

# Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu<sup>(\*)</sup>,<sup>(\*\*)</sup>

The Question of Whether Certain Actions Peculiar to  
Debt Enforcement Proceedings are Subject to  
Mandatory Mediation or not

*Dr. Öğr. Üyesi Barış TORAMAN<sup>(\*\*\*)</sup>*

## Öz

Türk hukukunda arabuluculuk ihtiyari bir yöntem iken, 2018 ve 2019 yıllarının başlarında iş uyuşmazlıklarının ve ticari uyuşmazlıkların önemli bir kısmı bakımından zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmada takip hukuku bakımından merkezi bir yerde olan itirazın iptali ve menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır.

## Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Takip Hukuku, İtirazın İptali Davası, Menfi Tespit Davası.

## Abstract

While accepted as a voluntary dispute resolution procedure for civil cases in Turkish law, mediation has become mandatory for most of the cases of labour and commercial disputes according to the new dispositions since the beginning of the years 2018 and 2019. In this study this matter is discussed whether the cardinal cases about debt enforcement such as "annulment of opposition" or "negative declaratory" are subject to mandatory mediation or not.

## Keywords

Mediation, Mandatory Mediation, Debt Enforcement, Action of Annulment of Opposition, Negative Declaratory Action.

<sup>(\*)</sup> Makale gönderim tarihi: 03.02.2020, Makale kabul tarihi: 09.03.2020.

<sup>(\*\*)</sup> Çalışmamı teslim etmeden önce okuyan ve değerli görüşlerini benden esirgemeyen Kıymetli Hocam Prof. Dr. Ali Cem Budak ve Kıymetli arkadaşım Dr. Öğr. Ü. Mehmet Kodakoğlu'na teşekkür ederim.

<sup>(\*\*\*)</sup> Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,  
E-posta: batoraman@gmail.com,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9275-746X>.

## GİRİŞ

6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun yürürlüğe girdiği 2012 yılı itibariyle, arabuluculuk ona *başvuru* da dâhil olmak üzere tamamen ihtiyarî bir yöntem olarak kabul edilmekteydi.

Süreç içerisinde, gerek arabuluculuk yoluna beklenen ilginin gösterilmemiş olması ve onun etkinleştirilmesi, gerek mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve diğer bazı sebeplerle, belli bazı uyuşmazlık türleri bakımından arabuluculuk yoluna başvuru bir dava şartı (HMK m. 114 anlamında), diğer bir söyleyişle zorunlu<sup>1</sup> hâle gelmiş bulunmaktadır. Nitekim önümüzdeki süreçte de zorunlu arabuluculuğun kapsamı genişleyecektir<sup>2</sup>.

Bu çerçevede kanun koyucunun ilk tercihi, işçilik alacakları özelinde, bir meslek hastalığından veya iş kazasından doğanlar dışında, işçi ile işveren arasında çıkan tüm uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması yönünde olmuştur<sup>3</sup>. Bunu hemen akabinde (bir yıl sonra), belli bir miktar para

<sup>1</sup> *Dava şartı* terimi, müessesenin kanunlardaki ifade edildiği biçimi ve varlığının usul hukuku bakımından karşılığıdır. Bununla birlikte, müessesenin arabuluculuğa başvuru bakımından esas olan ihtiyarîlik ilkesinin bir istisnasını oluşturması sebebiyle, onu *zorunlu arabuluculuk* (veya *arbulucuya başvuru zorunluluğu*) biçiminde ifade etmek de kanımızca mümkündür. Biz çalışmamızda her iki terimi de kullanıyoruz. Dava şartı (zorunlu) arabuluculuk ve Türk hukukunda gelişimi hakkındaki çalışmaların sayısı giderek artmaktadır. Bunlar arasında genel bilgi, sisteme yönelik eleştiriler ve uygulamasına ilişkin olarak bkz. **Koçyiğit, İ./Bulur, A., Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Ankara 2019; **Arslan Azaklı, B., Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara 2018; **Süral Efeçinar C./Yardımlı, M. E.** (Editörler), *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2019; **Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M., Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2018; **Budak, A. C., "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk"**, *MİHDER*, C. 42, 2019/1, ss. 25 - 40; **Özümçü, S., "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış"**, *İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016*, ss. 807 - 842; **Kurt Konca, N., Ticari Davalarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Seta Perspektif, S. 225, Aralık 2018, *setav.org* (erişim tarihi: 5 Ocak 2020); **Albayrak, H., "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu"**, *Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, 2018*, ss. 12 - 24; **Namlı, M., "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi"**, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016 (Ed. K. D. Yenisey)*, İstanbul 2016, ss. 151 - 165; **Erdem, Ü., Ticaret Mahkemesi Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara 2019; **Kurt, R., "İş Yargısında Arabuluculuk"**, *TBBD, 2018 (135)*, ss. 405 - 444; **Karacabey, K., "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine İlişkin Sorunlar"**, *TBBD, 2016 (123)*, ss. 451 - 488; **Yağcıoğlu, K. M., "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri"**, *DEÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018*, ss. 457 - 486.

<sup>2</sup> Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan *Yargı Reformu Stratejisi*'nde (Mayıs 2019), Amaç ve Hedefler arasında ve Dokuzuncu Amaç (Amaç-9) olarak *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yaygınlaştırılması* başlığına yer verilmiştir (Bkz. *Yargı Reformu Stratejisi*, s. 90).

<sup>3</sup> 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) m. 3, f. 1 "...işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arbulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

alacağına tahsiline ilişkin olan ticarî uyuşmazlıkların da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması izlemiştir<sup>4</sup>.

Dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine bir engel teşkil edip etmediği yahut yargısal temel haklar ile çelişip çelişmediği veya menfaat temelli bir yöntem oluşunun uyuşmazlığın tarafları bakımından bir sorun yaratıp yaratmayacağı, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Mesele öğretide çeşitli tartışmaların konusunu oluşturmuştur<sup>5</sup>. Anayasa Mahkemesi ise, ilki arabuluculuk yolunun geneline ilişkin, ikincisi ise, bizatihi dava şartı arabuluculuk özeinde vermiş olduğu iki kararda da arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin hak arama hürriyetini sınırlandırmakla birlikte onu ortadan kaldırmadığına karar vermiştir<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> 7155 s. Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun m. 20 ile getirilen 6102 s. TTK m. 5/A "...ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır." Ayrıca bkz. 7155 s. K m. 22 ve 23 ile getirilen HUAİK m. 3, f. 1'e ek cümle ile m. 18/A hükmü.

<sup>5</sup> Bu konudaki açıklama ve değerlendirmeler için genel olarak bkz. **Özekes**, M., "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi 'Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Yaklaşım'", *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 2018, ss. 111 - 136, s. 121 vd.; **Arslan Azaklı**, s. 119 vd., özellikle s. 131 vd.; **Özmuşcu**, s. 831 vd., özellikle s. 839; **Budak**, *Dava Şartı*, s. 26 vd., s. 39 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı**, s. 109 vd.; **Kurt Konca**, s. 2 vd.; **Paslı**, A., "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçinar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 13 - 25, s. 14, 15; **Karacabey**, s. 455 vd; **Erdoğan**, E., "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *Legal İSGHD*, C. 14, S. 55, 2017, ss. 1241 - 1242.

<sup>6</sup> "...Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davalının en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez...", AYM, 10.7.2013, 2012/94 E., 2013/89 K. (R.G.: 25.1.2014 t., S.28893); "...Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinden taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılmaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir..." AYM, 11.7.2018, 2017/178 E., 2018/82 K. (R.G.: 11.12.2018 t., S. 30622).

Anayasa Mahkemesinin işaret ettiğimiz kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı konusunda bir tereddüt bulunmasa da, belirtmek isteriz ki, öğretide dile getirilen çekincelere ek olarak arabuluculuk uygulamasında ortaya çıkan sorunlara ne şekilde çözüm üretildiği ve arabuluculuk etiğine ne ölçüde riayet edildiği, gerek dava şartı arabuluculuğun akibetinin gerek arabuluculuk mesleğinin kimler tarafından yürütülmeye devam olunacağına belirleyicisi olacaktır<sup>7</sup>.

Ne olursa olsun, ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinin hemen akabinde itirazın iptali ve özellikle menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk yolunun kapsamında olup olmadığı uygulamada tereddüt yaratmıştır. Öyle ki, mesele bir Yargıtay kararının konusunu henüz oluşturmadığı gibi, bölge adliye mahkemesi kararları bakımından da bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu tereddüt sıra cetveline itiraz, tasarrufun iptali davaları ve kanımızca (takipli) iflâs davası bakımından da mevcuttur. Konu öğretide de karşılık bulmaktadır. Ne var ki, bu konuda da bir fikir birliğinin bulunduğundan bahsetmek güçtür<sup>8</sup>.

Bu itibarla mesele kanımızca hâlâ güncel ve tartışmaya açıktır. Bundan hareketle çalışmamızda yukarıda zikrettiğimiz davalara ilişkin tartışmalar ve bu davaları tartışmalı hâle getiren sebepler üzerinde durmak, nihayetinde bazı sonuçlara ulaşmak ve elverdiği ölçüde çözüm önerilerimizi dile getirmek arzundayız. Açıklamalarımız çerçevesinde konuyu aşağıdaki şekilde ele almaktayız:

Birinci olarak, takip hukuku sistemimize özgü olan itirazın iptali davası, mehz Kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunundaki karşılığında (Art. 79 LP) farklı düzenlenmiş olup, hukukî niteliği yaklaşık elli yıldır tartışmalıdır. Bu tartışmalar, özünde işin teorisinden çok uygulamaya yöneliktir. Yine de kanımızca, bu davanın zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığını, söz konusu tartışmalar etrafında değerlendirmek uygun olacaktır (*Ş1*).

<sup>7</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de, zikrettiğimiz (ikinci) kararında arabulucuların nitelikleri ve ödevlerinin önemi ile etik ilkelere dikkat çekmektedir "...İşçi ve işveren ilişkilerinde işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğu genel olarak kabul edilmekte ise de eşitlik, arabuluculuk kurumunun temel özelliklerindedir. Nitekim 6325 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (2) numaralı bendinde tarafların gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları düzenlenmiştir. Yine 6325 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, ilgili mevzuat gereği iletişim teknikleri yönünden profesyonel, konusunda uzman, eğitimli, tarafsız, güvenilir ve objektif bir kimliğe sahip arabulucu uyumsuzluk çözüm sürecinin tüm aşamalarında taraflar arasında eşitliği gözeterek sürecin sonuçlanmasını sağlayabilecektir..." AYM 11.7.2018, 178/82, III, A, 3.18. Bu konuda ayrıca bkz. **Albayrak**, s. 15 vd.

<sup>8</sup> Bkz. Bu duruma işaret eden **Budak**, *Dava Şartı*, s. 34 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. aşa. §1 ve §2 ile ilgili alt başlıklarda yer alan açıklamalar ve anılan yazarlar.

Üzerinde duracağımız ikinci mesele olan menfi tespit davasının durumu, itirazın iptali davasına göre hem kolay hem zordur. Çünkü, ilkinden farklı olarak bu davanın hukukî niteliğine yönelik bir tartışma yoktur. Ancak, TTK m. 5/A hükmü, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden bahsettiğine göre, menfi tespit davası da zorunlu arabuluculuk kapsamında yer almalı mıdır? Bu sorunun cevabını verebilmek için ise, meselenin, TTK m. 5/A hükmünün lafzı ve amacı, ancak bunun yanı sıra menfi tespit davasının ve arabuluculuk yolunun kendisine ilişkin bazı özellikler dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz (§2).

Öğretide her ne görüş dile getirilirse getirilsin, istinaf mahkemeleri hangi eğilimde olursa olsun, arabuluculuğun dava şartı hâline getirilmesi dolayısıyla uygulamada ortaya çıkan problemlere çözüm önerisi getiren görüşler arasındaki ayrılıkların bir şekilde uzlaştırılması gerekmektedir. Çünkü aşağıda daha ayrıntılı dile getirmeye çalıştığımız görüşler ve bakış açıları arasındaki farklılık, konunun aslî bileşenlerinde ciddi şekilde tereddüt yaratmaktadır.

