

**TİCARİ NİTELİKTEKİ MENFİ TESPİT DAVASI AÇILMADAN ÖNCE
ARABULUCUYA BAŞVURMANIN ZORUNLU OLUP OLMADIĞINA DAİR YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİNİN KARARININ SONUÇLARI HAKKINDA BİR
DEĞERLENDİRME**

*Arb. Av. Ümit KİLİTÇİ¹

Ticari nitelikteki menfi tespit davasının açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olup olmadığı konusunda Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki görüş farklılıklarını gideren Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığına ve arabulucuya başvurulmuş olmasının bir dava şartı olmadığına karar verdi.

DEĞERLENDİRME KONUSU KARARIN TAM METNİ

T.C. YARGITAY

19.Hukuk Dairesi

Esas: 2020/ 85 Karar: 2020 / 454 Karar Tarihi: 13.02.2020

I. BAŞVURU

Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanlığı tarafından İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlığına yazılan 09.12.2019 tarihli ve 2019/755 muhabere sayılı yazıyla; Antalya BAM 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/2414 esas, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesinin 2019/907 esas, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 esas, Konya BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 2019/1683 esas. İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 esas. İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 esas. Adana BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 esas, Erzurum BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 esas ve İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 2019/521 esas sayıları dosyalarında verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ticaret mahkemesinin görev alanına giren menfi tespit davalarında 7155 sayılı kanunla 6102 sayılı TTK'na eklenen 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı hususunda çelişki bulunduğu belirtilerek; bu çerçevede uyuşmazlığın giderilmesi ve içtihat birliğinin sağlanmasının gerekliliği gerekçesiyle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nca uyuşmazlığın giderilmesi için Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nden karar alınması için gereğinin yapılması talep edilmiştir.

II. İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ HUKUK DAİRELERİ BAŞKANLAR KURULU'NUN KARARI

Yukarıda açıklanan talep üzerine konu 20.12.2019 tarihinde yapılan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nda görüşülmüş, bildirilen konuda değişik Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nce verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunduğu saptandıktan sonra, yapılan oylama sonucunda Antalya BAM 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/2414 esas ve 2019/2226 karar, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi'nin 2019/907 esas ve 2019/1226 karar, İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 2019/521 esas ve 2019/423 karar, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 esas ve 2019/2485 karar sayılı kararlarında açıklanan gerekçelere iştirak edilerek ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı, bu tür davalar açılmadan önce TTK'nun 5/A maddesi uyarınca başvuru koşulunun bulunmadığı, yani menfi tespit davası açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olmadığı görüşü benimsendiği belirtilerek 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/3-4 maddesi uyarınca değişik

¹ Kilitci Hukuk ve Danışmanlık, DAP Vadisi Z Ofis No:107 Seçkin Sk. 2-4/A Kağıthane / İSTANBUL info@kilitcihukuk.com

Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri arasında çıkan uyuşmazlığın giderilmesi için dosyanın ilgili hukuk dairesi olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ne gönderilmesine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

III. UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KESİN NİTELİKTEKİ KARARLAR VE GEREKÇELERİ

A) Antalya BAM 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/2414 esas ve 2019/2226 karar, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi'nin 2019/907 esas ve 2019/1226 karar ve İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 esas ve 2019/2485 karar sayılı kararlarında. TTK'nun 5/A maddesine göre konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arbulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu, davanın konusunun dava dilekçesindeki talep sonucu esas alınarak belirlendiği, talep sonucunun bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arbulucuya başvuru yapılmış olmasının dava şartı olduğu, menfi tespit davalarının 6100 Sayılı HMK'nun 106. maddesi uyarınca tespit davası niteliğinde bulunduğu, dava sonucunda borçlunun borçlu olmadığı anlaşılması halinde bu hususta tespit hükmüne yer verildiği, menfi tespit davaları sonucunda verilecek kararlar eda hükmü içermeyeceğinden bu davaların açılabilmesi için arbulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arbuluculuğa tabi olmadığı, bu nedenle TTK'nun 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılabilmesi için arbulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olmadığı görüşü benimsenerek karar verilmiştir.

B) İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 esas ve 2019/836 karar, Konya BAM 6. Hukuk Dairesi'nin 2019/1683 esas ve 2019/837 karar, Adana BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 esas ve 2019/605 karar, Erzurum BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 esas ve 2019/549 karar ve İstanbul BAM 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 esas ve 2019/1521 karar sayılı kararlarında, menfi tespit davalarında öncelikle bir alacağın varlığının tartışıldığı, bu nedenle alacaklının alacağı için dava açarken arbulucuya başvuru dava şartına tabi tutulurken aynı alacakla ilgili borçlu tarafından açılacak menfi tespit davasında arbulucuya başvuru dava şartına tabi tutulmamasının hak arama yönünden eşitsizliğe yol açacağı gerekçesiyle ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arbuluculuğa tabi olduğu, bu nedenle TTK'nun 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılabilmesi için arbulucuya başvurulmuş olmasının dava koşulu olduğu görüşü benimsenerek karar verilmiştir.

C) İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi'nin 2019/521 esas ve 2019/423 karar sayılı kararına hem Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanlığı'nın başvurusunda hem de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararında atıf yapılmış ise de başvuru dosyasında böyle bir karar olmadığı gibi UYAP sisteminde de böyle bir karara rastlanmadığından bu karar inceleme dışında tutulmuştur.

IV. UYUŞMAZLIK VE UYUŞMAZLIKLA İLGİLİ KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

UYUŞMAZLIK

Yukarıda anılan ve birbirinden iki görüş halinde ayrışan BAM Hukuk Daireleri'nin kararları incelendiğinde, aralarında ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılmadan önce TTK'nun 5/A maddesi uyarınca zorunlu olarak arbulucuya başvuru koşulunun bulunup bulunmadığı ve bunun bir dava şartı olup olmadığı hususunun uyuşmazlık konusu olduğu anlaşılmıştır.

UYUŞMAZLIKLA İLGİLİ KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

Mahkemeye yöneltilmiş bulunan hukuki himaye talebine dava denilmektedir.

Dava türleri, 6100 sayılı HMK'nun 105. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

HMK'nun 106. maddesi,

(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz. Düzenlemesini içermekte olup, bu madde hükmünde tespit davası genel olarak düzenlenmiştir.

2004 sayılı İİK'nun 72. maddesi, "Borçtu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir.

İcra takibinden önce açılan menfi tesbit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir.

İcra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve atacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir.

Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez.

Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhal takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz.

Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir.

Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödemediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir.

Menfi tesbit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi, davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Davacı istirdat davasında yalnız paranın verilmesi lazım gelmediğini ispata mecburdur." düzenlemesini içermekte olup, bu madde hükmünde de menfi tespit ve istirdat davaları özel olarak düzenlenmiştir.

Davala-alacaklı tarafından var olduğu savunulan bir hukuki ilişkinin var olmadığının tespiti için davacı-borçlu tarafından açılan davaya, menfi tespit davası denilmektedir. Borçlu, icra takibinden önce veya sonra menfi tespit davası açabilir. Borçlu açtığı davada, maddi hukuk temelli çeşitli nedenlere dayanarak borçlu olmadığını tespitini isteyebilir.

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesi, (1) İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir.

İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksam davanın usulden reddine verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir" düzenlemesini,

TTK'nun 5/A maddesi, "(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan atacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir." düzenlemesini içermektedir.

TTK'na 5/A maddesinin eklenmesine ilişkin 7155 sayılı kanunun genel gerekçesinde bu konu, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla işçi ve işveren uyuşmazlıkları bakımından kabul edilen ve 1 Ocak 2018 tarihinden bugüne kadar uygulanan "dava şartı olarak arabuluculuk" kurumunun uygulamada sağladığı başarı ve fayda göz önünde bulundurularak bu kurumun ticari uyuşmazlıklara da teşmil edilmesi yönünde düzenlemeler yapılmaktadır" şeklinde ve maddenin özel gerekçesinde ise "Maddeyle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok kısa süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi amaçlanmaktadır" şeklinde açıklanmıştır.

V. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Bu konu doktrinde de tartışılmıştır.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafında yayınlanan Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk isimli kitapta, kitabın yazarları İlker Koçyiğit ve Alper Bulur ticari davalarda dava şartı olması nedeniyle **zorunlu nitelikte olan arabuluculuğun kapsamını çok geniş yorumlamakta** ve bu bağlamda, itirazın iptali, borçtan kurtulma, menfi tespit ve istirdat davalarında da **dava açmadan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğunu ve bunun bir dava şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler.** (Bakınız: İlker Koçyiğit-Alper Bulur, Ticari davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 1.Baskı, Ankara, Mart 2019, sayfa: 66-68.)

