

TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ

Mediation Agreement Document and Enforceability Annotation in Disputes Regarding the Real Right on Real Estate

Nesibe KURT KONCA*

Emel BADUR**

Özet

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) yapılan bir değişiklik sonucunda, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk, kural olarak ihtiyari arabuluculuk olarak düzenlenmiştir; dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bazı uyuşmazlıkların da konusu itibarıyla taşınmazın aynına ilişkin unsurlar barındırmaları mümkündür.

HUAK'da yapılan değişiklik sonrasında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması halinde, tarafların ulaştığı anlaşmanın yazılı şekle uyularak arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirilmesi ve bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması gerekliliği düzenlenmiştir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesine dair icra edilebilirlik şerhi, taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler. Mahkemenin arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermesinden sonra, artık bu belgede ayni hak kazanacağı belirtilen tarafların tapu sicilinde tescil talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık, mülkiyet ve sınırlı ayni hak, tapu sicili.

Abstract

As a result of an amendment to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), the legislator has explicitly regulated that disputes regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on the real estate are eligible for mediation. Although mediation in disputes regarding the real property of real estate is regulated as voluntary mediation as a rule; it is possible that some disputes within the scope of the mediation litigation requirement may also have elements related to the real property of the real estate.

Following the amendment to the LMCD, it is regulated that in the event that the dispute regarding the real property of the real estate is resolved through mediation, the agreement

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.08.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Doç. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nesibekurt@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4638-6132>.

** Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, badur@cankaya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5133-8541>.



reached by the parties must be converted into a mediation agreement document in written form and this agreement document must be annotated as enforceable. In disputes regarding the real estate, the enforceability annotation for the mediation agreement document is obtained from the magistrates court where the real estate is located. The court shall examine the content of the agreement in terms of whether it is suitable for mediation and enforcement and whether the limitations, procedures and principles set forth in the laws regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on the real estate are complied with. After the court grants a certificate of enforceability to the mediation agreement document, it is now accepted that all parties who are stated to acquire real rights in the annotated agreement document may request registration in the land registry.

Keywords: Mediation, mediated agreement document, enforceability annotation, dispute regarding the real right on real estate, property and limited real right, land registry.

GİRİŞ

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması na Dair Kanun'un¹ kabulüyle birlikte taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu değişiklik düzenlemesi, 7445 sayılı Kanunun 34. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) 17/B maddesinin eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. 7445 sayılı Kanunun 43/1. maddesi gereğince, HUAK'a eklenen bu madde, 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yasa koyucu tarafından HUAK'ın 17/B maddesinin kenar başlığında kullanılan *“taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar”* ifadesinin kısaca, *“taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar”* olarak ifade olunmasında bir mahsur bulunmamaktadır. Zira yasa koyucunun taşınmaz mülkiyetinin devrini ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasını HUAK'ın kapsamına dahil ederken; (kural olarak sadece malikin iradesine tabi olan) taşınmaz üzerinde kurulu bulunan mülkiyet hakkından feragati veya herhangi bir sebeple sona ermesi söz konusu olan bir sınırlı ayni hakka dair uyuşmazlıkları HUAK'ın kapsamı dışında bırakmayı amaçladığı söylenemez.

4721 sayılı TMK'nın 704. maddesi gereğince taşınmaz terimi arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümleri kapsar. HUAK'ın 17/B maddesinde taşınmazın devrinden bahis olunmuşsa da taşınmazın bir kısmının veya payının devrine ilişkin uyuşmazlıklar da madde kapsamında değerlendirilmelidir. Maddede *“taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması”* ifadesi kullanılmış olmakla birlikte; taşınmazın üzerinde hali hazırda kurulu olan sınırlı ayni hakların devrine ilişkin uyuşmazlıkların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

Aslında 7445 sayılı Kanunun kabulünden önce de taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk suretiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir. Zira HUAK'ın 2/1. maddesinde yer verilen *“ tarafların üzerinde ser-*

¹ RG 05.04.2023/32154.

bestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” ifadesi, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları kapsayacak genişliktedir. Yasal değişiklik öncesinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini zorlaştıran, Türk Hukukunda taşınmaz üzerinde aynı hak kazanılmasına ilişkin sistemin gerek kazanma sebebi (taahhüt) gerekse tescil (tasarruf) aşamalarında resmi şekil kurallarına uygunluk gerektirmesidir. Başka bir ifadeyle HUAK’a eklenen 17/B maddesi öncesinde, tarafların oluşturdukları arabuluculuk anlaşma belgesinin ifası amacıyla, resmi makam önünde aynı hakka ilişkin taahhüt ve tapu siciline tescil işlemlerine dair aşamaları da ayrıca gerçekleştirmeleri zorunluluğu bulunmaktaydı.

Bu bakış açısıyla HUAK’ın 17/B maddesiyle taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair getirilen düzenlemelerle, bu konudaki uyuşmazlıklar ilk kez arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir kılınmamış; daha ziyade uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmesi halinde düzenlenecek anlaşma belgesine ve icra edilebilirlik şerhine ilişkin belirlemeler yapılmıştır. Makalenin başlığında da taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ifadesi yerine *“Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”* ifadesinin kullanılmasının temel sebebi, yasal değişikliğin sonuçlarının uyuşmazlığın konusundan çok; bu nevi uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesi halinde hazırlanacak anlaşma belgesi ve bu belgeye alınması gerekli olan icra edilebilirlik şerhi hakkında olduğunun düşünülmesidir².

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların esasen ihtiyari arabuluculuk kapsamında olduğu değerlendirilebilir. Ancak 7445 sayılı Kanununun 37. maddesiyle HUAK’ın 18/B maddesine eklenen dört ayrı dava şartından üçünün taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar olarak görünüm kazanması mümkündür. 7445 sayılı Kanununun 43. maddesi gereğince 01.09.2023 tarihinde yürürlük kazanan bu dava şartı arabuluculuk konuları yasa koyucu tarafından *“Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar”*; *“634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar”* ve *“Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar”* olarak ifade edilmişlerdir.

Arabuluculuğun ihtiyari veya dava şartı olmasının taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda düzenlenen anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik şerhi açısından bir önemi olmadığı gibi; tarafların arabulucuya başvururken uyuşmazlık hakkında yaptıkları nitelendirme de HUAK’ın 17/B maddesinin uygulanması bakımından

² Aslında HUAK’ın 17/B/2. maddesinin getirdiği bir diğer hukuki yenilik de maddede düzenlenen ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak üzere, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle konulabilecek bir tasarrufu sınırlayıcı şerhe ilişkindir. Bu şerh, anlaşma belgesine ve icra edilebilirlik şerhine doğrudan bir etkide bulunmadığından (ve önceki eserimizle tekrara düşülmemesi kaygısıyla) makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, *‘Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması’* (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 845-879.



kısıtlayıcı nitelikte değildir. Başka bir ifadeyle temel uyuşmazlığın taraflarca nasıl niteliğinden bağımsız olarak, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin olması halinde aşağıda açıklanacak hükümler (HUAK m. 17/B) uygulanacaktır.

I. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

HUAK'ın “*Tarafların anlaşması*” kenar başlıklı 18/1. maddesinde “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.*” hükmüne yer verilmiştir. İhtiyari ve dava şartı arabuluculuklarda, uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak anlaşma, anlaşmama veya uyuşmazlığın bir kısmına ilişkin anlaşma (kısmi anlaşma) hakları bulunmaktadır. Bu açıklamalar taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşınmazın aynına ilişkin olması halinde de geçerliliğini korumaktadır.

HUAK'ın 18/1. maddesinde kullanılan ifadeden anlaşılan, arabuluculuk sonucunda taraflar arasında anlaşmaya (veya kısmi anlaşmaya) varılan her halde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinin gerekli olmadığıdır. Yasa koyucu, arabuluculuk sonucunda vardıkları anlaşmayı, yazıya döküp dökmeme konusunda karar alma yetkisini de uyuşmazlığın taraflarına bırakmıştır. Ancak taraflar vardıkları anlaşmayı bir anlaşma belgesi haline getirmek isterlerse, bu belge taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu tarafından imzalanmakla geçerlilik kazanacaktır³.

A. TANIMI

Arabuluculuk anlaşma belgesi, HUAK'ın 18. maddesi ışığında, arabuluculuk sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu (veya eş arabulucular⁴) tarafından imzalanmakla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁵.

³ Öğretide geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan çözümü içermesi, tarafların serbest iradeleriyle üzerinde anlaşmaları ve taraf iradelerinin -kanunda öngörülen bir şekil kuralının bulunması halinde- buna uygun olarak açıklanması gerekliliğinin altı çizilmektedir. Amanda First, ‘*A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space*’ (2017) 23 Harvard Negotiation Law Review (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.07.2023) 405, 415, 417; Andy Grossman, *Good Practice Guide: Mediation* (Riba 2009) 22, 23; Neil Andrews, ‘*Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts*’ (2013) 18(1) Uniform Law Review 6, 6.

⁴ Eş arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için birlikte arabuluculuk faaliyeti gösteren iki veya daha fazla arabulucuyu ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Tanım ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, ‘*Arabulucu Sözleşmesi*’ 15/162 (2020) *Terazi Hukuk Dergisi* 248 250; Seda Özmumcu, ‘*Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi*’ (2018) 13/161 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-36.

⁵ Emel Badur, ‘*Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*’ (2021) 18 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49, 53; Melis Taşpolat

Öğretide⁶ “*arabuluculuk sulh sözleşmesi*” olarak da isimlendirilen bu hukuki işlem, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu nezdinde sulh ile sonlandırmaları halinde düzenlenen belge olarak da tanımlanmaktadır.

