

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ŞARTININ VARLIĞI HALİNDE GENEL İFLAS YOLUYLA TAKİP YAPILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bahadır KÖKSAL*

ÖZET

İflasa ilişkin konular, iflasın kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber; genel iflas yolu ile yapılan takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası bakımından tahkime elverişlilik bağlamında, öğretide ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay 23. Hukuk Dairesince; itirazın kaldırılması ve iptal davasının niteliği itibariyle iki aşamadan oluştuğu, öncelikle alacağın varlığı, alacak miktarının belirlenmesi ve sonrasında iflas aşamasına geçilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alacağın varlığı ve alacak miktarının tespitinin maddi hukuka göre ayrı bir yargılama gerektirdiği gerekçesiyle; tahkim şartı uyarınca, bu yargılamanın hakem nezdinde yapılması gerektiği savunulmuştur. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bu görüşün aksi yönünde karar verilmiş olup itirazın kaldırılması ve iflas davasının birbirinden ayrılamayan prosedürler olduğu, iflas davasının kamu düzeninden olması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı ve uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözülmesi gerektiği belirlenmiştir. Bu çalışmada; itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünebilirlik konusunda niteliği ve dürüstlük kuralına aykırı olarak, tahkim şartının etkisiz hale gelmesini sağlamak üzere genel iflas yoluyla takibe başvurulup başvurulamayacağı hususları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Tahkime Elverişlilik, Genel İflas Yoluyla Takip, İtirazın Kaldırılması ve İflas Davası, Dürüstlük Kuralı

* **Avukat**, İ. D. Bilkent Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi/ANKARA, e-posta: bahadirkoksal@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-0963-3165

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1104200

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/04/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2022

**AN ASSESSMENT OF ORDINARY BANKRUPTCY PROCEEDINGS IN
CASE OF EXISTENCE OF AN ARBITRATION CLAUSE BASED ON THE
JUDGEMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS OF
THE TURKISH SUPREME COURT**

ABSTRACT

Claims related to bankruptcy are considered as non-arbitrable since bankruptcy concerns public order. However, various opinions have been put forward in the doctrine and Supreme Court decisions regarding the removal of objection and bankruptcy case filed upon the objection to the ordinary bankruptcy proceeding, in the context of arbitrability. It has been stated that the removal of the objection and bankruptcy case consist of two stages. It has been claimed that the determination of the existence and the amount of claim require a separate trial and this trial should be proceeded before the arbitrator due to the arbitration clause. However, The General Assembly of Civil Chambers of the Turkish Supreme Court decided to the contrary of this opinion. It was determined that the removal of the objection and bankruptcy case are inseparable procedures from each other. Therefore, the bankruptcy case is unsuitable for arbitration because of the public order. The dispute should be resolved in general courts. The points to be considered are the removal of objection and bankruptcy case regarding divisibility and examining whether it is possible to apply for ordinary bankruptcy proceeding to render the arbitration clause ineffective, contrary to the good faith principle.

Keywords: Arbitration, Arbitrability, Ordinary Bankruptcy Proceeding, the Removal of Objection and Bankruptcy Case, Good Faith Principle

GİRİŞ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 21/12/2021 tarihli ve 2019/(15)6-574E – 2021/1710 K. sayılı kararında, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin daha önceki kararlarından farklı yönde bir karar verilmiştir. Karara konu somut olayda, taraflar arasında yapılan sözleşmedeki tahkim şartının varlığına rağmen başlatılan genel iflas yolu ile takibe itiraz edilmiş ve İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas davası açılmıştır. Buna karşı davalı tarafça tahkim ilk itirazında bulunulmuştur. Aşağıda somut olay, mahkeme kararları ve kararlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. SOMUT OLAY

Taraflar arasında, 19/04/2011 tarihinde “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” imzalanmıştır. Sözleşmenin 42. maddesinde taraflarca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim şartı öngörülmüş olup tahkim şartı, “İşbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tapu iptali

davası dışında, İstanbul Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesince seçilecek üç (3) Hakem Kurulu marifetiyle tahkim yoluyla çözümlenir.” şeklinde kaleme alınmıştır. Davalı-yüklenici tarafından anahtar teslimi inşaatı tamamlama ve teslim etme borcu, sözleşmede belirtilen süre içerisinde yerine getirilmemiş olup, borca aykırılık nedeniyle davacıların uğradığı iddia edilen ve kendi paylarına isabet edecek şekilde kira kaybına ilişkin belirsiz alacak davası şeklinde şimdilik 2.000.000-TL bedelin tahsili amacıyla davalı-yüklenici aleyhine genel iflas yolu ile takibe (İİK m. 155 vd.) başlanmıştır. Başlatılan takibe, davalı-yüklenici tarafından süresi içerisinde itiraz edilmiş ve İİK m. 156/3 uyarınca takip durmuştur. Bunun üzerine davacı tarafından İİK m. 158 uyarınca davalı-yüklenici şirketin yapmış olduğu itirazın kaldırılması, alacağın belirlenerek bu bedelin depo edilmesi kararı verilmesi, süresinde yerine getirilmediği takdirde davalı-yüklenicinin iflasına karar verilmesi talepli dava, iflas davalarında kesin yetki öngören İİK m. 154/3 uyarınca davalı-yüklenicinin muamele merkezi olan Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla) açılmıştır. Buna karşılık davalı-yüklenici tarafından, sözleşmenin 42. maddesinde bulunan tahkim şartı nedeniyle, HMK m. 116/1-b uyarınca süresi içerisinde cevap dilekçesiyle birlikte tahkim ilk itirazı ileri sürülerek davanın usulden reddine karar verilmesi ve bunun yanında yine davalı tarafından esasa ilişkin savunmalarda da bulunularak davanın esastan reddine hükmedilmesi de talep edilmiştir.

Dolayısıyla uyuşmazlık; taraflar arasında imzalanan sözleşmede bulunan tahkim şartının varlığına rağmen, davacı tarafından genel iflas yolu ile takip yapılması ve buna itiraz edilmesi sonucunda açılan davanın genel mahkemede görülmesinin yerinde olup olmadığı ve bu sebeple davanın usulden reddine karar verilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir.

II. MAHKEME KARARLARI

A. İlk Derece Mahkemesi Kararı¹

Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla bakmaya başladığı dosyada 2016/824E – 2017/649 sayılı kararında, konuyla ilgili olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin muhtelif kararlarını² da örnek göstermek suretiyle yerleşik uygulamaya işaret etmiş ve uyuşmazlığa ilişkin gerekçesini bu çerçevede oluşturmuştur. Gerekçeye göre; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi içtihatlarında da belirtildiği üzere, itirazın kaldırılması ve iflas davasının içeriğinde farklı

¹ Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E: 2016/824, K: 2017/649, T:27.04.2017.

² Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/397, K: 2016/2509, T: 20.04.2016; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/4113, K: 2013/4498, T: 28.06.2013; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/9602, K: 2015/6987, T: 02.11.2015; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/1329, K: 2013/1692, T: 19.03.2013.

aşamaların bulunduğu; ilk aşamanın davacının davalıdan alacaklı olduğunun tespitinin yapılarak alacağın varlığı ve alacak miktarının belirlenmesine ilişkin maddi hukuk yargılaması olduğu, ikinci aşamada ise şartların varlığı halinde davalının iflasına ilişkin hukuki değerlendirmenin yapılacağı tespit edilmiştir.

Anılan kararda; iflasa ilişkin hususların kamu düzeninden olması nedeniyle tahkime elverişsiz bulunduğu ifade edilse de taraflar arasında imzalanan sözleşme içerisinde yer alan tahkim şartının, açılan davada ilk aşamaya yani alacağın varlığının ve miktarının tespit edilmesi kısmına ilişkin olması nedeniyle tahkim yargılamasının yapılması gerektiği; alınacak olan bu hakem kararına istinaden iflas yolu ile takip yapılması ve itiraz halindeki prosedürün işletilmesi gerektiği belirtilerek taraflar arasındaki sözleşmede bulunan tahkim şartını ortadan kaldıracak şekilde genel iflas yolu ile takip yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle HMK m. 116/1-b ve HMK m. 413 uyarınca davanın tahkim ilk itirazı dikkate alınarak usulden reddine karar verilmiştir.