Bu görüşe karşılık Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Prof. Dr. Muhammet Özkes, Prof. Dr. Murat Atalı ve Prof. Dr. Vural Seven tarafından yazılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk isimli müşterek eserde, **genel olarak tespit davalarının arabuluculuğa elverişli olmadığını açıkladıktan sonra tespit davalarının para alacakları bakımından özel bir türü olan ve İİK'nun 72. maddesinde düzenlenen menfi tespit davasının hiçbir şekilde zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığını ifade etmektedirler.** (Bakınız: Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Prof. Dr. Muhammet Özkes, Prof. Dr. Murat Atalı ve Prof. Dr. Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Kasım 2019, sayfa: 189- 191.)

Prof. Dr. Süha Tanrıver ise Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler başlıklı makalesinde, **özel bir dava şartının genel bir dava şartına dönüştürülme gayretinin sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmadığına dikkat çekerek, İİK'nun 72. maddesinde öngörülmüş olan ve icra takibine etkileri de gözetilmek suretiyle ikili bir ayrıma tabi tutulmuş bulunan menfi tespit davalarının, bir alacak ya da tazminatı konu almadıkları, yani parasal bir edime mahkûmiyeti içeren eda davası niteliği taşımadıkları için, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kaldıklarını açıkça ifade etmektedir.**

Prof. Dr. Süha Tanrıver makalesinde; bu konudaki **yanlış bir uygulamanın vahim sonuçlarına işaret ederek; bir cebri icra tehdidinin varlığı nedeniyle, takipten önce menfi tespit davası açmak isteyen borçluyu, arabuluculuğa müracaata zorlamanın, arabuluculuğa başvuru cebri icrayı durdurmayacağı için, onu takipten önce menfi tespit davası açma olanağından tümüyle mahrum bırakmak anlamına geleceğini; böylece alacağın yüzde onbeşi oranında teminatla takibi durdurmak için ihtiyati tedbir alabilecek olan borçlunun takipten sonra açmak zorunda bırakıldığı menfi tespit davasında daha ağır koşullarda ihtiyati tedbir almak zorunda kalacağını hatırlatmaktadır.** (Bakınız: Prof. Dr. Süha Tanrıver, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147, Sayfa: 111-141.)

VI. GEREKÇE

Başvuru ve başvuru üzerine verilen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararı gereğince, ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olup olmadığına ve arabulucuya gitmiş olmanın bir dava şartı olup olmadığına ilişkin Dairemizce kesin bir karar verilmesi gerekmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/3-4 maddelerine uygun olarak verildiğinden ve incelenen evrakın kapsamından söz konusu uyuşmazlığın ticari nitelikteki menfi tespit davalarından kaynaklandığı anlaşılmış olup bu tür davaların temyiz incelemesini yapma görevi Dairemize ait olduğundan, talebin Dairemizce görüşülüp değerlendirilmesine karar verilmiştir.

TTK'nun konuyla ilgili madde metni şöyledir:

“3. Dava şartı olarak arabuluculuk MADDE 5/A- (Ek:6/12/2018-7155/20 md.)

(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar parama ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.

Madde metni her hangi bir tereddüde ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde açık yazılmıştır. TTK'na bu maddenin eklenmesini sağlayan 7155 sayılı kanunun genel gerekçesinin bu konuyla ilgili kısmı ve madde için özel olarak yazılan gerekçe de bu açık anlamı desteklemektedir.

Bir ticari davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre; (a) Öncelikle konusu, bir miktar paranın ödenmesi olmalı, (b) Sonra dava konusu olan bir miktar paranın ödenmesi için yapılan talep, bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmelidir. Bu koşulların bulunması halinde dava açılmasından önce

arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olacaktır. Bu koşulların gerçekleşmediği ticari davalarda davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak kabul edilmeyecektir.

Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır.

Hal böyle olunca, yukarıda mahiyeti açıklanan menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK'nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır.

Yukarıda doktrinden yapılan alıntılarda da bu sakıncalara önemle işaret edilmektedir.

Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelere rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir.

Böyle bir yaklaşım, özel bir dava şartı olan arabuluculuğa başvuru halini genel bir dava şartı haline getirecektir.

HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hallerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı kanaatine varıldığından aşağıda açıklandığı şekilde uyuşmazlığın giderilmesine karar vermek gerekmiştir.

VI. SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle 7155 sayılı kanununun 20. maddesi ile 6102 sayılı TTK'na eklenen 5/A maddesi gereğince **TİCARİ NİTELİKTEKİ MENFİ TESPİT DAVALARINDA DAVA AÇILMADAN ÖNCE ARABULUCULUĞA GİDİLMESİNİN ZORUNLU OLMADIĞINA VE ARABULUCUYA GİDİLMİŞ OLMASININ BİR DAVA ŞARTI OLMADIĞINA,** uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine 13.02.2020 gününde oybirliğiyle ve 5235 sayılı kanununun 35/4 maddesi gereğince kesin olarak karar verildi.

