

İCRA VE İFLÂS HUKUKU AÇISINDAN TİCARÎ DAVALARDA ARABULUCUYA BAŞVURU ZORUNLULUĞU (TTK m. 5/A) THE REQUIREMENT TO APPEAL TO A MEDIATOR IN COMMERCIAL CASES IN THE CONTEXT OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

İbrahim ERMENEK*
Betül AZAKLI ARSLAN**

Özet: Ticarî davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Arabulucuya başvuru zorunluluğunun dava konusu üzerinden tanımlanmış olması nedeni ile teori ve uygulamada hangi davaların bu zorunluluk kapsamında olduğu yoğun tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar özellikle icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen davalar üzerinde yoğunlaşmıştır. Tartışmaların daha ziyade icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar üzerinde yoğunlaşmasının nedeni, bu davaların icra takipleri ile olan sıkı ilişkisi nedeniyle, talep sonucuna göre medeni yargı alanındaki gibi kolaylıkla tespit davası, eda davası ve inşai dava şeklinde nitelendirilememesidir. Diğer taraftan bu davaların amacı ve korumaya çalıştığı menfaat dengesi de medeni yargı alanında açılabilen diğer davalardan farklıdır. Eldeki çalışmada, önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun genel çerçevesi çizilmiş, sonra arabulucuya başvuru zorunluluğunun icra ve iflâs hukuku alanındaki genel etkisi üzerinde durulmuş, daha sonra ise icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen bazı spesifik davalar arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından teker teker ele alınıp incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu, Dava Şartı Arabuluculuk, İcra Hukukunda Arabuluculuk, İflâs Hukukunda Arabuluculuk, Konkordatoda Arabuluculuk

Abstract: The requirement to appeal to a mediator in commercial cases is subject to the article 5/a of the Turkish Code of Commerce. According to the said provision, application to a mediator before

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, ermenek33@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2823-7646, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.04.2020, Kabul Tarihi: 20.04.2020

** Öğr. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, betul.azakli@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0949-9525

filing a court case is a cause of action in claims for compensation or payment of an amount of money. As the requirement to appeal to mediation is defined by basing on being a cause of action the scope of this requirement caused debates both in theory and legal practise. These debates are mostly concentrated on cases in the field of enforcement and bankruptcy law. The reason for this concentration is that the cases in this field cannot be categorized as declaratory actions, performance cases or constructive cases as easily as in the field of civil litigation. On the other hand, the purpose and the balance of interests protected by these cases are different. Within this framework, the present study firstly sets the general framework of the requirement to appeal to a mediator then discusses general effects of this requirement in the field of enforcement and bankruptcy law and lastly reviews certain specific case types in the field of enforcement and bankruptcy law with regard to their relationship with the requirement to appeal to a mediator.

Keywords: Requirement to Appeal to A Mediator, Mediation as a Cause of Action, Mediation in Enforcement and Bankruptcy Law, Mediation in Composition with Creditors

GİRİŞ

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin yardımı ile bir araya gelen tarafların, kural olarak sürdürülmesi kendi iradelerine tabi olan bir süreç içerisinde uyuşmazlık konusunu bizzat müzakere ederek, çözümü kendi iradeleri ve menfaatleri çerçevesinde şekillendirdikleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹ Uyuşmazlıkla-

¹ Benzer tanımlar için bkz.: Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 28; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 88; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Ankara 2006, S. 64, (s. 151-177), s. 165, (Tanrıver-Arabuluculuk); E. Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 25; M. Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 592, (Özbek-Alternatif); Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 20019, s. 17; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2813, (Özkes-Pekcanitez Usul); İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 1056; Christopher W. Moore, *Arabuluculuk Süreci* (4. Baskı), Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Mustafa Tercan (Çev.), Ankara 2016, s. 20; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 768, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul); Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, On

rın arabuluculuk yöntemi ile çözülmesinde hem başvuru hem de sürecin yürütülmesi kural olarak ihtiyari olmakla birlikte; hukukumuzda istisnaî olarak, çözümü adli yargının görev alanına giren bazı davaların görülebilmesi için öncelikle arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmaktadır (İMK md. 3; TTK m. 5/A). Bu yol tüketilmeden dava açılması halinde açılan dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmektedir (HUAK m. 18/A/II; İMK m. 3/II).

İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı doğrudan başvurucunun talep sonucu dikkate alınarak belirlenmişken, Türk Ticaret Kanunu'nda dava konusu dikkate alınarak belirlenmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde açıkça talep sonucuna işaret edildiğinden, uygulamada hangi iş uyuşmazlıklarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespitinde fazla bir tereddüt yaşanmadığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda İş Mahkemeleri Kanunu bakımından bir değerlendirme yapılmayacak olup, bu hükümlere sadece yeri geldiğinde karşılaştırma yapmak üzere başvurulacaktır. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının tespitinde kriter olarak dava konusunun esas alınmış olması nedeniyle, teori ve uygulamada hangi uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespiti bakımından ciddi sorunlar ve tereddütler ortaya çıkmıştır.

Ticarî davalar bakımından hangi uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığının tespiti noktasında ortaya çıkan tartışmalar esasen Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın yorumuna ilişkin yaklaşımların farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede tartışmalar, ilk olarak söz konusu düzenlemede işaret edilen dava konusu kavramının içeriğinin ne şekilde doldurulacağı; ikinci olarak da söz konusu hükmün yorumunda düzenlemenin lafzına bağlı kalınıp kalınmayacağı noktasından yürütülmektedir. Son

İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 616; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 443-444; Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 8-9; İlker Koçyiğit/Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 14.

dönemde bu tartışmaların daha ziyade menfi tespit davaları özelinde yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Ancak bu tartışmalar sadece menfi tespit davaları bakımından değil, aşağıda işaret edeceğimiz gerekçelerle neredeyse icra ve İflâs hukuku alanında açılabilen davaların tamamı bakımından önemlidir. Bu nedenle, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin icra ve iflâs hukuku alanındaki genel ve spesifik sorunlara geçmeden önce, işaret ettiğimiz tartışmalar değerlendirilecek ve bu tartışmaların icra ve iflâs hukukuna yansımaları üzerinde durulacaktır.

İşaret ettiğimiz sorunlar ve tartışmalar dikkate alındığında, icra (ya da iflâs) takibine konu edilmiş (ya da edilecek) bir uyuşmazlıkla bağlantılı olarak açılan her bir davanın arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinin önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Ancak her bir davanın bu şekilde ele alınıp incelenmesi başlı başına bir monografik çalışmaya konu teşkil edebilecek niteliktedir. Bu nedenle biz bu çalışmada, icra ve iflâs hukuku alanında açılan her bir davayı spesifik olarak ele alıp incelemek yerine, daha ziyade üzerinde tartışmaların yoğunlaştığı veya ilerleyen dönemlerde yoğunlaşacağını düşündüğümüz davaları ele alıp inceleyeceğiz.

Uygulamada icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar arabulucuya başvuru zorunluluğu açısından değerlendirilirken, özellikle bu davalar ile icra takipleri arasındaki sıkı ilişkinin göz ardı edildiği, bu davaların amacı ve koruduğu menfaat dengesinin dikkate alınmadığı; uygulamanın dava konusundan ziyade uyuşmazlık konusu üzerinden şekillendiği gözlemlenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda icra ve iflâs hukuku alanında açılan davaları kendi görüşümüz çerçevesinde izah etmenin yanı sıra, özellikle arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesinin icra ve iflâs hukuku alanında açılan davalar bakımından ortaya çıkaracağı sorunlara işaret edilecektir.

A- Konu Kapsamının Sınırlandırılması

Türk Ticaret Kanunu'nda arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı dava konusuna göre belirlediğinden (TTK m. 5/A) dava niteliği taşımayan, çekişmesiz yargı işleri, icra takipleri, doğrudan doğruya iflâs halleri, ihtiyati tedbirler, ihtiyati hacizler bu zorunluluğa tabi

değildir. Bu kapsamda önemli olan, bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağına ilişkin ticarî davaya vücut verir bir uyuşmazlığın bulunmasıdır. Bu uyuşmazlığın hangi hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğinin bir önemi yoktur.² İşaret ettiğimiz nitelikleri taşımak kaydıyla açılması düşünülen dava asliye ticaret mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi, tüketici mahkemesi³ veya fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinden birisinin görev alanına girebilir.

Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olan talepler ilâmlı icra takibine konu olabile-

² “TTK 4. maddesi kapsamında, ticari dava sayılan bu davaların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 1.maddesinde açıklanan gerekçeyle zayıf tarafı koruma amacıyla ihtisas mahkemesi niteliğindeki tüketici mahkemesinde görülmesi davanın ticari olma niteliğini değiştirmez. Çünkü TTK 4/1-g maddesi ile davanın ticari olması tarafların sıfatına değil, davanın dayanağı yasal düzenlemenin niteliğine yani bankacılık işlemlerine göre belirlenmiştir. Zaten bankacılık işlerinin büyük bölümü tüketicinin taraf olduğu hususlara ilişkindir. Dolayısıyla da dava tüketici mahkemesinde görülse de ticari davadır. Aynı Kanun’un 83-2maddesinde ‘Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engelleme’ denmesinin nedeni de tam bu gibi durumlara açıklık getirmek içindir”, İstanbul BAM 18. HD, 16.05.2019, 1066/1022, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 18/04/2020.

³ Koçyiğit/Bulur, Türk Ticaret Kanunu madde 4 kapsamına gire uyuşmazlıklardan birisinin tüketici işlemi olması onun ticari dava olma vasfını ortadan kaldırmayacağını ve bu tip uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemeleri görevli olsa bile, arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz.: Koçyiğit/Bulur, s.125; Buna karşılık Tanrıver, tüketici uyuşmazlıklarının niteliğinin arabulucuya başvuru zorunluluğu ile uyuşmadığını; ticari dava niteliğindeki bir uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüketici olması halinde ticari uyuşmazlık olmaktan çıkıp tüketici uyuşmazlığına dönüşeceğini, bu halde görev ve yetki kullarının öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre belirleneceğini, bu Kanun’un madde 83/II hükmü çerçevesinde bu Kanun’un göreve ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasının, başka kanunlarda bu konuda açık bir düzenleme olmadıkça, engellenemeyeceğini, bu nedenle tüketici mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkların arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmadığı görüşündedir. Bkz.: Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, Ankara 2020, S. 147, (s.111-142), s. 117, dn. 2, (Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk). Kanımızca, özellikle mutlak ticari davalar söz konusu olduğunda işlemin taraflarından birisinin tüketici olması (uyuşmazlığın tüketici işlemi olması) onun ticari dava vasfını ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un madde 83/II hükmü, kanun hükümlerinin uygulanma önceliğinin belirlenmesi bakımından (önceki kanun-sonraki kanun, genel kanun-özel kanun ve özel norm-genel norm gibi) bir üst norm değildir. Ancak, tüketici uyuşmazlıklarının niteliği ve bu Kanun’un sevk amacı dikkate alındığında, bu Kanun’un amacını ve koruduğu menfaat dengesini aşacak uygulamalar Anayasa’nın 172’nci maddesinin ihlali anlamına gelir.

cekleri gibi ilâmsız icra takibine de konu olabilirler. İlâmlı icra yoluna başvurulması halinde talepte bulunanın yeniden dava açmasını hukuk düzeni korumaz. Zira ilâmlı takip yoluna başvuran tarafın açacağı dava, takibin dayanağının bir ilâm olması halinde, kesin hüküm (HMK m. 114/1-i) veya derdestlik (HMK m. 114/1-i) nedeniyle; takibin dayanağının bir ilâm niteliğinde belge olması halinde ise hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilecektir (HMK m. 114/I-h). Bu nedenle cüzi icra bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu, sadece ilâmsız takip prosedürü içerisinde açılabilen davalar bakımından ele alınıp incelenecektir.

İflâs hukukunda, doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 177 dv), iflâsın kaldırılması (İİK m.182) ve iflâsın kapanması (İİK m. 254) hallerinde asliye ticaret mahkemesi görevli olmakla birlikte, bu haller ticarî nitelikte birer mutlak çekişmesiz yargı işi sayıldıklarından (TTK m. 4/I-f, HMK m. 382/II-f) arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamına dâhil değildir. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hakkında yapılan yorumlar dikkate alındığında, birer çekişmeli yargı işi olan iflâs davası, sıra cetveline itiraz davası ve istihkak davası (*bir ticarî dava olduğu kabul edilirse*) arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından tartışılabilir niteliktedir.

Konkordatoya ilişkin olarak, borçluya konkordato mühleti verilmesi, konkordato komiseri atanması (HMK m. 382, II-f/6), konkordatonun tasdiki (HMK m. 382, II-f/6) ve konkordato prosedürü içerisinde borçlunun doğrudan doğruya iflâsının açılmasına karar verilebilen hâller birer mutlak çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır (HMK m. 382, II-f/2). Bu nedenle söz konusu haller arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamına dâhil değildir.⁴ Ancak konkordato prosedürü içerisinde açılan konkordatonun feshi davaları, çekişmeli alacak davaları ve tasarrufun iptali davaları birer çekişmeli yargı işidir.⁵ Bunlardan, tasarrufun iptali davaları diğer kısımlarda inceleneceğinden konkordato kısmında ayrıca incelenmeyecek; bu kısımda konkordatonun feshi davaları ile çekişmeli alacak davalarının incelenmesi ile yetinilecektir.

⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

⁵ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 647, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra).

B. Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğunun Kapsamının Tespitine Yönelik Tartışmalar ve Söz Konusu Tartışmaların Değerlendirilmesi

I. Dava Konusu Çerçevesinde Yapılan Tartışmalar ve Değerlendirilmesi

Dava konusu, davaya konu edilmiş hak, yani dava ile elde edilmek istenen sonuç (netice) olarak tanımlanmaktadır.⁶ Dava konusunun belirlenme yöntemine ilişkin birçok görüş bulunmakla birlikte,⁷ Türk hukukunda bu görüşlerden özellikle ikisi taraftar bulmuştur. Bunlardan ilki ve azınlık sayılabilecek olan iki unsurlu dava konusu teoridir.⁸ Bu teori, dava konusunun belirlenmesinde vakıalar ile talep

⁶ Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München 1954, s. 183 vd.; (Schwap-Streitgegenstand); Karl Heinz Schwab, *Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht*, Juristische Schulung 1965, (s. 81-86), s. 80, 83 (Schwap-Lehre); Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2010, § 92 III/3; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s. 232, (Postacıoğlu-Usul); Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 692; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 160, (Önen-Yargılama); Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, s. 381, (Berkin-Usul); Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ay Yıldız Matbaası*, Ankara 1960, s. 75, (Gürdoğan-Kesin Hüküm); Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 536 (Kuru-Usul); Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1488, (Kuru-Usul El Kitabı); Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 687, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul); Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 81, (Tanrıver-Derdestlik); Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 122; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 57; Levent Börü, "Dava Konusu Kavramı ve Teoriler", *BATİDER*, Ankara 2012, C. XXVIII, S. 2, (s. 257-292), s. 283.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 162 vd., (Ermenek-Birleştirme); Börü, s. 261-274.

⁸ Yavuz Alangoya, "Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", *İÜMHA Dergisi*, İstanbul 2011, C. 3, S. 5, (s. 125-194), s. 149 dn. 68; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Filiz Kitapevi Basım, İstanbul 2000, s. 529 dn. 36.; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 100, (Muşul-Terdit İlişkileri); M. Kamil Yıldırım, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", *MÜHFA Dergisi*, İstanbul 1991, C. 6, (s. 23-50), s. 41; H. Özden Özkaya-Ferendeci, Kesin

sonucunun birlikte ele alınması gerektiğini,⁹ bu kapsamda dava konusunun belirlenmesine her iki unsurun da eşit değerinde etki ettiğini ileri sürer.¹⁰ Bu teori çerçevesinde, başvuru talebinin Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında kalıp kalmadığının tespitinde, talep sonucu ile vakıalar birlikte ele alınarak değerlendirilecektir. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede, uyuşmazlık konusu vakıanın bir para alacağı veya tazminata ilişkin olması koşulu ile, talep sonucu salt bir usulî talebi içerse bile, uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır. Bu düşünceden hareketle, özellikle dava konusunun belirlenmesinde dava sebebinin oynadığı rol dikkate alınarak menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığı söylenebilir.¹¹

Türk hukukunda dava konusunun belirlenmesinde taraftar bulan diğer görüş ise tek unsurlu dava teorisidir.¹² Bu teori çerçevesinde dava konusunun belirlenmesinde talep sonucu dikkate alınmakta olup hayat olayları önemli değildir.¹³ Bu görüşe göre, talep birden fazla hayat

Hükmün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 177; Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayımları, İstanbul 2009, s.222; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 376.

⁹ Walter J Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956, s. 221 vd.; Rosenberg/Scwab/Gottwald, § 92 III/2; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, C. H. Beck, München 2012, § 2.4.A.

¹⁰ Althammer Christoph, Streitgegenstand und Interesse, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, s. 57 vd.

¹¹ Ali Cem Budak, "Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *MİHDER*, İstanbul 2019, C. XLII. S. 1, s. 33; Şükrü Saraç, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *İnşaat Sanayi Dergisi*, Ankara 2019, S.173, (s. 54-66), s. 62; Nesibe Kurt Konca, "Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", *Seta Perspektif*, Aralık 2018, S. 225, s. 5. www.seta.org, e.t.: 02.10.2019.

¹² Doktrinde bu teoriyi destekleyenler için bkz.: Bilge/Önen, s. 692; Tanrıver-Derdestlik, s. 81; Hanağası, s. 124; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Basım Yayımı, Konya 1991, s. 19-20; Ejder Yılmaz, İslah, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 190, (Yılmaz-İslah); Kuru-Usul, s. 536; Kuru-Usul El Kitabı, s. 1488; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul, s. 687; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt I-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 666 (Tanrıver-Usul); Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 380; Budak/Karaaslan, s. 163; Ercan Özler, s. 57; Börü, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 449; Murat Atalı, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2069.

¹³ Schwap-Streitgegenstand, s.183 vd.; Schwap-Lehr, s. 82; Rosenberg/Scwab/Gott-

olayına dayandırılabilir; fakat bu durum o dilekçede birden fazla dava konusu olduğu anlamına gelmez.¹⁴ Bu nedenle her bir dava dilekçesi tek bir dava konusuna vücut verir.¹⁵ Dava konusunun belirlenmesi bakımından vakıalar talep sonucunun yorumlanmasında kullanılabilir;¹⁶ ancak bu husus onların taleplerle eş değerde olduğu anlamına gelmez.¹⁷ Türk hukuku uygulamasında da, dava konusunun belirlenmesinde talep sonucu dikkate alınmaktadır.¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 303/I'de kesin hükmün unsurları sayılırken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 237'de kullanılan müddeabih (dava konusu) kavramı yerine, talep sonucu kavramı tercih edilmiştir. Bu açıklığa rağmen Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki dönemde de maddî anlamda kesin hüküm ve derdestlik kavramları dava konusu üzerinden açıklanmaya devam edilmiştir.¹⁹

wald, § 92 III/3; Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁴ Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁵ Schwap-Streitgegenstand, s.87 vd.; Schwap-Lehr, s. 80, 83; Ermenek-Birleştirme, s.163.