Arabuluculuk anlaşmasının bir anlaşma belgesi haline getirilmesi, tarafların hukuki güvenliğini şekil kuralı aracılığıyla sağlamak, anlaşmanın yerine getirilmesini kolaylaştırmak ve gerektiğinde cebri icraya başvurmak bakımından fayda sağlamaktadır. Tarafların özellikle ileride anlaşmanın ifasına ilişkin uyuşmazlık çıkmasını istemedikleri, oluşturdukları sözleşmeyi farklı yerlerde de kullanmayı arzuladıkları ve özellikle ilam niteliğinde belge avantajlarını sağlamayı amaçladıkları hallerde anlaşmanın yazıya dökülmesi önem kazanmaktadır⁷.

HUAK’ın 17/B/3. maddesinde kullanılan “*Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, ... düzenlenir.*” ifadesinin emrediciliği karşısında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar açısından taraflar arasında sağlanan anlaşmanın, ancak yazılı geçerlilik şekline uyulması koşuluyla bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle HUAK’a göre, taşınmazın aynına ilişkin bir anlaşmanın, anlaşma belgesiyle yazılı hale getirilmesi bir geçerlilik şartıdır. Bu da arabuluculuk anlaşmaları açısından -kural olarak- hakim kılınmış olan şekil serbestisinin bir istisnası olarak nitelenmeye uygundur⁸.

B. TARAFLARI

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine katılmış ve bir anlaşmaya varmış olan taraflardır. Uyuşmazlık terimi niteliği itibarıyla en az iki taraf gerektirmektedir. Ancak bir uyuşmazlığın ikiden çok tarafının olması da mümkündür. Arabuluculuk anlaşma belgesi -kural olarak- uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetine dahil olan tüm taraflarının iradesiyle kurulur. Ancak istisnai hallerde ve taraf sayısının ikiden fazla olması durumunda, sadece iki tarafın anlaşması ile de arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenebilmesi mümkündür.

Örneğin taşınmazın maliki M’nin yetkisiz temsilcisi (azledilmiş vekili vb.) tarafından kazandırıldığını iddia ettiği irtifak hakkının sahibi İ ve taşınmaz yükünün sahibi T arasındaki uyuşmazlığın çözümü hakkında yürütülen arabuluculuğun tam

Tuğsavul, ‘*Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği*’ (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333, 344; Emre Kıyak, ‘*Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği*’ (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523, 528; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018) 97.

⁶ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (Turhan 2020) 87.

⁷ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Bası, On İki Levha 2019) 108.

⁸ Arabuluculuk anlaşması yoluyla, şekle tabi bir hukuki işlemin yapılması halinde; söz konusu hukuki işlemin tabi olduğu şekil kuralına uyulması gerektiği düşünülmektedir. Örneğin arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma gereği bir alacağın devri söz konusu olacaksa, alacağın devrine ilişkin şekil kuralı gereğince, arabuluculuk anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekir.



olarak anlaşmayla çözüldüğünün ifade olunabilmesi için, anlaşma belgesinin M, İ ve T'nin katılımıyla hazırlanması gerekir. Ancak sadece M ve İ arasında sağlanan (ve T açısından anlaşmamayla noktalanan) arabuluculuk sonucunda, anlaşma belgesi M ve İ arasında düzenlenecektir.

Taşınmazın aynına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda, ancak bütün tarafların arabuluculuk sürecine katılımı ve çözüm üzerinde anlaşmasıyla, anlaşma belgesi düzenlenebilir. Örneğin taşınmazın üzerinde bulunan paylı mülkiyetin arabuluculuk yoluyla paylaşılmasının arzulanması halinde, taşınmazın bütün paylı maliklerinin katılımı ve paylaşma yöntemi üzerinde anlaşması sağlanmadıkça, arabuluculuğun anlaşma yoluyla sonuçlanması ve arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi mümkün değildir.

Arabuluculuk sonucunda geçerli bir anlaşma belgesine ulaşılabilmesi için tarafların ve/veya tarafların (yasal veya iradi) temsilcilerin arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğine uygun ehliyeteye sahip olmaları, hukuk düzenince açıkça dillendirilmeyen bir gerekliliktir. Anlaşma belgesinin içeriğinin taşınmazın aynına yönelik bir değişiklik gerektirmesi durumunda, tarafların ve temsilcilerinin ehliyet ve yetki unsurlarına daha da dikkatli yaklaşılmalı ve bu konuda gerek yasal gerekse iradi temsilcilere getirilmiş olan sınırlamalara uygun davranılması göz ardı edilmemelidir.

Uygulamada taşınmazın aynına ilişkin taahhüt ve/veya tasarruf işleminde bulunacak veya bu konuda bir vekil yetkilendirecek malikin, 65 yaşını aşmış olması halinde; resmi makamlarca (noter veya tapu müdürlüğü) akıl sağlığının yerinde olduğunu, sağlık raporuyla belgelemesi talebiyle karşılaştığı bilinmektedir. Yasal dayanaktan uzak bu uygulamanın, talep eden resmi makamlarca kusursuz sorumluluk hükümlerinin uygulanması endişesiyle gerçekleştirildiği öngörülebilir olsa da; hak sahibinin temel haklarını kullanmasını engelleyen/zorlaştıran bir sonuç yarattığı da belirtilmelidir. Arabulucu adalete erişim mekanizmasında görev üstlendiğini bir an için bile göz ardı etmeden, bu tür uygulamalardan sakınmakla yükümlüdür.

Bu noktada tarafların, yasal ve iradi temsilcilerinde aranması gereken yetki-lerin neler olduğu meselesine geçilmeden önce, uyuşmazlığın aynı hak üzerinde borçlandırıcı bir taahhüt işleminde bulunması muhtemel tarafının taşınmazın maliki veya taahhüt işlemine konu sınırlı aynı hakkın sahibi olması gerekip gerekmediği incelenmelidir. Basit bir anlatımla taşınmazın maliki veya sınırlı aynı hakkın sahibi olmayan bir kişinin o taşınmaz veya sınırlı aynı hakla ilgili olarak arabuluculuk sürecine katılma ve hatta anlaşma sağlanması halinde, anlaşma belgesini imzalama yetkisi var mıdır?

Aslında TMK'da da taşınmaz satışının (veya bağışının) düzenlendiği TBK'da da taşınmaz üzerinde aynı hakka dair borçlandırıcı işlem yapma yetkisinin malikte bulunduğu dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak arabuluculuk sürecinin temel ilkelerinin uygulanmasında ve adalete erişimin tesisinde üstlendiği önemli

rol dikkate alındığında, arabuluculuk sürecinin ve anlaşma belgesinin taraflarından en az birinin taşınmaz veya sınırlı aynı hak üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığının arabulucu tarafından kontrol edilmesi gerektiği belirtilmelidir⁹. Aksi halde, taşınmaz üzerinde herhangi bir aynı hakkı bulunmayan kişilerin, arabuluculuk sürecini sabote etmeleri, hem tapu siciline haksız yere malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran şerh konulmasına veya herhangi bir hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmayan anlaşma belgeleri ortaya çıkmasına sebep olmaları mümkün hale gelir.

Arabuluculuk anlaşma belgesiyle taşınmaz üzerinde aynı hakkı devretmeyi veya kurmayı borçlanan tarafın velayet altında olması halinde TMK'nın 327/2. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir. Madde gereğince ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler. TMK'nın 356/2. maddesinde de “Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle çocuğun yasal temsilcisi olan ana ve/veya babanın ancak çocuğun üstün yararı için, çocuğun taşınmazı üzerinde tasarrufta bulunma hakları vardır. Ancak bu tasarruf için de hakimin izni gerekli görülmüştür. Arabulucunun anlaşma belgesinin veli tarafından düzenlenmesi halinde bu hükümleri dikkate alması zorunludur (HUAK m. 15/6).

Arabuluculuk anlaşma belgesinin yasal temsilcinin katılımıyla düzenlenmesindeki bir diğer ihtimal, taşınmazın aynına dair bir hak kurma veya devretme borcu altına giren kişinin kısıtlı olması ihtimalidir. TMK'nın 462/1. maddesinde kullanılan “Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması” ifadesi gereğince, sayılan işlemlerin yapılabilmesi için vesayet makamından izin alınması zorunludur. Taşınmazın aynına ilişkin değişiklik yaratan arabuluculuk anlaşma belgesinde bu konuda borçlandırıcı işlemi yetkili olarak yapacak vasi, öncesinde vesayet makamından izin almakla yükümlüdür.

TBK'nın 504/3. maddesi uyarınca, vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz. Yasa koyucunun hükmünde kullandığı “bir hak ile sınırlandıramaz” ifadesinde söz edilen hakların sınırlı aynı hakları kapsayacak genişlikte olduğuna dair bir şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda, arabuluculuk anlaşma belgesinin aynı hak üzerinde tasarrufta bulunmayı yükümlenen tarafın vekili marifetiyle düzenlenmesi durumunda, bu vekilin konuya ilişkin özel yetkisinin bulunması şarttır. Vekilin yetkilendirmesinin usulüne uygun bir şekilde olması için, yetkiye konu taşınmaz/taşınmazların tereddüde yer bırakmayacak şekilde netleştirilmesi ve hangi tasarrufa ilişkin yetkilendirme

⁹ Arabulucunun bu konuda karşılaşılabilecek zorluklar ve çözüm önerileri için bkz. Badur ve Kurt Konca (n 2) 861.



yapıldığıının belirtilmesi önemlidir¹⁰. Öğretide¹¹, taşınmazın aynına dair yetkinin verilmesinin şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Zira TBK’da da Tapu Kanunu’nda da vekile verilecek özel yetkinin şekline dair bir belirleme yapılmamıştır. Noterlik Kanunu’nun 89/4. maddesi uyarınca, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnameler, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler arasında sayılmıştır. Noterlik Kanunu Yönetmeliği’nin 89. maddesinde, taşınmazın aynına ilişkin yetkilendirme içeren vekaletnamelere vekilin fotoğrafının yapıştırılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Arabulucu anlaşma belgesinin vekil aracılığıyla akdedildiği hallerde, vekilin kimlik tespiti bakımından vekaletnamedeki fotoğrafın da incelemesini sağlamalıdır.

