarak şimdi ticaret hukukuna (ve belki diğer alanlara) doğru yaygınlaştırılması söz konusu olmuştur. Zorunlu arabuluculuğun, içinde birçok sakıncayı barındıran bir yol olduğu, hatta yargı ve uyuşmazlık çözümü bakımından da tehlikeli bir girdap oluşturabileceği, aslında zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuk da olmadığı kanaatindeyiz. Farklı çalışmalarımızda bu yöndeki eleştirilerimiz ve değerlendirmelerimizi ortaya koyduk¹ ve koymaya devam edeceğiz. Bu eleştirilerimizden yanlış bir sonuç çıkartılmamalıdır. Yargı sistemi ile doğru bir şekilde entegre edilmiş ve kendi ilkeleri içinde doğru uygulanan, yargının yerine geçip onun rolünü çalmayan gerçek arabuluculuğa karşı olmadığımızı belirtirken, gerçek arabuluculuk olan ihtiyarî arabuluculuğun doğru bir kurumsal yapıya kavuşması için destek olduğumuza ve bu konuda ilk çalışmaları yaptığımızı hatırlatmakta yarar olduğunu düşünüyoruz.

2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAİ) ile ülkemizde uyuşmazlıkların çözümü bakımından yargı dışında önemli bir alternatif kabul edilmiş ve ihtiyarî arabuluculuk hukuk sistemine girmiştir. Böylece, taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği hukuk uyuşmazlıklarında, dava açmak yerine, isterlerse arabulucuya başvurarak bu sorunu çözme imkânını elde etmiştir (HUAİ m. 1/2). Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da bu yönde düzenlemeler yapılmış, yargılamada arabuluculuğun teşvik edilmesi (HMK m. 137/1, 140/2-3, 320/2) esası benimsenmiştir. Yapılan bu düzenlemeler, arabuluculuğun da amacına ve ruhuna uygun olarak ihtiyarîlik üzerine kurulmuştur. Zaten arabuluculuğun temel ilkelerinden biri de iradî olmaktır (HUAİ m. 3/1)².

¹ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes M., "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası, 2019/1, s. 52-63; Özekes M., "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018 (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111 vd.); Ekmekçi Ö./Özekes M./Atalı M./Seven V., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul 2019, s. 137 vd.

² Arabuluculuk ilkeleri hakkında bkz. Özekes M., *Pekcantez Usûl-Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Bası,

Bu düzenlemelerin üzerinden çok zaman geçmeden ve arabuluculuğun sonuçları tam olarak görülmeden, 2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu³ (İşMK) ile belirli iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiş, dava şartı şeklinde bir zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yapmıştır. Yani, kanunda belirtilen uyuşmazlıklar bakımından, taraflar dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, bu yoldan sonuç alamadıklarını veya başarısız olduklarını belgelendirdikten sonra dava açmak durumundadırlar; aksi halde açılan dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir (İşMK m. 3)⁴. Buna bağlı olarak zorunlu arabuluculuk kapsamında diğer bazı kanunlarda da düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarındaki bu düzenlemeden sonra, 2018 yılında bu sefer Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) yeni bir madde eklenerek (TTK m. 5A) ticarî uyuşmazlıklarda da dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. 7155 sayılı Kanunla⁵ yapılan bu değişiklikle, ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi yanında, ayrıca 6325 sayılı HUAK'a eklenen yeni bir bölüm (5. Bölüm) ve 18A maddesi ile dava şartı olan arabuluculuk ayrıca genel bir düzenlemeye kavuşmuştur⁶. Esasen buradaki hükümlerin neredeyse tamamı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile aynı yöndedir. Kanun yapma tekniği bakımından temel hata, önce konuyla ilgili genel kanun olan HUAK'da düzenleme yapıp daha sonra özel kanunlarda sadece o konuyla ilgili kısmını düzenlemek yerine, önce özel bir kanunda ayrıntılı düzenleme yapılmış, daha sonra genel düzenlemeye gidilmiş olmasıdır. Bu, uygulamada zaman zaman karışıklığa yol açabilecektir. Buna dikkat çekiyor, ancak konumuz dışında kaldığından bu hususa ayrıca girmiyoruz.

İstanbul 2017, s. 2818 vd.; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 28 vd.; Kekeç E. K., *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 57 vd.; Özbek M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 600 vd.

³ RG, T. 25.10.2017, S. 30221.

⁴ İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 199 vd.

⁵ RG, T. 19.12.2018, S. 30630.

⁶ Ticarî uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 287 vd.

Zorunlu arabuluculuğun kapsam ve uygulama alanını tam olarak belirlerken, iş hukuku ve ticaret hukukuyla ilgili uyuşmazlıkların tamamında zorunlu arabuluculuğun söz konusu olmadığını belirtmek gerekir. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kapsamına nelerin girdiği, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren **alacağı ve tazminatı** ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*" şeklinde belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise, aslında alacak ve tazminat niteliğinde olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun dışına çıkartılmıştır. Bu fıkraya göre ise, "İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz".

Ticarî uyuşmazlıklar bakımından düzenleme ise, Türk Ticaret Kanunu'na yeni eklenen 5A maddesi ile yapılmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "*Bu Kanunun 4 üncü 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.*"

Zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu bu iki alana bakıldığında, zorunlu arabuluculukta ortak yönlerin ve temel bir yaklaşımın olduğu anlaşılmaktadır. Bu tespit asıl inceleme konumuz olan geçici hukukî korumalar bakımından da önemlidir. Çünkü uyuşmazlığın kapsamının ve uygulama alanının belirlenmesi, aynı zamanda başvurulabilecek geçici hukukî korumaları ve ona ilişkin sorunları da belirlemeye yardımcı olacaktır. Bu bakış açısı ile yukarıda belirtilen konuyla doğrudan ilgili iki hüküm de dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıkların uygulama alanı ve kapsamı bakımından ortak noktanın "*alacak ve tazminat talepleri*" olduğu görülmektedir. İş uyuşmazlıklarında buna ek olarak bir de işe iade talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamına alınıp, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan alacak ve tazminatlar ise dışarda tutulmuştur. Ticaret hukukunda ise daha somut bir belirleme yapılarak, alacak ve tazminatın "*bir paranın ödenmesine yö-*

nelik” olacağı belirtilmiştir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu’nda 3. maddede açıkça paradan bahsedilmese de, madde gerekçesine bakıldığında, açıklama yapılan ve örnek verilen alacak taleplerinin tümünün para olduğu görülmektedir⁷.

Bu tespitten sonra, ilerde ayrıntılı şekilde açıklayacak olmakla birlikte, para alacakları için asıl geçici hukukî korumanın ihtiyati haciz (İİK m. 257 vd.) para dışındaki dava/uyuşmazlık konuları içinse asıl geçici hukukî korumanın ihtiyati tedbir (HMK m. 389 vd.) olduğuna dikkat çekelim. Salt bu bakış açısı ile kapsama giren her iki uyuşmazlık türünde, ilk başta alacaklı tarafın geçici hukukî koruma talebinin ihtiyati haciz olabileceği görülmektedir. Ancak konu bu kadar basit değildir.

B. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR VE BU KONUDA ARABULUCULUKLA İLGİLİ DÜZENLEME

Herhangi bir yargılamada ve uyuşmazlık çözüm sürecinde, temelde yer alan maddî ilişkinin, buna bağlı olan menfaat dengesinin ve hukukî sorunun tespiti, açıklığa kavuşturulması ve çözümü, belirli bir zamana ihtiyaç duyar. Bir uyuşmazlığın göz açıp kapayıncaya kadar çözümü işin niteliği gereği mümkün değildir. Bu süreçte, yani hak durumu açıklığa kavuşuncaya kadar, hatta daha uyuşmazlık çözüm sürecini veya yargılamayı başlatmadan önce ortaya çıkan durumlar, hakkın ihlali sonucu doğurabilir veya tehlikeye düşürebilir. Birbiriyle uyuşmazlık halinde olan tarafların kendi menfaatlerini gözeterek yapacağı işlemler ve ortaya koyacağı davranışlar, ulaşılmak istenen sonucu anlamsız kılabilir veya uyuşmazlığın çözümünü uygulanamaz hale getirebilir. Örneğin, uyuşmazlık konusu mal veya hak başkasına devredilebilir, ortadan kaldırılabilir. Bu sebeplerle, yargılama veya uyuşmazlık çözüm süreci başlamadan ya da başlamış olsa dahi henüz sonuçlanmadan, uyuşmazlık konusunu korumak, güvence altına almak gerekebilir. Bunun da yolu,

⁷ Zorunlu arabuluculuğa dahil olan uyuşmazlıkların genel çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 129 vd.

kesin hukukî koruma ortaya çıkıncaya ya da uyuşmazlık nihaî olarak çözülmünceye kadar, geçici hukukî korumalardan yararlanmaktadır⁸.