Bu çalışmada ileri sürdüğümüz görüşler, yakın veya orta vadede yürürlüğe girebilecek düzenlemelerin veyahut alınabilecek bir kanun değişikliğinin veya İctihadı Birleştirme Kararının mevcut meseleler bakımından savunduğumuz görüşlerin veya ulaştığımız sonuçların aksi yönünde olabileceği ihtimalini dışlamamaktadır. Bu itibarla amacımız bu güncel tartışmalara naçizane bir katkı sunmaktan ibarettir.

## Ş1. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ DURUMU

### A. Kavram ve Türk - İsviçre Hukuklarındaki Gelişimi Üzerine

Bilindiği üzere itirazın iptali (İİK m. 67), ilâmsız icra takiplerine özgü, borçlunun ödeme emrine itirazı ile duran icra takibine devam edebilmek için söz konusu itirazı hükümden düşürmeye yönelik, genel görevli ve yetkili mahkemelerde açılan, genel hükümlere göre görülen bir davadır<sup>9</sup>.

İtirazın iptali davası, özünde, bir mahkeme ilâmı veya bu nitelikte bir belge olmaksızın icra takibi yapmaya imkân veren Türk takip hukuku sisteminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Konumuz açısından taşıdığı önem gereği, bu

<sup>9</sup> İtirazın iptali davası, önemi sebebiyle icra ve iflâs hukukuna dair genel eserlerin pek çoğunda ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır. Takip eden açıklamalarımızda özellikle tartışmalı konular bakımından bu eserler de anılacaktır. Bunun yanı sıra öğretilerde itirazın iptali davasını konu edinen üç temel monografi ön plâna çıkmaktadır: Bkz. **Erdem, M.**, *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Doktora Tezi, Ankara Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010; **Özkan, Y.**, *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, İzmir 2004; **Deynekli, A./Kısa, S.**, *İtirazın İptali Davası, İcra İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatı*, Ankara 2013.

davayı Türk hukukundaki gelişimi itibariyle somutlaştırmak ve hukukî niteliği bakımından öğretilere dile getirilen görüşlere kısa da olsa işaret etmek isteriz:

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun (9.6.1932 tarihli) 67. madde hükmünün “*İtirazın iptali*” başlığını taşıyan ilk hâli, alacaklının itirazın ref’i (kaldırılması) talebinde bulunmak istememesi hâlinde hakkını almak için umumî hükümler dairesinde mahkemeye müracaat edebileceği şeklindedir<sup>10</sup>. İcra ve İflâs Kanununda değişiklik yapan 3.7.1940 tarih ve 3890 sayılı Kanun ile madde başlığı “*İtirazın iptali*” olarak değiştirilmiş ve maddeye eklenen bir yeni (dördüncü) fıkra ile altı ay içinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmayan alacaklının bir daha (aynı borç için) ilâmsız takipte bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>11</sup>.

Mehaz Kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanununun (İsv. İİK) konuya karşılık gelen 79. maddesi hükmü de itirazın iptali (*annulation de l’opposition*) başlığını taşımakla birlikte, bu, alacaklının genel mahkemelerde dava açma imkânını düzenleyen m. 79 hükmü ile itirazın kesin veya geçici kaldırılmasına ilişkin 80 ilâ 84. maddeleri içine alan bir üst başlık olarak kullanılmaktadır.

Nitekim İsv. İİK m. 79 hükmünün güncel hâli esas itibariyle şu şekildedir: “*İtiraz olunan takip alacaklısı hakkının tanınması amacıyla adlî veya idarî yarıda dava açabilir. Alacaklı, itirazı açık şekilde ortadan kaldıran icraî bir kararlarla takibin devamını talep edebilir*”<sup>12</sup>.

Diğer taraftan İsviçre icra ve iflâs hukuku bakımından mahkeme ilâmı henüz icra takibine girişmeden elde edilmişse, İsv. İİK m. 80’de sayılan diğer belgeler ile birlikte, “itirazın kesin kaldırılması” yolunda kullanılacaktır (bkz. Art. 80 LP). Bir diğer söyleyişle İsviçre hukukunda para alacakları baki-

<sup>10</sup> İİK m. 67 hükmünün ilk hâli şu şekildedir: (1) *Takip talebine itiraz edilen alacaklı itirazın refi talebinde bulunmak istemezse hakkını almak için umumi hükümler dairesinde mahkemeye müracaat edebilir.* (2) *Borçlunun haksızlığına karar verilirse iki tarafın vaziyetine ve davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre yüzde ondan aşağı olmamak üzere alacaklı lehine münasip bir tazminat takdir olunur.* (3) *İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise borçlu hakkında tazminat hükmolunması suinietin sübutuna bağlıdır* (bkz. R.G.: 19 Haziran 1932 (7 Teşrinievvel 1336) t., S. 2128 (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2128.pdf>)).

<sup>11</sup> 67. maddeye eklenen dördüncü fıkra şu şekildedir: (4) *Alacaklı itirazı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde refi talebinde bulunmazsa artık bir daha ilamsız takip talebinde bulunamaz* (bkz. R.G.: 11 Temmuz 1940 t., S. 4558 (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4558.pdf>)). Bu konuda ayrıca bkz. **Erdem**, s. 7 vd.

<sup>12</sup> Zikrettiğimiz İsv. İİK m. 79 hükmünün 2011 öncesi hâli, iki fıkradan ibaret olup maddenin ikinci fıkrası esasen başka bir kantondan alınan hükmün ne şekilde uygulanacağını ilgilendirmekteydi. Bir diğer farklılık ise, söz konusu hükmün ilk fıkrasının eski hâlinde takibe devam edilebilmesi için hükmün kesinleşmesi aranmaktayken, maddenin güncel hâli, derhal icra edilebilir (icraî) (exécutoire) bir karardan söz etmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. ve karşı. **Yılmaz**, E., “İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, Ankara 2009, ss. 597 - 615, s. 600; **Yılmaz**, E., “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*, DEÜHFD, Özel Sayı, C. XI, 2014, ss. 531 - 554, s. 532. Ayrıca bkz. **Erdem**, s. 5 vd.

mından ilâmlı takip yapılmamaktadır. Buna karşılık alacaklı, borçlunun itirazı üzerine genel mahkemede açtığı davanın kabulü hâlinde, ilâmı icra dairesine ibraz edip takibin devamını sağlayabilecektir<sup>13</sup>.

Türk hukukunda ise, itirazın iptali davasının günümüzdeki görünüm biçimine kavuşması esasen 538 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda gerçekleşmiştir<sup>14</sup>. İsviçre hukuku bağlamında yukarıda dile getirdiğimiz hususlar dışında İİK m. 67 hükmünü İsv. İİK m. 79 hükmünden ayıran diğer özellikler, dava bakımından bir yıllık bir hak düşürücü sürenin öngörülmüş olması ile tazminata ilişkin düzenlemelerdir.

## B. İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliğine Yönelik Tartışma ve Görüşler

İlgili maddenin kaleme alınış biçimi gerek öğreti gerek uygulamada tereddüt uyandırmış; bu ise davanın hukukî niteliği hakkında bir takım zıt görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>15</sup>:

*Tespit davası görüşü:* Öğretide esasen Çağa tarafından dile getirilen bu görüş uyarınca, alacaklı itirazın iptali davasında borçlunun bir edaya mahkum edilmesini istemediği için mahkeme de esasen itirazın iptaline karar vermeye yetinecektir. Bu yüzden davanın kabulü sonucunda verilecek ilâm, esasen bir eda değil, tespit ilâmıdır<sup>16</sup>. Tespit davası görüşü, öğretide taraftar bulamamıştır. Nitekim bu görüş, o dönem ilk olarak Postacıoğlu tarafından çeşitli eleştirilere

<sup>13</sup> Açıklamalar için genel olarak bkz. Stoffel, W. A., *Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse*, Berne 2002, s. 86, 87 vd. Marchand, S., *Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle de ventes*, Genève 2008, s. 58 vd.; Dallèves, L./Foëx, B./Jeandin, N., *Poursuite et faillite, Commentaire Romand*, Basel 2005, s. 327, 328. İsviçre hukuku hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz. Budak, A. C., *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, İstanbul, 2. Bası, 2009, s. 194, 195; Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N., *İcra Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2009, s. 100 vd.; Erdem, s. 5 vd.

<sup>14</sup> 538 s. K. değişik İİK m. 67: *Takip talebine itiraz edilen ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemiyen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, umumi hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. (2) Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir. (3) İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır. (4) Alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılması talebinde bulunmazsa bir daha ilamsız takip talebinde bulunamaz (bkz. R.G.: 6 Mart 1965 t., S. 11946 (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11946.pdf>)).*

<sup>15</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. Erdem, s. 7 vd.; Özkan, s. 11 vd.; Budak, *İpoteğin...*, s. 195 vd.; Yılmaz, *İtirazın iptali...*, s. 602 vd.

<sup>16</sup> Çağa'nın konuya ilişkin ilk makalesi için bkz. Çağa, T., "Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair", *BATİDER*, 1976, VIII, S. 3, ss. 21 - 31, özellikle s. 25. Bunun yanı sıra ayrıca bkz. Çağa, T., "Yine 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair'", *BATİDER*, 1979, X, S. 2, ss. 369 - 376, s. 372 vd.

tâbi tutulmuştur<sup>17</sup>: Yazar, bu davanın ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırmak için kabul edildiğine, alacaklının bir yıl içinde bu davayı açtığı takdirde icra (inkâr) tazminatı elde etme imkânı olacağına, her halükârda bir yıllık süreyi geçiren alacaklının genel hükümlere göre dava açma imkânını muhafaza ettiğine ve nihayetinde *Çağa'nın* görüşünün itirazın iptali davasının konuluş amacını, ödeme emri ile söz konusu dava arasındaki organik bağı göz ardı ettiğine, sert ve gayesiz bir şekilciliğe bağlı olduğuna işaret etmiştir.

*Eda davası görüşü*: Türk hukuk öğretisinde konuya ilişkin kaleme alınan çalışmalara baktığımız vakit, hâkim görüş itirazın iptali davasının, esasen tipik bir eda (*tahsil* veya *alacak*) davası olduğu yönündedir<sup>18</sup>.

İsviçre hukukunda da itirazın iptali davasının bir eda (alacak) davası olduğu noktasında tespit edebildiğimiz kadarıyla herhangi bir tereddüt yoktur. Nitekim İsv. İİK m. 79'da yer alan "borcun tanınması" (*reconnaissance de dette*) ifadesinin, bir tespit hükmüne karşılık gelmediğine dikkat çekilmektedir<sup>19</sup>.

*İcra (takip) hukukuna özgü (tahsil) dava(sı) görüşü*: Bu görüş sahipleri görüşlerine dayanak olarak itirazın iptali davasının kabulü hâlinde ortaya çıkacak sonuçları esas almaktadırlar<sup>20</sup>.

Bunun yanı sıra öğretilerde, itirazın iptalinin takip hukukuna özgü bir tahsil (alacak) davası olduğu<sup>21</sup>, müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itirazına uğramış bulunan alacağı konu alan hukuk davası olduğu<sup>22</sup> şeklinde görüşler de ileri sürülmektedir.

<sup>17</sup> Bu konuda öncelikle bkz. bir üst dipnotta atıf verdiğimiz *Çağa'nın* ilk makalesine cevabî nitelikte **Postacıoğlu**, İ. E., "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", *BATİDER*, 1978, IX, S. 4, ss. 951 - 970, özellikle s. 966 vd. Yine ayrıca bkz. bir kez daha *Çağa'nın* (bu sefer 1979 tarihli) ikinci makalesine cevap niteliğindeki **Postacıoğlu**, İ. E., "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zorunlu Açıklamalar", *BATİDER*, 1980, X, S. 4, ss. 965 - 980.

