

Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti*

Determining Relative Commercial Litigation on Mediation
as a Prerequisite for Commercial Litigation

Harun ERYİĞİT**

ÖZ

7155 sayılı kanun ile arabuluculuk ticari davalar bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu durum, ticari davaların tespitinde ticari işletmenin varlığına ilişkin olarak yaşanan tartışmaların arabuluculuk sürecine sirayet etmesine sebep olmuştur. Yapılan değerlendirmeler sonucunda soruna gerçek anlamda bir çözüm üretilebilmesinin ancak arabuluculuk kurumunun yapısına uygun kriterlerin tespiti ile mümkün olduğu görülmüştür. Bu tespite uygun olarak önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ticari Dava Şartı Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Nispi Ticari Dava, Ticari İşletme, Esnaf İşletmesi.

ABSTRACT

Mediation is regulated as a prerequisite for commercial litigation with Law numbered 7155. As a consequence, the ongoing debates, regarding the determination of the commercial enterprises existence while identifying commercial litigations, have spread to the mediation process. As demonstrated, creating proper solutions is only conceivable by assessing suitable criteria for the mediation institution. Proposals have been submitted in accordance with this determination.

Keywords: Mediation as a Prerequisite for Commercial Litigation, Mandatory Mediation for Commercial Disputes, Relative Commercial Litigation, Commercial Enterprises, Craftsmen Enterprises.

Giriş

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesi ile arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müza-

* Makale gönderim tarihi: 09.11.2020. Makale kabul tarihi: 20.11.2020. Harun Eryiğit, "Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 259-287; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.03>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, heryigit@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6066-1287>.

kerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır¹.

Kural olarak ihtiyari olan bu süreç, 12/10/2017 tarihinde kabul edilen ve 1/1/2018 tarihinde yürürlüğe giren “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3. maddesi ile hukukumuz bakımından ilk defa dava şartı haline getirilmiştir. Ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ise 6/12/2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesi ile düzenlenmiş ve aynı kanunun 26. maddesi kapsamında düzenlemenin yürürlük tarihinin 1/1/2019 olduğu hüküm altına alınmıştır².

7155 sayılı kanun ile TTK’da yapılan değişiklik neticesinde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini ihtiva eden ticari davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak öngörülmüştür.

Ticari davaların ve çekişmesiz yargı işlerinin düzenlendiği TTK m.4 hükmünde ticari davaların tespitine ilişkin üç farklı kritere yer verilmiştir. İlk grup dava tipi kanunda özel olarak öngörülmesi nedeni ile kanun koyucu tarafından

1 Aynı yönde tanım için bkz: Albert K. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Routledge-Cavendish, 2004, s. 22. Doktrinimizde kavrama ilişkin olarak yer verilen benzer tanımlar için bkz: İlker Koçyiğit , Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019, s. 13. ([https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf\(9.11.2020\)](https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf(9.11.2020))); İbrahim Ermenek, Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 148, Y.2020, s. 136 ve 1 no’lu dipnotta zikredilen yazarlar.

2 Anlaşma oranları ihtiyari arabuluculuk uygulamasına nazaran daha düşük olsa da, zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsamında çok daha fazla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu yönünde açıklama ve araştırmalar için bkz: Stephen B. Goldberg , Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation Mediation and Other Processes*, 6. Bası, Wolters Kluwer, 2012, s. 181. Kurumun özünde ihtiyari bir çözüm yöntemi olmasından yola çıkan bir görüş, kurumun ruhuna ve doğasına aykırı düşen bir yaklaşımla, arabulucu marifetiyle sulh olgusunun zorunluluk temelinde dayatılmasının hak arama özgürlüğünü sınırlayacağını savunarak uygulamayı eleştirmiştir (Kürşat, Karacabey, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, Y. 2016, s. 488. Ancak bu görüş Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. “...Taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın Anayasa’nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur...”. Anayasa Mahkemesince verilen 10.07.2013 tarih ve E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı karar. Resmi Gazetede yayınlanma tarihi 25.01.2014, Resmi Gazete sayısı 28893.

ticari dava olarak nitelenmiş, bu kapsamda söz konusu uyuşmazlığın taraflarının tacir olup olmadığı hususunun önem arz etmediği özellikle vurgulanmıştır. Bu davalar, doktrinde mutlak ticari dava olarak nitelendirilmektedir³. Taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ise ikinci grup ticari dava olarak karşımıza çıkmaktadır. Zikredilen bu iki grup dışında kalan bir hususun ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için ise uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiği belirtilmiş, bu grup davalar ise nispi ticari dava olarak isimlendirilmiştir.

İlgili düzenlemeler dikkate alındığında, nispi ticari davaların kapsamının belirlenmesinde esas alınan kavramın ticari işletme kavramı olduğu ve bu bağlamda ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olan arabuluculuk⁴ başvurularında başvuruya konu uyuşmazlığın taraflarının bir ticari işletme işletip işletmediğinin tespit edilmesinin büyük önem arz ettiği görülmektedir.

Ancak, bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını tespit etmek ve bu cihette yapılan bir başvurunun ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olup olmadığını değerlendirmek, zaman zaman arabuluculuk için öngörülen prosedürel sınırın çok daha ötesinde bir yükü de beraberinde getirmektedir.

İşte bu kapsamda ele alınan çalışmamız asıl olarak söz konusu ayrıma ilişkin değerlendirmenin karmaşıklığına dikkat çekerek, böylesi bir başvuru ile karşıla-

3 Buradaki mutlak dava terimi, tarafların sıfatı veya işlem ve fiilin ilgili olduğu işletmenin ticari olup olmadığı olgusu dikkate alınmaksızın, bu davaların kendiliğinden ticari dava niteliğini taşıdığı ortaya koymaktadır. (Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, 2018, s. 115.).

4 Doktrinde ticari uyuşmazlık kavramının ve yine ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kavramının, kanunda zikredilen usuli yönteme karşılık olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde kullanım için bkz: “*Ticari işten kasıt; bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemler iken, ticari uyuşmazlıktan kasıt; ticari davalardır.*” Tuba, Eler, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019, s. 50. Kurumu “ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk” olarak adlandıran bu yaklaşım kanaatimizce terminolojik bir kargaşayı da beraberinde getirmektedir. Nitekim “ticari dava” kavramına denk gelmediği hususunda şüphe olmayan “ticari uyuşmazlık” kavramının sonuna eklenen zorunlu arabuluculuk ifadesi, TTK m.5/A hükmünde aranan dava şartı ifadesine denk düşmemektedir. Unutulmamalıdır ki, ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma zorunluluğunun yegane kaynağı TTK m.5/A hükmü değildir. Taraflar kendi aralarında akdedecekleri bir sözleşme ile de bu yönde bir zorunluluk öngörebilirler. Dolayısı ile bu zorunluluğun temeli taraflarca akdedilen bir sözleşme olabilir. Bu durumda söz konusu hüküm bir dava şartı olarak nitelendirilemez. Bu yönde açıklama için bkz: “*Dava açılmadan önce taraflar aralarında ayrı bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmışlarsa ya da esas sözleşmeye arabulucuya başvurma konusunda bir şart (kloz) eklemişlerse, uyuşmazlığın çözümünü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda bir yükümlülük meydana gelir. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle meydana gelen arabulucuya başvurma yükümlülüğü, taraflar için, tahkim sözleşmesindeki gibi mahkemeye başvurmayı engelleyecek bir yükümlülük değildir.*” Onur İlhan, “*Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020, s. 83.

şan arabulucuların izlemesi gereken yol haritasına dair bir öneri getirmeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızın teorik alt yapısını tesis edebilmek içinse, öncelikle ticari işletme kavramına ve kavramın tespitine dair temel mevzuata ve sonrasında ise bu temel esaslardan yola çıkarak ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Özellikle vurgulamak gerekir ki, çalışmamızın amacı kesinlikle ticari işletmenin varlığı noktasında faydalanılacak olan kriterlerin yerindeliliğini tartışmak ve konuya ilişkin doktrinde yer verilen görüşleri doğrudan ele almak değildir. Böylesi bir tartışma ortaya konulan çalışmanın ötesinde teorik değerlendirmeyi gerektirmektedir. Çalışma kapsamında yalnızca doktrinde ve yargı kararlarında söz konusu tartışmalara dikkat çekilerek hukuki soruna ilişkin makul bir çözüm önerisi getirilmeye çalışılmış, doğrudan uygulamayı ilgilendiren bu önerilerde mümkün merteye yargı içtihatlarından faydalanılmaya gayret edilmiştir.

I. Nispi Ticari Dava Şartı Olarak Ticari İşletmenin Tespitinde Yaşanan Sorunların Ortaya Konulması

A. Ticari İşletme Kavramının Genel Olarak Tanımlanması

TTK bakımından merkez kavram olduğu kabul edilen⁵ ticari işletme müessesesi, ticari iş ve tacir kavramları ile birlikte ticaret hukukunun uygulanma alanının tespitinde büyük önem arz etmektedir. 6762 sayılı kanun döneminde örnekleme sureti ile tespit olunmaya çalışılan kavram, 6102 sayılı kanun ile birlikte açık ve net bir tanıma kavuşmuş, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır⁶.

Tanımlı yapılan ticarî işletme, işletmenin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür ve ticarî işletmenin bir işletme olduğu özellikle vurgulanmıştır. Bu bağlamda bir ticari işletmeden bahsedebilmek için öncelikle işletme kavramının ortaya konulması gerektiği açıktır. Tek bir tanımlı bulunmayan kavram, iktisadi olarak insanların ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla üretim faktörlerini planlı ve sistemli bir şekilde bir araya toplayarak mal ya da hizmet

5 Aksi yönde görüş için bkz: Hüseyin Ülgen (Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2019, s. 39.

6 “Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü, ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür.” TTK m.11/1 gerekçesi.

sunma amacı güden iktisadi birim olarak tanımlanırken⁷, konuyu değerlendiren ticaret hukukçuları ise TTK m.15 ile dikkat çekilen “emek ve sermaye” unsurlarına odaklanarak kavramı, emek ve sermayenin bir müteşebbis tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan organizasyon olarak tanımlamıştır⁸.

Bu organizasyonun bağımsız ve devamlı bir şekilde yürütülmesi gerektiği kanunda açıkça vurgulanmıştır. Buna göre bir ticari işletmeden söz edilebilmesi için işletmeye ait faaliyetlerin başka bir kişi veya kurumun iradesine bağlı olmaksızın yürütülmesi, bu faaliyetlerin ise devamlı olması gerekir⁹.

Bir ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için aranan bir diğer şart ise, işletme kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler ile bir gelir elde etmenin hedef tutuluyor olmasıdır¹⁰. Aslında genel olarak “işletme” kavramının da bir parçası olan bu şart kanun koyucu tarafından tek başına bir unsur olarak ele alınmamış, bu hedefin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyi hedeflemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır¹¹.

