

**MENFÎ TESPİT DAVALARINI
ZORUNLU ARABULUCULUĞA
DAHİL SAYMANIN GEREKSİZLİĞİ ÜZERİNE
(İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)**
**NON-REQUIREMENT OF INCLUDING THE NEGATIVE
DECLARATORY ACTIONS IN THE COMPULSORY MEDIATION
(A View from Istanbul Circuit Courts of Appeal Precedent)**

Muhammet ÖZEKES*

Pınar ÇİFTÇİ**

Özet: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında ihtiyarî olarak kabul edilen arabuluculuk, daha sonra İş Mahkemeleri Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen hükümlerle birlikte dava şartı adı altında “zorunlu arabuluculuk” şeklinde uygulamaya alanı bulmaya başlamıştır. Bu çerçevede şu anda iş uyuşmazlıklarıyla, ticarî uyuşmazlıkların önemli bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamındadır ve bu iki alandaki zorunlu arabuluculuğun diğer alanlara da yaygınlaştırılması konusunda yanlış artıran bir eğilim söz konusudur. Bu eğilim içerisinde özellikle menfî tespit davası hakkında birtakım hatalı ve birbirini çelişkili içtihatlar verilmektedir. Zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilmemesi gereken bu dava, hatalı içtihatlarla hukukî güvenliği zedeler hale gelmiştir. Biz de bu çalışmada İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin konuyla içtihatlarını ele alarak sorunu inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Dava Şartı, Menfî Tespit Davası, İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri, Hukukî Güvenlik

Abstract: Mediation which was accepted as voluntary in 2012 along with the Mediation in Legal Disputes Law, then started to find a field of practice as a “mandatory mediation” under the name of cause of action added to the Turkish Commercial Code and the Labor Courts Law. In this context, a significant part of the commercial disputes are currently within the scope of mandatory mediation. There is a tendency to spread compulsory mediation from these two

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim dalı, mozekes@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9689-1693, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.04.2020, Kabul Tarihi: 10.04.2020

** Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, pnr.ciftci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9012-9673

areas to other areas as well. With this tendency, some erroneous and contradictory precedents are given, especially about the negative declaratory actions. This action, which should not be accepted within the scope of compulsory mediation, has damaged the legal certainty with incorrect precedents. In this study, we will examine the precedents of the Istanbul Circuit Courts of Appeal.

Keywords: Mediation, Cause of Action, Negative Declaratory Action, Istanbul Circuit Courts of Appeal, Legal Certainty

Giriş (ve Hukuku Zorlayan Dönüşümün Tespiti)

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında ihtiyarî olarak kabul edilen ve hukuk sistemimize kanunî olarak giren arabuluculuk, daha sonra 2017 yılında 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile ve 2018 yılında 7155 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen hükümle birlikte dava şartı adı altında “zorunlu arabuluculuk” şeklinde uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Bu çerçevede şu anda iş uyuşmazlıklarıyla, ticarî uyuşmazlıkların önemli bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamındadır ve bu iki alandaki zorunlu arabuluculuğun diğer alanlara da yaygınlaştırılması konusunda yanlış artıran bir eğilim söz konusudur. Zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun özü ve temel evrensel ilkeleri bir yana, “ara” ve “bulmak” şeklindeki arabuluculuğun kelime anlamıyla da bağdaşır değildir. Deyim yerindeyse ismi ile müsemma olmayan bir durum söz konusudur; diğer bir ifadeyle *oksimoron* örneğidir.

Arabuluculukla ilgili olarak arabuluculuk kurumunu yöneten, düzenleyen, organize eden kurumsal yapıda, arabulucuların eğitimi ve eğitim kurumları, doğru bir arabuluculuk sınavı, doğru arabuluculuk uygulamaları konusunda birçok eksik ve sorun varken, bu sorunlarda gerçek bir ilerleme kaydedilmemişken, zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi hem düzenleme hem de uygulama anlamında yeni sorunlara yol açmaya başlamıştır. Aslında bu çok şaşılacak bir durum da değildir, zira “*perşembenin gelişi çarşambadan bellidir*” atasözü hayat bulmuştur. Nitekim konuyla ilgili başından beri dikkat çektiğimiz, uyardığımız yanlışlar, sorunlar tek tek maalesef ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu yanlışlara ve sorunlara hem genel olarak hem de özel bazı hususları ele alarak dikkat çektiğimiz farklı çalışmalara burada tekrar değinmeyeceğiz. Bu çalışmada o sorunlu konulardan birine değineceğiz.

Zorunlu arabuluculuğun kabulüyle birlikte aslında ortalama bir hukuk bilgisi ve anlayışında tartışılmayacak bir konu tartışılmaya, bu yönde uygulamada kararlar verilmeye ve daha da vahimi bazı hukukçular tarafından da olanı meşrulaştırma gayretkeşliği ile adeta kavramı ve kurumu ters yüz eden yorumlar yapılmaya başlanmıştır. Bu da menfî tespit davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesidir. Menfî tespit davası, yüzyıllar bir yana, bin yıllardır yerleşmiş bir dava (veya uyuşmazlık) türüdür ne olduğu ve ne olmadığı da bellidir. Adeta cinsiyet, hatta tür değişikliği yaptırır gibi, bilinen bir dava türü dış müdahale ile transformasyona tâbi tutulmuş, bu sağlıklı yaşayan dava türüne, adeta kanserli hücre zorunlu arabuluculuk alanında “zorla” enjekte edilmiştir. Menfî tespit davasını zorunlu arabuluculuk kapsamında saymak ve ortaya çıkan uygulama ile bu yönde yapılan yorumlar, bizim açımızdan hukukî kavram ve kurumları tahrip bakımından buna eşdeğer hatta bundan daha vahimdir.

Bu çalışmada, deyim yerindeyse transformasyona uğratılmaya çalışılan, bilinçli şekilde üretilen, salt istenen amaca ulaşmak ve onu meşrulaştırmak için sağlıklı bir kurumu bozan, kanserli yapı ele alınacaktır. Şu anda bu konuda, aslında konunun çok da uzmanı olmayanlarca, olmayanı sağlamaya yönelik, sadece bazı kelime oyunları ile üretilen ve bilgi temeli olmayan konuyla ilgili verilen adeta “fetvalarla” (!) yanlış meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu, hukuk adına gerçekten acı ve üzüntü verici bir durumdur. Şayet gerçekten menfî tespit davasında da zorunlu arabuluculuk çok arzu ediliyorsa, biz eleştirsek de en azından yöntem olarak yapılması gereken en doğru şey, bu yönde kanun hükmü koyarak, menfî tespit davasına esas olacak uyuşmazlıkların da zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu belirtmektir. O zaman en azından menfî tespit davası dejenere edilmemiş, bu dava türü mecraından uzaklaştırılmamış olur; yanlış da olsa en azından kanun öyle dediği için menfî tespit davası da zorunlu arabuluculuğa dahil edilmiş olacaktır.

Çalışmamızda, konuyla ilgili öncelikle uygulamadaki durumu tespit etmeye çalışacağız ve yargı kararları üzerinden konuyu değerlendireceğiz. Bu çerçevede Yargıtay’a intikal eden en azından bizim ulaşabildiğimiz bir karar bulunmadığı için, istinaf kararları üzerinden değerlendirme yapmaya çalışacağız. Bu noktada da en geniş ulaşılabil-

len bölge adliye mahkemesi (BAM) kararları İstanbul BAM kararları olduğu için onları esas alarak incelemeyi yapacağız. Bunun gerekçesini de aşağıda ayrı bir başlıkta ele alıp belirteceğiz.

Son olarak belirtelim ki, bizim eleştirdiğimiz ve karşı olduğumuz şey, zorunlu arabuluculuk, özünden ve ilkelerinden uzaklaştırılmış yanlış arabuluculuk uygulamaları ve bu konuda oluşan, arabuluculuğu değil kendisini önceleyen menfaat lobisidir. Biz ihtiyarî arabuluculuğun ve doğru uygulanan bir arabuluculuğun, yargıyla bağlantılı olarak yararlı olduğunu ve taraftar olduğumuzu belirtmek isteriz. Eğer iyi işleyen arabuluculuk/uzlaşma isteniyorsa, önce yargının iyi işletilmesi gerekmektedir. Kötü işleyen yargının iyi işleyen arabuluculuk/uzlaşma sistemi olmayacağı gibi; kötü bir arabuluculuk sisteminin de yargıya yük olmaktan, onu da olumsuz etkilemekten başka sonucu olmayacaktır. Yargının kronik sorunları görmezlikten gelinerek, ötelenerek üretilecek zorlama arabuluculuk yöntemleri, bazı geçici ve görünürde mutluluklar dışında sonuç da vermeyecektir.

A. İstanbul BAM Kararları Örneği Çerçevesinde Uygulamanın Durumu

1. Uygulamanın Durumu ve Neden İstanbul BAM Kararlarının Seçildiği

Menfi tespit davalarının aslında zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı açık olmasına rağmen, sadece uygulamaya yön vermek ve bir yanlış meşrulaştırmak için hiçbir ciddî atfa yer vermeden ve gerekçe ortaya koymadan yazılan, akademik niteliği tartışmalı, özellikle uygulamaya yönelik bazı görüş ve çalışmalarda menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk çerçevesinde değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşün hem bilimsel sistematik hem yorum kurallarına aykırı durumu hem de içerik olarak yanlışlığı dipnotta ayrıntılı şekilde belirtilmiştir.¹ Bu konuda böyle bir çalışmada yer verilmesi uygun ol-

¹ İlker Koçyiğit/Alper Bulur, Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s. 67-68 (<http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadava-sartiarabuluculuk.pdf>). Yazarlar konuya ilişkin kendi görüşlerini s. 140-142'de daha ayrıntılı olarak şu şekilde açıklamaktadır: "Menfi tespit davaları ya da tüm tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalıdır. TTK'nın 5/A maddesine göre, 'Bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer

kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır'. Müspet (olumlu) ve menfi (olumsuz) tespit talebi ile açılacak davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talep sonucu içermediği için dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir. Tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı görüşünü ileri sürenlere göre ise, TTK'nın 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil, dava konusuna açıkça vurgu yapılarak, dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, bu bakış açısı ile müspet veya menfi tüm tespit davalarının, esas itibarı ile bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında, dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı ileri sürülmektedir.

Kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemeye hangi anlamı vermek istediği yorum yolu ile belirlenir. Burada önemli olan, kanun koyucunun yapılmış düzenleme ile hangi menfaati korumak istediği, bunu hangi amaç ve doğrultuda yapmış olduğunu anlayabilmektir. Kanun maddelerinde kullanılan kelimeler de yorumun unsurlarındandır. Ancak bu durum yorumun son noktası değildir. Sonuçta olaya kanun maddesini uygulayacak hâkim, kanunun lafzı yanında yukarıda da değinildiği gibi maddenin özü ve ruhuna da temas edecektir.

Bu konuda, hâkimlere büyük iş düşmektedir. Zira hâkimler, huzurlarına gelen davalarda hukukî sebepleri irdelleyecek ve Türk kanunlarını re'sen uygulama vazifelerini yerine getireceklerdir. Kanunun katı bir şekilde uygulanması halinde bir adaletsiz yahut hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacak ise, hâkimin elindeki yegâne argümanın Türk Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

TTK'nın 5/A maddesi ile yapılan düzenleme usul hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Usul hükümlerinin yorumunda öncelikle lafzi yorum uygulanacaktır. Lafzi yorum yönteminde kanun hükmünde yer alan kelimelerin, deyimlerin, ifadelerin dilbilgisi kuralı yönünden cümle yapısı içindeki anlamları değerlendirilir. Ancak, kanun koyucunun kullandığı kelimelerden açık bir anlam çıkarılamıyorsa, diğer yorum kurallarının uygulanması gerekir. Örneğin, medenî usûl hukukunun şekli bir hukuk alanı olması, yorum gerektiren konularda 6100 sayılı HMK'nın dar yorumlanmasını gerektirmez; aksine geniş yorum yapılmazdır. Ancak bu yolla amaca uygun doğru yorum yapılabilir.

7155 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ve TTK'nın 5/A maddesini ihdas eden madde gerekçesinde, kanun koyucunun sadece konusu bir miktar para alacağını ödenmesi olan eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edip diğer tüm dava türlerini kapsam dışında tuttuğuna ilişkin açık bir gerekçe yoktur. Bununla beraber, kanun koyucunun, 01.01.2018 tarihinde uygulanmaya başlanan bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı uygulamasındaki başarıyı esas alarak tüm ticarî davalarda da benzer bir düzenleme ile dava şartı arabuluculuğu düzenlemeyi amaçladığı 7155 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden anlaşılmaktadır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrası ile 'Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır' şeklinde düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk ile ilgili bir yıllık uygulama sürecinde de eda ve tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı doktrin ve uygulamada tartışmasız olarak kabul edilmiştir ve uygulama bu şekilde devam etmektedir. Ayrıca, unu-

tulmamalıdır ki tespit davası eda davasının öncülüdür ve eda davasının sonunda verilen hükmün içinde tespit hükmü de yer alır.

Söz konusu gerekçeler dikkate alındığında, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki davalar yanında, tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksinin kabulü halinde, hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacaktır". (Koçyiğit/ Bulur, s. 140-142).

Yazarların yukarıda uzunca açıkladıkları görüşleri pek çok açıdan hatalıdır. Öncelikle durum yazarların belirttiği gibi bu kadar açıkça bu kadar açıklamaya ne gerek vardır? Açık olan için bu kadar yazmaya gerek yoktur. Kaldı ki, bu görüş ortaya konulurken içerik bir yana, yapılan atıflar dahi tam doğru değildir. Ancak salt uygulamada bir sonuç elde etmek için aceleyle yapılan çalışmada ister istemez bu tür hatalar olacaktır. Ortaya konulan görüşün hatalarından bazılarını sıralamak gerekirse:

(1) Yazarlar öncelikle TTK m. 5/A hükmünde tam açıklık bulunmadığını, bu sebeple yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Kanun maddesi son derece açıktır, madde sınırlandırıcı şekilde dava şartına tâbi olan ticarî uyumsuzlukları belirlemiştir. Bu konu çalışmamızın içinde yer aldığından burada ayrıntısına girmiyoruz. Buna rağmen hâlen düzenlemenin yoruma ihtiyaç duyduğu varsayımından yola çıkarak Kanun'un amaçlamadığı, açıkça düzenlemediği bir sınırlandırmayı yorum yolu ile kabul etmek mümkün değildir. Aksine menfi tespit davalarını bu düzenleme kapsamına dahil etmek, kanun koyucuyu aşarak kanunun getirmediği bir sınırlandırmayı kabul etmek anlamına gelir.

(2) İkinci olarak yazarlar, medenî usûl hukukundaki kurallarda geniş yorum yapılması gerektiğini, şekli bir hukuk dalı olması sebebiyle dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Şayet bu konuda temel hukuk, hukuk metodolojisi literatürüne bakılacak olsaydı, bu yorumun özellikle temel hak ve özgürlükleri genişleten hükümler için kabul edilen temel bir ilke olduğu tespit edilebilirdi (bkz. Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>, s. 56 vd.). Özellikle temel haklara müdahale söz konusu olduğunda ise genişletici yorum yapılamaz. Konumuz bakımından da hak arama özgürlüğüne istisna getiren zorunlu arabuluculuk, bu anlamda temel hak sınırlaması olduğundan genişletici yorum yapılamaz. Ayrıca yazarların kitaplarında atfı yapmaya çalıştıkları Pekcanıtez Usûl eserinde de bu belirtilmektedir. Aslında yazarların Pekcanıtez Usûl eserinde atfı yaptıkları yer de yanlışır, içerikte bahsettikleri ile atfı yaptıkları yerin ilgisi yoktur. Yazarlar eserin 923. sayfasına atfı yapmışlarsa da esasen bu atfı da doğru değildir. Bu sayfada usûl hukukunda yorum değil, dava ile ilgili genel bilgiler yer almaktadır. Yorumla ilgili eserdeki açıklamalar s. 71'de yer almaktadır (bkz. Hakan Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2017, s. 71). Olmayan bir şeyi olur kılmak için aceleyle yapılan çalışmalarda içerik yanlışlığı yanında bu tür sistematik ve akademik yanlışlıklar da yapılmaktadır. Bu dahi, görüşün sağlam temellere oturmadığının, atfı yapılan çalışmanın gerçek anlamda değerlendirilmek yerine sadece söylenene meşruluk kazandırma çabasına gerekçe üretme yönünde olduğunu basit bir şekilde göstermektedir. Zorunlu arabuluculuğun, kişilerin hak arama özgürlüklerini genişleten bir kurum olduğundan söz etmek mümkün değildir; aksine hak arama özgürlüğüne getirilen bir istisnadır ve daraltmadır. Hakkın aranacağı asıl yer Anayasa'nın açık hükmü gereğince mahkemelerdir. Dolayısıyla yazarlar, hak arama özgürlüğüne sınırlandırma getiren zorunlu arabuluculuk kuralının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürerek temel ilke ve kurallara tamamen aykırı bir yorum yapmaktadırlar.

mayan, salt görüş oluşturmak için hukuku zorlayan bazı çabalara ise hiç değinmiyoruz.

Hukukî olmayan, kelime oyunları dışında gerekçesi bulunmayan ve kısaca yukarıda açıkladığımız menfi tespit davası konusundaki bugüne kadar olan hukukî birikime, kavram ve kurumlara aykırı görüş ve değerlendirmeler, belirli ölçüde uygulamaya da yansımış, bazı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri, zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu alanlarda menfi tespit davalarının da zorunlu arabuluculuk kapsamına girdiğini, bu sebeple menfi tespit davası açılmadan önce dava şartı olarak önce arabulucuya başvurulması gerektiği yönünde, kanaatimizce çok da üzerinde düşünmeden kararlar vermiştir. Ancak aksi yönde de kararlar mevcuttur.

(3) Yazarlar, TTK m. 5/A maddesinin sadece lafzına bakılmaması gerektiği, amacına da bakılması gerektiği ve yorum yolu ile menfi tespit davalarını da bu kapsama dahil etmek gerektiğini belirtmişlerdir. Oysaki, bu yorum, sınırlı sayıda sayım getiren hukuk kuralları için söz konusu olamaz (bkz. Gözler, s. 59 vd.). Kanun koyucu bir normu sınırlı sayım ilkesi ile belirlemişse, artık bu sayım genişletilemez, böyle bir yorum yapılamaz. TTK m. 5/A hükmü (keza zorunlu arabuluculuk halleri) sınırlı sayım ilkesine tâbidir. Kaldı ki, yorum yapılrken bir kurumun amacı dışına çıkartılacak genişletici yorum da yapılamaz. Menfi tespit davasının sınırlarını zorlayacak yorum, genişletici yorum değil, olsa olsa Umberto Eco'nun bir kitabının da adı olan "aşırı yorum" veya bizim ifademizle "zorlama yorum" olur ki, bir şeyi salt meşrulaştırmak için, hukukun temel yorum kuralları bu kadar zorlanmamalıdır. Görüldüğü üzere, konuyu açıklamaya çalışan yazarlar, yorum ve usûl hukukunda yorum kurallarını dahi tam değerlendirmeden "zorlama" (!) bir yorumla sonuca gitmeye çalışmaktadırlar. Bu dahi, yapılmaya çalışılanın hukuka uygunluğunu tartışmak için yeterlidir.

(4) Yazarlar, menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi durumunda 'uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağı' konusunda objektif temeli olmayan ve bir o kadar hatalı bir yorum yapmaktadırlar. Aksine menfi tespit davalarının dava şartı kapsamına dahil edilmeye çalışılmasıyla ne kadar büyük bir kargaşa yaşandığı, bu çalışmada yer verilen İstanbul BAM kararları ile ortaya konulacaktır. Şayet kargaşa yaşanması istenmiyorsa, zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme alelacele ve sonuçları düşünülmeden değil, tartışıldıktan ve tüm görüşler değerlendirildikten sonra çıkarılmalıydı. Yazarların bu ifadesi dahi, kendi görüşlerini savunurken aslında zorunlu arabuluculuğun kaosu çıkarmaya müsait olduğunun göstergesidir. Aslında bu konuda daha çok eleştiri ve değerlendirme yapılabilir, ancak bu kadarının yanlış göstermek için fazlasıyla yeterli olduğu kanaatindeyiz. Son olarak belirtmek gerekir ki, literatürde çok temel usûl eserlerinde bu görüşü destekleyen değil, bilakis yanlışlığını ortaya koyan görüşler mevcuttur. Ortaya konulan görüşün, çok ciddi ve titiz bir çalışmanın sonucu olması gereken Adalet Bakanlığı adına çıkartılan bir kitapta, bu kadar hem yorum hem usûl kurallarına aykırı hem de atf hatalarını içeren hatalarla yorum yapılarak ortaya konulması da ayrıca değerlendirilmesi ve üzerinde düşünülmesi gereken bir durumdur.

