

# Dava Şartı Arabuluculukta İlk Toplantıya Katılmama Yaptırımı Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Nasıl Uygulanacak?

**HUAK m.18/A/11, pay oranlı gider rejimi ve davranışa bağlı usulî gider yaptırımı üzerine kısa bir değerlendirme**

*Bu yazı, konuya ilişkin kesinleşmiş bir yüksek mahkeme içtihadı bulunduğu iddiasıyla değil, uygulamada ortaya çıkabilecek bir yorum sorununa dikkat çekmek amacıyla kaleme alınmıştır.*

## 1. Sorunun ortaya çıkışı

Dava şartı arabuluculuk kapsamının genişlemesi, yalnızca dava öncesi usul adımlarını değil, dava sonundaki gider rejimini de doğrudan etkiliyor. Kira uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar, iş uyuşmazlıkları ve tüketici uyuşmazlıkları yanında, taşınır ve taşınmazların paylaşılması ile ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alındı.

Bu genişleme ilk bakışta yalnızca dava açmadan önce izlenecek usulü ilgilendiriyor gibi görünebilir. Oysa dava şartı arabuluculuk sadece bir başvuru prosedürü değildir. Sürece katılmamanın dava sonunda yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bakımından sonuç doğurması mümkündür.

Tartışmanın merkezinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11. fıkrası yer almaktadır. Güncel düzenlemeye göre taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilir. Bu taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir.

Bu hükmün alacak, kira veya ticari davalarda nasıl uygulanacağı görece daha anlaşılırdır. Çünkü bu davalarda genellikle bir kazanan-kaybeden ilişkisi veya en azından kısmi haklılık oranı üzerinden kurulabilecek bir gider paylaşımı vardır. Buna karşılık ortaklığın giderilmesi davalarında tablo farklıdır. Bu davalarda klasik anlamda kazanan ve kaybeden taraftan söz edilmez; yargılama giderleri ve vekâlet ücreti, yerleşik uygulamada paydaşlara payları oranında yükletilir.

Bu nedenle asıl soru şudur:

**HUAK m.18/A/11'deki ilk toplantıya katılmama yaptırımı, ortaklığın giderilmesi davalarında nasıl uygulanacaktır?**

## 2. Kanuni çerçeve: dava şartı arabuluculuk ve katılmama yaptırımı

HUAK m.18/B, bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuğu dava şartı olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda taşınır ve taşınmazların paylaşılması ile ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Buna karşılık HUAK m.18/A/11, dava şartı arbuluculuk sürecinde ilk toplantıya geçerli mazeret olmaksızın katılmayan tarafa yönelik özel bir gider sonucu öngörür. Bu hüküm, maddi hukuk anlamında haklı-haksız ayırımına değil, dava öncesi usulî davranışa bağlanan bir sonuç yaratmaktadır. Taraf davada haklı çıksa bile, sırf arbuluculuk ilk toplantısına mazeretsiz katılmadığı için yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bakımından olumsuz bir sonuçla karşılaşabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Bu düzenleme teknik anlamda bir “cezai şart” değildir. Cezai şart, kural olarak tarafların sözleşmeyle kararlaştırdığı özel hukuk yaptırımıdır. HUAK m.18/A/11 ise kanundan doğan bir usulî gider yaptırımıdır. Fakat klasik “kaybeden yargılama giderlerini öder” kuralından da farklıdır. Çünkü yaptırım, davadaki maddi haklılığa değil, arbuluculuk sürecindeki davranışa bağlanmıştır.

Bu nedenle hükmü “davranışa bağlı usulî gider yaptırımı” veya “gider kaydırma yaptırımı” olarak nitelendirmek daha isabetli görünmektedir.

### 3. HMK'daki genel gider rejimi ve davranış yaptırımları

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılama giderlerinin kapsamı m.323'te düzenlenmiştir. Başvurma, karar ve ilam harçları; tebligat ve posta giderleri; dosya ve evrak giderleri; keşif giderleri; tanık ve bilirkişi ücretleri; resmî dairelerden alınan belgeler için yapılan giderler ve vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılır.

HMK m.326 ise genel sorumluluk kuralını getirir: Kanunda yazılı hâller dışında yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen taraftan alınır. Taraflar kısmen haklı çıkarsa giderler haklılık oranına göre paylaşılır.