Dolayısı ile yapılan tanımda yer verilen tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde bir işletmenin ticari işletme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında önem arz eden asıl unsurun, o işletmenin “esnaf işletmesi için öngörülen sınır” ile olan ilişkisi olduğu, kanun koyucunun tanımını yaptığı ticari işletme kavramının esas olarak esnaf işletmesi ile olan ilişkisine odaklandığı ve bu durumun ticari işletmenin tanımlanabilmesi için esnaf işletmesi kavramının ortaya konulması ihtiyacını beraberinde getirdiği söylenebilecektir. Konuyu inceleyen eserlerin hemen hemen tamamının yoğun olarak ve kaçınılmaz

7 Yasin Çoban, *İşletme İktisadi*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2018, s. 1.

8 Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku 2019*, s. 154-155; Ertan Demirkapı, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 380; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2019, s. 17; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2013, s. 26; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora, 6. Bası, Bursa, 2016, s. 17; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin, 9. Bası, Ankara, 2016, s. 119; Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, *İşletme Hukuku*, Ekin, 4. Bası, Bursa, 2012, s. 1. Benzer bir tanıma yer veren Şener ise kavramı ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla, maddi ve kişisel araçların bir araya getirildiği bir organizasyon olarak tanımlamıştır (Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 4). Tekinalp ise işletme için ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla maddi ve kişisel araçların bir organizasyon bağlamında bu amaca yöneltilmiş ve bunların işletilebilir olması gerektiğini belirtmiştir (Ünal, Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXIV, S. 2, 2008, s. 9).

9 Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku 2019*, s. 156-157; Bahtiyar, s. 24; Şener, s. 4-5; Poroy, Yasaman, s. 38-39; Arkan, s. 31.

10 Gelir elde etme kavramı yalnızca işletmeye ait aktiflerin artışı konu almamakta, aynı zamanda pasifleri azaltan, pasiflerin artmasını yahut aktiflerin azalmasını engelleyen faaliyetlerde bu kapsamda değerlendirilmektedir (Demirkapı, s. 390).

11 Konuya ilişkin tartışma için bkz: II-B numaralı başlık ve burada yer verilen tartışmalar.

bir şekilde bu konuya odaklanması ve yine konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin neredeyse tamamının bu noktada kendisini göstermesi söz konusu tespitin haklılığını ortaya koymaktadır.

Ancak, doktrinde ve uygulamada duyulan bu ihtiyaca cevap verecek bir esnaf işletmesi tanımı TTK ile doğrudan yapılmamış, TTK'nın farklı düzenlemelerinde atıf yapılan kriterler ise farklı yorumları beraberinde getirmiştir. Bu iki işletme tipi arasında yapılacak olan ayırımın nasıl bir tartışmayı ve inceleme yükünü beraberinde getirdiğini ortaya koymak, çalışmamıza konu hukuki sorunun çözüme kavuşturulması adına önem arz etmekte olup, bu cihette öncelikle ilgili mevzuat hükümleri kapsamında yapılan tartışmalara değinmek gerekmektedir.

B. İlgili Mevzuat Hükümleri Kapsamında Ticari İşletmenin Tespitinde Dikkate Alınacak Hükümlerin İncelenmesi

Ticari işletme kavramına ilişkin temel tanıma yer verilen madde biraz yukarıda zikredildiği üzere, TTK m.11/1 düzenlemesidir. Düzenleme ile ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmış, aynı maddenin devam eden fıkrasında ise ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın, Cumhurbaşkanı kararıyla belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 6102 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar bu konuda bir karar çıkartılmamıştır. 6103 sayılı TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinde ise bu karar çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmiştir.

6103 sayılı Kanunun atfı ile yürürlüğü devam eden 21/07/2007 yürürlük tarihli "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayırımına İlişkin Karar" da ise TTK'nın 11. ve 15. maddelerinin¹² uygulanması bakımından ise basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların diğer şartları sağlaması halinde esnaf sayılacağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları gerektiği belirtilmiştir.

12 6762 sayılı eTTK döneminde yürürlüğe giren kararın 1. maddesinde eTTK'nın 12. ve 17. maddelerine atıf yapmaktadır.

Zikredilen bu rakamların esas alınması halinde bugün itibari ile (i) satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 140.000,00 TL'yi veya satışlarının tutarı 195.000,00 TL'yi aşamayanlar, (ii) bir önceki önelde zikredilenler dışındaki işlerle uğraşp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 140.000,00 TL'yi aşamayanlar ve yine ilk iki öneldeki işlerin birlikte yapılması halinde bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 140.000,00 TL'yi aşamayanlar tacir sayılmamaktadır.

Fakat, Esnaf ve Tacirler arasındaki karar ile atıf yapılan tek kriter burada belirtilen rakamlar ile sınırlı tutulmamıştır. Yine aynı Karar'ın TTK m.15 kapsamında yer verilen açıklamaları da ihtiva eden düzenlemesi uyarınca Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran kişiler de esnaf olarak kabul edilmektedir.

Bu düzenlemeye dayanak teşkil eden TTK m.15 hükmünde ise esnafın tanımına yer verilmiş ve kavram ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi olarak tanımlanmıştır.

Konuya ilişkin bir başka tanıma yer verilen 5362 sayılı “Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu” m.3/a düzenlemesinde ise esnaf, ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

C. Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yaşanan Tartışmaların Ortaya Konulması

Yukarıda zikredilen düzenlemeler birlikte ele alındığında ise, pek çok soruyu, sorunu ve kaçınılmaz olarak eleştiriyi beraberinde getirmektedir¹³. Bunlardan ilki, mezkur düzenlemelerden hiçbirinin ticari işletme-esnaf işletmesi ayrı-

13 Konuya ilişkin detaylı tartışmalar için bkz: Demirkapı, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”.

mında kanun koyucunun atf yaptığı esnaf işletmesi kavramına dair bir tanıma yer vermemiş olmasıdır. Halbuki TTK gerekçesi ile bir yandan ticari işletmeye ilişkin kaçınılmaz olarak açık bir tanıma yer verildiği belirtilirken, bu tanıma dayanak teşkil eden esnaf işletmesi kavramının tanımsız bırakılmış olması beraberinde başka bir belirsizliği getirmiştir¹⁴. Diğer taraftan, ticari işletmenin tanımında yer verilen esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma kavramının aradaki sınırın tespitinde farklı bir belirsizlik teşkil edeceği savunulmaktadır¹⁵.

Düzenlemeler bağlamında getirilen bir diğer eleştiri, TTK'da yer verilen esnaf tanımı ile 5362 sayılı kanun ve 2007 tarihli Karar arasındaki çelişkidir. Kanun koyucu TTK ile esnafı ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan kişi olarak tanımlarken, aynı kavram 5362 sayılı kanun ve 2007 tarihli Karar da ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde TTK'da yer verilen esnaf tanımında hiçbir şekilde yer almayan Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olma şartının varlığı da kavramın tespitinde sorun teşkil eden bir diğer düzenleme olarak gösterilmektedir¹⁶.

Ticari işletmenin tespitinde faydalanılacak olan gelir sınırı olarak gösterilen 2007 tarihli Karar içerisinde basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanların ayrıca zikredilmiş olması da yine konunun tespitinde sorun teşkil etmektedir. VUK m.176 uyarınca ikinci sınıf tüccarlar için öngörülen ve işletme hesabına göre defter tutulması yönündeki düzenlemenin, 2007 tarihli Karar kapsamında esnaf olarak nitelendirilmeye dayanak teşkil etmesi önemli bir çelişkidir¹⁷.

İşletmenin kuruluşunda yapılacak olan tespit ve yine öngörülen sınırların sonradan aşılması yahut bu sınırların altına düşülmesi hali de ticari işletmenin tespitinde sorun teşkil edecek diğer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK m.11/2 uyarınca öngörülen sınırların henüz faaliyetine yeni başlamış ya da açılmakla birlikte işletilmeye başlamamış olan bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu noktasında bir kriter olarak kullanılmayacağı açıktır¹⁸.

14 Demirkapı, s. 378; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza, 26. Bası, Konya, 2014, s. 20.

15 Nomer Ertan, s. 157; Demirkapı, s. 405; Aslan, Şenyüz, s. 8; Bahtiyar, s. 19.

16 Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.2/1-c ile de bu düzenlemeye atf yapılmaktadır.

17 Demirkapı, s. 418 vd.; Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 161-162.

18 Bahtiyar, s. 22; Demirkapı, s. 430-431; Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 163.

Benzer şekilde bu sınırların sonradan aşılması yahut sınırların altında düşülmesi durumunda ne olacağı da ayrıca soru işareti oluşturmaktadır. Bu kapsamda 2007 tarihli Karar ile; esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilerek konu çözüme kavuşturulmaya çalışılmışsa da, sağlanmak istenen çözüm bir tarafa, yeni problemler oluşturulmuştur¹⁹.

II. Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti Amacıyla Faydalanılacak Kriterlerin Ortaya Konulması

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki ilişkiye istinaden zikredilen tüm çelişki ve sorunlar, konunun tespitinde çok farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuş, buna istinaden doktrinimizde ve yargı kararlarımızda ticari işletme-esnaf işletmesi ayırımında dayanak teşkil edecek farklı kriterler benimsenmiştir.

Doktrin ve içtihatlar ile ortaya konulan bu kriterlerin bir kısmı incelmemize konu dava şartı arabuluculuk başvuruları kapsamında kolayca uygulanabilecekken, beraberinde çok detaylı bir araştırma yükümünü getiren diğer bir kısım kriterin başvuruya konu olay bakımından uygulanması neredeyse imkansız olmaktadır. Buna bir de Arabuluculuk Büroları ve Cumhuriyet Savcılıkları tarafından aranan başkaca bir takım şartlar da eklenince, başvuruyu nispi ticari dava kapsamında değerlendirmekle görevli olan arabulucuların yapacakları tespitler daha da zorlaşmaktadır²⁰.

19 Bahtiyar, s. 21-22; Demirkapı, s. 428-429; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, s. 165.

20 HUAK Yön. m.26 hükmü uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Bakanlık bütçesinden ödenmektedir. Buna göre anlaşamamaya dair son tutanak adliye arabuluculuk bürosu tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmektedir. Dava şartı olan arabuluculukta anlaşamama hâlinde düzenlenen sarf kararı gereğince ücret Cumhuriyet Savcılığınca arabulucunun banka hesabına yatırılmaktadır. İşte bu sürecin merkezinde olan Arabuluculuk Daireleri ve Cumhuriyet Savcılıkları bir uyumsuzluğun nispi ticari dava kapsamında olabilmesi için uygulamada arabulucudan tarafların tacir olduklarını gösterir ticaret sicil kayıtlarını, vergi mükellefi olduklarını gösteren belgeleri ibraz etmesini beklemekte, aksi halde ödeme yapılması yönünde karar vermektan imtina etmektedir. Bu durum, arabulucunun hem ilgili arabuluculuk görüşmesi için makbuz düzenlemesine rağmen ücretini alamamasına, hem de arabuluculuk bürosunca yapılan atamalarda her dosya için verilen puanının iade edilmemesine neden olmaktadır. Bu risklerden kaçınmak adına arabulucular aşağıda detaylı olarak izah edilen nedenler ile ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirmesi gereken başvuruları sehven kayıt nedeniyle kapatma yolunu tercih etmek durumunda kalmaktadır.