<sup>18</sup> Nitekim bkz. **Postacıoğlu**, *İnkâr tazminatı...*, s. 959 vd.; **Berkin**, N. B., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 420 vd.; **Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku, C. I*, İstanbul 1988, s. 285; **Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası*, İstanbul 2013, s. 248; **Kuru**, B., *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 2016, s. 144; **Arslan**, R./**Yılmaz**, E./**Taşpınar Ayvaz**, S./**Hanağası**, E., *İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası*, Ankara 2019, s. 174; **Yılmaz**, *İtirazın iptali...*, s. 608, 609; **Yılmaz**, E., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara 2016, s. 369; **Budak**, *İpotek...*, s. 204, 205, ayrıca bkz. dn. 54; **Karlı**, A., *İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası*, İstanbul 2014, s. 223; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 101.

<sup>19</sup> **Stoffel**, s. 113; **Dallèves**, L./**Foëx**, B./**Jeandin**, N., *Poursuite et faillite, Commentaire Romand*, Basel 2005, s. 327. Ayrıca bkz. **Marchand**, s. 282; **Grobety**, L., "Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse", *AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 38*, Freiburg 2018, ss. 281 - 298, s. 287. İsviçre hukukunda davanın maddi hukuka ilişkin bir eda davası olduğu yönünde ayrıca bkz. **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 100.

<sup>20</sup> Bkz. **Pekantez**, H./**Atalay**, O./**Sungurtekin Özkan**, M./**Özekes**, M., *İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası*, İstanbul 2019, s. 107, 108. Aynı yönde **Atalı**, M./**Ermeneke**, İ./**Erdoğan**, E., *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2019, ss. 149, 150.

<sup>21</sup> **Deynekli/Kısa**, s. 77 vd.

<sup>22</sup> **Erdem**, s. 26, 27.



Tespit davası görüşü öğretide bir karşılık bulamasa da, bazı Yargıtay daireleri itirazın iptali davasının hukukî niteliğini bu şekilde kabul etme yolunu tercih etmiştir. Ancak öğretide *Yılmaz'ın* da işaret ettiği üzere, dünden bugüne Yargıtay kararlarında bu konuda bir yeknesaklık yoktur<sup>23</sup>.

Ne olursa olsun, yakın tarihli çeşitli Yargıtay kararlarında itirazın iptali davasının genel olarak bir eda davası biçiminde nitelendirildiğini de görüyoruz<sup>24</sup>.

### C. Davanın Hukukî Niteliğine Dair Görüşümüz ve Onun Dava Şartı Arabuluculuğa Elverişliliği

Kanımızca itirazın iptali davası, bir eda (alacak veya tahsil) davasıdır:

*Birinci olarak*, bilindiği üzere Türk takip hukukunda alacaklı, konusu belli bir miktar para olan alacağını elde etmek için dava açıp lehine bir hüküm elde etmek zorunda değildir. Hukukumuz alacaklıya doğrudan icra dairesine başvurup borçlusuna aleyhine takip yapma imkânını bahşetmektedir. Ne var ki, alacaklı, ödeme emrine itiraz edildiği takdirde, alacağını hâlâ elde etmek arzusunda ise ve elinde itirazın kesin kaldırılmasını sağlayacak belgelerden biri de yoksa, elindeki yegâne imkân genel mahkemelere başvurup bir dava açmaktır.

*İkinci olarak* ise bu dava, genel mahkemelerde açılan ve genel hükümlere göre görülen bir davadır. İtirazın iptali olarak adlandırdığımız bu davada alacaklı, ilk etapta alacağının varlığını ispat yükü altındadır. İspat faaliyetinin başarıyla sonuçlanması hâlinde ise, mahkeme borçlunun itirazının iptaline ve takibin devamına karar verecektir.

Alacaklının bir yıl içinde itirazın iptali davasını aç(a)madığını varsayalım: Bu faraziyede, alacaklı hâlihazırda genel hükümler çerçevesinde genel mahkemelere başvurup “alacağını” dava etmek imkânını muhafaza etmektedir (İİK m. 67, son)

Son kertede kanun koyucu, para ve teminat alacakları bakımından takip alacaklısına ilâmsız icra takibine başvurma hakkını bahşetmiştir. Ancak, ortada takibe dayanak bir belge bulunmasa dahi başlatılabilecek bu takipte, borçlunun da menfaatinin korunması gerekir. Bu noktada borçlunun elindeki en önemli imkân da hiç şüphesiz ki, ödeme emrine itirazdır. Şurası tabiidir ki, şayet alacaklının elinde “önceden” elde ettiği bir mahkeme ilâmı olsa, zaten salt ilâmlı takip yoluna

<sup>23</sup> Açıklama ve kararlar için bkz. *Yılmaz, İtirazın iptali...*, s. 605 ve dn. 27, 28; *Yılmaz, Şerh*, s. 367 vd.

<sup>24</sup> “...2004 sayılı İİK'nun 67. maddesinde düzenlenen itirazın iptali davası; alacaklının, icra takibine karşı takip borçlusunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'nun 66. Maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlayan bir eda davasıdır...” YHGK, 13.6.2019, 2017/928 E., 2019/658. Aynı yönde Y. 3. HD, 12.6.2019, 2017/8825 E., 2019/5346 K.; Y. 23. HD, 16.12.2019, 2016/8303 E., 2019/5356 K. “...İtirazın iptali davası genel hükümlere yönelik bir eda davası olduğu için ispat da genel...” Y. 4. HD, 2.7.2019, 2016/12755 E., 2019/3727 K. (legalbank).

başvurabilecektir<sup>25</sup>. Daha önce alacağını bir ilâm (veya ilâm niteliğinde belge) ile güvence altına almamış, elinde 68 anlamında bir belge de bulunmayan alacaklı Türk takip hukukunun kendisine tanıdığı bir imkân olarak, ilâmsız icra takibine girişebilir. Ne var ki, daha (takipten) önce açabileceği fakat açmadığı davayı ise, borçlunun itirazı üzerine “sonra” açmak durumunda kalmaktadır.

Her iki dava arasındaki farklılıklar şu noktalardan ibarettir ki, itirazın iptali davasını bir eda davası olarak görmeyen yazarlar da özünde bunlardan hareket etmektedirler.

Bu davanın talep sonucunda, borcun tahsilinin mi yoksa itirazın iptalinin mi talep edildiği arasında aslında dava sebebine yönelik bir teorik farklılık yoktur<sup>26</sup>. Bu davanın teorik temeli olsa olsa, onun ilâmsız bir takipte gönderilen ödeme emrine borçlunun itirazı üzerine açılacak olmasında aranabilir.

Bu itibarla farklılıklar, sadece şu noktalardadır: Takip alacaklısının alacağı-  
nın tanınmasına yönelik olarak açtığı bu dava, ödeme emrine itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde açıldığı ve kabul edildiği takdirde, alacaklı derdest icra takibine devam etme imkânı bulacak; ayrıca dava dilekçesinde talep etmişse, lehine hükmolunacak bir icra inkâr tazminatından da yararlanabilecektir.

Özellikle belirtelim ki, icra - inkâr tazminatı esasen konu hakkında bir sonuca ulaşmaya etkisi olmayan bir teferruattır. Bu tazminat, borçlu aleyhine salt ödeme emrine itirazının hükümden düşürülmesi sebebiyle hükmolunmakta, diğer bir söyleyişle, kanun koyucunun alacaklı aleyhine tazminata hükmederken sıklıkla aradığı haksız veya kötü niyetli olma sebepleri dahi borçlu nezdinde aranmamaktadır. Bu yönüyle de söz konusu tazminat, ne alacaklı ile borçlu arasında bulunması gereken menfaat dengesine ne de eşitliğin sağlanmasına hizmet etmektedir; kanun koyucunun bir tercihidir. Türk hukukuna en yakın düzenleme olan İsv. İİK m. 79 hükmünde de bir karşılığı yoktur.

Nitekim bilindiği üzere icra ve iflâs hukuku kapitale hizmet eder. Bu hizmet onun genel teorisinin merkezinde yer alır (*bir alacağın tahsili*), takip prosedüründe tazminata ilişkin düzenlemelere yer vermek, icra hukukunun amacı çerçevesinde tartışılabilir. Ne var ki bu tazminat genel hükümlere göre genel mahkemede görülen bir davanın hukukî niteliğini dönüştürmeye tek başına elverişli olmamalıdır.

Elbette, bu noktada davacının talep sonucunda, istirdat (geri alım) davasının talep sonucundan farklı olarak bir iadedden (*yani* bir edadan) değil, itirazın *iptali* isteminin yer almasının da sorgulandığını hatırlatmamız gerekir. Alacaklı,

<sup>25</sup> Kaldı ki elinde bir ilâm olan alacaklının ilâmsız takip yoluna başvurması da hem dürüstlük kuralına aykırıdır hem hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir (bkz. YİBK, 10.7.2017, 2017/2 E., 2017/3 K.).

<sup>26</sup> Bkz. ve karşı. Budak, *İpoteğin...*, s. 204, 205.

ayrı bir alacak davası açsaydı ilâmlı icra takibiyle ulaşacağı sonuca, ilâmsız takibin tanıdığı imkânla aynı takip dosyasından ulaşmaktadır.

Kanımızca alelusul, adî (bilinen ve sıradan) bir alacak davasına, salt sonuçlarını ilamsız icra vesilesiyle doğurduğu için işin teorisi bakımından özel bir nitelik atfetmek, o davanın esas amaçladığı hususla da bağdaşmayacaktır. Bu davanın mevcut düzenleme biçimi, mevcut takiplere hız kazandırmak sebebiyledir.

İtirazın iptali davası son kertede belli bir (para) alacağın(m) elde edilmesine yani tahsiline yöneliktir. Tahsilin ilâmlı icra yoluyla değil de, mevcut takip dosyası üzerinden sağlanması sadece ilâmsız takibin bir sonucu olarak pratik amaçlardan kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak kanımızca bir eda davası olan itirazın iptali davasının dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tâbi olduğunu kabul etmek gerekir<sup>27</sup>. Ayrıca belirtelim ki, bir an için bu dava bir tespit davası veya icra hukukuna özgü bir dava olarak kabul edilse dahi ulaştığımız sonuç değişmeyecektir. Alacaklı bu davayı, itirazın iptalini ve takibin devamını sağlamak için açtığında, bu iki amaçla murat edilen şey, olsa olsa belli bir miktar para alacağının elde edilmesinden (tahsilinden) ibarettir.

Konuya ilişkin istinaf mahkemesi kararlarına baktığımızda da, hâkim eğilimin itirazın iptali davasını dava şartı arabuluculuk kapsamında saymak yönünde olduğu görülmektedir.

İş uyuşmazlıkları özelinde, istinaf mahkemesi kararlarının önemli bir kısmı, itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönündedir<sup>28</sup>. Aşağıda da zikredeceğimiz üzere, *ticari uyuşmazlıklar* bağlamında itirazın iptali davaları bakımından aksi yönde kararlar, az sayıda da olsa, mevcuttur<sup>29</sup>. Ancak iş uyuşmazlıkları özelinde, özellikle yakın tarihli kararlar bakımından, tespit edebildiğimiz kadarıyla eğilim, itirazın iptali davasının dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında olduğu yönündedir. Bu da kanımızca uygulamanın meseleyi ele alış biçiminin giderek bu yönde olduğunun göstergelerinden birini meydana getirmektedir.

<sup>27</sup> Aynı yönde **Ocak, S./Oğuz, Ö./Karaca, A./Bulur, A./Koç, E.**, *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı* (Ed.: T. Canbolat), Ankara 2018, s. 17. Aksi yönde **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 108.