B. İstinaf Mahkemesi Kararı³

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar üzerine davacı vekili tarafından; kararın hukuken doğru olmadığı, açılan davanın iki aşamadan oluştuğu ve bu sebeple alacağın öncelikle tahkim yargılaması kapsamında belirlenmesi ve sonrasında genel iflas yolu ile takip yapılması gerektiği gerekçelerinin hukuka aykırı olduğu, kanunda böyle bir ayırımın bulunmadığı, karara emsal olarak gösterilen Yargıtay kararlarının yabancı hukuk uygulanması ve yabancı mahkemelerin yetkili olması nedeniyle doğru emsal teşkil etmediği ve alacağın tespitinin iflas davasında zorunlu bir aşama olmayıp genel iflas yolu ile takipte borçlu tarafından itiraz edilmemesi halinde doğrudan iflas aşamasına geçildiği hususları ileri sürülerek karar, istinaf kanun yoluna götürülmüştür.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi 2017/1576E – 2018/102 sayılı kararında, ilk derece mahkemesi tarafından atıf yapılan Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararları ve uygulamaları gösterilmek suretiyle, tarafların sözleşme serbestisine dayanarak kendi aralarındaki sözleşmenin 42. maddesinde hüküm altına aldıkları tahkim şartı uyarınca, öncelikle davacıların tahkim yoluna müracaat etmesi ve ancak oradan alacağın varlığı ve miktarına ilişkin bir karar almasından sonra genel iflas yolu ile takibe başvurabileceği gerekçesiyle davacının istinaf itirazlarının esastan reddine karar vermiştir.

³ Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, E: 2017/1576, K: 2018/102, T: 18.01.2018.

C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararı⁴

İstinaf talebinin esastan reddi üzerine davacı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından; öncelikle İİK m. 158 uyarınca açılan iflas davalarının basit usul uygulanarak görüleceği, sözleşmenin 42. maddesi gereğince öngörülen tahkim şartının ihtiyari tahkim olduğu, iflas davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi, tarafların kendi iradeleri dahilinde sulh veya kabul yolu ile dava konusu üzerinde tasarruf etmelerinin mümkün olmaması nedeniyle tahkim yargılamasının gündeme gelemeyeceği, hak arama özgürlüğü kapsamında alacağına kavuşmak isteyen alacaklının alacağını iflas yoluyla talep etmesi ve mahkemede dava açması seçeneğini kullanmasının söz konusu olduğu durumda -bu tür davaların basit yargılama usulüyle çözüleceği de dikkate alındığında- davalı tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı tespit edilerek yargılamaların usul ekonomisi kapsamında basit usulde yürütülecek iflas yargılamasından önce davacı tarafa, tahkim şartı uyarınca, alacağına ilişkin hakem kararı alması şartının getirilmesinin hak arama özgürlüğü ve makul sürede yargılanma ilkesine de aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

Bu sebeplerle ilk derece mahkemesi tarafından yapıldığı üzere açılan davanın iki aşamaya ayrılarak görülmesinin haklı bir gerekçesi olmadığı, iflas yargılamasının itirazın kaldırılması ve iflas incelemesi şeklinde bir bütün teşkil ettiği de belirtilerek ilk derece mahkemesi kararının ve istinaf talebinin esastan reddi kararının doğru olmadığı tespit edilmiş ve Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 2017/1576E – 2018/102 sayılı kararı kaldırılarak genel mahkeme kararının bozulmasına oy birliği ile karar verilmiştir.

Ç. İlk Derece Mahkemesi Kararı (Direnme Kararı)⁵

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi, ilk kararında işaret ettiği Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararlarını ve uygulamasını tekrarlayarak, iflas takibi üzerine itirazın kaldırılması ve iflas davasının iki aşamadan oluştuğu hususu ve tarafların sözleşme serbestisi gözetilerek imza altında aldıkları tahkim şartı uyarınca ilk aşama olan alacak miktarının varlığının ve miktarının belirlenmesi kısmının tahkim yargılamasında çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bozma kararından bir gün önce yine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından verilen ve daire uygulamasıyla aynı yönde olan karara⁶ da atıf

⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2018/2228, K: 2019/950, T: 05.03.2019.

⁵ Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E: 2019/168, K: 2019/317K, T: 17/05/2019.

⁶ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2018/1512, K: 2019/796, T: 04.03.2019.

yapılarak⁷ bozmaya konu kararında ileri sürülen gerekçe tekrarlanmıştır. Bunlarla birlikte, ilk derece mahkemesi tarafından -ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına da atıf yapılarak- Yargıtay dairelerince, aynı konuya ilişkin farklı kararlar verilmesinin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil edeceği ve bu durumun hak ihlali olarak nitelendirildiği de vurgulanarak; ilk aşama olan alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesi kısmı için tahkime gidilmesinin ve bunun akabinde genel mahkemede iflas davasının açılmasının hukuka uygun olacağı, aksi takdirde taraflarca imza altına alınan tahkim şartının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olacağı ve bu durumun da hukuken korunmayacağı gerekçeleriyle önceki kararda direnilmiştir.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı⁸

İlk derece mahkemesi tarafından verilen direnme kararı, davacılar vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na (HGK) göre uyuşmazlığın temeli; taraflar arasında imzalanan tahkim şartının varlığı karşısında, davacılar tarafından İİK m. 155 uyarınca yapılan genel iflas yolu ile takibe davalı borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, genel mahkemede açılan itirazın kaldırılması davasının tahkim şartı nedeniyle usulden reddine karar verilmesinin hukuken uygun olup olmadığı sorusu etrafında toplanmaktadır.

Kararın gerekçe kısmında, HGK tarafından öncelikle İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca işletilecek prosedüre ve genel olarak tahkim kavramına ilişkin bilgiler verilmiştir. Daha sonra somut olay dikkate alınarak; iflas davasının kamu düzeni ve diğer alacaklılar üzerinde sonuçları olduğu, iflas yoluyla icra takibi, itirazın kaldırılması ve iflas talebinin birbirini izleyen prosedürler olduğu ve bir bütün teşkil ettiği, dolayısıyla birbirinden ayrılmaması gerektiği, itirazın kaldırılması kısmının tahkimde çözülmesinin ve sonrasında iflas talebi için mahkemeye başvurulmasının usul ekonomisine aykırılık teşkil edeceği, İİK m. 155 ve devamı maddelerinde alacağın tespiti için tahkime gidilebileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim şartı kapsamında da iflas yolu ile takip yapılamayacağı şeklinde bir sınırlama bulunmadığı, alacaklı tarafın hak arama özgürlüğü kapsamında bir an önce alacağına kavuşmak üzere iflas yolu ile takip yapmasının ve bu takibe itiraz üzerine genel mahkemelerde dava açma yolunu

⁷ “...Bu durumda davacının öncelikle tahkim mahkemesinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve akabinde borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir...”

⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/(15)6-574, K: 2021/1710, T: 21.12.2021.

seçmesi durumunda davalı tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasının iyiniyetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyeceği, yargılamaların en kısa sürede ve usul ekonomisi gereğince çözüleceği dikkate alınarak basit usulde yapılacak olan yargılamanın hak arama özgürlüğünü kısıtlar şekilde usulden reddine karar verilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, davacı tarafından TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, tahkim şartının uygulanabilirliğini imkânsız hale getirmek amacıyla iflas yoluyla takibe başlandığı, bu sebeple direnme kararının onanması gerektiği görüşü HGK nezdinde ileri sürülmüş, ancak bu görüş yukarıda açıklanan sebeplerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Bu sebeplerle, davacılar vekilinin temyiz itirazları kabul edilerek direnme kararının, Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı bozulmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

