

GENEL (ÂDİ) İFLÂS YOLUYLA TAKİBE İTİRAZIN KALDIRILMASI ve İFLÂS DAVASININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

*The Arbitrability of the Action for Annulment of Objection and
Bankruptcy in Ordinary Bankruptcy Procedure*

Dr. İlhan DİNÇ*

Geliş Tarihi: 22.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Borçlar hukuku sözleşmelerinde tahkim anlaşması yapılarak, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü kararlaştırılabilmektedir. Ancak bunun için sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gereklidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 408(1) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/4 hükmünde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar yönünden tahkim yasaklanmıştır. Bu çalışmada genel iflâs yoluyla takipte ödeme emrine itiraz üzerine 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu m. 156 hükmü kapsamında açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasının tahkime elverişliliği konusu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim Anlaşması, Tahkime Elverişlilik, İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davası.

ABSTRACT

An arbitration agreement may be concluded in commercial contracts in order to resolve the dispute arising from the contract. However the dispute arising from the contract must be arbitrable. Article 408(1) of the Civil Procedure Code (No: 6100) and article 1/4 of the International Arbitration Code (No: 4686) prohibits disputes arising from or relating to rights in rem over immovable properties and disputes that cannot be subject to the parties' determination from being resolved via arbitration. In this study, arbitrability of the action for annulment of objection and bankruptcy in ordinary bankruptcy procedure under the article 156 of the Execution and Bankruptcy Code (No: 2004) will be examined.

Keywords: arbitration agreement, arbitrability, action for annulment of objection and bankruptcy.

* Hâkim, Diyarbakır Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, e-posta:ab151519@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-3740-9657.

GİRİŞ

İcra ve iflâs hukukunda, genel (âdi) iflâs yolu¹, alacaklının iflâsa tâbi borçlusu hakkında İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 154 hükmü uyarınca yetkili icra dairesine yapacağı takip talebi ile başlar. İflâs takip talebinin verilmesi üzerine icra dairesi, bir iflâs ödeme emri (İİK m. 155) düzenleyerek, takip borçlusuna tebliğe gönderir. İflâs ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu yedi günlük yasal süre içerisinde herhangi bir itirazda bulunmaz ise, ödeme emri kesinleşir. Ödeme emrine itiraz etmeyen borçlu, iflâs takibine konu borcu ve ferîlerini ödemez ise, alacaklı yetkili asliye ticaret mahkemesinde açacağı iflâs davasıyla borçlunun iflâsına karar verilmesini talep edebilir (İİK m. 156/1). Şayet borçlu, yasal süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itirazda bulunmuş ise, takip kendiliğinden durur; bu hâlde alacaklı “*borçlunun itirazının kaldırılması*” ve “*borçlunun iflâsına karar verilmesi*” talepleriyle yetkili asliye ticaret mahkemesinde iflâs davası açabilir (İİK m. 156/3).

Borçlunun iflâs ödeme emrine itirazı üzerine açılan iflâs davasında, öncelikle davacının alacaklı davalının ise borçlu olup olmadığına, başka bir ifadeyle alacağın varlığının ve miktarının tespitine yönelik bir maddi hukuk yargılaması icra edilir. Burada mahkeme, herhangi bir alacak davasında olduğu gibi tarafların iddia ve savunmalarını “umumi hükümler dairesinde” (İİK m. 158/2) inceleyerek, takip konusu borcun varlığını ve miktarını tespit eder. Kanunda itirazın kaldırılması talebinin genel hükümlere göre inceleneceği ifade edildiğinden, alacaklı alacağının varlığını mümkün olan her türlü delil ile ispat edebilir. Keza borçlu da ödeme emrine itiraz ederken bildirdiği itiraz sebepleri ile bağlı olmaksızın, hatta itirazında hiçbir sebep belirtmemiş olsa dahi, bütün savunma vasıtalarını kullanabilir². Mahkemece alacağın mevcut olduğu, yani iflâs takibi borçlusunun borçlu olduğu tespit edilir ise itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar verilir; sonrasında depo emri kararı ve şartların mevcudiyeti halinde borçlu/davalının iflâsına karar verilmesi aşamaları söz konusu olur (İİK m. 158/2).

İflâs takibine ve davasına konu edilen borcun dayanağı sözleşmelerde, yabancı bir devlet mahkemesi lehine milletlerarası yetki anlaşması ya da

¹ **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, 3. bası, Ankara 1993, s. 2660 vd.; **Kuru Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. bası, Ankara 2019, s. 379 vd.; **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2013, s. 1119 vd.; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. bası, Ankara 2013, s. 470 vd.; **Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Ankara 2019, s. 456 vd.; **Muşul, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt II, 6. bası, İstanbul 2015, s. 1519 vd.

² **Kuru,** C. III, s. 2673; **Kuru,** Ders Kitabı, s. 380; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 457; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 474; **Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Surgurtekin Özkan, Meral/Özekes Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 360.

taraf aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla görülmesine yönelik bir tahkim anlaşması bulunması durumunda iflâs davasını görmeye yetkili asliye ticaret mahkemesinin alacağın varlığını ve miktarını tespitine yönelik yetkisinin kalkmış olup olmadığı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler benimsenmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 47 hükmü kapsamında milletlerarası yetki anlaşması bulunması hâli³ çalışma konumuzun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu çalışmamızda sadece, genel (âdi) iflâs yoluyla takipte ödeme emrine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasının tahkime elverişliliği konusu üzerinde durulacaktır⁴. Bu konuda Yargıtay'ın geçmişten bugüne kadar aynı ve farklı dairelerinden verilmiş olan birbirinden tamamen farklı içtihatları olduğu gibi, öğretide de farklı görüşler benimsenmiştir. Yargıtay dairelerindeki görüş ayrılığı nedeniyle, bu hususta içtihat birliğinin sağlanması bakımından, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin aşağıda zikredilen kararına⁵ karşı bir yerel mahkemece direnilmiş olup; bu çalışmamızda konu, öğreti görüşleri ve yargısal kararlar ışığında etraflıca incelenmeye çalışılacaktır.

I. KONUYLA İLGİLİ YARGISAL KARARLAR

1. Tahkim Anlaşmasının İflâs Takibinin Dayanağı Alacağın Varlığının ve Miktarının Tespiti Yönünden Geçerli Olduğu Yönündeki Kararlar

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin aşağıda zikredilen kararlarında; itirazın kaldırılması ve iflâs davalarının öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuna ilişkin bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilmesini gerektiren davalardan olduğu; iflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kuralın alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade edeceği içtihat edilmiştir. Bu içtihada göre, özel hukuktaki sözleşme serbestisi sınırları içinde kalmak kaydıyla taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek (yetkili) yargı yerlerini serbestçe belirleyebilirler. Böyle bir durumda davacının öncelikle tahkim anlaşması ile kararlaştırılan

³ Bu konuda bkz. **Nomer, Ergin:** İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, S. 6, C. 85, s. 3 vd; **Özdemir Kocasakal, Hatice:** Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 16, 2014, Özel Sayı, Hakan Pekcanitez'e Armağan C. III, s. 2295 vd.

⁴ Doktrinde bu hususun tahkime elverişlilik ile ilgili olmayıp, iflâs mahkemesi ile hakem ya da hakem kurulu arasındaki yetki ihtilafı ile ilgili olduğu da ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Ergene, Deniz:** Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflâs Takibi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit mi?, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, İstanbul 2014, s. 10, 26.

⁵ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

yargı yerlerinde (tahkimde) alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve alınan bu kararlar Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve davalı borçlunun muamele merkezinde iflas davası açması gerekir.

Örneğin 23. Hukuk Dairesi’nin bir kararına⁶ konu olayda, taraflar arasında akdedilen dağıtım sözleşmesinde, sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yerinin de Milletlerarası Ticaret Odası (MTO/ICC) Tahkim Mahkemesi (Cenevre/İsviçre) olduğu kararlaştırılmıştır. Sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı taraf tahkim itirazında bulunmuş; asliye ticaret mahkemesi Türk hukukunda iflâs davasının kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu davada tahkim anlaşmasına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle tahkim itirazını reddederek uyuşmazlığın esasını incelemiş; yargılama sonucunda depo emrindeki borç tutarının ödenmiş olması nedeniyle davanın konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm vermiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “... *Taraflar arasında akdedilen dağıtım sözleşmesinde bu anlaşma ile ilgili ya da bu anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir ihtilaf durumunun ortaya çıkması halinde tarafların bunu tahkim ile halletmeye çalışacağı, tahkim yerinin ICC Tahkim Mahkemesi Cenevre, İsviçre olduğu kararlaştırılmıştır. ... Somut olayda davacı İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesinden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir ancak taraflar arasındaki sözleşmede İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesine bırakılmıştır. Bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.*” gerekçesiyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararına⁷ konu olayda, taraflar arasında akdedilen tedarik sözleşmesinde sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı tarafın tahkim itirazı üzerine asliye hukuk (ticaret) mahkemesince, tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “...*Somut olayda taraflar arasında imzalanan 04.10.2007 tarihli genel tedarik koşulları sözleşmesinde sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili bütün anlaşmazlıkların*

⁶ Y. 23. HD, 04.03.2019, E. 2018/1512, K. 2019/796 sayılı kararı (UYAP).

⁷ Y. 23. HD, 29.11.2018, E. 2016/5765, K. 2018/5560 sayılı kararı (UYAP).

tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yargılamasının Udine’de yapılacağına kararlaştırıldığı, 09.11.2009 tarihli genel tedarik koşullarının 24. maddesine göre ise taraflar arasındaki tüm ihtilaflar için tahkime başvurulacağı ve tahkim davalarının İstanbul şehrinde görüleceği belirtilmiştir. Bu durumda davacının öncelikle tahkim şartı gereği anılan yargı yerlerinde alacağına varlığını ispatlayacak bir karar alması ve alınan bu kararla Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve davalı borçlunun muamele merkezinde iflas davası açması gerekir.” şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin bir diğer kararına⁸ konu olayda, taraflar arasında akdedilen altın konsinye ve satış sözleşmesinde sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşması yapılmış; sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı taraf tahkim itirazında bulunmuş, asliye ticaret mahkemesi Türk hukukunda iflâs davasının kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle tahkim itirazını reddederek, uyuşmazlığın esası hakkında (davalı şirketin iflâsına) karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “... *Taraflar arasında akdedilen garanti sözleşmesinde İngiltere hukukunun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların İngiltere Mahkemeleri’nde veya Londra Tahkim Mahkemesi’nde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda davacı İngiltere Mahkemelerinden veya Londra Tahkim Mahkemesi’nden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflâsa bakan yer mahkemesince incelenir, ancak taraflar arasındaki sözleşmede bu belirleme İngiltere hukukuna ve İngiltere Mahkemelerine veya Londra Tahkim Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tâbi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bozma üzerine yerel mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine dair verilen karar Dairece onanarak⁹ karar düzeltme isteminin reddine¹⁰ karar verilmiştir¹¹.*

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararında¹² özetle, “...*somut olayda taraflar arasında Hollanda Kanununun ve Hollanda Yat Tasarımcıları ve Gemi*

⁸ Y. 23. HD, 06.12.2013, E. 2013/6122, K. 2013/7788 sayılı (UYAP).

⁹ Y. 23. HD, 20.04.2016, E. 2015/397, K. 2016/2509 sayılı kararı (UYAP).

¹⁰ Y. 23. HD, 11.04.2019, E. 2016/5439, K. 2019/1329 sayılı kararı (UYAP).

¹¹ Benzer şekilde Y. 23. HD, 28.06.2013, E. 2013/4113, K. 2013/4113 sayılı; Y. 23. HD, 23.01.2014, E. 2013/6944, K. 2014/383 sayılı kararları da aynı yöndedir (UYAP).

¹² Y. 23. HD, 02.11.2015, E. 2014/9602, K. 2015/6987 sayılı kararı (UYAP).