<sup>28</sup> Nitekim "...itirazın iptali davaları alacak talebi ile dava açılması yerine öncelikle icra takibi başlatılması ve açılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine alacağın ve icra takibinin devamının hüküm altına alınmasına yönelik davalar olup, temelde alacak davası niteliğinde davalardır. Yargılamanın usulü de alacak davaları ile aynı usul ve esaslara tabidir. Bu nedenle madde içeriğinde yer alan alacak davası tabiri itirazın iptali davalarını da kapsar..." İzmir BAM 3. HD, 18.9.2019, 1647/1269 bkz. Adana BAM 7. HD, 24.10.2019, 1557/1614; Ankara BAM 8. HD, 18.7.2019, 1658/2503 (Bu kararda sorgulanan son tutanağın mahkemeye sunulması gereğinin yerine getirilip getirilmediğidir). Ayrıca bkz. Antalya BAM 9. HD, 27.12.2019, 2059/2421; İzmir BAM 3. HD, 5.4.2019, 724/530; İstanbul BAM 31. HD, 27.12.2018, 3398/2039; İstanbul BAM 26. HD, 12.2.2019, 280/196 (ayrıca bkz. aynı daire aynı tarihli 281/197; 282/198; 285/201). Ayrıca bkz. Meseleyi tartışmamakla birlikte zorunlu arabuluculuğa başvurulduğunu belirten Sakarya BAM 9. HD, 9.10.2019, 949/1446 ([uyap.gov.tr](http://uyap.gov.tr)).

<sup>29</sup> Bkz. Aşa. Dn. 34'te yer verilen kararlar.

Aynı durum, ticari uyuşmazlıklar bakımından da söz konusudur. Burada da istinaf mahkemelerinin önemli bir kısmı, uyuşmazlığın ticari olduğunu tespit ettikten sonra, itirazın iptali davasının da dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönünde karar vermektedir. Bu kararların pek çoğunda vurgulanan husus, itirazın iptali davasında davacının amacının, talebinin ve dolayısıyla dava sonunda ulaşmak istediği sonucun (ki bunu da arzu edilen hukukî himaye olarak anlamamız gerekir) bir miktar para alacağına ödenmesi olduğudur<sup>30</sup>. Yine bazı dairelerce dile getirilen bir başka husus, aksine bir yaklaşım biçiminin silahların eşitliği ilkesine de hâlel getireceği noktasındadır<sup>31</sup> ki bu da özellikle menfî tespit davaları bağlamında, onun dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönünde verilen kararlarda da dikkat çekilen bir noktadır<sup>32</sup>. Bununla birlikte az sayıda da olsa istinaf mahkemelerinin bazı hukuk daireleri, itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde karar vermektedir<sup>33</sup>.

## S2. MENFİ TESPİT DAVASININ DURUMU

### A. Genel Olarak Kavram ve Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu Bakımından Problem

Tespit davası, bilinen ve kanunî ifadesiyle bir hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğunun yahut bir senedin sahteliğinin belirlenmesi amacıyla açılan (bkz. HMK m. 106, f. 1) davaları ifade etmek için kullanılır<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Çok sayıda karar arasında bkz. "...Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu şekildeki belirlemelerden sonra somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ödenmesi talebine ilişkin başlatılmış icra takibine yapılan itirazın iptaline ilişkin olsa ve yasanın lafzında alacak ve tazminat talepleri hakkında açılan dava şeklinde yazılmış ise de davanın ve uyuşmazlığın niteliği ile dava sonunda ulaşılmak istenen sonuç itibarıyla değerlendirildiğinde, davacının amacının, talebinin ve dolayısıyla dava sonunda ulaşmak istediği sonucunun uyuşmazlığın konusu olan bir miktar para alacağına ödenmesinin sağlanması olduğu açıktır. Bu nedenlerle davanın konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir..." Bkz. Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 93/91; "...İtirazın iptali davalarında da davacı, bir para alacağına tahsilini amaçladığından...", İstanbul BAM 14. HD, 26.4.2019, 861/616; İstanbul BAM 9. HD, 29.11.2019, 3346/3808; Ankara BAM 15. HD, 7.11.2019, 2091/2718; Ankara BAM 23. HD, 6.11.2019, 2420/1789; Ankara BAM 23. HD, 2.5.2019, 1011/733 (ayrıca bkz. aynı daire aynı yönde 2.5.2019, 940/722); İstanbul BAM 14. HD, 18.12.2019, 2348/1633; Ankara BAM 23. HD, 3.5.2019, 911/715 (aynı daire aynı yönde 18.9.2019, 1520/1392 (bu karar oyçokluğu ile alınmıştır)). Son tutanak sunulduğu halde ret kararı verilmesinin hatalı olduğu yönünde Trabzon BAM 4. HD, 20.12.2019, 134/130; Ankara BAM 3. HD, 3.5.2019, 856/834; Konya BAM 3. HD, 12.7.2019, 665/667; Gaziantep BAM 17. HD, 11.10.2019, 1813/1848 (*uyap.gov.tr*).

<sup>31</sup> Bkz. İzmir BAM 17. HD, 17.9.2019, 1876/1646 (*uyap.gov.tr*).

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. Aşa. 2, B, II, altında yer verdiğimiz istinaf mahkemesi kararları.

<sup>33</sup> Örneğin İstanbul BAM 19. HD, 11.4.2019, 1060/936 (ve aynı dairenin bir diğer kararı) (nakleden **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 108, dn. 6).

<sup>34</sup> Türk hukukunda tespit davasına ilişkin ilk kapsamlı çalışma *Bâki Kuru* tarafından kaleme alınmıştır (bkz. **Kuru, B., Tespit Davaları**, Ankara 1963). Çalışma 1988 yılında yeniden basılmış; 2010 yılında *Ali Cem Budak'ın* da katkısıyla ikinci basısı yapılmıştır (bkz. **Kuru, B./Budak, A. C., Tespit Davaları**, İstanbul 2010).

Türk hukuk uygulamasında tespit davasının en yaygın görünüm biçimlerinden birinin *menfi tespit davası* olduğu noktasında kanımızca bir tereddüt yoktur (İİK m. 72)<sup>35</sup>.

Uygulamada söz konusu dava, aşağıda konu bakımından ayrıca değineceğimiz üzere, genellikle belli bir miktar para alacağı için mevcut veya muhtemel bir icra takibi ile karşı karşıya olan kişi (borçlu) tarafından, hukukî ilişki mevcut olmakla birlikte, ondan kaynaklanan borcun itfa edildiğinin yahut mevcut veya muhtemel icra takibin dayanağı hukuki ilişkinin hiç mevcut olmadığına, dayanak belgenin sahteliğinin veya senedin hatır senedi olduğunun ortaya konulması amacıyla açılmaktadır.

Giriş kısmında da arz ettiğimiz üzere, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığını değerlendirmek, itirazın iptali davasındakine nazaran farklı bir takım hususların dikkate alınmasını gerektirir. Her şeyden önce menfi tespit davasının hukukî niteliğine yönelik bir tartışma yoktur.

Bununla birlikte TTK m. 5/A hükmünün dava şartı zorunlu arabuluculuğa ilişkin kısmı şu şekildedir: *Bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*

Maddede konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinden bahsettiğine göre, menfi tespit davası da zorunlu arabuluculuk kapsamında yer almalı mıdır? Mesele, maddenin ne şekilde yorumlanacağından, bu davanın uygulamadaki yeri, sonuçları ve ayrıca ilişkili bulunduğu diğer dava türleri ile ilişkisi bağlamında da bazı tartışmaların yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, konu iş uyuşmazlıkları bağlamında İŞMK m. 3 hükmü bakımından yoğun bir tartışmanın konusunu oluşturmamıştır. Öğretide haklı olarak işaret edildiği gibi, bunun bir sebebi menfi tespit davasına başvuru yolunun az sayıda olmasıdır<sup>36</sup>. Fakat takip eden başlıklar altında ayrıca aktardığımız üzere, bölge adliye mahkemelerinin iş uyuşmazlıkları bağlamında (gerek zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerek olmadığı yönünde) çeşitli kararları bulunmaktadır.

Nihayetinde, aşağıdaki açıklamalarımız esasen menfi tespit davasının özel görünüm biçimlerinden olan borçtan kurtulma ve İİK m. 89 bağlamında üçüncü kişi tarafından açılan menfi tespit davaları bakımından da geçerli olacaktır. Bu-

<sup>35</sup> Menfi tespit davaları hakkında genel olarak bkz. **Türk, A.**, *Menfi Tespit Davası* Ankara 2006; **Kuru, B.**, *Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara 2003.

<sup>36</sup> Bkz. **Yardım**, s. 100.

na karşılık, konusu para dışında bir edim, örneğin bir taşınır veya taşınmazın teslim edilmesine yahut bir işin yapılmasına yer olmadığı yönünde bir menfi tespit davasının açılabilmesi de pekâlâ mümkündür. Elbette, TTK m. 5/A hükmü, belli bir miktar para alacağının tahsilini konu edinen davalardan söz ettiğine göre, bu minvalde olmayan bir davanın arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi olmadığını kabulü gerekir<sup>37</sup>.

Kanımızca madde metninin kaleme alınış biçimi, bir belirsizlik yaratmaktadır<sup>38</sup>. Bir görüşe göre menfi tespit davası arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tâbi değilken, diğer görüşe göre bu dava zorunlu arabuluculuğun kapsamında yer almaktadır (**B.**). Bu görüş ayrılığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin verdiği kararlar bakımından da mevcuttur. Bu görüşleri aktardıktan sonra, bir değerlendirmede bulunmaya çalışmaktayız (**C.**). Bu noktada ifade etmek isteriz ki, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı kabul edilse dahi, tarafların ihtiyari olarak bu yola başvurabileceklerinden şüphe etmemek gerekir.

Son olarak belirtmek isteriz ki, bu çalışmayı kaleme aldığımız dönemde UYAP üzerinden konuya ilişkin olarak çok sayıda istinaf mahkemesi kararına ulaştık. Bu kararların sayıca önemli bir kısmı menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa *tâbi olduğu* yönündeyken, daha az sayıda karar tâbi olmadığı noktasındadır. Yine de hemen her hafta yeni kararların verildiği bir yapıda, salt nicelik üzerinden yapılacak bir değerlendirmenin, istinaf uygulamasının genel olarak bu yönde olduğunu belirtmek için tek başına yeterli olamayacağı görüşündeyiz<sup>39</sup>. Kanımızca burada daha önemli olan bu kararların gerekçelerinde yer verilen hususlardır.

## **B. Menfi Tespit Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Görüşler**

### **I. Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olmadığı Yönündeki Görüş**

Birinci görüş, menfi tespit davasının dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun kapsamında yer almadığı yönündedir. Bu görüş, Türk hukuk öğretisinde farklı yazarlarca savunulmaktadır<sup>40</sup>. Bu görüşteki yazarların menfi tespit davasında

<sup>37</sup> Ticari davalar özelinde bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s. 129 vd.

<sup>38</sup> Benzer şekilde **Paslı**, s. 17; **Yardım**, s. 99.

<sup>39</sup> Öğretide **Pekcanitez**, bölge adliye mahkemelerinde genel eğilimin aksi yönde (menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde) olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ve karşı. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 131 dn. 7'de yer alan açıklama ve aynı yerde nakledilen BAM Hukuk Dairesi kararları.

<sup>40</sup> Örneğin bkz. **Paslı**, A., "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumu", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorun-*

arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmadığını, esasen şu gerekçelerle açıkladıklarını görüyoruz:

*Birinci olarak*, burada ilk etapta Kanun (ticari davalar özelinde TTK m. 5/A) hükmünün metnin ifade ediliş biçimi tereddüt yaratsa da lafzına bağlı kalınması gerekmektedir<sup>41</sup>.

*İkinci olarak*, menfi tespit davasının konusu, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığıdır. Talep sonucu itibariyle belli bir para alacağının tahsilinin istenmemesi, bu davayı dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaktan çıkartmaktadır<sup>42</sup>. Bu yönde görüş bildiren yazarların büyük kısmının dava konusu ile talep sonucu arasındaki yakın ilişkiden yola çıktığı anlaşılmaktadır.

