

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK HAKKINDA USÛL HUKUKU BAKIMINDAN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Some Evaluations about Mediation as a Case Condition in Commercial Disputes in Terms of Procedural Law

Doç. Dr. Cenk AKIL*

Geliş Tarihi: 02.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

6.12.2018 gün ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Hakkında Kanunla yapılan değişiklikler ile konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat olan ticari davalar bakımından da arabuluculuk özel bir dava şartı haline getirilmiştir. Bu çalışmada ticari davalar bakımından kabul edilen zorunlu arabuluculuk bütün yönleriyle değil, medeni usul hukuku bakımından özellik arz eden bazı özellikleri bakımından ele alınmıştır. Bu bağlamda, öncelikle genel olarak arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılması üzerinde durulmuştur. Bunu takiben, dava şartı arabuluculuğun sırasıyla kümülatif dava yığılmasıyla, terditli davayla, seçimlik davayla, kısmi davayla, belirsiz alacak davasıyla, karşı davayla, mütela-hik davayla, ıslahla, dava arkadaşlığıyla, ihtiyati tedbirlerle, çekişmesiz yargıyla, diğer alternatif uyuşmazlık yollarıyla ve yargılama giderleriyle ilişkisine değinilmiştir. Daha sonramenfi tespit davası gibi uygulamada tartışma konusu olan bazı davalar bakımından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışma yürürlükteki düzenlemeye ilişkin bazı önerilerin yer aldığı sonuç kısmıyla tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, dava şartı, medeni usul hukuku, para alacakları, ticari dava

ABSTRACT

As a result of the amendments made to the Law on the Initiation of Follow-up of Money Receivables from Subscription Agreements dated 6.12.2018 and numbered 7155, mediation has become cause of action in terms of the payment of some amount of money or compensation. In this study, the application of compulsory mediation, which is accepted in terms of commercial cases, is emphasized in terms of civil procedure and not in all aspects. In this context, firstly, is dwell up on the compulsory mediation as a cause of action in general. It was emphasized that the application to mediation in general is considered as a condition of a case. Then, was focused on the relationship between compulsory mediation and the accumulation of claims, action with gradual demands, action with alternative demands, action with partial claim, in definite debt and declaratory action, counteraction, action with alternative causes, amendment, joinder of parties, precautionary measures, non-contentious jurisdiction, other alternative disputes and other alternative disputes, and other alternative disputes and judicial expenses, respectively. Afterwards, some cases were discussed in practice such as negative declaratory action. The study was completed with the concluding part of some commendations regarding the current regulation.

Keywords: Mediation, cause of action, law of civil procedure, pecuniary claim, commercial case.

* Doç. Dr. Cenk Akil. e-posta: akilcenk@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-3662-0124.

GİRİŞ

6.12.2018 gün ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 23. maddesiyle, 7.6.2012 gün ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 18/A; 20. maddesiyle de 13.1.2011 gün ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) yine aynı başlık altında 5/A maddesi eklenmiştir.

Bahsi geçen değişikliklerin yürürlüğe girmesi teoride ve uygulamada bazı tartışmalara yol açmıştır. Aşağıda bunlardan bir kısmını usul hukuku bağlamında değerlendirmeye çalışacağız.

I. ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN DAVA ŞARTI SAYILMASI

HUAK m. 18/A, f. 1 ile bu maddeyle (18/A) getirilen düzenlemenin arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak kabul eden bütün Kanunlar bakımından uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen Kanunlardan biri de hiç kuşkusuz TTK'dir. Nitekim, TTK m. 5/A, f. 1 uyarınca, TTK'nin 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, **konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri** hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması **dava şartıdır**¹.

Bilindiği üzere, dava şartı ile mahkemenin bir davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için varlığı ya da yokluğu gerekli olan şartlar kastedilmektedir². Bu şartlar çeşitli kriterlere göre kendi içinde genel-özel ve olumlu-olumsuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel dava şartları bütün davalar, özel dava şartları ise sadece kanunda öngörülmüş bulunan davalar için öngörülmüş bulunan şartlardır. Buna karşılık, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için bulunması gereken dava şartları olumlu; bulunmaması gerekenler ise olumsuz dava şartları olarak nitelendirilmektedir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında ticari davalardan³ konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında arabuluculuğa başvurulması zorunluluğu bir yandan özel⁴, diğer yandan olumlu dava şartı olarak nitelendirilecektir.

¹ Arabuluculuğun dava şartı sayılmasının olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bkz. Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, S. 225, Aralık 2018, s. 2.

² Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usûl Hukuku, 4. B., Ankara 2018, s. 280; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 927; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, c. I, 2. B., Ankara 2018, s. 636; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018, s. 151.

³ Madde metninde açıkça "dava"dan bahsedildiğinden "icra takibi"nde bulunmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu söz konusu değildir. Bu yönde: Muhammet Özkes, "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", Duruşma Arası, 2019/1, s. 62.

⁴ Betül Azaklı Arslan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 140.

Dava şartının nasıl uygulanacağı ise 18/A maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına 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.”

Şu halde, uyuşmazlığın tarafları arabulucuya başvurmuş ve anlaşmamış olmakla birlikte son tutanağı mahkemeye sunmayı unutmularsa mahkemenin vereceği bir haftalık kesin süre içinde bu eksikliği gidermeleri mümkündür. Verilen süreye rağmen belgenin sunulmaması durumunda ise açılan dava usulden reddedilecektir.