İnşaat Mühendisleri Cemiyeti (NBJA) 2005 şart ve koşullarının geçerli olacağına ve uyuşmazlığın hakemde çözüleceğinin hükme bağlandığı, bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak, özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tabi kılması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflâs takibi yapılması ve buna dayanarak iflâs davası açmasının usûl ekonomisine katkı sağlamayacağı” gerekçesiyle, aynı yöndeki asliye ticaret mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi'nin bir kararına¹³ konu olayda, taraflar arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yargılamasının da Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tahkim heyeti tarafından yapılacağı kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık çıkması üzerine başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan iflâs davasında, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine asliye ticaret mahkemesince davanın usulden reddine karar verilmiştir. Bu kararın istinafi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, “*Uyuşmazlık, İİK'nin 154 vd. maddeleri gereğince iflas yoluyla adi takip nedeniyle açılan iflas davalarında tahkim ilk itirazının geçerli olup olmadığı, diğer bir ifade ile mahkemece dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır. İflas yolu ile adi takip İİK'nin 155. maddesinde, doğrudan doğruya iflas halleri ise aynı yasanın 177. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada, İİK'nin 177. maddesi hükmüne göre borçlunun doğrudan iflasını gerektiren bir durumun varlığı halinde tahkim itirazının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir. Borçlunun doğrudan iflasını gerektiren bir durum olmadığı için İİK'nin 155. maddesi hükmüne göre adi takip yolu ile başlatılan iflas prosedüründe tahkim şartı geçerlidir. Bu nedenle de söz konusu uyuşmazlık hakem tarafından çözümlenip kesin hükme bağlanmadığı sürece tahkim sözleşmesi tarafı olan alacaklı iflas yolu ile adi takip başlatamaz. Zira iflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi aşamasında devlet egemenliği açısından hüküm ifade eder. Bu durumda davacının öncelikle hakem önünde alacağın varlığını ispatlayarak bir karar alması ve bununla borçlu aleyhine iflâs yolu ile takip yapması ve sonrasında iflâs davası açması gerekir.” gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.*

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararına¹⁴ konu başka bir olayda, taraflar arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tahkim şartına yer verilerek, uyuşmazlıkların İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeden kaynaklanan alacak nedeniyle başlatılan iflâs takibine itiraz

¹³ İstanbul BAM 17. HD, 16.05.2019, E. 2019/655, K. 2019/903 sayılı kararı (UYAP).

¹⁴ Gaziantep BAM 11. HD, 18.01.2018, E. 2017/1576, K. 2018/102 sayılı kararı (UYAP).

üzerine açılan iflâs davasında, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine asliye hukuk (ticaret) mahkemesince Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 116(1)-b ve m. 413(1) hükümleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmiştir. Bu kararın istinafi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, “...[S]omut olay ele alındığında, taraflar arasında akdedilen Beyoğlu 19. Noterliğinin 19.04.2011 tarih ve 05117 yevmiye numaralı Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 42. maddesinde öngörülen tahkim anlaşmasının içeriğinden yabancılik unsuru içermediği bu anlamda HMK’nın 407 ve devamı maddelerinde düzenlenen tahkim hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Yine HMK’nın 408. maddesi uyarınca iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. İflas davasının 408. maddesi anlamında iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden olup tahkime elverişli olmaması iflas kararı verilmesi yönünden hüküm ifade ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira burada taraflar akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek yargı yerini sözleşme serbestisine dayalı olarak belirlediklerinden buna değer verilmesi ve bu belirlemenin takip yolu ile bertaraf edilememesi gerekmektedir. Bu husus İİK’nın 154/İ. maddesinde emredici bir şekilde iflas yolu ile takipte ve iflas davasında yetkili yeri belirleyen düzenlemeye de aykırılık teşkil etmeyecektir. Somut olayda da taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 42. maddesinde söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde çözümleneceği kararlaştırılmış olup bu durumda öncelikle belirlenen yargı yerinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturacak bir karar alınması, davacıların sözleşmeden doğan bir alacaklarının varlığının hüküm altına alınması halinde, davalı borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve itiraz edilmesi üzerine itirazın kaldırılması ve iflas davası açması gerekirken taraflar arasındaki yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve buna dayalı olarak iflas davası açması doğru olmadığı gözetilerek aynı yöndeki ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olması nedeni ile davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm istinaf itirazlarının reddine karar verilmesi gerekmiştir.” gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Yine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararında¹⁵, özetle, “sadece İİK m. 177 hükmünde öngörülen doğrudan iflâs davalarında hakem sözleşmesinin hüküm ifade etmeyeceği, oysa İİK m. 155 hükmüne göre adi takip yolu ile başlatılan iflâs prosedüründe tahkim şartının geçerli olduğu, bu nedenle de söz konusu uyuşmazlık hakem tarafından çözümlenip kesin hükme bağlanmadığı sürece tahkim sözleşmesinin taraflarınca alacak iddiasıyla iflas yolu ile adi takip başlatılamayacağı, asliye

¹⁵ İstanbul BAM 17. HD, 13.12.2018, E. 2018/2708, K. 2018/2176 sayılı kararı (UYAP).

ticaret mahkemesinin bu takibe karşı yapılan itirazı inceleyemeyeceği” ifade edilmiştir.

2. Tahkim Anlaşmasının İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davası Bakımından Geçerli Olmadığı Yönündeki Kararlar

İflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kuralın, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmadığına, bu sebeple de geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde alacağının varlığının ve miktarının taraflarca seçilen tahkim yerinde tespit edilmesi gerektiğine ilişkin kararlar yanında, Yargıtay’ın aksi yönde, yani tahkim anlaşmasının iflâs davalarında mutlak olarak hiçbir şekilde geçerli olmadığına dair kararları da bulunmaktadır.

Yukarıda anılan Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nin kararının¹⁶ temyizi üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından¹⁷ istinaf kararı kaldırılarak, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay’ın bozma kararının ilgili kısımları aynen şu şekildedir: *“...Uyuşmazlık sözleşmede uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 42. maddede, doğan uyuşmazlıklarda hakem şartının iflas yoluyla takipte de uygulanıp uygulanmayacağı ve mahkemenin görevli olup olmadığı konularında toplanmaktadır. İflas davalarında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Esasında bu konuda bir uyuşmazlık mevcut değildir. İflas davaları asliye ticaret mahkemelerinde basit usul uygulanarak görülmelidir (İİK’nın 158/1.md.). Sözleşmelerde kararlaştırılan ise ihtiyari tahkim niteliğinde tahkim şartıdır. İflas davalarının asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi kamu düzeninden olduğundan tahkimle aksi yönde bir kararlaştırmada bulunulamaz. ... Tahkim sözleşmesi, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür (m. 408). Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Mesela, boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Aynı şekilde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimin konusu olamaz. (m. 408/1). Taraflar arasındaki tahkimin ihtiyari tahkim olduğu konusunda da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öte yandan, Devletin yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. İhtiyari tahkim ise, bu hükmün bir istisnası olmakla birlikte hak arama özgürlüğünün kısıtlanmaması açısından yargıya başvuran kişinin alacağına bir an önce kavuşmak için alacağını iflas yoluyla talep etmesi ve mahkemede dava açması seçeneğini kullanarak başvuruda bulunması halinde, sözleşmedeki*

¹⁶ Gaziantep BAM 11. HD, 18.01.2018, E. 2017/1576, K. 2018/102 sayılı kararı (UYAP).

¹⁷ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP). Yargıtay kararının buraya aynen aktarılmış olması nedeniyle, karardaki anlatım bozuklukları ve imla hataları düzeltilmemiştir.

tahkim şartının öne sürülmesi iyi niyetle bağdaşmaz. Yargılamaların en kısa sürede ve usul ekonomisi gözetilerek sonuçlandırılması HMK'nın temel prensiplerinden olup, iflas davalarının basit usule tabi olduğu da gözetilerek davanın mahkemece ticaret mahkemesi sıfatıyla incelenip karara bağlanması gerekirken, hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde karar verilmesi ve tahkimden tespit kararı getirilmeden dava açılması nedeniyle davanın usulden reddi doğru olmamıştır. Öte yandan, öğretide de, önceden tahkimde alacağı incelenerek saptanıp iflas davasında verilecek kararı bekletici sorun yapılmasının iflas davasının özellikleriyle ve hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı, bu davada basit yargılama usulünün uygulanması ile alacağın ispatı birbiriyle karıştırılmayacak kadar farklı iki kavram olup, iflas davaları hakkında yetki sözleşmesi yapılamayacağından (İİK m. 154/III), bu emredici ve kamu düzeni amacıyla konulmuş bulunan kanun hükmü değerlendirilmemesi doğru olmamıştır. İflas davasının bu şekilde ikiye ayrılarak görülmesinin haklı gerekçesi olmadığı, zira iflas davası itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenir ve karara bağlanacağı ve borçlunun iflas yolu ile başladığı takibe itiraz edilmesi üzerine, alacağın tespiti için önce hakem heyetine, iflas kararı verilmesi için daha sonra Türk Mahkemesine başvurulması hiçbir haklı sebeple izah edilemeyeceği yönünde görüş bulunmaktadır. (Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Mart 2017 cilt III sh. 2675). Esasında Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 13.10.2005 tarih 5976/10004 sayılı onama kararında iflas davasında tahkim sözleşmesinin mümkün olmadığı, davalının takibe ve borca itirazının yerinde bulunmadığı, depo emrinde gösterilen meblağın öngörülen sürede ödenmediği gerekçesiyle davalının iflasına karar verilmiştir. Nitekim Yargıtay İcra İflas Dairesi'nin 13.2.21969 gün ve 1332/1729 sayılı kararında da, tahkim şartının kamu düzeni ile ilgili olmayan anlaşmazlıklar için geçerli olduğu, iflas davalarının bu şartın dışında olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iflas davasından önce davacıya tahkime başvurarak alacağını tespit ettirmesi ve sonradan iflas yoluyla takibe geçmesi yönündeki uygulama, usul ekonomisine ve makul yargılama süresiyle ilgili gelişen düşüncelere aykırıdır."

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararına¹⁸ konu olayda, taraflar arasındaki distribütörlük sözleşmesinden kaynaklanan alacak için girişilen iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada, asliye ticaret mahkemesince davalı tarafın tahkim itirazına itibar edilmeyerek, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsına karar verilmiş; Dairece "taraflar arasındaki ihtilafların hakemde çözülmesi gerektiği savunulmuş ise de, iflas davalarının, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkileri bulunmaması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı" gerekçesiyle yerel mahkeme kararı onanmıştır.

¹⁸ Y. 23. HD, 27.02.2012, E. 2012/192, K. 2012/1405 sayılı kararı (UYAP).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesince benzer konudaki bir uyuşmazlıkta¹⁹ “Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre iflas davasında tahkim sözleşmesinin mümkün olmadığı, davalının takibe ve borca itirazının yerinde bulunmadığı, depo emrinde gösterilen meblağın öngörülen sürede ödenmediği gerekçesiyle davalının iflasına karar verilmiş[tir]. ... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle iflas davasında sözleşmedeki tahkim kaydının uygulanmamasında bir isabetsizlik olmamasına ... göre ... hükmün onanmasına” yönünde karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarında; yargısal kararlardaki değişikliklerin, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumlu olduğu; ancak uygulamada birliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartacağı; bu durumun ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği; ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görebileceği ifade edilmiştir²⁰. Bu nedenle, bu konuda Yargıtay’ın farklı dairelerinin farklı içtihatları bulunması nedeniyle, Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesince Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin yukarıdaki kararına²¹ karşı direnme kararı verilmiştir²².

II. KONUYLA İLGİLİ ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

İflâs takibinden sonra açılacak iflâs davasında takip alacaklının talepleri, takip borçlusunun iflâs takibine itiraz edip etmemesine göre değişmektedir. Şayet borçlu, iflâs ödeme emrine itirazda bulunmuş ise, bu hâlde alacaklı mahkemede “borçlunun itirazının kaldırılması” ve “borçlunun iflâsına karar verilmesi” taleplerini birlikte ileri sürmek zorundadır (İİK m. 156/3). Asliye ticaret mahkemesince öncelikle iflâs takibinin dayanağı alacağın/borcun var olup olmadığı, var ise miktarının tespiti yönünde inceleme yapılmaktadır. İflâs davasının, takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespiti aşaması bakımından tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

¹⁹ Y. 19. HD, 13.10.2005, E. 2005/5976, K. 2005/10004 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

²⁰ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları için bkz. Türkan Bal (GK), B. No: 2013/6932, 6/1/2015 §64; Semra Bekiroğlu ve diğerleri, B. No: 2013/6717, 16/12/2015, §69; Ahmet Gül ve diğerleri, B. No: 2014/1182, 22/9/2016, §47, Ercan Din, B. No: 2014/94, 08/06/2016, §59.

²¹ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

²² Dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2019/15-574 E. sırasında temyiz incelemesini beklemektedir (UYAP).

Tahkim aleyhine ileri sürülen bir görüşe göre, genel (âdi) iflâs yoluyla takip birbirini izleyen işlemlerden oluşan bir bütün olup takibin sağlıklı yürütülebilmesi için bu bütünün parçalara ayrılmaması gereklidir. Asliye ticaret mahkemesince borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verilmektedir. İflâs yoluyla takipte, itirazın kaldırılması talebinin tahkimde çözümünün kabul edilmesi halinde, hakem kararından sonra mahkemeye başvurulması usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle geçerli bir tahkim anlaşması bulunsa dahi, iflâs takibine itiraz edilmesi halinde itirazın kaldırılması talebi tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmemelidir²³.