Geçici hukukî korumaların farklı sebepleri, fonksiyonları ve uygulama alanları vardır. Konumuzun dışında kaldığından, bunların ayrıntısına girmiyoruz. Ancak geçici hukukî korumaların asıl uyuşmazlığı çözme-ye yönelik bir fonksiyonlarının olmadığı, asıl amacının asıl korumanın sonucunu güvence altına almak, ayakta tutmak olduğunu belirtmek gerekir. Geçici hukukî korumalar, hak aramanın önemli bir yansıması olarak, asıl hakka ulaşırken bir yönüyle yolu açık tutma ve ona ulaşmayı güçleştirecek ya da imkânsızlaştıracak engelleri ortadan kaldırmayı amaçlar. Bu sebeple hangi taraf talep ederse etsin, temeldeki menfaat dengesini gözetmek, her iki tarafın da menfaatini mümkün olduğunca bağdaştıracak yolu bulmak gerekir. Burada ölçülülük, amaca uygunluk, asıl korumaya hizmet, onunla uyumlu bir karar ve yol izlenmesi önemlidir. Geçici hukukî korumalarda tam bir inceleme yapılmadığı ve acele karar verildiği için, kararın haksız olma ihtimali de göz önünde tutulmalıdır. Bunun sonucu olarak da kanun koyucu, normal bir yargılamada söz konusu olmayan teminat yatırılması, karşı taraf dinlenmemişse karara itiraz edilmesi gibi bazı tedbirler almış, haksız karara karşı da belirli şartlarda tazminat davası açılmasını mümkün kılmıştır⁹.

Geçici hukukî korumaların temel özellikleri olarak, (1) yargı organlarının karar verilmesi, (2) her iki tarafça da istenebilmesi, (3) geçici nitelikte olması, (4) incelemenin basit ve çabuk şekilde yapılması, (5) kararların bağlayıcı ve zorlayıcı olması, (6) yargılamada kural olarak yaklaşık ispatın yeterli olması, (7) hukukî dinlenme hakkı bakımından, karşı taraf önceden dinlenmeden de karar verilebilmesi söz konusudur¹⁰.

⁸ Geçici hukukî korumalar hakkında bkz. Özekes M., Pekcanitez Usûl, s. 2435 vd.; Özekes M., *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 36 vd.; Yılmaz E., *Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, C. I, Ankara 2001, s. 27 vd.; Erişir E., *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, İstanbul 2013, s. 1 vd.

⁹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2444; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 18 vd.; Erişir, s. 69 vd.

¹⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2437; Yılmaz, s. 32 vd.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Onuncu Kısmı "Geçici Hukukî Korumalar" olarak düzenlenmiş, bu Kısmın Birinci Bölümü ise "ihtiyati tedbire" ayrılmıştır (HMK m. 389-399). İhtiyatî tedbir, en geniş uygulanan geçici hukukî koruma türü olmakla birlikte, bunun dışında da geçici hukukî korumalar mevcuttur. Uygulamada çok yanlış uygulanmak ve zaman zaman ihtiyatî tedbirle karıştırılmakla birlikte "ihtiyati haciz", para alacaklarına özgü ayrı ve özel bir geçici hukukî korumadır (İİK m. 257-268). İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz dışında, bunlardan farklı nitelikte ve farklı bir amaca hizmet eden, uyuşmazlık konusunun değil, sadece delillerin korunmasına yönelik bir geçici hukukî koruma olan "delil tespiti" bulunmaktadır (HMK m. 400-405)¹¹. Ancak tüm geçici hukukî korumalar bunlarla da sınırlı değildir. Bunların dışında, özel kanunlarda düzenlenen (örneğin, TMK'da aile hukukunda, TTK'da şirketler hukukunda ya da fikrî ve sınai haklarla daha özel bazı kanunlarda o konuya özgü olan) geçici hukukî korumalar bulunmaktadır (HMK m. 406 atfı). Hatta bu özel düzenlemelerin bir kısmı çok geniş etki ve sınırları olan, uzun süre devam edebilen geçici hukukî korumalardır. Ailenin korunması hakkındaki düzenlemeler, fikrî ve sınai haklarla ilgili geçici hukukî koruma düzenlemeleri, buna örnektir. Hatta deniz icra hukuku gibi, sistemin bir geçici hukukî koruma olan ihtiyati haciz üzerine inşa edildiği düzenlemeler de bulunmaktadır.

Türk hukukunda, sadece medenî yargıda değil, ceza yargısında, idarî yargıda, hatta anayasa yargısında en önemli sorunların başında, gereksiz başvuru, amacı dışına çıkan, tam bilinmeden yanlış uygulanan, birbirine karıştırılan, hatta adeta asıl korumanın yerine geçen geçici hukukî koruma sorunu bulunmaktadır. Bu yanlışlıklar büyük hak kayıplarına sebebiyet vermekte, bugün yargı sistemini de, deyim yerindeyse bloke etmektedir. Bunun medenî yargıda en tipik örneği, ihtiyatî tedbirlerle ihtiyatî hacizler arasındaki sınırın aşılması, yanlış kararlar verilmesidir. Bu çerçevede, para alacakları için asıl olan geçici hukukî koruma ihtiyati haciz iken ve kanun koyucu bunu tereddüte mahal vermeyecek şekil-

¹¹ Geçici hukukî koruma türleri hakkında bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2445 vd.; Yılmaz, s. 169 vd. Ayrıca bkz. Erişir, s. 225 vd.

de açıkça düzenlemişken (İİK m. 257 vd.)¹², bugün ihtiyati haciz yerine ihtiyatî tedbir kararları verildiği, hatta “*ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz*” gibi, hiçbir kanunî dayanağı olmayan, sınırları ve sonuçları belirsiz, açıkça ifade etmek gerekirse hukukî garabet örneği, hayalî, akla ve hukuka zarar uygulamalara sıkça rastlanmaktadır¹³. Şu soruyu sormak, garipliği anlamak için yeterlidir: Böyle bir karar verildiğinde hangi hükümlere göre asıl hukukî koruma yoluna başvurulacak, hangi kanun hükümleri uygulanacak, nasıl icra edilecektir? Bunların cevabı yoktur. Bu tür yanlış kanıksamalar, uygulamada süregelmektedir. Bu; bilgisizlikten, ilgisizlikten, sorumsuzluktan veya kötü niyetten kaynaklanmaktadır.

Geçici hukukî korumalarla ilgili bu sorunlar karşımızda durmaktayken, uygulama henüz bu labirentten çıkamamışken, özellikle zorunlu arabuluculuk kabul edildikten sonra, bu bağlantı içinde geçici hukukî korumalar bakımından yeni sorun potansiyeli fazlasıyla oluşmuştur. Çünkü iki sorunlu alan iç içe geçtiğinde, sorun aritmetik değil; geometrik artmaktadır. Zorunlu arabuluculuğun ilk kabul edildiği alan olan iş uyuşmazlıklarındaki düzenleme yürürlüğe girdiğinde, bu soruna ayrıca dikkat çekmiş bulunuyoruz¹⁴. Bu uyarılar ve uygulamada ortaya çıkan soru ve sorunlar karşısında 7155 sayılı Kanunla HUAK’a eklenen 18A

¹² “Bu durumda davanın konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu ve para alacağı için ancak ihtiyati haciz kararı verilebileceği düşünülmeden davalının malvarlığına ihtiyati tedbir konulması usul ve yasaaya aykırıdır.” 19. HD, 30.04.2013, 2012/17366, 2013/7797 (Lexpera İçtihat).