Şu anda uygulamada bazı yargı organları menfî tespit davasında da önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönünde kararlar verirken bazı yargı organları ise aksi yönde karar vermektedir. Hem de dava şartı gibi çok şeklî ve davanın esasına girilmesini engelleyen bir hukukî meselede bu kadar taban tabana zıt kararların verilmesi doğru değildir. Bazı konular gerçekten tartışmaya ve değerlendirmeye açık olabilir, farklı görüşlerin oluşması normaldir, hatta bu hukukun gelişimine katkı da sağlar. Ancak bu kadar açık bir konuda ve dava şartı gibi davanın esasına girmeye engel olan bir hukukî sorunda bu kadar farklı kararlar verilmesi doğru değildir. Hukuk devleti ve hukukî güvenlik bakımından da sakıncalıdır.

Bu çalışmada uygulamadaki durumu ortaya koyabilmek için İstanbul BAM kararları ve sınırlı şekilde İstanbul ilk derece mahkemelelerinin kararları ele alınmıştır. Bunun birkaç sebebi mevcuttur. Birincisi, şu anda bizim ulaşabildiğimiz ve bilgimiz çerçevesinde olan bir Yargıtay kararının henüz ortaya çıkmamış olmasıdır. Zaman zaman bu yönde bazı söylentiler mevcut olsa da en azından yayınlanmış ve bizim ulaşabildiğimiz bir karar yoktur. Böyle olunca konuyu ancak istinaf ve ilk derece mahkemesi kararlarıyla değerlendirmek ve uygulamayı tespit etmek mümkün olmaktadır. Burada İstanbul BAM kararlarının tercih edilmesinin sebebi ise İstanbul'un sayısal olarak daha çok karar vermesi, iş ve dava çeşitliliği bulunmasıdır. Ancak İstanbul'un seçilmesi aynı zamanda çok arzu etmediğimiz bir zorunluluğun da sonucudur. Zira, şu anda İstanbul BAM kararları dışında diğer BAM kararlarına yaygın şekilde ulaşabilmek çok kolay değildir. Bazı içtihat programlarında bu kararlara yer verilse de çok sınırlı karara ulaşım imkânı söz konusudur.

Bir hukuk devletinde kişilerin yargıya olan güvenlerini tesis ve temin edecek en önemli unsur hukukî öngörülebilirlik ve hukukî güvenliktir. Bu da kişilerin ne yaparsa başına ne geleceğini, hangi hukukî yolun nasıl sonuçlanacağını, bunların da hukuka uygunluk sınırları içinde, hukukun temel kavram ve kurumlarını zedelemekten uzaklaşacağına olan inancın ayakta tutulması, bu yönde uygulama yapılması, hassasiyet gösterilmesi ile mümkündür. Kişilerin, herhangi bir uyuşmazlığa düştüklerinde kendilerini hangi kurallar çerçevesinde belirlenmiş bir yargılama prosedüründe bulacaklarını bilmesi ve devamında mahkemenin verebileceği kararları öngörebilmesi hukuk

güvenliğinin en önemli gereklilikleridir.² Bir hukuk sisteminde bu gereklilikleri yerine getirebilmenin en önemli yolların birisi de yargı kararlarının kamu ile paylaşılmasıdır. Kişiler ancak bu şekilde uyumsuzlukları ve bunların olası akıbeti hakkında bir öngörüye sahip olabilirler. Bu gereklilik aynı zamanda hukuk devletlerinde hukukî istikrarın da inşasını gerçekleştirir. Bu önemine rağmen ülkemizde yerel mahkemelerin kararlarına karşı başvuru yolu olan istinaf kanun yolunda verilen bölge adliye mahkemesi kararları yayımlanmamaktadır; ulaşmak özel bir çabayı gerektirmektedir. Esasen tüm bölge adliye mahkemesi kararları, kendi çalışanlarına online bir sistem üzerinden açık olmasına rağmen, bu sistem bireylere açık hâle getirilmemektedir. Hiç değilse bu kararların hukukçulara açık olması birçok bakımdan önemlidir.

Adalet erişim, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, sürpriz karar yasağı ve daha birçok yargısal temel hakkın sağlanabilmesi için devletin ülke sınırları içerisinde verilen tüm ilk derece ve özellikle üst derece yargı kararlarını kamuoyu için paylaşması gerekir.³ Bu gereklilik kamunun, yargıya ve özellikle mahkemelere güven duyması için atılması gereken ilk adımdır. Ülkemizde öteden beri yargı kararlarının kamu ile paylaşılması sorunlu bir konu olmuştur.⁴ Mevzuatta yargı kararlarının kamuoyuna sunulması için pek çok yükümlülük getiren düzenleme olmasına rağmen bu görevler yerine getirilmemiş ya da tam yerine getirilmemiştir.⁵ Örneğin Yargıtay,

² Mahkeme kararlarının yayımlanması gereğinin hukukî güvenlik ve hukukî belirlilik ilkesinin bir unsuru olduğu konusunda bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, Ankara 2015, s. 98-100. Ayrıca medenî usûl hukukunda geçerli pek çok ilkenin güvence altına alınması için mahkeme kararlarının yayımlanması gereği konusunda bkz. Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Medenî Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014, s. 326 vd.; Pınar Çiftçi, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara 2018, s. 355-356; Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009, s. 23 vd.; Muhammet Özekes, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2004, s. 153 vd.

³ Bu konuda önemli tespit, değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Servet Yetim, *"Yargı Kararlarına Erişim Hakkı"*, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi* (<http://www.uyumsuzluk.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017servetyetim.pdf>).

⁴ Bu konuda eleştiri için bkz. Muhammet Özekes, *"Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme"*, VII. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, (İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008), TBB Yayını, Ankara 2009, s. 280-281.

⁵ Adalet Bakanlığı'na bağlı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nın görevleri arasında

İcra ve İflâs Kanunu'na sırf icra ve iflâs hukukuna ilişkin kararların sistematik şekilde yayımlanması için hüküm konulmasına rağmen, uzunca bir süre bu kararları kamu ile paylaşmamıştır.⁶ Şu an benzer bir durum bölge adliye mahkemeleri ile gündemimizdedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere UYAP sisteminde sadece İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin vermiş olduğu sınırlı sayıda içtihadı ulaştırmak mümkündür.

Yargı kararlarının kamu ile paylaşılması ciddi bir kaynak ve altyapı gerektirmekle birlikte, teknolojinin geliştiği bu ortamda ve gelişmişlik düzeyinde, artık o kadar da önemli bir sorun değildir. Bu teknik altyapı ve imkân ülkemizde mevcuttur. Zira Yargı Reformu Stratejileri ile hedeflendiği şekilde, UYAP sisteminin kabulü ve işlemeye başlamasıyla birlikte 2010 yılı itibariyle tüm hâkim ve savcılar Yargıtay kararlarının tamamına erişir hâle gelmiştir. Hatta yargıdaki bilişim sistemimiz Avrupa ülkelerinin bir kısmında dahi bulunmayan birtakım teknik özelliklerle pek çok ödüle lâyık görülmüştür.⁷ Böyle bir sistemde şüphesiz ki, tüm Yargıtay ve diğer yüksek mahkeme kararlarıyla bölge adliye mahkemesi kararlarının da kamuya açılması gerekir.

Ulaşılabilen bölge adliye mahkemesi kararları sadece sınırlı şekilde UYAP sistemine yüklenen kararlardır. Biz de UYAP üzerinden bir

yargı içtihatlarının düzenli yayımlanması yer almaktadır. Buna göre, "İlgili birimlerle iş birliği yaparak ... yüksek mahkemelerin içtihatlarını, ... bilgi işlem ortamına aktarmak ve kullanıcıların hizmetine sunulmasını sağlamak" Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır (2992 sayılı ve 29.03.1984 tarihli Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m. 22/A/1, a). Bu görev sadece Adalet Bakanlığı'nın da görevi değildir. Avukatlık Kanunu'na göre Türkiye Barolar Birliği de yargı içtihatlarının yayımlanması konusunda Adalet Bakanlığı ile koordineli çalışma yükümlülüğündedir. Buna göre "Mahkeme içtihatlarının sistemli bir surette toplanması ve yayınlanması için Adalet Bakanlığı ve yargı mercileri ile iş birliği yapmak" yükümlülüğü altındadır (Avukatlık Kanunu m. 110/I, b. 10).

⁶ Bu konuda bir yönetmelik de çıkarılmıştır. Bkz. Yargıtay'dan Verilen İcra ve İflas İşlerine Ait Kararların Yayınlanmasına Dair Yönetmelik (RG 12.04.2014, S. 28970). Ancak hem o Yönetmelik'in gereğinin tam olarak yerine getirildiği hem de kararlara çok rahat ulaşıldığı söylenemez.

⁷ "IDC'den Adalet Bakanlığı'na 3 Ödül Birden" (2018), "2017 Kamu Teknoloji Ödüllerinden 2 Farklı Dalda 3 Ödül " (2017), "IDC CIO 2017'den e-Satış'a 1.lik Ödülü" (2017), "UYAP'a Dünya Çapında Bir Ödül" (2016), "Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'na 5 Farklı Ödül" (2016), "Veraset Projesi "IDC CIO Awards Best IT Cost Efficiency Project of the Year in Türkiye 2015" dalında 2. olmuştur." (2015); <http://www.uyap.gov.tr/UYAP-Odulleri> (Erişim tarihi: 10.04.2020).

araştırma yaptığımızda, sistemin bize sadece sınırlı sayıdaki İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararlarını açtığını tespit ettik. Bu sebeple de sadece konu ile ilgili İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararlarını inceleyebilme imkânımız olmuştur. Bu denli sınırlı bir inceleme dahi, konuyla ilgili bir bölge adliye mahkemesi çevresinde ne kadar farklı içtihatlar verildiğini göstermektedir. İmkân bulursa ve bu inceleme Türkiye genelindeki tüm bölge adliye mahkemelerini kapsayacak şekilde yapılmış olsa idi, bu konuda birbirinden tamamen zıt kararlarla karşılaşılabilceğini tahmin etmek zor değildir. Bölge adliye mahkemeleri kararları, Yargıtay kararları gibi kamuoyuna açılmadığı sürece hukuk sistemimizde hukukî belirliliğin, öngörülebilirliğin, istikrarın geçerli olduğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır. Aşağıda İstanbul BAM'ın bu konuda vermiş olduğu farklı karar örneklerini ortaya koymaya çalışacağız.