Başka bir görüşe göre, itirazın kaldırılması talebi kapsamında borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığına dair inceleme, doğrudan cebrî icra hukukuna ait bir faaliyet olup müteakip cebrî icra işlem ve kararlarının bir ön aşamasını teşkil eder. İflâs mahkemesinin iflâs davasındaki görevi birbirinden ayrılmaz icraî karar ve işlemlerle gerçekleşir; bir bütün teşkil eden bu icraî görevin bölünerek farklı mahkemelere bırakılması icra ve iflâs hukuku bakımından mümkün değildir²⁴.

Öğretide savunulan başka bir görüş ise, iflâs davalarındaki itirazın kaldırılması ve borçlunun iflâsına karar verilmesi taleplerinin bölünerek görülmesinin haklı gerekçesi olmadığı, zira iflâs davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenip karara bağlanacağı; borçlunun iflâs yolu ile başladığı takibe itiraz edilmesi üzerine, alacağın tespiti için önce hakem heyetine, iflâs kararı verilmesi için daha sonra Türk Mahkemesine başvurulmasının hiçbir haklı sebeple izah edilemeyeceği yönündedir²⁵.

Öğretide tahkim lehine ileri sürülen bir görüşe göre, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunması hâlinde iflâs ödeme emrine yapılan itiraz üzerine, İİK m. 154 hükmünde belirtilen mahkemelere başvurulması mümkün değildir. Bunun sebebi, bu tür iflâs davalarının maddî hukuk davası vasfında olmasından dolayı, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, bu davanın İİK m. 154 hükmündeki mahkemelerde görülmesine engel olmasıdır. Bunun aksinin kabulü halinde ise, alacaklının talep ve dava şeklini değiştirmek suretiyle tahkim anlaşmasının boşa çıkarılması imkânı tanınmış olacak ve bu durum da, uluslararası sözleşmeler hukukunun düzenini tamamen bozacaktır²⁶.

²³ **Ekşi, Nuray:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 110.

²⁴ **Nomer, s. 9, 11.** Esasen bu görüş, iflâs davasına konu teşkil eden borcun dayandığı borçlar hukuku sözleşmesinde, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren bir milletlerarası yetki anlaşması bulunması halinde İİK m. 154 hükmündeki yetkili iflâs mahkemesinin borçlunun borçlu olup olmadığının tespitine dair maddî hukuk yargılamasına dair yetkisinin kalkmış olup olmadığı kapsamında ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş uyarınca, itirazın kaldırılması talebi yönünden, tıpkı MÖHUK m. 47 hükmü uyarınca milletlerarası yetki anlaşması gibi, tahkim anlaşması da geçerli kabul edilmeyecektir.

²⁵ **Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. bası, İstanbul 2017, s. 2675.

²⁶ **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 7. bası, İstanbul 2019, s. 408-409.

Öğretide savunulan başka bir görüşe göre, iflâs davası takip hukuku müessesesi olmakla birlikte, genel mahkemelerde dava konusu alacağın varlığı ve miktarı maddi hukuk kurallarına göre esastan incelenmekte ve HMK hükümlerine göre yargılama yapılmakta olduğundan, cebrî icra hukuku kapsamı dışındadır. Bu nedenle, bu alanlarda tahkimin bertaraf edilerek, Türk mahkemelerinin yetkili kabul edilmesi mümkün değildir²⁷.

Tahkim lehine savunulan başka bir görüş ise şu şekildedir: İflâs davasına bakan mahkeme, iflâs kararı vermeden önce alacağın varlığı konusunu çözüme kavuşturduktan sonra iflâs davasının karakteristik özellikleri olan depo emri ve gerekirse iflâs kararları vermelidir. Bu kararlar verilmeden önce davayla ilgili olarak verilmesi gereken ilk karar, takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespitidir. Genel (âdi) iflâs yoluyla takibe itiraz üzerine açılan davada, iflâs takibinin konusu alacağın var olup olmadığı hususu, taraflar arasında tahkim anlaşması var ise ancak tahkimde çözülebilir. Tahkimde alacağın varlığı ortaya konduktan sonra iflas yoluna başvurulabilir²⁸.

Bu konudaki başka bir görüş, doğrudan iflâs-takipli iflâs ayrımı yaparak, doğrudan iflâsın söz konusu olmadığı durumlarla sınırlı olmak üzere, iflâs yoluyla takibe yapılan itiraz üzerine açılacak davanın tahkimde görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aksinin kabulü sözleşme serbestisi, akde vefa ve dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi, bu durumda kötü niyetli tacirin himaye edilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca doğrudan iflâsın söz konusu olmaması halinde kamu düzeni de gündeme gelmeyeceğinden, genel (âdi) iflâs yoluyla takipte tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir²⁹.

Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre, iflâs davasında itirazın kaldırılması talebi, iflâsa özgü bir işlem değildir. Çünkü burada, alacağın varlığının tespiti ile borçlunun iflâs yoluyla takipte ödeme emrine yapmış olduğu itirazın kaldırılması incelemesi genel hükümlere göre yapılmaktadır. Dolayısıyla, itirazın kaldırılması talebi maddi hukuk ilişkisinin tespitini ortaya koyan bir işlem olması nedeniyle, iflâs kararı gibi temel iflâs prosedürü kapsamında değerlendirilmemelidir. İtirazın kaldırılması talebi, genel hükümlere göre normal bir alacak davası vasfında olduğundan, tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

Yine öğretilerdeki başka bir görüşe göre, Türk hukukunda borçlu aleyhine başlatılan iflâs takibine itiraz sonucunda açılan iflâs davasının iki aşamalı

²⁷ **Muşul**, s. 1520-1521.

²⁸ **Yeşilirmak, Ali**: Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, S. 96, s. 225, dn. 60.

²⁹ **Pakel, Nafi**: İflâs Davasında Hakem Şartı Geçerli Midir?, İstanbul Barosu Dergisi 2007, S. 81, s. 40-41.

³⁰ **Tüysüz, Cemre**: Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017, s. 283-284.

bir dava olması ve itirazın kaldırılması aşamasında alacağın varlığının ve miktarının tespitinin HMK'daki genel hükümlere göre incelenmesi nedeniyle, tahkim itirazının süresinde yapılması ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda maddi hukuk yargılamasının tahkimde yapılması gerekir. Zira taraflar tahkim anlaşması ile aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın tahkimde çözülmesini kararlaştırmışlardır³¹.

III. İTİRAZIN KALDIRILMASI VE İFLÂS DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİK KURALI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Tahkime Elverişlilik Kuralı

Tahkime elverişlilik, en yalın ifadeyle, bir ihtilafın Devletin yargı organları yerine tarafların iradeleri ile seçtikleri hakemler vasıtasıyla çözümlenmeyeceğini ifade eder³². Tahkime elverişlilik öğretide “*objektif tahkime elverişlilik*” ve “*sübjektif tahkime elverişlilik*” olarak iki kısımda mütalaa edilmektedir. Bir ihtilafın konu bakımından tahkim yoluyla çözümlenmeyeceğine öğretide objektif tahkime elverişlilik denmektedir³³. Sübjektif tahkime elverişlilik ise, tarafların tahkim yargılamasının tarafı olup olamayacağı ile ilgilidir³⁴. Mevzuatımızda konu bakımından hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu tek tek sayılmak yerine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümlerinde tahkime elverişlilik konusunda genel düzenlemelere yer verilmiştir.

HMK m. 407 vd. maddelerinde millî (iç) tahkim bakımından geçerli olan hükümler arasında yer alan m. 408 hükmü, “*Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklindedir. Söz konusu hükmün yürürlüğünden önceki karşılığı olan mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 518 hükmü ise “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.*” şeklinde idi. HMK'nın yürürlüğü ile birlikte bu maddeye, MTK m. 1 hükmündeki düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir³⁵. HMK'daki tahkime elverişlilik kuralının MTK'daki

³¹ Şensöz Malkoç, Ebru: Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 179, Temmuz 2019, s. 1420.

³² Bu hususta bkz. Huysal, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 12; Özbay, İbrahim/ Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016, s. 7; Tüysüz, s. 11 vd.

³³ Huysal, s. 15; Tüysüz, s. 13.

³⁴ Huysal, s. 18; Tüysüz, s. 22.

³⁵ HMK m. 408 hükmünün gerekçesi, bkz. <http://mgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu

karşılığı m. 1/4 hükmü olup hüküm aynen şu şekildedir: “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*”

Tahkime elverişlilik kavramı birkaç yönden önem arz etmektedir: İlk olarak tahkime elverişlilik kuralı, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen dava açılması halinde gündeme gelecektir. Zira HMK m. 116(1)-b hükmü uyarınca “*uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı*” bir ilk itiraz olup; aynı Kanunun m. 413(1) hükmü uyarınca tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz³⁶ tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. İkinci olarak tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptali bakımından önem arz etmektedir. Zira HMK m. 439(1)-g ve MTK m. 15/A/2-b hükümleri uyarınca hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması durumunda bu kararın iptaline karar verilecektir. Üçüncü olarak da tahkime elverişlilik kuralı, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yönünden dikkate alınacak bir husustur. MÖHUK m. 62(1)-c hükmü ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi³⁷ m. 5/2-a hükmü uyarınca, tahkime elverişli olmayan konularda hakem ya da hakem kurulu kararı verilmesi halinde bu kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.

Raporu’nun m. 412 hükmü, yasalaşan metinde m. 408 hükmünde denk gelmektedir.) Her ne kadar gerekçede MTK’nın 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasına atf yapılmış ise de, MTK hükümlerinde tahkime elverişlilik kuralı m. 1/4 hükmünde düzenlendiğinden, gerekçedeki atfın bu şekilde anlaşılması gereklidir.

³⁶ Yargıtay kararlarına göre tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, diğer koşulların yanında, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gereklidir. Y. 15. HD, 25.11.2015, E. 2015/5077, K. 2015/6009 sayılı, Y. 15. HD, 18.06.2015, E. 2014/5260, K. 2015/3519 sayılı, Y. 15. HD, 26.05.2014, E. 2014/887, K. 2014/4043 sayılı, Y. 11. HD, 24.10.2017, E. 2016/3383, K. 2017/5688 sayılı, Y. 11. HD, 15.02.2011, E. 2009/3257, K. 2011/1675 sayılı kararlarında (UYAP) vurgulandığı üzere; tahkim anlaşmasının kurucu unsuru uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması olup, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlığın çözümlenmesinde hem mahkemeden hem tahkimden söz edilmesi halinde tahkim sözleşmesi geçerli sayılamaz. Örneğin Y. 19. HD, 08.06.2016, E. 2016/1164, K. 2016/10350 sayılı kararında (UYAP), bir sözleşmede tahkim şartının düzenlendiği maddede önce taraflar arasında doğacak ihtilafların çözümü için tarafların iki kişilik hakeme başvuracağı düzenlendikten sonra, aynı maddenin devamında uyuşmazlıkların çözümü için İstanbul Mahkemeleri yetkili kılındığı, bu haliyle ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceği gibi tarafların hakemden sonra mahkemeye müracaat etmeye hakları olduğu da belirtildiğinden, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili merci olarak hakem öngörülmediğinden, sözleşmedeki tahkim şartının hükümsüz olduğu kabul edilmiştir.

³⁷ R.G. 25.01.1991/20877.

2. Genel İflâs Yoluyla Takipteki İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davasının Tahkime Elverişliliği

a. İtirazın Kaldırılması Talebi Yönünden

(1) Genel Olarak

İİK'da iflâs yolları m. 155 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup alacaklının iflâsa tâbi borçlusu aleyhine söz konusu hükümlere göre iflâs yollarından herhangi biri [genel iflâs yolu (İİK m. 155-166) ya da kambiyo senetlerine özgü iflâs yolu (İİK m. 167, 171-176)] ile takip yapması veya doğrudan doğruya iflâs davası (İİK m. 177-181) açması mümkündür. Genel iflâs yoluyla takibin başlayabilmesi için alacaklının takip talebi ile birlikte İİK m. 154 hükmündeki yetkili icra dairesine başvurması ve İİK m. 58/2-5 hükmü uyarınca iflâs yoluyla takibi seçtiğini bildirmesi gereklidir. Genel iflâs yoluna başvurabilmek için, alacaklının elinde alacağını ispat eden herhangi bir belge bulunmasına gerek yoktur. Takip talebini alan icra dairesi, İİK m. 155 hükmündeki şerhi ihtiva eder şekilde iflâs ödeme emri düzenleyerek borçluya tebliğe gönderir.