Bu bağlamda özellikle uygulamada ve yargı kararlarında nispi ticari davanın temel kriteri olan ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki farkın tespitinde faydalanılan hangi kriterlerin ticari dava şartı olan arabuluculuk başvurularında hangi bağlamda ve kapsamda ele alınması gerektiği hususunun arabulucuların görev ve yetkileri de göz önüne alınarak tek tek incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

A. Arabulucuların Sahip Olduğu Görev ve Yetkiler Kapsamında Temel Yaklaşımın Belirlenmesi

Arabulucuların görevlerini ifa ederken sahip olduğu yetki ve yükümlülükler 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.6 vd. hükümleri ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabuluculuk, arabulucu olarak tayin olunan kişinin kişilik özelliklerinin ve yine bu kişiye duyulan güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için arabulucu bu görevi bizzat yerine getirilmek zorundadır. Arabuluculuk görevinin yerine getirilmesini kısmen ya da tamamen başka kimseye bırakılamaz²¹.

Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m.17/3). Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir (HUAK m.17/6).

Bu kapsamda arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde aktif bir rol almaz. Çözüm için gerekli ortamı hazırlamak ile yükümlüdür. Dolayısı ile sürecin yürütülmesi esnasında taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz²².

Arabulucunun yapamayacağı bazı faaliyet ve işler de mevcuttur. Arabuluculuk kurumu hukuki niteliği gereği yargısal bir faaliyet olmadığından, uyuşmazlığın görevli ve yetkili mahkemece çözümü esnasında kullanılacak olan yetkinin arabulucu tarafından kullanılması ve sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılması mümkün değildir (HUAK

21 Koçyiğit, Bulur, s. 25.

22 Bu durum Arabulucunun hukuki yardım almaları için tavsiyede bulunmasına engel teşkil etmez. (Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019, s. 53) (<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>) (9.11.2020).

m. 15/4)²³. Arabulucu, keşif, bilirkişiye başvurma ve tanık dinleme gibi niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemleri yapamaz, zorlayıcı bir takım işlemler arabuluculuk esnasında gündeme gelmez. Bu çerçevede, hâkimin yargısal yetki kullanımı ile yaptığı keşif, bilirkişi incelemesi gibi tahkikata ilişkin işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Görevi taraflara uygun çözüm ortamı oluşturmaktan ibaret olan arabulucu, yargılama yapmadığı için uyuşmazlık hakkında karar verme gibi bir yetkiye sahip değildir. Sürecin sonucunda nasıl bir karar elde edilebileceği veya bir karar elde edilip edilemeyeceği taraflara kalmıştır²⁴.

Görüleceği üzere kurumu düzenleyen kanun koyucu, arabulucunun sahip olduğu yetkileri güttüğü amaca uygun biçimde oldukça sınırlı bir şekilde ve yalnızca uyuşmazlığa konu tarafların çözümünü temin edecek kapsamda düzenlemiştir. Yetkileri önemli biçimde sınırlandırılmış olan arabulucunun bu durumu uyuşmazlığın ticari dava şartı kapsamında olup olmadığı araştırılırken de göz önüne alınmalıdır²⁵. Bu husus görev gibi kamu düzeninden olduğu kabul edilen hususlar için de aynı şekilde geçerli olmalı, bilirkişi incelemesi, keşif ve talimat verme gibi kamusal yetkilere sahip olmayan arabulucunun göreve ilişkin araştırma yükümünün mahkeme önüne taşınmış bir davada resen araştırılması zorunlu olan hususlara nazaran daha dar olduğu kabul edilmelidir. Zikredilen bu sonuç, kurumun gereği gibi işleyebilmesi için bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

23 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10.9.2019 tarih ve E. 2019/6226, K. 2019/15522 sayılı karar ile bu hususun mahkemelerce değerlendirilmesi gerektiği şu ifadeler ile dile getirilmiştir: *“Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuran ve özellikle başvuru arabuluculuk ile görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise görevli memur başvuru formundaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunmalı, 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir.”*

24 Ali Yeşilirmak, “Arabulucu Kimdir?” *“Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”*, Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019, s. 72 (<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>) (9.11.2020).

25 Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyetlerine son verilmesi gerekmektedir (HUAK Yönetmeliği m.20/1-d). Dava şartı olan arabuluculuk sürecinin bu nedenle veya sehven kayıt, mükerrer kayıt sebebiyle sona erdirilmesi durumunda arabulucuya bir ücret ödenmeyecektir (HUAK Yönetmeliği m.20/1-d).

26 Kamu düzeninden sayılan usuli tartışmaların arabuluculuk başvurularında daha dar yorumlanması gerektiği hususu Koçyiğit, Bulur tarafından vurgulanmış; bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramının, dava yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramına nazaran daha dar ve daha sınırlı bir içeriğe sahip olduğu, dava yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan esasların uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeninden sayılabileceği ifade edilmiştir. Yazarlara göre örneğin, İcra ve İflâs Kanunu’nun 277 ilâ 284 üncü maddeleri arasında düzenlenen tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için davacının elinde geçici ya da kesin aciz vesikası bulunması halinde kabul edilen özel dava şartına ilişkin kamu düzeni, aynı uyuşmazlık arabuluculuğun önüne geldiğinde geçerli olmamalıdır. Yine örneğin, taşkın yapı sahibinin iyi niyetli olup olmadığına araş-

Bilhassa çalışmamıza konu olduğu şekilde dava şartı haline getirilmiş olan arabuluculuk faaliyetlerinde aksi yönde bir sonuca ulaşılması, uyuşmazlıkların nihayete erdirilmesinde fayda sağlamak bir tarafa, taraflar açısından büyük sorunları da beraberinde getirmektedir. HUAK m.18/A-2 hükmü ile dava şartının söz konusu olduğu arabuluculuk uygulamasında davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu, bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderileceği belirtilmiştir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine ve yine arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde de herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷.

Dolayısı ile sahip olduğu sınırlı yetkiler kapsamında yapacağı inceleme ile dava şartının varlığı hususunda karar vermesi gereken arabulucunun, bu görevini icra ederken geniş bir araştırma yükümüne tabi tutulması ortaya sorunlu kararlar çıkmasına sebep olacaktır. Bu nedenle dava şartı içerisinde kabul edilmeyen başvuruların sonrasında mahkemece yapılacak inceleme ile bu kapsamda kabul edilmesi ihtimalinde ise yapılan başvuru dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddedilecek²⁸, bu durum arabulucuya başvurmuş ve talebi bu nedenle reddedilmiş tarafın önemli zararlar ile karşı karşıya kalması sonucunu beraberinde getirecektir. Böylesi bir yaklaşım kanun koyucunun arabuluculuk uygulamasının yaygınlaştırılması noktasındaki hedefini sekteye uğratacaktır. Çalışmamıza konu husus görevli mahkemenin tespitinden kaynaklanmakta

tırılması gereğinin kamu düzeninden sayılması, aynı uyuşmazlık arabuluculuğun önüne geldiğinde geçerli olmamalıdır (Koçyiğit, Bulur, s. 73-74).

27 TTK m.5/A maddesi ile öngörülen şartın sonrada tamamlanabilir olmadığı yönünde bkz: 4.3.2020 E. 2019/3656, K. 2020/2359 sayılı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı; 6.11.2019 tarih ve E. 2019/2139 K. 2019/1551 sayılı İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi kararı; İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.1.2020 tarih ve E. 2019/539 K. 2020/84 sayılı karar; İstanbul Anadolu 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.12.2019 tarih ve E. 2019/858 K. 2019/96 sayılı karar; İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.1.2020 tarih ve E. 2019/675 K. 2020/2 sayılı karar (lexpera.com) (9.11.2020).

28 Görevsizlik nedeni ile Ticaret Mahkemesi huzuruna gelecek olan davaların arabuluculuk şartı sağlanamaması nedeni ile usulden reddedileceği hususunda bkz: *“Tüketici Mahkemesinin ... E. ve ... K. Sayılı kararı ile görevli mahkemenin Ticaret Mahkemeleri olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dava dosyasının Mahkememize tevzii edildiği, davacının ticari olarak nakliyecilik işi ile uğraştığı, dava konusu aracın ruhsatında, araç vasfının ticari olarak kayıtlı olduğu, Tüketici Yasası hükümlerine göre de davacı ve davalı arasındaki hukuki ilişkinin, tüketici değil ticari bir iş olduğundan Mahkememizin görevli olduğu sonucuna varılmış ancak Yasal ve zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı anlaşılmalı, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”* İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, 14.7.2020 tarih ve E. 2019/631 K. 2020/359 sayılı karar (lexpera.com) (9.11.2020).

olup, arabuluculuğa elverişli olduğu hususunda şüphe bulunmayan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinin yalnızca bu nedenle geri çevrilmesi doğru olmayacaktır. Kaldı ki, öğretide ve yargı kararlarında niteliği itibari ile asli talebin arabuluculuğa elverişli olmadığı ancak ferî talebin bu kapsamda değerlendirildiği hallerde dahi arabuluculuk başvurularının dava açılmadan yapılması gerektiği ve sürecin arabulucular tarafından yürütülmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Talepler arasında eşitlik ve bağım-