Ancak HMK sadece “kaybeden öder” modelinden ibaret değildir. HMK m.327, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebep olan tarafın, lehine karar verilmiş olsa bile karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamı veya bir kısmından sorumlu tutulabileceğini düzenler. HMK m.329'da da kötü niyetli dava veya savunma bakımından yargılama giderleri dışında ayrıca disiplin para cezası öngörülebilmektedir.

Bu açıdan bakıldığında HUAK m.18/A/11, HMK m.326'daki klasik haklılık-haksızlık modelinden çok HMK m.327'deki davranışa bağlı gider sorumluluğuna yakındır. Fakat arada önemli bir fark vardır: HMK m.327 dava içindeki usulî davranışa bakarken, HUAK m.18/A/11 dava öncesindeki arbuluculuk sürecindeki davranışa dava sonundaki gider rejimine bağlamaktadır.

### 4. Ortaklığın giderilmesi davalarının kendine özgü niteliği

Ortaklığın giderilmesi davaları, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti ilişkisini sona erdirerek ferdi mülkiyete veya satış bedelinin paylaşılmasına geçişi sağlayan davalardır. Bu davalarda davacı ve davalı paydaşların konumu klasik alacak davasındaki davacı-davalı karşıtlığına benzemez.

Yerleşik Yargıtay uygulamasında ortaklığın giderilmesi davalarının iki taraflı, taraflar için benzer sonuç doğuran davalar olduğu; sonuçta kazanan ve kaybeden taraftan söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin taraflara payları oranında yükletilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bu uygulama, doğrudan HMK'da “ortaklığın giderilmesi davalarında giderler pay oranına göre dağıtılır” şeklinde yazılı açık bir özel maddeden değil, davanın niteliğinden ve yerleşik içtihattan kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle ortaklığın giderilmesi davası, HMK m.326'nın “aleyhine hüküm verilen taraf” modeline tam olarak oturmaz.

İşte HUAK m.18/A/11'in ortaklığın giderilmesindeki uygulama sorunu burada ortaya çıkar.

## 5. “Karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu gider” kimindir?

HUAK m.18/A/11'in kilit ibaresi şudur: İlk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf, davada haklı çıksa bile “karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından” sorumlu tutulur.

Alacak davasında bu ibare görece nettir. Davacı tamamen haklıysa davalı aleyhine gider yüklenir. Davalı tamamen haklıysa davacı aleyhine gider yüklenir. Kısmi haklılık varsa oranlama yapılır. Dolayısıyla “karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu gider” belirlenebilir.

Ortaklığın giderilmesi davasında ise tarafların tümü aynı ortaklık ilişkisinin çözülmesinden etkilenir. Satış suretiyle giderme hâlinde herkes payı oranında satış bedelinden yararlanır; giderler de çoğunlukla pay oranında dağıtılır. Bu nedenle “karşı taraf” kavramı ve “karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu gider” ifadesi bu dava tipinde mekanik biçimde uygulanamaz.

Bir paydaşın arabuluculuk ilk toplantısına mazeretsiz katılmadığı varsayıldığında, bu paydaşın hangi “karşı tarafın” hangi giderinin yarısından sorumlu tutulacağı açık değildir. Davacı paydaşın mı? Toplantıya katılan tüm diğer paydaşların mı? Yoksa normal pay oranlı gider rejiminde diğer paydaşlara düşen toplam gider payının yarısı mı?

Kanun bu konuda özel bir formül vermemektedir.

## 6. Muhtemel yorumlar

Bu sorun karşısında üç farklı yorum ihtimali düşünülebilir.

### Birinci yorum: hüküm ortaklığın giderilmesinde uygulanmaz

Bu görüşe göre HUAK m.18/A/11, kazanan-kaybeden ilişkisi kurulabilen klasik çekişmeli davalar bakımından anlamlıdır. Ortaklığın giderilmesi davalarında ise kazanan ve kaybeden taraf bulunmadığından, “karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu gider” ibaresi uygulanabilir açıklığa sahip değildir. Bu nedenle hüküm, dava tipinin niteliğine uygun düşmediği ölçüde uygulanmamalıdır.