Buna karşılık, davacı daha evvel arabulucuya başvurmadan doğrudan mahkemede dava açmışsa bunu tespit eden mahkeme “süre vermeden” davayı dava şartı yokluğundan usulden reddedecektir. Özellikle bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme lüzumsuz derecede sert olup bu yönüyle hak kayıplarına yol açabilecek niteliktedir. Bu görüşe göre, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan önce dava açılmış ise HMK m. 115, f. 2 hükmü uygulanarak arabulucuya başvuru bekletici sorun (HMK m. 165) sayılmalı ve arabuluculukta anlaşma sağlanamaması durumunda davaya devam edilmelidir. Buna karşılık, arabulucuya başvuru neticesinde anlaşma sağlanırsa konusuz kalan dava usuli bir kararla sona erdirilmeli ve fakat yargılama masraflarına arabulucuya başvurmadan dava açan davacı katlanmalıdır⁵. Buna karşılık, davacı, arabulucuya başvurmadan dava açmış, mahkeme bunu davanın esasına girmeden fark etmemiş ve hüküm anında bu eksiklik giderilmişse dava artık dava şartı eksikliğinden dolayı reddedilmemelidir (HMK m. 115, f. 3)⁶.

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre ise arabuluculuğa başvuru zorunluluğu yerine getirilmemişse hâkimin HMK m. 115, f. 2, c. 2 uyarınca davacıya süre vererek bu eksikliğin giderilmesini sağlaması mümkün değildir. Bununla birlikte, bu görüşe göre, HMK m. 137 uyarınca tarafları ön inceleme aşamasında arabuluculuğa teşvik etmek zorunda olan hâkimin, arabulucuya başvurulmadığı gerekçesiyle davayı dava şartı yokluğundan ötürü usulden reddetmesi hak arama özgürlüğünü ihlâl edeceği gibi, uyuşmazlığın çözümünü

⁵ Bkz. Ali Cem Budak, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER 2019/1, s. 27.

⁶ Azaklı Arslan, s. 151; Budak, Arabuluculuk, s. 27.

de geciktirecektir. Bu nedenle, davanın doğrudan dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddi yerine usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 29) gereğince mahkemenin taraflara dava şartının yerine getirilmesi için süre vermesi ve bu hususu bekletici sorun sayması arabuluculuğun amacına daha uygun olacaktır⁷.

Kanımızca mahkemenin arabulucuya başvurmadan dava açan davacıya Kanun hükmünün açıklığı karşısında süre vermesi caiz değildir. Bu husus doktrinde haklı olarak belirttiği gibi eleştiriye açıktır. Bununla birlikte, hâkimin süre vermesi durumunda bunun bir kez davayı açmış olan ve arabulucu nezdinde anlaşmaya varılamaması durumunda yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağını bilen tarafın bu ihtimalde arabuluculuk sürecini sırf anlaşmazlık tutanağı temin etmek için kullanmaya çalışması kuvvetle muhtemeldir. Bunun ise varlık sebebi tarafların içinde düştükleri uyuşmazlıkları dava yoluna başvurmadan halledebilmelerini sağlamak olan Kanun'un ruhuna ne ölçüde uygun düşeceği tartışmaya açıktır. Öte yandan, meseleye farklı bir pencereden bakıldığında davanın bu şekilde usulden reddedilmesiyle tarafların dolaylı olarak arabuluculuğa yönlendirildiği de söylenebilecektir.

Bu meyanda akla gelebilecek başka bir soru ise tarafların arabulucuya başvurmuş, anlaşamamış ve fakat anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağı tanzim etmeyi unutmşlarsa ne olacaktır. Doktrinde böyle bir durumda mahkemenin HMK m. 137 hükmü gereğince ön inceleme aşamasında dava şartlarına ilişkin inceleme sırasında dava şartının yerine getirilip getirilmediğini taraflardan birine sorması veya verilen cevap dilekçesiyle bu hususu tespit edebileceği ifade edilmiştir⁸. Kanımızca bu ihtimalde mahkemenin davacıya kısa ve kesin bir süre vermek suretiyle son tutanağın tanzim edilerek mahkemeye ibrazını istemelidir. Başka bir deyişle, salt iki tarafın dava şartının yerine getirilmiş olduğunu mahkeme huzurunda kabul etmeleri yeterli değildir.

Davacının arabulucuya başvurmadığı davanın daha sonraki aşamalarında fark edilmiş ise mahkeme dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verecektir (HUAK m. 18/A, f. 2, son c.).

Doktrinde ayrıca davanın arabulucuya başvurulmamış olması nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddi durumunda davanın açılmasıyla birlikte meydana gelen sonuçların ortadan kalkıp kalkmayacağı irdelenmiş ve kanun koyucunun arabuluculuğa başvurma zorunluluğu dava şartının kesin süre verilerek tamamlanabilecek dava şartları arasında düzenlemeyerek davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunma imkânını da

⁷ Azaklı Arslan, s. 144.

⁸ Ersin Erdoğan, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İHSGHD, S. 55, Y. 2017, s. 1217; Azaklı Arslan, s. 142.

ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir⁹. Bu görüşe göre böyle bir durumda HMK m. 20 kıyasen uygulanarak mahkemenin usulden ret kararının kesinleştiğinin tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde davacının arabulucuya başvurması durumunda ilk davanın açılmasıyla ortaya çıkan sonuçları korunabilmelidir¹⁰.