29 Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiği terditli davada asli veya ferî 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 uygulanır (Koçyiğit, Bulur, s. 69) Aynı yönde görüş için bkz: Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 136-137; Eler, s. 80. Aksi yönde görüş için bkz: Abdullah Berat Memiş, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 68-69. Bu kabule uygun olarak örneğin, asıl talebin tapu iptal ve tescili talebi olduğu, bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmaz bedelinin kendisine ödenmesi talep edilen bir uyuşmazlıkta tapu iptal ve tescili davası açılmadan önce arabulucuya başvurması beklenmektedir. Bu başvurunun yapılması halinde doktrinde bir görüş hakim asıl talebin reddi üzerine HMK m.115. uyarınca davacıya arabulucuya başvurması için kesin süre vermesi gerektiğini savunmaktaysa da, HUAK m.18/A-2 hükmünün açıklığı karşısında bu görüşe itibar edilmesi mümkün gözükmemektedir (Şükrü Saraç, “İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi”, *İnşaat Sanayi Dergisi*, S. 173, 2019, s. 63). Bu yönde bkz: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Terditli dava” başlıklı 111. maddesine göre, “(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.” Her ne kadar davanın konusunun tapu iptali ve tescili olmaz ise tazminat ödenmesi yönünde terditli olarak açılmış olduğundan işbu davada ticari davalar için zorunlu kılınan arabuluculuk dava şartının aranıp aranmayacağı hukuki açıdan düşünülmüştür. Mahkememizce, yapılacak yargılama sonucunda davacının asli talebi olan tapu iptali ve tescili talebinin reddine karar verilmesi halinde davacının diğer dava konusu talebi olan tazminat hususunda yapılacak yargılamayla ilgili davanın ilk başından itibaren bulunması gereken zorunlu arabuluculuk şartının bulunmaması sebebiyle yargılamaya ara verilerek davacıya bu hususta süre verilmesinin kanunun konuluş amacına uygun olmadığı, davanın ilk açıldığı anda terditli davada olsa tarafların, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesi gereğince zorunlu arabuluculuğa başvurmuş olmasının kanunun amacına, yargılamanın en az masrafla ve en kısa sürede yapılması ilkesine uygun olacağı kanaatine varıldığından terditli dava açılmasının zorunlu arabuluculuğa başvurulmamasını gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır. Tüm dosya kapsamı ve toplanan delillerin değerlendirilmesine göre, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114 (2) ve 115. maddeleri gereğince, terditli de olsa tazminata yönelik ticari dava niteliğindeki dava yönünden dava tarihine göre dava açılmadan önce zorunlu arabulucuya başvurulmadan işbu davanın açılmış olduğu anlaşıldığından, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiği kanaat ve sonucuna varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.” (İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25.12.2019 tarih ve E. 2019/432 K. 2019/952 sayılı karar). Ancak bu durum, terditli olarak ileri sürülen ve zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan asli talebin arabuluculuk başvurusu olmadan incelenmesine engel teşkil etmemektedir. “Zira çek bedelinin istirdatı ve menfi tespit istemi, çek istirdatı isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. O halde ilk derece mahkemesince davacının asıl talebi olan çek istirdatı talebinin 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate

sızlık ilişkisinin mevcut olmadığı ve ancak arabuluculuğa elverişli olmayan asli talebin reddedilmesi durumunda arabuluculuk kapsamında değerlendirilecek olan ferî talebin arabuluculuk başvurusuna konu edilmesi gerektiği yönündeki genel kabul kuruma yaklaşımı ortaya koymak adına önemlidir.

Bu yaklaşıma uygun olarak, arabuluculuk başvurusuna konu işletmenin bir ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu gibi oldukça detaylı bir araştırma yükümünü beraberinde getiren bir hususa dayalı olarak başvurunun görev nedeni ile reddedilmesi noktasında hassas davranılması gerektiği açıktır. Öyleyse, ticari dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı tespit olunmaya çalışılan başvurunun arabulucu tarafından incelenmesi esnasında ve özellikle ticari işletme esnaf işletmesi ayrımının tespiti hususunda bu yetkilerin sınırlılığının dikkate alınması gerekmektedir. Bu ihtiyaca uygun olarak yapılan tasnif sonucunda aşağıdaki değerlendirmeler ortaya konulmuştur.

B. Başvurunun Arabuluculuğa Elverişli Olması ve Konusunun Bir Miktar Alacağın Ödenmesi Talebi Olması Gerekmemektedir

Bir uyuşmazlığın ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilmesi için kanun koyucunun tek şart uyuşmazlığın ticari dava olması değildir. 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesi ile bir uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulabilmesi için uyuşmazlığın konusunun arabuluculuğa elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. İncelememize konu başvurular için öngörülen bir diğer şart ise TTK m.5/A hükmü ile açıkça dile getirilmiş ve ticari davalardan ancak konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinin dava şartı olan arabuluculuk kapsamında ele alınabileceği belirtilmiştir.

Mezkur düzenlemelere uygun olarak bir başvurunun ticari dava kapsamında kalıp kalmadığının tespitinden önce ilk olarak uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının ve yine konusunun bir miktar paranın ödenmesi talebi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Nitekim aksi bir kanaate ulaşılmaması durumunda uyuşmazlığın başvuruya konu taraflardan her ikisinin ticari işletmesini ilgilendirip ilgilendirmediği bir önem arz etmeyecek olup, bu şartların noksanlığı nedeni ile başvurunun reddedilmesi gerekecektir³⁰.

alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK'nin 353/(1).a-4 maddesi uyarınca kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için mahkemesine iadesine karar verilmiştir.” (İstanbul BAM, 12. Hukuk Dairesi, 17.6.2020 tarih ve E. 2020/652 K. 2020/587 sayılı karar. Aynı yönde bkz: İstanbul BAM, 16. Hukuk Dairesi, 9.7.2020 tarih ve E. 2020/1107 K. 2020/1256 sayılı karar.) (lexpera.com) (9.11.2020).

³⁰ Genel olarak tespit davalarının arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde görüş için bkz: Muhammet Özekes, Murat Atalı, Ömer Ekmekçi, Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*,

C. Arabulucu Tarafından İşletmenin Mevcudiyeti Tespit Edilmelidir

Yapılan bir başvurunun ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını incelemekle yükümlü olan arabulucunun bu kapsamda yapması gereken ilk değerlendirme şüphesiz ortada bir işletmesel faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak olmalıdır.

Yukarıda dile getirildiği üzere³¹, hukukumuzda işletme genel olarak emek ve sermayenin kazanç sağlamak amacıyla bir organizasyon içerisinde bir araya getirildiği yapı olarak tanımlanan işletme kavramı, ortaya konulan bu tanım sebebiyle içerisinde gelir sağlama hedefini ihtiva etmektedir³². Benzer şekilde işletmenin varlığı için aranan organizasyonun varlığı, kaçınılmaz olarak bu faaliyetlerin sürekliliği neticesini de beraberinde getirmektedir³³.

Tanımda yer verilen organizasyon ifadesinden üretim araçları olan emek ve sermayenin işleten tarafından ticarete özgü olan organizasyon ve metod ile bir

On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2019, s. 189-191. Konuyu başka bir bağlamda ele alan Tanrıver ise elverişlilik şartını değerlendirmeden 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 kaldığını savunmuştur (Tanrıver, s. 123, dn.11). Aynı görüşün benimsendiği Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen 13.2.2020 tarih ve E. 2020/85, K. 2020/454 sayılı karar ise şu şekildedir: “*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 hâllerde 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.*” (kazanci.com) (9.11.2020).

31 Bkz: 8 no’lu dn. ve burada anılan yazarlar.

32 “Ancak, bu amaca yönelmeyen başkaca iktisadi menfaatler de söz konusu olabilir. Örneğin, üyelerine ucuz mal temini maksadıyla kurulmuş bir tüketim kooperatifi, üyelerini konut sahibi yapabilmek amacıyla kurulmuş bir yapı kooperatifi gibi.” Sami Karahan, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarını Belirleme Açısından”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XVII, S. 4, Y.1994, s. 51 (Makale). Bu organizasyonlar işletme olarak kabul edilse de gelir sağlama hedefi bulunmadığı için ticari işletme olarak nitelendirilemeyecek ve bu nedenle ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında ele alınmayacaktır.

33 Abuzer Kendigelen (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 151; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 159; Karahan, Makale, s. 52; Demirkapı, s. 393.

araya getirilmesini anlamak gerekmektedir³⁴. İlgili üretim araçlarının ticarete özgü metodlar ile bir araya getirilmesi şartı özellikle ilmi ve kültürel nitelik arz eden avukatlık, öğretmenlik, mali müşavirlik, yatırım danışmanlığı, doktorluk, yazarlık, ressamlık, noterlik, heykeltıraşlık, bestekarlık, mimarlık gibi faaliyetlerin bu kapsam dışında tutulması neticesini doğurmaktadır³⁵. Bu noktadan hareketle serbest meslek sahiplerinin bireysel olarak belirli bir organizasyon içerisinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin işletme kapsamında kabul edilmeyeceği belirtilmektedir³⁶. Yargıtay tarafından verilen örnek kararlarda da serbest meslek mensuplarınca gerçekleştirilen faaliyetlerin ticari işletmeden kaynaklanmadığı vurgulanmaktadır³⁷. Fakat hemen belirtmek gerekir ki bazı serbest meslek faaliyetlerinin birlikte bir işletme çatısı altında yürütülmesi mümkün olabilir³⁸. Bu durumda, ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında bir işletmenin varlığının kabulü gerekir.

Tam bu noktada özellikle dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus TTK m.15 hükmünde ve yine 5362 sayılı kanun ile 2007 tarihli karar kapsamında birbirinden farklı şekilde düzenlenen emek ve sermaye birlikteliğinin varlığıdır³⁹.

34 Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s. 103; Demirkapı, s. 375.

35 Karahan, Makale, s. 58-59. Avukatlık mesleğine ilişkin olarak düzenlemeye yer verilen Avukatlık Kanunu m.11 hükmü ile bu husus açıkça dile getirilmiş ve aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta produktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

36 “Serbest meslek mensuplarının faaliyetleri karşılığında aldığı ücretin, satın aldıkları ürün veya hizmetin karşılığı olmadığı, aksine kendilerinin bizzat bu hizmetin üreticisi oldukları belirtilmelidir. Diğer taraftan burada üretilen hizmetin “tamamen bilgiye dayanan emeğin mahsulü” olduğu da vurgulanmalıdır” Demirkapı, s. 376. Aynı yönde bkz: Kendigelen, s. 157; Bahtiyar, s. 21; Karahan, s. 19.

37 Noterler hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından değerlendirmeye yer verilen 20.11.2015 tarihli ve E. 2015/12936, K. 2015/11565 sayılı karar şu şekildedir: “Somut olayda; davacının noter olduğu, davalıların ise ilgili noterlikte işlem yaptıran fakat işlem ücretini ödemediği iddia edilen şahıslar olduğu anlaşılabilir olup yapılan işlemin içeriğinin mahkemenin görevini belirleyemeyeceği, bu nedenle uyumsuzluğun TTK 4-5 maddesi gereğince ticari sayılmayacağı, noterlerin serbest meslek mensubu olup kamu görevi yapan bir kurum olması nedeniyle tarafların tacir olmadığı da dikkate alındığında uyumsuzluğun ticari işletmeden de kaynaklanmadığı anlaşılabilir uyumsuzluğun genel mahkemede görülmesi gerekmektedir.” Hükümde yer alan tacir olmadığı ifadesi her ne kadar tartışılabilir olsa da, faaliyetin ticari işletme kapsamında kabul edilmeyeceği ortaya konulmuştur. Aynı yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından tesis edilen 16.06.2017 tarihli ve E. 2016/3635 K. 2017/2584 sayılı kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Davacı, taşınmazların sahibi olup sözleşmeyi taşınmazların imar planının yapılması için imzalamıştır. Davalı ise şehir planlamacısı olup serbest meslek erbabıdır. Her ne kadar mahkemece ticaret siciline yazı yazılarak tarafların ticari işletmeleri olup olmadığı sorulsa ve tarafların şirketleri olduğuna dair yazı gelse de sözleşmenin tarafları gerçek kişi olup bu işi ticari işletmeleri ile ilgili yaptıklarına dair dosyada herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.” (kazanci.com) (9.11.2020).