2. Menfî Tespit Davasını Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Kabul Eden İstanbul BAM Kararları

Aşağıda menfî tespit davasını veya bu konudaki dava konusunu/ talebi, zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul eden, yani menfî tespit davası açmadan önce arabulucuya başvurulmasını zorunlu, dava şartı olarak gören İstanbul BAM Daireleri'nin kararlarına yer verilecektir.

Örneğin, İstanbul 3. Bölge Adliye Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir:⁸

“... Somut davadaki gibi, tacirler arasındaki, bir miktar para borcundan, borçlu olmadığına dair, ticari dava niteliğindeki menfî tespit davalarında, 7155 sayılı Kanun ile TTK'ya eklenen 5/A madde uyarınca, kanunun amaçsal yorumuna göre, parasal bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan, gerek iş davalarındaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesindeki kanun gerekçelerindeki benzerlikler, gerekse kanun koyucunun, bu tür parasal uyuşmazlığa dair ticari nitelikteki menfî tespit davalarını da kapsama alma arzusunda olduğuna ilişkin doktrin görüşleri karşısında, ticari dava türündeki menfî tespit davasının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, aksinin

⁸ İstanbul 3. BAM, 21.11.2019, 1988/1829 (UYAP). Ayrıca bkz. İstanbul 3. BAM, 03.03.2020, 2143/299 (UYAP).

kabulü hâlinde, dava şartına tabi olmadığı düşünülerek açılan menfi tespit davası sırasında, para borcu ödenmek zorunda kalınırsa, davanın kendiliğinden istirdat davasına dönüşebileceği de düşünüldüğünde, o takdirde, yasa koyucunun düzenlemesindeki gibi bir para alacağı söz konusu olacak, ancak, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaksızın sonuçlandırılması hâli gündeme gelecektir, ki yasa koyucunun amacının bu olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca yasal düzenlemede, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında arabuluculuk zorunlu hale getirilirken, dava tipi olarak bir sınırlandırma yapılmadığı, taleplerden söz edildiği de dikkate alındığında ticari menfi tespit davasının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmelidir.”

İstanbul 12. Bölge Adliye Mahkemesi örneği⁹ ise şöyledir:

“... hükmü uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticarî davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hâle getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre, kanunun lafzına bakıldığında ‘ve’ bağlacı nedeniyle ‘alacak ve tazminat talebinin’ ayrı dava içerisinde ve birlikte talep edilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu da kanun koyucunun amaçladığı bir durum olarak yorumlanamaz. Bir kısım uygulayıcının vardığı sonuç gibi sadece alacak veya tazminat davalarında arabuluculuk dava şartı öngörüldüğü gibi bir sonuca da varılamamaktadır. Ayrıca her menfi davasının, istirdada dönüşebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Kanun’da alacaklı veya borçlu tarafından açılacak dava ile ilgili herhangi bir ayırım ve sınırlama da yer almamıştır. Burada kanun koyucu 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. Elbette ki ‘menfi tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir mik-

⁹ İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688 (UYAP). Bu yönde bkz. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2152/1681 (UYAP); İstanbul 12. BAM, 26.12.2019, 2292/1643 (UYAP); İstanbul 12. BAM, 26.12.2019, 2253/1641 (UYAP).

tar para alacağı ise, açılacak davanın ya da 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 mahkemelerce kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece ‘alacak’ veya ‘tazminat’ davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı 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 usûl ve yasaya uygun olduğundan...”

Buna benzer şekilde İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰, İstanbul 15. Bölge Adliye Mahkemesi¹¹ ve İstanbul 19. Bölge Adliye Mahkemesi’nin¹² de menfi tespit davalarında zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu ve arabulucuya gidilmeden açılan davaların dava şartı yokluğu sebebiyle reddedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır. Bu kararlara bakıldığında, temel gerekçeler ya kanunun ifa-

¹⁰ “İİK 72. madde anlamında açılmış bulunan menfi tespit davaları da olumsuz yönde bir miktar paranın ödenmesine dair alacak davası olduğundan (talep bir miktar paranın ödenmesi gerekmediğinin tespitine ilişkindir), TTK 5/A maddesi kapsamında arabuluculuk dava şartına tabi davalardandır. Davacı, dava açmadan önce arabuluculuğu başvurduğuna dair beyanda bulunmadığı gibi dosya içerisinde de arabuluculuğa başvuruya (ve sona ermesine) ilişkin belge de bulunmamaktadır. Bu durumda 6325 sayılı Yasa’nın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir durum söz konusu değildir”. İstanbul 13. BAM, 11.12.2019, 1478/1806 (UYAP).

¹¹ “... Taraflar arasındaki dava menfi tespit davası olup, her iki taraf da tacir olduğundan TTK’nın 5/A maddesi gereğince, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”. İstanbul 15. BAM, 28.11.2019, 2087/1476 (UYAP). Bu yönde ayrıca bkz. İstanbul 15. BAM, 12.02.2020, 286/237 (UYAP); İstanbul 15. BAM, 04.12.2019, 2103/1517 (UYAP); İstanbul 15. BAM, 28.11.2019, 1989/1449 (UYAP).

¹² “... Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüş ise de TTK nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağından mahkemece taraflar arasındaki davanın zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur”. İstanbul 19. BAM, 28.06.2019, 1734/1521 (UYAP).

desinin farazî anlamından ya kanun koyucunun farazî amacından ya da menfî tespit davasının farazî sonuçlarından hareket edilmiştir. Yani mevcut ve açık bir gerekçeden çok, yorum kurallarını zorlayan faraziyelere dayanılmaktadır. Dikkat edilirse kararların hiçbirinde menfî tespit davasının gerçek niteliği tartışılmamış, konuyla ilgili ciddî ve temel bir çalışmaya atıf yapılmamıştır. Gerekçeler daha çok, kanun koyucunun alacak ve tazminat talebini belirtmekle birlikte, bunun aslında tersinden de alacak talebini içermiş olduğu, aksi halde ileride istirdada dönüşecek bir taleple karşılaşılabilceği, menfî tespit de (ayrıca başka bazı dava türlerinde de) bir para alacağı bulunduğu gibi mefruz gerekçelerdir. Oysa kanun koyucunun gerekçesinde bunlara değinilmemektedir. Menfî tespit davasıyla ilgili yazılmış temel eserlerden bu yönde çıkarım yapmak, anlam vermek mümkün değildir; keza Yargıtay'ın bugüne kadar olan kararlarından da menfî tespit davalarının böyle anlaşılacağına işaret eden bir anlam bulunmamaktadır.

İstanbul genelinde yerel mahkemeler de bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla menfî tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi¹³, İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁴, İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁵, İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁶, İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁷, İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁸, İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi¹⁹, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁰, Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi²¹, Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi²², Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi²³, Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁴, Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi²⁵, Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mah-

¹³ İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, 07.01.2010, 2019-639/1 (UYAP).

¹⁴ İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.2.2019, 493/159 (UYAP).

¹⁵ İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25.02.2020, 115/188 (UYAP).

¹⁶ İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, 11.12.2019, 634/1175 (UYAP).

¹⁷ İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.03.2020, 118/179 (UYAP).

¹⁸ İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.03.2020, 179/193 (UYAP).

¹⁹ İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.03.2020, 157/166 (UYAP).

²⁰ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.04.2020, 268/300 (UYAP).

²¹ Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 02.03.2020, 188/218 (UYAP).

²² Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 21.02.2020, 155/171 (UYAP).

²³ Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 26.02.2020, 176/199 (UYAP).

²⁴ Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.02.2020, 110/94 (UYAP).

²⁵ Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 18.03.2020, 240/249 (UYAP).

kemesi²⁶ menfî tespit davalarında zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak kabul etmektedir.

3. Menfî Tespit Davasını Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Kabul Etmeyen İstanbul BAM Kararları

Yukarıdaki içtihatların aksine İstanbul BAM'ın bazı Daireleri de menfî tespit davalarını zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirmemekte, menfî tespit davası açılması için önce arabulucuya başvurulmasının doğru olmadığını belirtmektedirler.

Bu konuda bir örnek olarak İstanbul 17. Bölge Adliye Mahkemesi'nin²⁷ şu kararı ve benzer kararları gösterilebilir:

“... Görüldüğü üzere, 6102 sayılı TTK'ya eklenen 5/A maddesinde, Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olan ticari davalarda arabuluculuk, dava şartı olarak belirlenmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilen davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok daha kısa süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Madde metninde '...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında...' denilmek suretiyle, talep sonucu eda istemi niteliğinde olan, alacak ve tazminatın ödenmesine ilişkin ticari davalarda, davadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Tespit davaları ise, bir hakkın veya hukukî ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Menfî tespit davaları ile davacı, borçlu olmadığının tespitini talep etmektedir. Menfî tespit davalarında borçlu olunmadığının tespiti istendiğine ve alacak ya da tazminat ödenmesi istenemeyeceğine göre, bu tür davalardan önce arabulucuya başvurma şartı aranması, Kanun'un açık ifadesine aykırı olacaktır. Diğer taraftan alacaklının arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olmadan takip başlatması mümkün iken, borçlunun açtığı menfî tespit davasında arabuluculuğa başvurulma-

²⁶ Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.03.2020, 224/334 (UYAP).

²⁷ İstanbul 17. BAM, 27.02.2020, 2019-2227/594 (UYAP).

sının dava şartı sayılması amaca uygun düşmeyeceği gibi, borçlunun menfi tespit davasından önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun kabulü halinde, borçlunun İİK'nın 72. maddesinde menfi tespit davasında öngörülen tedbirden yararlanması imkânı ile ilgili gecikme ve sakıncalar da söz konusu olabilecektir. Öyleyse mahkemece, menfi tespit davasında, zorunlu arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden...”.