¹⁶ Schwap-Streitgegenstand, s.89; Schwap-Lehr, s. 80, 84; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 506-508; Ermenek-Birleştirme, s.163; Börü, s. 264.

¹⁷ Ermenek -Birleştirme, s.163; Tanrıver-Derdestlik, s. 78-79; Börü, s. 264.

¹⁸ "Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenilen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın müddeabihlerinin (konularının) aynı olup olmadığını anlamak için hâkimin eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunu karşılaştırması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddî şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar değişirse, müddeabihler aynı değil demektir (YHGK'nun 21/12/2005 gün ve 2005/5-710-754 sayılı ilamı, 12/9/1956 gün ve 1956/6-29-28 sayılı ilamı). Bu yönden somut olaya bakıldığında, önceki ve şimdiki davada davanın konusu olan kiralanan aynı olmakla birlikte, ilk davada 01/02/2000 ila 01/02/2001 dönemi için sözleşme dışında kira bedelinin mahkemece tespiti istenilmekte, oysa görülmekte olan dosyada, aynı dönemde sözleşmeye göre kiralayan tarafından talep edilen bedelin haksız olduğunun tespiti ve istirdati istenilmektedir. Bu durumda her iki davanın konusunun aynı olduğundan söz edilebilmesi mümkün değildir", HGK 05.07.2006, 19-505/504; benzer kararlar için bkz.: Yarg. 14. HD, 6.12.2005, 9332/10954; Yarg. 14. HD, 13.2.2006, 11469/1148, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20.11.2019.

¹⁹ "Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, bir hükmün maddî anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için bu dava ile yeni açılan davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekmektedir... Dava konusu değerlendirilirken, davacının dava dilekçesindeki talebinin esas alınması gerekir. Zira usul hükümlerinden olan tasarruf ilkesi ve resen getirme ilkeleri gereğince, davacı açısından dava konusunun bağlayıcı olması için kendi talebinin bulunması gerekir. İlk davada davacının dava konusu etmediği bir blok olan A bloğu hüküm kurulurken hükmünde yer almıştır. Dava konusu olmayan ve hakkında yargılama da yapılmayan bir taşınmazın yanlışlıkla hükmünde yer alması dava konusu haline getirmeyecektir. Hukuk güvenli-

Ancak, arabuluculuk söz konusu olduğunda özellikle bölge adliye mahkemeleri dava konusunun belirlenmesinde talep sonucundan ziyade uyumsuzluk konusundan hareket etmektedir.²⁰

Dava konusunun belirlenmesinde tek unsurlu dava teorisi esas alınacak olursa, başvurunun talebinin Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında kalıp kalmadığı doğrudan doğruya davacının talep sonucuna göre tespit edilecektir. Bu kapsamda davacı bir tespit veya inşai talepte (usulî talepler) bulunmuşsa, taraflar arasındaki uyumsuzluk bir para alacağına ilişkin olsa bile, bu uyumsuzluk arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Kanımızca, taraflar arasındaki

ği açısından maddi anlamda kesinliği aramızın sebebi, tarafların dava konusu ettikleri bir hususun tekrar dava konusu edilmemesidir. Ancak tarafların dava konusu etmedikleri bir hususun yargılama sırasında da yargılamada bulunmazken talep açılarak, hükümde yanlışlık yer alması, tarafın iradesini yansıtmadığı gibi dava konusu edilmeyen bir hususu da dava konusu haline getirmeyecektir. Netice itibari ile her iki davanın konusunun aynı olmadığı açıkça ortadadır”, Yarg. 15 HD, 26.12.2019, 1630/5279; “Dava konularının aynı olup olmadığını tespit edebilmek için davaların ilkinde verilebilecek kararın, ikinci davada verilebilecek kararı gereksiz hale getirip getirmeyeceği, ya da ikinci davada verilebilecek kararlar aynı sonuçların sağlanıp sağlanamayacağına bakılmalıdır”, Yarg. 10. HD, 03.02.2020, 4627/610, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20.03.2020; “TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsil veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır”, Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554, kararlar için bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 18.02.2020.

²⁰ “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. 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 miktar 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. Zira böyle sınırlayıcı bir yorum yapıldığında 2004 sayılı İİK’nın 67. maddesinde düzenlenen ‘İtirazın İptali’ ve 72. maddesinde düzenlenen ‘İstirdat’ davaları ne olacaktır? Bu davalarda da aslen talep ‘bir miktar paranın ödenmesi’ dir”, Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

uyuşmazlık bir para alacağına ilişkin olsa bile, Türk hukukunda dava konusunun tespitinde talep sonucundan hareket edildiğinden davacının usulî talepleri (tespit ve inşâî talepler) söz konusu olduğunda Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü işlerlik kazanmamalıdır.²¹

Dava konusundan hareketle bir uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesinde ister iki unsurlu dava teorisi isterse tek unsurlu dava teorisi dikkate alınsın, her halde talep sonucu oldukça önemlidir. Dolayısı ile dava dilekçesi esas alınarak ileri sürülen bu görüşlerden bağımsız olarak, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında bir uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesinde, başvurucunun açmayı düşündüğü davanın talep sonucunun niteliği oldukça önemlidir. Bu çerçevede talep sonucunun bir maddî talebe (eda hükmüne) yöneldiği hallerde uyuşmazlıklar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi iken, bir usulî talebe (tespit veya inşâ) yöneldiği hallerde uyuşmazlık çözümü arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Bunun nedeni maddî hukuka ilişkin talep haklarının doğrudan bir kişiye (hasıma) yöneltilmesine rağmen, usulî taleplerin mahkemeye yöneltilmesidir.²²

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 106 çerçevesinde tespit davaları, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesine yönelik olarak açılan ve salt usulî talep içeren davalardır.²³ Bu nedenle, açılması düşünülen tespit talepli davalar kanımızca arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

İnşâî talepler söz konusu olduğunda, inşâî neticenin mutlak olarak mahkeme kararına bağlı olarak ortaya çıkıp çıkmadığına bakmak

²¹ Aynı yönde, Atalay/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 772-773; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 131; Yardım M. Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 123, dn. 11; Ekmekçi/Özekes/Atalay/Seven, s.190-191; Ali Paslı, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin Yorumu, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 19-20.

²² Tanrıver-Derdestlik, s. 81.

²³ Tanrıver-Derdestlik, s. 80.

gerekir. İnşai talep, maddî hukuk alanında yenilik doğuran bir hakka dayanır.²⁴ İnşai neticenin ortaya çıkmasının tek taraflı irade beyanına veya mahkeme kararına bağlı olmadığı (tarafların karşılıklı iradesine bağlı olduğu) hallerde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurmak mümkündür (fahiş ceza şartın indirilmesinde olduğu gibi). Buna karşılık, kanımızca Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da açıkça, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ifadesine yer verildiğinden ve inşai talepler aynı zamanda birer usulî talep mahiyetinde olduğundan, inşai talepler arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değerlendirilemez.

II. Hükmün Amacı Çerçevesinde Yapılan Tartışmalar ve Değerlendirilmesi

Arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalan ticarî davaların tespiti bakımından Türk hukukunda tartışmaların yoğunlaştığı diğer bir nokta ise Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın yorumudur. Bu noktada bir görüş, hükmün ihdas amacından hareket ederek (amaçsal yorum yaparak) menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğunu ileri sürmektedir.²⁵ Bu görüşü savu-

²⁴ Ergun Önen, İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 50 (Önen-İnşai Dava); Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 340; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul, s. 301; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 215.

²⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 141 vd., Aynı yönde yargı kararlarında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Kanun metninin, yoruma muhtaç ifadeler içermesi sebebiyle sırf kanun diliyle sonuca varılamamaktadır. İşin içine yorum katılması gerektiğine göre, yorumun, Kanun'un amacına uygun yapılması gerekir. Kanun'un amacı ise, gerekçesinden ve ruhundan faydalanılarak tespit edilmelidir. Somut Kanun hükmünün madde metninde, olumsuz tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre, genel gerekçe ve madde gerekçesinde kullanılan ifadelerden, anlaşılan gayeden hareketle yorum yapılmalıdır. Genel gerekçe ve madde gerekçesi, uyumsuzluk kriterine işaret ettiğinde, dava türüne göre değil, uyumsuzluk türü esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda, eldeki davanın, (genel tarımsal kredi nedeniyle borçlu olmadığını tespiti ve ödenen tutarların istirdadı davası) TTK 5/A maddesi gereğince, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır", Ankara BAM 21. HD, 19.9.2019, 851/1045, bkz.: www.lexpera.com.tr, e.t. 20.04.2020; "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 tespit edilmesi gerekir. Kanun'un 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

nan yazarlar, medeni usul hukukunun şekli bir hukuk alanı olmasının bu alana ilişkin normların dar ve lafzi yorumlanmasını gerektirmeyeceği; arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin normun davanın niteliğinden bağımsız olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği dikkate alınarak yorumlanması gerektiği, ayrıca arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün tahsis amacının da bu şekilde olduğu, gerekçelerine dayanmaktadırlar.

Diğer bir görüş ise, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzından hareket ederek, hükmün lafzının açıklığı karşısında tespit taleplerinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmadığını ileri sürmektedir.²⁶ Bu görüşe göre, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması onu bir maddî hukuk normu yapmaz. Bu düzenleme niteliği itibari ile bir usul normu ihtiva etmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm lafzına uygun olarak dar yorumlanmalıdır. Normun dar yorumlanması halinde ise, menfi tespit davaları arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamına girmecektir.

Taraflar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 1 kapsamında kalan ticarî bir uyuşmazlığın çözümü için bu Kanun hükümleri çerçevesinde ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurabilecekleri gibi, Türk Ticaret Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yargısal yollara da başvurabilirler. Bu kapsamda, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ile öngörülen arabulucuya başvuru zorunluluğu, her iki yöntemin de istisnasını teşkil eder. Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü öncelikle bu niteliği nedeniyle dar yorumlanmalıdır.

Diğer taraftan ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğu her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da bu onun

'...Kanun'un 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 ilkelerine 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, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

²⁶ Paslı, s. 19.

bir usul hükmü olması gerçeğini değiştirmez. Şekli hukuk normlarının ise dar yorumlanması esastır. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ile getirilen düzenleme, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünü sınırlandıran ve mahkemeye erişim hakkını şarta bağlayan bir hükümdür. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir düzenleme olması nedeni ile de Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü dar yorumlanmalıdır.²⁷

İşaret ettiğimiz hususlar birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar son dönemlerde kanun koyucunun iradesinin arabuluculuğun yaygınlaştırılması suretiyle mahkemelerin iş yükünün azaltılması yönünde olduğu ileri sürülebilirse de²⁸ bu genel amaç, aynı zamanda ihtiyari arabuluculuğun da bir istisnasını teşkil eden arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlerin geniş yorumlanmasını gerektirmez.

²⁷ “Özel dava şartlarının bu niteliği gereği dar biçimde yorumlanmaları gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava şartını ‘...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...’ ile sınırlı tutmuştur”, Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72, “Bu bakımdan dava şartlarının yanlış uygulanması bir dava engeli ve mahkemeye erişim hakkı ile bu kapsamda adil yargılanma hakkına saldırı sayılır (AİHS m.6). Özel dava şartlarının bu niteliği gereği dar biçimde yorumlanmaları gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi zorunlu arabuluculuk dava şartını ‘...konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...’ ile sınırlı tutmuştur”, Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 18.02.2020, “Doğrudan alacak veya tazminat davası açıldığında açılan davalar arabulucuya tabi tutulacak, ancak 2004 sayılı İİK gereğince kanunen de tanınan bir hak olan takip yapıp itiraz edildiği takdirde, açılacak itirazın iptali davası arabulucuya tabi tutulmayacak mıdır? 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 ‘istirdat’ davası için de geçerlidir. Örneğin 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”, Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 20.02.2020.

²⁸ Meseleye ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 120, 121; Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 126.

C) İcra ve İflâs Hukuku Alanında Açılan Ticarî Davalar İle Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu Arasındaki İlişki

I. İcra Takipleri Açısından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

Para alacaklarının tahsili amacıyla doğrudan ilâmsız takip yoluna başvurulduğunda tartışılması gereken ilk mesele, bu hallerde arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir takip şartı teşkil edip etmediğidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup, ayrıca cebri icra hukuku bakımından da bir takip şartı olup olmadığı hususuna yer verilmemiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda takip şartları açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, taraf ehliyeti, takip ehliyeti ve takip yetkisi gibi kaynağını medeni hukuktan alan bazı takip şartları bu alanda da uygulanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş diğer dava şartları ise ilâmsız takiplerde uygulanmamaktadır. Ancak doktrinde bunlardan bazılarının ilâmsız takiplerde de uygulanabileceği ileri sürülmektedir.²⁹ Kanımızca, dava konusundan hareket edilerek düzenlenmiş dava şartına ilişkin bir hükmün kıyasen dahi olsa icra takipleri bakımından uygulanması mümkün olmamalıdır. Zira para alacakları bakımından ilâmsız takip yoluna başvuru alacaklıya tanınmış alternatif bir hak arama yöntemidir.³⁰ Hak arama özgürlüğünün ise açık bir kanun hükmü olmaksızın sınırlandırılması mümkün değildir (Any m. 13; m. 36). Bu çerçevede, salt davalar için getirilen bir sınırlandırmanın kıyasen ilâmsız takipler bakımında da uygulanması caiz olmamalıdır.³¹

²⁹ Mesela, derdestliğin icra takiplerinde de uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 96; Buna karşılık, Atalı/Ermenek/Erdoğan da derdestliğin icra takiplerinde de bir takip şartı olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmekle birlikte, görüşlerinin gerekçesini derdestliğin varlığına değil, aynı takibin ikinci kez yapılmasında hukuki yarar bulunmaması gerekçesine dayandırmaktadır, bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 122. Benzer yönde bkz.: Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra). Buna karşılık Kuru, derdestlik iddiasının ödeme emrine itiraz yolu ile ileri sürülmesi gerektiği görüşündedir. Bkz.: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 205, (Kuru-İcra El Kitabı).

³⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 195.

³¹ Benzer yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 195; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 122; Mustafa Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 90-91; Özge Yakıcı, Bireysel İş Hukukunda Arabu-

II. İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen Davaların Amacı

İcra ve iflâs hukuku kural olarak özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkları konu almakla birlikte, cebri icra işlemlerinin tarafları ile cebri icra organları arasındaki ilişki dikkate alındığında kamu hukuku karakteri de taşıyan bir hukuk alanıdır.³² Burada ortaya çıkan en karakteristik özellik temel hak ve özgürlüklere hem hukuki hem de fiili olarak müdahale edilebilmesidir. Bu nedenle cebri icra hukukuna ilişkin normlar, müdahale sınırları baştan çizilmiş, belirli ve öngörülebilir olmak zorundadır.³³ Bu yönüyle şekli bir hukuk dalı olan icra ve iflâs hukukunda normların yorumu ve uygulanması kat'î bir şekilde kanun tarafından çizilen sınırlar içinde kalmalıdır. İcra ve iflâs hukukunun bünyesinde, aynı zamanda kamu hukukunun karakteristik özelliklerinin de bulunması ulaşılan bu sonucu haklı kılar. Bu nedenle arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği, sadece ilâmsız takipler bakımından değil, bu takip prosedürü içerisinde açılabilen bütün davalar bakımından ele alınıp incelenmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların tamamı doğrudan veya dolaylı olarak bir icra takibi ile bağlantı kurularak açılmaktadır. Bu davaların düzenlenmesindeki temel amaç, taraflara bir kesin hüküm koruması sağlamaktan ziyade, takibin bir an önce ve sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektir.³⁴ Özellikle bu tip davalar için öngörülen icra tazminatları ve dava sonunda verilen kararların öncelikli olarak ve doğrudan icra takipleri üzerinde etki göstermesi, bu hususun en somut delillerini teşkil eder.

luculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 89.

³² Bu yönüyle icra hukukunun karma karakterli olduğu söylenebilir. Bkz.: Muhammet Özeker, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 26, (Özeker-İlkeler); Benzer yönde bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 6. İcra hukukunun niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz.: M. Necmettin Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1980s. 14-15, (Berkin-İcra); İbrahim Aşık, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 13 vd.

³³ Özeker-İlkeler, s. 89,90; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 29.

³⁴ "Bu açıklamalar göstermektedir ki, itirazın iptali davası icra takibine sıkı sıkıya bağlı; itiraz üzerine duran icra takibinin devam edebilmesini sağlayan ve takip hukuku içinde olmakla birlikte, maddi hukuk ilişkisinin incelenerek uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlandırıldığı bir davadır. Davanın takibe bağlılığı alacağın miktarı bakımından söz konusu olduğu gibi, alacağın kaynağı bakımından da geçerlidir", HGK, 17.09.2019, 19-918/886, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 23.03.2020.

İlâmsız icra prosedürü içerisinde açılan davalarda da bir yargılama faaliyeti yürütülmekle birlikte, bu faaliyet esnasında öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen usul hükümleri uygulanmaktadır. Bu durum icra ve iflâs işleri için, usul hükmü düzenleyen diğer kanunlara nazaran İcra ve İflâs Kanunu'nun özel nitelikli bir kanun olmasının doğal bir sonucudur. Ayrıca bu düzenlemelerin birçoğunda davaların genel hükümler çerçevesinde açılıp yürütüleceğine ilişkin özel hükümlere de yer verilmiştir (İİK m. 67/I, m. 72/VII, m. 89/IV, m. 97/XI, m. 158/II gibi.). Bu düzenlemeler olmasaydı dahi medeni yargının genel kanunu mahiyetindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri niteliğine aykırı düşmedikçe ilâmsız takip prosedürü içerisinde açılan davalar hakkında da uygulanacaktı.³⁵

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yanı sıra, diğer bazı özel kanunlarda da medeni yargıyı ilgilendiren usul hükümleri yer almaktadır. Bu hükümlerin tipik örneklerinden birisini de Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan bazı ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenleme oluşturmaktadır. Bu tip Kanunlarda yer alan özel hükümlerin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davalara da uygulanabilmesi için, bu düzenlemelerin işaret ettiğimiz davaların niteliğine uygun olması ve bu davalar ile ulaşılmak istenilen amaçla uyumlu olması gerekir. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların yukarıda işaret ettiğimiz amacı ile Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da öngörülen arabulucuya başvuru zorunluluğunun amacı birbirleri ile uyumlu değildir.