C. DÜZENLENMESİ

Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinin belirlenmesinde, arabuluculuğun anlaşan tarafları, sözleşme serbestisini sınırlandıran kurallara uygun davranmak koşuluyla tam olarak irade özerkliğiyle hareket edebilirler. Ancak taşınmaz mülkiyeti üzerinde bulunan ve pek çoğu kamu yararı amacını güden hukuki sınırlamalar¹² anlaşma belgesi düzenlenirken göz ardı edilmemelidir. HUAK’ın 17/B/3. maddesinde “... taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle ...” ifadesiyle bu duruma vurgu yapılmıştır. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşmalarına getirilen yazılı geçerlilik şekli, bu anlamda da hem tarafları düşünmeye sevk etmek hem de arabulucu açısından söz konusu anlaşma belgesinin gerçeğe ve hukuka uygunluğunu denetlemek açısından önemli bir fayda sağlayacak niteliktedir.

Örneğin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken, tarım arazilerinin (tarla) veya imarlı arazilerin (arsa) belirli bir büyüklüğün altında bölünmesini engelleyen

¹⁰ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022) 191; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021) 228.

¹¹ Veysel Başpınar, ‘*Taşınmaz Satımında Vekalet*’ (1996) 45 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 485-486; Özge Uzun Kazmacı, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil* (Yetkin 2022) 98 vd.

¹² Anayasa’nın 35/2. maddesi gereğince mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Yasa koyucu bu amaç doğrultusunda taşınmaz mülkiyetinin üzerinde sınırlama yaratabilecek pek çok yasal norm düzenlemiştir. TMK’da da 731 vd. maddelerinde taşınmaz mülkiyeti üzerindeki kanundan doğan kısıtlamalar yer almaktadır. Bunun dışında TMK m. 754’te mülkiyet hakkına dair kamu hukuku sınırlamalarına ilişkin çeşitli hususlar sayılarak, kanunla kısıtlama yapılması gereğine işaret edilmiştir. Bu hüküm şu şekildedir: “*Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.*” Anılan sınırlamaların çok sayıda olması sebebiyle, ayrıntılı olarak incelemeleri bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

emredici hukuk kurallarına uygun davranılmalıdır. Konuya ilişkin bir diğer örnek TBK'nın 243/1. maddesinde "Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz." şeklinde düzenlenen kuraldan kaynağını alan, tescilin geciktirici veya bozucu şarta tabi olarak talep edilemeyeceğine ve yapılamayacağına ilişkindir. TBK'nın 243/1. maddesinin taşınmaz üzerinde irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kuran sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulama alanı bulunmaktadır¹³. Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın mülkiyetinin devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının geciktirici şarta bağlanması mümkünse de; bu şart gerçekleşmeden, tarafların tescil talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık söz konusu işlemlerin bozucu şarta tabi kılınarak yapılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir¹⁴.

Taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin bozucu şarta bağlanması durumunda, tescil talebinde bulunulması mümkün olmadığından bu içerikteki arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmemelidir. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin değişikliğin geciktirici şarta bağlanması halinde, ancak geciktirici şart gerçekleştiikten sonra mahkemeye başvurulması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkündür.

Bu noktada taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk görevini üstlenen arabulucuların dikkatli olması gereken bir diğer husus, taşınmazın mülkiyetinin devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının sıklıkla muvazaalı veya inançlı işlemlere konu olabildiği hakikatidir. Söz konusu muvazaa türlerinden en yaygını tapu harçlarının ve vergilerin daha düşük miktarlar üzerinden ödenmesini amaçlayan kişilerin taraf oldukları bedel muvazaasıdır. Yine taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda muris muvazaasına veya önalım hakkının kullanılmasının bertaraf edilmesini amaçlayan danişıklı eylemlere rastlanması mümkündür. Tüm bu muvazaalı veya inançlı işlemlerin arabuluculuk faaliyeti kullanılarak gerçekleştirilmesini engellemeyi amaçlayan arabulucuların, tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin gerçek iradelerinin ortaya çıkarılmasına ve bu iradelerin gerçeğe uygun şekilde anlaşma belgesine geçirilmesine özen göstermeleri gereklidir¹⁵.

Konuya ilişkin olarak dikkat çekilmek istenen bir diğer husus da doğrudan taşınmazın aynına ilişkin bir sorun olmamakla birlikte, taşınmaz üzerinde tescille

¹³ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Filiz 2020) 131.

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019) 227; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 10) 230-231; Sirmen (n 10) 193-195 .

¹⁵ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 10 uyarınca, arabulucu, arabuluculuğun geliştirilmesi ve barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi ve arabuluculuğa ilişkin toplumsal farkındalığın oluşturulması, artırılması ve kurumun tanıtılmasından sorumludur. Söz konusu etik kuralların amaçlarından biri, barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa toplum tarafından duyulan kamu güvenini arttırmaktır. Kamunun arabuluculuğa duyduğu güvenin korunması ve arabuluculuğun geliştirilmesi için, arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin uyuşmazlık çözümünü aşar şekilde muvazaa amacıyla kullanılmasına izin vermemesi gerekir.



mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanacak olan tarafın taşınmazın dolaysız zilyetliğine ulaşması açısından teslim (ve gerekirse tahliye) şartının da arabuluculuk anlaşma belgesine eklenmesinin fayda sağlayacağı hakkındadır. Zira anlaşma belgesine bu yönde şartların eklenmesinin, taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleyeceği düşünülmektedir. Üstelik TBK'nın 245. maddesinde taşınmaz satışında satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için yapılan sözleşmelere getirilen yazılı geçerlilik şekline de uygun hareket edilmiş olacaktır.

Türk Hukukunda yazılı şeklin gerçekleşmesi açısından sözleşmenin, taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kaleme alınmasının bir önemi bulunmaz. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar, yasal veya iradi temsilcileri ya da arabulucu tarafından yazılı hale getirilmesi mümkündür. Öğretide¹⁶ arabuluculuk anlaşma belgesini hazırlama görevinin genellikle arabulucuya ait olduğu yönünde bir görüş bulunmakla birlikte; HUAK'tan ve Yönetmelikten bu sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda da arabulucu anlaşma belgesini düzenlemekle değil; anlaşma belgesinin taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uygun olarak düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür¹⁷. Arabulucunun bu şekilde düzenlenmeyen arabuluculuk anlaşma belgelerini imzalamaktan imtina etmesi zorunludur. Arabulucunun açık bir şekilde hukuka aykırı olan anlaşma belgesini imzalaması durumunda hukukî sorumluluğunun yanı sıra disiplin sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir¹⁸. Örneğin taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sahibinin, bu hakkını bir diğer kişiye devretmesini konu alan bir arabuluculuk anlaşma belgesi, açıkça TMK'nın emredici hükümlerine aykırı olacağından, arabulucu tarafından imzalanmamalıdır.

D. HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabuluculuk anlaşma belgesi, uyuşmazlığın anlaşmayla çözümlenmesi yönünde irade açıklayarak anlaşma belgesini imzalamış tarafları bağlayan bir mad-

¹⁶ Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018) 234; Büyükkay (n 5) 101; Zeki Okur, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk* (2. Bası, Karahan 2019) 155; Mustafa Çiçek, *'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk'* (2018) 13(139) Terazi Hukuk Dergisi 51 58; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (2. Bası, Adalet 2018) 373; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 183.

¹⁷ Arabuluculuk anlaşmasının icraya elverişli şekilde hazırlanabilmesi arabulucunun hukukçu olmasını, ilgili alanda uzmanlık bilgisine sahip olmasını gerektirmektedir. Bkz. Kurt Konca, N. 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 367 402.

¹⁸ Arabulucunun, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda denetim yükümlülüğünün bulunmadığı; bununla birlikte, tarafları bu konuda bilgilendirmesi gerektiği görüşü için bkz. Kıyak (n 5) 532.

di hukuk sözleşmesidir¹⁹. Anlaşan taraflar taşınmazın aynına ilişkin olarak isimli veya isimsiz bir sözleşme kurmak konusunda serbesttirler. Ancak aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi, bu noktada göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede tek tarafa, tam iki tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yapılabilirler. Taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın kurulmasını borçlanabilecekleri gibi, kurulmuş bulunan bir aynı hakkın sona ermesi veya (aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ilkesine aykırılık oluşturmamak kaydıyla) kapsamının değiştirilmesini de (örneğin kaynak irtifakında alınacak suyun miktarının artırılması) kararlaştırabilirler.