DEĞERLENDİRME

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/4 maddesi gereğince kesin olarak verilmiştir. Kanaatimizce dairenin vermiş olduğu karar ve gerekçesi kanunun lafzı ile ruhuna uygun ve isabetlidir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararından 3 gün önce Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğu yönünde karar verilmiş idi.

T.C. YARGITAY

11.Hukuk Dairesi

Esas: 2019/ 3048

Karar: 2020 / 1093

Karar Tarihi: 10.02.2020

... Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığı tespiti talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığı tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. **Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığı tespitini ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığı tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağına ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı** ise de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan çek istirdadı davası ile birlikte açıldığından eldeki davada menfi tespit talebi de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacaktır....

Bölge Adliye Mahkemeleri arasında ticari nitelikteki menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurmuş olmanın dava şartı olup olmadığı konusunda bir görüş birliği bulunmazken şimdi de Yargıtay Daireleri arasında bu konuda görüş ayrılığı doğmuştur. Bu durum ise uygulamada çokça hak kaybına neden olacaktır.

Bilindiği üzere; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391. maddesi gereğince dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise aynı kanunun 397. maddesi gereğince, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar. Burada bahsedilen

süre bir hak düşürücü süre olup hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. (*Mustafa GÖKSU, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1253-1273, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, İzmir 2015*)

Yine 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk 18/A maddesinin 16. fıkrasına göre dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanunun 397 nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez.

Şu durumda dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılan bir başvuru mevcut olduğunda HMK 397/1 hükmünde belirtilen 2 haftalık esas dava açma süresi başvuru ile birlikte duracak ve son tutanak düzenlenene kadar işlemeyecektir. Ancak başvuru dava şartı arabuluculuk kapsamında değil ise hak düşürücü süre işleyecektir.

Yine 6325 sayılı HUAK'nun 18/A maddesinin 2. fıkrası göre davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

Ticari nitelikte bir menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının zorunlu olduğunu belirten Bölge Adliye Mahkemelerinin ve aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararlarını dikkate alarak davasının usulden reddedilmemesi için dava öncesinde verilmiş ihtiyati tedbir kararının tamamlayıcı merasimi olarak açılacak menfi tespit davası öncesinde arabulucuya başvuran taraf Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararı doğrultusunda menfi tespit davası zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmediğinden davasını süresinde açmamış sayılabilecek, ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacak ve davanın hak düşürücü sürede açılmadığından reddine karar verilebilecektir. Bu durum ise dava öncesinden ihtiyati tedbir kararı almış taraf için büyük hak kayıplarına yol açabilecektir.

Hukuki belirsizlik sebebiyle tarafların böyle bir hak kaybına uğramasına müsaade edilmemesi gerektiği ve bu konuda yeni bir kanun yapıncaya kadar veya İçtihadı Birleştirme Kararı verilinceye kadar (*Anayasa Mahkemesi 25/12/2018 T. 2017/29896 Yasemin Bodur Başvurusu Yargıtay Daireleri Arasındaki Görüş Ayrılığı Giderilmeden Davanın Reddedilmesi Nedeniyle Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edilmesi*) HMK 397/1 hükmü gereği esas dava açma süresinin işlememesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yine HUAK'nun 18/A maddesinin 13. fıkrasına göre zorunlu arabuluculuk kapsamında yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. Ticari nitelikte bir menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının zorunlu olduğunu belirten Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararlarını dikkate alarak dava şartı arabuluculuk kapsamında faaliyet yürüten arabulucuya Bakanlık tarafından yapılan ödemenin inceleme konusu Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararından sonra davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığından bahisle iadesinin gerekip gerekmeyeceği de tartışma konusu olacaktır.

Yürütölen arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında değilse Bakanlığın arabulucuya bir ödeme yapması gerekmeyecektir. Bu kapsamda arabulucuya ödenen ücretinin dava sonunda haksız çıkan taraftan tahsili de mümkün olmamalıdır. Bakanlıkça arabulucuya ödenmiş ücretin arabulucudan veya dava sonunda haksız çıkan taraftan istenmesi de kanaatimizce hakkaniyetli bir çözüm olmayacaktır. Zira bu durum hukuki belirsizlik sebebiyle ortaya çıkmış olup ne arabulucuya ne de taraflara atfedilebilecek bir kusur bulunmamaktadır. **14/07/2020**

Arb. Av. Ümit KİLİTCİ