Borçlunun, kendisine gönderilen iflâs ödeme emrine karşı iki seçeneği bulunmaktadır: İlk ihtimalde, borçlunun sessiz kalarak iflâs ödeme emrine itiraz etmemesi halinde ödeme emri kesinleşir. Eğer borçlu, borcu ile birlikte iflâs takibinin harç ve giderlerini öderse, iflâs takibi son bulur. Borçlunun süresinde itiraz etmemesi ve borcunu da ödememesi durumunda alacaklı, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde (İİK m. 154/3) iflâs davası açar ve borçlunun ödeme emrine itiraz etmediğini bildirerek, sadece iflâsına karar verilmesini ister (İİK m. 156/1). İkinci ihtimal olarak, borçlu iflâs ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi günlük süre içerisinde borcu olmadığı veya kendisinin iflâsa tabi kişilerden bulunmadığına yönelik itirazda bulunmuş ise iflâs takibi durur. Bu durumda alacaklı, yetkili asliye ticaret mahkemesinde (İİK m. 154/3) açacağı iflâs davasında, borçlunun itirazının kaldırılması ile iflâsına karar verilmesini talep eder (İİK m. 156/3)³⁸.

Görüldüğü üzere, iflâs takibine itiraz edilmesi hâlinde açılacak davada *"itirazın kaldırılması"* ve *"iflâsa karar verilmesi"* olmak üzere iki talep söz konusudur. İİK m. 156/3 hükmündeki iflâs takibinde itirazın kaldırılması talebinin incelenmesi (İİK m. 158/2), genel haciz yoluyla ilâmsız icra takibindeki itirazın kaldırılması talebinin incelenmesinden (İİK m. 68-70) farklıdır. İlk farklılık talebin inceleneyeceği mahkeme bakımındandır. İlkinde inceleme asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılmakta iken, ikincisinde icra mahkemesi tarafından yapılmaktadır. İkinci farklılık ise talebin incelenme yöntemine ilişkindir. Genel haciz yolunda icra mahkemesince yapılacak inceleme, yalnızca belirli belgelere göre ve ilâmsız icra kuralları çerçevesinde dar ve sınırlı bir

³⁸ **Kuru**, Ders Kitabı, s. 382 vd.; **Kuru**, El Kitabı, s. 1122 vd.; **Üstündağ, Saim**: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2009, s. 34-35; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 456-457; **Kırtıoğlu, S. Serhat**: İflâs Davası, Ankara 2009, s. 127.

inceleme niteliğindedir. Ancak takipli iflâsta itirazın kaldırılması talebinin İİK m. 158/2 hükmünde “*umumi hükümler dairesinde*” inceleneceği ifade edildiğinden; bu durumda yapılacak inceleme ispat vasıtaları bakımından daha geniş bir çerçevede olup normal bir alacak davasında olduğu gibi tarafların iddia ve savunmaları genel hükümlere (HMK’nın genel ispat hükümlerine) göre incelenir. Üçüncü farklılık ise verilecek kararın sonucu bakımından geçerli olup; icra mahkemesinden verilecek itirazın kaldırılması kararı genel mahkemeler yönünden maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığı halde, asliye ticaret mahkemesindeki itirazın kaldırılması incelemesi maddî anlamda kesin hüküm oluşturan bir incelemedir³⁹.

(2) İtirazın Kaldırılması ve İflâs Taleplerinin Bölünebilir Talepler Olup Olmadığı

İflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması talebinin tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüşlerin temel gerekçesi; itirazın kaldırılması ve iflâs taleplerinin bölünerek incelenemeyeceği, iflâs davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenip karara bağlanacağı yönündedir⁴⁰.

Ancak kanaatimizce, “itirazın kaldırılması” ve “iflâsa karar verilmesi” talepleri İİK m. 156/3 hükmü gereği aynı anda ileri sürülmek zorunda ise de, tahkim anlaşmasının bulunmadığı durumda, yani takip konusu alacağın varlığının ve miktarının iflâs mahkemesince yapıldığı davalarda, birbirinden farklı olan bu talepler esasen mahkemece aşamalı olarak incelendiğinden, bölünebilir niteliktedir. Zira asliye ticaret mahkemesi genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda davacının alacağının varlığını ve miktarını tespit ettikten sonra borçlunun itirazını yerinde görmeyerek borçlu olduğu kanaatine varırsa öncelikle bir ara karar ile borçlunun itirazın kaldırılmasına karar verir⁴¹. Kural olarak, usul hukuku gereği davacının dava dilekçesindeki esasa ait istem sonuçlarından birinin ara kararıyla hüküm altına alınması mümkün olmayıp; esasa ait istemler hakkında nihai kararlarla hüküm verilmelidir. Ancak buradaki iflâs davası bakımından itirazın kaldırılmasına ara kararı ile karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Zira Mahkemenin ara kararı ile borçlunun itirazının kaldırılmasına karar verildikten sonra iflâs takibi kesinleşir ve İİK m. 158/1 atfıyla m. 166/2 hükmündeki usule göre bu husus ilân edilmelidir. Alacaklının iflâs talebinin ilânından itibaren onbeş gün içinde, borçlunun diğer alacaklıları iflâs

³⁹ **Kuru**, C. III, s. 2673; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 382; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası**, s. 460-461; **Muşul**, s. 1520-1521; **Özbek, Mustafa Serdar**: İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 256.

⁴⁰ **Ekşi**, s. 110; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, s. 2675.

⁴¹ **Kuru**, Ders Kitabı, s. 383; **Kuru**, El Kitabı, s. 1124 vd. İtirazın kaldırılması talebinin kabulü, iflâs kararı verilmediği için, iflâs davasında nihai sonuca ulaşılmadığından, ara kararı niteliğindedir. Bkz. **Kuru**, C. III, s. 2678.

davasına müdahale ve itiraz edebilirler. Buradaki ilân hususunda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın çoğu kararlarında⁴² bu hüküm sadece itirazsız olarak kesinleşen iflâs takipleri yönünden uygulamakta olup⁴³; başka bir kararında⁴⁴ ise borçlunun itirazı üzerine açılan iflâs davasında da ilân yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Söz konusu hüküm nazara alındığında, borçlu hakkındaki iflâs takibi, borçlunun itirazının asliye ticaret mahkemesi tarafından ara kararı ile kaldırılmasına karar verilmesiyle birlikte kesinleşir; bu kesinleşme üzerine de alacaklının iflâs talebinin kanunda öngörülen yöntemle ilân edilmesi gereklidir. Esasen bu ilân kararına kadar mahkemenin yapmış olduğu faaliyet iflâs takibinin konusu borcun varlığının ve miktarının tespitine yönelik maddî hukuk yargılaması olup ilân kararına kadar mahkemece iflâs ile ilgili yapılan herhangi bir işlem söz konusu değildir⁴⁵. İflâs davasının

⁴² “İflas yoluyla takibin itirazsız kesinleşmesi halinde İİK'nın 158/1. maddesinin atfıyla uygulanan 166/2. maddesi uyarınca ... ilanlar yapılmadan, davalı şirketin iflasına karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.” Y. 23. HD, 04.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/1254 sayılı kararı (UYAP). “İflas yoluyla takibe borçlu tarafından itiraz edilmemesi üzerine açılan iflas davasında iflas talebinin İİK'nun 166. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmesi gerekir.” Y. 19. HD, 08.02.2007, E. 2006/9219, K. 2007/976 sayılı kararı (UYAP). “Davacı tarafından davalı aleyhine başlatılan haciz yoluyla takip İİK'nun 43. maddesi uyarınca iflas yoluna çevrilmiş, iflas ödeme emrine davalı itiraz etmemiştir. Bu durumda iflas talebi İİK'nun 166. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmeli, diğer alacaklıların davaya müdahale veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürme imkânı tanınmalıdır. (İİK m. 158)” Y. 19. HD, 28.05.2009, E. 2009/2445, K. 2009/5027 sayılı kararı (UYAP). “Alacaklı davacının iflas yolu ile yaptığı icra takibi itiraz edilmeksizin kesinleşmiş olduğuna göre iflas davasının açılmış olduğunun İcra İflas Kanununun 158/f.1. hükmü icabı olarak aynı yasanın 166/f.2'deki usulle ilan edilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilerek davanın görülüp sonuçlandırılmış olması ... doğru görülmemiştir.” Y. 19. HD, 04.03.1993, E. 1993/937, K. 1993/1665 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³ Doktrinde bu uygulama, Kanunun lafzına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilerek, borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine açılan iflâs davasında da, asliye ticaret mahkemesinin kesinleşen iflâs talebini ilân etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Kuru**, C. III, s. 2678-2680; **Kuru**, El Kitabı, s. 1124 vd.; **Özbek**, s. 255-256.

⁴⁴ “Dava, İİK'nın 158. maddesi uyarınca iflas takibinde borçlunun itirazının kaldırılması ve iflasına karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkeme, takipli iflas prosedüründe, genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda alacağın mevcut olduğunu tespit eder ve davalının itiraz ve def'ilerini yerinde bulmaz ise itirazın kaldırılmasına karar verir ve bu halde iflas takibi kesinleşeceğinden iflas talebini İİK'nın 166. maddesindeki usule göre ilan eder. ... Zira yargılama aşamasında alacağın varlığının belirlenmesi hâlinde itirazın kaldırılmasına karar verilerek takip kesinleştirilip, daha sonra depo kararı verilmesi gerekirken...” Y. 23. HD, 14.04.2016, E. 2015/1364, K. 2016/2405 sayılı kararı (UYAP).

⁴⁵ Bu aşamada mahkemece kendiliğinden yapılabilecek tek işlem İİK m. 159 hükmü uyarınca muhafaza tedbirleri ve borçlunun mallarının defterinin tutulması yönündeki tedbirlerdir. Burada mahkeme davacının talebi ile bağlı olmaksızın kendiliğinden gerekli gördüğü tedbirleri alabilir; bu tedbirlere gerek olup olmadığının takdiri asliye ticaret mahkemesine aittir. Sadece İİK m. 159/1 hükmünün 2. cümlesi uyarınca borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmemesi halinde, mahkeme alacaklının talebi üzerine muhafaza tedbirlerine karar vermek zorunda olup; iflâs ödeme emrine itiraz edilmemesi halinde esasen takip konusu

kamu düzenini ilgilendiren yönleri (ilgililerin davaya müdahale ve itirazları, alacaklıların ve/veya borçlu ile işlem yapması muhtemel üçüncü kişilerin korunması vs.) iflâs takibinin kesinleşmesinden sonraki aşamaya ilişkindir⁴⁶. Bu nedenle iflâs takibinin konusu olan alacağın varlığının ve miktarının tespiti aşaması ile iflâs takibinin kesinleştirilip alacaklının iflâs talebinin ilanından sonraki aşamalar birbirinden ayrılabilir niteliktedir.

Öğretide tahkim aleyhine ileri sürülen görüşlerden birinde⁴⁷ asliye ticaret mahkemesince borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verildiği ifade edilmiştir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, borçlunun itirazının kaldırılmasına dair ara kararı ile iflâs takibinin kesinleşmesi üzerine, alacaklının iflâs talebinin İİK m. 158/1 atfıyla m. 166/2 hükmündeki usule uygun olarak ilân edilmesi gereklidir. Bu itibarla, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsına aynı anda karar verilmesi, yukarıda anılan emredici hükümler karşısında mümkün değildir. Yargıtay, mahkemelerce nihai kararlar “davalının itirazın kaldırılmasına ve iflâsına” birlikte karar verilen hükümleri onadığı gibi⁴⁸; önce bir ara kararı ile itirazın kaldırılmasına karar verilerek iflâs takibi kesinleştikten sonra, depo emrindeki borcun ödenmemesi üzerine nihai hükümle sadece iflâsa karar verilen mahkeme kararlarını da onamaktadır⁴⁹. Dolayısıyla, mahkemece borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verilmesi bir zorunluluk olmadığı gibi; esasen ilkinin ara kararı ile ikincisinin de nihai karar ile hüküm altına alınması İİK m. 158/1 hükmünün lafzına daha uygundur.