38 Ancak, Avukatlık Kanunu m.44 uyarınca bu faaliyetin bir avukatlık ortaklığı altında birlikte yürütülmesi durumunda da yapılan iş ticari sayılmayacaktır. Kendigelen, s. 157; Bahtiyar, s. 21; Karahan, s. 18-19.

39 TTK m.15 hükmü ile kanun koyucu esnafın ekonomik faaliyetinin sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanması gerektiğini öngörürken, 5362 sayılı kanun ile 2007 tarihli karar kapsa-

Dolayısı ile yalnızca emek yahut sermaye unsurunun bulunduğu bir ekonomik faaliyet bir işletmenin varlığı için yeterli değildir⁴⁰.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, başvuruya konu faaliyetin bir “ticarethane” çatısı altında yürütülmesi bir işletmenin varlığına tek başına delil teşkil etmemektedir. Arabuluculuk uygulamasında ve yine yargı içtihatlarında zaman zaman ortada “ticarethane” olarak faturalandırılan bir işyerinin bulunması başlı başına bir işletmenin, hatta bunun da ötesinde bir ticari işletmenin varlığına dayanak olarak gösterilmektedir⁴¹. Kanaatimizce bu yaklaşım şu ana kadar ortaya konulan tüm tespitler ile çelişki arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, şu ana kadar

mında bu şart ekonomik faaliyetinin sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandırılması şeklinde ifade edilmiştir.

- 40 Sadece emek unsurunu içeren bir öğretmenin özel ders vermesi faaliyeti yahut yalnızca sermaye unsurunu ihtiva eden kâra katılmalı ödünç şeklinde bir işletmeye borç verilmesi faaliyetlerinin bir işletmenin varlığı için yeterli kabul edilmeyeceği hususunda bkz: Demirkapı, s. 376 ve dn. 8.
- 41 Bu husus Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından oldukça yakın bir tarihte (4.6.2020) verilen E. 2020/1290, K. 2020/1598 sayılı karar ile ortaya konulmuş ve ticarethane üzerinden yapılan abone sözleşmesinin işlemin ticari işletme ile ilgili bulunmasına dayanak teşkil ettiği belirtilmiştir: “Somut olayda abone sözleşmesinin ticarethane aboneliği olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre tarafların tacir olması ve işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili bulunması nedeniyle söz konusu davanın TTK’nın 4. maddesinin 1. fıkrasına göre ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” 3. Hukuk Dairesi tarafından benzer yönde tesis edilen 17.12.2019 tarih ve E. 2019/1440, K. 2019/10200 sayılı kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; 23.01.2013 tarihli kaçak elektrik tutanağında abone grubunun ticarethane olarak belirlendiği, davacı tarafından dava dilekçesinde davaya konu yerin ticari işletme olduğunun belirtildiği görülmektedir. Davacı tarafın davaya konu işletmeye dair beyanları kendisini bağlamaktadır. Davalının da ticari işletme olması sebebiyle görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur.” Yine 3. Hukuk Dairesi tarafından benzer şekilde tesis edilen 1.10.2018 tarih ve E. 2016/21162, K. 2018/9319 sayılı karar ise şu şekildedir: “Uyuşmazlık konusu elektrik abonelik gruplarının işyeri (ticarethane) olduğu ve davacının şirket olduğu, bu nedenle davaya konu abonelik tesisinin, tacir olan davacı tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu konusunda hiç bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda, tacir olan her iki tarafın, ticari işletmesiyle ilgili olarak açılan iş bu davada uyuşmazlık; ticari mahiyette olup, uyuşmazlığın çözümü Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevi içerisindedir.” Aynı Dairenin bu yönde tesis ettiği 28.6.2018 tarih ve E. 2016/19360, K. 2018/7312 sayılı kararda şu tespitler yapılmıştır: “Somut olayda; dosya kapsamında yer alan kaçak tespit tutanağı ve diğer bilgi ve belgeler incelendiğinde davacının abone grubunun “ticarethane” olarak belirtildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece her ne kadar, davacının ticari sicil kaydının bulunup bulunmadığı ve tacir olup olmadığı hususunda bilgi verilmesi için ticaret sicil memurluğuna yazılan yazıya davacının kaydı olmadığı bildirilmesi üzerine davalının görev itirazı reddedilmiş ise de, yukarıda ifade edilen belgeler de dikkate alındığında, davaya konu uyuşmazlıkta genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak yeterli inceleme ve değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır.” Aynı yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen diğer kararlar için bkz: 17.5.2018 tarih ve E. 2016/19178, K. 2018/5386 sayılı karar; 17.1.2018 tarih ve E. 2017/17023, K. 2018/237 sayılı karar; 22.12.2016 tarih ve E. 2016/1112, K. 2016/15866 sayılı karar; 19.12.2016 tarih ve E. 2016/16315, K. 2016/15311 sayılı karar; 8.12.2016 tarih ve E. 2016/10952, K. 2016/14225 sayılı karar. Dükkan için yaptırılan ticarethane aboneliğinin ticari işletmenin varlığı için yeterli olduğu hususunda bkz: 3. Hukuk Dairesi 25.4.2018 tarih ve E. 2016/18439, K. 2018/4471 sayılı karar. Son olarak Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından 26.11.2015 tarihinde verilen ve ticarethane aboneliğinin tacir sayılmak için yeterli kabul edileceği yönünde verilen E. 2015/9106, K. 2015/11813 sayılı karar da bu bağlamda ele alınabilir. (kazanci.com) (9.11.2020).

detayları ile ortaya konulduğu üzere bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için kural olarak yalnızca bir işletmenin varlığı yeterli görülmemektedir⁴². Öte yandan yine unutmamak gerekir ki, ticarethane olarak zikredilen tüm işyerlerinin işletme olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Biraz önce dile getirildiği üzere belirli bir organizasyon kapsamında olsa da münferit serbest meslek faaliyetleri bir işletmenin varlığını beraberinde getirmemektedir. Halbuki kararlara konu ticarethane tanımına yer verilen “Dağıtım Lisansı Sahibi Tüzel Kişiler ve Görevli Tedarik Şirketlerinin Tarife Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar” ile Sanayi Abone Grubu⁴³, Mesken Abone Grubu⁴⁴, Tarımsal Sulama Abone Grubu⁴⁵ ve Aydınlatma Abone Grubu⁴⁶ dışında kalan tüm abo-

42 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10.9.2018 tarih ve E. 2016/20667, K. 2018/8234 sayılı kararda da bu yönde tespitlere yer verilmiş ve ilgili işyerinin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun ayrıca araştırılması gerektiği vurgulanmıştır: “Yukarıda açıklandığı üzere, somut olayda her ne kadar davalı tarafça tutulan 16.08.2014 ve 04.06.2015 tarihli kaçak tespit tutanaklarında davacının abone grubu ticarethane olarak belirtilmiş ise de, dosya içeriğinden davacının Türk Ticaret Kanunu kapsamında tacir ya da esnaf olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece T.T.K.nun 14,17,1463. maddeleri, 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3. maddesi çerçevesinde dikim atölyesi niteliğinde bir iş yeri işleten davacının tacir olup olmadığı araştırılarak, davacının tacir olduğunun saptanması halinde görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi, aksi halde genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevli olduğu gözetilerek, ilgili mahkemeye görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde esasa ilişkin hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” 3. Hukuk Dairesi tarafından aynı kriterlerin göz önüne alındığı 11.9.2019 tarih ve E. 2019/3781, K. 2019/6548 karar ise şu yöndedir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; 16.01.2015 tarihli kaçak elektrik tutanağında abone grubunun ticarethane olarak belirlendiği, davacı tarafından dava dilekçesinde davaya konu yerin ticari işletme olduğunun belirtildiği, yine davacı tarafından mahkemeye sunulan 13.12.2016 tarihili dilekçede; iş yerinde yirmiyeye yakın işçi çalıştırıldığını, kahvaltı ve şarküteri alanında faaliyet gösteren gurme market olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Davacı tarafın davaya konu işletmeye dair beyanları kendisini bağlamaktadır. Bu halde görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur.” (kazanci.com) (9.11.2020).

43 6948 sayılı Sanayi Sicili Kanununda tanımı yapılan ve ilgili resmi kuruluşça onaylı sanayi sicil belgesini ibraz eden sanayi işletmeleri bu abone grubu kapsamındadır.

44 Mesken olarak kullanılan; müstakil binalar, apartmanlar ve apartmanlar içindeki bağımsız bölümler, konut kooperatifleri ve konut siteleri.

45 Tarıma dayalı arazilerin sulanmasını sağlamak amacıyla; ilgili resmi kuruluşlardan alınacak yer altı suyu kullanma belgesi veya su kullanma izin belgesi ile resmi kuruluşlardan alınmış sulamanın tarımsal amaçlı olduğunu gösterir belgeyi ibraz eden; ana faaliyeti tarımsal üretim olan gerçek veya tüzel kişilerce kurulmuş sulama kooperatifleri, pompaj tesisleri ile münferit olarak tesis edilmiş tarımsal sulama elektrik tesisleri bu abone grubu kapsamındadır.

46 Bu abone grubu iki alt abone grubundan oluşur: a) 27/07/2013 tarihli ve 28720 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Aydınlatma Yönetmeliği gereğince enerji giderleri genel aydınlatma kapsamında ödenen aydınlatmalar, bu alt abone grubu kapsamındadır. b) Otoyollar ve özelleştirilmiş erişme kontrollü karayollarının aydınlatılması, güvenlik amacıyla yapılan sınırlı aydınlatmaları, toplumun ibadetine açılmış ve ücretsiz girilen ibadethanelere ilişkin aydınlatmalar ve halkın ücretsiz kullanımına açık ve kamuya ait park, bahçe, tarihî ve ören yerlerinden aydınlatmaları 27/07/2013 tarihli ve 28720 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Aydınlatma Yönetmeliği kapsamında ödenmeyenlerin aydınlatmaları bu alt abone grubuna dahildir.

neler ticarethane kapsamında kabul edilmiştir⁴⁷. Dolayısı ile ticari faaliyetlerin, ticarethane abonelik grubu kapsamında yürütülmesi tek başına bir işletmenin varlığı için yeterli kabul edilmemelidir⁴⁸. Benzer bir sonuca “işyeri” kavramı kapsamında ulaşmak da mümkündür. Çeşitli mevzuat hükümleri kapsamında farklı tanımlarına yer verilen bu kavramın da tek başına bir işletmenin ya da ticari işletmenin varlığına delil teşkil ettiğini söylemek mümkün olmamalıdır⁴⁹.