Bu görüş, ortaklığın giderilmesi davalarının özel niteliğini güçlü biçimde vurgular. Ayrıca yaptırımın dar yorumlanması gerektiğini savunur. Çünkü burada kişi, davada maddi anlamda haksız olduğu için değil, arabuluculuk toplantısına katılmadığı için gider sonucu ile karşılaşmaktadır.

Bununla birlikte bu yorumun zayıf yanı vardır. Bir hükmün belirli bir dava tipine kapsam bakımından uygulanabilir olması ile o dava tipinde uygulama önkoşullarının fiilen tahakkuk etmesi farklı meselelerdir. HUAK m.18/A/11'deki "karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu gider" ibaresi, alacak ve kira davalarında tanımlı bir referans noktasına sahiptir; oysa ortaklığın giderilmesinde bu referans noktası yapısal olarak mevcut değildir. Dolayısıyla hükmün bu dava türünde işletilememesinin gerekçesi yalnızca dar yorum tercihinin değil, hükmün kurucu unsurunun bu dava tipinde karşılık bulmamasına dayanabilir. Öte yandan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici aleyhine açık bir istisna öngörülmüşken ortaklığın giderilmesi için benzer bir istisna getirilmemiş olması, kanun koyucunun bu dava türünü bilinçli olarak kapsam dışında bırakmadığına işaret eder. Bu iki gerilim — uygulama önkoşulunun yokluğu ile açık istisna bulunmaması — birinci yorumun kolayca benimsenemeyeceğini, ama aynı zamanda kolayca reddedilemeyeceğini de göstermektedir.

## İkinci yorum: hüküm aynen uygulanır

Bu görüşe göre ortaklığın giderilmesi dava şartı arabuluculuk kapsamındadır; bu nedenle HUAK m.18/A/11 de diğer dava şartı arabuluculuk türlerinde olduğu gibi uygulanmalıdır. Taraf ilk toplantıya geçerli mazeretsiz katılmamışsa, son tutanakta belirtilir ve dava sonunda karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur.

Bu görüş kanun lafzına daha yakındır. Ancak ortaklığın giderilmesi davasının içtihatla şekillenmiş pay oranlı gider rejimini yeterince hesaba katmadığı için sorunludur. Çünkü bu dava türünde klasik anlamda "karşı tarafın gideri" dediğimiz şey zaten paydaşlık yapısına göre dağıtılmaktadır. Hükümün aynen uygulanması, bazı dosyalarda paydaşlık gider rejimini bozabilir ve ölçüsüz sonuçlar doğurabilir.

## Üçüncü yorum: hüküm uygulanır, fakat davanın niteliğine göre dar ve uyarlanmış yorumlanır

Bana daha isabetli görünen yorum budur.

Bu yaklaşıma göre HUAK m.18/A/11 ortaklığın giderilmesi davalarında ilke olarak dışlanmaz. Çünkü uyumsuzluk dava şartı arabuluculuk kapsamındadır ve kanunda açık bir istisna yoktur. Ancak hüküm, ortaklığın giderilmesi davasının kazanan-kaybeden üretmeyen ve giderleri paydaşlara pay oranında dağıtan niteliği dikkate alınarak dar yorumlanmalıdır.

Bu durumda mahkeme önce ortaklığın giderilmesi davasındaki normal gider rejimini belirlemelidir. Yani yargılama giderleri ve vekâlet ücreti, satış bedelinden yararlanma veya pay oranı esasına göre paydaşlara dağıtılır. Daha sonra arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeretsiz katılmayan paydaş varsa, HUAK m.18/A/11'in davranışa bağlı gider yaptırımını bu normal rejim üzerine sınırlı biçimde uygulanmalıdır.

Bu yaklaşım, hem kanun lafzını tamamen etkisiz bırakmaz hem de ortaklığın giderilmesi davalarının özel niteliğini yok saymaz.

## 7. Yaptırımın niteliği: ceza mı, gider kaydırması mı?

HUAK m.18/A/11'in ilginç taraflarından biri, yaptırımın devlete ödenen bir para cezası olmamasıdır. Toplantıya katılmayan tarafın sorumluluğu, karşı taraf lehine gider kaydırması biçiminde ortaya çıkar. Bu yönüyle hüküm kamusal para cezasından çok özel hukuk usulü içinde kurulan bir gider yaptırımındır.