Yukarıda anılan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin kararında⁵⁰ iflâs davasından önce davacıya tahkime başvurarak alacağını tespit ettirmesi ve sonradan iflâs yoluyla takibe geçmesi yönündeki uygulamanın, usul ekonomisine ve makul sürede yargılama hakkına aykırı olduğu içtihat edilmiş ise de bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Sözleşmelerde geçerli olan sözleşme serbestisi ve ahde vefa prensipleri, tahkim anlaşması öngören bir sözleşmeden

alacak kesinleştiğinden, bu ihtimalde tahkim yargılaması söz konusu olmayacaktır. İflâs takibine itiraz üzerine açılan davada bunun dışında mahkemenin bütün alacaklıları kapsayacak şekilde iflâs ilişkin başka bir işlemi söz konusu değildir.

⁴⁶ Ergene, s. 18.

⁴⁷ Ekşi, s. 110.

⁴⁸ “Mahkemece ... davanın kabulü ile itirazın kaldırılmasına ve davalının iflasına karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 23. HD, 02.10.2017, E. 2015/9315, K. 2017/2455 sayılı kararı; aynı yönde Y. 23. HD, 27.04.2016, E. 2015/6610, K. 2016/2698 sayılı kararı (UYAP).

⁴⁹ “Mahkemece ... davacının takip tarihi itibarıyla davalıdan ... TL alacaklı olduğu, bu miktar üzerinden itirazın kaldırıldığı, itirazın kaldırılması sonrası borçluya depo emri gönderildiği, yapılan tebligatlara rağmen davalının depo emrine konu miktarlarla ilgili herhangi bir ödeme yapmadığı gerekçesiyle, davalının iflasına karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 23. HD, 03.07.2017, E. 2015/10078, K. 2017/1959 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁰ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

kaynaklanacak uyuşmazlığından tahkimde görülmesini emreder. Zira burada taraflar akdettikleri sözleşmede, doğacak uyuşmazlıkları çözecek yargı yerini sözleşme serbestisi kapsamında tahkim olarak belirlediklerinden, buna değer verilmesi ve bu belirlemenin takip yolu ile bertaraf edilememesi gerekmektedir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin tahkime tâbi alacağın maddî hukuk bakımından akıbetine devlet mahkemesince karar verilmesine sebebiyet verebilecek şekilde iflâs takibi başlatması, ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁵¹. Zira alacaklının, devlet mahkemesinde doğrudan alacak davası açması durumunda bu davanın, HMK m. 116(1)-b hükmüne istinaden ileri sürülecek tahkim ilk itirazı nedeniyle HMK m. 413(1) hükmü uyarınca usulden reddedileceği aşikârdır. Buna rağmen talep ve dava şeklini değiştirerek iflâs takibi yapan alacaklı, itiraz üzerine açacağı davada, alacağın varlığı ve miktarının tespitine dair maddî hukuk yargılamasını da kamu düzeni ile yakından ilgili olan iflâsa karar verilmesi aşaması ile bütünleştirerek tahkim anlaşmasının boşa çıkarılması imkânına sahip olacaktır. Bu durumda yargılamanın makul sürede tamamlanmamasına ve uzamasına mahkeme/hâkim değil, geçerli bir tahkim anlaşmasına rağmen (tahkim iradesine aykırı bir şekilde) iflâs takibi yapıp itiraz üzerine devlet mahkemesinde dava açan alacaklı bizzat kendisi sebebiyet vermektedir.

Sonuç olarak, itirazın kaldırılması ve iflâs davasında, iflâs takibinin dayanağı olan alacağın varlığı ve miktarı, normal bir alacak davasındaki gibi genel hükümlere göre tespit edileceğinden, bu husus tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmelidir. Zira itirazın kaldırılması ve iflâs davası, iflâs takibinin dayanağı borcun varlığı ve miktarının tespiti ile borçlunun iflâsına karar verilmesi şeklinde ayrı aşamalarda incelenen davadır. Hukukumuzda iflâs takibi yapılması için alacaklının elinde alacaklı olduğuna ilişkin bir belge bulunması zorunlu olmadığı gibi, alacak tutarının borçlunun malvarlığına oranla çok cüzî bir miktarda olması halinde dahi, borçlunun tüm malvarlığının tasfiyesine yönelecek şekilde küllî takip yapılması mümkündür. Bu nedenle, geçerli bir tahkim anlaşması içeren sözleşme uyarınca alacak davası açılması halinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşması muhtemel âkit taraf, tarafların tahkim iradesini ortadan kaldırmak amacıyla talep şeklini değiştirerek iflâs takibi ve akabinde itirazın kaldırılması ve iflâs davası açabilir. Maddî hukuk yargılamasının söz konusu olduğu itirazın kaldırılması talebinin tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmemesi, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin talep ve dava şeklini değiştirerek tahkim anlaşması kapsamından çıkmasına imkân sağlayacak olup, bu imkânın tanınması da taraf iradelerinin bertaraf edilmesine zemin hazırlayacaktır⁵².

⁵¹ Ergene, s. 30.

⁵² Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 409; Özdemir Kocasakal, s. 2314; Tüysüz, s. 285; Şensöz Malkoç, s. 1421.

(3) Hakem Kararından Sonra Başvurulabilecek İflâs Yolları

Yukarıda görüşümüzün, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda alacaklının öncelikle hakem ya da hakem kurulundan alacağın varlığının ve miktarının tespitine yönelik bir karar alması, akabinde borçlu hakkında iflâs takibi yapması gerektiği yönünde olduğu ifade edilmiştir. Burada, tahkim yargılamasında alınacak karardan sonra alacaklının başvurabileceği muhtemel hukukî yolların da değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İlk olarak, hakem ya da hakem kurulundan alınan kararların ilâmlı icraya konu olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Öncelikle, gerek HMK hükümlerinde ve gerekse MTK hükümlerinde, hakem kararlarının İİK'nın ilâmlı icraya ilişkin hükümlerine göre yerine getirileceğine dair açık bir hüküm yoktur. HMK m. 439(4) hükmünde hakem kararına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını durdurmayaacağı düzenlenmiş; hükmün gerekçesinde de HMK kapsamındaki hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirildiği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle HMK kapsamında verilen hakem kararları doğrudan ilâmlı icraya konu edilebilir; bu kararların icrası için kesinleşmesi şart değildir.

Keza MTK hükümlerine tabi hakem kararları yönünden de, hakem kararına karşı iptal davası açılmasına ilişkin hükümlerin icraya etkisine ilişkin MTK m. 15/A-IV hükmünden hareketle, İİK'nın ilâmlı icraya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı sonucuna kolaylıkla varılabilir. Zira söz konusu hüküm uyarınca, hakem kararına karşı iptal davası açılması bu kararın icrasını kendiliğinden durdurur. Bundan ayrı olarak MTK m. 15/B hükmünde, iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra veya iptal davası açılması süresinin geçmesi ya da tarafların bu hakkı kullanmaktan feragat etmesi durumunda hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair şerh verileceği hükme bağlanmıştır. MTK hükümlerine göre verilen hakem kararları kesinleşmeden takibe konu edilemez; hakem kararının m. 15/B hükmünde belirtilen şekillerde kesinleşmesi üzerine, taraflar icra edilebilirlik şerhi taşıyan hakem kararlarına dayanarak ilâmlı takip başlatabilirler.

Yabancı hakem kararları yönünden ise, MÖHUK m. 61(2) hükmündeki yollama nedeniyle, yabancı hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilmesi durumunda, bu kararlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunacaktır [MÖHUK m. 57(1)]. MÖHUK m. 57(2) hükmüne göre de, tenfiz talebinin kabulü veya reddi yönündeki kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz, yerini getirmeyi durdurur⁵³.

Sonuç olarak, gerek HMK'daki iç tahkim hükümlerine ve gerekse MTK hükümlerine göre verilen hakem ya da hakem kurulu kararları birer ilâmdir.

⁵³ **Ermenek, İbrahim:** İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XIV (4-7 Ekim 2018)– ilâmlı İcra, Bolu, 2018, s. 32 vd.

Dolayısıyla ilâmlı icranın ayrıcalıklarından yararlanırlar. Aynı şekilde MÖHUK m. 61(2) ve m. 57'nin açık hükümleri uyarınca tenfiz edilmiş yabancı hakem kararları da ilâmdir ve ilâmlı icra hükümlerine göre icra edilirler⁵⁴. Bu durumda, alacaklının hakem ya da hakem kurulu kararına istinaden ilamli icra takibi (iİK m. 32 vd.) yaparak⁵⁵, borcun ödenmemesi halinde iİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması mümkündür⁵⁶.

İkinci olarak, bir ilâm olan hakem kararına dayanarak, özellikle iİK m. 32 hükmüne göre bir ilâmlı icra yapmadan (ve iİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâsa başvurmadan) genel (âdi) iflâs yoluyla takibe de başvurulabilir⁵⁷. Bu durumda, hakem kararı kesinleşmiş ise, borçlunun takibe itiraz etmesi halinde iflâs mahkemesinde alacağın varlığı ve miktarı yeniden uyuşmazlık konusu yapılmayacaktır. Şayet hakem kararı kesinleşmemiş ise Mahkemece bu kararın kesinleşmesi beklenmelidir⁵⁸. Bu şekilde iflâs

⁵⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388-389; **Tanrıver, Süha**: ilâmlı icra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 44; **Ermenek**, s. 32 vd.

⁵⁵ Yabancı hakem kararının ilâmlı icraya konulabilmesi için tenfiz kararının kesinleşmesi gereklidir. Zira MÖHUK m. 61(2) atfıyla m. 57(2) hükmü uyarınca tenfiz kararı aleyhine kanun yoluna başvurulması yerine getirmeyi durdurur. Nitekim Yargıtay tarafından da ilâmlı icra takibinin dayanağı olan hakem kararının tenfizine ilişkin kararın icra takip tarihi itibarıyla temyizde olması halinde, MÖHUK m. 57(2) hükmü uyarınca takip tarihi itibarı ile takibin durmasına karar verilmesi gerektiği içtihat edilmiştir. Y. 12. HD, 09.04.2012, E. 2011/27085, K. 2012/11582; Y. 12. HD, 09.04.2012, E. 2011/27087, K. 2012/11583 sayılı kararları (UYAP).

⁵⁶ iİK m. 177/4 hükmü uyarınca ilama dayalı alacağın icra emriyle istenildiği halde ödenmemesi halinde bu durum, önceden takip yapılmaksızın doğrudan doğruya iflâs hallerindedir. *"Davacı vekili, taraflar arasında akdedilen satım sözleşmesine aykırı hareket edilmesi nedeniyle müvekkilinin zarara uğradığını, zararın tazmini amacıyla yabancı hakeme müracaat edildiğini, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin kararın ilamli icra takibine konu edildiğini, davalının ödeme yapmadığını ileri sürerek iİK'nun 177/4. maddesi uyarınca davalının iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davalının takip konusu borcu ödemediği gerekçesiyle davalı şirketin iflasına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..."* Y. 19. HD, 08.05.2008, E. 2008/3957, K. 2008/4989 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁷ **Kuru**, Ders Kitabı, s. 379; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 470; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 456. Genel (âdi) iflas yoluyla takip esasında bir ilâmsız takip niteliğindedir. Her ne kadar Yargıtay İctihadi Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 26.05.2017 tarihli ve 2017/2 E. 2017/3 K. sayılı kararıyla (R.G., 21.07.2017/30130) *"ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağına"* karar verilmiş ise de; söz konusu İBK genel haciz yolu ile ilamsız takip yoluna ilişkin bir istisna niteliğindedir. İstisnaların geniş yorumlanmayacağı (*singularia non sunt extendenda*) ilkesi uyarınca, bu karar genel iflâs yoluyla ilamsız takip bakımından geçerli değildir.

⁵⁸ *"Davacı vekili, müvekkilinin açtığı davada toplam ... TL'nin tahsiline karar verildiğini, bu ilama dayalı olarak genel (adi) iflas yolu ile alacağın tahsili amacıyla başlatılan takibe davalının haksız itiraz ettiğini ileri sürerek, davalının itirazının kaldırılarak iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ... Dava, itirazın kaldırılması ve iflas istemine ilişkindir. Genel (adi) iflas yoluna başvuran alacaklının borcun sebebi olarak gösterdiği ve takibine dayanak yaptığı ilam, davalının temyizi üzerine Yargıtay 15'nci Hukuk Dairesi'nin ... E.-K. sayılı kararıyla*

mahkemesi, kesinleşen hakem ya da hakem kurulu kararında hüküm altına alınan miktar üzerinden depo kararı vererek, borcun ödenmemesi halinde iflâsa karar verecektir.

b. İflâs Talebi Yönünden

İİK m. 154/3 hükmünün ilgili kısmı şu şekildedir: “Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır.” Söz konusu hükümdeki yetki kuralının kamu düzenine ilişkin bir kesin yetki kuralı olduğu icra ve iflâs hukuku doktrininde⁵⁹ ve Yargıtay kararlarında⁶⁰ genel kabul görmüş bir husustur. Milletlerarası özel hukuk doktrininde de İİK m. 154/3 hükmünde yer alan yetki kuralının münhasır yetki tesis eden bir kural olduğu kabul edilmektedir⁶¹.