Yine İstanbul 9. Bölge Adliye Mahkemesi'nin²⁸ şu kararı başka bir örnektir:

“...TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise de menfi tespit davaları alacak davası mahiyetinde değerlendirilemeyeceğinden somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır”.

Keza İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi²⁹, İstanbul 16. Bölge Adliye Mahkemesi³⁰, menfi tespit davası açılması için arabuluculuğa

²⁸ İstanbul 9. BAM, 29.11.2019, 2845/3863 (UYAP).

²⁹ “Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit ve ipoteğin fekki istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucuna, yani netice-i talebe göre belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları ve buna bağlı olarak ipoteğin fekki talebi bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticarî dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır”. İstanbul 14. BAM, 26.12.2019, 1709/1695 (UYAP); İstanbul 14. BAM, 26.12.2019, 1621/1703 (UYAP).

³⁰ “...Somut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup, uyuşmazlık kambiyo senedinden kaynaklanmaktadır. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödemesi 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...”. İstanbul 16. BAM, 26.11.2019, 2741/2642 (UYAP). İstanbul 16. BAM, 16.03.2020, 631/677 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 13.03.2020, 613/665 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 06.03.2020, 538/580 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 06.03.2020, 523/581 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 528/495 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 479/496 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 27.02.2020, 424/486 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 25.02.2020,

başvurulmuş olmasını dava şartı olarak değerlendirmemektedir. Bu kararlar kanunun açık ifadesinin alacak ve paranın ödenmesi yönünde olduğunu, tespit ve menfi tespit davalarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini, menfi tespit davalarının hukukî niteliğinin buna uygun olmadığını belirten gerekçeler ortaya koymaktadır.

B. Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemelerinin Genel Kapsamı

1. Zorunlu Arabuluculuğa Genel Bakış

2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile arabuluculuk sistematik ve kanunî bir temele dayanarak hukukumuza girmiştir. HUAK ile birlikte tabiatına ve ismine uygun olarak “iradî ve ihtiyarî” olarak kabul edilen arabuluculuk, önce 2017 yılında 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu’ndaki ayrı bir madde ve daha sonra 2018 yılında 7155 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanunu’na eklenen yeni bir madde ile “dava şartı” şeklinde “zorunlu arabuluculuk” olarak da hukuk sistemine girmiştir. Şu anda başka alanlara da yaygınlaştırılması şeklinde bir eğilimin, hatta kanun tekliflerinin olduğu görülmektedir. Zorunlu arabuluculuk, temelde iş ve ticarî uyuşmazlıklarda, alacak ve tazminat talepleri ile ilgili olarak dava şartı şeklinde kabul edilmiş, ayrıca iş hukukunda işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Arabuluculuğun temel ilkesi, HUAK’da da vurgulandığı üzere (m. 3/1) iradî yani gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır.³¹ Ancak çok kısa sürede, iş hukuku ve ticaret hukuku gibi hem hayat hem hukuk bakımından oldukça geniş ve farklı boyutları olan iki alanda,

391/456 (UYAP); 21.02.2020, 481/413 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 13.02.2020, 287/359 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 24.01.2020, 64/105 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 24.01.2020, 63/109 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2020/2903 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2946/2896 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 30.12.2019, 2845/2878 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 26.12.2019, 2978/2815 (UYAP); İstanbul 16. BAM, 15.11.2019, 2603/2482 (UYAP).

³¹ Arabuluculuk ilkeleri hakkında bkz. Muhammet Özekes, Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2818 vd.; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 28 vd.; Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 57 vd.; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 600 vd.

zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi, zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin temelde yanlışlığı yanında, yetersiz ve muhtemel sorunlara cevap vermeyişi, kendisi ile birlikte birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Zorunlu arabuluculuk, kurum olarak kendisi sorunludur, arabuluculuğun özünden, amacından ve ilkelerinden uzaklaşmak demektir. Çünkü, müzakereye, iknaya, karşılıklı menfaatleri dengeleme ve karşılıklı anlayışa dayanan arabuluculukta “zorunluluk”, kelime anlamıyla ve ifade olarak zaten kurumla uyumlu değildir. Birbiriyle tartışan iki öfkeli kişiyi, bu öfkeleri henüz kontrol altına alınmamış ve kendi istekleri de yokken, gönülsüz şekilde bir araya getirip barıştırmaya benzemektedir. Böyle bir durumda, olsa olsa çoğunlukla kavgada daha güçlü olanın diğerine baskın gelmesi gerçekliği ortaya çıkacaktır. Biraz da anlaşılmazsanız başınıza şunlar gelir zorlamasıyla görünüşte bir anlaşma ortaya çıkabilir. Ancak bu anlaşmanın, arabuluculuğun temelinde aranan menfaat dengesine uygunluğu, hakkaniyetli ve kalıcı olması, ileride doğuracağı muhtemel sorunlar tartışmaya açıktır. Oysa arabuluculukta beklenen, ortaya çıkartılmaya çalışılan ve önemli olan, kalıcı ve gönül huzuruyla devam edecek anlaşmayı, barışı sağlamaktır; kişilerin içinde tereddüt barındıran, gönülsüz vardıkları anlaşma, gerçek bir anlaşma değildir. Bu ancak olsa olsa “ölümü gösterip sıtmaya razı etmektir”; keza “gönülsüz yenilen aş ya karın ağrıtır ya baş” atasözünü göz ardı etmektir. Bu sebeple zorunlu arabuluculuk gerçekte arabuluculuk da değildir.³²

Zorunlu arabuluculuğun kabulünde en önemli etken ve motivasyon, arabuluculuk kurumunun doğru temeli ve gerekçeleri değil, bürokrasi, onun yönlendirdiği siyasetin, yargının iş yükünü azaltma görüntüsünden elde edeceği sonuçtur. Keza bu arada arabuluculuk alanında oluşan bir menfaat çevresi de bu yöndeki gelişmeyi destekler hâle gelmiştir. Bizim uzun süreden beri ifade ettiğimiz üzere, bir işin bürokrasisi ve burjuvazisi oluştuğunda onunla baş etmek çok zordur. Çünkü, artık büyük bir menfaat söz konusudur; onun yıkılması istenmez, onu meşrulaştırmak, güzel göstermek için inceleme konumuzda olduğu gibi, yüzyılların yerleşik kurumlarının başka türlü anlaşılması için “fetvalar” (!) üretilir, onun doğruluğunu ispata yönelik görünür-

³² Bu konuda haklı ve yerinde bazı eleştiriler için bkz. Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBBD* 2020 (147), s. 111 vd.

de bilimsel “istatistiklere” (!) yer verilebilir. Zorunlu arabuluculukta durum şu anda tam da budur. Örneğin, konumuz bakımından menfî tespit davasının niteliği üzerine birçok kitap, makale, çalışma yapılmıştır; ancak bunun bir alacak, ödeme veya eda talebi olduğunu söyleyen kimse çıkmamıştır.³³ Zira ismi üstündedir “tespit”. Ancak, hiçbir hukukî temeli olmayan ve sonuçları düşünülmeyen birtakım gerekçeler, keza borcun olmadığına tespitinin, tersinden alacağı da tartışmaya açtığı gibi hukuken ciddiyeti olmayan kelime oyunları ile meşruluk kazandırılması buna örnektir. Yine başarı hikâyesi olarak gösterilen istatistikler de yanıltıcıdır. Çünkü, o an için anlaşmaya varılan veya varılmış gibi görünen arabuluculuk süreçleri bu istatistiklere yansıtılmakta, ancak tarafların bu konuda daha sonra dava açması ya da bu anlaşmayı yerine getirmemesi gibi hususlar bu istatistiklerde yer almamaktadır. Nitekim buna ilişkin uygulama örnekleri yavaş yavaş farklı şekilde -hem de suç oluşturacak davranışları da doğuracak nite-likte- yargı kararlarına yansımaya başlamıştır.

Yukarıda mevcut hazin ve vahim duruma dikkat çekmekle birlikte, zorunlu arabuluculukla ilgili eleştirilerimizi daha önce ayrıntılı şekilde başka çalışmalarda belirttiğimizden bu çalışmada zorunlu arabuluculukla ilgili diğer sorun ve tartışmalara girmeyeceğiz;³⁴ burada zorunlu arabuluculuğun menfî tespit davaları bakımından ortaya çıkardığı gereksiz tartışma ve bunun değerlendirmesi üzerinde duracağız.

³³ Baki Kuru/Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 73-79; Ahmet Türk, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfî Tespit Davası*, Ankara 2006, s. 70 vd.

³⁴ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 137 vd.; Muhammet Özekes/Murat Atalı, “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ömer Ekmekçi, *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine*, İstanbul 2018, s. 41 vd., özellikle 76 vd.); Muhammet Özekes, “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, *Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası*, 2019/1, s. 52-63; Muhammet Özekes, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi*, Ankara/6-7 Aralık 2018 (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111 vd.).

2. Zorunlu Arabuluculuk Kapsamına Giren Uyuşmazlıklar ve İçeriği

Üzerinde duracağımız konunun doğru anlaşılabilmesi için zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıkların tespiti doğru yapılmalıdır. Zira, nelerin zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu doğru tespit edilirse, menfi tespit davasının da bu kapsamda olup olmayacağı değerlendirilebilir. Bu sebeple aşağıda zorunlu arabuluculuğun kapsamı genel hatlarıyla ortaya konulacaktır.

2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu³⁵ (İşMK) ile belirli iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir; taraflar belirli iş uyuşmazlıkları bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, bu yoldan sonuç alamadıklarını veya başarısız olduklarını belgelendirdikten sonra dava açmak durumundadırlar; aksi halde dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir (İşMK m. 3).³⁶ Ayrıca bu kapsamda İş Kanunu ve ilgili hükümlerde de zorunlu arabuluculuk kapsamında düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kabulünün üzerinden kısa bir süre sonra, 2018 yılında bu sefer Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) yeni bir madde eklenerek (TTK m. 5/ A) ticarî uyuşmazlıklarda da dava açmadan önce dava şartı şeklinde arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile³⁷ yapılan bu değişiklikle ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş; ancak bu sefer arabuluculuk süreciyle ilgili İşMK'daki gibi özel bir düzenleme yapmak yerine, daha doğru olarak, tüm zorunlu arabuluculukları kapsayacak şekilde 6325 sayılı HUAK'a eklenen yeni bir bölüm (5. Bölüm) ve 18A maddesi ile dava şartı olan arabuluculuk için ayrıca genel bir düzenleme yapılmıştır.³⁸ Esasen buradaki düzenlemenin tamamı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile hemen hemen aynıdır. Daha önceki çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere, Kanun yapma tekniği bakımından temel hata, önce konuyla ilgili genel kanun olan HUAK'da düzenleme yapıp daha sonra özel kanunlarda sadece o konuyla ilgili

³⁵ RG, T. 25.10.2017, S. 30221.