Kanımızca dava usulden reddedilmiş de olsa bir kez açılmıştır ve davanın açılmış olmasıyla ortaya çıkan bir takım sonuçların davanın usulden reddedilmiş olduğu gerekçesiyle meydana gelmediği kabul edilemez. Bilhassa davalının temerrüde düşmesi, davalının iyi niyetinin kötü niyete dönüşmesi gibi maddi hukuktan kaynaklanan sonuçlar dava usulden reddedilse de bâki kalacaktır¹¹.

Diğer yandan, davanın arabuluculuğa başvurulmaması nedeniyle usulden reddi durumunda bu karara karşı HMK m. 341, f. 2 çerçevesinde istinaf yoluna başvurulabilecektir. Öte yandan, arabuluculuğa başvurulmamasına rağmen bu husus gözden kaçırılarak dava görülmüş ve hüküm verilmişse istinaf yoluna başvurulması durumunda bölge adliye mahkemesi dava şartlarını resen göz önünde bulunduracağından ilk derece mahkemesinin -bu husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi- kararını kaldıracaktır[HMK m. 353, f. 1, b. (a), alt bent (4)]. Bu hâlde bölge adliye mahkemesi dosyayı duruşma yapmadan ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine kesin olarak karar verecektir¹². Bunun üzerine dosya kendisine intikal eden ilk derece mahkemesi de davayı dava şartı noksanlığından ötürü usulden reddedecektir¹³.

II. ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN DAVA ŞARTI SAYILMASININ ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ BAZI DURUMLAR

A. Kümülatif Dava Yığılması Bakımından

Kümülatif dava yığılması “davaların yığılması” başlığıyla HMK m. 110’da düzenlenmiştir. Kümülatif dava yığılmasından bahsedilebilmesi için aynı davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini bunlar arasında aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan ileri sürmesi, dava konusu taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tamamı bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması gerekir.

Davaların yığılması söz konusu olduğunda görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur¹⁴. Dolayısıyla ticari davalardan sadece birisinin

⁹ Azaklı Arslan, s. 144-145.

¹⁰ Azaklı Arslan, s. 147.

¹¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, Ankara 2001, s. 4144.

¹² Bkz. HMK m. 353, f. 1, b. (a).

¹³ Doktrinde haklı olarak bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine bizzat reddetmesinin usul ekonomisine uygun düşeceği ifade edilmiştir. Bkz. Azaklı Arslan, s. 150.

¹⁴ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 2017, s. 1689; Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1093; Tanrıver, s. 629.

konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talebi ise sadece o talep bakımından dava şartı arabuluculuğa başvuru aranacaktır¹⁵.

B. Terditli Dava Bakımından

Terditli dava HMK m. 111’de düzenlenmiştir. Davacının açmış olduğu davada davalıya karşı aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurarak birden fazla talebini ileri sürmesi ve bu talepler arasında hukuki veya ekonomik bağ bulunması durumunda terditli davadan bahsedilir¹⁶.

Terditli davada önce davacının asli talebi daha sonra ferî talebi incelenir¹⁷. Asli ve ferî talep arasındaki ilişki çok sıkıdır; birbirlerine nazaran bağımsız kabul edilmezler¹⁸. Terditli davada hem asıl hem de ferî talep aynı anda derdesttir.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde açılan terditli davada asli veya ferî taleplerden birinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içeren ticari dava olması durumunda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁹. Başka bir deyişle, davacı bu hâlde terditli dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktır.

Buraya kadar söylenenler gerçek terditli davalar bakımındandır²⁰.

Gerçek olmayan terditli davada ise birbiriyle ilişkili ve fakat bağımsız birden fazla talep ileri sürülmektedir. Bu nedenle bu tip davalar bakımından yukarıda kümülatif dava yığılması bakımından yapılan açıklamalar geçerlidir²¹.

C. Seçimlik Dava²² Bakımından

Bilindiği üzere, seçimlik davadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce ortada seçimlik borç²³ olması gerekir²⁴. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde,

¹⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

¹⁶ Terditli dava türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1994, s. 89 vd. Terditli dava öğretide kademeli ve basamaklı dava olarak da anılmaktadır. Bkz. Yılmaz, Şerh, s. 1694.

¹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 308. Terditli davada mahkeme, asıl talebi olumlu bulmuş ve hüküm altına almışsa, ferî talep hakkında esastan incelemeye girişip onunla ilgili olarak herhangi bir karar veremeyecektir (Tanrıver, s. 631).

¹⁸ Uğur Bulut, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017, s. 143.

¹⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

²⁰ Gerçek ve gerçek olmayan terditli dava ayırımı için bkz. Muşul, s. 124 vd.

²¹ Bulut, s. 146.

²² “Seçimlik dava” yerine “seçimlik borç davası” ifadesinin kullanılması gerektiği hakkında bkz. Umar, s. 336.

²³ Seçimlik borç TBK m. 87’de düzenlenmiştir. Buna göre, borcun konusu birden çok edim teşkil edip de bunlardan seçilecek yalnız birisinin ifası gerekiyorsa seçimlik borç söz konusu olacaktır.

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 308.

alacaklı seçimlik dava açabilmektedir²⁵. Seçimlik davada yargılamanın konusunu davalının borçlu olduğu birkaç edim oluşturmakta ise de talep tektir. Borcun konusunu oluşturan edimler birbirinden bağımsız ve asli nitelikte değildir²⁶. Bu nedenlerle, seçimlik taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması yeterlidir; bu durumda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁷.