HGK tarafından oy çokluğu ile verilen karara ilişkin yazılan karşı oyda ise; iflas davasının takip hukuku müessesesi olmakla birlikte genel mahkemeler tarafından alacağın varlığı ve miktarının maddi hukuk kurallarına göre esastan incelendiği ve HMK hükümlerine göre yargılama yapılması nedeniyle cebri icra hukukunun kapsamı dışında kaldığı, bu sebeple itirazın kaldırılması kısmı için tahkim şartının bertaraf edilmesinin mümkün olmadığı, tarafların arasında tahkim şartı veya anlaşması bulunması halinde iflas takibinin konusu alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesi için tahkime gidilmesi gerektiği ve daha sonra iflas yoluna başvurulabileceğine ilişkin öğretide görüşlerin bulunduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte somut olayda, taraflar arasında bir tahkim şartı bulunmasına rağmen davacı tarafından tahkim yolu tercih edilmeyerek genel iflas yolu ile takibe geçilmesinin, tahkim şartının uygulanabilirliğini imkansız hale getirdiği, alacak davası açılmak istense tahkim ilk itirazıyla karşılaşılacağı için tahkim sözleşmesini geçersiz kılmak isteyen davacının iflas yoluyla takip yapmaktan başka bir imkanının bulunmadığı, somut olayda İİK m. 177 uyarınca alacaklının talebi ile doğrudan iflasın koşullarının oluştuğu iddialarının da bulunmadığı, bu koşulların oluşması halinde alacaklının tahkim yoluna başvurmadan doğrudan iflas davası açabileceği, bu koşulların olmaması nedeniyle alacaklı tarafından genel iflas yolu ile takibe başvurulmasının yasal bir hak olduğu, ancak TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesi dikkate alınarak davacının sözleşmedeki tahkim şartını dolanma amacıyla olduğunu açık olduğu, HGK üyelerinin çoğunluğunun kabul ettiği üzere HMK’da bulunan tahkime ilişkin hükümlere tahkim sözleşmesinin varlığı halinde iflas yoluna gidilemeyeceğine ilişkin hüküm konulması gerektiği yaklaşımının ise tahkim sözleşmelerinin uygulanmasını giderek imkansız hale getirebileceği belirtilmiş ve çoğunluk görüşüne uyulmamıştır.

II. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. Hukuki Sorunun Tespiti

Yukarıda aktarılan kararlarda da açıkça belirtilmiş olduğu üzere, değerlendirilmesi gereken temel husus; taraflar arasında imzalanan tahkim şartının varlığı karşısında, İİK m. 155 uyarınca yapılan genel iflas yolu ile takibe itiraz edilmesi üzerine, genel mahkemede açılan itirazın kaldırılması ve iflas davasının, tahkim şartı nedeniyle usulden reddine karar verilmesinin uygun olup olmadığıdır.

Bu temel sorun kapsamında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılan davanın ilk derece mahkemesinin kararında belirtmiş olduğu üzere iki aşamadan oluşup oluşmadığı ve bu aşamaların bölünebilirliği, bölünmesi halinde alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesi hususunun tahkime elverişli olup olmadığı, bu amaçla öncelikle tahkime gidilmesinin usul ekonomisi ilkesine aykırı olup olmadığı konularının incelenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise Yargıtay HGK kararının karşı oyunda belirtilmiş olduğu üzere, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, genel iflas yolu ile takip yoluna başvurulması sonucunda işlevsiz ve uygulama dışı bırakılmasının, taraflar arasındaki ahde vefa ilkesine ve TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir.

B. Tahkime Elverişlilik Kapsamında Değerlendirme

Tahkime elverişlilik kavramının iç tahkim için genel sınırları HMK m. 408 kapsamında çizilmiş olup söz konusu düzenleme: “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklindedir. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin belirlenmesindeki ölçüt, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin tarafların iradelerine tabi olmayan işler arasında yer alıp almadığıdır. Taraf iradesine tabi olmayan işler ise; tarafların üzerinde anlaşmak suretiyle serbestçe tasarrufta bulunamayacağı, kabul veya sulh yoluyla sona erdiremeyeceği kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklardır.⁹ Bu doğrultuda taraflarca imzalanan “Düzenleme Şeklinde

⁹ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 825; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2021, s. 343; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İÜHFD*, 10 (2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 601; Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, 131, 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 241 vd.; Mustafa Cemre Can, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, 26 (2), 2020,

Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”nin 42. maddesinde: “İşbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tapu iptali davası dışında, İstanbul Ticaret Odası'nın Hakem Mahkemesince seçilecek üç (3) Hakem Kurulu marifetiyle tahkim yoluyla çözümlenir.” şeklinde tahkim şartı kararlaştırılmış ve HMK m. 408’de de belirtilmiş olduğu üzere, taşınmazın aynından kaynaklanan tapu iptali davasının, tahkim şartının dışında olduğu ifade edilmiştir.

Somut olayda uyuşmazlık, sözleşmeden kaynaklanmakta olup borçlu-yüklenicinin edimini gerektiği gibi ifa etmemesi nedeniyle, davacının uğramış olduğu zarar olan kira kaybından doğan tazminat talebine ilişkindir. Bu talep sözleşmeden doğan bir tazminat talebi olup tahkime elverişlilik konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.¹⁰ Bununla birlikte davacı tarafından, alacağa ilişkin genel iflas yolu ile takibe başvurulması ve buna karşı davalı-yüklenicinin itiraz etmesi karşısında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası prosedürü için tahkime elverişlilik konusunda bazı değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.¹¹

İlk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin gerekçelerine dayanak teşkil ettikleri ve yukarıda zikredilen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi içtihatlarında; genel iflas yolu ile yapılan takibe itiraz edilmesi üzerine, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davalarının; öncelikle alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesi ve sonrasında ise borçlu-davalının şartların gerçekleşmesi halinde iflasına karar verilmesi olmak üzere iki aşamadan oluştuğu açıkça belirtilmiştir. Buna istinaden, ilk aşama olan alacağın varlığı ve miktarının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığın, maddi hukuka göre çözülmesi gereken ayrı bir dava olduğu ve buna ilişkin taraflar arasında tahkim veya yetki sözleşmesi var ise belirlenen yerde yargılamanın yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Alacağın varlığına ve miktarına ilişkin hakemden alınan karara müteakip genel iflas yoluyla takip yapılabileceği ve iflas yargılamasının da İİK m. 154 uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde yapılacağı belirtilmiştir. Bu yaklaşım kısaca: “İflas davalarında tahkim şartının

<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1351.

¹⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2010/1581, K: 2010/1652, T: 23.03.2010; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2010/4423, K: 2010/4960, T: 04.10.2010. İlgili kararlarda gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan gecikme tazminatı ve cezai şart için tahkim yargılamasının mümkün olduğu, ancak tarafların genel mahkemelerde dava açması durumunda tahkim şartının veya sözleşmesinin uygulamasından vazgeçmiş sayılacakları kabul edilmektedir.

¹¹ İflas davalarının tahkime elverişliliği konusunda detaylı bilgi için bkz. Ebru Şensöz Malkoç, “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davası Bakımından Etkileri”, *BUHFD*, 14 (179-180), 2019, <<https://www.jurix.com.tr/article/19329>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 1411-1422.

uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tesbiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder."¹² biçiminde dile getirilmiştir.

Buna karşın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Yargıtay HGK kararlarında ise; İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak olan davanın basit usulle görüleceği için hızlı bir şekilde sonuca varılacağından bahisle, alacağın varlığının ve miktarının tespiti için öncelikle tahkime gidilmesinin ve akabinde genel iflas yolu ile takip yapılmasının, yargılama sürecini uzatacağı ve masrafları da artıracacağı gözetilerek makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisiyle bağdaştırılmayacağı hususları üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, iflas davasının yukarıda bahsedildiği üzere ikiye ayrılmasının mümkün olmadığı ve bir bütün olarak değerlendirilmesi ve görülmesi gerektiğinden, iflas davaları için öngörülen tahkim yasağının, somut olaydaki uyuşmazlık için açılan davanın bir bütün olarak iflas davası olarak nitelendirilmesinden bahisle, burada da uygulanacağı ifade edilmiştir. Zira iflas davalarının, borçlunun bütün alacaklılarını ilgilendirmesi,¹³ münhasıran tarafların arzusuna tabi olmayan işlerden olması¹⁴ ve niteliği itibariyle kamu düzenine¹⁵ ilişkin olması nedeniyle tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir.¹⁶ Kaldı ki İİK m. 154/3 uyarınca iflas davalarının açılması hakkında kesin yetki kuralı da bulunmaktadır.¹⁷ Bununla birlikte doktrinde,

¹² Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2018/1512, K: 2019/796, T: 04.03.2019; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/4113, K: 2013/4498, T: 28/06/2013. İlgili kararların sonuç kısımları sırasıyla: "...Bu durumda davacının öncelikle tahkim mahkemesinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve akabinde borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir." ve "...Bu durumda 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 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." şeklindedir.