Taşınmazın üzerinde aynı hak kurulmasını konu olan sözleşmeler kural olarak resmi şekle tabidir. Bu durum TMK'nın 706/1. maddesinde "*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*" düzenlemesiyle ortaya konmuş hemen arkasından maddenin ikinci fıkrasında ölüme bağlı tasarrufların ve mal rejimi sözleşmelerinin, kendilerine özgü şekillere tâbi oldukları istisnasına yer verilmiştir. Aslında taşınmazın üzerinde aynı hak değişikliği yapılmasına ilişkin borçlandırıcı işlemlerin resmi şekle tabi olmasının tek istisnası TMK'nın 706/2. maddesi değildir. Önalım sözleşmesinin veya miras paylaşım sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olması nedeniyle de benzer istisnalara rastlanması mümkündür. Hatta arabuluculuk anlaşma belgesinde arabulucunun da katılımının (imzasının) bulunmasının, arabuluculuk anlaşma belgesini yazılı şekilden resmi şekle taşıdığı da düşünülmelidir²⁰. Üstelik taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı şekilde düzenlenmesi de yeterli bulunmamış ve bu sözleşmeye bir de icra edilebilirlik şerhi alınması şartı eklenmiştir. Böylece taşınmazın aynında değişikliğe sebep olan anlaşmada arabulucunun gözünden kaçan bir eksiklik

¹⁹ Süleyman Dost, '*Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*' (2014) 115 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 449, 453; Ronan Feehily, '*The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements*' (2013) *Hibernian Law Journal* 12 1, 2, 4; Jacqueline M. Nolan-Haley, '*Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent*' (2013) 5 *Arbitration Law Review* 152-162. <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=arbitrationlawreview>> Erişim Tarihi: 22.06.2023, 152, 155; Bruce R. Parker, '*What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements*' (1992) 59(3) *Defense Counsel Journal* (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.05.2021) 322 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 23.06.2023) 322-339; Edna Sussman, '*The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement*' (2008) <https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2023, 7; Büyüyak (n 5) 108; Azaklı Aslan, *Zorunlu Arabuluculuk* (n 15) 236; Ekmekçi, Özokes, Atalı ve Seven (n 7) 51; Kılıçoğlu (n 6) 89; Taşpolat Tuğsavul *Arabuluculuk* (n 15) 184; Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 344; Okur (n 15) 155; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C. 2* (5. Bası, Yetkin 2022) 1714; İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı 2019) 41; Bruno Zeller and Leon Trakman, '*Mediation and arbitration: the process of enforcement*' (2019) 24 *Unif. L. Rev.* 449-466, <<https://watermark.silverchair.com/unz020.pdf?token=>> Erişim Tarihi: 28.06.2023.

²⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Badur, *Anlaşma Belgesi* (n 5) 64-66.

veya hukuka aykırılık bulunuyorsa; bunun hakim tarafından denetlenmesi yoluyla giderilmesi amaçlanmıştır.

Yasa koyucu tarafından HUAK'ın 17/B maddesiyle taşınmaz mülkiyetinin (veya taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakların) kazanılması için yazılı şekil şartına ve icra edilebilirlik şerhi alınmasına tabi yeni bir kazanma sebebi oluşturulduğu sonucuna varılmaktadır²¹.

II. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ

İcra edilebilirlik şerhi, arabuluculuk anlaşma belgelerinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren çekişmesiz yargılama neticesi mahkemeler tarafından verilen belgedir²². İcra edilebilirlik şerhi alınması, 7445 sayılı Kanun değişikliği öncesinde tarafların iradesine bırakılmış iken; değişiklikle kanunda belirtilen hallerde bu şerhin alınması zorunlu hale getirilmiş, görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin farklı hükümler öngörülmüş ve incelemenin kapsamına dair özel belirlemeler yapılmıştır.

a. İcra Edilebilirlik Şerhi Alınması Zorunluluğu

7445 sayılı Kanun ile, taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeler-i bakımından HUAK m. 18'de yer alan icra edilebilirlik şerhi alınması serbestisi kaldırılmıştır. Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilebilirliğine ilişkin olarak şerh alınması HUAK m. 17/B/4 hükmü ile zorunlu kılınmıştır. Maddenin lafzında anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınmasının zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir.

HUAK m.18/4 hükmünde, 7036 sayılı Kanun değişikliği ile, tarafların, avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğine belge sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenle-

²¹ Bununla birlikte, bu düzenlemeden evvel da taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk suretiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir. Badur, Anlaşma Belgesi (n 5) 79; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (6. Bası Filiz 2022) 507; Büyükkay (n 5) 200; Koçyiğit ve Bulur (n 18) 75; Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' (2018) 13(138) Terazi Hukuk Dergisi 27, 38. Doğa Ekrem Doğancı, 'Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönteminden Elverişlilik İncelemesi' (2013) 1(2) Sakarya Hukuk Dergisi 93, 112. Yağcı, Singapour Konvansiyonu kapsamındaki bir sulh anlaşmasının taşınmaz aynına ilişkin bir edim içermesi halinde bu edimin yerine getirme talebinin yetkili makam tarafından uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması gerekçesiyle (Konvansiyon m. 5/2/b) değil kural olarak kamu düzenine aykırılık sebebiyle (Konvansiyon m. 5/2/a) reddi gerektiği görüşündedir. Bkz. Mustafa Okan Yağcı, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' Public Private International Law Bulletin (2022) 42 (2) 529, 552.

²² Özbek, AUÇ (n 18) 1715; Büyükkay (n 5) 130.

me yapılmadan evvel, tarafların avukatlarının da katıldığı müzakereler sonucunda hazırlanan anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge özelliği kazandırılmak istendiğinde icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir. HUAK m. 18/4 düzenlenmesinde 7036 ile yapılan değişikliğin temelinde, Avukatlık Kanunu m. 35/A'da yer alan avukatın uzlaşma sağlama yetkisi çerçevesinde hazırlanan uzlaşma tutanaklarının ilam niteliğinde belge sayılması hükmüyle uyum sağlama gereği bulunmaktadır²³. Çünkü taraf avukatlarının müvekkillerinin uzlaşmasını sağlamaları halinde, tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanağın, esasen amaç ve kapsam bakımından arabuluculuk anlaşma belgesiyle aynı özellikleri taşıdığı kabul edilmektedir.

7445 sayılı Kanun ile HUAK m. 18/4 hükmünde son bir değişiklik yapılarak, kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller (HUAK m. 17/B/4 ve 18/B/3) hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise sadece avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı belirtilmiştir.

HUAK m. 17/B/4 hükmündeki zorunluluğun anlamını belirlemek için bu hükmü, HUAK m. 18 ve 18/B/3 hükümleriyle birlikte değerlendirmek gerekir. Kiralanan taşınmazların İİK'ya göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta anlaşma belgeleri taraf, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanmış olsa dahi icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur (HUAK m. 18/B/3). Bu uyuşmazlık türleri incelendiğinde, kira uyuşmazlıkları hariç olmak üzere, anılan uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk anlaşmalarının sıklıkla taşınmazın aynına ilişkin edimler içermesinin muhtemel olduğu, yasa koyucunun bu sebeple HUAK m. 17/B/4 ve 18/B/3 hükümlerinde arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından icra edilebilirlik şerhi alınması zorunluluğunu paralel bir şekilde düzenlediği görülmektedir.

Arabulucu her ne kadar hukuk fakültesi mezunu olsa da hakim ya da hakem gibi yargısal bir faaliyette bulunarak arabuluculuk sürecini yürütmediği için, taşınmazın aynını ilgilendiren anlaşma belgelerinin, icra edilebilirlik şerhi incelemesiyle yargısal bir denetim süzgecinden geçmesinde fayda bulunmaktadır. Yasa koyucunun taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların, vekillerin ve arabulucunun imzasını yeterli görmeyerek mahkeme denetimini zorunlu tutmasının temelinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların sağlıklı ve hukuka uygun bir

²³ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n 7) 11; Mustafa Serdar Özbek, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 76; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 359.

şekilde giderilmesine verilen önem bulunmaktadır. Devletin tapu sicilinin hukuka ve gerçeğe uygun tutulmamasından doğan zararlardan kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş; tapu siciline yapılan kayıtlarda sebebe ve resmi şekle bağlılık ilkeleri benimsenmiş; tapu sicilinin düzeltilmesi ve değiştirilmesi usulleri yasa koyucu tarafından belirli kılınmıştır. Bu çerçevede taşınmazın aynına ilişkin hüküm içeren arabuluculuk anlaşma belgelerinin, yargısal bir denetimden geçirilerek tapu sicilinde değişiklik yapılmasına dayanak teşkil etmesi, belirtilen ilke ve kurallarla bağdaşan bir tercih olarak nitelenebilir.

İcra edilebilirlik şerhi, arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme kararları gibi cebri icraya konu edilebilmelerini sağlamaya yöneliktir. İcra takibi başlatılabilmesi için, belgedeki yükümlülüklerin icraya elverişli nitelik taşıması gerekir. Bir edimin ifasını sağlamaya yönelik belgeler cebri icraya elverişlidir; buna karşılık, bir edim içermeyen, sadece durum tespit eden belgeler cebri icraya elverişli nitelik taşımazlar²⁴. Bu açıdan değerlendirildiğinde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi, arabuluculuk anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olduğunu tasdik eden ve bu belgenin İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde belge olmasını sağlayan bir yargılama faaliyetidir²⁵. İcra edilebilirlik şerhi almış olan anlaşma belgeleriyle ilamlı icra takibi yapılabilmekte ve anlaşmaya konu edimin cebri icrayla yerine getirilmesi sağlanmaktadır²⁶.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların sonlandırılmasının tapu sicilinde yapılacak bir değişiklikte sağlanmasının talep olunduğu hallerde tapu sicilinin düzeltilmesi davası veya tescile zorlama davası olarak adlandırılan davalar açılmakta; bu davaların neticesi, mahkeme tapu sicilinde değişiklik yapılmasına karar verebilmekte; taşınmaz üzerindeki aynı hak, tescilden önce mahkeme kararıyla kazanılmaktadır. Mahkemelerin taşınmaz üzerinde aynı hak kurulmasına veya değişikliğine yönelik bu kararları inşai hüküm kapsamında değerlendirilmektedir²⁷. İnşai hükümlerin ilamların icrası yoluyla yerine getirilmelerine gerek bulunmamaktadır. Zira inşai hükümler, verilmeleri ve kesinleşmeleri ile kendiliğinden (ipso iure) etkilerini doğurmaktadırlar²⁸.