D. Kısmi Dava Bakımından

Kısmi davadan²⁸ bahsedilebilmesi için her şeyden önce ortada niteliği itibarıyla bölünebilir bir talep olması gerekir (HMK m. 109, f. 1). Para ve tazminat alacaklarında durum prensip olarak zaten böyledir. Dolayısıyla konusu bir miktar para alacağı ya da tazminatın ödenmesi olan ticari bir dava, kısmi dava olarak açılmak istenmekteyse davacının önce arabulucuya başvurması zorunludur. Kısmi dava yargılaması içinde talep miktarının artırılması ya da ıslah yoluna gidilmesi durumunda tekrar arabulucuya başvuru zorunlu değildir. Buna karşılık, kısmi davadan sonra ek dava açılacak olursa ek dava için de ayrıca arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir²⁹. Zira aralarındaki yakın irtibata rağmen ek dava, kısmi davadan bağımsız bir davadır.

E. Islah Bakımından

Islah öğretide “(K)arşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın (iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı kapsamındaki) usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasada belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal bir çare” olarak tarif edilmektedir³⁰. Islah tamamen ve kısmen ıslah olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Davanın tamamen ıslahı³¹ durumunda davacı bu beyanda bulunmasından itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır (HMK m. 180, f. 1, c. 1). Davacı davasını tamamen ıslah etmek suretiyle konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat olan bir ticaret davasına çevirmek isterse tamamen ıslah beyanında bulunmasını müteakip arabuluculuk yoluna başvurması gerekir. Bunun üzerine yeni dava dilekçesi vermesi için kendisine tanınan bir haftalık süre arabuluculuk prosedürü

²⁵ HMK m. 112, f. 1.

²⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1091; Bulut, s. 128.

²⁷ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

²⁸ Kısmi dava hakkında geniş bilgi için bkz. Cenk Akil, Kısmi Dava, Ankara 2013.

²⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

³⁰ Ejder Yılmaz, Islah, 4. B., Ankara 2013, s. 52.

³¹ Tamamen ıslah durumunda davanın eski hali ile yeni hali arasında bağlantı bulunmasının gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalar için bkz. Yılmaz, Islah, s. 195-196; Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 272; Muhammet Özkes, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1510.

neticesinde son tutanak hazırlanıncaya kadar işlemez³². Şayet arabuluculuk nezdinde anlaşma sağlanırsa yargılama giderlerine tamamen ıslah yoluna başvuran davacı katlanacaktır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ıslah yoluyla arabuluculuk görüşmelerinde ileri sürülmeyen bir husus (talep) davaya dâhil edilebilir³³. Tarafların ıslah yoluyla ileri sürdüğü uyuşmazlık ile asıl uyuşmazlık arasında bağlantı bulunmaktadır ve taraflar asıl uyuşmazlık için arabulucuya başvurmuş ve anlaşmamışlardır. Bu durumda asıl uyuşmazlık ile bağlantılı olan uyuşmazlık için arabuluculuk yolunun denemesi uyuşmazlığın çözüm sürecini uzatacaktır. Bu nedenle bu uyuşmazlığın ıslah yoluyla ileri sürülebileceği kabul edilmelidir³⁴.

Bilindiği üzere, ıslah yoluyla derdest talep artırılabilmesi gibi, değiştirilebilir ya da ek talep de bulunulabilir³⁵. Kanaatimizce ıslah yoluyla ileri sürülen talebin bağımsız bir davaya vücut verecek nitelikte olması durumunda³⁶ arabulucuya başvuru şartı aranmalıdır. Başka bir deyişle, bu hâlde, ıslah yoluyla daha önce arabulucu önüne götürülmemiş talep ancak arabulucuda anlaşma sağlanamaması durumunda davaya dâhil edilebilecektir. Buna karşılık, yeni bir talep ileri sürülmemesi ve fakat mevcut talebin artırılması durumunda arabuluculuk yoluna başvurulmasının zorunlu olmadığı kanaatindeyiz.

F. Belirsiz Alacak Davası Bakımından

Hukumumuzda davacının, davanın açıldığı tarihte alacağı miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açılması mümkündür (HMK m. 107, f. 1).

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminatın oluşturduğu ticari davaların belirsiz alacak davası³⁷ olarak açılması mümkündür³⁸. Böyle bir durumda davacı söz konusu davayı açmadan önce TTK m. 5/A, f. 1 uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.

³² Koçyiğit/Bulur, s. 70.

³³ Erdoğan, s. 1218.

³⁴ Azaklı Arslan, s. 142.

³⁵ Yılmaz, Şerh, s. 2238; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017, s. 2238; Tanrıver, s. 748.

³⁶ Islah yoluyla yargılamaya ne tür taleplerin dâhil edilebileceği hakkında bkz. Özkes, Pekcanitez Usul, s. 104-107.

³⁷ Belirsiz alacak davası hakkında geniş bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2017; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013; İbrahim Ercan, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013.

³⁸ Belirsiz alacak davasının konusunun münhasıran para alacağı olabileceği hakkında bkz. Tanrıver, Usul, s. 617; Pekcanitez, Umar'a Armağan, s. 528; Ali Cem Budak, "Belirsiz Alacak Davası", BD, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 85. Daha isabetli olduğuna inandığımız aksi yöndeki görüş için bkz. Simil, s. 33. Karş. Yılmaz, Şerh, s. 1623.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, belirsiz alacak davası sırasında talep konusunun artırılmadığı daha sonra fazlaya ilişkin haklarla ilgili talep konusunun geri kalan kısmı bakımından ek dava açıldığı hallerde uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması halinde ona ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁹.