³⁶ İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 199 vd.

³⁷ RG, T. 19.12.2018, S. 30630.

³⁸ Ticarî uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hakkında bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125 vd., özellikle 287 vd.

kısmını düzenlemek yerine, önce özel bir kanunda ayrıntılı düzenleme yapılmış, daha sonra genel düzenlemeye gidilmiş olmasıdır. Bu, uygulamada zaman zaman karışıklığa yol açabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu iş hukuku ve ticaret hukukunda uyuşmazlıkların tamamında zorunlu arabuluculuk söz konusu değildir. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında "*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 belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise, aslında alacak ve tazminat niteliğinde olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun dışına çıkartılmıştır. Bu fıkra göre ise, "*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*". Yani önce nelerin dahil olduğu belirtilmiş, sonra da bunun istisnalarına değinilmiştir.

Ticarî uyuşmazlıklarda ise Türk Ticaret Kanunu'na yeni eklenen 5A maddesinde bu konuda düzenleme yapılmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "*Bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan konusu **bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri** hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*".

Zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu iş ve ticaret hukuku alanlarına bakıldığında her ikisinde de ortak bazı hususların ve benzer bir temel bakış açısının bulunduğu görülmektedir. Bu hususun belirlenmesi konumuz, yani menfî tespit davalarının durumu bakımından çok önemlidir. Çünkü, zorunlu arabuluculuğa tâbi olacak uyuşmazlığın kapsamının ve içeriğinin belirlenmesi, o konuda eda ya da tespit taleplerinin akıbetini belirlemek bakımından yol göstericidir. Bu çerçevede yukarıda belirtilen konuyla doğrudan ilgili iki hüküm de dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda ortak temel noktanın "***alacak ve tazminat talepleri***" olduğu görülmektedir. İş uyuşmazlıklarında buna ek olarak bir de işe iade talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmış, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan alacak ve tazminatlar ise dışarda tutulmuştur. Ticaret hukukunda, iş hukukundan daha net ve açık bir ifade kullanılarak alacak ve tazminatın "***bir paranın ödenmesine yönelik***" olacağı belirtilmiştir.

C. Menfi Tespit Davalarının Zorunlu Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Yönündeki Tartışmanın Gereksizliği

1. Alacak ve Para Alacağından Ne Anlaşılacağı ve Menfî Tespit Talepleri

Yukarıda açıklanan iki farklı alandaki konuyla ilgili her iki hüküm de dikkate alındığında, uyuşmazlıkların kapsamı bakımından ortak hususun, her iki alanın kendine ilişkin özellikleri dikkate alınarak “bir paraya ilişkin” “*alacak ve tazminat talepleri*” olduğu görülmektedir. Bunun dışında iş uyuşmazlıklarında ayrıca “*işe iade*” talepleri söz konusudur.

Bu durumda alacak ve tazminat talebinden ne anlaşılması gerektiği kısaca belirtilmelidir. Alacak ve tazminat talebi maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından ister istemez farklı bir görünüme sahiptir. Alacak ve tazminat talepleri maddî hukuk bakımından genel olarak bir edimin yerimin getirilmesini amaçlayan taleplerdir. Her iki hükümde de alaktan bahsedilmiş, bunun yanında tazminat da vurgulanmış olmakla birlikte, aslında alacağı belirttikten sonra ayrıca tazminatı belirtmeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü, tazminat da alacağın kapsamında olan bir hak ve o talebin kapsadığı olan bir yetkidir. Fakat daha somut olarak belirtilmesinin de bir sakıncası yoktur. Özellikle iş hukukunda ve ticaret hukukunda tazminat adı altında bazı hükümlerin bulunması, ortaya çıkacak tereddütleri gidermek bakımından yanlış sayılmaz. Bu talepler, usûl hukuku bakımından ise eda (ifa) amaçlı talepler olup esasen eda davasının konusunu oluştururlar. Çünkü, alacak ve tazminat genel anlamda bir hukukî ilişkide karşı tarafı bir edime zorlamayı da içinde barındırır.³⁹

Her ne kadar ticarî uyuşmazlıklarda daha somut “paranın ödenmesi” şeklinde bir ifade kullanılmışsa da “ödeme” ve “paranın ödenmesi” de aynı sonuca götürecektir, farklı bir anlam çıkarmak doğru değildir.⁴⁰ Ayrıca iş uyuşmazlıklarında da ticarî uyuşmazlıklardaki gibi

³⁹ Alacak ve talep kavramlarıyla bunların kapsadığı yetkiler hakkında bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016, s. 77 vd.; Mustafa A. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016, s. 28 vd.; Sulhi Selahattin Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 13.

⁴⁰ Para borcu hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 771 vd.; Eren, s. 993 vd.; Kılıçoğlu, s. 628.

açıkça para alacağından ve para alacağının ödenmesinden söz edilmese de gerek madde gerekçesine bakıldığında⁴¹ gerekse yapılan açıklamalar ve örneklerin tümünün para alacağı olduğu anlaşılmaktadır.⁴²

Alacak hakkı borç ilişkisinden (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme) doğan aslî haktır.⁴³ Alacak hakkının sahibi olarak alacaklı, borcun konusunu teşkil eden edimin yerine getirilmesini alacak talebi olarak borçluya yöneltmektedir. Borçlu da edimin konusuna uygun şekilde ifade bulunur. Edimin niteliği ve konusu da ifa şeklini belirlemektedir. TTK m. 5/A’da yer alan “ödeme” terimi ise, para borcunun ifa edilmesi anlamına gelmektedir. TBK m. 99/1’de “Konusu para olan borç Ülke parasıyla *ödenir*” denilerek bu durum açıkça vurgulanmıştır. Sadece ödeme terimi kullanıldığı zaman buna dair borcun konusunun bir miktar para olduğu sonucuna ulaşılır.⁴⁴ Para borcu, konusunu millî para dışında yabancı bir ülkenin parasını konu almasına göre geniş ve dar anlamda kullanılmaktadır.⁴⁵ Geniş anlamda para borcu gerek millî gerekse de yabancı ülke parasını ifade etmektedir ki, TTK m. 5/A’da yer alan “*para*” teriminin de bu geniş anlamıyla kullanıldığı açıktır. Zira, kanun koyucu bu hususta herhangi bir sınırlamaya gitmemiştir.

Ticarî uyusmazlıklar açısından bir miktar “paranın ödenmesi” ancak eda taleplerinin konusunu oluşturabilir. Zira mahkemeye yöneltilen ve yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına dayanmayan bu talep davalının *edimde* (belirli veya en azından yargılama sırasında belirlenecek bir miktar paranın ödenmesi) bulunmasına mahkûm edil-

⁴¹ 7036 sayılı İşMK m. 3’ün gerekçesinde, “Bu kapsamda işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır” denilmektedir. Burada sayılanlar ve ifade edilenler parayla ilgili taleplerdir.

⁴² Zorunlu arabuluculuğa dahil olan uyusmazlıkların genel çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 129 vd.

⁴³ Eren, s. 28, 48; Kılıçoğlu, s. 22.

⁴⁴ Ayrıca ödeme terimi sadece sözleşmeden doğan para borçlarını değil, aynı zamanda diğer borç ilişkilerinden kaynaklanan para alacaklarının da ifasını kapsamaktadır. Örneğin, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir miktar paraya dair iade borcu da para borcu olup, ödeme yoluyla ifa edilir.

⁴⁵ Eren, s. 994.

mesine dayanır. Mahkemenin bir miktar paranın ödenmesi hakkında vereceği hüküm de “eda hükmü” olacaktır. Bu itibarla, TTK m. 5/A’da yer alan “ödeme” kavramı açılacak davanın sadece bir eda davası olması anlamına gelmektedir. Şunu da belirtelim ki, bazı yenilik doğuran taleplere bağlı olarak belirli bir ödemenin yapılması da davada talep edilebilir. Örneğin, ortaklıktan çıkmayla birlikte belirsiz alacak hakkı niteliğindeki çıkma payı da dava konusu yapılabilir. Sadece çıkma payı bakımından davada para alacağının yargılama konusu yapılması kanımızca davayı zorunlu arabuluculuk kapsamına sokmaz. Çünkü aslî talep olan ortaklıktan çıkma yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına dayanır ve bu hususta mahkemenin yenilik doğuran hükmüyle birlikte çıkma gerçekleşecek, alacak hakkı doğacaktır. Yenilik doğuran nitelikteki aslî talebin zorunlu arabuluculuk dışında olması sebebiyle bu talebin kabul edilmesine bağlı alacak hakkı da aynı şekilde değerlendirilecektir. Yenilik doğuran çıkma talebiyle alacak talebi niteliğindeki çıkma payı arasındaki bağlılığın zorunlu arabuluculuk kurallarının uygulanması suretiyle koparılmaması gerekir.

İş uyuşmazlıkları açısından da “alacak ve tazminat talepleri” de davanın türü bakımından farklı bir sonucu ortaya çıkarmamaktadır. Zira, alacak hakkı sahibine borçlunun yükümlendiği edimin yerine getirilmesini talep hakkı verir. Dolayısıyla alacak taleplerini konu alan davalarda şüphesiz birer eda davasıdır. Bir alacak hakkı türü olan tazminat davasının da eda davası olduğu konusunda tereddüt yoktur.

Bu çerçevede tam bir netlik kazandırmak amacıyla tespit ve özellikle menfî tespit davalarının neyi ifade ettiğini de belirtmekte fayda bulunur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenen, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara, tespit davası denir.⁴⁶ Tespit davaları bir hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı ya da bir senedin sahte olup olmadığının tespitine yarar. Bir hukukî ilişkinin varlığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunuyorsa bu uyuşmazlık tespit davası yoluyla giderilir.⁴⁷ Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden

⁴⁶ Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usul- Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2, İstanbul 2017, s. 972.