Bu itibarla, iflâs davasındaki mahkemenin yetkisine ilişkin İİK m. 154/3 hükmünün kamu düzenine ilişkin kesin bir yetki kuralı öngörmesi ve iflâs davasının tarafların iradelerine tâbi olmayan davalardan olması nedeniyle, iflâs konusunda tahkim anlaşması yapılsa dahi, bu anlaşmalar doğrultusunda verilen hakem kararları geçersiz olacaktır. Bu nedenle iflâs davası açısından tahkim anlaşmasının uygulanma imkânı söz konusu değildir⁶².

3. Tahkim İlk İtirazı Üzerine İflâs Mahkemesince Verilecek Karar

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarında, tahkim anlaşmasının varlığı durumunda, tahkim anlaşması ile yetkilendirilmiş hakem ya da hakem

bozulmuştur. Bu durumda mahkemece iflas davasına konu olan alacağa ilişkin ilamın kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Mahkemece bu kararın kesinleşmesi beklenmeden ve alacağın varlığı belirlenmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından...” Y. 23. HD, 08.03.2012, E. 2012/436, K. 2012/1786 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁹ **Kuru**, C. III, s. 2656-2657; **Kuru**, El Kitabı, s. 946; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 378; **Üstündağ**, s. 35; **Kırtınoğlu**, s. 99-100 vd.

⁶⁰ “İflas davalarında yetki kamu düzenine ilişkin bulunmakla mahkeme tarafından resen dikkate alınmalıdır.” Y. HGK, 04.05.2011, E. 2011/19-151, K. 2011/275 sayılı kararı (UYAP). “İİK 154. maddesi emredici nitelikte olup iflas davasının mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılması gerekir. İflas davasındaki bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olup re’sen gözetilir.” Y. 23. HD, 24.09.2019, E. 2019/689, K. 2019/3829 sayılı kararı (UYAP). “İflas davalarının İİK’nun 154 maddesi uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerde açılması gerekir. Yasada öngörülen yetki kuralı kesin yetki olup, kamu düzeni ile ilgilidir.” Y. 23. HD, 12.05.2015, E. 2015/2119, K. 2015/3613 sayılı kararı (UYAP). “İİK’nin 154. maddesinde düzenlenen kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı göz önünde bulundurularak...” Y. 23. HD, 25.01.2016, E. 2015/1608, K. 2016/344 sayılı kararı (UYAP). “İflas davalarında Türk Mahkemeleri İİK’nin 154/son maddesi uyarınca kesin yetkilidir. Bu yetki kamu düzeni ile ilgilidir.” Y. 23. HD, 14.11.2013, E. 2013/4914, K. 2013/7094 sayılı kararı (UYAP).

⁶¹ **Nomer**, s. 5, 9; **Şanlı**, s. 260; **Özdemir Kocasakal**, s. 2307; **Tüysüz**, s. 292.

⁶² **Huysal**, s. 289; **Şanlı**, s. 471; **Eksi**, s. 130; **Kuru**, C. III, s. 2655, dn. 19; **Kuru**, El Kitabı, s. 1108; **Tüysüz**, s. 295.

kurulundan alacağın varlığını ispatlayan bir karar alınmadıkça taraflar arasındaki yargı yeri (tahkim) seçimini ortadan kaldıracak şekilde iflas yoluyla takip başlatılmasının ve buna istinaden iflâs davası açılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu kararlara göre, tahkim ilk itirazı üzerine iflâs davasına bakan asliye ticaret mahkemesinin davayı usulden reddetmesi gerekir; zira davacının öncelikle tahkim anlaşması ile yetkilendirilen hakem veya hakem kurulundan alacağının varlığını ve miktarını tespit eden bir karar aldıktan sonra iflâs yoluyla takibe başvurması gereklidir⁶³.

Öğretide taraftar bulan başka bir görüş, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen iflâs takibi yapılmış, itiraz üzerine itirazın kaldırılması ve iflâs davası açılmış ise; davacı tarafa sözleşme ile yetkilendirilen tahkim yerinde dava açmak üzere HMK m. 165(2) hükmü uyarınca süre verilerek takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespitinin hakeme havale edilmesi; hakemde açılacak davanın derdest iflâs davası bakımından HMK m. 165(1) hükmü uyarınca bekletici mesele yapılması gerektiği yönündedir⁶⁴.

Bu konudaki başka bir görüş, tahkime müracaat edilmiş ve hakem heyeti teşekkül etmiş ise hakem tarafından uyuşmazlığın esası hakkında henüz bir karar verilmemiş ise tahkim yargılamasının seyrine göre gerektiğinde bekletici sorun kararı verilebileceği, mahkemenin derdest tahkim yargılamasının içinde bulunduğu duruma göre tahkim ilk itirazını değerlendirmesi gerektiği, ancak ileride kurulacak ve teşekkülü zaman alacak hakem heyetinin beklenmesinin önerilmeyeceği yönündedir⁶⁵.

Bekletici sorun lehine ileri sürülen görüşlerin bir kısmında⁶⁶ temel gerekçelerden biri olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2013 tarihli ve E. 2012/4732, K. 2013/255 sayılı kararı gösterilmektedir. Yine doktrinde, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin bu kararı uyarınca tahkim anlaşmasının varlığı halinde iflâs davasının açıldığı mahkemenin tahkim konusu alacağı inceleyemeyeceği, tahkimde dava açılmış ise iflâs mahkemesinin bu davayı bekletici sorun sayacağı, ancak Yargıtay'ın bu kararının iflâs davasının özellikleriyle ve hukuki

⁶³ Bkz. yukarıda I-1 numaralı paragrafta anılan Yargıtay 23. HD kararları.

⁶⁴ **Özdemir Kocasakal**, s. 2315 (yazar tarafından bu yöndeki görüş milletlerarası yetki sözleşmeleri bakımından ileri sürülmüş olup, tahkim anlaşmaları yönünden de aynı görüşün geçerli olduğu kabul edilebilir); **Tüysüz**, s. 286; **Ergene**, s. 40 vd.; **Şensöz Malkoç**, s. 1426-1427. Genel olarak Türk usûl hukuku bakımından devlet mahkemelerinde yabancı ya da yerel tahkim olmasına bakılmaksızın hakem kararlarının beklenmesine yönelik bekletici sorun kararı verilmesine kural olarak bir engel olmadığı yönünde bkz. **Aşık, İbrahim**: Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 161.

⁶⁵ **Yeşilova, Bilgehan**: Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. I; s. 805-806.

⁶⁶ Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 2296, 2315, **Şensöz Malkoç**, s. 1427.

niteliğiyle bağdaşmayacağı ifade edilerek bu karar eleştirilmiştir⁶⁷. Gerçekten de Yargıtay'ın bu kararının ilgili kısmı "*Mahkemece ... basit yargılama usulüne tabi iflas davalarının ivedi görülmesi gereken davalar olduğunu da dikkate alarak alacaklıdan alacağını belirten bir ilam veya belge olup olmadığı sorulmalı, varsa bunlara göre deliller toplanıp dava sonuçlandırmalı, yoksa, alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere Mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli, dava açılması halinde bu dava sonucu beklenmeli, yahut iflas davasının basit yargılama usulüne tabi ve ivedi sonuçlanması gereken davalardan olduğu göz önünde bulundurularak davacı tarafça bu aşamada alacağının varlığını ispata yarar bir ilam veya belge sunulmadığından şartları oluşmayan iflas davasının reddine karar verme seçeneklerinin hangisinin dosya kapsamına ve somut olayın özelliklerine uygun düştüğü yerinde tartışılıp değerlendirilmeden eksik inceleme ve yanılgılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru olmamıştır*"⁶⁸ şeklindedir. Ancak Yargıtay'ın bu kararı, daha sonradan yapılan karar düzeltme başvurusu kabul edilerek kaldırılmış; faklı gerekçe ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yukarıdaki kararı ortadan kaldıran karar düzeltme ilâmının ilgili kısmı şu şekildedir: "*Yukarıda açıklanan nedenler karşısında davacının öncelikle anılan yargı yerlerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve bununla Türkiye'de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken, taraflar arası hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tabi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru olmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu bozma ilamının 3. bendinde yazılı şekilde bozma kararı verilmesi doğru görülmediğinden, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile, Dairemizin 12.01.2013 tarih 4732 Esas, 255 Karar sayılı bozma ilamının 6. bendinin çıkarılarak kararın yukarıda açıklanan değişik gerekçeyle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir*"⁶⁹. Bu karar üzerine, yerel mahkemece karar düzeltme kararındaki bozma gerekçesine uyularak davanın reddine dair verilen karar da Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁷⁰. Bir kısım yazarlar tarafından bekletici sorun görüşüne destek yapılan, bir kısım yazarlarca da eleştirilen bozma kararı, karar düzeltme ilâmı ile ortadan kaldırılarak hukukî varlığını kaybettiğinden; tahkim anlaşması ya da milletlerarası yetki sözleşmesi bulunması halinde iflâs davasında bekletici sorun kararı verileceği yönünde Yargıtay'ın hâlihazırda bir kararı bulunmamaktadır.

⁶⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2675.

⁶⁸ Y. 23. HD, 21.01.2013, E. 2012/4732, K. 2013/255 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁹ Y. 23. HD, 14.11.2013, E. 2013/4914, K. 2013/7094 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁰ Y. 23. HD, 26.01.2016, E. 2014/5858, K. 2016/389 sayılı kararı (UYAP).

Tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde iflâs mahkemesi tarafından verilecek kararın “davanın usulden reddi” ya da “bekletici sorun” kararlarından hangisi olacağını tespiti bakımından; geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra (iflâs) takibi yapılıp yapılamayacağı hususu üzerinde kısaca durulmalıdır. Bu husustaki Yargıtay kararları ve öğretisi görüşleri farklılık arz etmektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, yakın tarihli bir kararında, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının bağlayıcı olması nedeniyle icra müdürlüğünde takip yapılmasının hukuken mümkün olmadığına karar vermiştir⁷¹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında, tahkim şartı varken icra takibi yapılmasının mümkün bulunmadığı yönünde hüküm vermiştir⁷². Yine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi hakem kurulu kararlarının iptali davalarına ilişkin olarak daha eski tarihli içtihatlarında⁷³, (i) taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davacının ilâmsız icra takibine geçmesi üzerine davalının tahkim şartından vazgeçmeyerek takibe bu yönde itiraz etmesi halinde hakemde itirazın iptali davası açılmayacağına; (ii) ancak usul ekonomisi de gözetilerek hakemde açılan bu davanın alacak (tahsil) davası olarak görülüp sonuçlandırılabilirliğine; (iii) hakem kurulunca itirazın iptaline, takibin devamına ve davacı lehine icra inkâr tazminatına hükmedemeyeceğine karar vermiştir⁷⁴. Ancak, bu son zikredilen kararların aksine, Yargıtay 15. Hukuk

⁷¹ “...Mahkemece, toplanan delillere göre, sözleşmedeki tahkim şartının taraflar için bağlayıcı olduğu, taraflar arasında tanzim olunan sözleşmedeki hakem (görev) şartı ve yetki düzenlemesi nazara alınarak Mersin 2. İcra Müdürlüğünde takip yapılmasının bu aşamada hukuken mümkün olmadığı, Türk Mahkemelerinde dava açılmayacağından hakem şartının ve yetki itirazının yerinde olduğu belirlenmekle, HMK'nun 114 ve 115. maddeleri gereğince davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiş[tir]. ... Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerin gerektirdiği sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 19. HD, 22.11.2016, E. 2016/3779, K. 2016/15019 sayılı kararı (UYAP).

⁷² “...Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalının ihtilafın mahkemede çözümüne rıza gösterdiği belgenin tarihinin 31.03.2010 olduğu, davanın ise bu tarihten sonra açıldığı, icra takibinin tarihinin 11.06.2009 olup, adı geçen muvafakatin takip tarihinde bulunmadığı, bu nedenle takibe karşı ileri sürülen tahkim itirazının yerinde olduğu, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartı gereği, tarafların ihtilafı 30 gün içinde sulhen çözememiş olmaları halinde tahkime gidilmesi gerektiği, tahkim şartı varken icra takibi yapılmasının mümkün bulunmadığı, davalı hakem koşulundan vazgeçmediğine göre davacının bu koşuldaki tek yanlı vazgeçerek icra takibine geçemeyeceği, bu nedenle usulüne uygun bir takibin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 11. HD, 27.06.2012, E. 2011/5397, K. 2012/11144 sayılı kararı (UYAP).