HUAK'ın 17/B/4. maddesi uyarınca taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında HUAK m. 18 uygulanır. Buna göre, icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgeleri ilam niteliğinde belgedir. İlam niteliğinde belgeler esasen cebri icrada ilamlı icra takibi başlatılması işlevini görürken; taşınmazın

²⁴ Süha Tanrıver, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yetkin 1996) 99.

²⁵ Özbek, AUÇ (n 18) 1743; Büyükkay (n 5) 130.

²⁶ Özbek, AUÇ (n 18) 1743.

²⁷ Elif İrmak Büyük, *Medeni Usul hukukunda İnşai Davaya ve İnşai Hüküm* (On İki Levha 2021) 180.

²⁸ Tanrıver, İlamlı İcra (n 23) 65.

aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgeleri icra edilebilirlik şerhi aldıklarında, tapu sicilinde işlem yapılmasına imkan vermektedir. Bu çerçevede, ilam niteliğinde belge kavramına, arabuluculuk anlaşma belgeleri bağlamında yeni bir işlev eklenmekte; sadece icra müdürlüklerindeki ilamlı takiplerin değil, tapu müdürlüklerindeki tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme vasfı kazandırılmaktadır.

b. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, icra edilebilirlik şerhi alınması bakımından görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu HUAK m. 17/B/4 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık HUAK m. 18'de, arabuluculuk şerhinin alınmasında görevli mahkeme hususunda ikili bir ayırım yapılmıştır. Davanın açılmasından evvel arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bakımından sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesinin davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği belirtilmiştir (HUAK m. 18/2). Bu düzenleme, genel hüküm niteliğindedir.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğu düzenleyen HUAK m. 17/B hükmünde ise, uyuşmazlık hakkında derdest bir dava olup olmadığı ayırımı yapılmaksızın her durumda sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Sonraki kanun ve özel kanun olması sebebiyle HUAK m. 17/B/4 hükmü çerçevesinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde her durumda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu durum taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığı konu alan derdest bir davaya bakan mahkemenin, söz konusu uyuşmazlık dava içi arabuluculukla çözümlenirse, bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verememesi sonucunu doğurur. Uyuşmazlığa yabancı konumda bulunan sulh hukuk mahkemesinin bu işi gerçekleştirme usul ekonomisiyle bağdaşmamaktadır.

Öğretide²⁹, icra edilebilirlik şerhinin somut uyuşmazlık bakımından ihtisas mahkemesi niteliği taşıyan bir mahkeme varsa bu mahkeme tarafından incelenmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Zira konunun uzmanı olan mahkemenin özellikle uyuşmazlığın arabuluculuğa ve icraya elverişli olup olmadığını sulh hukuk mahkemesine nispeten daha doğru ve daha kısa sürede inceleyeceği kabul edilmektedir.

Öğretideki bir diğer görüş³⁰, icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda, icra konusunda uzman olan icra mahkemelerinin görevlendirilmesi gerektiği yönündedir. Çünkü arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak ilamlı icra takibi baş-

²⁹ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 7) 11.

³⁰ Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi (n 22) 80 vd.



latıldığında, belgenin icraya elverişli olmadığına ilişkin şikayetleri incelemekle görevli yargı yeri icra mahkemeleridir (İİK m. 16). İcra mahkemelerinin görevli olması halinde, onun yapacağı inceleme, ilamlı icra takibi sırasında ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçecektir.

HUAK m. 17/B/4 ile 18/B/3 hükümleri taşınmazın aynına ilişkin sonuç doğurması muhtemel uyuşmazlıklarda görülmekte olan bir dava bulunsun bulunmasının icra edilebilirlik şerhi bakımından sulh hukuk mahkemesini görevli kılmıştır. Bunun temelinde HUAK'ın 18/B/1. maddesinde belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin açılan davaların çoğunda HMK m. 4 uyarınca sulh hukuk mahkemelerinin görevli olmasının bulunduğu düşünülebilir. Kira, kat mülkiyeti, ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda görevli olan sulh hukuk mahkemesinin bu husustaki icra edilebilirlik şerhlerinde de görevli olmasının uzmanlık açısından yerinde olacağı değerlendirilebilir.

Yasa koyucu tarafından konuya ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılınmasındaki amacın taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı denetiminin yapılması olduğu gözetildiğinde, asliye hukuk mahkemelerinin taşınmaz uyuşmazlıklarındaki uzmanlık ve tecrübelerinin dikkate alınması yerinde olurdu.

Taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK m. 12/1 hükmüne benzer şekilde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Bu yetki kuralı kesin olup, kamu düzenine ilişkindir. Kesin yetki kuralları dava şartı olduğu için sulh hukuk mahkemesinin yetkili olup olmadığını her zaman inceleyebilmesi ve bu hususta karar verebilmesi mümkündür. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması usûl hukuku hükümleriyle paralel olduğu için yerindedir.

Ancak anlaşma belgesinin farklı yargı çevrelerinde bulunan birden fazla taşınmazı konu alması durumunda, yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. HMK m. 12/3 uyuşmazlığın birden fazla taşınmaza ilişkin olması halinde, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerdeki mahkemenin diğer taşınmazlar bakımından da yetkili olduğunu düzenlenmiştir. HUAK'ta bu yönde bir düzenleme olmadığı gibi, HMK'ya atfî hükme de bulunmamaktadır. Kesin yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan yorum ya da kıyas yoluyla arabuluculukta uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu sebeple farklı yargı çevrelerinde bulunan birden fazla taşınmazın bulunma ihtimalinin de ayrıca düzenlenmesinde fayda vardır.

c. Yargılama ve Karar

HUAK m. 18 uyarınca, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme kural olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi incelemesi kanun gereği duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Kanun koyucu bu

genel düzenlemelerden farklı olarak 7445 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde icra edilebilirlik şerhi yargılamasına ilişkin özel hükümler öngörmüştür. HUAK'ın 17/B/4 ve 18/B/3. maddelerinde icra edilebilirlik şerhi verilmesi için, mahkemeye gerektiğinde duruşma açmaya yönelik takdir yetkisi tanınmıştır.

Mahkemenin öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesini şekli açıdan incelemesi uygun olur. Arabuluculuk sürecinin sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından yürütülüp yürütülmediği ve tarafların ehliyet ile yetkilerinin bulunup bulunmadığını mahkemenin resen araştırma ilkesi (HMK m. 385/2) çerçevesinde incelemesi gerekir³¹. Keza mahkemenin anlaşma belgesinin emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırılık açısından da inceleme yapması gerekliliği üzerinde durulmaktadır³². Anlaşma belgesinde tarafların ve iradi veya yasal temsilcileri ile arabulucunun imzasının bulunup bulunmadığı-incelemelidir. Bu imzaların eksikliği halinde, geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi bulunmadığı için icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilmelidir.

Mahkemenin yapacağı diğer inceleme, anlaşmanın içerik itibariyle cebri icraya elverişli olup olmadığı hakkındadır. İçerik yönünden anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olması, bir edimin ifasına yönelik hükümlerin varlığını gerektirir. Buna karşılık edim ifası içermeyen, bir hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu tespiti yönelik anlaşmalar içerik itibari ile cebri icraya elverişli sayılmamaktadır³³. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinde yer alan, taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine dair yükümlülüklerin de bir edimin ifasını konu aldığını kabul etmek gerekir.

Düzenlemeyle anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verecek mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verilmekle, anlaşma belgesinin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması ve olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır. Mahkeme yapacağı incelemede kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir. Mahkemenin TAKBİS sisteminden tapu sicil kayıtlarını incelemesi veya gerekliyse tapu sicil kayıtlarını tapu müdürlüklerinden müzekkereyle isteyerek kayıtlar üzerinden içerik denetimi yapması uygun olur.

³¹ Büyükay (n 5) 148; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 365. Karşı görüş, icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesinin HUAK'ta belirtilen hususlarla sınırlı olduğu; bu hususlar dışında mahkemenin resen inceleme yapamayacağı yönündedir. Bkz. Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu Arabuluculuk)* (Adalet 2020) 71; Serhat M. Sansöz, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkında Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu', (2011) 15(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265, 268. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, kamu düzenine ilişkin olmayan uyuşmazlıklar olması sebebiyle icra edilebilirlik incelemesinde taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması görüşü için bkz. Büşra Kazmaz Tepe, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü' (2018) 5(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 125, 131.

³² İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021) 221-222.

³³ Tanrıver, İlamlı İcra (n 23) 67, 99; Büyükay (n 5) 148.



İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin talep hakkındaki inceleme taşınmazın aynına ilişkin anlaşma belgelerinde daha kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Mahkeme icra edilebilirlik şerhi verirken söz konusu anlaşma uyarınca tapu sicilinde taşınmaza ilişkin yapılacak tescil, terkin veya tadil işlemlerinin açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmelidir. Tapu sicil müdürlüğünün anlaşma belgesine dayalı olarak kendisine sunulan talebe ilişkin herhangi bir tereddüde düşmesine mahal veremeyecek açık ve netlikte edimler içermesi önem arz etmektedir. Eğer anlaşma belgesi açık ve net değilse, icrasında tereddütlerle karşılaşılması muhtemelse, sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi talebini reddetmelidir. Mahkemenin anlaşmadaki belirsizlik veya çelişkileri gidermek üzere yargılama yapması, anlaşma belgesindeki taraf iradelerini yorumlayıp icraya elverişli bir şekilde anlaşma belgesini yenileyerek icra edilebilirlik şerhi vermesi mümkün değildir.

Taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta, anlaşma belgesinde geciktirici şartla bağlı edimler öngörülmüş olabilir. Bu halde geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi ve şart gerçekleşmişse icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerekir.

Mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararı inşaf bir karardır. Çünkü bu karar anlaşma belgesinin ilamlı icra takibine konu edilebilmesini sağlamaktadır³⁴. Öğretide³⁵ 7445 sayılı Kanun değişikliğinden önce ilam niteliğinde belge kavramı eleştirilmekte; ilam niteliğinde belgelerinin tek işlevinin ilamlı icra takibine dayanak teşkil edebilmek olduğu vurgulanmaktadır. Ancak arabuluculuk anlaşma belgeleri, anlaşılan hususlarda dava açma yasağı (HUAK m. 18/5) ve 7445 sayılı Kanun sonrasında tapu sicilinde aynı hak değişikliğine hukuki dayanak teşkil etmeleri yönleriyle diğer ilam niteliğinde belgelerden farklılaşmaktadır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilebilir (HUAK m. 18/3/3). İstinaf başvurusu maktu harca tabidir. Taraflar, icra edilebilirlik şerhi istemiyle ilgili olarak verilmiş bulunan mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, bir çekişmesiz yargı işi olduğu için, bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde, istinaf yoluna başvurabilirler (HMK m. 387).

Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesini dilekçede belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapar, ancak kamu düzenine aykırılık halinde bu durumu re'sen gözetir (HMK md. 355). Kanaatimizce, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olma-

³⁴ Özbek, AUÇ (n 18) 1261; Cengiz Topel Çelikoğlu '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Eds), *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan C. 1* (Yetkin 2014) 708; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 364.

³⁵ Tanrıver, İlamlı İcra (n 23) 83, Büyükyak (n 5) 278.

dığı³⁶ ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı hususları kamu düzenine ilişkin olduğu için, bu hususlar istinaf dilekçesinde ayrıca ve açıkça belirtilmesi dahi bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınmalıdır.

Temyiz edilemeyen kararları düzenleyen HMK m. 362/1/ç hükmü uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemez. Bu sebeple icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi hakkında verilen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır³⁷.

Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, icra edilebilirlik şerhi talebi hakkında mahkemenin verdiği karar şekli anlamda kesinleşse dahi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir³⁸. Keza anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi durumunda, bu husustaki karar şekli anlamda kesinleşse dahi, anlaşma belgesi bizatihi maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz³⁹. Ancak taraflar arabuluculukta anlaşılacak hususlarda dava açamazlar⁴⁰ (HUAM m. 18/5). Dava açma yasağının, arabuluculuk anlaşma belgelerine, ihtilafları kesin olarak sona erdirmeye özelliği kazandırdığı ifade edilmektedir⁴¹.

d. Şerhe İlişkin Kararın Kesinleşmesi

Bir mahkeme kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması kararların icrasını durdurmaz. Ancak kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmazın aynına ilişkin kararlar ancak kesinleşmelerinden sonra yerine getirilir (HMK m. 350). Zira yasa

³⁶ Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işi olduğu ve işin niteliği gereği kamu düzenini ilgilendirdiğinden istinaf incelemesinde sebeple bağlılık kuralının istisnasını teşkil ettiği yönündeki benzer görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 368-369.

³⁷ Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 369.

³⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 7) 112; Büyükkay (n 5) 280; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2022) 429; Dür (n 15) 377; Kılıçoğlu (n 6) 101; Çelikoğlu (n 33) 708; Özbek, *İcra Edilebilirlik Şerhi* (n 22) 75; Süha Tanrıver, *'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler'* (2020) 147 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 111, 133; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Bası, Yetkin 2022) 137; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk* (n 15) 192.

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararı: "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm/kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmekte, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlamlar ile ilam niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur.*" AYM, 94/89, 10.07.2013; RG 25.01.2014/28893.

⁴⁰ Mine Akkan, *'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılacak Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları'* (2018) 20(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.

⁴¹ Büyükkay (n 5) 279.

koyucu taşınmazın aynına ilişkin mahkeme kararlarının uygulanması halinde, kararın hatalı olduğu anlaşıldığında telifisi güç veya imkansız zararlarının doğmasını muhtemel görmüştür.

Taşınmazın aynına ilişkin bir arabuluculuk anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, bu durumun kararın icrasına etkisini incelemek gerekir. Mahkemenin verdiği karar her ne kadar anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkinse de, taşınmazın aynını konu alan ilamlar gibi, bu karar da kesinleşmeden icra edilir ve kararın istinaf aşamasında hatalı olduğu anlaşılırsa, geri dönülmesi mümkün olmayan ya da telifisi güç durumların ortaya çıkması olasıdır. Dolayısıyla taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararın kesinleşmesinden sonra tapu müdürlüğünden anlaşmaya göre işlem yapılması talebinde bulunulması gerekir.

7445 sayılı Kanun'da icra edilebilirlik şerhine dair kararın kesinleşmesinden sonra arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicilinde tescil talebinde bulunulabileceğinin düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu durum, kesinleşme şartının aranıp aranmadığına ilişkin tereddütlere yol açabilir. Ancak HMK m. 350 uyarınca, tapu müdürlüklerinin icra edilebilirlik şerhine dair karar kesinleşmeden bu belgeye dayalı işlem yapmaması uygun olur.

Öte taraftan istinaf yargılamasının uzun sürmesi halinde hukukî güvenlik bakımından sorunlar ortaya çıkabilir. Zira tapu siciline konulan tasarrufu kısıtlayıcı şerh arabuluculuk süresiyle sınırlı olduğu; arabuluculuk son tutanağının tutulmasıyla birlikte şerhin kaldırılması gerektiği için icra edilebilirlik şerhine ilişkin kararın kesinleşmesi sürecinde üçüncü kişilerin arabuluculuk anlaşma belgesinin hilafına aynı hak kazanmaları söz konusu olabilir. Bu sebeple hukukî güvenlik açısından icra edilebilirlik şerhi kararı alınıp kesinleşmesine kadar olan süreç için tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulmasına dair bir ihtiyati tedbir kararı alınmasında fayda bulunmaktadır.

III. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ ALINMIŞ ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İFASI

TMK'nın 705/1. maddesinde "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*" hükmü düzenlenmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin ve sırasıyla TMK'nın 780/1, 795/2, 840/1 ve 856/1. maddelerinde de taşınmazlar üzerinde kurulan sınırlı aynı hakların kazanılmasının tescille olacağı yasal ilke olarak kabul edilmiştir. Söz konusu ilke gereğince Türk Hukukunda tescil kurucu nitelik taşır. Hakkın sicil dışı/tescil öncesi kazanılması ve bu durumlarda yapılan açıklayıcı tescil yasal ilkenin istisnasıdır. Yasal olarak düzenlenmiş ilkenin istisnalarının yaratılmasında da yasa koyucu tarafından düzenlenme ilkesi benimsenmiş ve her tescilden önce kazanım hali, TMK veya diğer kanunlarda açıkça kaleme alınmıştır.

Yapılan açıklamalar ışığında, yasa koyucu tarafından icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin tescilden önce aynı hak kazanımına sebep olacağı açıkça düzenlenmedikçe, tescille kazanım ilkesinin istisnasını oluşturamayacağı sonucuna varılmaktadır. HUAK'ın 17/B maddesinin dört fıkrasında da bu alanda yasal olarak tescile dayalı kazanım halinin istisnasının oluşturulduğuna dair bir ibareye rastlanmamaktadır. Demek ki icra edilebilirlik şerhi de alınmış olsa, arabuluculuk anlaşma belgesi, sadece tescilin (veya terkinin) sebebinin oluşturacak niteliktedir⁴²; yoksa tescilin veya terkinin işlevine sahip değildir.

TMK'nın 1013/1. maddesi uyarınca tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikin (veya yetkili temsilcisinin) yazılı beyanı üzerine yapılır. Taşınmazın malikin tapu sicilinde de malik olarak görünmesi gereklidir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarından birinin taşınmazın maliki (veya yetkili temsilcisi), diğer tarafın da tescil sonucunda taşınmaz üzerinde hak kazanacak olan kişi olması durumunda, malikin tescil talebinde bulunmasıyla tescil yapılacak ve anlaşmanın tarafı olan kişi aynı hakkı kazanacaktır.

Asıl sorun icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine rağmen malikin, tescil talebinde bulunmaması halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda anlaşma belgesiyle aynı hak kazandırılması taahhüt edilen (ve malik olmayan) tarafın, TMK'nın 716/1. maddesi dışında tescile zorlama davası açmak yoluna başvurabilecektir. TMK'nın 716/1. maddesinde tescile zorlama davası "*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*" ifadesiyle düzenlenmiştir.

Ancak yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında arabuluculuk anlaşma belgesinin uygulanmasını sağlamak için bir de tescile zorlama davası açmak zorunda kalacak kişinin, hem hak kaybına uğrama ihtimali artacak hem de yargının iş yüküne yenileri eklenmiş olacaktır. Bu sonuç, arabuluculuk yoluyla elde edilmesi amaçlanan kazan-kazan formülüne de barışçıl çözüm yolu ilkesine de uygundur.

TMK'nın 1013/2. maddesinde "*Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.*" ifadesiyle tescil talebi aranmaksızın tescilin yapılacağı istisnalara yer verilmiştir. İcra edilebilirlik şerhine dair mahkeme kararı, maddede kastedilen ku-

⁴² Taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın kazanılabilmesi için tapu siciline yapılacak tescilin, ona esas teşkil eden geçerli bir hukuki işleme dayanması gerekir. Diğer bir ifadeyle tapuda yapılan tescil işleminin geçerliliği, buna neden olan esas hukuki işlemin (satış, bağışlama mal değişim sözleşmesi gibi) geçerliliğine bağlıdır. Bu husustaki tapu sicili ilkesine tescilde sebebe bağlılık ilkesi adı verilmektedir. Tescilin bağlayıcı bir hukuki işleme dayanması, hukuki bir sebebinin bulunması gerekir. Aksi takdirde, yolsuz tescil söz konusu olur (TMK m. 1024).



rucu (inşai) nitelikteki mahkeme kararlarından biri olarak nitelenemese de “*buna eşdeğer bir belge*” olarak kabul edilebilir.

