

TAHKİMDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASI VE TAHKİME ELVERİŞLİLİK KURALI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

A. GENEL OLARAK

İtirazın iptali davası (İİK m.67), icra hukukunda, ilâmsız icraya has (özel) bir dava türüdür. Bu husus, İİK m.67’de “takibine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir” şeklinde ifade edilmiştir. İtirazın iptali davası, borçlunun itirazı ile **duran icra takibine devam etmeyi sağlamayı amaçlayan** bir davadır¹.

Kanun (İİK m.68-68/b), borçlunun itirazı ile duran icra takibinin devam edebilmesi için, elinde Kanunun (İİK m.68-68/b) sınırlı olarak saydığı (“sağlam”) belgeler bulunan alacaklıya, (itirazın iptali davasının dışında) itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde icra mahkemesine başvurarak **itirazın** (duruma göre: kesin veya geçici) **kaldırılması** talebinde bulunma olanağı da vermiştir. İtirazın kaldırılması, (itirazın iptali davasının aksine) bir **dava değildir** ve **icra mahkemesinin** itirazın kaldırılması talebi üzerine verdiği (İcra ve İflâs Kanununun öngördüğü sınırlı incelemeye dayalı olan) red veya kabul kararı, (ihalenin feshi davası ve istihkak davası dışında) maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Buna karşılık **itirazın iptali davası, genel hükümlere göre cereyan eden bir davadır** ve bu dava sonunda verilen karar, süresinde yasal yollarına başvurulmaması veya başvurulursa yasa yollarından geçmesi sonucunda maddî anlamda kesin hüküm haline gelir.

¹ İtirazın iptali davası hakkında bkz. Adnan **Deyneki/Sedat Kısa**, İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, Ankara 2013; Yönel **Özkan**, İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğinin ne olduğu konusu, uygulamaya yönelik önemli sonuçlar yaratan bazı tereddütlere yol açmış; öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşlere neden olmuştur². İtirazın iptali davasının hukukî niteliği, elinizdeki “tahkimde itirazın iptali davası ve tahkime elverişlilik kuralı” konulu incelemem bakımından da yakından ilgili olduğundan, konuyla ilgili bazı genel açıklamalar yapmak isterim.

İtirazın iptali davasına ilişkin olarak Kanunumuzda yeralan 67 nci madde hükmü, esas itibariyle, İcra ve İflâs Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununun (İsv.İİK; “Bundesgesetz über Schlußbetriebs und Konkurs”) 79 uncu maddesinden alınmış, ancak farklı şekilde düzenlenmiştir. İsv.İİK m.79 hükmü iki fıkradan oluşmaktadır ve ikinci fıkra, İsviçre’nin kendine has “kanton hukuku” ile ilgilidir. Birinci fıkra hükmü şöyledir: “Yaptığı icra takibine itiraz edilen alacaklı, alacaklı olduğunu genel hükümler çerçevesinde dava edebilir. Alacaklı icra takibini, itirazı açık bir şekilde ortadan kaldıran ve kesin hüküm teşkil eden kararla devam ettirebilir”.Bizdeki 67 nci madde hükmü, 1965 tarihli ve 538 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar şöyle idi: “Takip talebine itiraz edilen alacaklı **itirazın ref’i talebinde bulunmak istemezse**, hakkını almak için **umumî hükümler dairesinde mahkemeye müracaat edebilir** (fıkra I). Borçlunun haksızlığına karar verilirse iki tarafın vaziyetine ve davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre yüzde ondan aşağı olmamak üzere alacaklı lehine münasip bir tazminat takdir olunur (fıkra II). İtiraz eden, vasi veya mirasçı ise borçlu hakkında tazminata hükmolunması suiniyetin sübutuna bağlıdır (fıkra III). Alacaklı itirazı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde ref’i talebinde bulunmazsa artık bir daha ilâmsız icra takibinde bulunamaz (fıkra IV)”.