Bunların yanı sıra tedbir kararının verilmesi veya tazminata mahkumiyet gibi kararların sadece mahkeme tarafından verilebileceği, o sebeple arabuluculuk ile bağdaşmadığı, bir sahtelik davasında tarafların uzlaşamayacağı, arabulucunun da taraflara bu konuda çözüm önerisi sunamayacağı dile getirilen diğer gerekçeler arasındadır<sup>43</sup>.

Diğer taraftan istinaf mahkemelerinin belli bazı daireleri de verdikleri kararlarda salt "talep sonucundan" yola çıkmakta ve menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını dile getirmekte, bu doğrultuda ilk derece mahkemelerinin usulden ret kararlarını kaldırmaktadır. Buna göre söz konusu kararlarda bu yaklaşımın ifade ediliş biçimi genel olarak aşağıdaki şekildedir:

*Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğa tabi tuttuğu dava türlerini istem sonucuna göre sınırlamış ve istem sonucunun bir miktar alacağın ödenmesi ve tazminat olarak açıklamıştır. Menfi tespit davası ise esasen bir eda davası değil "tespit" davasıdır<sup>44</sup>.*

Üçüncü kişi tarafından İİK m. 89 uyarınca açılan menfi tespit davası özelinde verilen bir kararda ise *TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir*

---

*lu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçinar, C./Yardı, M. E.), Ankara 2019, ss. 13 - 25, s. 18; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 131; Yardı, E., "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçinar, C./Yardı, M. E.), Ankara 2019, ss. 89 - 110, s. 99, 100; Atalı, M., "Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6 - 7 Aralık 2018 (Ed. E. Erdoğan), Ankara 2018, ss. 137 - 154, s. 150, 151.*

<sup>41</sup> Paslı, s. 19; Yardı, s. 99. Ancak yazarların madde metnin ifade ediliş biçimi konusundaki eleştirileri için bkz. Paslı, s. 17; Yardı, s. 99.

<sup>42</sup> Bkz. Paslı, s. 19, 20; Yardı, s. 99, 100; Atalı, s. 150; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 131

<sup>43</sup> Atalı, s. 150, 151.

<sup>44</sup> İst. BAM 16. HD, 15.11.2019, 2603/2482.

*miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise de; menfi tespit davaları alacak davası mahiyetinde değerlendirilemeyecek olup somut olay yönünden davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır*<sup>45</sup>. Bu yöndeki kararların önemli bir kısmında karar gerekçeleri benzer içeriktedir<sup>46</sup>.

Bunun dışında, mezkur davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde karar veren hukuk dairelerinin bir kısmı ise, sadece menfi tespit davalarının ilgili madde kapsamında yer almadığını veya bu madde uyarınca menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını dile getirmekle yetinmekle, sair bir gerekçe göstermemektedir<sup>47</sup>.

Bu yönde karar veren istinaf mahkemelerinin istirdat davasına bakış açısının ise aynı olmadığı görülmektedir. Örneğin, bir istinaf mahkemesi kararında davanın paranın tahsili sebebiyle istirdat davasına dönüşmesinde dahi, arabulucuya başvuru zorunluluğun söz konusu olmayacağını ifade edilmesi ilgi çekicidir<sup>48</sup>. Buna karşılık bir diğer kararda ise, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı dile getirilirken, bunun istisnasının eda davası niteliğinde olması sebebiyle istirdat davası olduğuna işaret edilmektedir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> İst. BAM 16. HD, 8.11.2019, 2520/2418.

<sup>46</sup> İşçilik alacağına ilişkin bir menfi tespit davası özelinde istinaf mahkemesi, "...(d) avacının iş bu davadaki talebi, işçilik alacaklarına ilişkin menfi tespit istemine ilişkindir. 7036 sayılı Yasa'nın 3/1.maddesinde; "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bu yasal düzenlemenin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere "...kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı..." talebiyle açılan bir para alacağının veya tazminatın tahsili istenen durumlarda arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. İzmir BAM 9. HD, 4.7.2019, 848/1540.

<sup>47</sup> Örneğin, "...(s)omut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup menfi tespit istemi; 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tabi değildir ve somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile..." İst. BAM 16. HD, 15.11.2019, 2568/2485. Ayrıca bkz. aynı dairenin aynı içerikte 8.11.2019, 2438/2450;

<sup>48</sup> "...Dava devam ederken alacağın ödenmesi ve istirdata dönüşmesinde de durum değişmeyecektir. Zira istirdat istemi menfi tespit isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir..." İst. BAM 16. HD, 15.11.2019, 2603/2482.

<sup>49</sup> "...İcra Hukuku kapsamında menfi tespit davası ile davacı, para alacağının hiç doğmadığını ya da sonradan sona erdiğini iddia ederek bu durumun tespitini talep eder... Bu dava ile borcun ödeme ile ortadan kalktığının da tespiti istenebilir. Menfi tespit davası yargılaması sonunda (istisna: istirdat dışında) bir eda hükmü kurulmaz... Bu nedenle menfi tespit davaları için arabuluculuk zorunlu dava şartı olarak kabul edilemez..." Ant. BAM 11. HD, 30.5.2019, 1086/1150.



## II. Davanın Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olduğu Yönündeki Görüş

İkinci görüş, menfi tespit davasının dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tâbi olduğu yönündedir. Öğretide bu görüşü savunan yazarların yanı sıra<sup>50</sup>, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan kitabın yazarları da, bu yönde görüş bildirmektedirler<sup>51</sup>. Bu görüşte olan yazarlardan *Budak*, burada kanun koyucunun dava sebebini esas aldığına dikkat çekerken<sup>52</sup>, *Koçyiğit* ve *Bulur* ise, TTK m. 5/A hükmünde talep sonucundan ziyade dava konusuna vurgu yapıldığını ve dava türleri bakımından bir ayırım yapılmadığını, onun dava şartı olmasının kanun koyucunun iradesine de uygun olduğunu, nihayetinde İşMK m. 3 anlamında açılan itirazın iptali ve menfi tespit davaları bakımından da uygulamada bir problem olmadığı hususlarını dile getirmektedirler<sup>53</sup>.

Öte yandan istinaf mahkemeleri hukuk dairelerinin önemli bir kısmı da bir borcun varlığı veya yokluğunun tespitinin bir alacak isteğini de içerdiğinden yola çıkmaktadır.

Nihayetinde bu çalışmamızı teslim etmemizden kısa süre önce, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğuna yönelik verdiği karar, çeşitli sosyal medya platformlarında paylaşılmıştır. Karar hâlihazırda yayımlanmadığı için, henüz gerekçesini değerlendirme imkânımız olmamıştır.

Bu itibarla mahkemece arabulucuya gidilmeden dava açıldığı kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden red kararı verilmesi yerinde görülmekte veya bu durumun aksi, mahkeme kararının kaldırılması sebebi sayılmaktadır.

İş uyuşmazlıkları özelinde verilen kararlarda istinaf mahkemelerinin konuya ilişkin karar gerekçelerinde, menfi tespit davalarının İşMK m. 3 kapsamında olduğu, verilen hükmün hakkın varlığını veya yokluğunu ortaya koyduğu, ancak davanın takip alacaklısı değil borçlu tarafından açıldığı, bu itibarla söz konusu davanın da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu hususları belirtilmektedir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Bkz. *Budak*, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 33; *Kurt Konca*, s. 5.

<sup>51</sup> Bkz. *Koçyiğit/Bulur*, s. 67, özellikle s. 140 vd. Örnekler için bkz. s. 132, 133, 207.

<sup>52</sup> *Budak*, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 33.

<sup>53</sup> *Koçyiğit/Bulur*, s. 140 vd.

<sup>54</sup> "...Somut olayda; davacı davalı ile aralarında kurulan hizmet ilişkisi nedeniyle teminat olarak verilen kambiyo senetlerinin davalı işveren tarafından takibe konu yapıldığını, aslında böyle bir borcun olmadığını iddia ederek menfi tespit davası açmıştır. Bu haliyle 7036 sayılı İş Kanunu'nun 3'üncü maddenin 1 fıkrası gereği arabulucuya başvurmak bir dava şartı iken bu şartın gerçekleşmemiş olmamasına göre aynı yasanın 2'inci fıkrasına göre dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmiş olması doğru olmuştur..." İst. BAM 24. HD, 15.11.2018, 4521/2274; "...İcra takibinden önce veya takip sırasında borçlunun, söz konusu takip yada hukuki ilişkiden borçlu olmadığı iddiasının değerlendirildiği davalar menfi tespit davası

Ticari uyuşmazlıklar bağlamında ise, bazı istinaf mahkemeleri tarafından menfi tespit davasının arabuluculuğa tâbi olduğu yönünde vermiş oldukları kararların, gerekçe bakımından, aksi yöndeki istinaf mahkemesi kararlarına nazaran daha zengin bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir.

İstinaf mahkemesi kararlarının bir kısmında, ilk etapta ortada bir ticari davanın bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır. Neyin ticari dava neyin olmadığı konusunda uygulamada zaman zaman hatalı kararlara rastlanılabilmektedir. İlk derece mahkemesinin davanın niteliğini doğru veya yanlış tespit etmiş olması, o uyuşmazlığın ticari davaya sebebiyet verip, bu sefer onun zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığı belirlenebilmesi için gereklidir. Örneğin bu dava ticarî dava ise, onun tüketici mahkemesinde açılmış olmasının ayrıca bir önemi yoktur. O ticarî dava bakımından arabuluculuk yoluna başvurulup başvurulmayacağı, bundan sonra ele alınacak bir konudur<sup>55</sup>.

Bunun yanı sıra istinaf mahkemesi kararlarında dikkat çekilen hususlar, ilgili m. 5/A hükmünün sadece lafzıyla değil, amacı da dikkate alınarak yorumlanması gerektiği, kanun koyucunun dava konusu bir miktar para alacağı hakkında olan tüm talepler için, alacaklı veya borçlu ayrımı yapmadan bu düzenlemeyi getirdiği, burada uyuşmazlık kriterinin esas alınması gerektiği, ayrımın bilinçli şekilde, dava türlerine değil, uyuşmazlık kriterine göre yapıldığı, aksine bir kabulün usuli eşitlik ilkesine de aykırı olacağı yönündedir<sup>56</sup>.

*olarak tanımlanmakta olup, İİK'nun 72.maddesinde düzenlenen dava türlerindedir. Menfi tespit davalarında genel ispat hükümleri uygulanmakta olup, ispat yükü de davalıya (alacaklıya) düşmektedir. Bu açıdan menfi tespit davalarında yargılama sonucu verilecek hüküm bir hakkın varlığı yada yokluğunu ortaya koymaktadır. Sadece davayı bu sefer alacaklı değil borçlu açmaktadır. Hal böyle olunca 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3/1.maddesindeki şartlar menfi tespit davasına konu hukuki ihtilafta bulunmakta ise dava şartı arabuluculuk hükümlerinin de menfi tespit davalarında uygulanması zorunludur...hukuki ihtilafın hizmet akdinden kaynaklanan, Bursa 12.İcra Müdürlüğü'nün 2018/5060 Esas sayılı takip dosyasına konu senet nedeniyle borçlu olunmadığının tespitine ilişkin olduğundan, 7036 Sayılı Yasanın 3.maddesi şartlarının aranması zorunludur..." Bursa BAM 3. HD, 30.12.2019, 4672/3687. Benzer şekilde, İstanbul BAM, 32. HD, 29.11.2019, 2721/3129; Sakarya BAM 9. HD, 6.11.2019, 1602/3700 (uyap.gov.tr).*

<sup>55</sup> "...TKK'nın 4/1 fk, (f) bendi, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4/1 fk,(c) bendi düzenlemeleri karşısında bu hususlardan kaynaklanan özel uyuşmazlıkları herhangi bir şart aranmaksızın ticari dava olarak kabul edilmek gerekmiştir. Diğer yandan taraflar arasındaki uyuşmazlık tüketici işlemi niteliğindedir... Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması işlemin tüketici işlem niteliğini ve bunu bağlayan sonuçları ortadan kaldırmaz..." Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87. Öte yandan uyuşmazlığın tipik bir tüketici işleminden doğması ve bir ticari dava olarak nitelendirilememesi halinde zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığının tartışılmayacağına ilişkin olarak Antalya BAM 3. HD, 10.7.2019, 1038/1088. Son zikrettiğimiz karar kadar açık olmamakla birlikte Bursa BAM 7. HD, 25.11.2019, 1247/1578.