¹³ Bu konuda İzmir BAM 4. Hukuk Dairesi’nin şu kararı oldukça aydınlatıcıdır: “Davacı vekili dilekçesinde tazminat istemine karşılık ihtiyati haciz yerine geçmek üzere ihtiyati tedbir konulmasını istemiştir. 6100 Sayılı HMK’nun 33. maddesi gereğince olayları anlatmak taraflara, hukuki niteleme mahkemeye aittir. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz iki ayrı koruma tedbiri olup amaçları, konuları ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Biri diğerinin yerine geçmek üzere karar verilmez. Diğer bir anlatımla talep ya ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir şeklinde nitelendirilip hüküm altına alınmalıdır. Nitekim 6100 Sayılı HMK’nun 406/2. fıkrasında “İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır.” denmiştir. Bu fıkranın gereğesinde “özellikle uygulamada farklı geçici hukuki korumaların birbirinin yerine kullanılmasının hatta -ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz kararı verilmesi- gibi aslında kanuna tamamen aykırı geçici hukuki koruma kararı oluşturulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.” denmiştir. Dava konusu istek haksız eylemden kaynaklanan tazminata (para alacağına) ilişkin olduğundan geçici koruma talebinin ihtiyati haciz olduğu kabul edilmeli ve buna göre inceleme yapılarak karar verilmelidir.” İzmir BAM 4. HD, T. 11.4.2017, E. 2017/330, K. 2017/320 (Lexpera İçtihat).

¹⁴ Özkes M./Atalı M., “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ö.Ekmeççi vd., İstanbul 2018, s. 41-122).

maddesi içinde 16. fıkra bu konuya ayrılmıştır. Bu hükme göre “Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanunun 397 nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyatî haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez”.

Bu hükümle aslında sorun çözülmüş değildir. Çünkü bu hüküm sadece ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizle ilgili, o da sadece geçici hukukî koruma kararından sonra belirli sürede açılması gereken tamamlayıcı merasime, o da sadece dava açılmasına ilişkin sürenin korunmasına yöneliktir. Bunun dışında, diğer geçici hukukî korumalarda ne olacağı, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizle ilgili diğer konularda nelere dikkat edileceği vs. üzerinde durulmamıştır.

Bu düzenleme ile ilgili şu tespiti de yapmak gerekir: Hüküm HUAK’da yer almaktadır; zorunlu arabuluculuğun ilk ve ayrıntılı olarak düzenlendiği İşMK m. 3’de buna benzer bir hüküm yoktur. Ancak, hüküm bulunmayan hallerde HUAK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin genel atıf sebebiyle (İşMK m. 3/21), bu hüküm iş uyuşmazlıklarında da uygulanacaktır.

C. ARABULUCULUKTA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALARLA İLGİLİ TESPİTLER, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Genel Olarak

Aşağıda geçici hukukî korumaların zorunlu arabuluculukla ilişkisi içinde bazı tespitler yapıp sorunları ortaya koyarak, bazı çözüm önerilerinde de bulunacağız. Doğru düzenlenen ve doğru uygulanan ihtiyatî arabuluculuğa karşı olmadığımızı, ancak arabuluculuğun temel felsefesine aykırı olması ve hak arama özgürlüğünü zedelemesi sebebiyle zorunlu arabuluculuğa karşı olduğumuzu belirtmekle birlikte; şu anda yanlış da olsa zorunlu arabuluculuk şeklinde bir düzenlemenin bulun-

ması gözardı edilemez. Hak aramanın temellerine, arabuluculuğun özüne ve ilkelerine aykırı zorunlu arabuluculuğa karşı olmakla birlikte, şu anda yürürlükte olmasından dolayı yok farz edilerek ortaya çıkartacağı sorunlarda duyarsız kalınması da doğru değildir. Girişte de belirttiğimiz üzere, şimdi yapılması gereken şey, zorunlu arabuluculuğa eleştiri getirmekle birlikte, en azından onun doğru anlaşılması, doğru uygulanması ve deyim yerindeyse en az zararla atlatılması için herkes çaba göstermelidir. Çünkü sorun, kişisel yaklaşımlardan çok, hukuk sorunumuzdur, hepimizin sorunudur. Bu çalışmayı da, bu yönde bir katkı ve çaba, doğru anlama ve uygulamaya yol gösterme olarak ortaya koyuyoruz.

Yukarıda belirtildiği üzere, HUAK m. 18A/16'da, zorunlu arabuluculuk kapsamında geçici hukukî korumalarla ilgili olarak, sadece dava açılmadan önce geçici hukukî koruma istendiğinde tamamlayıcı merasimle bağlantılı bir düzenleme yapılmış, geçici hukukî koruma olarak da ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacze değinilmiş, bunun dışında bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, geçici hukukî korumaların arabuluculuk çözüm yöntemiyle uyumu, hangi durumda ne tür bir geçici hukukî koruma istenebileceği, geçici hukukî korumanın arabuluculuk faaliyetinden önce veya sonra istenmesinin mümkün olup olmadığı ve bunun ortaya çıkartacağı durum, geçici hukukî koruma kararının icra edilmesinin sürece etkisi, konuyla bağlantılı tamamlayıcı merasim, ayrıca haksız geçici hukukî koruma kararı verilmesi halinde tazminata ilişkin taleplerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda bunları gereksiz tartışmalara girmeden değerlendirip , somut olarak açıklamaya çalışacağız.

2. Geçici Hukukî Koruma Taleplerinin Arabuluculukla Uyum Sorunu

Aşağıda zorunlu arabuluculuğun geçici hukukî korumalarla ilişkisi içinde daha teknik açıklamalara geçmeden önce, geçici hukukî koruma talep etmenin arabuluculukla uyumuna değinmek gerekir. Çünkü, yukarıda geçici hukukî korumalarla ilgili bilgi verilirken belirtildiği üzere, geçici hukukî korumaların özellikleri arasında, yargı organlarınca karar verilmesi, yaklaşık ispatın aranması, kararların ise bağlayıcı ve zorlayıcı

cı olması gibi özelliklerine değinmiştik. Bu özelliklerin (ve hatta diğer özelliklerin) arabuluculukla uyumlu olduğu söylenemez. Bundan dolayı arabuluculuk faaliyetinden önce ya da sonra geçici hukukî koruma talep etmek, deyim yerindeyse arabuluculuk sürecini baştan sonuçsuzluğa itmek ve süreci sabote etmektir. En azından geçici hukukî koruma istemenin, arabuluculuktaki anlaşma zeminiyle uyumlu bir teşebbüs olmayacağı açıktır. Ancak diğer yandan da, şartları oluştuğunda geçici hukukî korumaya engel olunamaz. Aksini düşünmek, hakkı tehlikeye düşen için, arabuluculuğun bu tehlikeyi büyütmesine sebep olacaktır.

İster arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce, ister bu faaliyet başladıktan sonra, şartları mevcutsa geçici hukukî koruma talep edilmesine engel bir durum yoktur. Zaten böyle bir engelleme de , hak arama özgürlüğünü sınırlandırması, etkin hukukî korumaya zarar vermesi ve hakkı tehlikeye düşenin, buna engel olmak için hukuk düzeninden yardım istemesi yönündeki beklentisini boşa çıkarması bakımından, açıkça hukuka aykırı olurdu. Bunun sonucu olarak, taraflardan biri arabuluculuk sürecinden önce veya sonra geçici hukukî koruma talep edebilir. İster sadece talep edilip bu talep reddedilsin, ister bu talep kabul edilsin, her iki halde de geçici hukukî korumadan dolayı artık tarafların birbirine karşı güveni ve müzakere ortamı baştan zedelenecektir. Örneğin, bir taraf geçici hukukî koruma kararı alarak masaya oturursa, diğer tarafın buna hoşgörü ile bakacağını düşünmek mümkün olmadığı gibi, kararı alan tarafın da bunun rahatlığıyla diğeri üzerinde baskı oluşturması, işin doğası gereğidir. Deyim yerindeyse, bir kimsenin diğere bir yumruk attıktan sonra, onunla hemen aynı anda masaya oturtulup anlaşdırmak ne kadar mümkünse, geçici hukukî koruma kararı aldıktan sonra arabuluculuk müzakeresi yürütmek de, o kadar anlamlı ve mümkündür. Keza tam arabuluculuk süreci işletilirken, bir tarafın diğeri aleyhine geçici hukukî koruma kararı aldığı durumlarda, ortada iki risk var demektir. Birincisi, aleyhine karar alınan taraf, bir yandan arabuluculuk müzakerelerini yürütürken, diğeri yandan da kararı alan tarafın haklarını ihlâl yönünde bir faaliyet ve davranış içinde olduğu anlamı doğar. Zira geçici hukukî korumaların temelinde, genel olarak bir tarafın diğere haklarını ihlâl eden ve tehlikeye düşüren, gecikmesinde sakınca olan bir davranışının olması

yatmaktadır. Böyle bir davranış sergileyen kişinin yürüteceği arabuluculuk faaliyeti, olsa olsa oyalama ya da bir zorunluktan ibarettir. İkincisi ise, bir arabuluculuk süreci içinde bir taraf geçici hukukî koruma talep etmişse, ya artık karşı tarafla güven zeminini kaybetmiştir ya da diğer tarafı baskı altına almaya çalışıyordur. Bu ihtimallerden hangisi olursa olsun, arabuluculuk anlayışıyla bağdaşan tarafı yoktur.