⁴⁷ Kuru/Budak, s. 69; Pekcanitez, s. 972.

kaçınmaya mahkûm edilmez, sadece taraflar arasındaki hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriği tespit edilir.⁴⁸ Bu anlamıyla tespit davaları, eda ve inşâî davalardan farklı olarak maddî hukuka ait bir talep hakkının dava yoluyla ileri sürülmesi anlamına gelmez.⁴⁹ Örneğin, bir malın mülkiyetinin kime ait olduğu veya taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı tespit davasının konusunu oluşturur. Bu nedenle tespit davasında verilen hükmün etkisi eda davasında verilen hükme nazaran oldukça sınırlıdır.⁵⁰ Ancak tespit davasının açılabilmesi haller eda davasına nazaran daha geniştir. Nitekim tüm eda davasına konu hususlarda hukukî yarar varsa tespit davası açılabilmesi gibi, bir inşâî hakkın da tespiti istenebilir.

“... Bilindiği üzere mahkemeden istedikleri hukukî korunmaya göre davalar eda davaları, tespit davaları ve inşâî davalar olarak ayrılmaktadır.

Eda davalarında, bir şeyin yapılması, bir şeyin verilmesi veya bir şey yapılmaması istenmekte iken; inşâî (yenilik doğuran) davalar ile de var olan bir hukukî durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hukukî durumun yaratılması istenir. İnşâî (yenilik doğurucu) davanın kabulüyle yeni bir hukukî durum yaratılır ve hukuksal sonuç genellikle bir yargı kararı ile doğar.

Tespit davaları ise, bir hakkın veya bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının yahut bir belgenin sahte olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Tespit davası, genel olarak 6100 Sayılı HMK’nın 106. maddesinde düzenlenmiş olup, bunun dışında tespit davalarını düzenleyen bazı özel kanun hükümleri de bulunmaktadır (Örneğin TMK m. 26, TTK m. 56/1-a).

Tespit davası yolu ile mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilebilir, dolayısıyla konusunu yalnız hak veya hukukî ilişkiler oluşturur. Bir hukukî ilişki için önemli olsalar bile maddi vakıalar (olaylar ve olgular) yalnız başına tespit davasının konusunu oluşturmazlar (HMK m. 106/3). ...

⁴⁸ Pekcanitez, s. 973

⁴⁹ Kuru/Budak, s. 69.

⁵⁰ Kuru/Budak, 69-70; Pekcanitez, s. 973.

Tespit davalarında davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hak veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesi olup, hak veya hukukî ilişkinin varlığı yahut yokluğu tespit davası açılabilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Bundan başka, tespit davasının dinlenebilmesi (esasına girilebilmesi için), konusunu oluşturan hak veya hukukî ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının korunmaya değer güncel bir hukukî yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2).

Bir hukukî ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukukî yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukukî durumu güncel (HMK m. 106/2) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle davacının hukukî durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır.

Tespit davasında, eda davasından ve inşa “davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın, ancak tespit davası ile giderilebileceğini kanıtlamalıdır. Çünkü tespit davası, hukukî bir durum ya da hak henüz inkâr ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabilirdiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır (Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 287)”.⁵¹

Tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bazı kanunlarda da tespit davasıyla ilgili hükümler yer almaktadır (örneğin, İİK m. 72). Menfi tespit davası ile davacı, davalı tarafından iddia edilen bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığını tespit edilmesi ister.⁵²

“... Menfi tespit davası 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 72. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵¹ HGK 22.10.2019, 2017-8-1854/1096 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

⁵² Kuru/Budak, s. 73.

Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığının (yok olduğunun) tespiti için açılan davaya menfî tespit davası denir.

Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında (takipten sonra) borçlu bulunmadığını ispat için, menfî tespit davası açabilir (İİK m. 72/I).

Borçlunun icra takibinden sonra menfî tespit davası açabilmesi için de, borçlu olmadığının hemen tespit edilmesinde korunmaya değer güncel bir hukukî yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2) (Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Eylül 2017, s. 136,141).⁵³

2. Menfî Tespit Talebini Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Etme Yönündeki Çabanın Hukuku, Akli ve Ahlâkı Zorlayan Sonucu

Yukarıdaki açıklamalar ve hukukî gerekçeler karşısında menfî tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığını tartışmak dahi gereksiz bir tartışmadır. Ancak bazen bu tür gereksiz tartışmalar yapılması, ortaya çıkan yanlışlık karşısında zorunluluk arz etmekte, gereksiz bir tartışmanın içinde gerekli ve zorunlu açıklama yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Bu tür vahim yanlışlara, bu kadar da yanlış da olmaz ki, buna cevap bile verilemez anlayışıyla sessiz kalandığında, yeterli bilgisi olmayanların bir süre sonra tekrarlanan bu yanlış kanıksayarak doğru zannetmesi gibi bir tehlike ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple aslında, bir iki cümleyle yanlışlığı açıklanabilecek, anlaşılabilir bir konuda böyle bir makale yazmak zorunluluğu doğmuştur. Çünkü, bu yanlış vahim, yüzyılların birikimi olan kavram ve kurumları tahrip eden bir yanıştır. Böyle bir kötülüğü, istatistikler mutlu olsun, görünürde yargının iş yükü azalsın diye kısa süreli geçici bir menfaat için hukuka ve hukukçulara, Ülkemize yapmaya kimsenin hakkı yoktur. Şayet menfî tespit davalarında da zorunlu arabuluculuğun geçerli olması isteniyorsa -tavsiye etmemek ve doğru bulmamakla birlikte-, bir kanunî düzenleme yapılarak açık hüküm konulabilir. Zira, bu konuda aslında kanuna yazılmayacak birçok şey yazılmış, kanun tekniği konusunda zaten yeterince zorlanmıştır. O zaman en

⁵³ HGK, 18.12.2018, 19-2739/1956 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

azından, menfî tespit davasını kelime oyunları ile ve hukuku zorlayan gerekçelerle tahrip etmemiş; sadece yanlış da olsa kanun koyucunun bir tercihi olarak görmüş oluruz.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, alacak, tazminat, bir paranın ödenmesi, hukuken tespiti aşan bir anlam ifade etmekte, edayı, yani bir şey vermeyi ve yerine getirmeyi gerekli kılmaktadır. Tespit ise, eda şeklinde olmayan, doğrudan bir şey vermeye, ödemeye yönelik olmayan hukukî ilişkinin tespitine yönelik anlam taşımaktadır. Bir şeyin varlığı söz konusu ise müspet, yokluğu söz konusu ise menfî tespit talebi/ uyuşmazlığı/ davası karşımıza çıkmaktadır. Ancak o şeyin yerine getirilmesi zorlanması söz konusu ise karşımıza alacak, talep, eda, ifa, ödeme çıkmaktadır. Yani, sadece ilişkinin tespiti yeterli olmamakta zorlayıcı bir bölüm daha ona eklenmektedir.

Gerek iş uyuşmazlıklarında gerekse ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun konusu, (ticarî uyuşmazlıklarda açıkça belirtilerek iş uyuşmazlıklarında ise gerekçesinden anlaşılacağı üzere) temelde bir “*paranın ödenmesi*” olan “*bir alacak ve tazminat*” talebi söz konusudur. Ortada alacak, tazminat ve ödeme şeklinde ifa, eda şeklinde bir talep söz konusudur. Daha açık ifade ile bir taraf diğer tarafa, bana “paramı öde”, “borcunu ver”, “hakkım olan parayı ifa et” şeklinde bir taleple gitmektedir. Sadece tespit bu kapsamda bir talebin konusu olmamaktadır. Kaldı ki, benim borcum yok diye bir talep de aslında edada olduğu gibi karşı tarafa tam olarak yöneltilebilecek ve istenecek bir şey değildir. Taraflar bir hak veya alacak varsa, o zaman bunun ne olduğu ve ne kadar olduğu, nasıl yerine getirileceği konusunda müzakere edebilirler, asgarî bir müzakere zemini oluşur. Ancak bir tarafın borcum yok dediği bir konuda, “sen bilmiyorsun, gel ben seni ikna edeceğim aslında borcum var, ama sen farkında değilsin” demek, hukuk bir yana işin mantığına da aykırıdır. Karşı tarafın zekâsını bu şekilde hafife alarak başlayacak bir arabuluculuk müzakeresinin, arabuluculuğun hangi yönüyle bağdaşır olduğu sorusu tüm çıplaklığıyla karşımızda durmaktadır. Hukuk ise aklın ve mantığın dışında bir alan değildir. Bu durumda, uzlaşılacak, müzakere edilecek bir şey ve müzakerenin zemini yoktur. Kaldı ki, bu tür durumların çoğunda yemin dahi teklif edilemez (HMK m. 226/1-c), tanıklıktan çekinmek mümkündür (HMK m. 250/1-b), isticvap yapılamaz (HMK m. 175), belge ibrazından kaçınılabilir (HMK m. 221/3). Ayrıca tehdit, sahtelik gibi

durumlar birer suç oluşturmaları bakımından zaten tarafların üzerinde tasarruf edebileceği, sulh olabileceği, arabuluculuk konusu olabilecek işler de değildir (HMK m. 313/2; HUAK m. 1/2). Bu tür taleplerde menfî tespitin zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı, ama diğerlerinde olduğu yönünde ikili bir ayrım da yapılamaz. Bir dava ya zorunlu arabuluculuğa dahildir veya değildir.