¹³ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 480; Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

¹⁴ Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, *İİK Şerhi*, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, 2007, s. 3754.

¹⁵ Nafi Pakel, "İflas Davasında Hakem Şartı", *İstanbul Barosu Dergisi*, 81 (1), 2007, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20071.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 41.

¹⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 825; Tanrıver, *Cilt 2*, s. 344; Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2673.

¹⁷ "...Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır."

arabuluculuğa başvuru çerçevesinde takipli iflas yolunda açılan iflas davasının kamu düzeni niteliğine ilişkin bazı tartışmalar da bulunmaktadır.¹⁸ Kamu düzeni hususunda, iflas davası ve iflas kararının etkilerine ilişkin bir ayırım yapılarak takipli iflas yolu sonrasında açılan iflas davasının kamu düzenine ilişkin sonuçlarının, iflasın açılmasıyla ortaya çıkacağı belirtilmiştir.¹⁹ İtiraz üzerine yapılacak itirazın kaldırılması yargılamasının ise, alacak davasının özelliklerini taşıdığı; alacaklıların korunmasına ve tasfiyenin etkinliğinin artırılmasına ilişkin getirilen düzenlemelerin de kamu düzeni niteliği doğurmayacağı ifade edilmiştir.²⁰

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan alacak davalarının tahkime elverişli olduğu, buna karşın kamu düzeni karakteri nedeniyle iflas davalarının ise tahkim yoluyla çözülemeyeceği açık bir şekilde tespit edilebilecektir. Bu noktada somut olayın isabetli şekilde analiz edilebilmesi için iki hususun incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, genel iflas yoluyla takibe itiraz edilmesi halinde açılacak davanın birbirinden ayrılabilir iki aşamadan oluşup oluşmadığıdır. Eğer ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin görüşü savunularak ayrılabilen sonucuna varılırsa, o zaman Yargıtay HGK kararının isabetsiz olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Yargıtay HGK kararları gereğince, itiraz üzerine açılacak olan dava bir bütün olarak değerlendirilirse, o zaman iflas davasının tahkimle çözülmeye elverişli olmayan karakteri nedeniyle, eldeki uyuşmazlığın genel mahkemelerce çözümlenmesinin isabetli olduğu sonucuna varılabilecektir.

İkinci ihtimale kanaat getirildiği takdirde; taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yolu ile takip başlatılarak, iflas davasının kamu düzeni karakteri nedeniyle tahkime elverişsiz olmasından faydalanılmak sureti ile tahkim şartının etkisiz hale getirilmesinin, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği ise incelenmesi gereken ikinci husustur.

Aşağıda bu iki husus detaylı olarak incelenecektir.

¹⁸ İflas davalarının niteliği itibarıyla dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağına ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. İbrahim Ermenek/Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi148/136/>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 135-196; Barış Toraman, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/56651/744755>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1027-1059.

¹⁹ Toraman, s. 1046, 1054.

²⁰ Toraman, s. 1054.

C. İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Bölünebilirliğinin Değerlendirilmesi

Alacaklının, alacağını tahsil etmek için alacak davası veya genel haciz yolu ile takip yerine iflas yolunu tercih etmesi; iflas davasının basit yargılama usulüyle yürütülmesi, iflas takibinin borçlular üzerindeki etkisi, olası bir iflas ilanında borçlunun ticari itibar kaybı, depo kararı, alacağın nakden ve tamamen yatırılması imkânı nedenlerine dayandırılabilir.²¹ Alacaklı tarafından genel iflas yolu ile takip yapılması, İİK m. 155 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Genel iflas yolu ile takip, genel haciz yolunun iflas takibindeki karşılığıdır.²² Ödeme emrinin içeriğine, genel haciz yolundan farklı olarak; borcun ödenmemesi halinde iflas talep edilebileceği, borca itiraz edebileceği ve konkordato teklif edebileceği hususu ilave edilir. Ödeme emrini tebliğ alan borçlunun, İİK m. 155 uyarınca da belirtildiği gibi yedi gün içerisinde takip konusu miktarı ödemesi yahut bu süre içerisinde borca itiraz etmesi gerekmektedir. Takip talebi ve ödeme emri aşamaları genel haciz yoluna çok benzer niteliktedir.²³ Yedi günlük süre içerisinde itiraz edilmez, borç da ödenmez ise İİK m. 156/1 uyarınca alacaklı tarafından, Asliye Ticaret Mahkemesine başvurularak borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilebilir. Bunun yanında, ödeme emrinde belirtilen süre içerisinde borçlu tarafından borca itiraz da edilebilir. Bu durumda İİK m. 156/3 uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas talepli dava açılabilir. Başvurulacak olan Asliye Ticaret Mahkemesi, İİK m. 154/3 uyarınca öngörülen kesin yetki kuralı sebebiyle, borçlunun “muamele merkezinin bulunduğu yer” Asliye Ticaret Mahkemeleridir.²⁴

Borçlunun bu şekilde ödeme emrine itirazı üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflas davası, genel hükümlere göre görülen maddi hukuk davası olup bu dava sonucunda verilen karar ise maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.²⁵ Bu doğrultuda, mahkeme tarafından borçlu olunmadığı sonucuna varılırsa dava reddedilecek ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği için alacaklı, iflas takibi

²¹ Sümer Altay, *Türk İflas Hukuku*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 168.

²² Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1993, s. 2661.

²³ Kuru, s. 2662.

²⁴ İflas davalarının niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa S. Özbek, “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *AUHFD*, 61 (1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42474/511641>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2022, s. 207-274.

²⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 482; Selçuk Öztekin, “İflas Davasının Kabulüne ya da Reddine İlişkin Kararın Hukukî Niteliği (Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi)”, H. Ercüment Erdem/Tolga Ayoğlu/Anlam Altay/Ali Dural/Fülurya Yusufoglu/Sinan H. Yüksel (Ed.), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 568; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 528.

ve dava konusu yapmış olduğu alacak için borçluya karşı yeni bir alacak davası açamayacaktır.²⁶ Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılacak inceleme, genel mahkemede İİK m. 67 uyarınca açılan itirazın iptali davalarındaki incelemeye benzetilebilir.²⁷

Bununla birlikte, açılan davanın reddedilmesi, yalnızca esasa ilişkin olarak borçlu olunmadığının tespiti ile değil, başkaca durumlarda da söz konusu olabilecektir. İİK m. 155 uyarınca; borçlu, aleyhinde başlatılan genel iflas yolu ile takibe karşı “kendisinin iflasa tabi kimselerden bulunmadığına dair” itirazını da yedi günlük süre içerisinde ileri sürebilecektir. İflas kararının verilebilmesi için davalının iflasa tabi kişilerden olması gerekir.²⁸ İcra müdürü tarafından, borçlunun iflasa tabi olup olmadığı hususu, diğer itiraz sebeplerinin de kendiliğinden araştırılmayacağı gibi, kendiliğinden gözetilemeyecektir.²⁹ Bu husus, açılacak olan dava kapsamında, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, resen incelenecektir.³⁰ Asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda, davalı – borçlunun iflasa tabi olmadığı tespit edildiği takdirde davanın reddine karar verilecektir.³¹

Bir diğer husus ise, İİK m. 158/1 düzenlemesinin ikinci cümlesi uyarınca: “İflas talebinin ilanından itibaren on beş gün içinde diğer alacaklılar davaya müdahale veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürerek mahkemeden talebin reddini isteyebilirler.” şeklinde ifade edilmiştir. İflas talebi İİK m. 166 kapsamında ilan edildikten sonra, borçlunun diğer alacaklıları tarafından, on beş gün içerisinde, görülmekte olan davaya müdahale veya itiraz edilebilir. Diğer alacaklılar tarafından iflası gerektiren bir durumun bulunmadığı ispat olunur ise, mahkeme tarafından davanın reddine karar verilebilir.³² Örneğin, davalı ve davacı

²⁶ Kuru, s. 2677.

²⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 482.

²⁸ Altay, s. 126.

²⁹ Kuru, s. 2641.