Diğer taraftan, icra ve iflâs hukuku alanında alacaklının, takip içerisinde ve bir takiple bağlantılı olarak üçüncü kişilere (*hatta bazen üçüncü kişinin alacaklıya karşı açabildiği İİK m. 89/III çerçevesinde menfi tespit davası ve İİK m. 99 çerçevesinde açılan istihkak davası gibi*) veya borçlu ile birlikte üçüncü kişilere karşı açabildiği (*istihkak davası, sıra cetveline karşı itiraz davası, tasarrufun iptali davası, İİK m. 89/IV çerçevesinde açılan tazminat davası, İİK m. 120 çerçevesinde açılan çekişmeli alacağın tahsili davası ve kayıt kabul davası gibi*) bazı spesifik dava türleri bulunmaktadır. Bu davaların bazılarının bir ticarî dava olup olmadığı tartışılabilirse de yukarıda işaret ettiğimiz genel amaç bu davalar bakımından da geçerlidir.

³⁵ Yarg. 12. HD, 11.12.2012, 19983/37190, bkz.: Kuru-İcra El Kitabı, s. 350.

III. İcra ve İflâs Hukukunda Menfaat Dengesi

Cebri icra yoluna başvuran alacaklının bu başvuru ile amacı cebri icra organları vasıtasıyla alacağına kavuşmaktır. Alacaklının menfaatinin gerçekleştirilebilmesi borçlunun malvarlığına ve hatta bazı istisnâî hallerde şahıs varlığına müdahale edilmesini zorunlu kılar. Bu noktada alacaklı ile borçlu arasında, özellikle konusunu anayasal temel hak ve özgürlüklere müdahalenin oluşturduğu yoğun bir menfaat çatışması ortaya çıkar. Öte yandan icra ve iflâs hukuku alanında sadece alacaklı ve borçlunun menfaatleri değil, sıklıkla onlarla üçüncü kişilerin menfaatleri de çatışır. Bu noktada cebri icra uygulamaları, bazen üçüncü kişilerin malvarlığına, şahıs varlığına, konut veya işyerlerine hukuka aykırı şekilde müdahale edilmesi sonucunu doğurabilirken; bazen de üçüncü kişilerin hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeni ile alacaklının mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Bu gibi hallerde hem alacaklının hem borçlunun ve hem de takibin tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatinin aynı derecede korunması gerekir.

Gelinen bu noktada alacaklı ile borçlu arasında ya da üçüncü kişi ile takibin tarafları arasında çatışan menfaatlerin dengelenmesi; başka bir ifadeyle oluşan menfaat çatışmasının anayasal sınırlar içerisinde ölçülü bir şekilde giderilmesi, icra hukuku kuralları ile sağlanmaktadır.³⁶ İcra ve İflâs Kanunu'nda, bir takip süreci içerisinde bazen alacaklı ile borçlu arasındaki bazen de üçüncü kişi ile takibin tarafları arasındaki menfaat dengesini korumak ve sağlamak üzere birçok hükme yer verilmiştir. Bu hallere, itirazın kaldırılması, itirazın iptali davası, istihkak davası, sıra cetveline itiraz davası ve tasarrufun iptali davası gibi davalar örnek olarak verilebilir. Bu davalar ile korunan menfaat dengesi, her bir dava bakımından aşağıda ayrı ayrı ele alınıp inceleneceğinden³⁷ burada sadece tespit yapmakla yetiniyoruz. Ancak icra ve iflâs hukuku alanında açılan davaların koruduğu menfaat dengesi bakımından

³⁶ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 8. Benzer yönde bkz.: Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 11,12; İlhan E. Postacioğlu, "İcra ve İflas Tadili Hakkında Çalışmalar", İBD, İstanbul 1962, C. XXXVI, S. 7, (s.169-184), s.169, (Postacioğlu-Çalışmalar); S. Şakir Ansay, "İcra ve İflas Kanunu Etrafında Düşünceler", Adliye Ceriyesi, Ankara 1938, (s. 1457-1464), s. 1457; M. Reşit Belgesay, "İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun", İÜHFİM, İstanbul 1940, C. VI, (s. 756-774), s. 767.

³⁷ Bkz.: a.Şa., C. IV/1; C.IV/3; C. IV/4.

özellikle, icra tazminatı ve sıra cetveline itiraz davası üzerinde kısaca değinmek gerekir.

Amaç kısmında da işaret ettiğimiz üzere kanun koyucu, itirazın iptali davasının açıldığı veya itirazın kaldırılmasının talep edildiği hallerde, alacaklının haksız takip yapmış veya borçlunun haksız olarak ödeme emrine itiraz etmiş olma ihtimaline binaen; haksız çıkan tarafın, takip veya davada talep edilen (İİK m. 67/V) alacak miktarının yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir icra tazminatı ödemesini öngörmüştür (İİK m. 67/II; m. 68/VII; m. 68/a/VIII; m. 69/V). Bu tazminatın ödenmesinden kanun koyucunun muradı, haksız takip veya haksız itiraz nedeni ile borç ilişkisinin tarafları arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden sağlanmasıdır.³⁸

Mesele sıra cetveline itiraz davası bakımından ele alındığında ise, söz konusu davada hem davanın tarafları olan davacı alacaklı ile davalı alacaklının menfaatleri hem de takip borçlusunun menfaatleri birbirleri ile çelişir. Bu davada arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi halinde, arabuluculuk süreci sonunda varılacak anlaşma, daha sonraki rücu ilişkisinde özellikle sürecin gizliliği nedeni ile sıra cetveline itiraz davasının davalısı olan alacaklı ile takip borçlusu arasında yeni bir uyuşmazlık kaynağı olarak ortaya çıkar.

IV. İlâmsız İcra Prosedürü İçerisinde Açılabilen Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

1. Genel Tespitler

İlâmsız takip prosedürü içerisinde açılabilen davalarda verilen kararların hiçbirisi alacaklının takip talebi ile ileri sürdüğü alacaktan bağımsız değildir. Bu nedenle söz konusu davalarda verilen kararlar öncelikli etkisini takip üzerinde doğurur. Kanun koyucunun talebin içeriğini açıkça düzenlemediği hallerde, kanımızca medeni usul hukuku alanında mahkemeden istenilen hukuki himayenin içeriğine göre yapılan, tespit davası, eda davası ve inşaî dava şeklindeki ayırımdan hareketle icra hukuku alanındaki davaları sınıflandırmak, bu tip davaların amacı ile bağdaşmaz.

³⁸ Çiftçi, s. 264.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 119/I-ğ'ye göre, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu açık bir şekilde göstermek zorundadır. Aynı Kanun'un madde 26/I hükmüne göre hâkim de talep sonucu ile bağlı olup, ondan fazlasına veya ondan başka bir şeye karar veremez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 297/II hükmüne göre ise, hükmün sonuç kısmında, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenilen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde talep sonucuna göre davaların, eda davası (HMK m. 105), tespit davası (HMK m. 106) ve inşâî dava (HMK m. 108) şeklinde sınıflandırılmasında tek kriter dava dilekçesinin talep sonucu kısmıdır. Mahkeme, tarafların talep sonucu çerçevesinde karar vermek zorunda olmakla birlikte (HMK m. 26/I; m. 297/II); hükmün niteliğinin tespitindeki kriter tarafların talep sonucu değildir. Hükmün niteliği, tarafların her bir talebinin mahkeme kararında yer alan karşılığına göre belirlenir. Bu kapsamda, talep sonucunun niteliğine göre bir eda davası veya inşâî dava sonunda verilen karar (davanın reddi halinde) bir tespit hükmü mahiyetinde olabilir.

1. İtirazın İptali Davası

İtirazın iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nda (m. 67/I) düzenlenen ilâmsız icra prosedürüne özgü bir davadır. İtirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olup olmadığı, bu davanın amacı, bu dava ile korunan menfaat dengesi ve bu davanın hukuki niteliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Ayrıca itirazın iptali ile birlikte talep edilebilen icra tazminatı da bu davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olup olmadıklarının tespitinde dikkate alınmalıdır.

İtirazın iptali davası, icra ve iflâs hukuku alanında borçlunun itirazı ile alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanması için öngörülen bir hak arama yöntemidir. Ancak bu alanda kanun koyucu, belirli belgelere sahip olmak şartıyla (İİK m. 68; m. 68/a) alacaklıya bir alternatif imkân daha sunmaktadır. Bu imkân ise itirazın niteliğine göre, itirazın geçici veya kesin kaldırılmasıdır. İcra ve iflâs hukuku bakımından esasında hem itirazın iptali davasının hem itirazın geçici kaldırılmasının hem de itirazın kesin kaldırılmasının amacı aynıdır. Zira her iki müessesenin de amacı, icra ve iflâs hukuku prose-

dürü içerisinde takibin devam etmesini veya sona ermesini sağlamaktır. Bu noktada alacaklı kesin hüküm korumasından yararlanmak için itirazın iptali davası yolunu seçmiş olsa bile, bu koruma ona İcra ve İflâs Kanunu'nun değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sağladığı bir imkândır. İşaret ettiğimiz gerekçelerle, aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmiş iki müesseseden birisinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değerlendirip, diğerini kapsam dışında tutmak icra ve iflâs hukukunun amacı ile bağdaşmaz.

İtirazın iptali davasının konusu, borçlunun itirazının hukuka aykırılığı nedeni ile itirazın iptali ve borçlunun dava konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir icra tazminatına mahkûm edilmesidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunu ise, takibe konu edilen alacak oluşturur. Borçlu ödeme emrine itiraz edinceye kadar taraflar arasında itirazın hukuka aykırılığı ve icra tazminatı konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Başka bir anlatımla, borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş olsaydı icra tazminatına ilişkin bir uyuşmazlık tarafların gündemine gelmeyecekti. Nitekim takibin, borçlu itiraz etmeksizin sonuçlanması halinde, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre açılacak istirdat davasında veya Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre açılacak sebepsiz zenginleşme davalarında bu tazminat gündeme gelmeyecektir.

Mesele itirazın iptali davalarının hukuki niteliği çerçevesinde değerlendirildiğinde ise, öncelikle itirazın iptali davasının hukuki niteliği üzerinde doktrinde ve uygulamada bir görüş birliği olmadığına işaret edilmelidir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, itirazın iptali davası aynı zamanda bir alacak davası olup, alacaklı dava dilekçesinde hem itirazın iptalini (ve icra tazminatını) hem de alacağın tahsilini talep etmektedir.³⁹ Bu görüşe göre bir alacak için tek

³⁹ Kuru-İcra El Kitabı, s. 248; Benzer şekilde bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 174; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 369 (Yılmaz-İcra Şerh); Ejder Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009), s. 615, (Yılmaz-İtirazın İptali); Burhan Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970, s. 38, (Gürdoğan-İcra); Berkin-İcra, s. 420-421; İlhan E. Postacıoğlu, "İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", *BATIDER*, Ankara 1978, C. IX, S. 4, (s. 951-970), s. 960 vd., (Postacıoğlu-İcra İnkâr Tazminatı); İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 180 vd., (Postacıoğlu-İcra).

bir dava açılabilir ve borçlunun itirazından sonra bir yıl içinde yukarıdaki taleplerle açılan dava itirazın iptali davası adını alır. Aynı taleple süre geçtikten sonra dava açılırsa, bu dava alacak davası olarak nitelendirilir.

Arabulucuya başvuru zorunluluğu bu görüş çerçevesinde değerlendirildiğinde, bir eda davası niteliğinde olan itirazın iptali davası açılmadan önce Türk Ticaret Kanunu madde 5/A çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunludur. Ancak bu sonuç sadece davacının dava dilekçesinde alacağının ifasına da hükmedilmesini talep ettiği hallerde ve yine sadece bu talep için anlamlı olabilir. Zira, davacının itirazın iptali talebi inşâî niteliktedir ve Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzından hareket edildiğinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamına girmez. Kanımızca icra tazminatına ilişkin talep de takibin dayanağı olan temel ilişkiden bağımsız ve usulî bir taleptir. Bu talebin bağımsız olduğunun en önemli göstergesi, itirazın iptali davasının reddi halinde borçlu lehine de icra tazminatına hükmedilebilmesidir. Bu nedenle icra tazminatına ilişkin talep ticarî nitelikte bir davaya vücut vermez. Kaldı ki, bu halde itirazın iptali davası açılmadığından icra tazminatına hükmedilmesinin koşullarından birisi de gerçekleşmiş değildir. Dolayısıyla itirazın iptali ve icra tazminatına ilişkin talepler arabulucuya başvuru zorunluluğunun değil ancak ihtiyari arabuluculuğun konusu olabilirler. Başka bir ifade ile, bu taleplerin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 1 anlamında ihtiyari arabuluculuğa konu olabilmesi, onların istisnâî bir düzenleme olan Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuk sürecinde de müzakere edilebileceği anlamına gelmez.

Bu görüş çerçevesinde, itirazın iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu kabul edilir ve taraflar süreç sonunda anlaşamazlarsa, dava şartı yerine getirilmiş olacağından itirazın iptali davası açılmasının önündeki engel de ortadan kalkmış olur.⁴⁰

⁴⁰ İtirazın iptali davası bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi, bu dava ile ilgili bazı sürelerin hesaplanmasında da birtakım sorunlara neden olmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A/XV'te "arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez" düzenlenmesi mevcuttur. Aynı düzenlemenin birinci fıkrasında ise, bu hükmün uygulanması, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurunun bir dava şartı kabul edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildi-

Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaları halinde, tarafların anlaşmış olması tek başına takibin iptaline veya dosyanın işlemde kaldırılmasına neden olmaz. Şayet borçlu anlaşma çerçevesinde borcu ifa ederse dosya kapatılır. Ancak taraflar kısmî olarak anlaşır veya tam olarak anlaşmalarına rağmen borçlu borcunu ödemezse; alacaklı, anlaşma belgesi ile takibe devam edilmesini isteyemez.⁴¹ Bu halde alacaklı, bir icra edilebilirlik şerhi alarak ilâmlı icra takibi yapabileceği gibi, anlaşma belgesinin kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi kaydıyla (henüz süresi geçmemişse) itirazın kaldırılması yoluna da başvurabilir.⁴²

Öte yandan doktrinde bu iki davanın ayrı davalar olduğu ve itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olup, bu davada alacaklının alacağın tahsiline yönelik bir talebinin olmadığı da ileri sürülmektedir.⁴³ Alacaklının talebi itirazın iptal edilerek takibe devam edilmesi ve borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesidir.⁴⁴

ğinde, esasen arabulucuya başvuruya dava açılması ile ilgili olarak hak düşürücü ve zamanasımı sürelerini durdurma fonksiyonu yüklediği görülmektedir. Buna karşılık, arabulucuya başvuru bir takip şartı olarak öngörülmediğinden kural olarak takip hukukundaki süreler bir etkisi olmayacaktır. Bu kapsamda bir davaya ilişkin hak düşürücü süre olduğu için (İİK m. 67/I) arabulucuya başvurulması halinde itirazın iptali davası açma süresi korunacaktır. Ancak, İcra ve İflas Kanunu madde 78/II çerçevesinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde haciz istenmesine ilişkin sürenin durması itirazın iptali davası açılması veya itirazın kaldırılmasının talep edilmesi koşulu bağlandığından, bu süre işlemeye devam edecektir.

⁴¹ Zira alacaklı, lehine aldığı bir ilama dayanarak borçlunun itirazı üzerine durmuş olan ilamsız icra takibine devam edilmesini isteyemez, ancak ilamı, ilamlı icra takibine konu edebilir. Kuru-İcra El Kitabı, s. 273. Ayrıca bkz.: Yarg. 12. HD. 6.3.2006, 2626/4339, www.lexpera.com.tr, e.t.: 18.04.2020.

⁴² Arabuluculuğa başvurunun hak düşürücü süreler etkisinin düzenlendiği HUAK m. 18/A gereği itirazın kaldırılması süresinin de işlemeyeceği söylenebilirse de kanımızca bu süre salt takip hukukuna özgü olup dava açılması ile bir ilgisi bulunmadığından, arabulucuya başvurulması itirazın kaldırılması süresini durdurmaz.

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 108; Benzer yönde bkz.: Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 152; Gönen Eriş, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *ABD*, Ankara 1977, S. 5, (s. 822-841), s. 828; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 78, 83; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012, s. 712; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 318-319, (Muşul-İcra); Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123.

⁴⁴ Bu noktada icra inkâr tazminatı talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğu kap-

Bu görüşe göre, itirazın iptali davasının amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilmesini sağlamak olduğundan alacaklının hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini talep etmesi durumunda, mahkemenin bu taleplerden hangisini istediğini alacaklıya sorması gerekir. Başka bir görüşe göre de, alacaklı borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istemediği ve mahkeme de itirazın iptali kararı ile birlikte borçluyu bir edaya mahkûm etmediği için itirazın iptali davası, bir alacak hakkında açılan tespit davası mahiyetinde olup,⁴⁵ dava sonunda tespit hükmü içeren bir karar verilmektedir.⁴⁶ İşaret ettiğimiz her iki görüşe göre de itirazın iptali davasının konusu belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmadığından, bu görüşlerin kabulü halinde arabulucuya başvuru zorunluluğu söz konusu olmaz.

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, ödeme emrine itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içerisinde açılmış olmak kaydıyla mahkeme alacaklının talebini, dava dilekçesindeki hukuki nitelikleme ile bağlı kalmaksızın "itirazın iptali davası" olarak nitelendirmektedir.⁴⁷ Zira, davacı dilekçesinin neticeyi talep kısmında, daha sonra ilâmlı icra yoluna da başvurabilmek düşüncesiyle, alacağın tahsilini de isteyebilir. Dolayısıyla mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda, alacaklının alacaklı olduğu anlaşılırsa talebe göre "alacağın tespiti ile takibin devamı" veya "alacağın tahsili ile takibin devamına" karar verilir. Bu durumda tarafın talep sonucu esas alınarak "alacağın tahsili ile takibin devamına" karar verilmesi durumunda belli miktar paranın ödenmesi talebi söz konusu olduğundan bu halde arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı teşkil edecektir.

samında yer aldığı düşünülebilir. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz.: aşa, C.IV/5.

⁴⁵ Tahir Çağa, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", *BATİDER*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3, (s. 21-31), s. 21 vd., Talih Uyar, *İcra Hukukunda İtiraz*, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 313, (Uyar-İtiraz); Yönel Özkan, *İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004. s. 12-15.