Bu görüşe katılmıyoruz. Zira belirsiz alacak davası tam bir eda davası olup davacı belirsiz alacak davasında alacağının tümünü talep etmektedir⁴⁰. Davacı, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilecektir⁴¹.

Davacının bunun dışında belirsiz alacak davasında fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak daha sonra ek dava açması caiz değildir.

G. Karşı Dava Bakımından

Karşı dava⁴² HMK m. 132 vd.'da düzenlenmiştir. Karşı dava ile asıl davanın yargılaması müşterek ise de karşı dava da tıpkı asıl dava gibi bağımsız bir davadır⁴³. Bu nedenle, sadece karşı davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi yahut tazminat olsa dahi karşı davanın davacısının karşı dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerekecektir. Karşı dava açmanın süreye bağlı olduğu dikkate alındığında⁴⁴ söz konusu sürenin kaçırılacağı akla gelirse de doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, karşı davanın davacısının -dava açmadan önce- arabuluculuk bürosuna başvurmasından son tutanağın düzenlenmesine kadar zamanaşımı süresi duracağından ve hak düşürücü süreler de işlemeyeceğinden (HUAK m. 18/A, f. 15) davacı karşı dava açma süresini kaçırmayacaktır⁴⁵.

H. Mütelahik Dava Bakımından

Mütelahik davanın özelliği kendisini davacının talebini birden farklı hukuki sebebe dayandırmasından göstermektedir⁴⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre böyle bir durumda hâkim davacı açısından daha elverişli olanına göre karar vereceğinden⁴⁷ hukuki sebeplerden

³⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 70.

⁴⁰ Simil, s. 299; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1027, 1067; Tanrıver, s. 609.

⁴¹ HMK m. 107, f. 2.

⁴² Karşı dava hakkında geniş bilgi için bkz. Tuğçe Arslanpınar, Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava, Ankara 2013.

⁴³ Arslanpınar, s. 110.

⁴⁴ Bkz. HMK m. 133, f. 1.

⁴⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 71.

⁴⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 310; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1098.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 310; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1098.

sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talebini içeren ticari davanın hukuki sebebini oluşturması yeterlidir⁴⁸.

Mütelahik davada davaya dayanak teşkil eden dava sebebi birden fazla ve fakat talep tek olduğundan kanımızcabu talebin (davanın) konusu bir miktar paranın ödenmesi yahut tazminat ise dava şartı arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

I. Dava Arkadaşlığı Bakımından

Dava arkadaşlığı⁴⁹ ya da diğer adıyla sübjektif dava birleşmesi ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57-58) ve mecburi dava arkadaşlığı (HMK m. 59-60); mecburi dava arkadaşlığı ise kendi içinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır⁵¹. Esasen birbirinden bağımsız olan bu davalar usul ekonomisi (HMK m. 30) düşüncesiyle bir arada görülmektedir⁵². İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olduğundan dava şartlarının ve bu meyanda arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun her bir dava için ayrıcaincelenmesi gerekmektedir⁵³. Arabuluculuk sürecinde müstakbel dava arkadaşlarının tamamının anlaşması zorunlu değildir; anlaşmayı bazılarının kabul etmesi bazılarının ise reddetmesi mümkündür⁵⁴. Böyle bir durumda ihtiyari dava arkadaşlarının bir bölümünün davası dava şartı noksanından dolayı usulden reddedilecek; diğerlerinininkine ise devam edilecektir⁵⁵.

İhtiyari dava arkadaşlığı hakkında buraya kadar söylenenler şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı için de geçerlidir⁵⁶. Dolayısıyla ihtiyari veya şekli bakımdan dava arkadaşlığında şayet dava arkadaşlarından biri bakımından arabuluculuğa başvurulmamış ise onun hakkındaki davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekecektir.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığına gelince; bu dava arkadaşlığında taraf çokluğuna bağlı bir dava yığılması söz konusudur. Burada da birden fazla dava vardır⁵⁷. Bu nedenle dava şartları her bir dava

⁴⁸ Koçyiğit/Bulur, s. 70.

⁴⁹ Dava arkadaşlığı hakkında geniş bilgi için bkz. Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

⁵⁰ Ulukapı, s. 43-44.

⁵¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 138.

⁵² Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000, s. 361; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 222; Budak/Karaaslan, s. 102-103.

⁵³ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁵⁴ Şamil Demir, "Arabuluculuk Arkadaşlığı", ABD 2013/2, s. 297.

⁵⁵ Azaklı Arslan, s. 163.

⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 543.

⁵⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 140; Üstündağ, s. 373.

arkadaşı bakımından münferiden ele alınacaktır. Bununla birlikte maddi bakımdan dava arkadaşlığında bütün dava arkadaşları bakımından aynı hüküm verilebileceğinden dava şartlarının bir dava arkadaşı bakımından dahi eksik olması durumunda davanın usulden reddi yoluna gidilecektir⁵⁸. Bu nedenle, şayet uyuşmazlık maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarından biri bakımından konusu bir miktar paranın ödenmesini gerektiren alacak yahut tazminat olan bir ticari dava ise mecburi dava arkadaşlarının tamamı bakımından arabuluculuğa başvuru aranacaktır⁵⁹.