Bunların yanında, geçici hukukî korumalara yargı organlarınca ve yaklaşık ispat faaliyeti de dikkate alınarak karar verildiği düşünülürse, bir mahkemenin belirli ölçüde de olsa bir tarafın haklı olduğuna karar verdikten sonra, bu yargı kararı karşısında hâlâ daha anlaşmak istemeyen tarafı, önce arabulucuya başvurmaya zorlamanın anlamsızlığı ortadadır. Ayrıca geçici hukukî koruma kararlarının bağlayıcı ve zorlayıcılığı karşısında, bir yandan geçici hukukî koruma kararı yerine getirilirken, diğer yandan arabuluculuk müzakeresi yürütmek, hayatın gerçekleriyle uyumlu bir durum değildir.

Bunların yanında, bir kısmı ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ya da delil tespiti niteliğinde, ancak bir kısmı da kendine özgü ve özel düzenlenen geçici hukukî korumalar bakımından daha farklı sorunlar da karşımıza çıkabilir. Bunların arabuluculukla uyumu ise tamamen ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bir iki örnekle meselenin nasıl çıkmazda olduğunu ortaya koymak mümkündür. Düzenleme yapılırken bunların değerlendirilmediği ve düşünülmediği açıkça anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, ticarî uyuşmazlıklar bakımından, hiçbir ayırım yapılmadan bir paranın ödenmesi gereken alacak ve tazminat talepleri, zorunlu arabuluculuk kapsamında sayılmıştır. Oysa deniz ticaret hukukunda, cebri icraya ilişkin özel düzenlemeler yapılmış (TTK m. 1350), örneğin deniz alacakları, özel bir usûle tâbi tutulup temelinde ihtiyatî hacizle başlayan bir alacak tahsili prosedürü öngörülmüştür ve düzenlemelerin çoğu takip temellidir¹⁵. Böyle bir durumda, bunların zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Keza deniz alacakları

¹⁵ Deniz icra hukuku hakkında bilgi için bkz. Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M., *İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 335 vd.; Atamer K., *Deniz Ticaret Hukuku-Deniz İcra Hukuku*, C. IV, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 165 vd.

için ihtiyatî haczin tamamlanması bakımından, zorunlu arabuluculuk yolunu göstermek çıkar yol değildir. Kanundaki düzenleme de bunu pek mümkün kılmamaktadır. Kaldı ki, deniz ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelerin neredeyse tamamı uluslararası düzenlemeler ve uluslararası anlaşmaların yansımasıdır. Ayrıca bu uyuşmazlıkların birçoğu da uluslararası uyuşmazlık niteliğindedir. Benzer durum kıymetli evrakta, örneğin kıymetli evrakın iptali prosedüründe ya da şirketlerle ilgili özel geçici hukukî korumalarda, haksız rekabet düzenlemelerinde vs. karşımıza çıkmaktadır.

Kısaca, geçici hukukî koruma talebi ile zorunlu arabuluculuğu bağdaştırmak, hukuken ve fiilen pek mümkün değildir; ütöpik bir anlayışın yansımasıdır. Gerçekten arabuluculuğa inanan kişiler, arabuluculuk sürecine başvuruyor veya bu süreçte yer alıyorsa, bu süreçten önce ya da süreç içinde geçici hukukî koruma talep etmemeleri en uygun olandır. Ancak bu da her zaman gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

3. Zorunlu Arabuluculuk Alanlarında Uygulanacak Geçici Hukukî Koruma Türleri

a. Kural Olarak İhtiyatî Haciz Talep Edilebileceği

Zorunlu arabuluculuk kapsamındaki talepler bakımından hangi geçici hukukî korumaların geçerli olacağını da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için de, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki talepler tespit edilerek buna bağlı geçici hukukî korumalar değerlendirilmelidir. Yukarıda (A) başlığı altında zorunlu arabuluculuğun uygulama alanı belirtilirken, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki taleplerin neler olabileceğine değinilmişti. Buna bağlı olarak aşağıda ayrıca değerlendirme yapılacaktır.

Zorunlu arabuluculuğun düzenlendiği alanlardan biri olan TTK m. SA'da, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında zorunlu arabuluculuğa başvurulabileceği belirtilmiştir¹⁶. Şayet

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 287 vd.

sadece bu talep esas alınarak bir geçici hukukî koruma yoluna başvurulacaksa, bu geçici hukukî koruma kural olarak ihtiyati haciz olabilir. Çünkü bir para alacağını talep eden kimse, İİK m. 257 gereğince kural olarak ancak ihtiyatî haciz talep edebilir. Para dışındaki uyuşmazlık konuları hakkında geçici hukukî koruma ihtiyatî haciz değil, esasen ihtiyatî tedbir olabilir (HMK m. 389/1). Bu sebeple, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki bir ticarî uyuşmazlıkta alacaklı olduğunu ileri süren taraf, şayet bu para alacağını güvence altına almak için bir geçici hukukî koruma talep etmeyi düşünüyorsa, bu durumda ihtiyatî haciz talep edebilir. Bunun dışındaki durumlar için, şartları oluşmuşsa ihtiyatî tedbir talep edilmesi mümkündür. Örneğin, alacaklının karşı tarafa ihtar göndererek, borcu olan parayı ödemesini talep etmesi karşısında, borçlu olduğu iddia edilen kişi, duruma göre kendisine yöneltilecek talep ve takipleri durdurmak için, şartları oluşmuşsa ihtiyatî tedbir talep edebilecektir.

İş hukukunda ise, ticaret hukukundaki kadar somutlaştırma yapılmadan İşMK m. 3/1'de işçi veya işverenlerin alacak ve tazminat talepleri ile işe iade talepleri hakkında zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu belirtilmektedir. Ancak söz konusu maddenin gerekçesinde verilen örneklerin ve yapılan açıklamaların tamamının para alacaklarına yönelik olduğu görülmektedir. Özellikle alacaklı olan tarafın, zorunlu arabuluculukla bağlantılı olarak talep edebileceği geçici hukukî korumanın para alacaklarına yönelik geçici hukukî koruma olarak ihtiyati haciz olduğunu (İİK m. 257 vd.), bu yönüyle ticaret hukuku ile ilgili yukarıda belirtilenlerden farklı bir durumun oluşmayacağını söyleyebiliriz¹⁷. Bunun dışındaki hallerde, şartları oluşmuşsa ihtiyatî tedbir istenebilecektir.

b. Delil Tespiti Talebinin Mümkün Olup Olmaması

Zorunlu arabuluculuğun söz konusu olduğu durumlarda, şartları oluştuğunda delil tespiti de istenmesi mümkündür (HMK m. 400 vd.). Bu noktada haklı olarak arabuluculuğun yargılama olmadığı, ispat ve delil faaliyetinde bulunulmadığı, bu sebeple de delil tespiti talebinde

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve iş hukuku yönünden tartışma için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 133, 199 vd.

hukukî yararın olmayacağı ve delil tespiti talebinin anlamsız olacağı söylenebilir. Ancak bu düşünce tam doğru değildir. Çünkü, kaybolacak ve daha sonra gösterilmesi güç bir delil mevcutsa, onun daha sonra tespiti mümkün olamayacağından, o anda tespit edilmesi, ilerdeki muhtemel uyuşmazlıklar için önem taşıyacaktır. Ayrıca, ortada başlamış bir yargılama yoksa, uyuşmazlık konusuna göre zorunlu arabuluculuğun mu, yoksa dava yolunun mu kullanılacağı henüz belli değildir. Tüm bunların dışında, zorunlu arabuluculukta önce arabulucuya başvurulması dava şartı olsa da, tarafların bu yolda başarısız olmasından sonra dava açma hakları herhalde mevcuttur. Bu sebeple de ileride henüz daha dava açılıp açılmayacağı belli olmadığı için, o anda delili tespitinde mutlak yarar vardır. Zira, dava açana kadar arabuluculuk aşamasında geçecek sürede delillerin kaybolması, teminin güçleşmesi söz konusu olabilir. Bu sebeplerle, arabuluculuk yoluna başvurulsa dahi, daha sonra dava açılma ihtimali karşısında, delil tespiti talebinde ilgili tarafın güncel bir hukukî yararı vardır.