⁴⁶ İtirazın iptali davası ve ilamının yargılama giderlerine ve icra inkâr tazminatına ilişkin kısmi bir eda (tahsil) davası ve ilamı olduğunu ileri sürmektedir. Çağa, s. 25; Yavuz Okçuoğlu, "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *BBD*, Bursa 1980, S. 11, (s. 10-14), s. 10-14, Uyar-İtiraz, s. 312-313. Bu hususun davanın hukuki niteliğini belirlemede ana kural olmayıp, bir nevi tali kural olarak kabul edildiğine ilişkin bkz.: Özkan, s. 14.

⁴⁷ Yılmaz-İtirazın İptali, s. 1785.

Yargıtay bazı kararlarında itirazın iptali davasını bir tespit davası olarak nitelendirirken⁴⁸ bazı kararlarında ise bir eda davası⁴⁹ olarak nitelendirmiştir. Bir Hukuk Genel Kurulu Kararında ise, süresinden sonra itirazın iptali davası açılması halinde, bu davaya alacak davası olarak devam edilmeyip, iki davanın takip hukuku bakımından sonuçlarının farklı olması nedeni ile davanın reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.⁵⁰ Bu kararda özellikle davacının talep sonucu kısmında, alacağın tahsilinden hiç bahsedilmeyip şüphe götürmeyecek açıklıkta itirazın kaldırılmasından bahsedilmesi nedeni ile, taleple bağlı olan hâkimin usul ekonomisi ilkesi gereği de davaya alacak davası olarak devam edemeyeceğine vurgu yapılmıştır.⁵¹ Ancak bu durum, sürenin geçtiğini fark eden davacının tahkikat aşamasında ıslah yolu ile davasını alacak davasına dönüştürmesine engel değildir. Davanın ıslah yolu ile genel hükümlere göre açılmış bir alacak davasına dönüştürülmesi halinde ise, bu dava Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükümleri çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır.

⁴⁸ Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203; Yarg. 11. HD, 5.4.2004, 9065/3572; Yarg. 19. HD, 19.3.2004, 4746/3086; Yarg. 13. HD, 21.4.2003, 1529/4743, www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁴⁹ HGK, 26.9.1980, 11-2004/2181; HGK, 21.11.1979, 4-993/1378; Yarg. 4. HD, 26.12.1970, 8715/9875, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁵⁰ “Bir an için bir yıllık sürede açılmadığı için reddi gereken davanın alacak davası olarak sürdürüldüğünü kabul ettiğimizde aslında itirazın iptali sonuca bağlanmamış olduğundan takibin durumunun ve açıklanan sonuçların sürüncemede kalması söz konusu olacaktır. Zira alacak olarak devam edilecek davanın sonuçları itirazın iptali davasının sonuçları ile aynı değildir. En başta takibe etkili olmayacağı açıktır. İcra takibinin askıda kalması elbette yasa koyucunun istediği bir şey değildir ki, itirazın iptali davasına takibe sıkı sıkıya bağlı sonuçlar yüklemiştir... Bu açıklamalar da göstermektedir ki, itirazın iptali davası, takiple dolayısıyla İcra Hukukunun kendine özgü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı kendine özgü bir dava türüdür. Salt alacak davasının doğuramayacağı sonuçlar bu davanın sonuçlanmasına bağlı olup, süresinde açılmayan itirazın iptali davasının sonuçlarını etkileyecek, hatta bu nedenle verilecek ret kararı nedeniyle doğacak hukuki etkileri ve borçlu yararına gerçekleşecek hakları ortadan kaldıracak, takibi askıda bırakacak şekilde, eldeki itirazın iptali davasının bir başka davaya alacak (Tahsil) davasına dönüştürülerek davaya devam edilebileceğini kabule olanak bulunmamaktadır”, HGK, 12.10.2005, 19/528-568, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 17.10.2019.

⁵¹ Buna karşılık, Yargıtay’ın vermiş olduğu başka bir kararında davacının açacağı dava ile hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini istemiş olmasında, mahkemenin davacının talebini “takibin devamı” veya “alacağın tahsili” ne dönüştürmesini isteyerek; davacının yapacağı tercihe göre karar vereceğini belirtmiştir. Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203, bkz.: Yılmaz-İtirazın İptali Davası, s. 605, dn. 29.

Görüldüğü üzere doktrinde ve uygulamada itirazın iptali davaları üzerine görüş birliği bulunmamakta olup, açılan davanın tek bir dava mı yoksa alacaklının tercihine göre iki ayrı dava mı olduğu hususu, bu davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir dava şartı olup olmadığının tespitinde bir belirsizliğe yol açmaktadır. Kanımızca da itirazın iptali davası, asli sonuçlarını doğrudan icra takibi üzerinde doğuran, davacının talep ettiği hukuki himayeye göre, tespit davası, eda davası ve inşâî dava gibi bir sınıflandırmaya tabi tutulamayan icra ve iflâs hukukuna özgü bir davadır. Bir davanın itirazın iptali davası olarak nitelendirilebilmesi için alacaklının itirazın iptalini talep etmiş olması yeterlidir (İİK m.67/I). Alacaklının talebinin itirazın iptali davası olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca bir tahsil ya da eda talebinde veya icra tazminatına yönelik bir talepte bulunulmasına gerek yoktur. Alacaklının itirazın iptalinin yanı sıra bu taleplerden birisini de ileri sürmüş olması davanın niteliğinin değil, dava sonunda verilen hükmün etkisinin tartışılmasını gerektirir. Hükmün etkisi ise, davacının talep sonucuna göre değil, hükmün niteliğine göre belirlenir.

Sonuç itibari ile kanımızca itirazın iptali davası hem davanın amacı hem koruduğu menfaat hem de hukuki niteliği dikkate alındığında, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü çerçevesinde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir.⁵²

2. Menfi Tespit ve İstirdat Davası

Bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitine yönelik açılan dava menfi tespit davası olarak adlandırılır. İcra takiplerine etkisinin belirlenmesi bakımından menfi tespit davaları İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir.⁵³ Menfi tespit davası, bu yönü ile icra hukukuna özgü bir davadır.⁵⁴ Borçlu, icra takibinden önce veya takip başladıktan sonra borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir (İİK m. 72). Bu dava ile borçlu, alacaklı tarafından varlığı iddia edilen

⁵² Aynı yönde bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.196-197; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123; Yardım, s. 103; Aksi yönde bkz.: Yakıcı, s. 90; Koçyiğit/Bulur, s. 67; Paşlı, s. 22; Çiçek, s.91; Saraç, s. 61; Kurt Konca, s. 5; Budak, s. 33.

⁵³ Kuru-İcra El Kitabı, s. 346; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 351; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 11, (Kuru-Menfi Tespit Davası).

⁵⁴ Yılmaz-İcra Şerh, s. 414.

hukuki ilişkinin mevcut olmadığına tespitini istemektedir. Şu hâlde bu davanın konusu, iddia edilen bir hukuki ilişkinin hiç doğmadığına veya sona erdiğinin tespitidir. İcra ve İflâs Kanunu'nda, menfi tespit davalarından başka (İİK m. 72), benzer içerikte borçtan kurtulma davası (İİK m. 69/II) ve borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacaklarının haczinde, üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine açılan menfi tespit davaları da (İİK m. 89/III) yer almaktadır. Bu davalarda da genel hükümler dairesinde inceleme yapılarak bir yargılama faaliyeti yürütülmekte ve verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Menfi tespit davaları esasen yukarı kısımlarda ele alınıp incelenmiş olmakla birlikte bu başlık altında sadece davacının talep sonucu açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Doktrinde bir görüş, hem İcra ve İflâs Kanunu madde 72 çerçevesinde açılan menfi tespit davalarının hem madde 69/II çerçevesinde açılan borçtan kurtulma davasının hem de madde 89/III çerçevesinde açılan menfi tespit davasının, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığını ileri sürmektedir.⁵⁵ Bu görüş dayanağını, ticarî davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün amaçsal yorumlanması gerektiği düşüncesinden almaktadır. Bu görüşe göre, madde lafzında kullanılan dava konusu yerine uyuşmazlık konusunun esas alınması arabuluculuğun amacına da uygun olacaktır.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, menfi tespit davasının konusu, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat talebi olmadığından hem takipten önce hem de takipten sonra açılacak menfi tespit davaları arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında değildir.⁵⁶

⁵⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 67-68.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 131; Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul, s. 772-773; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s.190-191; Paşlı, s.19-20; Yardım, s. 99 vd.; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123, dn. 11; Tanrıver'e göre, "takipten önce açılacak olan menfi tespit davası bağlamında, borçluyu, arabuluculuğa müracaata zorlamak, arabuluculuğa başvuru, cebri icraya işlerlik kazandırmayı engellemeyeceği için, aleyhinde cereyan edecek olan takibin, bir an önce başlatılmasına sebebiyet verecek ve takipten önce menfi tespit davası açılması olanağını tümüyle ortadan kaldıracaktır. Başlangıçta takipten önce açacağı menfi tespit davasıyla alacağın yüzde on beşi oranında teminat göstermek suretiyle alacağı ihtiyatî tedbir kararıyla icra takibini durdurma olanağına sahip olan borçlu, artık açacağı dava takipten sonra açılan bir menfi tespit davası olacağı için, ancak alacağın tamamını depo edip; yüzde on beş oranında da teminat göstermek sure-

Konu yargısal kararlarda da tartışılmıştır. Bu konuda bölge adliye mahkemelerinin birbirleri ile çelişen kararları bulunmaktadır. Menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kaldığı görüşünde olan bölge adliye mahkemeleri; Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde, talep sonucuna değil dava konusuna vurgu yapıldığı; dava konusu olarak bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağı şartı arandığı; menfi tespit davalarının konusunun esas itibarıyla bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması nedeniyle arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalması gerektiği; aksi yönde bir yorumun kanun koyucunun amacına aykırı olacağı ve bu durumun uygulamada kargaşaya neden olabileceği gerekçesine dayanmaktadırlar.⁵⁷ Buna karşılık menfi tespit davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmadığı görüşünde olan bölge adliye mahkemeleri; Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirildiğini, dava konusunun ise dava dilekçesinin netice-i talep kısmına göre belirleneceği, menfi tespit davasında davacının bir miktar paranın ödenmesi veya bir tazminat alacağı talebinde bulunmadığı gerekçesini ileri sürmektedirler.⁵⁸

Kanımızca, takipten önce menfi tespit davası açmayı düşünen borçlu, icra ve İflâs Kanunu madde 72 hükmüne dayanacağını beyan etmiş olsa bile, bu aşamada alacaklı henüz bir takip başlatmak suretiyle borçluya karşı harekete geçmediğinden, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin değerlendirme İcra ve iflâs hukuku bakımından değil, genel hükümler çerçevesinde yapılmalıdır. Mesele bu yönü ile

tiyle alınacak olan ihtiyatî tedbir kararı ile icra takibini durdurabilecek; alacağın tamamını ödeme olanağı yoksa sadece yüzde on beş tutarındaki teminatla mahkemenin temin edeceği ihtiyatî tedbir kararıyla, icra vizesine giren paranın alacaklıya ödenmemesini sağlayabilecektir." , bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 123,124, dn. 11.

⁵⁷ İstanbul BAM 19. HD, 28.06.2019, 1734/1521; Benzer yönde, Erzurum BAM 3. HD, 27.03.2019, 531/549; Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 01.11.2019.

⁵⁸ İstanbul BAM, 14. HD, 21.03. 2019, 521/423. Benzer yönde bkz.: Antalya BAM 11. HD, 28.05.2019, 1142/1136; İstanbul BAM 19. HD, 23.05.2019, 1509/1299, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 01.11.2019; İstanbul BAM 16. HD, 19.05.2019, 1086/1021; İstanbul BAM, 16. HD, 24/05/2019, 1159/1194; Gaziantep BAM 8. HD, 09.07.2019, 1107/1478, kararlar için bkz.: www.lexpera.com.tr, e.t.: 19.04.2020.

yukarı kısımlarda ele alındığından burada ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.⁵⁹

Takipten sonra açılan menfi tespit davaları ile borçtan kurtulma davaları bakımından ise, alacaklı eda içerikli bir ifa talebinde bulunmuştur. Ancak, talep mahkemeye değil icra dairesine yöneltilmiştir. Alacaklının bu talebine karşı borçludan beklenen, borçlu olmadığına tespitine yönelik mahkemeden bir talepte bulunmasıdır. Borçlunun bu iradeyi mahkemeye yöneltilmesine ve bu irade sonucunda ortaya çıkan mahkeme kararına ise İcra ve İflâs Kanunu madde 72’de birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Buna karşılık arabulucuya başvurulmuş olmasının takip üzerinde bir etkisi yoktur. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 15/III hükmü nedeniyle arabulucunun yargısal yetkiler kullanması da mümkün değildir. Başka bir ifade ile, arabulucuya başvurulmuş olması borçlunun İcra ve İflâs Kanunu madde 72’de öngörülen imkânlardan yararlanmasına engel olur; ancak takibi durdurmaz. Bu nedenle arabuluculuk süreci devam ederken takip sona ermiş olabilir. Oysa, borçluya takipten sonra menfi tespit davası açma imkânı verilmesinin nedeni, alacaklının ilâmsız takip yoluna başvurmuş olması nedeni ile borçlu aleyhine bozulan menfaat dengesini, gerektiğinde bir mahkeme kararı ile yeniden sağlayabilmektir.

Diğer taraftan tespit istemi tamamen usulî bir talep olup, maddî hukuk bakımından böyle bir talebin borçlu tarafından alacaklıya yöneltilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu talebin muhatabı doğrudan doğruya mahkemedir. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun menfi tespit davası açmadan önce arabulucuya başvurmada hukuki ve mantıki bir neden yoktur. Kanımızca bu halde borçlu ihtiyari arabuluculuk yoluna dahi gidemez. İşaret ettiğimiz aynı gerekçeler borçtan kurtulma davası için de geçerlidir.⁶⁰

İcra ve İflâs Kanunu madde 89/III çerçevesinde açılan menfi tespit davaları bakımından ise, bu davanın tarafları alacaklı ve üçüncü kişi

⁵⁹ Bkz.: yuk., B. I; B. II

⁶⁰ Borçtan kurtulma davalarının parasal bir edime mahkûmiyeti içeren bir eda davası konumunda bulunmaması ve imzaya itirazın hükümden düşürülmesi prosedürünün ayrılmaz bir parçası ve cüzü oldukları için dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi kılınmayacaklarına ilişkin bkz., Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 124, dn. 11.

olduğundan, icra hukuku alanında açılan davaların amacı ve bu davalarla korunan menfaate ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.⁶¹

İstirdat davası bakımından ise (İİK m. 72/VI; m. 72/VII), salt dava konusundan hareket edildiğinde, bu davanın Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu söylenebilir. Bu dava mahkemen talep edilen hukuki koruma açısından değerlendirildiğinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105'inci maddesi çerçevesinde bir eda davası olarak değerlendirilebilir.⁶² Bu yönü ile Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan koşulları da sağlamaktadır. Ancak, mesele istirdat davasının "borçlu olunmayan bir paranın cebri icra tehdidi altında ödenmesi" koşulu çerçevesinde ele alındığında, istirdat davası açmak isteyen borçluyu arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutmak taraflar arasındaki menfaat dengesinin borçlu aleyhine açıkça bozulması anlamına gelir.⁶³ Bu yaklaşımın kabulü, aynı zamanda icra ve iflâs hukuku alanında açılabilen davaların amacına açıkça aykırı olur. Zira, esas uyuşmazlığa neden olan alacak bakımından maddî hukuka göre talepte bulunma hakkına sahip olan alacaklı, hiçbir engelle karşılaşmaksızın talebini cebri icra organları önünde ileri sürmüş ve cebri icra tehdidi ile alacağına kavuşmuştur. Başka bir ifade ile, uyuşmazlığın esası bakımından maddî hukuka göre ifa talebinde bulunabilme yetkisine sahip olan takip alacaklısı uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulmamışken, maddî hukuk bakımından ifa talebinde bulunma yetkisi olmayan borçluyu cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kaldığı bedelin iadesi için arabulucuya başvuru zorunlulu-

⁶¹ Bkz.: yuk., B. I; B. II.

⁶² Kuru-İcra El Kitabı, s. 392; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 229; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 139; Kuru-Menfi Tespit Davası, s. 234; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 465, (Muşul-Menfi Tespit).

⁶³ İstirdat davalarının belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak davaları olması nedeniyle diğer şartları da taşınması durumunda dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kalacağına ilişkin bkz.: Saraç, s. 62; Koçyiğit/Bulur, s. 68; İstirdat davasının şartlarının tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş ve yalnızca ilamsız icra bağlamında uygulama alanı bulacak özel bir dava konumunda olması sebebiyle, alalâde bir alacak davası, bir eda davası gibi yaklaşıp, dava şartı arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 124, dn. 11.

ğuna tabi tutmak, icra ve iflâs hukukunun taraflar arasında kurduğu menfaat dengesine aykırı olduğu gibi, hakkaniyete de uygun değildir. Söz konusu yaklaşım bu yönü ile de Anayasa madde 36'da yer alan hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına da aykırıdır.

3. Tasarrufun İptali ve İstihkak Davaları

a) Tasarrufun İptali Davası ve İstihkak Davasına Yönelik Ortak Tespitler

Arabulucuya başvuru zorunluluğu çerçevesinde öncelikle tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının birer ticarî davaya vücut verip vermediği sorunu üzerinde durulmalıdır. Takibe konu edilen alacak, alacaklı ile takip borçlusu arasında ticarî davaya vücut verecek bir borç ilişkisinden kaynaklansa bile, böyle bir takip ile bağlantılı olarak açılabilen bu tip davaların birer ticarî dava olup olmadığı hukukumuzda tartışmalıdır. Davanın her iki tarafının tacir olduğu ve dava sonunda verilecek hükmün her iki tarafın ticarî işletmesini ilgilendirdiği haller de bu tartışmaya dâhildir.