<sup>56</sup> Bu kararların bazıları son derece uzundur. O sebeple ilgili kararlarda diğer kararlarda yer almayan ve ön plana çıkan hususları aktarmak istiyoruz. Yine burada aktarmadığımız gerekçelerin bir kısmından da aşağıda konuya ilişkin yaptığımız değerlendirme sırasında da yararlanılmaktadır"...(K)anunda ala-

Bu yönde görüş bildiren istinaf mahkemeleri tarafından dikkat çekilen bir diğer husus da istirdat davalarının durumudur. Bu davanın eda davası olduğu konusunda tereddüt yoktur<sup>57</sup>. Bu itibarla menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi veya ikisinin bir arada talep edilmesi halinde, birini dava şartına tâbi kabul edip diğerini etmemek uygulamada sorun yaratacaktır<sup>58</sup>.

*acaklı veya borçlu tarafından açılacak dava ile ilgili herhangi bir ayırım ve sınırlama da yer almamıştır. Burada kanun koyucu kanaatimizce netice-i talep veya dava türü ne olursa olsun "dava konusu bir miktar para alacağı" olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbetkeki "menfi tespit" talebi ile "alacak" talebi hukuken anı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın yada talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak, ister menfi tespit, ister istirdat, ister itirazın iptali, ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası "dava konusunun bir miktar para alacağı" olduğudur. Sadece netice-i talepler ve mahkemelerde kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece "alacak" veya "tazminat" davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır... alacaklı tarafından açılacak alacak davasının "arabulucuya başvurma" dava şartına tabi tutulması, ancak aynı konu ve alacak ile ilgili borçlu tarafından açılacak menfi tespit veya istirdat davasının "arabulucuya başvurma" dava şartına tabi tutulmaması durumunda bu uygulamanın alacaklı yönünden T.C. Anayasa'sının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı kapsamında hak ihlallerine yol açacağı muhakkaktır. Bu nedenle 6102 Sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince menfi tespit talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiği ve aynı gerekçeye dayanarak verilen ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından davacı vekilinin aynı yöndeki ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." Adana BAM 9. HD, 17.5.2019, 274/605. "...Uyuşmazlık kriterinden ayrılınarak dava türüne göre arabuluculuk çözümüne yönelme elbette kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte bu durum aynı ihtilaftaki taraflar arasındaki silahların eşitliği prensibi ile birlikte değerlendirilmelidir. (Arabuluculukta silahların eşitliği; Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Emel Hanağası, sayfa 201-213) Aynı uyuşmazlığın taraflardan birinin dava açmasını dava şartı arabuluculuk dava şartına bağlamak, uyuşmazlığın karşı tarafını ise bu dava şartına tabi tutmamak uyuşmazlığın tarafları arasında silahların eşitliği prensibine de aykırılık oluşturacaktır. Zira madde gerekçesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinin amaçlandığına dikkat çekmekte, uyuşmazlık bazında bir değerlendirme yapmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının davacı ve davalı olmasına ilişkin bir ayırım gözetmemektedir. Madde metninde de "alacak ve tazminat davaları" tabirinden kaçınılarak yasa koyucu tarafından bilinçli olarak özellikle "...konusu..." bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava" kelimeleri kullanılmıştır... menfi tespit davası özünde karşı tarafı yönünden bir miktar para alacağı istemini içerdiğinden yargılama sonunda davanın reddi halinde davalı yönünden bir miktar para alacağının davacıdan tahsili istemi kabul edilmiş ve dolayısıyla dava konusu para alacağının davacıdan tahsili sonucu zorunlu olarak doğurmuş olacaktır. Tersî durumda yani davanın kabulü halinde de davalının istemine konu olan para alacağının davalıya ödenmemesi sonucunu doğuracaktır. Para alacakları ve tazminat taleplerine ilişkin davaların yargılamalarının sonucu da aynı mahiyettedir. Dolayısıyla sonuç olarak menfi tespit davalarının konusunun da, bir miktar para alacağının ve gerektiğinde tazminatın ödenmesine ya da ödenmemesine ilişkin olduğu açıktır..." Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87. Ayrıca bkz. İst. BAM 15. HD, 28.11.2019, 1449/1989; Adana BAM 9. HD, 11.11.2019, 896/1250 (aynı daire aynı yönde 11.9.2019, 1028/899); Samsun BAM 3. HD, 10.7.2019, 963/1005; Ankara BAM 15. HD, 7.11.2019, 2088/2700; Konya BAM 6. HD, 22.11.2019, 2374/1644; İzmir BAM 17. HD, 24.10.2019, 2104/1989; Bursa BAM 5. HD, 19.11.2019, 1100/1177 (uyap.gov.tr).*

<sup>57</sup> İstanbul BAM 3. HD, 30.5.2019, 948/1027 (uyap.gov.tr).

<sup>58</sup> "...Bu davalarda da aslen talep " bir miktar paranın ödenmesi" dir. Doğrudan alacak veya tazminat davası açıldığında açılan davalar arabulucuya tabi tutulacak, ancak 2004 sayılı İİK. gereğince kanun de tanınan bir hak olan takep yapıp itiraz edildiği taktirde, açılacak itirazın iptali davası arabulucu-

Son olarak bazı istinaf mahkemesi hukuk daireleri ihtiyatî hacze itirazın daha sonra açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme tarafından ele alınması bağlamında da meseleye dikkat çekmektedir<sup>59</sup>.

### C. Değerlendirmemiz

Önceki başlıklar altında yapmaya çalıştığımız açıklamalar çerçevesinde TTK m. 5/A hükmünün kaleme alınış biçimi, zıt görüşlerin doğmasının sebeplerinden birini meydana getirmektedir.

Diğer yandan, özellikle istinaf mahkemelerinin belli daireleri arasında yaşanan 180 derece zıt uygulama ve kararlar, uygulamada ciddi bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu da dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarını, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu görüşünde olsunlar olmasınlar, arabuluculuk yoluna başvurmaya yönlendirmekte, hatta zorlamaktadır<sup>60</sup>. Mesele, dile getirdiğimiz belirsizliğin nasıl giderileceğiyle de doğrudan ilgilidir.

Burada her iki görüşü de bir arada değerlendirmek suretiyle bir sonuca varmak istiyoruz:

*Birinci*, yani menfi tespiti davasının dava şartı zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığı yönündeki görüş bakımından, bu görüş, ilk etapta TTK m. 5/A hük-

---

*ya tabi tutulmayacaktır? Bu durum kanunun dolanmasına neden olacak ve gerek ilk derece mahkemelerinde, gerekse istinaf mahkemelerinde farklı uygulamalara sebep olacağı tartışmasıdır. Kaldı ki uygulamada çok farklı kararlar verilmekte bu konuda bir uygulama birliği sağlanamamaktadır. Yine aynı durum "İstirdat" davası için de geçerlidir..." Adana BAM 9. HD, 17.5.2019, 274/605. "...Arabuluculuk dava şartı bakımından menfi tespit ve istirdat ayrımı yapılır ise eldeki dava gibi ikisinin bir arada istenilmesi durumunda (- ki uygulamada sıklıkça yaşanan dava türü bu tiptedir-) arabuluculuk dava şartının yorumlanması daha da karmaşık bir hal alacaktır. Diğer taraftan alacak ve tazminata ilişkin davalarda, davalı menfi tespite ilişkin savunmalarını bu dava üzerinden dile getirmek hakkına sahiptir..." Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87. "... Olayımızda, davacının arabuluculuğa başvurmadan dava açtığı sabit olduğu ve ayrıca menfi tespit talebinin yanında istirdat talebinin de bulunduğu, istirdat talebi açısından zaten zorunlu arabuluculuğa başvurmanın, arabuluculuk kapsamında olduğunun tartışmasız bulunduğu..." Samsun BAM 3. HD, 10.7.2019, 963/1005. Aynı yönde İstanbul BAM 12. HD, 26.12.2019, 1429/1642.*

<sup>59</sup> "...Somut olayda, muteriz tarafından esas davanın İstanbul 5 İş Mahkemesi'nde dava açılmadan önce 04/03/2019 tarihinde İstanbul Arabuluculuk Bürosu'na başvurulduğu, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmama tutanağının düzenlenmesi üzerine 28/03/2019 tarihinde dava açıldığı, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3 maddesinde 5 madde kapsamında açılacak davalar bakımından zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu dava şartı olarak düzenlendiği, borçlunun, itirazından önce açılması gereken davanın bir ön şartı olarak arabuluculuğa başvurduğu, itirazın ise zorunlu arabuluculuğa başvuru tarihinden sonra 05/03/2019 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. İhtiyatî hacze itiraz tarihinden önce dava şartının yerine getirilmesi için zorunlu arabuluculuğa başvurulduğu görülmekle; işbu itirazın da esas davaya bakan mahkemeye değerlendirilmesi gerekmektedir..." İst. BAM 13. HD, 31.12.2019, 1884/2546 (ayrıca bkz. Aynı daire aynı yönde 2.10.2019, 1934/1294)

<sup>60</sup> Nitekim bkz. **Gündoğan, Y.**, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk ile İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Karşılaştırılması", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Ed.: C. Süral Efeçinar, M. E. Yardım), Ankara 2019, ss. 53 - 57, s. 54, 55.

münün lafzından ve ayrıca madde metninde geçen dava konusu kavramının talep sonucu ile olan ilişkisinden yola çıkmaktadır.

“Dava konusu”nun ne olduğu konusunda öğretilerde başta tek unsurlu ve çift unsurlu dava teorileri olmak üzere, çeşitli teoriler mevcuttur<sup>61</sup>. Öğretilerde Türk hukukunda genel olarak kabul gören teorinin tek unsurlu dava konusu teorisi olduğuna dikkat çekilmektedir. Buna göre, dava konusu, talep sonucuna göre belirlenir<sup>62</sup>. Hâkim görüş bu olmakla birlikte öğretilerde bunun aleyhine görüşler de dile getirilmektedir. Buna göre dava konusu salt talep sonucuna indirgenemez, dava temelinin de dikkate alınması gerekir<sup>63</sup>.

Bu tartışmalardan bağımsız olarak şunu vurgulamak isteriz. Dava konusu, talep sonucu ile bir kabul edildiğinde ve davanın temelini meydana getiren uyuşmazlık konusu vakıalar bu kapsamda değerlendirilmediği takdirde, mesele açıktır: Menfi tespit davasında bir alacağın tahsili talebi mevcut olmadığına göre, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı da pekâlâ savunulabilir.

Bu bakış açısı çerçevesinde bu görüş aleyhine getirilebilecek bir eleştiri de kanımızca yoktur. Dava konusunun talep sonucuna eşdeğer görüldüğü bir yapıda da zaten aksini düşünmek de doğru olmayacaktır. Ne var ki bu görüş, yine aynı sebeple, olsa olsa dogmatik olması sebebiyle eleştiriye açık kabul edilebilir. Çünkü bu görüş çerçevesinde Kanunun salt sözüyle yetinildiği, bir başka söyleyişle meselenin, talep sonucuna ve hükmün icra edilebilir olmadığına indirgenildiği ileri sürülebilir.

Ancak meseleye birinci görüş sahiplerinin bakış açısıyla yaklaşabilmemiz için, kanımızca madde metninden *emin olmamız* gerekir. O halde sorulması gereken soru şudur? TTK m. 5/A maddesi yeterince açık mıdır? Menfi tespit davasının dava şartı zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığı fikrinde olan yazarların bir kısmı, madde metninin *kötü kaleme alındığını* veya *açık olmadığını* dile getirmektedirler<sup>64</sup>. Nitekim buna işaret eden istinaf mahkemesi kararları da mevcuttur<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ercan Özler**, M., *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu*, Doktora Tezi, Konya 2019, s. 184 vd.; **Börü**, L., *Dava Konusunun Devri*, Ankara 2012, s. 232 vd. Ayrıca bkz. **Tanrıver**, S., *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 2007, s. 80 vd.