Öğretide 7445 sayılı Kanun değişikliğinden önce bir görüşte⁴³, Singapur Sözleşmesi⁴⁴ bakımından taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliği öngören sulh anlaşmasının ilam niteliğinde belge olmadığı ve Türk hukuku açısından icraya elverişli nitelik taşımadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, taraflar taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirler. Ancak arabuluculuk süreci sonunda yapılan sulh anlaşması, borçlu tarafından yerine getirilmezse, ilgilinin bu anlaşmaya dayanarak tapuda kendi adına tescil talebinde bulunması mümkün olmaz; hak sahibi sadece tapuda adına tescil yapılması talebiyle TMK’nın 716. maddesine dayanarak tescile zorlama davası açabilir. Azınlıkta kalan diğer bir görüş⁴⁵ ise, arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmadan dahi (verilen örnek üzerinden paydaşlığı sona erdiren paylı maliklerin) tescil talebine dayanak teşkil edebileceğini kabul etmektedir.

7445 sayılı Kanun değişikliği öncesi, taraflar arabuluculuk sürecinde taşınmazın aynına ilişkin bir edim içerik şeklinde anlaşmışlarsa, bu anlaşmanın ifasını, tapu müdürlüğünde genel hükümler çerçevesinde yapacakları işlemlerle sağlamaktaydı. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin hak kazanması kararlaştırılan tarafın tescil talebinde bulunması TMK’nın 1013/1. maddesi kapsamında mümkün değildi. 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle bu sorunun çözümlenmesinin istendiği⁴⁶ ve taraflardan sadece birinin icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tescil talebinde bulunmasının mümkün hale getirildiği düşünülmektedir.

Kanunda icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicilinde malik (veya sınırlı aynı hak sahibi) tarafından tescil (veya

⁴³ Sibel Özel ‘Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2019) 25(2) 1190, 1206.

⁴⁴ Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Sözleşmesi), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 20.12.2018 tarihinde kabul edilmiş olup, Türkiye tarafından 07.08.2019 tarihinde Singapur’da imzalanmıştır. 7282 sayılı ve 25.02.2021 kabul tarihli Kanun ile Singapur Sözleşmesi’nin Türkiye tarafından onaylanması uygun bulunmuştur (RG 11.03.2021/31420). Singapur Sözleşmesi’nin onaylanması hakkında 21.04.2021 tarihli ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı yürürlüğe girmiştir (RG 22.04.2021/31462) Singapur Sözleşmesi’nin yürürlük tarihi 11.04.2022 olarak tespit edilmiştir (RG 25.02.2022/31761).

⁴⁵ Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyü) Davası*, (Yetkin 2020) 422-423.

⁴⁶ Emre Kıyak, ‘6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış’, *Lexperablock*, 13.04.2023 (<https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/#fnref17>) (Erişim Tarihi: 01.07.2023)

hakkı sona erecek olmayan kişi tarafından terkin) talebinde bulunulabileceği açıkça düzenlenmemiş olsa da, 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle HUAK'a eklenen 17/B/4. maddesiyle bu amacın güdüldüğü akla yakın gelmektedir. Nitekim Kanunun TBMM Adalet Komisyonu görüşmelerinde de bu husus tartışılmış; icra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra bu belgeye dayalı olarak tapuda tek başına işlem yapılabilmesi vurgulanmıştır⁴⁷.

Sonuç olarak icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak hem taşınmazın malikinin (veya aynı hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan diğer hak sahiplerinin⁴⁸) hem de tescil veya terkinden menfaati olan tarafın talepte bulunabileceği kabul olunmalıdır. TMK'nın 1013/3. maddesinde yer verilen “*Bir aynı hakkı tescilden önce kazanan kimse, gerekli belgeleri ibraz ederek tescili isteyebilir.*” kuralının kıyasen uygulanması suretiyle, icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tescil talebinde bulunan tarafın, bu belgeyi ibraz etmesi gerekir. Anlaşan taraflardan hangisi (malik veya tescille hak kazanacak kişi) tescil talebinde bulunursa bulunsun, tescil kurucu tescil niteliğindedir.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, anlaşma belgesinin düzenlenmesi veya icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra; fakat tescil talebinden önce malikin yaptığı aynı hak tasarruflarının durumuna ilişkindir. Arabuluculuk sürecinde konulmuş bir tasarrufu sınırlandırıcı şerh olsa bile, bu şerh arabuluculuk sürecinin son bulmasıyla aslında etkisini yitirmiştir⁴⁹. Sicilde hak değişikliği yaratacak tescil yapılmadığı için, malik taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir ve aynı hakka ilişkin tasarruf işlemleri geçerlidir. Zira malikle hukuki ilişkiye giren

⁴⁷ “Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Hakan Öztatar - *Tapu kaydına dair taşınmazlar da olsa taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyumsuzluklar bunlar yani tarafların çok rahatlıkla sulh, kabul, feragat yapabileceği uyumsuzluklar, taraflar üzerinde bence tasarruf edebilecekleri uyumsuzluklar, ara bulucuların her biri işte... Bizim sorunumuz şuydu: Zaten biz bu sorunu çözüyorduk, taraflar tapuya gidip bu işlemleri yapıyordu ancak tek taraflı gidemiyorlardı Başkanım. Bunun için biz dedik ki: Bunun garantisi olsun, mahkeme kararı olsun, hâkim bunu görsün, incelesin, denetlesin, kontrol altına bir şekilde tarafların birisi hâkim kaydını alsın ve gitsin tapuda işlem yapsın. Herhangi bir sorun yok zaten; bu, tarafların yaptığı ihtiyari olarak çok rahatlıkla yaptıkları bir işlem. Taraflar anlaşıyordu. Şimdiye kadar nasıl yapıyorduk? Taraflardan iki taraf birlikte gidiyordu tapuya, birlikte işlem yapıyorlardı rızaya. Şimdi tek taraflı olarak mahkemeye gidecek, hâkim zaten bütün denetlemeyi yapacak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir işlem olduğunun içeriğine bakacak Başkanım, bütün denetimden sonra uygun görürse alıp onu tapuya götürerek tek taraflı işlem yapacak.” Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi 3'üncü Toplantı 16.03.2023 19 (https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3125) (Erişim Tarihi: 05.07.2023).*

⁴⁸ Örneğin anlaşma belgesiyle üst hakkının devredilmesi kararlaştırılmışsa, üst hakkı sahibinin veya bir aynı hakkın terkinini için anlaşılmışsa terkin edilmekle sona erecek aynı hakkın sahibi vb.

⁴⁹ HUAK m. 17/B/2 şerh her ne kadar tasarrufu kısıtlayıcı özellikte olsa da arabuluculuk süreciyle sınırlı olduğundan, bu şerhin koruyucu etkisi gelinen aşamada bulunmaz. Badur ve Kurt Konca (n 2) 871 vd.



ve hak kazanan üçüncü kişi, tapu sicilinde malik olarak kayıtlı (ve gerçekten an itibarıyla malik) olan kişiyle işlem yapmaktadır. Durumun böyle olmaması halinde tapu sicilinde hak sahibi görünen kişiyle hukuki işleme girerek aynı hak kazanan kişinin TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde tapu siciline güven ilkesi çerçevesinde kazanımı korunacaktır.

İcra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinden kaynaklanan tescil talebinin malikin hakkı devrettiği kişiye karşı ileri sürülebilmesi de mümkün görülmemektedir. Sonuç olarak icra edilebilirlik şerhi de alınmış olan bir arabuluculuk anlaşma belgesi, böyle bir durumda uygulanırlığını yitirmektedir. Bu sonucu engelleyen bir hukuki mekanizma HUAK'ta düzenlenmemiştir.

IV. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMİŞ OLSA DA İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ ALINMAMASI VEYA VERİLMEMESİ HALİNDE DURUM

Anlaşmanın taraflarının icra edilebilirlik şerhi alınmamış bir arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicil müdürlüğüne yapabilecekleri bir başvuru bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi ihtimalini düzenlememiştir. Ancak uyuşmazlığın taraflarının, anlaşma belgesinin içeriğine uygun şekilde hukuki işlemleri yetkili resmi makamların (taşınmaz satışı için noter ve tapu müdürü; diğer aynı hak kazandıran işlemler açısından tapu müdürü) önünde gerçekleştirmek suretiyle hukuki kazanma sebepleri oluşturabilmeleri mümkündür. Bu durumda anlaşma belgesinin taşınmazın aynına ilişkin hak değişikliği açısından tescil veya terkin sebebi oluşturması söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle tescilin kazanma sebebi veya terkinin dayanağı, arabuluculuk anlaşma belgesi değil; tarafların şekle uygun biçimde ortaya koydukları hukuki işlem iradeleridir.

Bu noktada akla gelebilecek bir diğer hukuki sorun, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi almayan veya mahkemece bu şerh verilmeyen hallerde, tarafların anlaşma belgesinin ifasını dava açmak suretiyle sağlayıp sağlayamayacaklardır. TMK'nın 716/1. maddesinde düzenlenen tescile zorlama davasına dayanmak isteyen davacının, adına tescil yapılmasını mahkmeden talep etmesine uygun olan bir kazanma sebebinin tarafı olması gerekir. TMK'nın anılan hükmü, ortada geçerli bir taahhüt işlemi (tescil sebebi) olmasına rağmen, tescil talebinde bulunmayan malikin talep eksikliğinin aşılmasıdır.