³⁰ Kuru, s. 2641; Altay, s. 129.

³¹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2017/2341, K: 2020/1916, T: 04.06.2020 “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, tanınması istenen kararın sadece davacı ile ilgili bir karar olmadığı, Almanya’da kişisel iflas yoluna başvuran kişinin Türkiye’de de iflasa tabi kişilerden olması gerektiği, tacir olmayan kişilerin Türk hukuk sistemine göre iflas edemeyeceği, dolayısı ile iflas kararı verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir.”; ilk derece mahkemesi tarafından yeterli araştırmanın yapıldıktan sonra davalının iflasa tabi gerçek kişi tacir olmadığı ve dolayısıyla iflasının istenemeyeceği gerekçesiyle davanın HMK m. 114/2 ve 115/2 maddeleri uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesi hakkında Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/8943, K: 2016/3400, T: 02.06.2016.

³² Detaylı bilgi için bkz Altay, s. 135 vd.

arasında görülmekte olan iflas davasının, davalının iflasını sağlamak üzere muvazaalı olarak başlatılıp devam ettirildiği iddiasıyla, asli müdahale talebinde bulunularak davanın reddi talep edilebilir.³³ Bu şekildeki muvazaalı iflas taleplerine ilişkin, müdahale talep eden diğer alacaklıların itirazları doğrultusunda, mahkemece, iflas davasının reddine Yargıtay kararları da mevcuttur.³⁴

Yine üzerinde durulması gereken önemli bir husus, İİK m. 160 uyarınca ilk alacaklılar toplantısına kadar yapılacak olan iflas masraflarının, iflas isteyen alacaklı tarafından karşılanması şartıdır. İflas isteyen alacaklı tarafından bu masrafların karşılanması durumunda, İİK m. 248 uyarınca bu masrafların iadesi talep edilebilecektir.³⁵ Yargıtay önceden, bu masrafların iflas talep eden alacaklı tarafından karşılanmaması durumunda, iflas davasının reddedileceği görüşünü benimsemişti.³⁶ Bununla birlikte, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin daha sonraki dönemde; iflasın kamu düzeni ilişkin olması gerekçesiyle, iflas talep eden alacaklı tarafından masrafın kesin süre içinde yatırılmamış olması karşısında, HMK m. 325 uyarınca işlem yapılması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur.³⁷

İİK m. 156/3'te hüküm altına alındığı ve somut olayda gerçekleştiği üzere, borçlu tarafından yapılan genel iflas yolu ile takibe karşı borçlu-yüklenici tarafından

³³ Kuru, s. 2680 vd.

³⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2001/8522, K: 2002/2289, T: 28.03.2002; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2000/7712, K: 2001/1024, T: 08.02.2001.

³⁵ Altay, s. 140.

³⁶ Gönen Eriş, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Aydın Yayınları, 1991, s. 117 vd.; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, 3. Cilt, s. 3901 vd; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2013/543, K: 2013/1770, T: 22.03.2013.

³⁷ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2015/6028, K: 2015/5860, T: 14.09.2015 “...Mahkemece, dosya kapsamına göre 10.000 TL iflas avansının mahkeme veznesine depo edilmesi için davacıya birkaç kez süre verildiği ve en son duruşmada iflas avansının yatırılmaması halinde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedileceği ihtarı yapıldığı, fakat davacının verilen bu kesin süreye uymadığı ve iflas avansını yatırmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir... İflas kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle İİK'nın 181. maddesi yollamasıyla 160. maddesi uyarınca, iflasını isteyen gerekli masrafları avans olarak mahkeme veznesine peşin yatırmalıdır. İflas avansı, HMK'nın 120. maddesinde düzenlenen ve dava şartı olan gider avansı olmayıp, tamamlanabilir. Kesin süreye uyulmaması halinde, HMK'nın 325. maddesi uyarınca işlem yapılarak gerekli masrafların karşılanması gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması bu yöndedir. Mahkemece, anılan madde uyarınca, gerekli masrafların bu şekilde karşılanması, uyumsuzluğun esasının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/5863, K: 2015/4256, T: 04.06.2015 “...Her ne kadar davacı tarafça, verilen kesin süreye rağmen talep edilen avans yatırılmamış ise de, iflasın açıklanan sebeplerle kamu düzenini ilgilendirdiği gerçeği karşısında HMK'nın 325. maddesi uyarınca işlem yapılarak, gerekli masrafların bu şekilde karşılanması ve anılan araştırma ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

itiraz edilmiş, takip durmuş ve itirazın hükümden düşürülmesi için alacaklı tarafından, borçlunun muamele merkezindeki Asliye Ticaret Mahkemesinde (somut olayda Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi) itirazın kaldırılması ile borçlunun iflasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Açılan bu dava üzerine, taraflar arasındaki sözleşmenin 42. maddesinde belirlenen tahkim şartına dayanılarak, davalı-yüklenici tarafından HMK m. 116/1-b uyarınca tahkim ilk itirazında bulunulmuş ve ilk derece mahkemesi de Yargıtay 23. Hukuk Dairesi uygulamaları doğrultusunda, davanın ilk kısmı olan itirazın kaldırılması, yani alacaklının alacağının varlığı ve miktarının belirlenmesi için tahkimde dava açılması gerektiğinden bahisle davayı usulden reddetmiştir. Bununla birlikte Yargıtay 15. Dairesi ve Yargıtay HGK kararlarında, İİK m. 155 ve devamı hükümleri uyarınca açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünebilir nitelikte olmaması gerektiği vurgulanarak iflas davalarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle, ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.

Yukarıda tahkime elverişlilik kısmında detaylı olarak açıklandığı üzere, -geçerli bir tahkim şartına rağmen genel iflas yoluyla takibe başvurulup başvurulamayacağının değerlendirmesi daha sonraki bölümlerde yapılacak olup-açılacak olan dava bir bütün olarak değerlendirilip iflas davası olarak nitelendirildiği takdirde, uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Halbuki açılacak olan davanın bölünebilir niteliğinden bahsedilirse, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın isabetli olduğu ifade edilebilir.

İncelemeye konu Yargıtay HGK kararına dayanak ilk derece mahkemesi kararı, bu kararda emsal olarak gösterilen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararlarında ve öğretide bazı yazarlar tarafından; itirazın kaldırılması ve iflas davasının, aynı anda ileri sürülmek zorunda olsa dahi aşamalı talepler olduğu ve bu sebeple de bölünebilir nitelikte olduğu üzerinde durulmuştur.³⁸ Bu görüşe gerekçe olarak ise; ilk aşama olarak ifade edilen alacağın ve miktarının belirlenmesi işinin, genel hükümlere göre yürütülecek ayrı bir maddi hukuk yargılaması olması gösterilmiştir.³⁹ Buradan hareketle; taraflar arasında geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesi varsa, itirazın kaldırılması kapsamında genel hükümlere göre yapılacak olan yargılamanın, taraf iradesi de ön planda tutularak tahkim yoluyla çözülmesi, hakem kararı ile genel iflas yoluyla takip yapılması ve iflas davası açılması

³⁸ İlhan Dinç, “Genel (Âdi) İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, 1 (41), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/857824>>, Erişim Tarihi 9 Nisan 2022, s. 442; aynı doğrultuda tahkim şartının olması halinde, genel iflas yoluyla yapılan takipte hakem sözleşmesinin geçerli olacağına ilişkin bkz. Pakel, s. 39-41; Şensöz Malkoç, s. 1420.