Kanımızca arabuluculuk aşamasında arabuluculuk sürecine katılmayan dava arkadaşına süre verilerek onun da sürece katılımının sağlanması doğru olacaktır.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olabileceği hallerde arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmış sayılması için müstakbel dava arkadaşlarının tamamının ya da temsilci atanmışsa onun anlaşmayı kabul etmesi gerekir⁶⁰. Dava arkadaşlarının bir kısmı anlaşmayı kabul etmiş diğerleri reddetmişse bu, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamamış anlamına gelecektir⁶¹.

J. İhtiyati Tedbir Bakımından

Bilindiği üzere ihtiyati tedbir (HMK m. 389 vd.) hukuki niteliği itibarıyla “dava” değil, “geçici hukuki himaye tedbiri”dir⁶². Dolayısıyla ihtiyati tedbir talepleri bakımından dava şartı olarak arabulucuya başvurulma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir⁶³. Daha açık bir deyişle, ihtiyati tedbir talebiyle mahkemeye başvuran tarafın daha önce arabuluculuğa başvurmasına gerek yoktur.

K. Çekişmesiz Yargı İşleri Bakımından

İlgililer arasında çekişme yokluğu, sübjektif hakkın bulunmaması ya da hâkimin resen harekete geçmesi gibi kriterlerden biri ya da bir kaçına göre hukukun mahkemelerce uygulanmasını gerektiren çekişmesiz yargı⁶⁴ işleri hukuki nitelikleri itibarıyla “dava” değildirler. TTK m. 5/A’da ticari “dava”lardan

⁵⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 143; Koçyiğit/Bulur, s. 72; Azaklı Arslan, s. 168.

⁵⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁶⁰ Demir, s. 300.

⁶¹ Koçyiğit/Bulur, s. 72; Azaklı Arslan, s. 168.

⁶² İhtiyati tedbirin hukuki niteliği hakkında bkz. Evrim Erişir, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 144 vd.

⁶³ Budak, s. 34. Para alacağının ödenmesinin güvence altına alınması için başvurulacak geçici hukuki koruma tedbiri ihtiyati tedbir değil, esasen ihtiyati hacizdir (İİK m. 257 vd.). Ancak, ihtiyati haciz de ihtiyati tedbir gibi “dava” olmadığından ihtiyati haciz talebinde bulunmadan önce de arabuluculuk yoluna başvurulması zorunluluğundan bahsedilemeyecektir.

⁶⁴ Çekişmesiz yargı hakkında geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961.

bahsedildiğinden çekişmesiz yargı işleri bakımından dava şartı arabuluculuğun aranmayacağı doğaldır⁶⁵. Diğer yandan, çekişmesiz yargı işleri kamu düzenine ilişkin olduğundan ötürü de arabuluculuğa elverişli değildirler⁶⁶.

L. Başka Bir Alternatif Çözüm Yolunun Öngörülmesi Olması Bakımından

Arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Arabuluculuk dışında uzlaşma, kısa duruşma, vakıaların tespiti, müzakere, tarafsız ön değerlendirme gibi başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da bulunmaktadır⁶⁷. Bu durum kanun koyucu tarafından da dikkate alınmış ve özel kanunlarda veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁶⁸.

O halde ortada tarafların arabuluculuktan da önce başvurması icap eden bir alternatif uyuşmazlık yolu var ise taraflar önce bu yolu denemeleri gerekecektir.

Bu düzenlemeyi doğal karşılamak gerekir. Zira kanun koyucunun arabuluculuğu dava şartı olarak kabul etmesinin altında zaten tarafların dava yoluna başvurmadan alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmelerine fırsat tanıma düşüncesi yatmaktadır.

Bununla birlikte, getirilen bu düzenlemeye ilişkin olarak çözüme kavuşturulması gereken bazı hususlar vardır. Söz gelimi, taraflardan biri aralarındaki tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu kanısıyla arabulucuya başvurur ve karşı taraf da sözleşmenin geçerli olduğu gerekçesiyle buna karşı koyarsa ne olacaktır? Her şeyden evvel arabulucunun tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını karara bağlayamayacağı söylenebilir. Kanımızca bu varsayımda taraflardan biri arada tahkim sözleşmesi olduğu gerekçesiyle arabulucuya başvurulamayacağını ileri sürüyorsa arabulucu anlaşmazlık tutanağı hazırlayacaktır. Bunun üzerine dava açılırsa tahkim itirazı mahkeme nezdinde de ileri sürülebilecektir (HMK m. 413).

M. Yargılama Giderleriyle Sorumluluk Bakımından

Bilindiği üzere, usul hukukunda yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından temel kaide davada haksız çıkanın yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağıdır. Tarafların kısmen haklı çıkması durumunda ise yargılama giderleri tarafların haklılık durumuna göre paylaşılır⁶⁹.

⁶⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁶⁶ Bkz. HUAK m. 1, f. 2.

⁶⁷ Gülgün İldir, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara 2003, s. 78 vd.; Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, Ankara 2016, s. 116.

⁶⁸ Bkz. HUAK m. 18/A, f. 18.

⁶⁹ HMK m. 326

HUAK m. 18/A'da ise yargılama giderleri bakımından daha farklı bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Buna göre, taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamış ve bu nedenle arabuluculuk faaliyeti sona ermişse toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf daha sonra görülecek davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahiyargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca o taraf lehine vekâlet ücretine de hükmedilemez. Her iki tarafında ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesi durumunda ise taraflar yapmış oldukları yargılama giderlerine katlanırlar (HUAK m. 18/A, f. 11).