Türk Ticaret Kanunu madde 4'e göre bir davanın ticarî dava sayılabilmesi için, tarafların her ikisinin tacir olması ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğması veya ticarî nitelikte çekişmesiz yargı işi olması veyahut davanın aynı maddede altı bent halinde sayılan dava türlerinden birisine girmesi gerekir. Dolayısıyla kanunda belirtilen altı bent halinde sayılan veya özel kanunlarda ticarî dava olduğu belirtilen davalar (*Kooperatifler Kanunu m. 99; İcra İflâs Kanunu m. 154; Finansal Kiralama Kanunu m. 31, Ticarî İşletme Rehni Kanunu m. 22 gibi*) dışında taraflardan birinin tacir olmaması veya tacir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticarî işletmeyle ilgisinin bulunmaması durumunda ticarî davanın varlığından söz edilemez.⁶⁴ İstisnai

⁶⁴ "Davacı şirket, davalı şirkete satmış olduğu malların bedelini alamaması nedeni ile tahsili için takip yapmış, bu takip sırasında davalı şirketin diğer davalı gerçek kişiye yapmış olduğu araç satışının muvazaalı olduğunu iddia ederek alacağını teminini sağlamak için TBK'nın 19. maddesi gereğince, tasarrufun iptali istemli eldeki davayı açmıştır. Davada alacaklı ve borçlu olan şirketler arasında ticarî bir alım satım ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak davaya konu edilen taraflar arasındaki bu alım satım ilişkisi değil, davalı şirket ile diğer davalı 3. kişi arasındaki muvazaalı olduğu ve iptali istenilen işlemdir. Tasarrufun iptali davasında ya da somut olayda olduğu gibi TBK'nın 19. maddesi gereğince ve İİK'nın kıyasen uygulanması istemli olarak açılan davalarda alacaklı ile borçlu taraflar arasındaki ticarî nitelikteki alım satım ya da banka alacağını oluşturan ticarî ya

durum yalnızca bir tarafın ticarî işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalar olup, bu davalar da kanun gereği ticarî dava sayılmıştır (TTK m. 4). Hatta Yargıtay'a göre, takibin tarafları arasında mutlak ticarî davaya vücut veren bir ilişki bulunsa bile, tasarrufun iptali davası şahsi nitelikte bir dava olduğundan bu davaları görmekle asliye hukuk mahkemesi görevlidir.⁶⁵

Esasında buraya kadar işaret ettiğimiz sorunların, takip (asıl uyuşmazlık) içerisinde takip bakımından ferî ve fakat dava bakımından asli nitelikteki yeni bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede, takip ile dava arasındaki sıkı ilişki dikkate alındığında, bu tip davaların ticarî nitelikte olması gerektiği, zira söz konusu davalar ile alacaklının yargılama konusu yapmadığı asıl takibe konu uyuşmazlığa ilişkin talebinin gerçekleştirildiği söylenebilir.⁶⁶ Buna karşılık mesele dava konusu açısından ele alındığında, bu tip davaların Türk Ticaret Kanunu madde 4 çerçevesinde birer ticarî dava olmadığı sonucuna varılabilir.⁶⁷

da genel kredi sözleşmeleri görevin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ne tasarrufun iptali davası ne de TBK m. 19 gereğince İİK'nun 283. maddesi kıyasen uygulanması istemli muvazaa davası TTK'nun 4. maddesinde belirtilen mutlak ya da nispi ticari dava niteliğine haiz olduğundan 6100 sayılı HMK'nun 2. maddesi gereğince genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında kalmaktadır", HGK, 10.02.2016, 17-2389/129, bkz.: www.sevgipinari.org, e.t.: 15.11.2019.

⁶⁵ "Dava, İİK'nın 277. vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davalar ile güdülen amaç bir alacağın tamamının ya da bir kısmının tahsiline olanak bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı hukuksal işlemlerle, borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün hukuksal işlemlerin hükümsüzlüğünü sağlamak ve bu yol ile alacağı tahsil etmektir. Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder. Bu nedenle iptal davası alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlayan nisbi nitelikte, yasadan kaynaklanan bir davadır. Bu niteliği itibariyle ticaret mahkemesinin görevi içinde sayılan ticari davalardan değildir. 6102 sayılı Kanun'da bu konuda yeni bir düzenleme de bulunmamaktadır. Açıklanan bu maddi ve hukuksal nedenlerle eldeki davada Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olması...", Yarg. 17 HD, 16.12.2015, 17344/14279, bkz.: www.legalbank.com.tr, e.t.: 15.11.2019.

⁶⁶ "...iptal davası ile maddi hukuka ilişkin yeni bir sonuç doğmamakta, sadece üçüncü kişiye takibe katlanma yükümlülüğü yüklenmektedir. -Tasarrufun iptali davalarının bir miktar para alacağının ya da tazminatının ödenmesine ilişkin eda davası niteliğinde olduğu, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatine varılarak", Hatay 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2019/82, K. 2019/79 (Yayımlanmamış karar), bkz.: Budak, s. 37. Buna karşılık, tasarrufun iptali davalarının bir miktar para alacağının ya da tazminatının ödenmesine ilişkin nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, bu davanın niteliği gereği bir inşai dava olduğu yönündeki görüş için bkz.: Budak, s. 35, 38.

⁶⁷ "Kaldı ki davada incelenmesi gereken husus davalı borçlunun yaptığı tasarruflarının iptali gerekip gerekmediği, başka bir anlatımla İİK 277 vd. maddelerinde

İşaret ettiğimiz tartışmalardan ari olarak, söz konusu davaların ticarî dava olduğu kabul edilse bile, bu davaya konu uyuşmazlıklar yine de arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacaktır. Zira bu davalar neticesinde verilen karar çoğu kere bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda hükmünü içermez.

Türk Ticaret Kanunu madde 5/A, arabuluculuğun amacından hareketle salt uyuşmazlık konusu üzerinden yorumlandığında; takip konusu yapılmış asıl uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğu dışında tutulmuşken, onun çözümüne katkı sağlayacak ferî uyuşmazlık arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi kılınmış olur. Bu sonuç ise, davanın tarafı olmamakla birlikte takibin tarafı olan kişilerin menfaatleri ile bağdaşmadığı gibi söz konusu davaların koruma amacı ile de bağdaşmaz.

İstihkak davaları söz konusu olduğunda da takibe konu asıl uyuşmazlık ile dava konusu arasında bir farklılık vardır. Alacaklı, Türk Ticaret Kanunu madde 4’de işaret edilen ticarî dava kategorilerinden birisine giren bir uyuşmazlık için ilâmsız takip yoluna başvurmak yerine dava açma yolunu tercih etseydi, öncelikle arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktı. Oysa alacaklı dava açmak yerine ilâmsız takip yolunu tercih ettiğinde, takibe konu talebi bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacak, ancak alacaklının bu talebinin gerçekleştirilmesi için ferî nitelikteki bir uyuşmazlığın (*istihkak davasına konu uyuşmazlığın*) çözümü arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacaktır. Kaldı ki, takibin tarafları arasındaki uyuşmazlık bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olsa bile, bu uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak olan istihkak davasının konusu belirli bir miktar para veya tazminat ödenmesine ilişkin değildir. Bu dava ile bir para alacağının ifasının gerçekleştirilmesi değil, haczedilen (ya da iflâs masasına kaydedilen) bir mal üzerinde cebri icraya devam edilip edilmeyeceğinin tespiti amaçlanır.⁶⁸

belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Açıklanan şekli ile görevin, İİK 281/1 maddesine göre genel mahkemelere ait olduğu, davanın ticarî dava olmadığı da açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece; davacı banka tarafından davalıların kendi aralarında yapmış oldukları tasarrufun İİK’nın 277 ve devamı maddeleri gereğince iptali istemi ile açılan tasarrufun iptali davasının ticarî dava olarak değerlendirilmesi ile davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi hatalı olup..”, Konya BAM, 3. HD, 13.06.2019, 528/554, bkz.: www.e-uyar.com, e.t.: 18.02.2020.

⁶⁸ HGK, 11.12.2002, 15/917-104, HGK, 26.4.1989, 13/197-336; Yarg. 21. HD, 16.9.2003,

Kanımızca, tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının koruduğu menfaat dengesi dikkate alındığında da bu davalar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır. Zira bu dava ile haczin üçüncü kişilerin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkardığı menfaat çatışmasının önüne geçilmek istenmektedir. İstihkak davasının amacı, borçluya ait olduğu gerekçesi ile haczedilen mal üzerinde üçüncü kişinin (*veya alacaklının ya da borçlunun*) iddia ettiği hakkın mevcut olup olmadığının cebri icra prosedürü içerisinde çözülerek bu mal üzerindeki haciz işleminin akıbetinin tespit edilmesidir.⁶⁹ İstihkak davalarında da taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasına ilişkin düzenlemelere, özellikle karineler ve ispat yüküne ilişkin hükümler örnek olarak verilebilir.⁷⁰ İstihkak davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi durumunda; alacaklı ile üçüncü kişinin, istihkak iddiası hakkında yapacakları bir anlaşma, üzerinde istihkak iddia edilen malın haczine ilişkin doğrudan bir etki göstermeyecektir. Zira istihkak davasına konu uyuşmazlığın gerçek nedeni, üçüncü kişinin istihkak iddiası sonucunda alacaklının, bir miktar para alacağına kavuşamaması ya da kavuşmasının gecikmesidir. Oysa istihkak davasının konusu bir miktar para alacağının ödenmesi değil, üçüncü kişinin (*veya alacaklı/ya da borçlunun*) istihkak iddiasının açıklığa kavuşturulmasıdır.

İstihkak davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu varsayımında, bu süreçte yapılacak anlaşmadan beklenti, anlaşmanın istihkak iddiasına konu hacizli mal üzerinde cebri icranın devamı bakımından bir etki göstermesidir. Oysa alacaklı bakımından, takipten bağımsız olarak, borçluya ait bir mal varlığı üzerindeki istihkak iddiasının bir önemi yoktur. Zira borç ilişkisinin nispiyeti kuralı, maddî hukuk bakımından alacaklının, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye müdahil olmasına engeldir. Burada yapılacak anlaşma, daha sonra asıl borçlu ile üçüncü kişi arasındaki rücu ilişkisinde de yeni bir uyuşmazlık kaynağı olarak ortaya çıkacaktır. Zira takip borçlusu istihkak

5796/6813, Yarg. 21.HD, 30.04.2002, 3201-3622, kararlar için bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 18.04.2020.

⁶⁹ Aslan, s. 22.

⁷⁰ Çiftçi, s. 290.

davasının ve arabuluculuk sürecinin tarafı olmadığından, sürecin gizliliği nedeni ile anlaşmanın içeriğini ve kapsamını öğrenemeyecektir. Benzer sorunlar tasarrufun iptali davaları bakımından da geçerlidir.

b) Tasarrufun İptali ve İstihkak Davası İle Birlikte Açılabilen Yan Davadan Kaynaklı Spesifik Sorunlar

Tasarrufun iptali davaları ve istihkak davalarının hem amacı hem korudukları menfaat dengesi hem de bir ticari dava olmadıkları yönündeki ağırlıklı görüş dikkate alındığında bu davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadıklarına yukarıda işaret etmiştir.⁷¹ Ancak arabulucuya başvuru zorunluluğu bakımından bu davalarla ilgili olacak esas sorun, İcra ve İflâs Kanunu'nun madde 283/III hükmü çerçevesinde tasarrufun iptali davası ile birlikte üçüncü kişi tarafından borçluya karşı açılabilen yan davadan⁷² kaynaklanmaktadır. Yan dava ile üçüncü kişi aynı dava içerisinde borçludan, tasarrufun iptal edilmesi halinde uğrayabileceği zararların tazminini talep etmektedir. Diğer taraftan üçüncü kişinin İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII hükümleri çerçevesinde alacaklıya karşı açtığı istihkak davasında, alacaklı da aynı mahkemede (icra mahkemesinde) bir karşı dava olarak tasarrufun iptali davası açabilmektedir. Tasarrufun iptali davası açılması halinde, üçüncü kişi de bir yan dava şeklinde aynı mahkemede ve aynı dava dosyası içerisinde tasarrufun iptali halinde uğrayacağı zararın giderilmesi için borçluya karşı tazminat talebinde bulunabilir (İİK m. 283/III). Bu ihtimal gerçekleştiğinde, icra mahkemesinde aynı dosya içerisinde üçüncü kişinin alacaklıya (ve borçluya) karşı açtığı istihkak davası, alacaklının borçlu ve üçüncü kişiye karşı birlikte açtığı tasarrufun iptali davası ve üçüncü kişinin borçluya karşı açmış olduğu tazminat davası hep birlikte görülmek durumundadır.

⁷¹ Bkz.: yuk., C. IV/3-a.

⁷² Yan dava terimi Türk hukukunda pek yaygın olarak kullanılmamakla birlikte, Amerikan hukukunda aynı dava içerisinde dava arkadaşlarının birbirlerine yönelttikleri talepler yan dava (crossclaim) olarak nitelendirilmektedir. Yan davalarda, asıl davaya konu edilen işlem ile dava konuları arasındaki ilişkinin aynı vakıya ya da işlemde kaynaklanmış olması ya da dava konusu şey üzerinde bir hak iddia edilmesi gibi bir ilişki aranmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Ermenek-Birleştirme, s. 66. Bu açıdan üçüncü kişinin, tasarrufun iptali davasına konu işlemin iptali nedeni ile malvarlığında hasıl olacak eksikliğin giderilmesi için, asıl dava olan tasarrufun iptali davası içerisinde ileri sürdüğü talep (İİK m. 283/III) tipik bir yan dava teşkil etmektedir Ermenek-Birleştirme, s. 64, dn. 145.

Yan dava açılması halinde mahkeme, her iki davanın birlikte görülmesine karar verebileceği gibi üçüncü kişinin talebini tefrik ederek iptal davasının daha önce hükme bağlanmasına da karar verebilir. Bu davaların birlikte görülmesi halinde, üçüncü kişinin açacağı yan dava başlı başına bir ticarî davaya konu olabilir. Bu ise esasen ticarî dava niteliğinde kabul edilmeyen ve arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayan tasarrufun iptali davası ile Türk Ticaret kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olacağı şüphe götürmeyen üçüncü kişi tarafından açılan yan davanın aynı dava dosyası içerisinde birlikte görülmesi zorunluluğunu doğurur. Bu ihtimalde, maddî olarak birbirinden tamamen bağımsız olan bu davalar, usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi amacıyla aynı dava dosyası içerisinde (şekli olarak dava dosyasının tekliği) birlikte görülmektedir.⁷³ Bu nedenle dava şartları her biri dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu halde üçüncü kişinin yan dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunludur denilirse, bu defada aralarındaki sıkı bağ nedeni ile yan davayı doğrudan etkileyecek olan tasarrufun iptali davası sonuçlanmadan (üçüncü kişinin henüz zararı ortaya çıkmadan) arabulucuya başvurulması halinde, arabuluculuk sürecinde müzakerelerin konusunu doğmamış bir alacak teşkil edecektir. Bu noktada esasen doğmamış alacakların da arabuluculuk sürecinde müzakere edilebileceği ileri sürülebilirse de tasarrufun iptali davasının mahkeme tarafından reddedilmesi halinde, arabuluculuk sürecinde doğması hukuki olarak mümkün olmayan bir alacak müzakere edilmiş olacaktır.

İkinci bir ihtimal de mahkeme yan davayı tefrik ederek tasarrufun iptali davasının sonucunu bekletici mesele yapabilir. (İİK m. 283/III son cümle). Ancak bu halde, tefrik edilen yan dava ayrı bir esasa kaydedileceğinden,⁷⁴ arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmediğinden dava usulden reddedilecektir (HUAK m. 18/A-2). Kaldı ki, sırf bu nedenle davaların ayrılması tarafların hukuki dinlenilme hakkının da ihlali sonucunu doğurur.⁷⁵ Oysa üçüncü kişinin talebinin ayrılarak öncelikle iptal davasının görüşülmesindeki amaç alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengenin sağlanması ve çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesidir.

⁷³ Ermenek-Birleştirme, s. 260.

⁷⁴ Ermenek-Birleştirme, s. 277, 278.

⁷⁵ Ermenek-Birleştirme, s. 262.

Mesele istihkak davası bakımından ele alındığında da benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII hükümleri çerçevesinde istihkak davasına karşı alacaklının da aynı mahkemede bir karşı dava olarak tasarrufun iptali davası açması halinde; üçüncü kişi de bir yan dava olarak, tasarrufun iptali halinde uğrayacağı zararın giderilmesini aynı mahkemede ve aynı dava dosyasında borçludan talep edebilir (İİK m. 283/III). Bu noktada her ne kadar Yargıtay tasarrufun iptali ve istihkak davalarının birer ticarî dava olmadığı yönünde görüş beyan etse de borçlu ile üçüncü kişi arasında ticarî davaya vücut veren bir ilişki söz konusu olduğunda, üçüncü kişinin borçluya karşı yan dava şeklinde açacağı tazminat davasının bir ticarî dava olacağı ve dava konusunun bir tazminat alacağı olacağı muhakkaktır. Tasarrufun iptali davaları kısmında da işaret ettiğimiz üzere bu davanın açılabilmesi için Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunludur. Bu sonucun kabulü ise, İcra ve İflâs Kanunu madde 97/XVII ve madde 283/III'ün yukarıda işaret ettiğimiz amacına tamamen aykırıdır. Ulaştığımız bu sonuç, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davaların amacı ve korudukları menfaat dikkate alındığında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması gerektiğinin başka bir gerekçesini teşkil etmektedir.

Bu noktada üzerinde durduğumuz meseleyi de yakından ilgilendiren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli bir kararına da işaret etmek gerekir. Yargıtay, objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, taleplerden birisinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması halinde, diğer talebin de arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayacağına karar vermiştir.⁷⁶ Kanımızca öncelikle Yargıtay'ın somut olayda objektif dava birleşmesi bulunduğu ilişkin tespitinin yerinde olmadığına işaret edilmelidir. Zira somut olayda Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 110 anlamında birbirin-

⁷⁶ "Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığına tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir", Yarg. 11 HD, 17.02.2020, 197/1578, bkz.: www.emsal.uyp.gov.tr, e.t.: 15.04.2020.

den bağımsız iki talep bulunmamaktadır. Somut olayda, her ne kadar davacı davalı ile aralarında geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespitini talep etmişse de esasen diğer talebi olan ödediği bedelin tahsiline ilişkin talebinin içinde ortaklık ilişkisinin geçerli olmadığına tespiti talebi de bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, davacı sadece ödediği bedelin tahsilini talep etmiş olsaydı da mahkeme bu talep hakkında karar verebilmek için her halde taraflar arasında geçerli bir ortaklık ilişkisi olup olmadığını tespit edecekti. Ancak Yargıtay'ın bu kararında esasen üzerinde durulması gereken kısım, dava yığılması halinde Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'da yer alan arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulanma şekline yönelik yaptığı tespittir.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin bu görüşü diğer daireler tarafından da benimsenirse, öncelikli olarak dava yığılması halinde her bir dava bakımından ayrı ayrı yapılan dava şartına ilişkin değerlendirmenin ortadan kalkmasına neden olacak ve davalardan birisi için dava şartının tam olması halinde, diğer dava şartlarındaki eksiklik dikkate alınmayacaktır. Yaklaşım bu hali ile, dava yığılması halinde her bir davanın maddî olarak birbirinden bağımsız olduğuna ilişkin medeni usul hukuku alanındaki temel prensibi ortadan kaldıracaktır.⁷⁷ Diğer taraftan bu yaklaşımın kabulü, arabulucuya başvuru zorunluluğunun bir dava şartı olduğu hallerde, ilgili hükümleri fiilen uygulanamaz hale getirecektir. Zira arabuluculuk yoluna başvurmak istemeyen her davacı, asıl maddî talebinin yanına, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmayan ve reddedilmesi halinde kendisine ekonomik bir külfet yüklemeyen bir talep eklemek suretiyle arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin yasa hükümlerini dolanabilecektir.