4. Geçici Hukukî Korumaların Arabuluculuk Sürecinden Önce veya Sonra Talep Edilmesi

Geçici hukukî korumalar, bir yargılamadan önce veya sonra talep edilebilir. Bunun gibi, arabuluculuk sürecinden önce ya da sonra da geçici hukukî koruma talep edilmesi mümkündür. Burada önemli olan husus, o konuda asıl korumanın zamanının gelip gelmediğidir. Örneğin, bir icra takibinde takip kesinleşmiş, kesin haciz aşamasına gelmişse, artık ihtiyatî haciz istenmesinde hukukî yarar yoktur; keza delil tespitinde, o delilin zaten inceleme sırası gelmişse delil tespiti istenemez.

Bir geçici hukukî koruma talep edilmiş ve bu yönde karar verilmiş olması, zorunlu arabuluculuğa başvuru için engel değildir. Örneğin işçi, işverenine karşı işçilik haklarından kaynaklanan bir takım parasal taleplerini ileri sürmeyi düşünüyorsa ya da bir ticarî ilişkide alacaklı taraf alacağını alamadığını için bunu talep edecekse, kural olarak dava şartı olması sebebiyle dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunludur. Ancak bu yola başvuruncaya kadar, karşı tarafın mallarını kaçı-

ması, gizlemesi ya da kendisinin kaçması durumu ortaya çıkarsa, (İİK m. 257/2) o zaman para alacağını güvence altına almak için ihtiyatî haciz talep edilmesi mümkündür. Hatta muaccel olmuş, örneğin ödeme zamanı geldiği halde ödenmemiş ücret alacağı ya da bir ticarî ilişkide senede bağlanmış, vadesi gelmiş, buna rağmen ödenmemiş bir alacak gibi alacaklar için, bu risklerin ortaya çıkmasını dahi beklemeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü bir para alacağı rehinle temin edilmemişse ve muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından ödenmemişse, başkaca bir şarta ihtiyaç duymadan ihtiyatî haciz istenebilir (İİK m. 257/1). Böyle bir durumda, alacağı olduğunu ileri süren önce ihtiyatî haciz talep edecek, ancak ihtiyatî haciz kararından sonra hemen dava açmayarak, dava şartı olması sebebiyle bu alacak için zorunlu arabuluculuk yoluna başvurması gerekecektir.

Benzer durum arabuluculuk süreci başlatıldıktan sonra da ortaya çıkabilir. Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, işçilik alacağı olan bir işçi ya da bir ticarî ilişkide alacaklı, alacağını alamadığı için zorunlu olarak arabuluculuk sürecini başlatmış, ancak karşı taraf da bunu fırsat bilerek malvarlığını kaçırmaya başlamışsa (İİK m. 257/2) ya da alacak zaten muaccel olmasına rağmen (İİK m. 257/1) bu süreci bir oyalama ya da uzatma imkânı görererek borcunu ödemeyi geciktirmek için kullanıyorsa, arabuluculuk süreci içinde de ihtiyatî haciz talep edilmesine engel yoktur.

Yukarıda ihtiyatî haciz için verilen örnekler, şartları oluştuğunda ihtiyatî tedbir ve delil tespiti için de aynen geçerli olacaktır. Örneğin, arabuluculuk sürecine başlamadan önce veya sonra, ileride açılması muhtemel bir davada kullanılacak delilin kaybolma, zarar görme ihtimali söz konusuysa, bu çerçevede delil tespiti talep edilebilir, diğer yandan da arabuluculuk süreci işletilebilir.

Zorunlu arabuluculuk süreci, bazen kanunun öngörmediği sonuçlara ya da bir tarafın bunu fırsat olarak kullanmasına yol açabilir. Örneğin, kendisine karşı bir alacak talebiyle zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulduğunu öğrenen borçlu taraf, arabuluculuk sürecine engel ol-

ması mümkün olmadığından, bu sürecin değil ama bu alacak talebinin daha sonra tahsilinin önüne geçmek için, engelleyici mahiyette ihtiyatî tedbirler talep edebilir. Şüphesiz tedbir talep edilmesi, tedbire karar verilmesi anlamına gelmeyecektir; ancak borçlunun elinde inandırıcı deliller varsa, mahkemenin böyle bir karar alması da muhtemeldir. Böyle bir durumda arabuluculuk süreci, borçlu tarafa, tedbir kararı alması ve onun doğuracağı sonuçlar bakımından süre kazandırmış olacaktır. Özellikle İİK m. 72, menfi tespit davasının takipten önce veya sonra açılmasına göre ayırım yaptığı için, duruma göre borçlu, arabuluculuk sürecinde geçen zaman sebebiyle, daha sonra takip yapılabilme ihtimalini de gözeterik tedbir talep ederek dava açabilir¹⁸. Bunun dışında diğer tarafın kendi karşı talepleri için gerekli geçici hukukî korumaları talep etmesi, bu süreçte mümkün olabilir; arabuluculuk sürecinin başlaması, asıl uyuşmazlık konusu talepleri somut hale getireceği için, karşı taraf bundan hareketle bazı taleplerini ileri sürebilir.

Gerek zorunlu arabuluculuk sürecini başlatmadan, gerekse başlattıktan sonra, geçici hukukî koruma talep edilmesi halinde, yukarıda ayrı başlık altında açıklandığı üzere¹⁹, bu talebin arabuluculuk süreci ile uyumu ve süreci bir yönüyle sekteye uğratması, devamını zorlaştırması ayrı bir sorundur. Ancak ne olursa olsun arabuluculuk, ihtiyaç duyulan geçici hukukî koruma talebine engel değildir.

5. Arabuluculuk Sürecinde Geçici Hukukî Koruma Kararının İcrası

Geçici hukukî koruma kararlarının, verildiği tarihten itibaren belirli bir süre içinde uygulanmasını talep etmek zorunludur. Geçici hukukî korumanın uygulanması/icrası ile geçici hukukî koruma hakkında ta-

¹⁸ Her ne kadar menfi tespit davası ve buna ilişkin talepler bakımından da zorunlu arabuluculuğun geçerli olacağı şeklinde hukukî kavramları zorlayan ve menfi tespit davasının niteliğine uymayan yorumlar yapıyorsa da, gerek İşMK gerekse TTK'daki zorunlu arabuluculuk hükümlerinin alacak ve tazminat taleplerini içerdiği düşünülürse, belirtilen bu görüşlerin geçerliliği ve hukukî tarafı olamaz. Aksinin kabulü Kanunun ifadesini aşan ve hukukî kurumları zedeleyen, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran yorumlar olacaktır. Bu konuda bkz. Ekmekçi/Özeker/Atalı/Seven, s. 189 vd.

¹⁹ Bkz. yuk. C, 2.

mamlayıcı merasim, birbirine karıştırılmamalıdır. Geçici hukukî korumanın uygulanması demek, alınan kararın belirli süre içinde gereğinin yerine getirilmesidir; tamamlayıcı merasim ise, geçici hukukî koruma kararından sonra, belirli bir süre içinde asıl/nihaî koruma olan takip veya dava yoluna başvurulmasını ifade eder. Arabuluculuk bakımından kanun koyucu HUAK m. 18A/16'da sadece tamamlayıcı merasime ilişkin sınırlı bir düzenleme yapmıştır.

İhtiyatî tedbirlerin uygulanması (HMK m. 393), tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmelidir (HMK m. 393/1). Tedbir kararı, gerekirse zor kullanılarak yerine getirilir (HMK m. 393/3). İhtiyatî haczin icrasında ise (İİK m. 261), kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde talep zorunludur (İİK m. 261/1). Keza ihtiyatî haciz de, haciz hükümlerine göre icra edileceği için, (İİK m. 261/2) gerekirse zor kullanılacaktır.

Arabuluculuk sürecine başvurulacak olması veya arabuluculuk sürecinin zaten başlamış olması, yukarıda açıklandığı üzere ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz talebine ve bu konuda karar verilmesine engel olmadığı gibi, bu kararların yerine getirilmesi ve icrasına da engel olmaz. Ancak burada da yine bir çelişki ortaya çıkacaktır. Zira, bir yandan müzakere, anlaşma, karşılıklı menfaat dengesini gözeterek sonuca ulaşmayı gerekli kılan arabuluculuk süreci yürürken, diğer yandan da bir tarafın diğer tarafa karşı gerekirse zor kullanacağı bir süreç olan geçici hukukî koruma kararının icrasını istemesi, dramatik-trajik-çelişkili bir durum ortaya çıkartacaktır. Örneğin, arabuluculuk süreci henüz başlamadan önce karşı taraf hakkında ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı alan tarafın, onun evinde ve iş yerinde gerekirse zor kullanarak bunları uygulatmasından sonra, sırf zorunluluk olduğu için karşılıklı arabuluculuk sürecine başvurulmasını beklemek, hukukun esas aldığı normal, makul, orta zekâli bir insan doğasını biraz zorlayan bir durumdur. Böyle bir durumda, ne arabuluculuk sürecini başlatan tarafın ne de karşı tarafın sağlıklı bir müzakere yürüteceğini düşünmek, hayatın gerçeklerinden uzak, çok safça bir yaklaşım olacaktır.