Menfî tespit davasının konusu bir alacak talebi değildir, borcun bulunmadığını tespittir. Davacı borcunun olmadığını tespitini talep ediyorsa da bu talebin tersinden davalının alacağını olduğu, bu sebeple de kanunun aradığı “alacak” ve “paranın ödenmesi” gibi hususların gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilemez. Bu yorum, yorum kurallarıyla da bağdaşmayan zorlama ve yüzyılların hukuk bilgisinden mahrum ve cahilce bir yorum olur, ayrıca hem usûl hukukunun ilkerlerini hem de bu konudaki anlayışı reddetmektir. Esasen menfî tespit ile alacak talebinin aynı olmadığı, yukarıda eleştirdiğimiz içtihatlarda bile kesin bir dille kabul edilmektedir.⁵⁴ En basit haliyle ve tasarruf ilkesinin gereği olarak, dava davacının talebine göre şekillenir. Bu kural bugün icat edilmiş bir şey de değildir. Roma hukukundan beri gelen “*ne procedat iudex ex officio*” (davacı yoksa hâkim de yoktur) bir yerleşik hukuk ilkesidir. Aksine yapılan yorum ancak hukuk ve usûl bilmemekle mümkündür. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu bunu belirten ilkeleri açıkça da düzenlemiştir. Zira HMK m. 24’e göre “(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz”; keza yine m. 25’e göre “(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek daoranışlarda dahi bulunamaz”. Davacının yerine geçerek adeta onun adına yeni bir talep üretip menfî tespitten alacak ve ödeme ihdas etmek, bu kuralları da yok saymaktır. Davacı, “benim talebim menfî tespit” demesine rağmen, hâkimin, “tamam ama ben onun arkasında alacaklının da alacak talebini görüyorum” demesi, davalıyı davacıya dönüştürmesi, asıl davacının söylemediği şeyi farz

⁵⁴ Örnek olarak bkz. yuk. dn. 9: “Elbette ki ‘menfî tespit’ talebi ile ‘alacak’ talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır”. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688 (UYAP).

etmesi, bunun yanında davalıyı davacıya tercih etmesi anlamına da gelir. Bunun ne usûl kurallarıyla ne hâkimlikle izahı yoktur. İzah yapılsa da bu hukukçunun izahı değil, hukuk bilmeyen bir kişinin izahı olabilir. Bu temel usûl ilkeleri bilinmeden ve yok farzedilerek yorum yapılması ancak bilgiye ve hukuka değil, keyfî bir yorum olacaktır.

Tüm bu aklî ve mantikî durumla, menfî tespit davasının doğasının bu işe uygun olmaması karşısında, menfî tespit davalarının konuları da buna uygun değildir. Örneğin, bir menfî tespit davasında davacı, aramızda hiçbir hukukî ilişki kurulmadı ya da hukukî ilişki baştan geçersizdi o sebeple borcum yok diyebilir; keza borcum vardı ama ifa ettim o sebeple borcum yok da diyebilir. Hatta konumuz bakımından daha çarpıcı olacak şekilde, menfî tespit davasında borçlu olduğu iddia edilen davacı, alacaklı olduğunu iddia eden davalının elindeki belgenin sahte olduğunu ya da irade fesadına uğratılarak, hata, hile, ikrahla bu belgeyi aldığını ileri sürebilir. Böyle bir durumda, seni tehdit edenle, hile yapanla, aleyhine sahte belge düzenleyenle otur bir anlaşı bakalım, en azından dene mi demek gerekir? Belki karşılaşmak dahi istemediği, karşılaştığında korku ve endişe taşıyacak birine, sen seni tehdit edene mahkûm ve mecbursun, yoksa menfî tespit davası açıp hakkını dahi arayamazsın demenin hukuk ve akıl bir yana, ahlâkla ve insanlıkla bağdaşır bir tarafı da yoktur. Hukuk, bazı menfaatler ve inatlar için ahlâktan bu kadar uzaklaşmamalı, ahlâkın sınırları bu kadar zorlanmamalıdır. Salt istatistiklerde uyuşmazlıkları ve yargının iş yükünü azalttık inadı ve ısrarı, salt arabuluculuğa daha çok iş çıksın lobici bakış açısı ile hukuk ve ahlâk sınırları bu kadar zorlanmamalıdır.

Menfî tespit davasındaki bu gereksiz tartışmaya benzer tartışmalar başka bazı dava türlerinde, örneğin itirazın iptali davasında da yapılmaktadır. Ancak, konumuz dışında kaldığından onların üzerinde durmuyoruz. Bununla birlikte o konularda da burada yaptığımız eleştirilerin önemli ölçüde geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Aslında hukukta tartışılacak ve tartışmayı hak eden çok konu vardır, ancak birçok şey de çok açıktır, bunları tartışmak hem hukukî değildir hem de boşuna enerji harcamak ve hukukun kavramlarıyla

oynamak demektir. Hukuk, sınırları zorladığında meşruluğunu da ahlâkî alt yapısını da savunulabilirliğini de sorgulatır. Bu sebeple, bu kadar açıklamayı yapmak ve hukuk literatüründe yer alacak bu gereksizlik üzerine tartışma yapıp makale yazmak zorunda kalmak ayrıca üzüntü vericidir.

Menfî tespit davalarının, kelime oyunları ve hukukî niteliğinden uzaklaştırılarak -deyim yerindeyse zorla- zorunlu arabuluculuk kapsamına sokulması gayretkeşliği karşısında, menfî tespit davalarının alacak talebi olmadığı ve zorunlu arabuluculuk kapsamına girmeyeceği konusunda böyle bir makale yazmak konusundaki hissiyatımızı Fuller'in "*Hukukun pratik etkililiği için hukukî ahlâka asgarî bir itibar gösterilmesi gerektiği önermesi oldukça bariz olmasına rağmen açıklamak için bu kadar çok zaman harcamış olduğum için aslında özür dilemem gerekiyor*"⁵⁵ sözüyle ifade etmekten başka çare bulamıyoruz. Bu, hukuk adına gerçekten çok acı ve üzüntü verici bir durumdur.

Sonuç: Hukuken Gereksiz Bir Tartışma İçin Yazılmaması Gereken Sonuç

Kendi ilkeleri ve olması gereken çerçevede doğru uygulandığında uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayacak olan, aslı ve temel ilkesi gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk, olmadık bir zorlamayla yavaş yavaş zorunlu arabuluculuğa doğru deyim yerindeyse itilmektedir. Burada doğru bir hukuk anlayışından ve arabuluculuğun özünden çok, kısa vadeli, günlük ihtiyaçlara acele ve pragmatik çözüm üretme anlayışı öne geçmektedir. Bunun birçok sakıncası farklı çalışmalarda ele alınmıştır; biz de bunu farklı çalışmalarımızda ortaya koymaya çalıştık.

Zorunlu arabuluculuğu, hukukun da sınırlarını zorlayarak kabul ettirme çabası, mevcut hukukî kavram ve kurumları da zedelemeye doğru gitmektedir. Bunun bir yansıması da kendini bazı dava türlerinde göstermeye başlamış, o dava türlerinin niteliğiyle bağdaşmayacak bir uygulama, adeta zorla kabul ettirilmeye, meşrulaştırılmaya

⁵⁵ Lon L. Fuller (Çev. Engin Arıkan), *Hukukun Ahlâkı*, İstanbul 2016, s. 188.

çalışılmaktadır. Bunlardan biri de menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu, bu sebeple dava şartı olarak önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu bulunduğu görüşü ve uygulamasıdır. Oysa bu değerlendirme kanunî düzenlemelere aykırı olduğu gibi, menfi tespit davasıyla, o davadaki vakıa ve taleplerle de bağdaşabilir değildir.

Öncelikle zorunlu arabuluculuğun uygulandığı iş ve ticaret hukukunda bir paranın ödenmesine, yani tahsiline yönelik alacak ve tazminat taleplerinin bu kapsamda olduğu belirtilmiştir. Tespit davasının talep veya hüküm kısmında ise böyle bir eda, tahsil, alacak değil, hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu istenir ya da hüküm altına alınır. Yani, kanunî düzenlemeden bu anlamı çıkarmak zorlama bir sonuçtur. Ayrıca, menfi tespit davasının tersinden, aslında karşı taraf bakımından bir alacak talebinin olduğu da doğru değildir. Dava, davalıya göre değil, davacının talebine göre şekillenir: “*ne procedat iudex ex officio*”. Bu Roma hukukundan beri gelen temel bir ilkedir. Davacının yerine geçerek, talebi tersinden yorumlayarak menfi tespit talebini alacak talebine dönüştürmek, yargılama ilke ve kurallarına aykırı olduğu gibi, gerçekten hukuktan uzaklaşmak demektir. Ayrıca menfi tespit talebinin temelinde sahtelik, hata, hile, ikrah gibi suç olması söz konusu olan durumlar dahi bulunabilir. Böyle bir durumda davacıya, önce senin hakkında sahte belge düzenleyen veya seni aldatanla ya da istemediğin bir borcu sana kabul ettirenle otur anlaşmaya çalış demek-ten ve bunu tartışmaya açmaktan daha anlamsız bir şey olamaz. Bu hukuk ve akıl bir yana, insan doğasını bilmemek, ahlâka aykırı, hatta suç oluşturan bir durumu meşrulaştırmak demektir.

Aslında menfi tespit davasının bir eda talebi içermediği, zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayacağını ifade etmeye birkaç cümle yetebilecekken, bu şekilde bir makale yazmak zorunda kalmak gerçekten hukuk adına da üzüntü vericidir. Bu makaleyi yazmamızın sebebi, bu gereksiz iştigalin parçası olmaktan çok, bu kadar vahim, hukuku, aklı ve ahlâkı zorlayan anlayışın doğru sanılarak kanıksanmasının önüne geçmektir. Buna itirazımız olduğu için bu makale kaleme alınmıştır. Hukuk, insan için vardır; insan doğasının, aklın ve ahlâkın dışında hukuk var olamaz.

Kaynakça

Kitaplar

- Aktepe Artık Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Çiftçi Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.
- Fuller Lon L. (Çev. Engin Arıkan), Hukukun Ahlakı, İstanbul 2016.
- Kekeç Kısmet Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu A. Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016.
- Koçyiğit İlker/Bulur Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).
- Köküarı İsmail, Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi, Ankara 2015.
- Kurt Konca Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Özekes Muhammet, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2004.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. 3, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Tekinay Sulhi Selahattin/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Türk Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.

Makaleler

- Gözler Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu, <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).
- Özekes Muhammet/Atalı Murat, “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ekmekçi Ömer, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul 2018, s. 41 vd.

- Özekes Muhammet, “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, *Kayseri Barosu Dergisi-Duruşma Arası*, 2019/1, s. 52 vd.
- Özekes Muhammet, “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme”, VII. Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, (İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008), TBB Yayını, Ankara 2009.
- Özekes Muhammet, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018 (Toplantı Kitabı: Edt. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 111 vd.).
- Tanrıver Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB D* 2020 (147), s. 111 vd.
- Yetim Servet, “Yargı Kararlarına Erişim Hakkı”, *Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi*, <http://www.uyusmazlik.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017servetyetim.pdf> (Erişim tarihi: 01.01.2020).