Tarafın ilk toplantıya katılmamasına ilişkin olarak ileri sürdüğü mazeret arabulucu tarafından geçerli görülmemiş; buna karşılık, mahkeme aksi kanaatte ise ne olacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Zira bu durum yargılama giderlerinden sorumluluğu doğrudan etkileyecektir.

Mahkeme mazereti geçerli görmesi durumunda kanımızca tarafları arabulucuya yönlendirmelidir⁷⁰.

Bu bağlamda irdelenmesi gereken başka bir mesele ise taraflardan birinin geçerli bir mazeret olmaksızın ilk toplantıya gelmemesi; buna karşılık, diğer (karşı) tarafın da yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilemesidir. Burada HUAK m. 18/A, f. 11, c. 1 ile HMK m. 327, f. 1 çatışma halindedir. Zira HMK m. 327, f. 1 uyarınca, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilecektir.

Kanaatimizce böyle bir durumda HUAK'nin ilgili maddesi özel hüküm telakki edilmeli ve öncelikle uygulanmalıdır. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından, HUAK m. 18/A, f. 11'de karşı tarafın yargılama sırasında dürüstlük kuralına aykırı davrandığı halleri istisna tutan bir hükme yer verilebilir.

III. TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN UYGULAMADAKİ DURUMU

Yukarıda belirtildiği üzere TTK m. 5/A uyarınca ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır. Nitekim Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi bir kararında şirkete verilen zarara karşılık talep edilen tazminatı bu kapsamda değerlendirmiştir: "*Davacı vekili... şirkete verilen zarara karşılık 1.000 TL ve müvekkiline verilen zarara karşılık 1.000 TL olmak üzere toplamda 2.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 TTK'nın 5. maddesinden*

⁷⁰ İMK'nin Genel Gerekçesi'nde ise böyle bir durumda mahkemenin uyuşmazlığı bir kez daha arabulucuya yönlendirmeyeceği ve bizzat karara bağlayacağı ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

sonra gelmek üzere eklenen 5/A maddesi uyarınca bu kanunun 4. maddesinde belirtilen ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmuş olması dava şartıdır... Davanın 17.6.2019 tarihinde açıldığı, dava açıldığı tarih itibarıyla arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olduğu, buna rağmen davacı tarafça belirtilen bu yükümlülüğün yerine getirilmeden davanın açılmış olduğu sonucuna varılmış, açılan davanın dava şartı yokluğundan reddine ilişkin aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”⁷¹.

Uygulamada itirazın iptali davalarının⁷² da dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu konusunda tereddüt yaşanmadığı söylenebilir. Örneğin: *“TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağına tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. İtirazın iptali davalarında da davacı, bir miktar para alacağına tahsilini amaçladığından, itirazın iptali davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılmadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır. Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; itirazın iptali davalarında arabulucuya başvurulmasının TTK’nın 5/A maddesi uyarınca dava şartı olduğuna dair ilk derece mahkemesinin değerlendirmesi isabetli ise de...”⁷³.*

⁷¹ Bakırköy 5. ATM, 18.6.2019, 428/703. Aynı yönde: “Dava, davacının, faturaya dayalı hesap alacağına tahsili için davalı aleyhine giriştiği icra takibine vâki itirazın İİK’nun 67. maddesi gereğince iptali ile takibin devamına ve icra inkâr tazminatı istemine ilişkindir... 7155 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna eklenen 5/A maddesi uyarınca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak hüküm altına alınmış olup bu davanın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5/a maddesine göre, TTK’nın 4. maddesi gereğince, Arabuluculuğa tabi davalar arasında yer aldığı, davacının arabuluculuğa başvurduğuna dair herhangi bir belge sunmadığı gibi bu yönde de bir iddiası bulunmadığından davanın 7155 Sayılı yasa ile değişik 6102 Sayılı TTK’nun 5/A ve aynı sayılı yasa ile değişik 6325 Sayılı Kanunun 18/A maddesinin birinci fıkrası uyarınca arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilerek” Bakırköy 7. ATM, 14.6.2019, 420/573 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷² İİK m. 67.

⁷³ İstanbul BAM 14. HD, 20.3.2019, 545/417 (uyap.gov.tr). Aynı yönde: “... Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi... davanın dava şartı yokluğundan... usûlden reddine karar vermiş... Dava, ticari satımdan kaynaklanan alacağın tahsili yönünde yapılan takibe itirazın iptali davasıdır. 6102 sayılı TTK’nın 7155 sayılı Yasa ile eklenen 5/A-1. maddesine göre: Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 6100 sayılı HMK’nın 114/2 maddesi kapsamında yer alan bu dava şartı, davanın görülebilmesi için gerekli bir dava şartı olup MK’nın 115/1. maddesine göre mahkemece her safhada resen nazara alınır ve eksikliği

Buna karşılık, yukarıda söylenenler menfi tespit davası⁷⁴ bakımından geçerli değildir. Gerçekten de bu konuda uygulamada birbirine zıt istikamette kararlar verildiği göze çarpmaktadır. Bazı mahkeme kararlarında menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı belirtilmiştir: *“Davacı vekilinin, müvekkili bankaya gönderilen üçüncü haciz ihbarnamesine karşı İİK'nın 89/3 maddesine dayalı olarak menfi tespit davası açtığı, 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesinde “bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğunun” düzenlendiği, menfi tespit davasının konusunun paranın ödenmesine yönelik alacak ya da tazminat talebi içermediği kanaatiyle davada TTK'nın 5/A maddesi gereğince arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmadığından davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne...”*⁷⁵.