Sonuç olarak, içinde bazı zorluklar ve çelişkiler barındırsa da, arabuluculuk sürecinden önce veya sonra alınan bir geçici hukukî koruma kararı uygulanabilir, buna engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak bu, ister istemez arabuluculuk sürecini olumsuz etkileyecektir.

6. Arabuluculuk Sürecinde Geçici Hukukî Koruma Kararları İçin Tamamlayıcı Merasim

Yukarıda da kısaca belirtildiği üzere, HUAK'da arabuluculukla geçici hukukî korumalar arasında kurulan tek bağlantı, alınan geçici hukukî koruma kararlarıyla ilgili tamamlayıcı merasim hakkındadır (HUAK m. 18A/16).

İhtiyatî tedbirlerde, tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açıldığına ilişkin belgeyi, kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır; aksi halde, tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmedikçe nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (HMK m. 397).

İhtiyatî hacizde ise tamamlayıcı merasimin, dava açılması veya takip yapılması yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Çünkü ihtiyatî haciz ihtiyatî tedbirden farklı olarak sadece para alacakları için istenebilir (İİK m. 257). Para alacakları içinse önce dava açarak ilâmlı takip veya doğrudan ilâmsız takip yollarından biri seçilebilir. Kanun koyucu bir ayırım yaparak, dava açılmadan veya takip yapılmadan önce ihtiyatî haciz kararı alınması ile dava ya da takip başladıktan sonra ihtiyatî haciz kararı alınmasına göre, hangi sürede dava veya takip yoluna başvurulması gerektiğini, başvurulmuşsa da hangi sürede ne tür işlemlerin yapılması gerektiğini ayrıntılı şekilde düzenlemiştir (İİK m. 264). Dava açılmadan veya takip yapılmadan önce ihtiyatî haciz için tamamlayıcı merasim süresi, haczin icrasından, haciz yoklukta yapılmışsa haciz tutanağının tebliğinden itibaren yedi gündür.

HUAK'a eklenen 18A maddesinin 16. fıkrasına göre, “*Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanununun 397 nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyatî haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez*”. Bu çerçevede, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizde tamamlayıcı merasim için aranan süreler, arabuluculuk sürecinin başından sonuna kadar (arabuluculuk bürosuna başvurudan son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar) işlemeyecek, korunacaktır. Bu aslında bir zorunluluktur. Çünkü dava açmak için önce arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu durumlarda, tamamlayıcı merasim süreleri içinde dava açılması ve karar alınması mümkün olmadığından, alınan geçici hukukî koruma kararlarının ayakta kalması ancak bu hükümle mümkün olabilecektir. Aksi halde, geçici hukukî koruma anlamsızlaşacak ve etkin hukukî koruma ile hak arama özgürlüğü zedeleneyecektir.

Bu hükümde dikkat edilmesi gereken husus, tamamlayıcı merasim olarak sadece dava hakkında bir düzenleme yapılmış olması, aşama olarak da davadan önceki ihtimalin dikkate alınmasıdır. Bu yönüyle düzenleme, doğrudur. Çünkü zorunlu arabuluculuk bir dava şartı olarak düzenlendiği için, sadece dava ile bağlantı içindeki durum dikkate alınabilir. Takip bakımından, önce arabulucuya başvuru zorunluluğu mevcut değildir; zorunlu arabuluculuğun söz konusu olduğu alanlarda, arabulucuya başvurmadan doğrudan takip yapılması mümkündür. Kaldı ki, HUAK m. 18A/16 hükmü, sadece davayı düzenlemekle zaten takibe de engel bir durum olmadığını kabul etmiş demektir. Şüphesiz bu ayrımın yapılmış olması, asıl ihtiyatî haciz bakımından önem taşır. İhtiyatî tedbirlerin para dışındaki uyuşmazlık konuları hakkında söz konusu olduğu düşünülürse (HMK m. 389), tamamlayıcı merasim olarak da zaten davadan başka yol yoktur. Zira para dışındaki alacaklar doğrudan takip konusu olamaz, ancak önce dava açılıp ilâm alındıktan sonra ilâmlı icra takibi yapılabilir.

HUAK m. 18A/6'da tartışmaya açık olan husus ise, ihtiyatî haciz talebinden sonra dava açılmayıp takip yapılır ve takibe de itiraz edilirse, bundan sonra ne olacağının düzenlenmemiş ve cevaplanmamış olmasıdır. Zira ilâmsız icra takibi üzerine borçlu ödeme emrine itiraz ederse, takip durur ve bu itiraz alacaklıya tebliğ edilir. Alacaklı, ihtiyatî haczin devam etmesini istiyorsa, elindeki belgelerin niteliğine göre, itirazın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasını istemek (İİK m. 68 vd.) veya genel mahkemede itirazın iptali davası açmak (m. 67) durumundadır. HUAK m. 18A/16'nın dava açılması ihtimalini düzenlemesi ve sadece İİK m. 264/1'e atıf yapması karşısında, takibe başvurmaya engel bir durum olmadığı gibi, takibe itiraz edildiğinde de itirazı bertaraf etmek için icra mahkemesine ya da genel mahkemelere müracaat etmeye de engel bir durum yoktur. Çünkü İİK m. 264'ün diğer hükümleri atfın dışında kalmaktadır; ayrıca bu yollar takibe bağlı ve onun devamı sayılacak hukukî imkânlardır. Ayrıca alacaklı, belirtilen sürelerde itirazı bertaraf etmeye yönelik olarak bu taleplerde bulunmazsa, ihtiyatî haciz kalkacaktır. Sonuç olarak, arabuluculuk sürecinden önce veya sonra ihtiyatî haciz talep edildiğinde, ihtiyatî haczi tamamlayıcı merasim olarak icra takibi yapılabilir, takibe karşı itiraz edildiğinde de itirazın kaldırılması için icra mahkemesine veya iptali için genel mahkemelere başvurulabilir.

Bu düzenlemenin ve vardığımız sonucun, esasen uygulamada gereksiz bir tartışmayı da bertaraf ettiğini belirtmekte yarar vardır. Zira itirazın iptali davasının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu, takipten sonra itiraz söz konusu olursa önce arabulucuya başvurulması gerektiği yönünde, takip hukukuna ve itirazın iptali davasının niteliğine aykırı tartışmalar yapılabilir. Oysa itirazın iptali davası, icra hukukuna özgü bir davadır, belirli sürede açılabilir, sonucunda özel hukuka ilişkin bir yaptırım niteliğinde olan, asgarî oranı maktu olan bir tazminata da karar verilir (İİK m. 67); özellikle bu tazminat, şartları oluştuğunda hâkimin dahi takdirinde olmayan, ilgili taraf için bir hak'tır²⁰. Bu sebeple zorlayıcı, bağlayıcı, sonucunda özel bir tazminat hakkı

²⁰ Zorunlu arabuluculuk durumunda itirazın iptali davası açılması konusunda değerlendirme için bkz. Ekmeççi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196 vd.

olan ve bunların tümünün de ancak yargısal bir kararla ortaya çıkabileceği düzenleme olan itirazın iptali davasının arabuluculuk yoluyla karara bağlanması, daha doğrusu alacaklının buna zorlanması, icra hukukunda kendisine tanınan bir hakkın ihlali anlamına gelir²¹. Eğer itirazın iptali davasının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu düşünülüyorsa, kanun koyucu neden İİK m. 264'de sadece birinci fıkraya atıf yapmıştır? İtirazın kaldırılması (İİK m. 68 vd.) ise bu tartışmanın dışındadır. İtirazın kaldırılması yolunun ise tamamıyla icra mahkemesinde görülmesi ve icra hukukuna özgü bir yol olması sebebiyle, böyle bir tartışmayla dahi ilgisi olmayacaktır, bu tartışmanın dışındadır.