Bizim 67 nci maddenin I inci fıkrasında bulunan “itirazın ref’i talebinde bulunmak istemezse” ibaresi³; IV üncü fıkra hükmü ve II-III üncü fıkralarda düzenlenen icra tazminatına ilişkin düzenlemeler, İsv. İİK m.79’da yoktur.

² Bu konuda bkz. Ejder Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 597-615).

³ Bu ibare, 2003 tarihli ve 4949 s.K. değişikliğiyle bizdeki metinden de çıkartılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi, itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklıya da itirazın iptali davası açma hakkının tanınmasıdır.

67 nci madde hükmü, 1965 tarihli ve 538 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve şu hali almıştır: “Takip talebine itiraz edilen ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren **bir sene içinde mahkemeye başvurarak, umumî hükümler dairesinde**, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir (fıkra I). Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata mahkûm edilir (fıkra II). İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır (fıkra III). Alacaklı itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılması talebinde bulunmazsa bir daha ilâmsız icra takibinde bulunamaz (fıkra IV). Birinci fıkrada yazılı **itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır** (fıkra V)”⁴.

Yukarıya aynen alınan metinler karşılaştırıldığında görüldüğü üzere, 538 sayılı Kanun değişikliğinden önceki ve sonraki iki hüküm arasındaki önemli fark, birinci fıkraya eklenen **“itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde”** ibaresi ile yeni getirilen son fıkrada yer alan, “Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır” hükmüdür. Yani, 538 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda (eskisinden farklı olarak); itirazın iptali davasının bir yıl içinde açılacağı (birinci fıkra) belirtilmiş ve **bir yıl içinde dava açılmazsa**, alacak hakkının düşmeyeceği ve **alacaklının** (zamanaşımı süresi içinde) **daha sonra da alacağını dava etmek hakkının bulunduğu** (son fıkrada) açıklığa kavuşturulmuştur.

538 sayılı Kanunla yapılan 67 nci maddede yapılan değişikliğin uygulamada bazı tereddütlere yol açması ve Yargıtay’ın farklı kararlar vermesi sebebiyle, Çağa, yazdığı bir makalede⁵ özetle şu görüşleri ortaya atmıştır:

⁴ Bu düzenlemenin birinci fıkrasında yer alan “ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen” ibaresi ile dördüncü fıkra hükmü 2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ Tahir Çağa, Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair (Batider 1976/VIII/3, s. 21-31).

Alacağı itiraza uğrayan alacaklının, 538 sayılı Kanun değişikliğinden önce hakkını alabilmek için icra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını istemek veya genel hükümlere göre mahkemede dava açmak şeklinde **iki olanağı var iken**, 538 sayılı Kanun değişikliği ile alacaklının olanakları **üçe çıkmıştır**: 1- İcra tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını istemek; 2- Bir sene içinde genel hükümlere göre mahkemede itirazın iptali davasını açmak; 3- Genel hükümlere göre mahkemede alacak (tahsil) davası açmak. Çağa, alacak (tahsil) davasının da (itirazın iptali davası için öngörölmüş bulunan) bir yıllık süre içinde açılabilirliğini belirtmekte; buna bağılı olarak, “itirazın iptali davası” ile “alacak (tahsil) davası”nı birbirinden ayırmakta ve bunlara ayrı ayrı hüküm ve sonuçlar bağlamaktadır. O’na göre, eğer böyle bir ayırım yapılmaz ve alacaklıya yalnızca itirazın iptali davası açma olanağı verilirse, alacaklı, itirazın iptali davasını kaybettiğı takdirde borçlu lehine tazminat (m.67, II) ödemek zorunda kalabilir. Oysa alacaklıya, (itirazın iptalini davasının yanı sıra aynı bir yıllık süre içinde) genel hükümlere göre alacak (tahsil, eda) davası açma olanağı da tanınırsa (kendisi de icra tazminatı istemeyeceğı gibi) borçlu lehine tazminat ödemesi tehlikesi de ortadan kalkar; çünkü genel hükümlere göre açılacak olan alacak davasında icra tazminatı bulunmamaktadır. Yine **Çağa’ya göre**, itirazın iptali davası niteliğı itibariyle bir **eda davası olmadığı** gibi dava sonunda verilen ilâm da bir **tahsil ilâmı değildir**; zira itirazın iptali davasıyla alacaklı, mahkemeden borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle borçluyu bir edaya mahkûm etmemektedir. Bu sebeplerle **itirazın iptali davası, alacak hakkında bir tespit davası ve verilen ilâm da bir tespit hükmüdür.**