<sup>62</sup> Genel olarak bkz **Ercan Özler**, s. 206 vd. ve orada anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **Börü**, s. 232; **Tanrıver**, s. 81 vd.

<sup>63</sup> Genel olarak bkz. **Özkaya - Ferendeci**, H. Ö., *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009, s. 177 vd. ile orada anılan yazarlar.

<sup>64</sup> **Paslı**, s. 17; **Yardım**, s. 99.

<sup>65</sup> Örneğin bkz. Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87.

Şurası kesindir ki, bir kanun maddesi ilk etapta sözüyle yorumlanır. Ancak, salt sözüyle yetinilmez, kanun koyucunun iradesi, yorumda yardımcı bir araç olabilir. Bunun yanı sıra, normun temeli olan objektif anlamın da araştırılması gerekir<sup>66</sup>. Fakat TMK m. 1 hükmünde açıkça işaret edildiği üzere, kanun sözü ve özüyle birlikte uygulanır. Bu, maddenin sözüne veya özüne yek diğerinden öte bir anlam vermek değil, somut olgu meselesi bakımından birlikte düşünmek anlamına gelir. Nitekim, çeşitli istinaf mahkemesi kararlarında da müessesenin dava şartı arbuluculuğa tâbi olduğu yönünde karar verilirken, meselenin bu yönüne de temas edilmektedir<sup>67</sup>.

TTK m. 5/A hükmüne yeniden döndüğümüzde ve onun mevcut ifade edilmiş biçimi karşısında, tereddüt yaratan bir kanun maddesi metnini, onun sadece sözüyle değil, amacıyla birlikte ele almayı doğru buluyoruz.

Arbuluculuk uyuşmazlığa düşmüş tarafları bir araya getirmeye çalışan, tarafsız bir arbulucunun katılımıyla gerçekleşen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir<sup>68</sup>. Arbuluculuk, belli bir dava türünü veya türlerini değil, *uyuşmazlık* türle-

<sup>66</sup> Aral, V., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1961, s. 184 vd. Benzer şekilde **Koçyiğit/Bulur**, s. 141 vd.

<sup>67</sup> "...Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi uyarınca "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır." Bu hüküm gereğince kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam birbirine uygun değilse, bu durumda kanunun özüne uygun anlamın tespiti edilmeli gerekir. Kanunun özüne uygun anlamın tespiti bakımından ise, onun amacının belirlenmesi şarttır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.02.1997 gün ve 1996/1 E.1997/1 K. sayılı kararında da "...Kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelere ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1.maddesine uygun düşmez." şeklinde kanunun özüne (amacına) uygun yorumlanması gerektiği belirtilmiştir..(HGK'nın 15/11/2017 tarih ve 2015/22-1389 Esas, 2017/1368 Karar)... Adana BAM 9. HD, 17.5.2019, 274/605. "...Hâkimin kanuna bağlı olduğu yolundaki ilke, münhasıran lafza bağlılık olarak yorumlanmamalıdır.Çünkü bir hükmün yorumlanmasında, sözkonusu olan kelimenin sözlük anlamından çok, o kelime ile yasa koyucu tarafından kastedilen anlam önemlidir. Bu fikrin doğruluğunu Medeni Kanun'un 1. Maddesi hükmü de teyit eder. ... Demek oluyor ki yorumda, yalnız bu bakımdan kanun koyucunun iradesi; daha doğrusu, onun kanun müzakere edilirken etkisi altında kaldığı etmenler göz önüne alınacaktır. ...Kanun görüşmelerine esas olan tasarılar ve gerekçeleri, ... Komisyon tutanakları, tasarının kabulü hakkındaki karar özetleri özel kaynak grubuna girer. (Pratik Hukukta Metot, Ernst E. Hirsch sayfa103-110) ... Kanun hükmünün yorumunda kullanılan sözcükler esas tutulur. Kullanılan sözcüklerin kanun koyucunun amacına, hükmün ruhuna uygun olması esastır. Ancak sözün, öze aykırı olduğu yani kanun koyucunun asıl amacına, hakiki maksadına aykırı olduğu sonucuna varılırsa kanun hükmünün ruhuna, kanun koyucunun amacına uygun olarak yorumlamak gerekir. Bu kanunun üstünlüğünün, hâkimin yasama organının kanun şeklinde oluşan iradesine uygun karar verme görevinin sonucudur. Kullanılan deyimler veya üslup yasama organının gerçek iradesinin kolayca anlaşılmasına imkan vermeyebilir. Sözleşmenin yorumunda olduğu gibi kanun hükümlerinin yorumunda da hakiki maksadı (ratio legis) kanun koyucunun gerçek maksadını (amacını) aramak gerekir. (Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, Yaşar Karayalçın, Aynur Yongalık 7. Baskı sayfa 136). Nitekim TMK 1. Maddesinin "Kanun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır" hükmü de kanunun ruhunun uygulamada dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir..." Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87.

<sup>68</sup> Genel olarak bkz. **Özbek**, M. S., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Bası, Ankara 2009, s. 491 vd.

rini esas alır. Uyuşmazlık ve davanın aynı şey olmadığı tartışmadan uzaktır. Durum buyken kanımızca kanun koyucunun iradesine uygun olan, istinaf mahkemesi kararlarında da tartışılan tereddütleri gidermeye elverişli olan, hangi davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğunu, dava konusundan değil, uyuşmazlığın ne olduğundan, onun konusundan yola çıkarak belirlemektir.

Buna göre önemli olan da aslında bir davanın değil, *uyuşmazlığın* arabuluculuğa elverişli olup olmadığıdır. Bir davanın arabuluculuğa tâbi olup olmayacağı da, bir önceki tespitten sonra ortaya çıkacaktır.

Nitekim 7155 sayılı Kanunun genel gerekçesinde “ticarî uyuşmazlıklar”dan bahsedilmekte, TTK m. 5/A hükmünün gerekçesinde de, bir kez daha uyuşmazlık kriterine işaret edilmektedir.

Son tahlilde, menfi tespit davasında uyuşmazlık konusu belli bir miktar para alacağıın, bu alacağına dayanak hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı olduğuna göre, bu dava kanımızca dava şartı zorunlu arabuluculuğa tâbidir.

Bu tespitten sonra, istinaf mahkemeleri tarafından (müessesenin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi olduğu yönünde) verilen kararlarda işaret edilen diğer bazı gerekçelere de temas etmek istiyoruz.

Bu kararlarda ön plana çıkan hususlardan biri, *menfi tespit davası* ile *istirdat davası* arasındaki ilişki ve menfi tespit davasından bağımsız olarak *istirdat davasının* durumudur<sup>69</sup>. İstirdat (geri alım) davasının, tipik bir eda davası (sebepsiz zenginleşme davasının takip hukukundaki görünüm biçimi) olduğu noktasında tereddüt yoktur, olamaz. O halde İİK m. 72 hükmünde öngörülen koşullar çerçevesinde bağımsız bir şekilde açılmak istendiği takdirde dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu da şüphesizdir. Buna karşılık, menfi tespit davası sırasında borcun bir kısmının ödenmesi durumunda<sup>70</sup> veya tamamen tahsil edilmesi sebebiyle menfi tespit davasına tamamen istirdat davası olarak devam edilmesi halinde ne olacaktır? Menfi tespit davası dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı takdirde, derdest davada ödenen tahsil edilen para miktarı bakımından taraflar arabulucu karşısında bir araya gelecekler, ödenmemiş kısım bakımından dava devam mı edecektir? Veyahut paranın tamamen tahsili halinde ve durumdan mahkemenin haberdar edilmesi üzerine, mahkeme davacıya arabulucuya başvuru için bir kesin süre mi verecektir? Yoksa takip borçlusu, tahsil üzerine önce arabulucuya mı başvurmalıdır? Bu ihtimallere rasyonel bir bakış açısı getirmek kanımızca güçtür.

<sup>69</sup> Bkz. İst. BAM 3. HD, 30.5.2019, 948/1027; Adana BAM 9. HD, 17.5.2019, 274/605; Samsun BAM 3. HD, 10.7.2019, 963/1005; Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87.

<sup>70</sup> Bkz. **Kuru**, *El Kitabı*, s. 390.

Yine menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönündeki kararlarda dikkat çekilen bir diğer husus da, *itirazın iptali* veya *alacak davası* karşısında *menfi tespit davası* ve *silahların eşitliği ilkesidir*. Gerçekten de, takip alacaklısı itirazın iptali davasını doğrudan açamayıp dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmak durumundayken, karşı tarafa doğrudan bu davayı açabilme imkânını bahşetmek anlaşılabilir bir durum değildir.

Meseleyi menfi tespit davası ile itirazın iptali davası arasındaki ilişkiden yola çıkarak açıklamaya çalışalım. Takip alacaklısı (A), (X) liralık alacağı için (B) aleyhine ilâmsız takip yoluna girer, (B) ödeme emrine itiraz eder. (A), elinde İİK m. 68 hükmünde yer verilen belgelerden yoksa, itirazın iptali davası açmak yolunu tercih edecek, ancak TTK m. 5/A (veya bu bir işçilik alacağı ise İşMK m. 3) gereği arabuluculuk yoluna başvurmak zorunda kalacaktır.

Bu noktada bir an için, dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin Türk hukukunda hiç varolmadığını varsayalım. (A) tarafından açılan itirazın iptali davası hâlihazırda derdestken (B) tarafından menfi tespit davası açılması mümkün değildir. Çünkü, her iki davanın konusu, tarafları ve sebebi aynıdır<sup>71</sup>. Nitekim itirazın iptali davasında (A) itirazın iptali ile takibin devamına; buna karşılık (B) ise, borcun mevcut olmadığına ve takip varsa takibin iptaline ilişkin karar verilmesini talep etmektedir. Aynı taraflar arasında aynı sebeple açılan davaların ilkinde alacağın varlığı, ikincisinde ise yokluğu iddia edilmekte ve talep sonucu da buna göre formüle edilmektedir. İtirazın iptali davası derdestken menfi tespit davası açmakta da hukukî yarar yoktur (HMK m. 114, 115).

Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını düşünelim. Olası sonuçlar şu şekilde tezahür edecektir: Alacaklı (A) tarafından açılmak istenen itirazın iptali davası dava şartı arabuluculuğa tâbidir. Yukarıda da açıkça işaret ettiğimiz gibi o bir alacak (eda veya tahsil) davasıdır. O sebeple, her iki taraf da konuya ilişkin hükümler dairesinde arabulucunun karşısında bir araya gelmek zorundadırlar. Ne var ki bu durum, (B)'nin menfi tespit davası açmasına engel olmayacaktır.

Teknik olarak bir taraf doğrudan dava açamazken karşı tarafa (borçluya) bu imkânı tanımak kanımızca silahların eşitliği ilkesine de aykırıdır<sup>72</sup>. Öğretide *Hanağası*, konuya ilişkin doçentlik eserinde silahların eşitliği ilkesinin tüm

<sup>71</sup> Ancak, bu durum itirazın iptali davasının bir tespit davası olduğu anlamına gelmemektedir. Nihayetinde, itirazın iptali hükmü alacağın varlığının da tespitini içermektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Akkan, M., "İcra Hukukunda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi", *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, ss. 1 - 41, s. 7 vd.

<sup>72</sup> Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu BAM kararlarında da dikkat çekilen bir durumdur. Örneğin bkz. Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 71/87.



alternatif uyuşmazlık çözümlerinde uygulama alanı bulacağına işaret etmektedir<sup>73</sup>. Burada kastedilen de ilk etapta süreç içinde taraflara eşit davranılması ve eşit söz hakkı verilmesidir<sup>74</sup>. Bununla birlikte silahların eşitliği ilkesi genel olarak “her iki tarafın da iddiasını ve delillerini, kendisini davanın diğer tarafı karşısında belirgin bir dezavantaj içinde bırakmayacak şartlar altında ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanağa sahip olması zorunluluğu”dur<sup>75</sup>. Alacaklıya tanınmayan imkânı borçluya tanımak, bu eşitliği ve bu dengeyi bozacaktır.