7. Haksız Geçici Hukukî Koruma Kararı Verilmesi ve Bu Konuda Açılacak Tazminat Davası Bakımından Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Gerek ihtiyatî tedbirin (HMK m. 392, 399) gerekse ihtiyatî haczin (İİK m. 259) haksız olması ihtimaline karşı, bu geçici hukukî korumaları talep edenlerden teminat alınır. Geçici hukukî korumanın haksız olduğu anlaşılırsa, aleyhine geçici hukukî koruma kararı verilen taraf veya bu geçici hukukî korumadan zarar gören ilgili üçüncü kişiler, lehine geçici hukuk koruma kararı verilene karşı tazminat davası açabilirler, dava kazanıldığında da tazminat öncelikle teminattan alınır.

²¹ Esasen bu tartışmaların yapılması dahi anlamsızdır. İcra hukukunun temel amacını, ilkelerini, menfaat dengesini bilmemekten kaynaklanmaktadır. Bu konuda tartışma yapan ve tavsiye verenlerin de gerçek anlamda uzman olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Uzman olmayan ve bilgisi bulunmayan, konuyla ilgili araştırma yapmayan kişilerin, belirli hususları birçok kez tekrar etmeleri ya da onun yanlış bir uygulamaya sebep olması o şeyi doğru haline getirmez. Geçmişte de uzun süre Dünya'nın düz olduğu iddia edilmiş, hatta bunu inkâr edenler cezalandırılmıştır; ancak herkes yuvarlak Dünya'nın üzerinde yaşamaya devamdeğelmıştır; keza işkence ile ikrarın delil olduğu dönemlerde de bu gayet meşru kabul edilmiş, ancak hakikat yine değişmemiştir. Sonunda bunların akıl dışı, insanlık dışı ve hukuk dışı olduğu anlaşılmıştır. O sebeple, yüzyılların birikimi ve bilgisini inkâr, bir gün öyle veya böyle geri teper. Doğruların ortaya çıkmak gibi kötü bir huyu vardır. İcra hukuku ilkeleri ve menfaat dengesi konusundan belirli asgari bir bilgi sahibi olmak için bkz. Umar B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973; Çiftçi P., *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara 2010; Özekes M., *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 65 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 11 vd. Bu eserler okunduğunda, ileri sürülen bazı görüşlerin icra hukuku karşısında aslında ne kadar temelsiz olduğu anlaşılacaktır. Tabii bunun için meseleye hukukî bir bakış açısıyla bakmak gerekir; hukuku zorlayan yorumlarla sorunlar çözülmeye çalışıldığında, zaten artık hukukun eşiği aşıldığı için başka zeminde tartışma yapıyor demektir, lakin hukukçunun o zeminde tartışma yapması da mümkün değildir.

Bu düzenleme çerçevesinde çözülmesi gereken bazı sorunlar bulunmaktadır. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı alınmasına sebep olan asıl uyuşmazlık hakkında, (zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığından) doğrudan dava açılabilir ya da (zorunlu arabuluculuk kapsamında olsa da) arabuluculuk süreci başarısız olduğu için dava açılmışsa yahut bu geçici hukukî korumalar, gerekli işlemler yapılmadığından kendiliğinden kalkmış veya itiraz üzerine kaldırılmışsa, burada genel düzenlemeden ayrılmayı ya da tartışmayı gerektiren bir durum yoktur. Ancak, asıl uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlıkta ve arabuluculuk sürecine başvurulması sonucu uyuşmazlık anlaşmayla çözülmüşse, o zaman daha sonra tazminat davası açılıp açılmayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Çünkü arabuluculuk sonucu varılan anlaşma ile artık yargılamada olduğu gibi, gerçek anlamda bir haklılık ya da haksızlık durumu ortaya çıkmaz, bir uzlaşma ve karşılıklı anlayışla sorun çözülmüş olur. Şüphesiz burada arabuluculuğun temel anlayışı ve arabuluculuğun özelliği bakımından olması gereken en doğru şey, arabuluculuk sürecinde, bu geçici hukukî korumanın durumunun da, teminat ve tazminat konusunu da dikkate alarak açıklığa kavuşturulması, tarafların bu konuda da bir anlaşmaya vararak bunu anlaşma metnine dahil etmeleri, sorunu kapsamlı olarak çözmeleridir. Kanaatimizce böyle bir hususu, zorlamamak, baskı oluşturmamak şartıyla arabulucu da makul sorular ve açıklamalarla gündeme getirebilir.

Zorunlu olarak arabuluculuk sürecinden önce ya da sonra bir geçici hukukî koruma kararı alınmış, daha sonra arabuluculuk süreci bir şekilde anlaşmayla sonuçlandırılmış, bununla birlikte anlaşma metninde geçici hukukî koruma ve bu konudaki tazminatla ilgili bir açıklama yapılmamış, anlaşmaya bu konuda madde eklenmemiş olabilir. Kanaatimizce bu durumda da artık tazminat davası açılmaz. Bunun temel sebebi, ortada artık bir anlaşma olduğundan, tarafların karşılıklı müzakeresi, mutabakatı söz konusudur; dolayısıyla ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haczin haksızlığından da söz edilemez. Haksızlık olmayınca da, tazminat davasının temel şartı oluşmamış demektir. Aksinin kabulü, anlaşma metnine bakarak bir yorum yapılması anlamına gelir ki, o zaman kimin anlaşmada daha çok şey aldığına, kimin talebinin daha çok karşılandığına

ğına, bu çerçevede haklılık haksızlık tartışmasına girmek gerekir. Oysa arabuluculuğun niteliği gereği, bazen gelecekteki bir menfaat (örneğin tarafların arasındaki iş ilişkisinin ya da ticarî ilişkinin devamını sağlayarak gelecekteki olumlu beklentiler) sebebiyle, anlaşmada bir taraf belki biraz daha fazla taviz vermiş olabilir; ancak gelecekteki menfaat bu tavizi dengeleyecek niteliktedir. Bu sebeple de anlaşma metni haklılık- haksızlığı anlamaya yetmeyecektir.

Açıkladığımız sebeplerle, taraflar arabuluculuk sonucu bir anlaşmaya varmışlarsa, anlaşma metninde açıkça yazılmasa da, geçici hukukî koruma kararının haksızlığı ve buna bağlı tazminat davası da ortadan kalkmış demektir; şayet taraflar bu konuyu da anlaşmaya dahil ederlerse, ileride ortaya çıkacak tartışmaları da tamamen ortadan kaldırmış olurlar.

Burada tartışılması gereken diğer önemli konu, şayet haksız ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz sebebiyle tazminat davası açılması mümkünse, bu uyuşmazlık için önce arabulucuya mı başvurulmak zorundadır, yoksa doğrudan dava açılabilir mi? Bu tartışmanın yapılması için, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkla ilgili geçici hukukî koruma kararı alınmış olması, daha sonra arabuluculuk sürecinde uyuşmazlıkla ilgili bir anlaşmanın olmaması ve asıl uyuşmazlık hakkında dava açılması gerekir. Bu davanın sonucunda, geçici hukukî koruma kararı alan haksız çıkarsa ya da alınan geçici hukukî koruma kararının gerekleri yerine getirilmediği için kendiliğinden kalkar veya itiraz üzerine kaldırılırsa, aleyhine geçici hukukî koruma kararı alınanlar ile bu karardan zarar gören ilgili üçüncü kişilerin tazminat talep etme hakları doğar. Kanaatimizce, buradaki tazminat talebi için, önce zorunlu arabuluculuk söz konusu olmayacak, taraf veya üçüncü kişi doğrudan tazminat davası açabilecektir.