Postacıoğlu, Çağa’nın bu görüşlerini, sırf bunun için yazdığı anlaşılan bir makale⁶ ile cevaplamıştır. **Postacıoğlu** makalesinde özetle; 67 nci maddede 538 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gayesinin; **icra tazminatı** elde etme olanağının **yalnızca bir yıl içinde açılacak itirazın iptali davasına hasredilmesi** olduğunu, böylece alacağına zaman kaybetmeksizin bir an önce kavuşmak isteyen alacaklının tazminattan yararlandırılmasının daha

⁶ İlhan **Postacıoğlu**, İcra İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar (Batider 1978/IX/4, s. 951-970); ayrıca bkz. İlhan **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 180 vd.

yerinde bulunduğunu, bir yılı geçerek dava açan alacaklıların icra tazminatına lâıyk sayılacak derecede alacakları hakkında çabuk sonuç almak endişesinden uzak kaldıklarının kabul edildiği; bir yıllık sürenin ise ödeme emrinin geçerlilik süresine paralel olarak düşünüldüğünü, böylece itiraz ile takip ve ödeme emrinin geçerliliği arası organik bir bağ kurulduğı; bir yıllık sürenin geçirilmesi halinde alacaklının maddi hukuk yönünden olan hakkının düşmesi sözkonusu olmamakla birlikte, (gereksiz olmasına rağmen sırf) yanlış anlamalara da meydan vermemek için, 67 nci maddeye son bir fıkraya eklenerek bir yıllık süreyi geçiren alacaklının genel hükümlere göre alacağını dava etmek hakkının saklı tutulduğunun belirtildiğini ve bu davada tazminata hükmedilmeyeceğini; 67 nci maddedeki davanın ötedenberi ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırmak için kabul edildiğini, aslı amaç ve işlevi bu olduğundan bu işlevin bir tespit veya tahsil davası ile görülebileceğinden asla şüphe edilmemesi gerektiğini; Çağa'nın 67 nci maddenin konuluş şartlarını ve ödeme emri ile dava arasında bulunan organik bağı göz önünde bulundurmaması görüşlerinin ise “**gerçek ve meşru hiçbir menfaate hizmet etmeyen sert ve gaysiz kalan şekilciliğe bağılı olduğu**”nu ifade etmiştir⁷.

Kuru'ya göre⁸; itirazın iptali **davasını normal bir alacak** (tahsil, eda) **davasını** olduğundan, davacı alacaklı, bu davayla itirazın iptalini ve borçlunun takip konusu borcu ödemeye mahkûm edilmesini de isteyebilir; yani, dava dilekçesinde hem itirazın iptali talebinde hem de tahsil talebinde bulunabilir. Alacaklı takip konusu yaptığı ve borçlunun itiraz ettiği alacağı için bir tek dava açabilir ki, bu da alacak (tahsil) davasıdır. Ancak, bu **alacak davası**, m.67, 1'deki **bir yıl içinde açılırsa itirazın iptali davasını ismini alır** ve alacaklıya (tahsil davasının sağladığı olanaklardan başka), ilâmsız icra takibine devam edilmesi ve icra inkâr tazminatı haklarını da sağlar. Bu sebeple,

⁷ **Çağa**, Postacıoğlu'nun bu makalesine karşılık bir makale daha yayımlamış (Tahir **Çağa**, Yine “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası Dair”, Batider 1979/X/2, s. 369-376) ve **Postacıoğlu** da bu makaleye başka bir makale (İlhan **Postacıoğlu**, Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar, Batider 1980/X/4, s. 965-980) ile cevap vermiştir.

