

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ: BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

Taraflar arasında görülen davada Konya 4. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen 26/02/2019 tarih ve 2019/156 E. - 2019/66 K. sayılı kararın davacı tarafından istinaf edilmesi üzerine, istinaf isteminin esastan reddine dair Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nce verilen 23/10/2019 tarih ve 2019/1444 E. - 2019/898 K. sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı, davalı şirketin yetkilileri tarafından istenildiği an geri alınabileceği ve yüksek oranda kâr verileceği taahhüdü ile nakit para topladığını, müvekkilinin bu beyanlara güvenerek ortaklık durum belgesi karşılığında davalı şirkete 34.260 Euro para yatırdığını, ancak taraflar arasında geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulduğundan söz edilemeyeceğini, davalı şirketin ve şirketin yöneticisi olan davalı şahısların bu paranın iadesinden sorumlu olduğunu ileri sürerek, davalı şirketin ortağı olmadığını tespitini ve 34.260 Euro'nun davalılardan tahsilini istemiştir.

İlk derece mahkemesince, 19/12/2018 tarih ve 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Talebin Başlatılması Usulü Hakkındaki Kanunun 20. maddesi ile eklenen TTK'nın 5/A maddesinin, "Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmünü haiz olduğu, davacı tarafın dava açmadan önce arabulucuya başvurmadığı, dava şartlarından olan bu hususun sonradan giderilmesi mümkün olmadığından bu konuda davacıya ek süre verilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Karara karşı, davacı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı temyiz etmiştir.

Dava, geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili istemine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince, dava türü itibarıyla dava açılmadan önce arabulucuya müracaat edilmesinin dava şart olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiş, karara karşı davacı tarafından yapılan istinaf başvurusu da bölge adliye mahkemesince aynı gerekçeyle esastan reddedilmiştir. Davanın 7115 sayılı yasanın 20. maddesi ile TTK'nın 5. maddesine eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre, TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının 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.

Öte yandan 07.12.2019 tarih, 30971 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'unun 41. maddesinde 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması Ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler İle 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu Ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici maddenin eklendiği belirtilmiş olup, işbu geçici 4. maddede "31/12/2014 tarihine kadar, pay sahibi sayısı nedeniyle payları halka arz olunmuş sayılan ve payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak nominal ya da primli değer üzerinden pay veya pay adı altında satışı yapılmış olan her türlü araç, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun kaydileştirmeye ilişkin şartlarına tabi olmaksızın 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay addolunur, bu ortaklıklara yapılan ödemeler pay karşılığı yapılmış kabul edilir ve ortaklık ilişkisi kurulmuş sayılır. Bu payların kaydileştirilmemiş olması ortaklık haklarına hanel getirmeyeceği gibi ortaklık ilişkisinin kurulmadığı da iddia edilemez. Birinci fıkra kapsamında kurulmuş olan ortaklık ilişkileri hakkında; geçerli bir ortaklık ilişkisi bulunmadığı veya primli pay satışı yapıldığı ileri sürülerek sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, sözleşme öncesi görüşmelere aykırılık veya sözleşmeye aykırılık nedenlerine dayalı olarak açılan ve kanun yolu incelemesinde dahi görülmemekte olan menfi tespit, tazminat veya alacak davalarında, karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilir ve yargılama gideri ile maktu vekalet ücreti ortaklık üzerinde bırakılır." hükmü düzenlenmiş, aynı Kanun'un 52/1-h maddesinde de işbu hükmün yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, ilk derece mahkemesince, işin esasına girilerek, taraf iddia ve savunmalarının Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16. maddesi ve anılan yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esasın reddine dair bölge adliye mahkemesi kararının bozularak kaldırılması gerekmiştir .

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulü ile İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik istinaf başvurusunun esasın reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının **BOZULARAK KALDIRILMASINA**, HMK'nın 373/1. maddesi uyarınca dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine. ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 17/02/2020 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

#### KARŞI OY

Dairemiz çoğunluğunun bozma düşüncesine dayanak teşkil eden 7194 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile çeşitli kanunlara eklenen Geçici 4. madde, kanaatimce, her şeyden önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve bu maddede öngörülen karar alma hakkıyla birlikte ele alındığında Anayasa'nın 36. maddesinde hükme bağlanan hak arama hürriyetini ihlal eden bir yasal düzenlemedir.

Öte yandan, söz konusu hüküm, yine Anayasa'nın 9. maddesindeki yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin hükme, kanun maddesinin kamuoyunca bilinen ve sınırlı sayıdaki sermaye şirketi ile ve bu şirketler aleyhine açılan davalarla ilgili olduğu düşünülecek olursa Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesi kapsamındaki 10/4. maddesi ile yasama meclisinin bir devlet organı sıfatıyla bu ilkeye uygun hareket etme zorunluluğuna ilişkin 10/5. maddesine, yine Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen ve kişinin temel hak ve hürriyetleri kapsamındaki mülkiyet hakkına ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılacağına ilişkin hükme aykırı olduğu gibi, buradan hareketle, devletin, kişinin temel haklarını hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmaya çalışması gerekmesine karşın hak arama ve mülkiyet hakkının kullanımının önüne geçen bir düzenleme olarak ortaya çıkmış bulunması nedeniyle Anayasa'nın 5. maddesine, keza düzenlemenin kişinin temel hak ve özgürlükleri kapsamındaki hak arama ve mülkiyet hakkının özüne dokunan niteliği gözetildiğinde Anayasa'nın 13. maddesine, Anayasa'nın 138/3. maddesinde görülmekte olan somut davalarla ilgili olarak yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili görüşme dahi yapılamayacağı hükme bağlanmış iken dava hangi nedenle açılmış olursa olsun verilecek kararın ve hatta yargılama giderlerinin dahi ne şekilde hükme bağlanacağına düzenlenmiş olması nedeniyle söz konusu hükme de aykırı düşmektedir.

Her ne kadar Anayasa'nın 167. maddesinde devletin para, kredi, sermaye piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı öngörülmüş ise de, alınacak bu tedbirlerin herhalde Anayasaya aykırı bir kanuni düzenleme yoluyla gerçekleştirilmesi düşünülemeyecek olup aksinin kabulü Anayasa'nın başlangıç hükümlerine açıkça aykırı düşecektir.

Tüm bu nedenlerle, çoğunluk kararının dayanağı yasa hükmünün, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca itiraz yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması ve buradan çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği kanısında olduğumdan çoğunluğun bozma düşüncesine katılmıyorum.