⁷³ Y. 19. HD, 02.03.2000, E. 1999/7127, K. 2000/1554; 02.03.2000, E. 1999/7133, K. 2000/1555; 14.12.2000, E. 2000/ 5610, K. 2000/8669; 18.01.2002, E. 2001/4268, K. 2002/272 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁴ Bu kararlardan da geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde icra takibi yapılmasının mümkün olmadığı sonucu çıkarılabilir. Zira söz konusu kararlara göre, icra takibine karşı borçlu tarafından tahkim itirazı ileri sürüldüğünde hakemde itirazın iptali davası

Dairesi tarafından verilen kararlarda⁷⁵, hakemlerin kendilerinde açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkili oldukları içtihat edilmiş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da daha eski içtihatlarda benzer gerekçelerle aynı yönde kararlar verilmiştir⁷⁶.

Bu konuda öğretilerde de birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür: Öğretilerde taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması halinde cebri icra yoluna başvurulamayacağı⁷⁷; tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği ancak hakemde itirazın iptali davası açılmayacağı⁷⁸; tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği, itiraz üzerine hakemde itirazın iptali davası açılabilceği, ancak hakemde icra inkâr tazminatına

açılmayacak, bu isimle dava açılrsa dahi hakem heyetince dava alacak davası olarak nitelendirilerek görülecek ve itirazın iptali davasına özgü kararlar (itirazın iptali, takibin devamı ve icra inkâr tazminatı) verilemeyecek, sonuç itibarıyla hakem ya da hakem kurulu tarafından tahsil hükmü kurulacaktır. Bu durumda tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra takibi yapılması işlevsiz kalacaktır.

⁷⁵ “*Hakem Heyeti adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkâr tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu biçimde karar oluşturmuşlardır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler. Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu biçimde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur.*” Y. 15. HD, 03.04.2008, E. 2008/262, K. 2008/2138 sayılı kararı (UYAP). “*Dava İİK'nın 67. maddesinden kaynaklanan itirazın iptali niteliğinde olup, kamu düzeniyle alakalı değildir. Tarafların iradelerine tabi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden ihtilafın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur.*” Y. 15. HD, 16.05.2011, E. 2010/826, K. 2011/2941 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁶ “*...Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, ... itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, icra inkâr tazminatına da hükmedilebileceği ... gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... [U] sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...*” Y. 11. HD, 27.11.2018, E. 2018/3263, K. 2018/7408 sayılı kararı (UYAP). Aynı Daire, navlun sözleşmesinden doğan alacağına ilişkin yapılan icra takibine itiraz üzerine hakemde açılan itirazın iptali davasında hakem kurulu tarafından ilişkin icra inkâr tazminatına hükmedilen kararın iptali davasında “*...hakemlerin itirazın iptali davalarında icra inkâr tazminatına karar vermeleri mümkün ise de...*” şeklinde karar vermiştir. Y. 11. HD, 01.04.2002, E. 2001/10258, K. 2002/3443 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁷ **Yılmaz, Ejder:** Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 540-541; **Yeşilova, Bilgehan:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 534; **Dayınlarlı, Kemal:** HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim, 2. Bası, Ankara 2004, s. 66.

⁷⁸ **Yavuz, Nihat:** Uygulamada ve Öğretilerde İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007, s. 98; **Erdem, Murat:** İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, s. 143-144.

hükmedilemeyeceği⁷⁹ yönünde birbirinden oldukça farklı görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce, her ne kadar engelleyici yasal bir hüküm bulunmamakta ise de, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde cebrî icra yoluna başvurulamaması gerekir. Çünkü tahkimde taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünü devlet yargısı dışına taşımaktadır. İcra teşkilatı da devlet yargısı içerisinde olduğuna göre, tahkim anlaşmasına rağmen hakemde dava açılmadan doğrudan icra (iflâs) takibine izin verilmesi, tahkim iradesine aykırılık oluşturur⁸⁰.

Tahkim anlaşmasına rağmen cebrî icra yoluna başvurulması kabul edildiğinde, takibe itiraz edilmesi halinde, takibe itiraz üzerinde itirazın iptali davasının hakemde açılıp açılmayacağı, açılabilir ise hakemlerin icra inkâr tazminatına karar verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı gibi çeşitli hukukî sorunlar ortaya çıkacaktır. Yine takibe itiraz üzerine hakemde itirazın iptali davası açılabilirliği kabul edildiğinde, bu defa icra takibi devlet yargısı içerisinde yer alan icra müdürlüğünde yapılmış, dava ise hakemde görülmüş; bu şekilde uyuşmazlığın bir kısmında devlet yargısı, diğer kısmında hakemler görev yapmış olacaktır. Keza tahkim anlaşmasına rağmen yapılan icra takibine itirazın iptali için dava açılması halinde, mahkemeler tahkim ilk itirazı üzerine uyuşmazlığın tahkime elverişli olması nedeniyle itirazın iptali davasının usulden reddine karar verme eğilimindedir⁸¹.

⁷⁹ **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 313-314. **Pekantez, Hakan:** Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 64-65; **Tüysüz, S. 115;** **Pekantez/Yeşilirmak, s. 2671;** **Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif:** Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlämsiz Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 3, Temmuz 2017, s. 568.

⁸⁰ **Yılmaz, s. 541.**

⁸¹ *"...Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı arasında yapılan sözleşme gereğince ... düzenlenen hizmet bedeline ait fatura bedelinin davalı tarafça ödenmemesi üzerine davalı hakkında başlatılan icra takibine haksız itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile %20 'den aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin hüküm bulunduğunu ve tahkim itirazında bulunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece ... taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 10.2. maddesinde uyuşmazlıkların tahkim kurallarına göre karara bağlanacağına ilişkin tahkim şartı bulunduğu ve taraflar arasındaki husumetin sözleşmenin 10. maddesi kapsamında tahkim yargılamasına tabi bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın HMK'nın 413. maddesi gereğince usulden reddine karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..."* Y. 23. HD, 18.09.2019, E. 2017/139, K. 2019/3678 sayılı kararı (UYAP). Yine bir istinaf kararında itirazın iptali davasında *"... [T]araflar arasındaki satım sözleşmesine bağlı genel satış koşulları sözleşmesinde geçerli bir tahkim şartının düzenlendiği, davalının da ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunduğu anlaşıldığından, davanın HMK'nın 413/1 maddesince usulden reddine karar verilmesi gerekirken..."* yönünde karar verilmiştir. Antalya BAM 11. HD, 05.04.2019,

Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra takibi yapılmasına, itiraz olması halinde itirazın iptali davasının hakemde görülmesine cevaz verilmesi hâlinde bir sorun da takibin yapıldığı icra dairesinin yetkisine itiraz edildiğinde gündeme gelecektir. Örneğin icra takibine karşı borçlunun borca itirazının yanında tahkim itirazı ile birlikte icra dairesinin yetkisine de itiraz etmesi ihtimalinde, itirazın iptali davasının hakemde açıldığı varsayıldığında, hakem ya da hakem kurulu takibin yetkili icra dairesinde yapılıp yapılmadığını denetleyebilecek midir? Çünkü Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, İİK m. 67 hükmüne göre açılmış itirazın iptali davalarında, öncelikle takibin yetkili icra dairesinde yapılıp yapılmadığı incelenmelidir. Eş söyleyişle, itirazın iptali davasında, mahkeme öncelikle, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırmalıdır⁸². Zira itirazın iptali davasının görülebilmesi usulüne uygun bir şekilde yapılmış geçerli bir icra takibinin varlığına bağlıdır. Geçerli bir takibin bulunmadığı durumlarda itirazın iptali davasının görülebilmesine usulen olanak yoktur⁸³. Başka bir anlatımla,

E. 2018/1610, K. 2019/742 sayılı kararı (UYAP). “...*Dava, faturalardan kaynaklanan bakiye alacağın tahsili amacı ile başlatılan icra takibine karşı itirazın iptali davasıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 413. maddede tahkim itirazı üst başlığı altında, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği, bu durumda tahkim Sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değilse mahkemenin tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceğine yer verilmiştir. Aynı yasanın 116/1-b bendinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı ilk itirazlar arasında yer almıştır. Somut olayda taraflar tahkim sözleşmesini sözleşmenin bir şartı olarak düzenlemişlerdir. Bu durumda davalı tarafın yasal sürede yapmış olduğu tahkim ilk itirazının kabulü ile davanın usulden reddi kararı yerindedir.*” İstanbul BAM 17. HD, 25.05.2017, E. 2017/651, K. 2017/670 sayılı kararı (UYAP). Aynı yönde İstanbul BAM 17. HD, 25.05.2017, E. 2017/641, K. 2017/669 sayılı, Ankara BAM 27. HD, 14.04.2017, E. 2017/61, K. 2017/159 sayılı kararları (UYAP).

⁸² İİK m. 50/2 hükmünde yetki itirazı hakkında icra mahkemesince karar verileceğine dair düzenleme, sadece icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi haline münhasır olup; alacaklı bu durumda mahkemede itirazın iptali davası açamaz; yetki itirazının kaldırılmasını icra mahkemesinden istemesi gerekir. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 182. “İtiraz dilekçesinin içeriğinden itirazın sadece icra dairesinin yetkisine yönelik olduğu, borçlunun takip konusu borca itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Borçlu sadece icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş ise görevli mahkeme icra mahkemesidir.” Y. 19. HD, 29.03.2012, E. 2011/13640, K. 2012/5218 sayılı kararı (UYAP). “İcra takibi sebebiyle gönderilen ödeme emrine karşı borçlu sadece yetki itirazında bulunmuş ise, bu itirazın kaldırılması yetkisi münhasıran icra mahkemesine ait olup, alacaklının itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden isteyebileceği İcra ve İflas Kanunu'nun 50/2. maddesi hükmü gereğidir.” Y. 19. HD, 21.02.2011, E. 2010/8115, K. 2011/2209 sayılı kararı (UYAP). Aynı yönde Y. 15. HD, 10.06.2008, E. 2008/265, K. 2008/3840; Y. 15. HD, 18.03.2008, E. 2007/2177, K. 2008/1724; Y. 23, HD, 27.06.2016, E. 2015/6427, K. 2016/3930 sayılı kararlar (UYAP). Hem yetkiye hem de borca itiraz edilmesi halinde, takibin devamı için itirazın iptali davası açılmış ise, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın bu davaya bakan mahkemece değerlendirilmesi gereklidir.

⁸³ Y. HGK, 13.12.2018, E. 2015/22-2933, K. 2018/1927; 25.04.2018, E. 2017/19-902, K. 2018/973; 23.12.2009, E. 2009/13-483, K. 2009/591 sayılı kararları (UYAP). Y. HGK,

Yargıtay kararlarında itirazın iptali davası için yetkili icra dairesinde başlatılmış geçerli bir icra takibinin bulunmasının dava ön şartı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Bu olasılıkta, yetkisiz icra dairesinde takip yapılması nedeniyle hakem ya da hakem kurulu tarafından borçlunun yetki itirazı hakkında değerlendirme yapılarak itirazın iptali davasının dava ön şartı yokluğundan reddine karar verilmesi mümkün müdür? Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir. Öncelikle bu durum tahkimin işlevine aykırılık teşkil eder; zira tahkim anlaşmasındaki amaç, hakemin ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermesini temin etmektir. Buna ilaveten, örneğin, HMK m. 444 hükmünde, tahkim kısmında düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. İcra dairelerinin yetkisi bakımından ise İİK m. 50/1 atfıyla HMK'nın yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda HMK m. 444 hükmünün açıklığı karşısında, HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerinin hakem ya da hakem kurulu tarafından uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu durumda hakem ya da hakem kurulunun icra dairesinin yetkisine itiraz konusunda bir karar vermeleri mümkün değildir. Bu sebeplerle, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda tarafların hakemde alacak davaları açmalarının, başka bir ifadeyle tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan alacak için cebrî icra yoluna başvuramamalarının, tarafların tahkim iradelerine daha uygun bir yöntem olacağı değerlendirilmektedir.