47 Usul ve Esaslarda tanımlanan diğer ana ve alt abone grupları kapsamına girmeyen tüm tüketiciler bu abone grubu kapsamındadır.

48 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 18.9.2018 tarih ve E. 2016/20997, K. 2018/8657 karar ile belirtilmiş, ticarethane üzerinde abonelik tesis edilmiş olsa dahi bu faaliyetin ticari işletme kapsamında değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır: “Mahkemece; dava konusu aboneliğin davalı şirket nezdinde ticarethane olarak işlem gördüğü, dolayısıyla tüketici sıfatına haiz olmayan davacı tarafından açılan davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğinden bahisle, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... Diğer taraftan, avukatlık mesleğini ifa eden davacı tacir olmadığı gibi mesleki çalışmalarını yürüttüğü avukatlık bürosu da ticari işletme değildir. Bu nedenle, somut olayda 6102 Sayılı TTK hükümlerinin uygulanamayacağı, buna bağlı olarak uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemesinin görevli olmadığı açıktır.”. Dolaylı olarak aynı yönde bir tespiti ihtiva eden 21.6.2018 tarih ve E. 2016/20355, K. 2018/6970 sayılı 3. Hukuk Dairesi kararı ise şu şekildedir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; taraflar arasındaki abonelik sözleşmesinde davacının abone grubu ticarethane olarak belirtilmekle birlikte, gerçek kişi olan davacının TTK hükümlerine göre tacir sıfatına haiz olup olmadığı araştırılarak, tacir olması halinde uyuşmazlığın çözümünün yukarıdaki yasa hükümleri de gözetildiğinde Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevi içinde olduğu, tacir sıfatını haiz olmadığına ise uyuşmazlığın 6502 Sayılı Kanun kapsamında kalmadığından Asliye Hukuk Mahkemesi olarak davanın görülmesi gerekir.” Kanun gereği, gerçek kişilerin tacir sıfatının tespitinde kullanılacak olan ticari işletme kavramının tersi bir yöntem izlenerek tacir kavramı üzerinden tespit edilmeye çalışılması metodolojik olarak sorunluysa da dolaylı olarak ticari işletmenin varlığının ayrıca sorgulanması yerinde olmuştur. Aynı yönde 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 31.5.2018 tarih ve E. 2018/3409, K. 2018/6217 sayılı karar da ortada bir işletmenin varlığı halinde ayrıca inceleme yapılması gerektiğini dile getirmiş ve ticarethane aboneliği yaptırılan dükkanın ticari işletme olup olmadığını araştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir (kazanci.com) (9.11.2020).

49 Örneğin serbest meslek mensuplarınca yürütülen faaliyetlerin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bir işyeri faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısı ile buradan yola çıkarak bir işletmenin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 3572 sayılı “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun”un 2. maddesi kapsamında avukatlık büroları, SMM ve SYMM büroları, noterlik daireleri, mühendis ve mimar meslek mensuplarınca açılan bürolar ve Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna göre açılan muayenehane ve müşterek muayenehaneler “işyeri” kavramı dışında bırakılmış olup bu bağlamda ilgili kanuna göre verilen ruhsatların bir işletmenin varlığına dayanak teşkil etmesi bakımından kolaylık sağlayacağı söylenebilir. Fakat bu kanun kapsamında işyeri olarak tanımlanması yine de bir ticari işletmenin varlığının tespitinde tek kriter olarak kullanılamaz. Bu husus Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 16.4.2018 tarihli ve E. 2016/19372, K. 2018/4021 sayılı karar ile vurgulanmıştır: “Davacı, davalı Belediyenin talebi üzerine, davalı ... çay bahçesinin suyunun kesileceğini bildirdiğini, ruhsatın iptal edildiğini, işyerinin 07/08/2003 tarihinde yapıldığını, 12/10/2004 tarihinden önce yapıldığından yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinin aranmayacağını, suyun kesilmesinin yasal olmadığını, tahliye zorlandığını ileri sürerek çekişmenin giderilmesine, el atmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir. ... Anılan Kanun’un 4. maddesine göre, bir davanın ticari dava olabilmesi için uyuşmazlığın her iki tarafının da tacir olması ve ticari işletmelerle ilgili hususlardan doğmuş bulunması veya anılan yasa maddesinde sayılan mutlak ticari davalardan olmasının gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiş; müteakip 5. maddesinde ise, “Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4. madde hükmünce ticari

Ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında bir başvuruyu değerlendirecek olan arabulucunun yapılan tüm bu açıklamalar uyarınca öncelikle üretim araçları olan emek ve sermayenin işleten tarafından ticarete özgü olan organizasyon ve metod ile bir araya getirildiği bir yapının mevcut olup olmadığını incelemesi ve bu tespit esnasında özellikle serbest meslek mensuplarınca gerçekleştirilen bir faaliyetin başvuruya konu olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

D. İşletmenin Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırları Aşım Aşmadığını Tespit Değerlendirmeye Esas Teşkil Etmemelidir

TTK m.11/1 ile ticari işletme esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan işletme olarak tanımlanmış, bu sınıra ilişkin düzenlemenin Cumhurbaşkanı kararı ile belirleneceği belirtilmiştir. Konuya ilişkin olarak yürürlükte bulunan 2007 tarihli Bakanlar Kurulu kararında ise VUK m.177'ye atıf yapılarak bir sınır tespit edilmiştir.

Düzenlemeler ışığında özellikle doktrinde yoğun bazı tartışmalar yaşanmış, bir görüş kanunda yer verilen ifade gereği ticari işletmenin varlığı için bu sınırların doğrudan aşılmasının değil, bu sınırın aşılmasının hedef tutulmasının yeterli olduğunu savunmuştur⁵⁰. Diğer bir görüş ise söz konusu sınırın aşılmasının hedef tutulmasının yeterli olmadığını, bu sınırın fiilen aşılmasının gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Fakat kanaatimizce hangi kabulden yola çıkılırsa çıkılsın dava şartı olan arabuluculuk başvurularında söz konusu sınırların aşıp aşılmadığı hususunda bir inceleme yapılması mümkün değildir.

Arabulucuların görev ve yetkilerine ilişkin açıklamalara yer verilen kısımda vurgulandığı üzere arabulucu kural olarak yalnızca tarafların iradi olarak çözüme ulaşması için uygun ortamı yaratmak ile yükümlüdür ve keşif, bilirkişiye

sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve dair usul hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Davacı ile davahlar arasında yapılan sözleşmenin dosyaya kazandırılıp aboneliğin niteliğinin incelenmesi, davacının tacir olup olmadığı konusunun aydınlatılması, uyumsuzluğu incelemede görevli mahkemenin Ticaret Mahkemesi olup olmadığını belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” 20. Hukuk Dairesi tarafından aynı yönde verilen 10.12.2018 tarih ve E. 2018/5630, K. 2018/8059 sayılı karar ise şu şekildedir: “Dosya kapsamına göre; dava mutlak ticari dava olmadığı gibi davacının esnaf olup tacir sıfatının bulunmadığı, uyumsuzluk konusunun, işyerinde kaçak ve abonesiz olarak elektrik kullanıldığı iddiasına karşılık davacı tarafın borçlu olmadığı tespitini isteminden ibaret olup, davacı gerçek kişi ve davalı ... şirketi olduğundan mutlak ticari dava niteliğinde bulunmayan uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” (kazanci.com) (9.11.2020).

50 Tekinalp, s. 10; Şener, s. 6; Karahan, s. 18.

51 Demirkapı, s. 383-385; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 161; Kendigelen, s. 162; Bah-tiyar; s. 20; Poroy, Yasaman, s. 37; Arkan, s. 28; Aslan, Şenyüz, s. 9; Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 122.

başvurma ve tanık dinleme gibi niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemleri icra etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla 2007 tarihli karar ile atıf yapılan sınırların aşılmadığını veya bunun hedeflenip hedeflenmediğini tespit/teyit için gerekli yetkilere sahip olmayan arabulucunun bu konuda bir karar vermesini beklemek doğru olmaz. Ayrıca ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında başvuru yapan taraf iradesinin sonrasında ticaret mahkemesinde bir dava açmak olduğu hususunda şüphe duymamak gerekir. Hal böyle iken, amacı kanun koyucu tarafından getirilen bir dava şartını temin etmek olan tarafın bu yöndeki iradesine öncelik tanınması en doğru tercihtir⁵². Aksi bir kabul halinde başvuran taraf, davasının usulden reddedilmesi riskinden kurtulmak adına davayı bu yönde hiçbir yetkisi bulunmayan arabulucu tarafından işaret edilen mahkemede açmaya zorlanmış olur. Ancak bu durum dahi davanın görevsizlik nedeni ile ticaret mahkemelerine tevdiine ve bu cihette usulden reddine engel teşkil etmez⁵³. Ne arabuluculuk kurumunun amacı ile ne de arabulucunun yetkileri ile bağdaşmayan böylesi bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek adına mevzuat hükümleri ile atıf yapılan ve tespiti ayrı bir uzmanlık gerektiren böylesi bir hususun arabulucu tarafından hiç değerlendirilmemesi ve yalnızca bir işletmenin varlığının tespit edilmesi ile yetinilmesi kanaatimizce en makul çözümdür.

E. İşlemin Taraflarının Tacir Olması Yahut Her İki Taraf İçin Ticari İş Sayılması Gerekmemektedir

Uygulamada ve yargı kararlarında ticari davalara ilişkin olarak yaygın şekilde düşülen yanlışlıklardan biri de bir uyuşmazlığın ticari dava kapsamında değerlendirilebilmesi için uyuşmazlığın tarafların tacir olması yahut uyuşmazlığa konu işin her iki taraf içinde ticari iş sayılması gerektiği ve/veya bu durumun ticari davanın varlığı için yeterli olduğu yönündeki kanaattir⁵⁴.

52 Bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olarak nitelendirileceğine dair başvuranın iradesine sonuç bağlanan farklı örnekleri görmek mümkündür. Esnaf faaliyetleri için öngörülen gelir düzeyinin fiilen aşılması gerektiğini savunan yazarlarca dahi kabul edildiği üzere, henüz faaliyetlerine yeni başlamış olan bir işletmenin mevzuatta öngörülen sınırları aşıp aşmayacağı tespit olunamayacağı için, bu noktada işletmenin esnaf siciline mi yoksa ticaret siciline mi kaydedilmesi gerektiği hususunda başvuranın iradesini esas almak gerekmektedir (Bu yönde bkz: Kendigelen, s. 163; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 164; Bahtiyar, s. 23-24. Aksi yönde görüş için bkz: Demirkapı, s. 431. Ancak yazar dahi burada bu limitlerin altında kalıp kalmayacağı hususunda takdir yetkisini başvurana bırakmaktadır). Her ne kadar bu durumda başvuruyu yapanın bizzat işletmenin işleteni olduğu bu durum incelemeye konu savımız ile ayniyet teşkil etmese de, böylesi bir yaklaşımın benimsenmesinin hukukumuzda çok da yabancı olmadığını ortaya koymak adına önemlidir.