Bu hükmün taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından uygulanmasının önündeki engel, anlaşma belgesinin kazanma sebebi oluşturma bağlayıcılığına erişmesi için, icra edilebilirlik şerhi alınması ve bu hükmün kesinleşmesi zorunluluğudur. Yani icra edilebilirlik şerhi alınmamış bir anlaşma belgesi, taşınmazın aynına ilişkin değişikliğin taahhüt işlemi niteliğini taşımadığından; tescile zorlama davasının açılmasına da uygun bir hukuki dayanak oluşturmamaktadır.

Bazı durumlarda arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriği, herhangi bir kazanma sebebine gerek olmaksızın da aynı hak değişikliğine yol açacak şekilde düzenlenmiş olabilir. Örneğin hak sahibine yeterli/beklenen faydanın sağlanmadığı bir irtifak hakkının sona erdirilmesine yönelik uyuşmazlıkta, tarafların irtifak hakkının son bulması konusunda anlaşmaları halinde; irtifak hakkı sahibinin terkin talebinde bulunması, aynı hak değişikliğinin gerçekleşmesi açısından yeterlidir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmemesi çeşitli sebeplere dayanabilir. Mahkeme görev, yetki, vekalet, taraf ehliyeti gibi usule ilişkin sebeplerle şerh verilmesi talebini reddetmişse, ilgilinin bu sebebe dair eksikliği gidererek görevli ve yetkili mahkemeden tekrar talepte bulunması mümkündür. Buna karşılık mahkeme, uyuşmazlığın arabuluculuğa veya icraya elverişli olmaması yahut taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara aykırı olması halinde talebi esastan reddedecektir. Her ne kadar çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıyor olsa da; icra edilebilirlik şerhi talebinin esastan reddedilmesi hallerinde, buna gerekçe teşkil eden hukuka aykırılıkların giderilmesi mümkün olmadığından mahkemeden tekrar kesinleşme talebinde bulunulamaz.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun değişikliğiyle taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. HUAK'ın 17/B maddesinde yasa koyucu tarafından tercih olunan “*taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar*” ifadesi yerine Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 73/A/1-d ve HMK m. 12 hükümlerine paralel şekilde “*taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar*” ifadesinin kullanılması, mevzuat uyumu bakımından yerinde olurdu.

HUAK'ın 17/B maddesinde tarafların taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta arabuluculuk yoluyla çözüme varmaları halinde, bunu arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirmeleri ve bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi almaları gerekliliği açıkça düzenlenmiştir. 7445 sayılı Kanun öncesinde arabuluculukta anlaşılan taraflara, bu anlaşmayı yazılı hale getirme konusunda irade serbestisi tanınmışken, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar açısından anlaşma, yazılı şekil şartına tabi kılınmıştır.

Keza icra edilebilirlik şerhi alınması da söz konusu kanun değişikliği öncesinde tarafların iradesine bırakılmışken, taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından bu şerhin alınması zorunlu hale getirilmiştir. Ayrıca bu hususta görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin farklı hükümler öngörülmüş ve incelemenin kapsamına dair de özel belirlemeler yapılmıştır. Bu farklılıklar, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşma belgelerinin etkisi göz önünde bulundurulduğunda, bu anlaşmaların sadece taraflar ve arabulucu tarafından değil;



bir de mahkemelerce taşınmazlara ilişkin sınırlamalar ve aynı haklara hakim olan ilkeler açısından denetlenmesini sağlamak amacıyla yönelmiştir.

HUAK'ın 17/B maddesinde yapılan değişiklikle yasa koyucu tarafından taşınmaz mülkiyetinin (veya taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların) kazanılması için yazılı şekil şartına ve icra edilebilirlik şerhi alınmasına tabi yeni bir kazanma sebebi oluşturulduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kazanma sebebinin sadece taşınmazın malikine değil; aynı hakkı kazanma konusunda arabuluculuk anlaşma belgesiyle yetkilendirilmiş tarafa da tescil talebinde bulunma hakkını verdiği düşünülmektedir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmiş olan taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri, HUAK'ın 17/B/5. maddesinde HUAK'ın 18. maddesine yapılan yollama nedeniyle ilam niteliğinde belgedir. 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle ilam niteliğinde belge kavramına, arabuluculuk anlaşma belgeleri bağlamında yeni bir işlev eklenmekte ve sadece icra müdürlüklerindeki ilamlı takiplerin değil, tescil taleplerinin de hukuki dayanağını teşkil etme vasfı kazandırılmaktadır. Düzenlemeyle anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verecek mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verilmekte ve bu suretle tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ile olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır.

İcra edilebilirlik şerhi vermek hususunda görevli mahkeme bakımından uyuşmazlık konusunda derdest bir dava bulunup bulunmadığı ayrımı gözetilmemiş; her durumda sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Hukuk sistemimizde taşınmazın aynına ilişkin davaların esasen asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi kuralı karşısında; taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin içeriğini denetlemek konusunda kanun değişikliği ile yeni görevlendirilen sulh hukuk hakimlerine taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlamalar, konuya dair usul ve esaslarla ilgili meslek içi eğitimler düzenlenmesi düşünülebilir.

Taşınmazın aynına ilişkin hukuki işlemlerin, diğer amaçlara ve konulara yönelmiş hukuki işlemlere oranla, muvazaa barındırma ihtimalinin daha yüksek olduğu göz ardı edilmemesi gereken bir hukuki gerçekliktir. Muris muvazaası başta olmak üzere, yasal veya sözleşmeden doğan önalım hakkının bertaraf edilmesi amacıyla bedelin olduğundan yüksek gösterilmesi, satış yerine bağışlama sözleşmesinin kurulması ya da tapu harçlarının ve vergilerin miktarının düşürülmesi amacıyla gerçek bedelin altında satış bedeli gösterilmesi gibi muvazaalı hukuki işlemlere uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Taşınmazın aynına ilişkin muvazaalı işlemlerin arabuluculuk faaliyetinden yararlanmak suretiyle meydana getirilmesi ihtimaline karşı, arabulucular tarafların anlaşmaya ilişkin gerçek ve serbest iradelerinin oluşmasına ve anlaşma belgesine bu haliyle geçirilmesine özen göstermelidirler.

KAYNAKÇA

- Akkan M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yaşığı ve Sonuçları' (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- Andrews N, 'Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts' (2013) 18(1) Uniform Law Review 6-16.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (5. Baskı, Yetkin 2022).
- Azaklı Arslan B, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018).
- Badur E, 'Arabulucu Sözleşmesi' (2020) 15(162) Terazi Hukuk Dergisi 248-265.
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 18 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87.
- Badur E ve Kurt Konca N, 'Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması' (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 845-879.
- Başpınar V, 'Taşınmaz Satımında Vekalet' (1996) 45 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 485-486.
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022).
- Büyük EI, *Medeni Usul hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm* (On İki Levha 2021).
- Büyükay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018).
- Çelikoğlu CT, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Eds), *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan C. 1* (Yetkin 2014) 669-723.
- Çiçek M, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (2018) 13(139) Terazi Hukuk Dergisi 51- 63.
- Doğancı DE, 'Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi' (2013) 1(2) Sakarya Hukuk Dergisi 93-118.
- Dost S, 'Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' (2014) 115 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 449-476.
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (2. Bası, Adalet 2018)



Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Bası, On İki Levha 2019).

Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk* (Adalet 2020).

Erdoğan E ve Cömert B, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' 13(138) Terazî Hukuk Dergisi 27-47.

Ermenek İ, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Yetkin Yayınevi 2020).

Feehily R, 'The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements' (2013) 12 Hibernian Law Journal 1-26.

First A, 'A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space' (2017) 23 Harvard Negotiation Law Review 405-430 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.07.2023).

Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Filiz 2020).

Grossman A, *Good Practice Guide: Mediation* (Riba 2009).

Kazmaz Tepe B, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü' (2018) 5(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 125-150.

Kılıçoğlu AM, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (Turhan 2020).

Kıyak, E, '6325 Sayılı Kanun'un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcra-sına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış', Lexperablok, (<https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/#fnref17>) (Erişim Tarihi: 01.07.2023). (Taşınmaz)

Kıyak E, 'Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523-548. (Anlaşma Belgesi)

Koçyiğit İ ve Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı 2019).

Kurt Konca, N, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 367-408.

Nolan-Haley JM, 'Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent' (2013) 5 Arbitration Law Review 152-162. <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=arbitrationlaw-review>> Erişim Tarihi: 22.06.2023.

Odaman S, 'Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 1753-1766.

Okur Z, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk* (2. Bası, Karahan 2019).

Oğuzman MK, Seliçi Öve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021).

Özbek MS, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-86 (İcra Edilebilirlik Şerhi).

Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C. 2* (5. Bası, Yetkin 2022). (AUÇ)

Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1190-1210.

Özmunca S, 'Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi' (2018) 13(161) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-36.

Parker BR, 'What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements' (1992) 59(3) Defense Counsel Journal (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.05.2021) 322 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 23.06.2023) 322 -339.

Sarısözen SM, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkında Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu' (2011) 15(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265-266.

Sirmen L, *Eşya Hukuku*, (9. Bası, Yetkin 2021).

Sussman E, 'The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement' (2008) <https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2023

Tanrıver S, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996). (İlamlı İcra)

Tanrıver S, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111-142. (Dava Şartı)



Tanrıver S, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Bası Yetkin 2022). (Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012). (Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği' (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-379. (Anlaşma)

Topal Ö, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyû) Davası* (Yetkin 2022).

Uzun Kazmacı Ö, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradî Temsil* (Yetkin 2022).

Yağcı MO, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi', (2022) 42(2) Public Private International Law Bulletin 529-55.

Zeller B and Trakman L, 'Mediation and arbitration: the process of enforcement' (2019) 24 Unif. L. Rev. 449-466, <<https://watermark.silverchair.com/unz020.pdf?token=>> Erişim Tarihi: 28.06.2023.