³⁹ Dinç, s. 443.

gerektiği, aksi halde tahkim şartı veya sözleşmesinin etkisiz kalacağı ve bu sebeple taraf iradelerinin bertaraf edileceği gerekçe gösterilmiş⁴⁰ ve HMK m. 413 uyarınca usulden ret hükmü kurulmuştur.⁴¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki tahkim yargılamasında hakem tarafından verilen kararlar ilam niteliğini haizdir⁴² ve ilamların icrasına konu olabilir.⁴³ Somut olaydaki alacak talebi için, tahkime başvurulması halinde açılacak olan dava HMK m. 105 uyarınca bir eda davası olacaktır. Hakem yargılaması sonunda alacaklı olup olunmadığı ve alacak miktarı bir eda kararı niteliğinde olacak şekilde hüküm altına alınacaktır. Davacının haklı görülmesi halinde verilecek olan bu eda kararı, aynı zamanda alacaklı olduğunun ve alacak miktarının tespiti niteliğini de haizdir.⁴⁴

İİK m. 177 uyarınca alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflasa başvurulabilmesi mümkün olsa dahi; alacaklı, kendi lehine olan bu imkânı kullanmayarak borçluya karşı İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca takipli iflas yoluna da başvurabilir.⁴⁵ Dolayısıyla, borçlunun iflasını sağlamak üzere İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca genel iflas yolu ile takip yapılarak ve ilk aşamanın hakem kararıyla tamamlandığı belirtilerek iflas aşamasına geçilmesi yerine; verilen hakem kararının ilamlı takibe konu edilmesi ve ilamın gereğinin yerine getirilmemesi üzerine, İİK m. 177 uyarınca doğrudan doğruya iflas halleri kapsamında, alacaklının talebi ile doğrudan iflas davası açılmasının mümkün ve

⁴⁰ Dinç, s. 445; Hatice Özdemir Kocasakal, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, <<https://dergipark.org.tr/pub/deuhfd/issue/46919/588537>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 2314.

⁴¹ “...Tüm bu sebeplerle de, taraflar arasındaki Sözleşme'nin 42. maddesi hükmü uyarınca, davacının öncelikle İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde alacağına varlığını ispatlayacak ve miktarını tespit edecek bir karar alması, bu karara istinaden borçlu aleyhine iflâs yolu ile takip yapması ve iflâs davası açması gerekirken; taraflar arasındaki yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde, doğrudan iflâs takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflâs davası açması hukukten mümkün değildir. Neticeten, davalı tarafın yasal süresi içerisinde yapmış olduğu tahkim ilk itirazı dikkate alınarak, tahkim klozunun hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız olmaması nedeniyle, davanın HMK m. 116(1)-b ve m. 413(1) hükümleri uyarınca usulden reddine karar verilmiştir...”

⁴² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 401.

⁴³ HMK m. 439/4 uyarınca, ulusal tahkim yargılamasında hakem tarafından verilen kararlara karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilerek kararın icrası durdurulabilir. MTK m. 15/A/4 uyarınca uluslararası tahkim yargılamalarında verilen hakem kararına karşı iptal davası açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurmaktadır.

⁴⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 293; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 621.

⁴⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 542; Kuru, s. 2661.

alacaklının daha lehine olacağı ifade edilebilir. Bu hükmün, şekli bir hüküm olması sebebiyle borçlu hakkında bu maddeye göre doğrudan doğruya iflas kararı verilebilmesi için borçlunun aciz halinde olup olmasının veya borcu ödememe nedeni önem taşımaz.⁴⁶ Böylece asliye ticaret mahkemesi tarafından, doğrudan doğruya iflas talebi hallerinin mevcut olduğu ve talebe konu alacağın ödenmediği tespit edilirse, depo kararı vermeden borçlunun iflasına karar verilecektir.⁴⁷

Dolayısıyla, tahkim şartının varlığı durumunda itirazın kaldırılması ve iptal davası açılması söz konusu olduğunda, ilk aşama olan itirazın kaldırılması yargılaması için tahkime gidildiği ve hakemden karar alındığı takdirde, ilk derece mahkemesi kararında belirtildiği gibi genel iflas yoluyla takip yapıp itiraza uğraması halinde, ilk aşamanın hakem nezdinde yargılamasının tamamlanması nedeniyle atlanıp iflas davası aşamasına geçilmesi yerine; şartlarının mevcut olması halinde, hakem kararından sonra doğrudan İİK m. 177'ye göre hareket edilmesi mümkündür. Zira hakem kararı ilam niteliğinde olduğundan, ilamların icrası yoluyla tahsilat sağlanamaması durumunda, İİK m. 177 uyarınca “ilama müstenit alacak icra emriyle istenildiği halde ödenmemesi” durumu ortaya çıkacağı için alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflas davası açılmasına işlerlik kazandırılması uygun olacaktır. Ayrıca daha sonra açıklanacağı üzere, geçerli bir tahkim şartının varlığı ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması durumunda, genel iflas yoluyla takip başlatılmayacağına kabulünün daha isabetli olacağı kanaatindeyim.

Bu hususun yanı sıra, tahkimde açılacak olan davanın, HMK m. 106 uyarınca bir tespit davası olabileceği görüşü irdelenecek olursa; öncelikle, eda davası açılması mümkünken tespit davası açılmasında, kural olarak, hukuki yararın bulunmadığı hususu gündeme gelecektir.⁴⁸ Zira öğretilde, daha kapsamlı bir hukuki koruma sağlayan yola başvurmanın mümkün olması halinde tespit davası açmakta hukuki yararın olmadığı belirtilmiştir.⁴⁹ Somut olay bazında, özel durum olarak nitelendirilip “korunmaya değer güncel yararın” varlığının kabul edilmesi de pratik açıdan önemli bir fayda sağlamayacaktır. Zira, öncelikle genel iflas yolu ile takip yapıp takibe itiraz olması halinde, alacağın varlığının ve miktarının belirlenmesine yönelik “tespit hükmü” niteliğindeki hakem kararına dayanılarak doğrudan iflas davası aşamasına geçilmesi çok uygulanabilir ve etkili bir yol olmayacaktır. Dolayısıyla yukarıda belirtildiği üzere, eda hükmü niteliğindeki hakem kararının, ilamlı icraya konu edilip ilamın yerine getirilmemesi durumunda İİK m. 177

⁴⁶ Talih Uyar, “Doğrudan Doğruya İflas Halleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (31), 2009, <<https://jurix.com.tr/article/516>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 84.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 496.

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medenî Usul*, s. 302; Tanrıver, Cilt 1, s. 624.

⁴⁹ Baki Kuru/Alı Cem Budak, *Tespit Davası*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 127.

uyarınca alacaklının talebiyle doğrudan iflas davası açılmasının daha pratik olacağı ifade edilebilir.

Dolayısıyla somut olaydaki durum göz önüne alındığında, para borcuna ilişkin hakem kararının alınmasından sonra, İİK m. 177 hükmüne rağmen, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca hareket etmenin pratik açıdan bir fayda sağladığını söylemek isabetsiz olur. Öğretide de borçlunun mahkeme kararına bağlı ve konusu para olan borcunu ödemediğine göre, alacaklı tarafından borçluya karşı önceden iflas takibi yapılmasının pratik bir yararı olmadığı açıkça belirtilmiştir.⁵⁰

Bu açıklamaların yanında belirtmek gerekir ki açılacak olan davanın, aşamalara ayrılarak önce tahkimde, sonrasında ise genel mahkemelerde incelenebilecek bir dava olduğunu ileri sürmek de uygun olmayacaktır. Öğretide de iflas davasının bölünemeyeceği, ikiye ayrılarak görülmesinde haklı bir gerekçe olmadığı ve haklı bir sebeple izah edilemeyeceği ve dolayısıyla iflas davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bir bütün olarak incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵¹ Bununla birlikte doktrinde; iflas davasının tam ve teknik anlamıyla bir dava olmadığı, iflas yolu ile takibin -borçlu tarafından takibe itiraz edilip edilmemesi fark etmeksizin, yani itirazın kaldırılması aşamasının olup olmadığına bakılmaksızın- bir aşaması ve takibin bir devamı olduğu, bu sebeple de ancak iflas yolu ile takip yapılması durumunda gündeme geleceği ifade edilmiştir.⁵² Bir diğer görüşte ise; tahkim sözleşmesinin varlığı halinde takipli iflas yollarına başvurulamayacağı, bunun sebebinin ise ödeme emrine itiraz edilip edilmemesi fark etmeksizin iflasa tabi borçlunun iflasının sağlanabilmesi için iflas davası açılması gerektiği ve iflas davasının da niteliği ve doğurduğu sonuçlar bakımından kamu düzeninden olup tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir.⁵³ Bu görüşlerden hareketle, itirazın kaldırılması ve iflas davasının bölünerek görülmesinin mümkün olmadığı, iflas davasının bir bütün olarak sürdürülmesi gerektiği ifade edilebilir. Öğretide ve incelenen Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, bu iki unsurun bir bütün olarak incelenmesi ve yargılama aşamalarına ayrılmayarak ele alınması gerektiği yaklaşımına katılmak mümkündür. Aksi takdirde yani bölünerek inceleme yapılması durumunda, yukarıda açıklandığı üzere pratik bir fayda elde edilmeyeceği söylenebilecektir.