Bu görüşümüzün farklı gerekçeleri vardır. Öncelikle, bu talep asıl uyuşmazlık konusunun doğrudan sonucu değildir. Bu sebeple, bir iş veya ticarî uyuşmazlığın devamı sayılarak halli gereken hususlardan sayılamaz. O uyuşmazlık sebebiyle alınan bir geçici hukukî korumanın haksızlığı ve geçici hukukî koruma sebebiyle ortaya çıkan zararlar sebebiyle başvurulmuş bir yoldur. Kanun koyucu sadece asıl uyuşmazlığın

görüldüğü mahkemede çözümünün daha kolay olacağı düşüncesiyle ihtiyatî tedbirde bu mahkemeyi (HMK m. 299/2) ya da ihtiyatî haciz kararını veren mahkemenin konuya daha yakın olduğu düşüncesiyle o mahkemeyi de (İİK m. 259/son) görevli ve yetkili saymıştır. Kaldı ki, karşı taraf bakımından alınan geçici hukukî koruma kararının asıl uyuşmazlıkla bağlantısı olsa dahi, zarar gören üçüncü kişiler bakımından böyle bir bağlantıdan da her zaman söz edilemez. Bu sebeple, aynı geçici hukukî koruma ve aynı sonuç bakımından, bazıları için zorunlu arabuluculuk kapsamında çözüm arayıp bazıları için mahkemeye başvurmak, çelişki de doğurabilecektir. Ayrıca, bu tazminat talepleri, haksız geçici hukukî koruma taleplerine karşı bir hukukî koruma ve bir yaptırım olup aynı zamanda aleyhine karar verilen için bir güvence oluşturmaktadır. Bu tazminat sorumluluğu, çoğunlukla kusur sorumluluğu dışında kabul edilmektedir²². Kaldı ki, tazminat kararı öncelikle teminattan yerine getirilecektir. Bunların dışında, yaklaşık ispatla karar veren yargı kararına karşı, o karara esas olan talebin haksızlığının da yine bir yargı kararıyla ortaya çıkması işin niteliği gereğidir. Bu gerekçelerle, haksız geçici hukukî koruma sebebiyle ortaya çıkan tazminat taleplerinin zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında olduğunu kabul etmek gerekir. Şüphesiz taraflar isterlerse, bu konuda ihtiyarî arabuluculuğa başvurmalarına da engel bir durum yoktur.

SONUÇ

Çalışmanın muhtelif yerlerinde belirttiğimiz üzere, doğru düzenlenen ve doğru uygulanan ihtiyarî arabuluculuğa taraftar olmakla birlikte; arabuluculuk düşüncesi, temel felsefesi ve ilkelerinden de uzaklaşması sebebiyle zorunlu arabuluculuğun doğru bir yöntem olmadığı, içinde birçok riski barındırdığı kanaatindeyiz. Ayrıca çerçevesi doğru çizilmemiş ve doğru uygulanmayan ihtiyarî arabuluculuk da, zorunlu arabuluculuk kadar olmasa da, sorun çıkarma potansiyeli taşımaktadır. Zorunlu arabuluculuk aslında arabuluculuk da değildir. Ancak zorunlu arabuluculuk bugün yürürlükte ve uygulanmaktadır, görmezlikten gelerek sorun çözülemez. Ortaya çıkan risk ve sorunlar hepimizin sorunudur;

²² Özkes, Pekcanitez Usül, s. 2541; Yılmaz, s. 1275.

görünürdeki tek amacı yargının iş yükünü azaltmak olan, arkasında sorunlar yumağı ve tehlikeler barındıran bu yanlış kurumun, en az zararlarla atlatılması, bu haliyle de doğru uygulanması için çaba gösterilmelidir. Çünkü sorun, sonunda hukuk sistemimiz ve hepimiz bakımından ciddi sonuçlar doğuracaktır. Bu çalışmayı da bu anlayışın sonucu olarak kalem almış, zorunlu arabuluculuk süreci içinde ayrı bir sorun alanı olan geçici hukukî korumaların durumu, doğuracağı muhtemel sorunlar ve çözümlerini ortaya koymaya çalışmış bulunuyoruz. Çalışmada belirginleşen temel sonuçları ve tespitleri şöyle sıralayabiliriz:

1. Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerçekten ideal bir arabuluculuk süreci çerçevesinde tarafların geçici hukukî koruma talep etmeleri, arabuluculukla uyumlu değildir. Çünkü bir yandan uzlaşma ve anlaşma esaslı bir yola girmeyi düşünen, bu yola giren ya da bu yola girmeye en hafif deyişle mecbur olan taraflar (bu yola zorlananlar), bu yolun sağlıklı işlenmesini istiyorlarsa, diğerini zor durumda bırakacak, anlaşma ortamını bozacak çabalardan uzak durmalı; diğer yandan da bunu fırsat bilerek, hakkı tehlikeye düşüren davranışlar içinde olmamalıdır. Fakat hayatın gerçekleri ve tecrübeler bunun her zaman mümkün olmadığını göstermektedir. Bu sebeple, asıl hakkı koruyan veya asıl uyumsuzluğu çözen yollara başvurmadan önce veya bu yollara başvurduktan sonra, nihai koruma ortaya çıkmadan geçici hukukî koruma ihtiyacı doğabilecektir.

2. Zorunlu arabuluculuk kapsamında düzenleme yapılan iş hukuku ve ticaret hukuku alanlarındaki taleplerin “*alacak ve tazminat talepleri*” olduğu, ticaret hukukunda bu taleplerin “*bir paranın ödenmesi*” şeklinde somutlaştırıldığı, iş hukukunda da ilgili madde gerekçesinde bu yönde örnekler verildiği görülmektedir. Ayrıca iş hukukunda işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Bu tespit, başvurulacak geçici hukukî koruma yönünden önem taşımaktadır.

3. Zorunlu arabuluculuktan önce veya sonra, şartları oluştuğunda ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz veya delil tespiti ile özel geçici hukukî korumalara başvurmaya engel bir durum yoktur.

4. Zorunlu arabuluculuk kapsamında düzenlemenin konusu esasen para şeklindeki alacak ve tazminatın oluşturduğu, para alacakları için de asıl geçici hukukî korumanın ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.) olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte, özellikle borçlu tarafın, şartları varsa ihtiyatî tedbir talebini de ileri sürmesi (HMK m. 389) ve ilerde açılması (gerekirse zorunlu arabuluculuktan sonra) muhtemel davada kullanılmak üzere delil tespitini de (HMK m. 400 vd.) talep etmesi mümkündür.

5. Zorunlu arabuluculuk sürecinden önce ya da sonra alınan geçici hukukî koruma kararlarının icrasına, arabuluculuk süreci engel değildir; arabuluculuk sürecinde de geçici hukukî koruma kararları icra edilebilir.

6. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verildikten sonra, belirli bir süre içinde tamamlayıcı merasim olarak ihtiyatî tedbirin ardından dava açılması, ihtiyatî haczin ardından ise dava açılması ya da takip yapılması gerekir. Geçici hukukî korumalarla zorunlu arabuluculuk ilişkisini düzenleyen tek kanun hükmü, bu konudadır. HUAK m. 18A/16'da, dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi halinde, HMK ve İİK'da tamamlayıcı merasim için öngörülen dava açma sürelerinin işlemeyeceği belirtilmiştir. Hükmün sadece dava açılması halini düzenlemesi sebebiyle, ihtiyatî hacizde tamamlayıcı merasim olarak takip yapılmasına ilişkin bir engel yoktur; ihtiyatî hacizde dava açmak yerine takip yapılması tercih edilirse, bu konuda sürelerin korunması söz konusu olmayacaktır. Takipten sonra, bu takibe itiraz edilirse ve ihtiyatî haczin ayakta kalması isteniyorsa, yine İİK'da öngörülen sürede itirazın kaldırılması yoluna başvurulması ya da itirazın iptali davası açılması gereklidir. Bu konuda zorunlu arabuluculuk hükümleri de işlemeyecek, dava açmaya engel olmayacaktır. Bu

hem kurumun niteliğinden, hem de HUAK m.18A/16'da sadece dava açılmasına yönelik fıkraya atıf yapılmasından kaynaklanmaktadır.

7. Haksız ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verilir ve karşı taraf veya üçüncü kişiler bundan zarar görürlerse, bu kişilerin kural olarak tazminat davası açmaları mümkündür. Kanaatimizce, asıl uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlık olup, arabuluculuğa başvurulması sonucu bir anlaşmaya varılmışsa, artık haklılık veya haksızlık değerlendirilmesi yapılamayacağından, geçici hukukî koruma sebebiyle tazminat davası da açılmaz. Taraflar arabuluculuk sonucu bir anlaşmaya varmışlarsa, anlaşma metninde açıkça yazılmasa da, anlaşmaya varılması ile geçici hukukî koruma kararının haksızlığı ve buna bağlı tazminat davası da ortadan kalkmış demektir; şayet taraflar bu konuyu da anlaşmaya dahil ederlerse, sadece ileride ortaya çıkacak tartışmaları da tamamen ortadan kaldırmış olurlar. Bu konuda diğer bir husus ise, haksız geçici hukukî koruma sebebiyle bir tazminat davası açıldığında, asıl uyuşmazlık zorunlu arabuluculuk kapsamında olsa dahi, tazminat davası için bunun bir dava şartı oluşturmayacağı, doğrudan dava açılabileceğidir.