⁷⁷ Doktrinde, objektif dava birleşmesi halinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 192. Aynı yönde bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 136; Koçyiğit/Bulur, s. 69. Bu durumda dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında kalan talepler bakımından münferit dava açma zorunluluğu doğacağına ilişkin görüş için bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 136. Dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmayan aralarında bağlantı bulunan diğer talepler bakımından dava açılması durumunda da mahkeme arabuluculuk sürecine konu yapılan taleplerle ilgili ulaşılabilecek sonucu diğer talepler bakımından bekletici mesele yapabilir. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 193.

Kararın olumlu yönü, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzına uygun bir yorum yapılarak tespit talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı, buna karşılık bir eda talebi içeren tahsil kısmının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Bu karar özelinde, Yargıtay'ın tercihini arabulucuya tabi olmama yönünde kullanmış olması da kanımızca Anayasa'nın 36'ncı maddesi kapsamında hak arama özgürlüğüne daha uygundur. Yargıtay'ın bu kararı da Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın medeni usul hukukunun temel dinamikleri gözetilmeksizin düzenlendiğinin tipik başka bir göstergesidir.

4.İcra Tazminatının Özel Durumu

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde "*ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*" ile açılan davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, alacak talebinin yanı sıra bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan tazminat talepleri de arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda tazminata ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden birçoğu, alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişilerin icra ve iflâs hukukunun kendilerine tanıdığı imkânları amacı dışında kullanmaları nedeniyle uğranıldığı varsayılan zararın tazminine ilişkindir (İİK m. 67/II, 68/VII, 69/V, 72/V, 89/III, 97/XIII, 169 a/VII, 170/III gibi). Kanun koyucu bu tazminatlardan bir kısmının ödenmesini kötü niyetli olma şartına bağlamışken bir kısmı bakımından kötü niyetli olma şartını dahi aramamıştır. Ayrıca bu tazminatlardan bazılarının tarafların talebi üzerine karar verilebilirken bazılarının hâkim kendiliğinden karar vermektedir.⁷⁸

İcra tazminatı, icra hukukuna özgü davalarla bağlantılı olup, o davalardan ayrı olarak ileri sürülemez.⁷⁹ İcra tazminatına ancak İcra ve

⁷⁸ Mesela, borçtan kurtulma davası ve istihkak davalarında durum böyledir. İcra tazminatının hukukumuzda düzenlenişi hakkında detaylı bilgi için bkz.: Ayşe Kılınç, "İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi, Bakımından Değerlendirilmesi", *DEÜHFD*, İzmir 2019, C. XXI, S. 1, (s. 205-230), s. 213 vd.

⁷⁹ Hakan Pekcanitez, "Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra İnkâr Tazminatına Karar Verebilir mi", *FHD*, Ankara 2018, C. 10, S. 100, (s. 57-65),

İflâs Kanunu'nun izin verdiği hallerde hükmedilebildiğinden, taraflar takip hukukunun kendilerine verdiği hukuksal imkânları amacı dışında ve hatta kötü niyetli kullanmış olsalar bile, İcra ve İflâs Kanunu'nun izin verdiği davalardan birisi açılmadan (veya taleplerden birisi icra mahkemesinde ileri sürülmeden) bu tazminatın talep edilmesi veya genel hükümlere göre açılan davalarla birlikte ya da onlardan bağımsız bir talep olarak ileri sürülmesi mümkün değildir.⁸⁰ İcra tazminatının işaret ettiğimiz niteliği dikkate alındığında, bu tazminatın da arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalıp kalmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

İcra tazminatının hukuki niteliği itibarıyla icra hukukuna özgü bir müeyyide olduğunu söylemek mümkündür.⁸¹ Bu tazminat ile bir yandan tarafların lüzumsuz şekilde cebri icra organlarını meşgul etmelerinin önlenmesi amaçlanırken diğer yandan da karşı tarafın bu nedenle uğradığı varsayılan zararın tazmini amaçlanmaktadır. Ayrıca bünyesinde taşıdığı zorlama unsuru nedeni ile bu tazminata sadece mahkemeler tarafından hükmedilebilmekte olup, hakemler tarafından hükmedilememektedir.⁸² Kanımızca, icra tazminatının işaret ettiğimiz spesifik özelliklerinin yanı sıra salt takip hukukundan kaynaklı bir talep olması ve talep edilebilmesi için mutlaka İcra ve İflâs Kanunu'nun izin verdiği davalardan birisinin açılmış olması zorunluluğu dikkate alındığında, bu talepler arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir.

-
- s. 60 vd.
- ⁸⁰ Kuru-İcra El Kitabı, s. 230; HGK. 19.04.1995, 12-296/404; 11. HD. 25.5.1992, 1990-852/7091 (Deynekli/Kısa, s. 185, 680); Uyar-İtiraz, s. 214; Yılmaz-İcra Tazminatı, s. 696.
- ⁸¹ İcra tazminatının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bkz.: Ejder Yılmaz, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, *DEÜHFD*, İzmir 2014, C.XVI, Özel Sayı, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s 535 vd., (Yılmaz-Tahkim); Pekcanitez, s. 60 vd.
- ⁸² Pekcanitez, s. 63; "Ancak usul ekonomisi de gözetilerek hakemde açılan bu dava alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılabilirse de davalı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilemez. Bu yön gözetilmeden itirazın iptali ile takibin devamına, davacı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir", Yarg. 19. HD, 02.03.2000, 7127/1554, bkz.: www.kazanci.com.tr, e.t.: 05.02.2020.

V. İflâs Takibi Prosedürü İçerisinde Açılan Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Zorunluluğu

1. İflâs Davası

İflâs davası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 154 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bir mutlak ticarî davadır (İİK m. 154/III).⁸³ Doktrinde iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı ileri sürülmektedir.⁸⁴ İflâs kararı verilmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmaması bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır.

Koçyiğit/Bulur'un iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığına ilişkin görüş bakımından öncelikle bu yaklaşımlarının, menfi tespit ve itirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğuna ilişkin görüşleri ile çeliştiği tespiti yapılmalıdır. Esasen taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık konusu baki-

⁸³ Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 160; Tanrıver-Usul, s. 156, 157; Koçyiğit/Bulur, s.101; Seyithan Deliduman/Yakup Oruç, "Ticari Dava," *MÜHFD*, İstanbul 2012, C. 18, S. 2, (s. 99-110), s. 105; Şükrü, s. 61."6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre bir davanın ticari dava sayılması için ya uyuşmazlık konusu işin taraflarının her ikisinin birden ticari işletmesiyle ilgili olması ya da tarafların tacir olup olmadıklarına veya işin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmamasına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu veya diğer kanunlarda o davaya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bakacağı yönünde düzenleme bulunması gerekir. Örneğin, ödünç para verme işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, iflâs davaları ise 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 154 ve devamı maddeleri hükmüne ticari dava sayılır". Yarg. 15. HD, 20.11.2017, 2048/4015, bkz.: Koçyiğit/Bulur, s. 93, dn. 49.

⁸⁴ Koçyiğit/Bulur, s.75; Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s.116, 117, dn. 2; Ayrıca Tanrıver, iflas davalarının bir an için tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir dava olarak kabulü halinde dahi, "takipli iflâs yollarından birisine başvuru üzerine, borçlunun iflâsının sağlanması için, açılmış olan iflâs davası ise, alelade bir alacak davası olmayıp; takip prosedürünün devamını sağlamaya yönelmiş, onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden dava konumunda bulunması ve verilecek olan iflâs kararının, sadece iflâs takibini yapan alacaklının değil; borçlunun tüm alacaklılarının hukukî durumunu etkileyecek şekilde, derhal hüküm ve sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşıması sebebiyle borçlunun süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine iflâs isteyen alacaklının alacağının varlığının, genel hükümler çerçevesinde, mahkemece, araştırılacak bir boyut kazanmış olduğu hallerde bile, bu tip davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı gibi, ihtiyari arabuluculuğa da tabi olmayacağı ileri sürmektedir. Bkz.: Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2. Budak ise, iflas davalarının inşai nitelikte ticari davalar olması nedeniyle dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını ileri sürmektedir. Budak, s. 34.

mından, itirazın iptali davası, menfi tespit davası ve iflâs davası arasında bir fark yoktur.⁸⁵ Her üçünde de taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık belirli bir miktar para alacağının ödenmesine ilişkindir.⁸⁶ Nasıl ki itirazın iptali davasında itirazın iptaline karar verebilmek için öncelikle alacaklının takibe konu alacağının varlığının tespiti gerekiyorsa, aynı şekilde iflâsın açılmasına karar verilebilmesi için de öncelikle alacaklının iflâs takibine konu alacağının varlığının tespiti gerekir.⁸⁷ Nihayet her iki dava sonunda verilen karar da inşâî niteliktedir. Ancak iflâs külli bir takip yolu olduğundan verilen iflâsın açılması kararı tarafların dışında diğer alacaklılar için de sonuç doğurur.

İflâs davası tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan bir dava değildir. Bu davada tarafların hem davanın açılması hem de iflâs takibine konu edilmiş alacak bakımından tasarruf yetkileri vardır. Bu nedenle dava tasarruf ilkesine göre açılır. Ancak, dava sonunda verilecek iflâsın açılması kararı davanın tarafları dışında diğer alacaklıları da ilgilendirdiğinden kanun koyucu onların da menfaatlerini koruyabilmek için, bu davayı re'sen araştırma ilkesine tabi kılmıştır. Bir davanın re'sen araştırma ilkesine tabi olması, tarafların o dava üzerinde tasarruf yetkisini tümüyle ortadan kaldırmaz. Bu çerçevede iflâsın açılması kararı verilinceye kadar davacı davasından feragat edebilir, taraflar takibe konu alacak üzerinde sulh olabilirler; ancak sulh yolu ile iflâsın açılması sonucunu sağlayamazlar. Zira iflâsın açılması inşâî bir taleptir ve bu talebe ilişkin inşâî netice ancak mahkeme kararı ile gerçekleşebilir.⁸⁸ Buna karşılık, taraflar iflâs takibine konu alacak üzerinde iflâs

⁸⁵ Başka bir ifade ile iflâsın sebebi para alacağı olarak bir edayı içerirken (vakıa olarak), talep inşâî bir sonucu içermektedir. Bu çerçevede menfi tespit davası ve itirazın iptali davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu kabul edilirse, iflâs davası da aynı akıbete tabi olmalıdır.

⁸⁶ Nitekim doktrinde Saraç, iflâs davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediğinin iflâs çeşitlerine göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini, bu kapsamda iflâs yoluyla adi takipte ve kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte, borçlunun ödeme emrine itiraz etmediği durumlarda açılacak iflâs davalarında alacaklının sadece iflâs kararı verilmesini talep ettiğini ve bu durumda açılacak iflâs davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını ileri sürmektedir. Ancak Yazar'a göre, borçlunun itirazı üzerine açılan iflâs davasında alacaklı iflâs kararı verilmesinin yanı sıra itirazın kaldırılmasını da talep etmekte ve bu talebin içinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin takibe yönelik itirazın kaldırılması istemi de bulunduğundan dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almaktadır. Saraç, s. 64.

⁸⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 538, 539.

⁸⁸ İflâsın açılmasına karar verilmesinden sonra feragat edilememesi iflâs kararının

davası devam ederken de sulh olabilirler. Bu halde, mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulhe dair hükümleri çerçevesinde hareket eder. Davayı kabul bakımından ise, davayı kabul doğrudan davacının netice-i talebine yönelik olduğundan⁸⁹ ve iflâs davasının kabulü iflâsın açılması sonucunu doğuracağından, bu davalarda davayı kabul söz konusu olmaz.⁹⁰ Davayı kabulün iflâs davasında caiz olmamasının nedeni, muvazaalı iflâsların önlenmesi ve iflâsın açılmasına ilişkin inşai neticenin ancak mahkeme kararı ile ortaya çıkabilmesindedir. Fakat iflâs davasında davayı kabulün caiz olmaması, davalının takip konusu alacağı ödemesine engel değildir. Depo kararı süresi sona erinceye kadar davalı yargılamanın her aşamasında takibe konu alacağı ödeyebilir. Bu halde taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık taraf iradesi ile sona ererken, dava mahkeme kararı ile sona ermektedir. Ancak mahkeme her halde davanın reddine karar verecektir.

İşaret ettiğimiz gerekçelerle, kanımızca iflâs davasının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasının ilk nedeni bu dava üzerinde tarafların tasarruf yetkisinin olmaması değil, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzı çerçevesinde, davanın konusunun belirli bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesine ilişkin olmamasıdır.

İkinci olarak iflâs davası ile korunan menfaat dengesi de bu tip davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasını gerektirir. Zira iflâs hukuku alanında üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gerekliliği icra hukukuna nazaran daha fazla öne çıkmakta ve bu alanda çok taraflı bir menfaat çatışması meydana gelmektedir.⁹¹ Bu çerçevede takip alacaklısı ve borçlusunun (*ya da iflâs davasının ta-*

inşai hüküm niteliğinde olması ve açılan iflâsın sonuçlarının herkese karşı etkili olmasından kaynaklandığına ilişkin görüş için bkz.: M. Serdar Özbek, "İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti", *AÜHFD*, Ankara 2012, C. 61, S. 1, (s. 207-274), s. 264, (Özbek-İflâs Davası), Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları*, Ankara 2010, s. 312, (Akyol Aslan-Davada Feragat). "İflâs hükmü inşai bir karardır. Açılmış olan iflâs herkese karşı etkili olup, iflâs davasını yürüten alacaklı bu nedenle bu konudaki tasarruf yetkisi ve kuvvetini kaybeder" Yarg. 11 HD, 05.04.1991, 132/2415, bkz.: Yılmaz-İcra Şerh, s. 875.

⁸⁹ İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 16, (Ermenek-Davayı Kabul).

⁹⁰ Ermenek-Davayı Kabul, s.26.

⁹¹ İbrahim Ermenek, *İflâsın Ertelenmesi*, Ankara 2010, Adalet Yayınevi, s. 76, (Ermenek-İflâsın Ertelenmesi); Nevhis Deren Yıldırım, "İflâsın Hukuki Mahiyeti", *İÜHF*, İstanbul 1994, C. LIV, (s. 331-346), s. 343.

raflarının) menfaatlerinin dengelenmesinin yanı sıra, diğer alacaklıların, işletmede çalışan işçilerin alacak ve istihdamlarının, iktisadi kamu düzeninin ve teşebbüs özgürlüğünün korunması gibi birçok menfaatin de dengelenmesi gerekir.⁹² Bu noktada kanun koyucu, iflâs takibinin başladığı andan iflâs tasfiyesi sona erinceye kadar işaret ettiğimiz menfaat dengesini koruyabilmek için birçok hükme yer vermiştir (*muhafaza tedbiri alınmasına ilişkin hükümler, iflâs talebinin ilanı, iflâsın açılmasından sonra davadan feragat edilememesi gibi*). Kanun koyucunun iflâs hukukunda gözettiği bu menfaat dengesi de dikkate alındığında, iflâs davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

2. İflâsta Sıra Cetveline İtiraz Davası

Sıra cetveline itiraz davası İcra ve İflâs Kanunu'nun 235'inci maddesinde düzenlenmiştir. Alacaklının, talebinin haksız olarak ret veya tenzil edildiği iddiası ile iflâs masasına veya alacağının miktar veya sırasına itiraz ettiği alacaklıya karşı asliye ticaret mahkemesinde açtığı dava sıra cetveline itiraz davası olarak nitelendirilir (İİK m. 235/II). Bu davaya uygulamada kayıt kabul davası da denir. Bu dava ile davacı, ya sıra cetveline kabul edilmeyen alacağının sıra cetveline yazılmasını ya da sıra cetvelinin düzeltilmesini talep eder. Dava iflâs masasına karşı açıldığında, masa iflâs idaresi tarafından temsil edilir (İİK m. 226/I), ancak iflâs idaresinin, kabul, sulh ve tahkim yetkisi sınırlıdır (İİK m. 226/II).⁹³

Türk hukuku bakımından hem doktrinde⁹⁴ hem de uygulamada,⁹⁵

⁹² Çiftçi, s. 9; Deren Yıldırım, s.343.

⁹³ "İflas idaresinin iki bin liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, "daha ziyade alacaklardan" alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceğine ve tahkim yapabileceğine ilişkin düzenleme ise masanın borçlu olduğu halleri değil, aksine masanın alacaklı olduğu halleri ifade etmek üzere yasaya konulmuştur (İİK m.226/II). Bu nedenle masanın borçlu olduğu hallerde iflas idaresinin bir sulh ve tahkim yetkisi olduğu da düşünülemez. Bu yetkiyi haiz olmayan iflas idaresinin arabuluculukta masayı temsil etmesi ve uzlaşma suretiyle belirlecek tutarı masaya kaydetmesi de mümkün değildir", Gaziantep BÂM 11. HD, 25.10.2019, 1849/1239, bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

⁹⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 116, dn. 2; Koçyiğit/Bulur, s. 75; Saraç, s. 63.