53 Bu yönde kararlar için bkz: 24 no'lu dn.

54 Bu yönde Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen 25.2.2015 tarihli ve E. 2014/17011, K. 2015/2617 sayılı kararda yerel mahkemece şu yönde hüküm tesis edildiği belirtilmiştir: "Mahkemece, ticaret mahkemelerinin tarafları tacir olan ve her iki taraf için ticari iş sayılan, ticari işletmelerine dair bulunan uyuşmazlıklar ile TTK'nun 4. maddesinde sayılan mutlak ticari davaları çözümlemek-

Kanun koyucu nispi ticari davaları düzenlerken tacir yahut ticari iş kavramlarını değil, ticari işletme kavramını esas almıştır⁵⁵. Dolayısı ile bir uyuşmazlığın ticari sayılabilmesi ancak davaya dayanak işlemin/filin her iki tarafında ticari işletmesini ilgilendiriyor olması ihtimalinde mümkündür.

Her iki tarafın tacir olması başlı başına bir uyuşmazlığı ticari dava haline getirmez. Nitekim, TTK'nın açık hükümleri gereği kanunen yasaklanmamış her türlü amaç ve konu için kurulmasına izin verilen anonim ve limited şirketlerin tacir sıfatını kazanmaları için bir ticari işletme işletmelerine gerek bulunmamaktadır⁵⁶. Buna bağlı olarak her iki tarafının da tüzel kişi tacir sıfatını haiz olduğu bir hukuki ilişkide işlemin şirketlerden birinin yahut ikisinin ticari işletmesini ilgilendirmemesi ve bu cihette ticari dava kapsamında kabul edilmemesi mümkündür⁵⁷. Bu ihtimal yalnızca tüzel kişi tacirler için değil, gerçek kişi tacirler için de gündeme gelebilir. Ticari bir işletme işletmek koşulu ile tacir sıfatını kazanabilecek olan gerçek kişinin tacir sıfatının sona ermesi için işletmesindeki faaliyetleri sona erdirmiş olması yeterli değildir. Buna bağlı olarak ticari işletmesini kapatmış gerçek kişinin ilgili kaydı sicilden terkin ettirmemiş olması durumunda tacir sıfatı devam ederken, bir ticari işletmesi bulunmadığı için uyuşmazlık ticari dava kapsamında değerlendirilemez.

Benzer şekilde her iki tarafı da gerçek kişi tacir olan bir sözleşmenin, taraflardan biri için tüketici işlemi niteliğinde olması da mümkündür⁵⁸. Aslında

le görevli olduğu". Konuya ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda ise bu kez 11. Hukuk Dairesi doğrudan her iki taraf için ticari iş niteliğinde olan davaların ticari dava olduğunu ifade etmiştir: "TTK.nun 4. maddesi de her iki taraf için ticari iş sayılan davaların ticari dava olabileceğini belirtmiştir.". Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nce her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesinin yanı sıra tarafların tacir sıfatına vurgu yapılan 20.3.2019 tarih ve E. 2016/5771, K. 2019/1165 sayılı karar ise şu şekildedir: "Somut olayda her iki tarafta tacir olup, uyuşmazlık ticari işletme faaliyetleri kapsamında verilen hizmetten kaynaklanmaktadır. O nedenle bu dava ticari dava mahiyetindedir ve ticaret mahkemesinde görülmesi gerekir.". Aynı Daire tarafından verilen 31.1.2019 tarih ve E. 2016/2388, K. 2019/236 sayılı kararda ise bu kez her iki tarafın da tacir sıfatını haiz olmaması ticari dava şartının sağlanamaması şeklinde yorumlanmıştır: "Mahkemece, her iki tarafın tacir olduğu ve ihtilaf konusunun her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş ise de bir davanın ticari dava olarak görülebilmesi için TTK'nın 4.maddesi uyarınca her iki tarafın tacir olması gerekir." (kazancı.com) (9.11.2020) (Aynı yönde kanaat için bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen 26.11.2018 tarih ve E. 2018/4366, K. 2018/4669 sayılı karar).

55 Demirkapı, s. 374; İsmail Kırcı, "Nispi Ticari Davaya Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXXIII, S. 1, 2017, s. 61. Fakat kanun koyucunun bu teriminin bilinçli olmadığını savunan yazar buradaki kavramın tacir merkezli olarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu savunmaktadır (Kırcı, s. 61).

56 Bu yönde açıklamalar için bkz: Kırcı, s. 59 ve dn.8; Helvacı, *Ticari İşletme Hukuku* 2019, s. 203.

57 Kırcı, s. 59; Bahtiyar, s. 95; Aslan, Şenyüz, s. 42. Aksi yönde görüş için bkz: Karahan, s. 82. Kaya, *Ticari İşletme Hukuku* 2019, s. 137-138; Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 80.

58 Gerçek kişi tacirin ailesinin ihtiyacı kapsamında bir elektronik mağazasından alışveriş yapması ve bu durumu TTK m.19/1 uyarınca karşı tarafa bildirmiş olması bu ihtimale bir örnek olarak zikredilebilir. İşlemin karşı tarafının ticari işletmesine ilişkin olan bu sözleşme, alıcı konumundaki gerçek kişi tacir için bir tüketici işlemi niteliğindedir. Buna bağlı olarak işlemin tarafları tacir olmasına ve

bu durum her iki tarafı için ticari iş niteliğinde olan bir sözleşmenin ticari dava kapsamında değerlendirilmeyeceğine dair de güzel bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu sözleşme taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi nedeni ile TTK m.19/2 kapsamında her ikisi için de ticari iş niteliğindeki ve hatta yine sözleşmenin her iki tarafı da tacirken, ilgili sözleşmenin taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmemesi nedeni ile ticari dava kapsamında kalmadığı kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında bir uyuşmazlığın ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığını tespit ederken başvurunun taraflarının tacir olup olmaması yahut her iki taraf için de ticari iş sayılıp sayılmadığı tek başına bir değerlendirme kriteri olarak ele alınmaması gerektiği görülmektedir. Bir başka ifade ile, bir uyuşmazlığın TTK m.5/A kapsamında kalıp kalmadığını değerlendiren arabulucunun yalnızca işlemin taraflarının tacir olmasından yola çıkarak yahut taraflar açısından ticari iş niteliğinde olmasından hareketle uyuşmazlığı dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmesi mümkün olmadığı gibi, yalnızca bu şartlardan birinin yahut ikisinin mevcut olmamasını gerekçe göstererek görüşmeleri sona erdirmemesi gerekir.

F. Tarafların Ticaret Siciline Yahut Esnaf ve Sanatkarlar Siciline Kayıtlı Olması Konunun Tespiti Açısından Tek Başına Dayanak Değildir

Bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu hususunda yargı kararlarında ve arabuluculuk uygulamasında eksik bir yorum ile faydalanılan bir diğer kriter ise hukuki işlemin taraflarının ticaret sicili yahut esnaf sicilinde yer alan kayıtların incelenmesi suretiyle bir kanaate varılmasıdır⁵⁹.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, TTK m.12 /1 uyarınca bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten gerçek kişi tacir olarak tanımlanmış olup, bu sıfatın kazanılması için işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi şart olarak

yine her iki taraf içinde ticari iş olmasına rağmen ticari dava olarak nitelendirilemez.

59 Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından verilen 22.12.2014 tarih ve E. 2014/20751, K. 2014/19132 sayılı karar bu durumu açıkça ortaya koymaktadır: “Somut olayda, her ne kadar davalı tacir ise de, davacının ise ayakkabı ürünlerinin satışı ile uğraştığı, Ticaret Sicil Müdürlüğüne yazılan yazı cevabından davacının ticaret sicilinde kaydının bulunmadığı, Esnaf ve Sanatkarlar Odasına yazılan yazı cevabından davacının esnaf olduğu anlaşılmış olup, uyuşmazlığın davacının ticari işletmesi ile ilgili olmadığı anlaşılmakla, uyuşmazlığın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.” İlk derece mahkemesince düşülen benzeri bir yanılıya dikkate çeken Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 21.10.2015 tarih ve E. 2015/11995, K. 2015/9843 sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Asliye Hukuk Mahkemesince, tarafların ticaret sicilinde kayıtlı oldukları, davada TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.” (kazanci.com) (9.11.2020).

düzenlenmemiştir⁶⁰. Dolayısıyla hiçbir sicilde kaydı bulunmasa dahi, kanunda öngörülen şartı sağlayan işletmeler ticari işletme olarak kabul edilecek, bunu işleten gerçek kişiler ise tacir sıfatını kazanmaktadır. Diğer taraftan daha önce de dile getirildiği üzere henüz kuruluş aşamasında bir işletmenin hangi sicile kayıt edileceği hususunda genel olarak işletenin iradesinin esas alınması yönünde bir kabul mevcut olup, buna bağlı olarak işletmenin bu süreç içerisinde ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi sayıldığına ayrıca tespiti gerekmektedir⁶¹. Kaldı ki, başvurucuya tanınan bu karar verme yetkisi yalnızca bu aşama ile sınırlı tutulmamıştır. 2007 tarihli Karar'ın 1/3. maddesi ile esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması gerektiği kararlaştırılmıştır. Tüm bu düzenlemeler bir işletmenin ticari işletme niteliğinde olmasına rağmen esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı olmasının, yine hiçbir sicilde kaydı bulunmamasının hukuken mümkün olduğunu ortaya koymakta olup, ticari dava şartı olan arabuluculuk başvurularında yalnızca bu kayıtlar üzerinden karar verilmesi doğru değildir⁶². 2007 tarihli Karar ile dile getirilen ve Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olması yahut olmaması da aynı nedenle bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tespiti noktasında tek başına kriter olarak kabul edilemez⁶³.

Öyleyse, bir başvurunun ticari dava şartı arabuluculuk başvurusu kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirecek olan arabulucunun yalnızca

60 TTK m.40 uyarınca her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür. Ancak bu durum, ticari işletmenin işletilmeye başladığı andan itibaren tacir sıfatının kazanılmasına engel teşkil etmez. (Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 258; Arkan, s. 113; Poroy, Yasaman, s. 130; Bahtiyar, s. 104-105; Şener, s. 7.)