Menfi tespit davasına bakan mahkemenin arabuluculuk görüşmelerinden gelecek sonucu bir bekletici mesele sayması pekâlâ mümkündür. Ancak, mahkeme bunu yapmak zorunda değildir. Bu faraziyede arabuluculuk yolunu işletmenin, tarafların arabulucu karşısında bir araya gelmelerinin hiçbir sonuç vermeyeceği açıktır. Bunun ise, ticarî davalarda arabuluculuğu dava şartı hâline getiren kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacağı kanısındayız.

Menfi tespit davası dava şartı arabuluculuğa tâbi kabul edildiğinde, diğer dava şartları gibi evleviyetle gözetilecektir. O halde mahkemenin en geç ön inceleme aşamasında bu konu hakkında bir karar vermesi gerekecektir. Ancak, onun bir dava şartı olarak kabulü halinde dahi, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun hiyerarşik olarak genel dava şartlarından sonra geleceğinin kabulü gerekir. Nitekim buna ilişkin kararlarda da dikkat çekildiği üzere, mahkeme söz konusu davaya bakmakta görevsiz ise, böyle bir durumda meselenin zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığı incelenmeyecektir<sup>76</sup>. Buna karşılık, görevsizlik kararının yerinde olmadığına karar veren istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını arabuluculuk yoluna başvurulmamış olması sebebiyle kaldırmıştır<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Bkz. Hanağası, E., *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara 2016, s. 211.

<sup>74</sup> Hanağası, s. 213.

<sup>75</sup> Bkz. Hanağası, s. 37 ve orada anılan yazarlar.

<sup>76</sup> “...dairemizce de benimsenen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Esas No: 2016/1340 ve Karar No: 2017/2458 sayılı içtihadında da belirtildiği üzere ayrı bir ticaret mahkemesi bulunmayan mahalde ticari davayı sonuçlandıran asliye hukuk mahkemesinin yargılamayı asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla yapma zorunluluğu bulunduğundan bunun yerine getirilmemesi göreve ilişkin emredici kurallara aykırılık teşkil eder... Somut olayda, ...her iki tarafın tacir olup uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olması nedeniyle, ayrı bir ticaret mahkemesi bulunmaması nedeniyle ara karar ile ticaret mahkemesi sıfatıyla davaya bakılması gerekirken genel mahkeme sıfatıyla davaya bakılıp karar verilmesi yanlış olmuştur. Açıklanan gerekçelerle, ...kararın niteliğine göre sair istinaf sebepler incelenmeksizin davanın yeniden görülmesi için mahkemesine gönderilmesine karar...” vermiştir. Bkz. Konya BAM 5. HD, 31.10.2019, 699/761.

<sup>77</sup> “...Dava, görevsiz mahkemeye dava şartı olan zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan açıldığında, mahkemenin açılan davada yargılama yapıp, dava şartlarını inceleyebilmesi için öncelikle görevli olması, görevli ise yetkili olması gerekir. Görevli ve yetkili olmayan bir mahkemenin diğer dava şartlarını usul ekonomisi yada başka bir gerekçe ile değerlendirmesine hukuken olanak

## SONUÇ

İncelememiz neticesinde gerek itirazın iptali, gerek menfi tespit davasının, dava şartı zorunlu arabuluculuğun kapsamında düşünülmesi gerektiği sonucuna ulaştık.

İtirazın iptali davası açısından, öğretilerde ve uygulamada mevcut tartışmalar çerçevesinde görüşümüz, onun bir alacak (eda) davası olduğu yönündedir. İtirazın iptali davası, ilâmsız takibe imkân tanıyan icra hukuku sistemimizin bir sonucudur. Onun alacade alacak davasından en önemli farkı, ayrı bir ilamlı icra takibine ihtiyaç duymaması, aynı takip dosyasından tahsile imkan vermesi ve icra - inkâr tazminatına mahkumiyetin söz konusu olabilmesidir. Her iki husus da, kanımızca bu davayı bir eda davası olmaktan çıkarmayacaktır. Bu itibarla, bu davanın arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi olduğundan tereddüt etmemek gerekir.

Menfi tespit davasının hukuki niteliği ile özellikle TTK m. 5/A hükmünün ifade edilmiş biçimi, öğretide ve uygulamada iki ayrı görüşün ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanımızca zikredilen maddenin lafzı, bu davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu veya olmadığı sonucunu çıkarmak için tek başına yeterli değildir. Arabuluculuk açısından bir dava türünün değil, uyumsuzluğun ne olduğu önem taşır. Uyuşmazlığın ise belli bir miktar para borcunun bulunup bulunmadığına ilişkin olması (dava temeli veya sebebi) karşısında bu davayı da dava şartı arabuluculuğa tâbi görmek gerekir. Aksinin kabulü bu davanın itirazın iptali veya istirdat davası ile olan ilişkisi bakımından belirsizlik yarattığı gibi, kanun koyucunun amacıyla da bağdaşamamaktadır.

Ayrıca bu konuda (olması gereken hukuk bakımından) görüşümüz, yakın tarihlerde, belki de yeni Yargı Reformu paketleri kapsamında yapılacak bir Kanun değişikliği vasıtasıyla, diğer pek çok uyumsuzluk türlerinden doğan davalarla birlikte (tüketici veya aile hukukundan kaynaklı olanlar gibi), menfi tespit veya bu dava ile birlikte uygulamada bu konuda zaman zaman tereddüt yaratan sıra cetveline itiraz ve tasarrufun iptali davalarının da dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamına alınacağı yönündedir. Çünkü yukarıda dile getirdiğimiz üzere, Yargı Reform Stratejisi belgesinde de amaçlanan husus, arabuluculuk faaliyetinin elverdiği ölçüde yaygınlaştırılmasıdır.

---

*yoktur... İlk Derece Mahkemesi'nin görevli olmasına rağmen görevsizlik kararı vermesi ve dava şartı olan zorunlu arabuluculuk yönünden arabulucuya başvurulup başvurulmadığının değerlendirilmeyerek bir hüküm kurulması HMK 353/1-a-3-4 maddesine aykırı karar verilmesi niteliğindedir..." İst. BAM, 32. HD, 29.11.2019, 2721/3129. Buna karşılık Antalya BAM 11. HD aynı konuda salt görevsizlik kararının kaldırılmasıyla yetinmiştir (bkz. 18.10.2019, 1910/1970). Belirtmek gerekir ki, somut olayda davalı vekilinin arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna uyulmadığı iddiasını bir istinaf sebebi olarak ileri sürmüş olmasına rağmen ilgili hukuk dairesinin bu itirazı cevaplandırmamış olması, kanımızca bir eksiklik teşkil etmektedir.*

Nitekim, dava şartı arabuluculuğun uygulanmaya başlanmasından itibaren, özellikle arabuluculuk yoluyla çözümlenen uyuşmazlıkların sayısal olarak gösterdiği yükseliş, yargının iş yükünün hafifletilmesi ve davaların daha kısa sürede çözümlenmesi amaçlarıyla bir arada değerlendirildiğinde, kanun koyucunun tercihini bir üst paragrafta ifade ettiğimiz şekilde kullanması tabii olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Albayrak, H.**, “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, 2018, ss. 12 - 24.
- Akkan, M.**, “İcra Hukukunda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi”, *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, ss. 1 - 41.
- Aral, V.**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1961.
- Arslan Azaklı, B.**, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.**, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019.
- Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.**, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2019.
- Atalı, M.**, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6 - 7 Aralık 2018 (Ed. E. Erdoğan)*, Ankara 2018, ss. 137 - 154.
- Berkin, N. B.**, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- Börü, L.**, *Dava Konusunun Devri*, Ankara 2012.
- Budak, A. C.**, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER*, C. 42, 2019/1, ss. 25 - 40.
- Budak, A. C.**, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, İstanbul, 2. Bası, 2009.
- Çağa, T.**, “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, *BATİDER*, 1976, VIII, S. 3, ss. 21 - 31.
- Çağa, T.**, “Yine ‘Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair’”, *BATİDER*, 1979, X, S. 2, ss. 369 - 376.
- Dallèves, L./Foëx, B./Jeandin, N.**, *Poursuite et faillite, Commentaire Romand*, Basel 2005.
- Deynekli, A./Kısa, S.**, *İtirazın İptali Davası, İcra İnkâr ve Kötü Niyet Tazminatı*, Ankara 2013.
- Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M.**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul 2018.
- Ercan Özler, M.**, *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu*, Doktora Tezi, Konya 2019.
- Erdem, Ü.**, *Ticaret Mahkemesi Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2019.

- Erdem, M.**, *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Doktora Tezi, Ankara Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Erdoğan, E.**, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal İSGHD*, C. 14, S. 55, 2017, ss. 1241 - 1242.
- Grobety, L.**, “Le cumul objectif d’actions en procédure civile suisse”, *AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 38*, Freiburg 2018, ss. 281 - 298.
- Gündoğan, Y.**, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk ile İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Karşılaştırılması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: C. Süral Efeçinar, M. E. Yardım)*, Ankara 2019, ss. 53 - 57.
- Hanağası, E.**, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara 2016.
- Karacabey, K.**, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine İlişkin Sorunlar”, *TBBĐ*, 2016 (123), ss. 451 - 488.
- Koçyiğit, İ./Bulur, A.**, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara 2019.
- Kuru, B.**, *İcra ve İflâs Hukuku, C. I*, İstanbul 1988.
- Kuru, B.**, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası*, İstanbul 2013.
- Kuru, B.**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 2016.
- Kuru, B.**, *Tespit Davaları*, Ankara 1963.
- Kuru, B./Budak, A. C.**, *Tespit Davaları*, İstanbul 2010.
- Namlı, M.**, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016 (Ed. K. D. Yenisey)*, İstanbul 2016, ss. 151 - 165.
- Karslı, A.**, *İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası*, İstanbul 2014.
- Kurt, R.**, “İş Yargısında Arabuluculuk”, *TBBĐ*, 2018 (135), ss. 405 - 444.
- Kurt Konca, N.**, Ticari Davalarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, S. 225, Aralık 2018, [setav.org](http://setav.org).
- Marchand, S.**, *Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle de ventes*, Genève 2008.
- Ocak, S./Oğuz, Ö./Karaca, A./Bulur, A./Koç, E.**, *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (Ed.: T. Canbolat)*, Ankara 2018.
- Özbek, M. S.**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Bası*, Ankara 2009.

- Özekes, M.**, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi ‘Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Yaklaşım’”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 2018, ss. 111 - 136.
- Özkan, Y.**, *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, İzmir 2004.
- Özkaya - Ferendeci, H. Ö.**, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009.
- Özmumcu, S.**, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016*, ss. 807 - 842.
- Paşlı, A.**, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçinar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 13 - 25.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.**, *İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası*, İstanbul 2019.
- Postacioğlu, İ. E.**, “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, *BATİDER*, 1978, IX, S. 4, ss. 951 - 970.
- Süral Efeçinar C./Yardım, M. E.** (Editörler), *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2019.
- Stoffel, W. A.**, *Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse*, Berne 2002.
- Tanriver, S.**, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 2007.
- Yağcıoğlu, K. M.**, “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, *DEÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018*, ss. 457 - 486.
- Yardım, E.**, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçinar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 89 - 110.
- Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.**, *İcra Hukuku, 4. Bası*, İstanbul 2009.
- Yılmaz, E.**, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara 2016.
- Yılmaz, E.**, “İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara 2009, ss. 597 - 615.
- Yılmaz, E.**, “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, DEÜHFD, Özel Sayı, C. XI, 2014, ss. 531 - 554.