⁸ Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1988, s. 285-286; ayrıca bkz. Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 161-162.

itirazın iptali davası ile tahsil davasının birbirinden farklı davalar olduğuna ve itirazın iptali ile tahsil isteminin bir arada dava edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin görüş⁹, dava teorisine aykırı olduğu gibi, usul ekonomisine de aykırı düşer.

Pekcanitez/Atalay/Surgurtekin Özkan/Özekes¹⁰, itirazın iptali davasını icra hukukuna özgü bir dava olarak nitelemekte ve bu davanın eda davasından farklı olarak, bir yıllık süre içinde açılmasının ve davanın sonunda haksız çıkan tarafın inkâr tazminatına mahkûm edilmesinin sözkonusu olduğunu belirtmektedirler.

İsviçre’de, icra tazminatı müessesesi bulunmadığı için, itirazın iptali davasının hukukî niteliği konusunda bizdeki gibi farklı görüşler ortaya çıkmamıştır. İsviçre’de itirazın iptali davası, genellikle, bir alacak (eda, tahsil)¹¹ davası olarak görülmektedir.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliği ile ilgili Yargıtay uygulamasına gelince:

İtirazın iptali davası ile ilgili olarak Yargıtay’ın verdiği kararlar, zaman içerisinde değiştiği gibi, daireden daireye de farklılık göstermektedir¹². Yargıtay’ın, itirazın iptali davası ile ilgili olarak verdiği eski bazı kararlarında¹³ bu davayı tespit davası olarak nitelerken, diğer bazı kararlarında¹⁴

⁹ 11.HD. 31.5.1985, 3035/3414 ve benzeri Yargıtay kararları (bkz. Kuru, s. 285, dn. 18).

¹⁰ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Surgurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 197-200.

¹¹ “Forderungsklage” veya “Anerkennungsklage” (bkz. Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, s. 223 ve orada dn. 1; Alfred Büchi, Grundzüge Des Schweizerischen Schuldbetreibungs Rechts, Zürich 1982, s. 71).

¹² Bu konuda bkz. Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 3, 2.baskı, Ankara, s. 4238 vd.; Nihat Yavuz, Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali ve tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007, s. 28 vd., 315 vd.; Deynekli/Kısa, s. 77 vd., 238 vd.; Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, İİK Şerhi, Cilt 1, Ankara 2007, s. 1069.

¹³ “Davacı, dava dilekçesinde itirazın iptaline, icranın sürdürülmesine, gider, faiz, avukatlık ücreti ve icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, davacının asıl alacağı yönünden bir ödetme istemi yani bir eda davası söz konusu değildir. Davacı, davalının itirazının iptaliyle, icranın devamına karar verilmesini istediğine göre, bu istemin bir tespit davası olarak görülmesi ve alacağın belirlen-

ise **eda davası** olarak nitelemekte olduğu; yeni kararlarında ise, ağırlıklı olarak, tespit davası görüşünü sürdürdüğü görülmektedir¹⁵.

Öte yandan **Yargıtay'ın**, çok sayıda kararına konu olan olaylarda; Çağa'nın yukarıda özetlenen görüşüne itibar ederek, "**itirazın iptali davası - tahsil (eda) davası**" ayırımı yaptığı ve bu ayırımı çok önemseyerek, bu ayırım nedeniyle ortaya çıkan çeşitli sorunları da buna göre çözdüğü **görülmektedir**. Yargıtay'a göre, **itirazın iptali davası dilekçesinde**, (takibin devamı talebi dışında) **alacağın tahsiline karar verilmesi istenemez** ve mahkeme de alacağın tahsiline karar veremez; davacı hem itirazın iptalini hem de tahsilini istemişse, mahkeme, davacının talebini "takibin devamı" veya "alacağın tahsili"ne hasretmesini ister ve davacının tercihine göre karar verir. Örneğin: "Davacı vekili, dava dilekçesinde (alacağın tahsili ile birlikte takibin devamına) karar verilmesini istemiştir. Mahkemece (itirazın iptali) yanında (alacağın tahsiline) de karar verilmiştir. Oysa ki İİK'nun 67 nci maddesine göre açılan itirazın iptali davası, açılış, biçim ve süreyle doğruduğu sonuçlar bakımından tahsil davasından farklıdır. **İtirazın iptali davalarında mahkemece, itirazın iptaliyle yetinilecek** ve istem varsa icra inkâr tazminatına hükmedilecektir. Ayrıca, **alacağın** ve dolayısıyla faizin **alınmasına** (tahsiline) **karar verilmeyecektir**. Tahsil davasında ise, alacağın ve