Buna karşılık, tam aksi yönde kararlara da rastlanılmaktadır: *“Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK'nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir”*⁷⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, TTK m. 5/A'da yer alan “ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ifadesinden maksat davadaki talep sonucunu değil, dava sebebidir. Bu nedenle menfi tespit davaları bakımından arabuluculuğa başvuru zorunludur.

Kanımızca TTK m. 5/A'daki söz konusu ibare “dava konusu” olarak anlaşılabilir. Diğer yandan bize göre de belli bir miktar paranın ödenmemesine ilişkin olarak açılan menfi tespit davası da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Dava konusu bakımından yaptığımız bu değerlendirmede maddi anlamda kesin hüküm kurumuna ilişkin görüşlerden yararlanılabilir. Bilindiği üzere maddi anlamda kesin hüküm kurumuna ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde dava konusunun özdeş olup olmadığı tayin edilirken iki davanın konusunun tamamen aynı (ikiz) olması gerekmektedir. Bu nedenle, söz gelimi, belli bir

tespit edilirse HMK'nın 115/2. maddesine göre davanın usulden reddine karar verilir ve bu durumda davanın esasına girilmez...Davalı vekilinin istinaf başvurusunun... esastan reddine...” İstanbul BAM 13. HD, 10.4.2019, 714/530 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷⁴ Menfi tespit davası hakkında geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.

⁷⁵ İstanbul BAM 16. HD 24.5.2019, 1159/1194 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷⁶ Erzurum BAM 27.03.2019, 531/549 (Budak, s. 32).

meblağı ödemeye mahkûm edilen davalının (borçlunun) daha sonra menfi tespit davası açması durumunda dahi dava konuları özdeş kabul edilmektedir. Kanımızca aynı düşünce burada da savunulabilir ve menfi tespit davası da zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu dava konusu kapsamına girdiği kabul edilebilir.

Buna karşılık, müspet tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamına girmediği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce, bilhassa eda davalarının açılabilirdiği hallerde müspet tespit davasının açılmayacağı⁷⁷ dikkate alındığında uygulamada sayısal olarak çok fazla rastlanmayan bu davalar bakımından arabuluculuğun zorunlu tutulmamasının toplumsal açıdan çok büyük bir etkisinin olmayacağı söylenebilir.

SONUÇ

7155 sayılı Kanun'la 6102 sayılı TTK'ye eklenen 5/A maddesi ile iş hukukundan sonra bazı ticari davalar bakımından da zorunlu arabuluculuk öngörülmüştür. Kanaatimizce uyuşmazlık içerisine düşmüş kişilerin direkt devlet mahkemelerine başvurmak yerine önce arabulucuya yönlendirilmesi bu kurumun tanıtılması ve toplumsal farkındalık yaratılması bakımından isabetli olmuştur.

Hem uygulamada en fazla karşılaşılan uyuşmazlık tipi olmaları hem de diğer uyuşmazlıkların çözümünün daha fazla uzmanlık gerektirmesi bakımından dava şartı arabuluculuğun ilk etapta münhasıran konusu bir miktar para ödenmesi olan alacak ve tazimat talepleriyle sınırlı tutulması da kanımızca yerindedir.

Bununla birlikte, getirilen düzenleme ile arabuluculuk yoluna başvurulmadığının anlaşıldığı hallerde taraflara arabuluculuk yoluna başvurabilmeleri için süre verilmeden davanın doğrudan reddedilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu düzenlemenin yerine taraflara arabulucuya başvurabilmeleri için süre verilmesi ve bu usulün başarısızlığa uğraması durumunda davaya devam edilmesinin öngörülmesi daha doğru olurdu.

Uygulamada gözlemlenebildiği kadarıyla dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı konusunda en fazla tereddüt edilen davalar menfi tespit davalarıdır. Kanımızca kanun koyucunun amacından hareketle bu davaların da zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu sonucuna varmak gerekir.

Nihayet, HUAK m. 18/A, f. 18 uyarınca özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmaması, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına şans verilmesi bakımından isabetli olmuştur.

⁷⁷ Bkz. Baki Kuru/Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010, s. 127 vd.

KISALTMALAR CETVELİ

ATM	: Asliye Ticaret Mahkemesi
b.	: bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BD	: Bankacılar Dergisi
Bkz.	: Bakınız
f.	: fıkra
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
s.	: sayfa
S.	: sayı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Akil, CenK: Kısmi Dava, Ankara 2013.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2019.
- Budak, Ali Cem, “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 82 vd.
- Budak, Ali Cem: “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER 2019/1, s. 25 vd., (Budak, Arabuluculuk).
- Bulut, Uğur: Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017.
- Erdoğan, Ersin: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İHSGHD, S. 55, Y. 2017, s. 1211 vd.
- Erdönmez, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Erişir, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara 2003.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper: Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.

- Kurt Konca, Nesibe: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk”, Seta Perspektif, S. 2225, Aralık 2018, s. 1 vd.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, Ankara 2001.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010.
- Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984.
- Özbek, Mustafa: Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, Ankara 2016.
- Özkes, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Özkes, Muhammet: “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, Duruşma Arası, 2019/1, s. 52 vd.
- Pekcanitez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Postacioğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul 1975.
- Simil, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Tanriver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018.
- Ulukapı, Ömer: Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017, (Yılmaz, Şerh).
- Yılmaz, Ejder: Islah, 4. B, Ankara 2013, (Yılmaz, Islah).