Bu yapı tamamen benzersiz değildir. HMK m.327'de lehine karar verilen tarafın bile gereksiz gider yaratması hâlinde giderlerden sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir. HMK m.329'da kötü niyetli dava veya savunma hâlinde hem karşı taraf lehine sonuçlar hem de disiplin para cezası gündeme gelebilir. İcra inkâr tazminatı gibi kurumlarda da davranışa bağlı olarak karşı taraf lehine parasal sonuçlar doğabilir.

Fakat HUAK m.18/A/11'in ayırt edici yönü, yaptırımın dava öncesi arabuluculuk sürecindeki pasif davranışa bağlanmasıdır. Yani kişi davada haksız çıktığı için değil, dava şartı arabuluculuk sürecinin ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmadığı için gider sonucuyla karşılaşmaktadır.

Bu nedenle hüküm, klasik yargılama gideri sorumluluğu değil; arabuluculuk sürecine katılımı teşvik eden davranışsal bir usul yaptırımındır.

## 8. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve ölçülülük meselesi

HUAK m.18/A/11'in eski hâlinde ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutuluyor ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmiyordu. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakkı bakımından orantısız sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle iptal etti.

Sonrasında kanun koyucu yaptırımı yumuşattı: yargılama giderlerinin tamamı yerine karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısı; vekâlet ücretinden tamamen yoksun bırakma yerine AAÜT'ye göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısı modeli benimsendi.

Bu geçmiş, ortaklığın giderilmesi bakımından önemlidir. Çünkü ortaklığın giderilmesi gibi klasik kazanan-kaybeden yapısına uymayan bir dava türünde HUAK m.18/A/11 genişletici biçimde uygulanırsa, ölçülülük tartışması yeniden gündeme gelebilir. Bu nedenle hükmün dar, dikkatli ve dava türünün niteliğine uygun yorumlanması gerekir.

## 9. Sonuç: çözülmesi gereken gerçek bir uygulama boşluğu

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. HUAK m.18/A/11 bakımından kanunda ortaklığın giderilmesine özgü açık bir istisna bulunmamaktadır. Bu nedenle hükmün bu dava türünde ilke olarak uygulanabilir olduğu söylenebilir.

Ancak bu tespit, hükmün ortaklığın giderilmesi davalarında nasıl uygulanacağı sorununu çözmez.

Ortaklığın giderilmesi davalarında kazanan-kaybeden taraf bulunmadığı; yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin paydaşlara payları oranında yükletildiği kabul edilmektedir. Bu nedenle HUAK m.18/A/11'deki "karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısı" ibaresi, bu dava türüne mekanik biçimde uygulanmaya elverişli değildir.

Bu konuda en makul çözüm, hükmün tamamen yok sayılması değil, ortaklığın giderilmesi davasının niteliğine uygun biçimde dar ve uyarlanmış uygulanmasıdır. Mahkeme önce normal pay oranlı gider rejimini kurmalı; ardından arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeretsiz katılmayan paydaş bakımından, davranışa bağlı usulî gider yaptırımını ölçülü biçimde değerlendirmelidir.

Bununla birlikte açık bir yüksek mahkeme içtihadı veya kanuni özel düzenleme oluşmadan kesin bir uygulama formülünden söz etmek doğru değildir. Kanun koyucunun veya Yargıtay'ın bu konuda açıklık sağlaması gerekir. Aksi hâlde aynı hüküm, alacak ve kira davalarında kolayca uygulanırken, ortaklığın giderilmesi davalarında paydaşlık yapısı, çok taraflılık ve pay oranlı gider rejimi nedeniyle farklı ve tartışmalı sonuçlar doğuracaktır.

Kısaca sorun şudur: HUAK m.18/A/11, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında uygulanabilir bir yaptırım öngörmektedir; fakat bu yaptırımın kimin lehine, hangi gider kalemi üzerinden ve hangi oran mantığıyla kurulacağı kanunda yeterince açıklanmamıştır. Bu da önümüzdeki dönemde uygulamanın ve içtihadın çözmesi gereken önemli bir boşluktur.