⁹⁵ "Masaya kayıt ettirilen (iflas kararından önce doğan) iflas alacağının, iflas idaresince tahkik edilerek kısmen veya tamamen reddi halinde; bu kez, iflas alacaklısının, kayıt ve kabul davası açmadan önce, TTK'nın 5/A maddesine dayalı olarak, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce zorunlu dava şartı kapsamında arabulu-

gerekçeleri farklı olmakla birlikte, sıra cetveline itiraz davalarının (*kayıt kabul davalarının*) arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı kabul edilmektedir. Doktrinde, sıra cetveline itiraz davalarının arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaması, bu tip davaların kamu düzenine ilişkin olması ve tarafların dava üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır.⁹⁶

Kanımızca da sıra cetveline itiraz davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Bu davanın arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamasının nedeni, arabulucuya başvuru zorunluluğunun bu dava ile korunmak istenilen menfaat dengesi ve davanın amacı ile uyuşmamasıdır. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın lafzı da buna engeldir. Zira her şeyden önce alacaklı bu dava ile kendisine belirli bir miktar para ödenmesini talep etmemektedir.⁹⁷ Başka bir ifa-

culuğa başvurulması için yasal zorunluluk bulunmadığı; çünkü, yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar kapsamında, iflas tasfiyesinin, genel paradigmasına, niteliğine ve uygulamasına aykırı bulunduğu gibi iflas tasfiyesinin kısa zamanda ve en az masrafla sonuçlandırılması ilişkin somut ilkelere de aykırı bulunduğu ve ayrıca, İflas alacağının iflas idaresince bir kez reddettikten sonra, arabuluculuk sürecinde ve diğer alacaklıların katılımı olmaksızın bu kez tamamen ve/veya kısmen kabulünün masanın menfaatine bir temsil biçimi olarak da kabul edilemeyeceği gibi davacı/iflas alacaklısının bu şekilde yeni süreçlere başvurmak zorunda bırakılması *İİK*'nin 235. maddesinden doğan dava hakkını kısıtlamaktadır". Sakarya BAM 7. HD, 27.01.2020, 95/93; "Eldeki dava on beş günlük hak düşürücü süreye tâbi tutulmuş olmakla birlikte dava süresinde açılmasa dahi tasfiye sonucunda tasfiye artığı kalmalı halinde alacaklının bu kısma müracaat edebileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kayıt kabul davası subjektif bir hakkı konu almakta ve maddi hukuk hükümlerine göre incelenmekle birlikte maksadı bu tutarın 'tahsilî' değildir... Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davası 'konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri' cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi değildir", Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239; "Açıklanan nedenlerle kayıt kabul davasının 'konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri' cümlesinden olmayıp, zorunlu arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacağı, işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulmasının bir dava şartı olmadığı, iflas idaresinin arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin de bulunmadığı anlaşıldığından..", Kayseri BAM 6.HD, 11.09.2019, 89/72; aynı yönde Ankara BAM 23.HD, 11.9.2019, 1464/1298 ve 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

96

Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 116, dn. 2; Koçyiğit/Bulur, s. 75.

97

Doktrinde iflas idaresine karşı açılan sıra cetveline itiraz davasının normal bir eda davası olduğu ancak bu dava ile alacaklının iflas idaresinin alacağını tamamen veya kısmen haksız olarak reddettiğini iddia ederek, masanın bu alacağı ödemeye mahkûm edilmesini başka bir ifadeyle sıra cetveline alınmasını istediğine ilişkin görüş için bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 515. Bu davanın normal bir eda davası olduğu ve bu davalı ile alacaklının iflas masasının

de ile bu dava bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda (ya da tahsil) davası niteliğinde değildir.⁹⁸ Gerçi davanın kabulü halinde verilen mahkeme kararı bir tespit ve emir kısmını içerir. Ancak emir kısmının muhatabı davalı alacaklı değil, iflâs idaresidir.

Sıra cetveline itiraz davası ile, tasfiye sonunda davacı alacaklının (ve bazı hallerde davalı alacaklının) pay cetvelinin düzenlenmesinde esas olan alacak miktarının belirlenmesi ve sıra cetvelinin buna göre düzeltilmesi amaçlanır.⁹⁹ Sıra cetvelinin yeniden düzenlenmesi davacı alacaklının yanı sıra diğer alacaklıların da lehine sonuçlar doğurabilir. Zira İcra ve İflâs Kanunu madde 235/III gereği, davanın davacı lehine sonuçlanması halinde, dava konusu alacağa tahsis edilen hisse, sırasına bakılmaksızın itiraz edene verilir. Artan miktar ise diğer alacaklılar arasında sıra cetveline göre paylaşılır.¹⁰⁰ Şu hâlde bu davanın

alacağı ödemesine mahkûm edilmesini isteyebileceği ancak uygulamada alacaklının bu dava ile alacağının sıra cetveline kayıt ve kabulüne karar verilmesini talep ettiğine ilişkin görüş için bkz.: Kuru-İcra El Kitabı, s. 1333, 1334; Davanın normal bir eda davası olduğu ve bu davanın alacaklı tarafından kazanılması durumunda sıra cetvelinin mahkemenin kararına göre düzeltileceğine ilişkin bkz.: Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 451.

⁹⁸ “Nitekim doktrinde de sıra cetveline itiraz davasının, iflas idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveline karşı tanınmış bir kanun yolu olduğu ve yalnızca sıra cetvelinin düzeltilmesi amacını taşıdığı; bu dava ile alacaklının, iflas idaresinin bir alacağı kabulü veya reddi, miktarı ve sırası ile sınırlı bir aynı hakkın mevcudiyeti ve mahiyeti hakkında vermiş olduğu kararın doğru olmadığını ileri sürerek, iflas alacaklılarından birinin maddi hukuka uygun bir şekilde garameye dâhil edilip edilmemesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu dava ile güdülen amaç, alacak hakkında kesin hüküm oluşturacak bir karar verilmesi olmayıp, sadece ortak borçlunun (müflisin) aktiflerinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paranın dağıtımında alacaklının hangi ölçüde dikkate alınacağıdır. Davanın kabul edilmesi belirli bir para alacağının tahsilini değil sadece sıra cetvelinin düzeltilmesi sonucunu doğurur (bkz., Hunkeler/Sprecher: Kurzkomentar, 2. Bası, Basel 2014, m.250, kn.1)”, Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239; aynı yönde Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464, kararlar için bkz.: www.emsal.uyap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020. “Kayıt kabul davaları, alacağın iflas masasına kaydı işlemine ilişkin olup, belirli bir miktarın tahsiline yönelik olmadığından, alacağın iflas masasına kaydına karar verilmekle yetinilir. Alacağın ödenmesi ancak tasfiye sonunda masa mevcudunun sıra cetveline uygun biçimde dağıtım aşamasında gerçekleşir ve alacakların tam olarak ödenip ödenmeyeceği ancak bu aşamada anlaşılabilir”, Yarg. 23. HD, 26.02.2015, 1041/1206, bkz.: Saraç, s. 63.

⁹⁹ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁰ “Somut dava bir alacak ya da tazminat davası olmayıp masaya kayıt-kabul davasıdır. Masaya Kayıt-kabul davası ile alacağın müflis şirketin masadaki iflas tasfiyesinden pay alıp almayacağı veya ne miktarda pay alacağı hususu tespit edilir. Buna bağlı olarak dava sonunda verilecek hükmün sonucu sadece davacı alacaklı

sonucundan sadece davacı alacaklı değil, diğer alacaklılar da yararlanmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu sıra cetveline itiraz eden alacaklıyı dava sonucundan öncelikle yararlandırarak, sıra cetveline itiraz eden alacaklı ile itiraz etmeyen alacaklılar arasındaki menfaat dengesini de sağlamıştır. Sıra cetveline itiraz davasının amacı ve iflâs tasfiyesine katılan alacaklılar arasında sağladığı menfaat dengesi dikkate alındığında, sıra cetveli ile menfaatinin ihlal edildiğini düşünen alacaklının iflâs idaresi ile veya menfaatini ihlal ettiğini düşündüğü alacaklı ile arabuluculuk yolu ile anlaşması hem sıra cetveline itiraz davasının amacına hem de bu dava ile korunan menfaat dengesine uygun değildir.

3. İflâsta İstihkak Davası

İflâs hukukunda, istihkak davası üçüncü kişi tarafından iflâs masasına karşı açılabilir gibi, iflâs idaresi tarafından üçüncü kişiye karşı da açılabilir. Üçüncü kişinin iflâs masasında bulunan bir malın mülkiyetinin kendisine ait olduğu iddiası ile masaya karşı açtığı dava iflâsta istihkak davası olarak nitelendirilir. İflâsta istihkak davasının konusu, hacizdeki istihkak davasından farklı olarak, sadece mülkiyet iddiası olabilir. Bu nedenle, iflâsta istihkak davası arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümlere tabi değildir.

İflâs tasfiyesi sırasında, masaya ait olup da üçüncü kişi elinde bulunan ve üçüncü kişinin üzerinde mülkiyet iddia ettiği malvarlığının masaya teslimini sağlamak üzere, iflâs idaresi de genel hükümler çerçevesinde üçüncü kişiye karşı bir istihkak davası açabilir.¹⁰¹ Konusu belirli bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi olmadığından, bu dava da zorunlu arabuluculuk hükümlerine tabi değildir.

ile müflis borçlunun haklarını etkilemeyip, masada kayıtlı olan veya olacak olan ve işbu davanın tarafı da olmayan dava dışı alacaklı 3. kişilerin de haklarını etkileyecektir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonunda yapılacak anlaşma da yine dava dışı işbu 3. Kişi alacaklıların maddi hukuktan kaynaklanan hak ve alacaklarını yani masadaki paylarını doğrudan etkileyecektir. Bu nedenle de işbu sıra cetveline itiraz/masaya kayıt ve kabul davası niteliği itibarıyla zorunlu arabuluculuğa elverişli görülmemiştir", Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72, bkz.: www.emsal.uypap.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

¹⁰¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 606, 607; Kuru-İcra El Kitabı, s. 1314; Yılmaz-İcra Şerh, s. 1057; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 509, 510; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 447.

VI. Konkordato Prosedürü İçerisinde Açılan Bazı Davalar Bakımından Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

1. Konkordatonun Feshi Davaları

Konkordatonun feshi davaları, İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordatonun kısmen feshi (İİK m. 308/e) ve konkordatonun tamamen feshi (İİK m. 308/f) şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir. Konkordatonun kısmen feshi, kendisine konkordato hükümleri çerçevesinde ödeme yapılmayan bir alacaklının, tasdik edilen konkordato ile kendisine sağlanan hakları muhafaza etmek kaydı ile, konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak sadece kendisi için konkordatonun feshini talep etmesidir. Şayet mahkeme talepte bulunan alacaklı hakkında konkordatonun feshine karar verirse, bu alacaklı konkordato hükümleri ile bağlı olmaktan kurtulur (İİK m. 308/e).¹⁰² Buna karşılık, borçlunun kötü niyetle konkordatoyu tasdik ettirdiğinin veya tasdikten sonra kötü niyetli davranışlarla konkordatoyu sakatladığının anlaşıldığı hallerde, alacaklılardan birisinin tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak bütün alacaklılar için konkordatonun feshini talep ettiği hallerde konkordatonun tamamen feshi söz konusu olur (İİK m. 308/f). Konkordatonun tamamen feshi talebinin kabulü halinde, bütün alacaklılar konkordato ile bağlı olmaktan kurtulur ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birisinin bulunması halinde mahkeme kendiliğinden iflâsa tâbi borçlunun iflâsının açılmasına karar verir.¹⁰³

¹⁰² Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 705; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 562; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 512; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 161; M. Serhat Sarısözen, Konkordato, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 427.

¹⁰³ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s. 705; Sarısözen, s. 438; Selçuk Öztekin/Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel/Serdar Kale/Bilgehan Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 480; Timuçin Muşul, İflas ve Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 144, (Muşul-İflas ve Konkordato). Buna karşılık, konkordatonun tamamen feshi halinde başka bir doğrudan iflas sebebi aranmaksızın mahkemece re'sen iflâsa karar verilmesi gerektiğine ilişkin bkz.: Pekcanitez/Erdönmez, s. 173; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 562; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 513; Leyla Akyol Aslan, "7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", *MİHDER*, İstanbul 2019, C. 15, S. 42, 1, (s. 41-104), s. 99, (Akyol Aslan-Konkordato).

Doktrinde hem konkordatonun tamamen feshi talebinin hem de konkordatonun kısmen feshi talebinin arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre, öncelikle konkordatoya ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzenine ilişkin olduklarından arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Ayrıca, belirli bir parasal edime mahkûmiyete yönelmemiş ve dürüstlük kuralına aykırılığın bir yaptırımı mahiyetinde olan konkordatonun tamamen feshi kurumu arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmadığı gibi, ihtiyari arabuluculuğun da işlerlik kazanmayacağı bir müessesedir.¹⁰⁵ Aynı sonuç, belirli bir parasal edimin ifasına yönelmemiş bilakis tasdik edilmiş bir konkordatonun şartlarına uyulmamasının yaptırımı mahiyetinde bulunan konkordatonun kısmen feshi müessesesi için de geçerlidir.¹⁰⁶

Kanımızca da hem konkordatonun kısmen feshi hem de tamamen feshi davaları arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Zira ilk olarak, borçlunun konkordato projesi konkordatonun tasdiki aşamasından önce, alacaklılar tarafından müzakere edilerek oylanmış ve kanunda öngörülen çoğunluğa uygun olarak kabul edilmiştir. Daha sonra ise, söz konusu projenin uygulanabilirliği mahkeme tarafından tasdik edilmiştir. Konkordatonun feshi halinde cüzi icra takibi yapmak isteyen alacaklılar, daha önce mahkeme tarafından tasdik edilmiş konkordato projesine dayanarak borçluya karşı ilâmlı icra takibi yapabilirler.¹⁰⁷ Bu koşullar ortada iken, konkordatonun feshi talebinde bulunan alacaklıyı arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi kılmak, onun adalete erişim hakkının kısıtlanmış olmasından başka bir anlam ifade etmez.¹⁰⁸ Zira sürecin önceki aşamalarında borçlunun mahkeme

¹⁰⁴ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁵ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁶ Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk, s. 117, dn. 2.

¹⁰⁷ Sümer Altay/Alı Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 67, 199; "Mahkemeye tasdik olunan konkordato umum alacaklılar için mecburi olup, alacaklının defteri mahsusuna kaydettirdiği alacağını konkordato talebinde bulunmuş olan borçlunun kabul ederek itirazda bulunmaması ve kaziyet muhkeme halini alan tasdik hükmü ile teyyüt ettikten sonra ticaret mahkemesince konkordatonun feshine karar verilmesi halinde deftere kayıtlı alacağın tahsili için borçluya icra emri tebliği için bir mai kalmaz", *Yarg. İİD*, 25.03.1965, 3903/3918, bkz.: Altay/Eskiocak, s. 1053.

¹⁰⁸ Aksi bir yaklaşımın kabulü, borçlunun arabulucu huzurunda yapılan anlaşmayı ihlal etmesi halinde, cebri icra organlarına başvurmak için alacaklının tekrar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulması ile aynı sonuçları doğurur.

gözetiminde alacaklılara sunduğu teklif, alacaklılar tarafından müzakerelere edilerek kabul edilmiş ve mahkemece de tasdik edilmiştir. Buna rağmen borçlu tasdik edilen konkordato projesinin hükümlerini yerine getirmemiştir.

Konkordatonun feshini talep eden davacı ister kısmen feshi isterse tamamen feshi talep etmiş olsun, talebi her halde bir inşâî sonuca yöneliktir. Davacının talebinin kabulü halinde verilen karar da inşâî niteliktedir. Bu kararlar, kısmen fesih halinde davacı alacaklı (İİK m. 308/e), tamamen fesih halinde ise alacaklıların tamamı (İİK m. 308/f) konkordato hükümleri ile bağlı olmaktan kurtulur. Esasen bu davalarda alacaklı hukuki yararı bulunmadığı için eda talebinde de bulunamaz. Zira konkordatonun feshi halinde alacaklı (ya da alacaklılar), mahkemenin daha önceki konkordatonun tasdiki kararına dayanarak ilâmlı icra takibi yapabilmektedir.¹⁰⁹ Diğer taraftan, taraflar arasında belirli bir miktar para alacağının ödenmesi gerekip gerekmediği hususunda da bir uyuşmazlık yoktur. Bu davaların konusunu, konkordatonun feshi nedenlerinden birisinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve bu tespite bağlı olarak konkordatonun kısmen veya tamamen feshi talebi oluşturur. İşaret ettiğimiz gerekçelerle, Türk Ticaret Kanunu madde 5/A ister uyuşmazlık konusu üzerinden ister dava konusu üzerinden yorumlansın, konkordatonun feshi talepleri her halde arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.

Konkordatonun tamamen feshinin talep edildiği hallerde arabulucuya başvuru zorunluluğunu, bu davalarla korunmak istenilen menfaat dengesi ve konkordatonun amacı bakımından da değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda öncelikle, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde tasdik ettirilmiş bir konkordatonun bir tek alacaklının talebi ile dahi tamamen feshi imkânı getirilerek,¹¹⁰ hem alacaklılar arasındaki eşitliğin korunmasının hem de alacaklılar ile borçlu arasında bozulan

¹⁰⁹ Altay/Eskiocak, s. 67, 199; "İİK'nın 38'nci maddesi gereğince mahkeme huzurunda yapılan sulhler ve kabullerin ilamların icrası yolu ile takibinin mümkün bulunmasına ve konkordato hakim tasdikine bağlı resmi bir sulh akdi niteliğinde olup, kabul etmiş olsun olmasın, konkordato mehlinden evvel doğan bütün alacaklılar hakkında mecburi olması hasebiyle konkordato projesine giren bu alacak hakkında ilamların icrasına mahsus yolla takip yapılmasında yasaya aykırı bir cihet bulunmamasına..", *Yarg. İİD*, 6.04.1976, 1196/4211, bkz.: Altay/Eskiocak, s.1081.

¹¹⁰ Altay/Eskiocak, s. 360.

menfaat dengesinin yeniden sağlanmasının amaçlandığı tespiti yapılmalıdır. Ayrıca, doğrudan doğruya iflâs hallerinden birisinin gerçekleştiğini tespit eden mahkeme, konkordatonun tamamen feshi kararı ile birlikte kendiliğinden iflâsa tabi borçlunun iflâsının açılmasına da karar vermek zorundadır (İİK m. 308/f-III; m. 308). Bu düzenleme ile kanun koyucu konkordatonun feshine rağmen borçluya karşı cüzi takip yapmak istemeyen alacaklının dahi menfaatini korumuştur. İşaret ettiğimiz gerekçelerle arabulucuya başvuru zorunluluğunun, özünde bir sulh barındıran konkordato müessesesinin amacı ve konkordatonun feshi davaları ile korunmak istenen menfaat dengesi ile de bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

2. Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava

Alacaklarına borçlu tarafından itiraz edilmiş olan alacaklılar konkordato tasdik kararının îlânından itibaren bir ay içerisinde borçluya karşı bir alacak davası açabilirler (İİK m. 308/b-I). Söz konusu alacak davası, çekişmeli yargıya ilişkin genel hükümlere göre açılır ve taraflarca hazırlanma ilkesi çerçevesinde yürütülüp karara bağlanır. Görevli ve yetkili mahkeme de bu çerçevede tayin edilir.¹¹¹ Çekişmeli alacaklar hakkındaki dava, alacağı itiraza uğrayan alacaklı tarafından, bizzat konkordato borçlusuna karşı açılır. Konkordato komiserine yönetim yetkisi verildiği haller de bu kurala tabidir. Zira bu aşamada konkordato tasdik edilmiş ve konkordato komiserinin görevi sona ermiştir.