Sonuç itibarıyla taraflardan birinin genel iflas yoluyla takip başlatması ve takibin itiraza uğraması durumunda, kanunda belirtildiği üzere yargılamanın genel

⁵⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 494.

⁵¹ Pekcantez/ Yeşilirmak, s. 2675.

⁵² İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt 1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 21 vd. (Özdemir Kocasakal, s. 2299, dipnot 18'den naklen).

⁵³ Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

mahkeme nezdinde sürdürülmesi ve aşamaların birbirinden ayrılmaması uygun olacaktır.⁵⁴ Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken en önemli husus; somut olayda da vücut bulduğu üzere tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yoluyla takibe başlanmasının, tahkim sözleşmesini etkisizleştirmek üzere TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğidir.

Ç. Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirme

Dürüstlük kuralı, TMK m. 2’de düzenlenmiş olup söz konusu madde; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde kaleme alınmıştır. Dürüstlük kuralı, kişilerin dava-takip açma hakkını kullanırken de uygulanacak ve hakkın kötüye kullanılması bütün haklar için söz konusu olabileceği üzere, dava-takip hakkının kötüye kullanılması halinde hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.⁵⁵

Taraflar arasındaki tahkim şartının varlığına rağmen, tarafların genel haciz yolu ile icra takibi başlatabilip başlatamayacağı hususu öğretilerde tartışılmış ve çoğunluk görüşüne göre genel haciz yoluyla takibin başlatılabileceği sonucuna varılmıştır.⁵⁶ Genel haciz yoluyla başlatılan takibe borçlu tarafından itiraz edilmesi durumunda açılacak olan itirazın iptali davasının tahkim önünde görülmesi gerekecektir.⁵⁷ Asıl sorun genel iflas yolu ile takip yapılmasına ilişkindir.

Yukarıda belirtildiği üzere, genel iflas yoluyla takip yapılması ve itiraz halinde itirazın kaldırılması ve iflas davası açılması durumunda, bu iki aşamanın birbirinden ayrı değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Genel iflas yoluyla takipten sonra itiraza uygulanacak olan tüm prosedüre, iflas davasının kamu düzeni karakteri sirayet edeceğinden yargılamanın tahkime elverişli olmadığından bahsedilebilir. Bu nedenle dava, görevli ticaret mahkemesinde görülecektir.

Taraflarca yapılan sözleşme hükümleri taraflar için esas teşkil etmektedir. Dolayısıyla sözleşme hükümlerinin gereği gibi, iradelere uygun olarak gerçekleştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Taraflarca uyuşmazlıkların çözümü

⁵⁴ Karşı görüş için Dinç, s. 443.

⁵⁵ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 248.

⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 138; öğretilerdeki detaylı görüşler için bkz. Ali Yeşilirmak, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?”, *TBB Dergisi*, 96, 2011, <<https://www.jurix.com.tr/article/10946>>, Erişim Tarihi 12 Nisan 2022, s. 205-228; Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, *İİK Şerhi, 1. Cilt*, Turhan Kitabevi, 2007, s. 1072.

⁵⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra ve İflas*, s. 138.

konusunda bir tahkim şartı veya anlaşması yapılması durumunda, uyuşmazlıkların çözümü için taraf iradelerinin tahkime gitme yönünde olduğu şüphesizdir. Tahkim şartına rağmen taraflardan birinin genel mahkemelere başvurarak uyuşmazlığın genel mahkemelerde görülmesinin önüne geçilmesi amacıyla, HMK m. 116/1-b tahkim ilk itirazını düzenlemiştir. Dolayısıyla bu madde ile de tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları tahkim şartının varlığına rağmen genel mahkemeye başvuran tarafın, sözleşmenin yapıldığı sırada tahkime başvurulması yolunda göstermiş olduğu iradeye uygun olarak uyuşmazlığın hakem nezdinde görülerek karara bağlanması sağlanacaktır.

Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki; öğretilerde bir görüş, tahkim şartının varlığı halinde iflas yoluna başvurulamayacağını savunmuştur.⁵⁸ Diğer bir görüşe göre de taraflar arasında tahkim şartının bulunduğu durumlarda, iflas yoluna başvurulması imkanının varlığından bahsedilirse, hakeme gitmek istemeyen alacaklı doğrudan iflas prosedürüne başvuracak ve böylece tahkim şartının yaptırım gücü hafifleyecektir.⁵⁹

Tahkim şartının varlığına rağmen, iflas yoluna müracaat etmek isteniyorsa, yukarıda detaylı olarak açıklandığı şekilde, öncelikle sözleşmede kararlaştırıldığı üzere tahkim yoluna başvurularak yargılama sonunda elde edilecek hakem kararı ilamlı icra konusu yapılarak borçluya karşı cebri icra işlemleri başlatılabilir. İlamlı takibin gereğini yerine getiremeyen borçlu hakkında İİK m. 177 uyarınca alacaklı talebiyle doğrudan doğruya iflas davası açılabilir. Doğrudan doğruya borçlu veya alacaklı tarafından açılacak iflas davasının kamu düzeninden olduğu konusunda ve yetkili Asliye Ticaret Mahkemesinde açılması gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak tahkim şartına rağmen genel mahkemelerde alacak davası açılması durumunda; davacı-alacaklı, tahkim şartının varlığına ilişkin ilk itirazla karşılaşacaktır. Böylece genel mahkeme tarafından usulden ret kararı verilecektir.

Tahkim şartını bertaraf etmek ve etkisiz hale getirmek isteyen tarafın yapabileceği şey, genel mahkemece uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu değerlendirmesinin yapılmasını sağlamaktır. Bu sayede başvuran taraf, hakem yargılamasından kaçınabilecektir. Bu durumun bir örneği, karara konu somut olayda gerçekleştiği üzere, taraflardan birinin genel iflas yolu ile takibe başvurusudur. Bu sayede itiraz üzerine yapılacak olan yargılama iflas davasının kamu düzeni karakterinden faydalanacak ve tahkim şartı etkisiz kalacaktır.

Karara konu somut olaydaki uyuşmazlığın, tahkime elverişli olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Bununla birlikte tahkim şartının bertaraf

⁵⁸ Bkz. Dipnot 33, Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

⁵⁹ Altay, s. 26.

edilerek işlevsiz bırakılması amacıyla genel iflas yolu ile takibe başlandığına kanaat getirilebilir. Aksi halde doğrudan veya ilk itiraz yolu ile tahkim yargılamasına işlerlik kazandırılacaktır. Yargıtay HGK kararı kapsamında, hiçbir surette tahkime gidilmemesi ihtimali ise, söz konusu alacağa ilişkin ilam olmadan genel iflas yoluyla başlatılan takip vasıtasıyla sağlanabilecektir. Bu durum taraflar arasında yapılan sözleşmeye, taraf iradelerine ve TMK m. 2 uyarınca kişilerin hakkını kullanırken uyması gerektiği dürüstlük kuralına açık aykırılık teşkil edecektir.