61 Bu yönde açıklamalar için bkz: dn. 51 no'lu dn.

62 İsmail Kırcı, "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXIV, S. 2, 2007, s. 300; Demirkapı, s. 429; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 165; Poroy, Yasaman, s. 130; Bahtiyar, s. 104-105. Bu yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen ve ticaret sicile kayıtlı olmanın başlı başına tacir sıfatını, dolayısıyla, ticari işletmenin varlığını ortaya koymayacağına işaret eden 13.2.2018 tarih ve E. 2016/5851, K. 2018/552 sayılı karar şu şekildedir: "Ticaret siciline kayıtlı olmak tacir sayılmanın koşulu değildir. Davalı, koşulları bulunduğu halde kendisini ticaret siciline kayıt ettirmemiş olsa bile yukarıdaki hükümlerin sonucu olarak tacir sıfatını taşıdığı açıktır." Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından aynı yönde tesis edilen 11.12.2017 tarih ve E. 2016/14741, K. 2017/7855 sayılı karar ile konu şu şekilde dile getirilmiştir: "Bir tacirin ticaret siciline kayıtlı olmaması onu tacir sorumluluğundan kurtarmaz." (kazanci.com) (9.11.2020).

63 Demirkapı, s. 411; Bahtiyar, s. 21; Şener, s. 7.

işletmenin bir sicile kayıtlı olup olmadığı, hangi sicilde kayıtlı bulunduğu yahut işletme faaliyetinin Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit ettiği meslek kolları içerisinde kalıp kalmadığı noktasından hareketle bir sonuca varması mümkün değildir.

G. Vergi Açılışı Yahut Mükellefiyet Sınıfı Tek Başına Bir Kriter Olarak Değerlendirilmemelidir

Dava şartı arabuluculuk başvurularında konunun nispi ticari dava kapsamında ele alınıp alınamayacağı noktasında değinilmesi gereken son kriter, başvuruya konu tarafların vergi açılışlarının bulunup bulunmadığı hususu ile mükellefiyet sınıfları üzerinden yapılacak olan değerlendirmedir. Konuya ilişkin temel düzenleme 2007 tarihli Karar'ın 1/(a) hükmünde yer almaktadır. Buna göre kanun koyucu basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri gerektiğini belirtmiş, aynı düzenlemenin (b) bendinde ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmelerini kararlaştırmıştır.

Bu durum karşısında VUK kapsamında esnaf kabul edilen bir kişinin TTK bağlamında da esnaf kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısı ile faaliyete konu işletmenin esnaf işletmesi olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Konuyu değerlendiren pek çok yazar vergi hukukuna özgü kavramların esnaf ve tacir ayrımını belirlemede kullanılabilir bir ölçüt olmamasından yola çıkarak bu soruya olumsuz cevap vermektedir⁶⁴. Bir kimsenin VUK'a göre esnaf sayılmasının, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağı ve yine vergi mükellefi olmanın tacir sayılmanın ve dolayısı ile bir ticari işletmenin yokluğuna işaret etmeyeceği yargı kararları ile de kabul edilmeyeceği Yargıtay'ın farklı dairelerince uzunca bir süredir açıkça kabul edilmektedir⁶⁵.

64 Demirkapı, s. 422; Kırcı, s. 297.

65 "Bir kimsenin Vergi Usul Kanunu'na göre esnaf sayılması, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline ya da Oda'ya kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı olmadığı gibi, vergi mükellefi olup olmamak da tacir ve esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak kabul edilemez." Yargıtay 3. Hukuk Dairesince verilen 13.2.2019 tarih ve E. 2017/12019, K. 2019/1050 sayılı kararı. Aynı yönde diğer daireler tarafından verilen kararlar için bkz: 8. Hukuk Dairesi tarafından verilen 7.5.2018 tarih ve E. 2017/10627, K. 2018/12230 sayılı karar; 6. Hukuk Dairesi tarafından

Öyleyse, ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında yapılacak olan bir değerlendirmede tarafların VUK kapsamında tacir olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi ve hatta vergi mükellefiyetlerinin bulunmaması tek başına bir kriter olarak değerlendirilmemeli, başvuruya konu tarafların vergi mükellefiyetlerinin bulunmaması ya da VUK kapsamında esnaf işletmesi olması nedeni ile başvuru reddedilmemelidir.

Sonuç

Kural olarak ihtiyari olan arabuluculuk kurumu ticari davalar bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmiş, bu durum özellikle nispi ticari davaların tespitinde yaşanan sorunların bu sürece sirayet etmesine sebep olmuştur. Yapılan değerlendirmeler sonucunda soruna gerçek anlamda bir çözüm üretilebilmesinin ancak arabuluculuk kurumunun yapısına uygun kriterlerin tespiti ile mümkün olduğu görülmüştür. Bu tespite uygun olarak yapılan değerlendirmeler neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Uygulamada Arabuluculuk Büroları ve Cumhuriyet Savcılığı tarafından bir başvurunun ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kaldığının tespit amacıyla talep edilen ticaret sicil kayıtlarının, vergi mükellefi olduğunu gösterir belgelerin uyumsuzluğun nispi ticari dava kapsamında olup olmadığının ortaya konulmasına tek başına bir dayanak oluşturmayacağı, uyumsuzluk taraflarının VUK kapsamında esnaf olarak nitelendirilmesinin yahut esnaf sicilinde kayıtlı bulunmasının uyumsuzluğun ticaret mahkemelerinde görülmesine doğrudan bir engel teşkil etmediği, benzer şekilde uyumsuzluğun her iki tarafının tacir olmasının ve/veya uyumsuzluğa konu işin her iki taraf içinde ticari iş teşkil etmesinin ticari davanın varlığı için şart olmadığı gerekçeleri ile ortaya konulmuştur. Yapılan bu tespitlere uygun olarak söz konusu nedenlere dayanarak bir başvurunun arabulucu tarafından kapatılmasının ve yine yalnızca Cumhuriyet Savcılığınca bu nedenlere dayanılarak arabuluculuk süreci sonunda ücret ödenmemesi yönünde karar tesis edilmesinin doğru olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Önüne gelen bir başvuruyu nispi ticari dava kapsamında değerlendirecek olan arabulucunun; başvurunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve yine konusunun bir miktar alacağın ödenmesi talebini içerip içermediğini tespit ettikten sonra yapması gereken tek inceleme, uyumsuzluğun her iki tarafa ait işletmesel bir faaliyeti konu alıp almadığını ortaya koymak ile sınırlı olmalıdır.

verilen 13.10.2016 tarih ve E. 2016/7815, K. 2016/5898 sayılı karar; 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 6.3.2018 tarih ve E. 2016/11515, K. 2018/1718 sayılı karar ile yine 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 28.01.2002 tarih ve E. 2001/ 8149, K. 2002/565 sayılı karar (kazanci.com) (9.11.2020).

Ticaret sicil kayıtları, vergi kayıtları gibi bilgiler ve yine uyuşmazlığa konu faaliyetin “ticarethane”, “işyeri” gibi isimler altında yürütülüyor olması bu işletmenin varlığını destekleyecek hususlar olmakla birlikte tek başına bir işletmenin varlığını ortaya koymaya yetecek hukuki kudrete sahip olmadığından, faaliyetin emek ve sermaye unsurlarının ticari amaçlar ile bir araya getirilmesi suretiyle yürütülüp yürütülmediğini arabulucunun tespit etmesi gerekmektedir. Bu tespit esnasında özellikle kanun koyucu tarafından ticari kabul edilmeyen faaliyetler ile serbest meslek mensuplarınca yürütülen faaliyetlerin dikkate alınması lazımdır.

Başvuruyu değerlendirecek olan arabulucunun mevzuat hükümleri ile işaret edilen ve doktrinde üzerinde çokça tartışmaya yer verilen gelir sınırını ayrıca araştırmasını beklemek ise arabulucunun sahip olduğu yetkilerin ötesinde bir araştırma yükünü beraberinde getirmesi ve böylesi bir araştırmanın yaratacağı risklerin dava şartı olan arabuluculuk kurumunun yapısına uygun olmaması nedeni ile ayrıca bir değerlendirme kriteri olarak kabul edilmemelidir.

Tüm bu tespitler kapsamında arabulucunun her iki tarafın da işletmesini ilgilendiren ve konusunun bir miktar alacağın ödenmesi talebini içeren başvuruları ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirerek arabuluculuk sürecini işletmesi gerektiği, ilgili işletmenin varlığını zikredilen şartlarda ortaya koyan arabulucu tespitlerinin arabuluculuk son tutanağında yer almasının arabulucunun ücrete hak kazanması için kafi olduğu, mevzuat gereği belirli şartları haiz kişiler arasından seçilen ve kanunen görevini özenle yürütmek zorunda olan arabulucunun bu yöndeki tespitlerine itibar edilmesinin olası menfaat çatışmalarının engellenmesi adına en doğru yöntem olduğu kanaatlerine ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- Memiş, Abdullah Berat, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü*” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Fiadjoe, Albert K., *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Routledge-Cavendish, 2004.
- *Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019.
- Hirsch, Ernst E., *Ticaret Hukuku Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.
- Demirkapı, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 372-441.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora, 6. Bası, Bursa, 2016.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 4. Bası, İstanbul, 2015.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 6. Bası, İstanbul, 2019.
- Ermenek, İbrahim; Azaklı Arslan, Betül, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5;A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 148, Y.2020, s. 135-196.
- Koçyiğit, İlker; Bulur, Alper, *Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019.
- Kırca, İsmail, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”nın Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 295-306.
- Kırca, İsmail, “Nispi Ticari Davaya Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 55-64.
- Karacabey, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, Y.2016, s. 451-488.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta, 18. Bası, 2019.
- Özekes, Muhammet; Atalı, Murat; Ekmekçi, Ömer; Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2019.
- İlhan, Onur “*Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.
- Şener, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016,
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, 2018.
- Ayhan, Rıza; Özdamar, Mehmet; Çağlar, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin, Ankara, 9. Bası, 2016.

- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2013.
- Karahan, Sami, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayrımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarını Belirleme Açısından”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVII, S. 4, Y.1994, s. 39-64.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza, 26. Bası, Konya, 2014.
- Goldberg, Stephen B.; Sander, Frank E.A.; Rogers, Nancy H.; Cole, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution: Negotiation Mediation and Other Processes*, 6. Bası, Wolters Kluwer, 2012.
- Tanrıver, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 111-142.
- Saraç, Şükrü, “İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi”, *İnşaat Sanayi Dergisi*, S. 173, 2019, s. 56-67.
- Eler, Tuba, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabulucuk*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019.
- Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIV, S. 2, 2008, s. 5-18.
- Çoban, Yasin, *İşletme İktisadı*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2018.
- Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Aslan, Yılmaz; Şenyüz, Doğan, *İşletme Hukuku*, Ekin, Bursa, 4. Bası, 2012.