Konkordatoda, iflâs tasfiyesinden farklı olarak, bildirimde bulunan alacağı kabul edip etmeme yetkisi konkordato komiserine (*iflâs tasfiyesinde iflâs idaresine karşılık olarak*) değil, bizzat borçluya aittir (İİK m. 300).¹¹² Borçlu bildirilen alacağın tamamına itiraz edebileceği gibi, bir kısmına veya faizine ya da para alacağı dışındaki bir alacağın konkordato masasına bildirilen Türk Lirası karşılığına itiraz edebilir

¹¹¹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 153; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 504; Sarısözen, s. 407 vd.; Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s. 408. Davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği yönünde bkz.: Altay/Eskioçak, s. 269.

¹¹² Sarısözen, s. 344; Pekcanitez/Erdönmez, s. 57; Altay/Eskioçak, s. 187; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, s. 556; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 493.

(İİK m. 294/VII). Bu çerçevede davacının talep sonucu (*dava konusu*), borçlunun itirazının içeriği dikkate alınarak belirlenecek ve her halde, borçlu tarafından itiraza uğramış alacağın tespiti ile bu alacağın konkordato hükümlerine göre (*tasdik edilen konkordato projesinde öngörülen miktarın; konkordatonun feshi halinde tamamının*) tahsili talebini içerecektir. Bu tespit dikkate alındığında, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın hukuki niteliği itibari ile belirli bir miktar paranın konkordato hükümlerine göre tahsili amacına yönelmiş bir eda davası olduğunu söylemek mümkündür.¹¹³ Burada salt bir tespit talebinin de aynı fonksiyonu ifa edip etmeyeceği tartışılabilirse de kanımızca aynı sonucun ortaya çıkabilmesi için salt tespit talebi yeterli değildir. Zira konkordatonun feshi halinde diğer alacaklılar, daha önceden konkordato projesinin tasdiki nedeni ile, borçluya karşı ilâmlı takip yapabilirlerken, salt alacağının tespitine karar verilmiş bir alacaklı ilâmlı icra imkanlarından yararlanamaz.

Dava konusu dikkate alındığında çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın Türk Ticaret Kanunu madde 5/A kapsamında arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olduğu sonucuna varılabilir. Ancak kanımızca, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın konkordato prosedürü ile arasındaki sıkı ilişki ve bu dava ile korunan menfaat dengesi dikkate alındığında, bu davalar da arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değildir. Zira, bu dava ile hem davanın taraflarının hem de konkordato hükümlerine tabi olan bütün alacaklıların menfaati dengelenmektedir. Aynı zamanda bu durum, çekişmeli alacak davasının kabulüne ilişkin kararın konkordato projesini doğrudan doğruya etkilemesinin doğal bir sonucudur. Ayrıca dava açan çekişmeli alacaklılara ödenmek üzere belirli bir miktar paranın bankaya bloke edilmesine karar verildiği hallerde; davanın reddi kararı, bu bedelin konkordato masasına iade edilmesi sonucunu doğurur (İİK m. 308/b, II). Bu nedenle çekişmeli alacak davasının reddi kararı da diğer alacaklıların menfaatini doğrudan doğruya etkilemektedir.

SONUÇ

İcra ve iflâs hukuku açısından arabulucuya başvuru zorunluluğunu incelediğimiz bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır.

¹¹³ Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra, s.709.

1. Ticarî davalar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde düzenlenmiş olan arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde kriter olarak, dava konusunun esas alınması yerinde değildir. Bu düzenlemede arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmadığı göz ardı edilerek arabulucuya başvuru zorunluluğu medeni usul hukukunun en merkezi kavramlarından birisi olan, dava konusu üzerinden tanımlanmıştır. Kanun yapma tekniğine aykırı olarak yapılan bu düzenleme nedeni ile, bir görüş arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamını medeni usul hukuku alanında kullanılan klasik dava konusu tanımı üzerinden belirlemeye çalışırken, diğer bir görüş arabuluculuk faaliyetini öne çıkararak uyuşmazlık konusu kavramı üzerinden belirlemeye çalışmıştır. Bugün için her ne kadar doktrinde bizim de katıldığımız birinci görüşün ağırlıklı olduğu söylenebilirse de bölge adliye mahkemelerinin uygulamalarının ağırlıklı olarak ikinci görüş etrafında şekillendiğini söylemek mümkündür.
2. Arabulucuya başvuru zorunluluğu ile hem doğrudan doğruya dava açılmasına hem de ihtiyari arabuluculuk yöntemine bir istisna getirilmiştir. Bu düzenleme aynı zamanda Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile teminat altına alınan mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede arabulucuya başvuru zorunluluğu hem istisnâî bir düzenleme hem de sınırlandırıcı bir hüküm olması nedeni ile dar yorumlanmalıdır.
3. Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi icra ve iflâs hukuku alanında yaşanan sorunların da asıl kaynağını teşkil etmektedir. Bu kapsamda;
 - a) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun aynı zamanda bir takip şartı olarak düzenlenmemiş olması nedeni ile maddî hukuk bakımından ifayı talep yetkisi olan alacaklı arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmaksızın ilâmsız takip yoluna başvurmak suretiyle hak arama özgürlüğünü kullanabilirken, borç ilişkisinin pasif tarafı olan borçlu arabulucuya başvuru zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaktadır.
 - b) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi, maddî hukuk bakımından ileri sürülmesi mümkün olmayıp, sadece bir dava yolu ile ileri sürülebilen usulî

taleplerin de (tespit talebi, inşâî talepler ve icra tazminatı gibi) arabuluculuk sürecine dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmadığı göz ardı edilmektedir.

- c) Arabulucuya başvuru zorunluluğunun uyuşmazlık konusu üzerinden belirlenmesi, özellikle dava yığılmalarının söz konusu olduğu hallerde veya icra tazminatı gibi salt icra takipleri ile bağlantılı olarak ileri sürülebilen bazı taleplerin de bu süreç içerisinde müzakere edilmesini zorunlu kılmaktadır. Tarafların, ihtiyari arabuluculuk kapsamında (HUAK m. 1) kalan (*fakat arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmayan*) bazı uyuşmazlıklar bakımından, arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi uyuşmazlıklarla birlikte müzakereye zorlanması, arabulucuya başvurunun ihtiyari olması ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün istisnâî nitelikte olması ile de uyumlu değildir. Zira ihtiyari arabuluculuğun kapsamı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'nci maddesinde, maddî hukuk uyuşmazlıkları dikkate alınarak belirlenmiştir. Arabulucuya başvuru zorunluluğu ise, esasen uyuşmazlık henüz maddî hukuk sahasında olmasına rağmen, açılmamış ve fakat açılacağı belirli olan bir dava konusu üzerinden tanımlanmıştır. Bu durum icra ve iflâs hukuku alanında, öncelikle maddî hukuk alanındaki uyuşmazlığın takip hukukuna yansması, daha sonra ise, takip hukuku alanındaki bir uyuşmazlığın davaya yansması şeklinde ortaya çıkmaktadır.
4. İcra ve iflâs hukuku alanı esasen takip yöntemlerinin düzenlendiği bir hukuk alanıdır. Bu alandaki asıl uyuşmazlığın konusunu takibe konu edilen alacağın ifası oluşturur. İcra ve iflâs hukuku alanında açılan davaların tamamı bu alacağın ifasının gerçekleştirilmesi veya ifasının engellenmesi amacı ile açılır. Bu çerçevede söz konusu davaların konusu doğrudan doğruya bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat alacağına ilişkin olmayabilir. Hatta bazen asıl uyuşmazlığın tarafları ile davanın tarafları da birbirinden farklı kişiler olabilir. Bu davaların amacı dikkate alındığında, asıl uyuşmazlık için bir takip şartı öngörülmemişken, bu uyuşmazlığın çözümüne hizmet eden davaların açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğunun öngörülmüş olması, bu davaların amacı ile uyumlu değildir.

5. İcra ve iflâs hukuku alanında düzenlenen davaların önemli fonksiyonlarından birisi de alacaklı (veya alacaklılar), borçlu ve üçüncü kişiler gibi farklı menfaat grupları arasındaki menfaat dengesini sağlamasıdır. Bu menfaat dengesi içerisinde asıl talepte bulunan alacaklı bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu öngörülmemişken, borçlu, üçüncü kişi veya diğer alacaklılardan birisinin dava açmak için arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi tutulması, taraflar arasında kanun koyucunun kurduğu menfaat dengesini bozucu niteliktedir.
6. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davalardan bazılarının konusu bir miktar para alacağının ödenmesi veya bir tazminat alacağına ilişkin olmaması nedeni ile arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi değilken, konusu bir miktar paranın ödenmesi veya bir tazminat alacağına ilişkin olan davalar da amaçları ve koruduğu menfaat dengesi dikkate alındığında, bu davalar da arabulucuya başvuru zorunluluğuna tabi olmamalıdır.
7. Hukuk uyuşmazlıklarının çözümü noktasında kanun koyucunun son dönemlerdeki iradesinin arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaştırılması yönünde olduğu gözlemlenmektedir. Bu kapsamda arabuluculuğun yaygınlaştırılması her ne pahasına olursa olsun yöntemi ile değil, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek yapılmalıdır. Uygulamanın mevcut hali ile devam etmesi hukuksal bir kargaşaya neden olabileceği gibi telafisi güç zararlara da neden olabilecektir. Bu çerçevede icra ve iflâs hukuku alanında da takip yapmadan ya da dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmek isteniyorsa, bunun için açık bir yasal düzenleme yapılması şarttır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyol Aslan Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, (Akyol Aslan-Davada Feragat).
- Alangoya Yavuz/Yıldırım Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayımı, İstanbul 2009.
- Altay Sümer/Eskioçak Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Althammer Christoph, Streitgegenstand und Interesse, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul).
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra).
- Aslan Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Aşık İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-Usul).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Atalı/Ermenek/Erdoğan-İcra).
- Azaklı Arslan Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Baumbach Adolf/Lauterbach Wolfgang/Albers Jan/Hartmann Peter, Zivilprozessordnung, C. H. Beck, München 2012.
- Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, (Berkin-Usul).
- Berkin Necmettin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1980, (Berkin-İcra).
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Çiçek Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, İtirazın İptali Davaları, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 20019.
- Ercan Özler Meltem, Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Ermenek İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, (Ermenek-Birleştirme).
- Ermenek İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Ermenek-Davayı Kabul).
- Ermenek İbrahim, İflasın Ertelemeesi, Ankara 2010, Adalet Yayınevi, (Ermenek-İflasın Ertelemeesi).
- Gürdoğan Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970, (Gürdoğan-İcra).

- Gürdoğan Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ay Yıldız Matbaası, Ankara 1960, (Gürdoğan-Kesin Hüküm).
- Habscheid Walter J, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Ildır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- İyilikli Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012.
- Kekeç, E. Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Koçyiğit İlker/Bulur Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Kuru-Usul).
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Kuru-Usul El Kitabı).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, (Kuru-İcra El Kitabı).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, (Kuru-Menfi Tespit Davası).
- Moore Christopher W., Arabuluculuk Süreci (4. Baskı), Tarkan Kaçmaz, Abbas Türnüklü, Mustafa Tercan (Çev.), Nobel Yayıncılık, Ankara 2016.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, (Muşul-İcra).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (Muşul-Menfi Tespit).
- Muşul, Timuçin, İflas ve Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (Muşul-İflas ve Konkordato).
- Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Muşul-Terdit İlişkileri).
- Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, (Önen-Yargılama).
- Önen Ergun, İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk, Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, (Önen-İnşai Dava).
- Özbek M. Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Özbek-Alternatif).
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Özekes-İlkeler).
- Özkan Yönel, İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.

- Özkaya-Ferendeci H. Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Öztek Selçuk/Budak Ali Cem/Tunç Yücel Müjgan/Kale Serdar/Yeşilova Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Paslı Ali, Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesinin Yorumu, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, (Postacıoğlu-Usul).
- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, (Postacıoğlu-İcra).
- Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Rosenberg Leo/Schwap Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2010.
- Sarisözen, M. Serhat, Konkordato, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Schwab Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht, C.H. Beck, München 1954, (Schwap-Streitgegenstand).
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, (Tanrıver-Derdestlik).
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Tanrıver-Usul).
- Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Basım Yayımları, Konya 1991.
- Uyar Talih, İcra Hukukunda İtiraz, 2. Baskı, Manisa 1990, (Uyar-İtiraz).
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Filiz Kitapevi Basım, İstanbul 2000.
- Yakıcı Özge, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Yardım M. Ertan, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, (Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Yılmaz Ejder, *Islah*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Yılmaz-Islah).

Yılmaz Ejder, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Yılmaz-İcra Şerh).

Makaleler

Akyol Aslan Leyla, "7101 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, İstanbul 2019, C. 15, S. 42, 1, (s. 41-104), (Akyol Aslan-Konkordato).

Alangoya Yavuz, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2011, C. 3, S. 5, (s. 125-194).

Ansay S. Şakir, "İcra ve İflas Kanunu Etrafında Düşünceler", *Adliye Ceriyesi*, Ankara 1938, (s. 1457-1464).

Belgesay M. Reşit, "İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, C. VI, (s. 756-774).

Börü Levent, "Dava Konusu Kavramı ve Teoriler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 2012, C. XXVIII, S. 2, (s. 257-292).

Budak Ali Cem, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, İstanbul 2019, C. XLII, S. 1, (s.25-40).

Çağa Tahir, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3, (s.21-31).

Deliduman Seyithan/Oruç Yakup, "Ticari Dava," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, İstanbul 2012, C. 18, S. 2, (s. 99-110).

Deren Yıldırım Nevhis, "İflasın Hukuki Mahiyeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1994, C.LIV, (s. 331-346).

Eriş Gönen, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1977, S. 5, (s. 822-841).

Kılınç Ayşe, "İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi, Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2019, C.XXI, S.1, (s. 205-230).

Kurt Konca Nesibe, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", *Seta Perspektif*, Aralık 2018, S. 225, www.seta.org, e.t.: 02.10.2019.

Okçuoğlu Yavuz, "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *Bursa Barosu Dergisi*, Bursa 1980, S. 11, (s. 10-14).

Özbek M. Serdar, "İflas Davasının Hukuki Mahiyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 61, S. 1, (s.207-274), (Özbek-İflas Davası).

Pekcanitez Hakan, "Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra İnkâr Tazminatına Karar Verebilir mi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Ankara 2018, C. 10, S. 100, (s. 57-65).

Postacıoğlu İlhan E., "İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1978, C.IX, S.4, (s. 951-970), (Postacıoğlu-İcra İnkâr Tazminatı).

- Postacıoğlu İlhan E., "İcra ve İflas Tadili Hakkında Çalışmalar", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1962, C. XXXVI, S. 7, (s.169-184), (Postacıoğlu-Çalışmalar).
- Saraç Şükrü, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi", *İnşaat Sanayi Dergisi*, Ankara 2019, S.173, (s. 54-66).
- Schwab Karl Heinz, "Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozessrecht", *Juristische Schulung*, 1965, (s. 81-86), (Schwab-Lehre).
- Tanrıver Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, S. 147, (s.111-142), (Tanrıver-Dava Şartı Arabuluculuk).
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2006, S. 64, (s. 151-177), (Tanrıver-Arabuluculuk).
- Yıldırım Kâmil, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, İstanbul 1991, C. 6, (s. 23-50).
- Yılmaz Ejder, İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Yılmaz-İtirazın İptali).
- Yılmaz Ejder, Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C.XVI, Özel Sayı, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), (Yılmaz-Tahkim).

İnternet Kaynakları

- www.kazanci.com.tr
www.seta.org
www.e-uyar.com
www.lexpera.com.tr
www.emsal.uyap.gov.tr
www.sevgipinari.org
www.legalbank.com.tr

Mahkeme Kararları

- HGK 05.07.2006, 19-505/504
HGK, 17.09.2019, 19-918/886
HGK, 26.9.1980, 11-2004/2181
HGK, 21.11.1979, 4-993/1378
HGK, 12.10.2005, 19/528-568
HGK, 10.02.2016, 17-2389/129
HGK, 11.12.2002, 15/917-104
HGK, 26.4.1989, 13/197-336
HGK. 19.04.1995, 12-296/404
Yarg. İİD, 25.03.1965, 3903/3918
Yarg. İİD, 6.04.1976, 1196/4211
Yarg. 14. HD, 6.12.2005, 9332/10954

- Yarg. 14. HD, 13.2.2006, 11469/1148
Yarg. 15 HD, 26.12.2019, 1630/5279
Yarg. 10 HD, 03.02.2020, 4627/610
Yarg. 12. HD, 11.12.2012, 19983/37190
Yarg. 12. HD. 6.3.2006, 2626/4339
Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203
Yarg. 11. HD, 5.4.2004, 9065/3572
Yarg. 19. HD, 19.3.2004, 4746/3086
Yarg. 13. HD, 21.4.2003, 1529/4743
Yarg. 4. HD, 26.12.1970, 8715/9875
Yarg. 11. HD, 14.3.1972, 1174/1203
Yarg. 17 HD, 16.12.2015, 17344/14279
Yarg. 21. HD, 16.9.2003, 5796-6813
Yarg. 21.HD, 30.04.2002, 3201-3622
Yarg. 11 HD, 17.02.2020, 197/1578
Yarg. 11. HD. 25.5.1992, 1990-852/7091
Yarg. 19. HD, 02.03.2000, 7127/1554
Yarg. 15. HD, 20.11.2017, 2048/4015
Yarg. 11 HD, 05.04.1991, 132/2415
Yarg. 23. HD, 26.02.2015, 1041/1206
İstanbul BAM 18. HD, 16.05.2019, 1066/1022
Konya BAM 3. HD, 13.06.2019, 528/554
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
Ankara BAM 21. HD, 19.9.2019, 851/1045
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72
Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
İstanbul BAM 19. HD, 28.06.2019, 1734/1521
Erzurum BAM 3. HD, 27.03.2019, 531/549
Adana BAM 9. HD, 17.05.2019, 274/605
İstanbul BAM, 14. HD, 21.03. 2019, 521/423
Antalya BAM 11. HD, 28.05.2019, 1142/1136
İstanbul BAM 19. HD, 23.05.2019, 1509/1299
İstanbul BAM 16. HD, 19.05.2019, 1086/1021
İstanbul BAM, 16. HD, 24/05/2019, 1159/1194
Gaziantep BAM 8. HD, 09.07.2019, 1107/1478
Konya BAM, 3. HD, 13.06.2019, 528/554

Gaziantep BAM 11. HD, 25.10.2019, 1849/1239

Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72

Ankara BAM 23.HD, 11.9.2019, 1464/1298

Ankara BAM 6. HD, 06.03.2020, 416/464

Sakarya BAM 7. HD, 27.01.2020, 95/93

Gaziantep BAM 11 HD, 25.10.2019, 1849/1239

Ankara BAM 23. HD, 06.03.2020, 416/464

Kayseri BAM 6. HD, 11.09.2019, 89/72

Hatay 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2019/82, K. 2019/79