Tahkim anlaşmasına rağmen yapılan iflâs takibine itiraz üzerine devlet mahkemesinde açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında, devlet mahkemesinin itirazın kaldırılması talebinin incelenmesini hakeme/tahkime havale ederek bekletici sorun yapması gerektiğine dair görüş⁸⁵ şu bakımdan da kabul edilebilir değildir:

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere; iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisi kamu düzeninden değildir⁸⁶. Bu husus İİK m. 154/3 hükmünde açıkça iflâs takibi için tarafların yetki sözleşmesi yapabileceğine dair düzenlemeden anlaşılmaktadır. Her ne kadar genel kural olarak tahkim anlaşması ile mahkemenin (ya da icra dairesinin) yetkisine ilişkin yetki anlaşması birlikte bulunamaz ise de⁸⁷, İİK m. 154/3 hükmündeki düzenlemenin

28.03.2001 E. 2001/19-267, K. 2001/311; 20.03.2002, E. 2002/13-241, K. 2002/208 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁴ Y. 11. HD, 17.02.2016, E. 2015/14964, K. 2016/1643; Y. 11. HD, 17.02.2016, E. 2015/14588, K. 2016/1642; Y. 19. HD, 13.05.2015, E. 2014/19860, K. 2015/7141; Y. 19. HD, 21.04.2010, E. 2009/6453, K. 2010/4868 sayılı kararları (UYAP).

⁸⁵ Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 2315; **Tüysüz**, s. 286; **Ergene**, s. 40 vd.; **Şensöz Malkoç**, s. 1426-1427.

⁸⁶ Y. HGK, 18.10.2006, E. 2006/19-643, K. 2006/671 sayılı; Y. 23. HD, 24.09.2019, E. 2019/689, K. 2019/3829 sayılı; Y. 23. HD, 22.11.2018, E. 2016/5306, K. 2018/5439 sayılı kararları (UYAP).

⁸⁷ Bkz. yukarıda dn. 36'da anılan kararlar.

ifadesinden, iflâs takipleri yönünden m. 50/1 atfıyla HMK'nın genel hükümlere göre borçlunun muamele merkezi dışındaki başka icra dairesi de (örneğin HMK m. 10 hükmü uyarınca ifa yeri icra dairesi ya da TBK m. 89/1 hükmü uyarınca para alacaklarında alacaklının yerleşim yeri icra dairesi gibi) yetkili olabilecektir.

Yargıtay kararlarına göre, genel iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde, iflas davasının kaldırılmasına bakan mahkemenin öncelikle bu yetki itirazını inceleyerek sonuçlandırması gerekmektedir. İcra dairesinin yetkili olmadığı anlaşılır ise iflas davasının, salt icra dairesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilir; icra dairesinin yetkili olduğunun anlaşılması halinde mahkeme davaya bakmaya yetkili olup olmadığını değerlendirmeli, yetkili ise esasa girmelidir⁸⁸.

Örneğin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, borçlunun muamele merkezi dışında olup genel yetki hükümleri uyarınca da yetkisiz bir icra dairesinde yapılan iflâs takibinde, borçlunun icra dairesinin yetkisine, taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca davanın hakemde görülmesi gerektiğine ve borca itiraz etmesi durumunda; alacaklının itirazın kaldırılması talebinin hakemde inceleneyeceği kabul edildiğinde, yetki itirazı konusunda hakem ya da hakem kurulu bir karar verebilecek midir? Ya da dava kendisinde açılan iflâs mahkemesi önce icra dairesinin yetkili olup olmadığını inceleyerek takibin yetkili icra dairesinde yaptığı kanaatine varması hâlinde, borçlunun yetki itirazını bir ara karar ile reddettikten sonra mı alacağın varlığının ve miktarının tespiti (itirazın kaldırılması) talebinin incelenmesini hakeme havale edecektir?

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hakem ya da hakem kurulunun icra dairesinin yetkisi konusunda bir karar vermesi mümkün değildir; bu konuda karar verme yetkisi mahkemelere (itirazın içeriğine göre icra mahkemesine ya da davanın esasına bakan mahkemeye) aittir. Genel iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde, bu itirazı inceleme yetkisi iflâs davasının kaldırılmasına bakan mahkemeye aittir. Bekletici sorun çözümünün kabul edilmesi ihtimalinde; böyle bir itiraz durumunda iflâs mahkemesinin öncelikle yetki hususunu inceleyerek icra dairesinin yetkili olması halinde borçlunun yetki itirazını bir ara kararı ile reddetmesi, akabinde alacaklının itirazın kaldırılması talebinin incelenmesi için dosyayı hakeme havale ederek sonucunu beklemesi, hakem kararı kesinleştikten sonra yine bir ara kararı ile borçlunun bu defa borca itirazının kaldırılmasına karar vermesi, akabinde depo kararı vererek borcun ödenmemesi halinde iflâsa karar vermesi gerekecektir.

⁸⁸ Bkz. Y. 23. HD, 27.09.2011, E. 2011/390, K. 2011/641 sayılı (bozma) kararı; Y. 23. HD, 22.03.2012, E. 2012/775, K. 2012/2238 sayılı (karar düzeltme ret) kararı (UYAP). Y. 23. HD, 18.10.2011, E. 2011/2047, K. 2011/1164 sayılı kararı (UYAP).

Böyle bir çözüm tarzının karmaşıklığı, iflâs davalarının basit yargılama usulüne tabi olması ilkesine (İİK m. 158/2) de aykırılık teşkil eder. Bu nedenle tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde alacaklının önce hakem ya da hakem kurulundan alacağının varlığını ve miktarını ispat eden bir karar alması, akabinde borçlu aleyhine iflâs işlemlerine başlaması daha uygun çözüm tarzı olacaktır.

Alacaklının tahkimde aldığı karardan sonra ilâmlı icra yaparak borcun ödenmemesi üzerine İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması halinde zaten icra dairesinin yetkisine itiraz söz konusu olmayacaktır; zira ilâm niteliğindeki hakem kararlarının icrası İİK m. 34 hükmü uyarınca her icra dairesinden talep olunabilir. Alacaklının ilâm niteliğindeki hakem kararına rağmen İİK m. 154 vd. hükümleri uyarınca ilâmsız iflâs takibi yapması ihtimalinde, eğer icra dairesi yetkili değilse iflâs davasının salt bu nedenle reddine karar verilecek; icra dairesi ve mahkeme de yetkili ise, hakemde kesinleşen alacağın varlığı ve miktarı yeniden yargılama konusu olamayacağından, doğrudan depo kararı verilerek sonuca gidilecektir. Bu nedenlerle, tahkim anlaşmasının varlığı durumunda tahkimde bir karar alınmadan doğrudan yapılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde, Mahkemece yapılacak yüzeysel (*prima facie*) bir inceleme⁸⁹ sonucunda hakem anlaşmasının geçerli olduğu anlaşılır ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Sonuç olarak, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen iflâs takibi yapılmış ve itiraz üzerine itirazın kaldırılması ve iflâs davası açılmış ise, davalı tarafın HMK m. 116(1)-b hükmü uyarınca tahkim ilk itirazında bulunması halinde HMK m. 413(1) hükmü uyarınca davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine dair Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına iştirak etmekteyiz. Çünkü geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması halinin yaptırımını kanunda açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 413(1) hükmü, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazı olması durumunda; tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceğini emretmektedir. Yine MTK m. 5/1 hükmünde de tahkim anlaşmasının varlığına rağmen dava mahkemede açılmışsa; karşı tarafın tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği HMK ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Kanunda bu şekilde geçerli bir tahkim

⁸⁹ **Esen, Emre:** Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 355-357; **Yeşilirmak**, s. 210 dn. 6; **Tüysüz**, s. 330 vd. Aksi yönde bkz. **Yeşilova**, Bilge Umar'a Armağan, s. 806-808.

anlaşmasının varlığına rağmen dava açılması hâlinde tahkim ilk itirazı üzerine verilecek kararın niteliği açıkça belirlenmiş olduğundan, emredici nitelikteki bu hükümler karşısında yorum yoluyla bekletici sorun müessesesinin uygulanması kanaatimizce hukuken mümkün değildir. Esasen görüşümüze göre, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda cebrî icraya başvurulması (iflâs takibi yapılması) mümkün olmadığından, bu durumda bekletici sorun müessesesinin uygulanabilirliğinin tartışılmasına gerek de kalmayacaktır. Zira taraflar arasındaki tahkim anlaşması ile yetkilendirilen hakem ya da hakem kurulundan alacağın varlığını ve miktarını tespit eden bir karar alındıktan sonra cebrî icraya başvurulması halinde; iflâs mahkemesinde alacağın varlığı yeniden uyumsuzluk konusu yapılmayacaktır.

SONUÇ

İİK m. 154/3 hükmündeki borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, iflâs kararı verecek kesin yetkili mahkeme olup, bu yetki kuralı kamu düzenindedir. Bu hüküm karşısında hakemlerin iflâs kararı vermeleri bugün için hukuken mümkün değildir. Ancak genel iflâs yoluyla takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davalarında mahkemede alacaklının iki istem sonucu incelenmektedir. Bunlar (i) takip dayanağı borcun varlığının ve miktarının tespiti, başka bir anlatımla, davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığına ilişkin bir maddi hukuk yargılaması ve (ii) sonrasında yasal koşulların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflâsına karar verilmesi aşamalarıdır. İflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, genel hükümlere göre maddi hukuk yargılaması yapılan alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflâs kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder. Bu nedenle bu davanın, alacağın varlığının tespitine yönelik bölümünün tahkime elverişli olduğu kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmasının varlığı durumunda, alacaklının öncelikle taraflarca kararlaştırılan tahkim yerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması gereklidir. Akabinde ise ya (i) İİK m. 154 vd. uyarınca borçlu aleyhine iflâs yolu ile ilâmsız takip yaparak, itiraz halinde İİK m. 156 hükmü uyarınca iflas davası açması; ya da (ii) ilâmlı icra yaparak borcun ödenmemesi halinde İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması gereklidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, tahkim yargılaması bertaraf edilerek doğrudan cebrî icraya başvurulamayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda tahkimde bir karar alınmadan doğrudan yapılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde, hakem anlaşmasının geçerli olması halinde mahkemece davanın usulden reddine karar verilmelidir. Böyle bir olasılıkta, mahkemede açılan davada davacı tarafa kararlaştırılan tahkim yerinde dava açmak üzere süre verilerek itirazın kaldırılması incelemesinin hakeme havale edilmesi ve hakem yargılamasının iflâs davası bakımından bekletici sorun yapılması gerektiğine dair görüşe iştirak etmiyoruz.

KAYNAKÇA

- **Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif:** Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlâmsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 3, Temmuz 2017, s. 551-610.
- **Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Ankara 2019.
- **Aşık, İbrahim:** Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012.
- **Dayınlarlı, Kemal:** HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim, 2. Bası, Ankara 2004.
- **Ekşi, Nuray:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019.
- **Erdem, Murat:** İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.
- **Ergene, Deniz:** Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflâs Takibi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit mi?, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, İstanbul 2014, s. 3-62.
- **Ermeneç, İbrahim:** İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XIV (4-7 Ekim 2018)-İlâmlı İcra, Bolu 2018, s. 32 vd.
- **Esen, Emre:** Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 355-380.
- **Huysal, Burak:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- **Kırtıoğlu, S. Serhat:** İflâs Davası, Ankara 2009.
- **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt III, 3. bası, Ankara 1993. (C. III)
- **Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. bası, Ankara 2019. (Ders Kitabı)
- **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2013. (El Kitabı)
- **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. bası, Ankara 2013.
- **Muşul, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt II, 6. bası, İstanbul 2015.

- **Nomer, Ergin:** İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, S. 6, C. 85, s. 3-11.
- **Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016.
- **Özbek, Mustafa Serdar:** İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 256.
- **Özdemir Kocasakal, Hatice:** Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 16, 2014, Özel Sayı, Hakan Pekcanitez'e Armağan C. III, s. 2295-2318.
- **Pakel, Nafi:** İflâs Davasında Hakem Şartı Geçerli Midir?, İstanbul Barosu Dergisi 2007, S. 81, s. 39-41.
- **Pekcanitez, Hakan:** Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?, Fasikül Hukuk Dergisi, C: 10, S: 100, Mart 2018, s. 57-65.
- **Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Surgurtekin Özkan, Meral/Özekes Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018.
- **Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. bası, İstanbul 2017.
- **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016.
- **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 7. bası, İstanbul 2019.
- **Şensöz Malkoç, Ebru:** Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 179, Temmuz 2019, s. 1383-1434.
- **Tanriver, Süha:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- **Tüysüz, Cemre:** Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017.
- **Üstündağ, Saim:** İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2009.
- **Yavuz, Nihat:** Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007.
- **Yeşilirmak, Ali:** Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, S. 96, s. 205-228.

- **Yeşilova, Bilgehan:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- **Yeşilova, Bilgehan:** Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, C. 1; s. 739-818.
- **Yılmaz, Ejder:** Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 531-554.