İncelemeye konu Yargıtay HGK kararında, muhalif kalınarak yazılan karşı oy gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Somut olayda taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına ve uyuşmazlığın tahkime elverişli bir uyuşmazlık olmasına rağmen davacı arsa sahibi tahkim yolunu tercih etmemiş genel iflas yolu ile takibe geçerek tahkim anlaşmasının davalı açısından uygulanabilirliğini imkânsız hâle getirmiştir. Esasen tahkim sözleşmesini geçersiz kılma amacıyla olan davacının genel iflas yolu ile takibe geçip itiraz üzerine iflas davası açmak dışında bir yolu da bulunmamaktadır. Zira davayı alacak davası olarak açması hâlinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşacak olup bu nedenle alacak davası açma ihtimali bulunmamaktadır. Olayda davalı ile ilgili İİK 177. maddesinde belirlenen koşulların oluştuğu iddiası da bulunmamaktadır, bu ihtimalin gerçekleştiği hâllerin bulunması hâlinde alacaklının tahkim yoluna başvurmadan doğrudan iflas yolu ile takibe geçmesi düşünülebilir. Bu koşulların bulunmaması hâlinde de kuşkusuz ki iflas yolu ile takibe geçmek de yasal bir haktır ve iflas kamu düzenine ilişkindir. Ancak az yukarıda açıklanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) “Dürüst davranma” başlıklı 2. maddesinde; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmü ve ahde vefa ilkesi dikkate alındığında davacının sözleşmedeki tahkim şartını dolanma amacıyla olduğu ortadadır...”*

Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartına rağmen, bu şartın uygulanabilir olmaktan çıkarılması sonucunu doğuracak şekilde genel iflas yoluyla takip yapılmasının, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülebilir.⁶⁰ Dolayısıyla bu noktada, karşı oyun dürüstlük kuralına ilişkin bu gerekçesine katılmak mümkündür. Taraflar arasında geçerli bir tahkim şartının varlığına rağmen, genel iflas yoluyla takip yapılmasının, dürüstlük kuralına aykırılık temelinden hareketle taraflar arasındaki tahkim şartını etkisiz hale getirmek amacı taşıdığına ilişkin bir içtihat oluşturulabileceği ve geçerli bir tahkim şartının varlığı halinde

⁶⁰ Dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesine aykırılık konusunda aynı doğrultuda Pakel, s. 41.

genel iflas yolu ile takibinin yapılamayacağını⁶¹ bir çözüm olarak ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz.⁶² Bu konuda; genel iflas yoluyla takibe itiraz edilmesinden sonra açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasına karşı, borçlu tarafından yapılacak tahkim ilk itirazı karşısında, genel mahkemece tahkim şartının geçerliliği üzerine *prima facie* inceleme yapılabilecektir.⁶³ Geçerli bir tahkim şartının ve tahkime elverişliliğin varlığının tespiti durumunda ise uyuşmazlık, hakem nezdinde çözüme kavuşturulmak üzere davanın usulden reddine karar verilmesi uygun olacaktır.⁶⁴

SONUÇ

Sonuç itibariyle; yukarıdaki açıklamalar, mahkeme kararları ve öğretilerdeki görüşler dikkate alındığında, İİK m. 155 ve devamı maddeleri uyarınca itirazın kaldırılması ve iflas davasının, niteliği ve uygulanabilirliği itibariyle ayrılabilir aşamalardan oluşmadığı kanaatindeyim. Zira öncesinde tahkime gidip alınan karar sonrasında, genel iflas yoluyla takip yapılıp alacağın ilamda belirlenmesi üzerine iflas davası aşamasına geçilmesinin hem yargılamanın süresini uzattığını hem de masrafını artırdığını söylemek uygun olacaktır. Ayrıca, hakemden alınan kararın ilamlı icraya konu edildikten sonra şartların gerçekleşmesi halinde İİK m. 177 uyarınca, doğrudan doğruya iflas halleri kapsamında alacaklının talebiyle iflas davası açılacaktır. Böyle bir yol izlenmesinin, uygulamada daha pratik sonuçlar doğuracağından bahsedilebilecektir.

Bununla birlikte somut olayda karşılaşıldığı üzere, taraflar arasında imzalanan geçerli bir tahkim şartı var ve çıkan uyuşmazlık da tahkime elverişli ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir inceleme yapılması yerinde olacaktır. Zira genel mahkemelerde açılacak olası bir alacak davasında veya genel haciz yolu ile takip başlatılması durumunda takibe itiraz noktasında açılacak olan itirazın iptali davasında tahkim ilk itirazıyla karşılaşacak olan davacının, iflasın kamu düzeni karakterinden faydalanarak tahkim şartını bertaraf etmek için genel iflas yolu ile takipten başka bir yola başvurması mümkün değildir.

Bu sebeple, tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, genel iflas yolu ile takibe başvurulması durumunda, taraf iradelerinin yorumlanması ile başvuran tarafın “tahkim sözleşmesini bertaraf etmek ve uygulanabilir olmaktan çıkarmak üzere dürüstlük kuralına aykırı davrandığı” yönünde bir uygulama birliği oluşturulabilir.

⁶¹ İflas davasının niteliği gereği, tahkim sözleşmesinin varlığı halinde takipli iflas yollarına müracaat edilemeyeceğine ilişkin, Tanrıver, *Cilt 2*, s. 353.

⁶² Dinç, s. 458.

⁶³ Dinç, s. 457.

⁶⁴ Dinç, s. 457.

Bu kapsamda, uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması halinde, genel iflas yolu ile takibin başlatılamayacağı bir çözüm olarak ileri sürülebilir.

Genel iflas yoluyla başlatılan takibe yapılan itiraz üzerine, alacaklı tarafından açılacak olan itirazın kaldırılması ve iflas davasında, borçlu tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmasıyla mahkeme tarafından tahkim şartının geçerliliğine ve tahkime elverişliliğe yönelik *prima facie* bir inceleme yapılabilir. Mahkemece, tahkim şartının geçerli olduğu ve tahkime elverişli bir uyuşmazlığın bulunduğu kanaat getirildiği takdirde, mahkeme tarafından usulden ret kararı verilmesi isabetli olacaktır.⁶⁵

Tüm bu sebeplerle ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından verilen usulden ret kararının isabetli olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, “geçerli bir tahkim şartının varlığına ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasına rağmen, tahkim şartının uygulanabilirliğini ortadan kaldırmak üzere, dürüstlük kuralına aykırı olarak, genel iflas yoluyla takip yapılamayacak olmasının”, usulden ret kararına gerekçe olarak gösterilmesi daha isabetli olacaktır.

⁶⁵ Bkz. Dipnot 63, 64.

KAYNAKÇA

- Altay S, *Türk İflas Hukuku, 1. Cilt*, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Can M C, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, 26 (2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/777630>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1349-1370.
- Dinç İ, “Genel (Âdi) İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, 1 (41), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58516/857824>>, Erişim Tarihi 9 Nisan 2022, s. 427-462.
- Eriş G, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Aydın Yayınları, 1991.
- Ermenek E/Azaklı Arslan B, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi148/136/>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 135-196.
- Kurtulan G, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, 131, 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1676>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 239-260.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1993.
- Kuru B/Budak A C, *Tespit Davası*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Oğuzman K/Barlas N, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Oskay M/Koçak C/Deynekli A/Doğan A, *İİK Şerhi, 1. Cilt*, (1. Cilt), Turhan Kitabevi, 2007.
- Oskay M/Koçak C/Deynekli A/Doğan A, *İİK Şerhi, 3. Cilt*, (3. Cilt), Turhan Kitabevi, 2007.
- Özbek M S, “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *AUHFD*, 61 (1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42474/511641>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2022, s. 207-274.

- Özdemir Kocasakal H, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588537>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 2295-2318.
- Pakel N, “İflas Davasında Hakem Şartı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 81 (1), 2007, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20071.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Nisan 2022, s. 39-41.
- Pekcanitez H/Yeşilirmak A, *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Postacıoğlu İ. E, *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Selçuk Öztekin, “İflas Davasının Kabulüne ya da Reddine İlişkin Kararın Hukuki Niteliği (Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi)”, H. Ercüment Erdem/Tolga Ayoğlu/Anlam Altay/Ali Dural/Fülurya Yusufoglu/Sinan H. Yüksel (Ed.), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 562-568.
- Şensöz Malkoç E, “Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davası Bakımından Etkileri”, *BUHFD*, 14 (179-180), 2019, <<https://www.jurix.com.tr/article/19329>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 1383-1434.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt 2*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Toraman B, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/56651/744755>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1027-1059.
- Uyar T, “Doğrudan Doğruya İflâs Halleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (31), 2009, <<https://jurix.com.tr/article/516>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022, s. 79-98.
- Yeşilirmak A, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?”, *TBB Dergisi*, 96, 2011, <<https://www.jurix.com.tr/article/10946>>, Erişim Tarihi 12 Nisan 2022, s. 205-228.
- Yılmaz S/Çavuşoğlu G F, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”,

İÜHFD,10 (2), 2019,
<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/630553>>, Erişim Tarihi
15 Haziran 2022, s. 594-613.