mesi ile yetinilerek 'ödetme kararı' verilmemesi gerekir" (11.HD. 14.3.1972, 1174/1203 (Uyar, s. 4238, dn. 7). Başka örnekler için bkz. **Yavuz**, s. 29 vd.

¹⁴ "Alacaklı dava dilekçesinde, borçlu hakkında icrada yaptığı takibe onun itiraz etmesi nedeniyle alacağının tahsili ile icra inkar tazminatının da hüküm altına alınmasını istemektedir. Mahkeme dava dilekçesinde 'itirazın iptali' değil, alacağın ödettirilmesine karar verilmesi talep edildiğinden artık icra inkar tazminatından söz edilmeyeceği düşüncesindedir. Ödetme davası bir hakkın varlığının saptanmasını da içerir. Bu davada da öncelikle alacağın varlığının tespiti gerekecektir. Davacı alacaklı dava dilekçesinde, borcun inkar edildiğinden takibin durduğunu bu nedenle de alacağın tahsil edemediğini etraflı şekilde açıkladıktan sonra, alacağın ödettirilmesi ile birlikte icra inkar tazminatının tahsiline de karar verilmesini dava ve talep etmiştir. Bu hali ile davanın **alacağının tespitini de kapsadığı** tabiidir. Dava dilekçesinde 'itirazın iptali veya kaldırılması' kelimeleri geçmese dahi icra takibinin safhasından bahsedildikten sonra icra inkar tazminatı da yer aldığına göre, alacağın varlığının ispatı suretiyle itirazının iptali istemi alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmaktadır" (HGK 21.11.1979, 4-993/1378).

¹⁵ **Uyar**, s. 4238. Başka örnekler için bkz. **Yavuz**, s. 29 vd.

istem varsa faizin alınmasına ilişkin olarak hüküm kurulacaktır. Böylece itirazın iptali davasıyla alacak davasının ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğuran iki ayrı dava türü olmaları nedeniyle, ikisinin birden birarada dava edilmesi olanağı yoktur. Hem itirazın iptali hem de alacağın alınması istemini içeren davalarda hakim, hangi türüne karar vereceğini saptayabilmek için öncelikle HUMK'nun 179/3 ve 75/2. maddeleri doğrultusunda davacıdan hangi seçeneği istediğini açıklattırmalı, sonucuna göre dava koşulları yönünden araştırma ve inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır. Mahkemece bu yön gözardı edilerek yazılı biçimde alacağın tahsili ile birlikte itirazın iptaline karar verilmesi isabetsizdir¹⁶.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında; itirazın iptali davasının hukukî niteliği hakkında ortaya çıkmış bulunan tereddütlerin giderilmesi, mahkemeler uygulamasının yerleşik (müstakar) hale getirilerek şekilden doğan ve adalet anlayışına ters düşen hak kayıplarının önlenmesi bakımından **kişisel düşünce ve önerim** aşağıdadır¹⁷:

Borçlunun itirazı ile duran ilâmsız icra takibine devam edilebilmesi; alacaklının, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açacağı itirazın iptali davasını kazanmasına bağlı bulunduğu göre; alacaklının bir yıl içinde açtığı davanın, dava dilekçesindeki hukukî nitelikleme ile bağlı kalınmaksızın, "itirazın iptali davası" olduğu esas olarak kabul edilmelidir. Davacı, bir yıl içinde açacağı itirazın iptali davasında, alacaklı olduğunun mahkemece karar altına alınmasını ve bunun doğal sonucu olarak da (borçlunun itirazının kaldırılarak) takibin devamına karar verilmesini ister. Davacının, dava dilekçesinin istem sonucu kısmında, alacağı ilâmla daha sonra ilâmların icrası yoluna başvurmayı düşünmesi halinde, alacağın tahsilini istemesi de mümkündür. Alacaklı bir yıl içinde açtığı bu davada ayrıca, borçlunun icra tazminatına (İİK m.67, II) mahkûm edilmesini de isteyebilir. Mahkeme, genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda, borçluyu haklı bulursa davayı reddeder; alacaklının alacaklı olduğunu anlarsa alacaklının talebine göre, "**alacağın tesbiti ile takibin devamına**" veya "**alacağın tahsili ile takibin devamına**" karar verir. Alacaklı veya borçlu icra tazminatı talep etmişse, şartlarının bulunması halinde mahkeme, alacaklı lehine

¹⁶ 19.HD. 19.3.2004, 4746/3086 (Uyar, s. 4766).

¹⁷ Bkz. Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği, s. 607 vd.

icra inkâr tazminatına veya borçlu lehine haksız takip (kötüniyet) tazminatına (İİK m.67, II) hükmeder. Bu önerim çerçevesinde, bir yıl içinde davacının açtığı dava dilekçesinin şu veya bu nedenle tam olarak anlaşılmasını halinde, mahkeme davacıdan, bu dilekçenin itirazın iptali davası olduğunu esas alarak, açıklama yapmasını (HMK m.31) istemelidir. Mahkemece istenilen açıklama üzerine davacının, bu davanın itirazın iptali davası değil, genel hükümlere göre açılmış bulunan bir alacak davası olduğunu belirtmesi halinde, davayı henüz bir yıl geçmediği için genel hükümlere göre alacak davası açılmayacağı (İİK m.67, IV) gerekçesiyle reddetmelidir. Davacının bu davanın itirazın iptali davası olduğunu belirtmesi üzerine mahkeme davaya devam etmeli ve önündeki itirazın iptali davasını tarafların talepleri doğrultusunda karara bağlamalıdır. İtirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde alacaklı itirazın iptali davası açmazsa, ilâmsız icra takibi düşeceğinden, bundan sonra açılacak olan dava (İİK m.67, IV) tamamen genel hükümlere göre açılan bir alacak (eda) davasıdır ve dava dilekçesinde bu davanın itirazın iptali davası olarak nitelenmiş olmasının herhangi bir önemi yoktur (HMK m.33); mahkeme bu davaya kendiliğinden m.67 hükmünü değil, genel hükümlerini uygulayarak yargılama yapacak ve karar verecektir. Bu davada icra tazminatı¹⁸ sözkonusu olmadığından, mahkeme dava sonunda icra tazminatına hükmetmeyecektir.

B. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ TAHKİMDE GÖRÜLEBİLİRLİĞİ

Tahkim anlaşması (sözleşmesi), tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın hakem (hakemler; tahkim) eliyle görülmesini sağlayan bir yoldur. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere (yetkili görevli ve devlet mahkemelerine) değil, (aralarında kararlaştırdıkları) hakeme başvurarak dava açarlar; yargılama, hakemler eliyle yürütülür ve karara bağlanır. Nihâî hakem kararı (ilâmı), kanunlarda belirtilen usul ve şartların gerçekleşmesi halinde **ilâmlı icraya** konur (İİK m.24 vd).

¹⁸ İcra tazminatı konusunda bkz.: Ejder **Yılmaz**, İcra Tazminatı (Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, Ankara 2009) s. 675-754.

Tarafların, aralarında yaptıkları tahkim anlaşmasına rağmen, (hakem önünde dava açmaksızın) **ilâmsız icra takibi**(İİK m.42 vd) **yapabilip yapamayacakları**, kanunlarda açıkça gösterilmemiş ve konu gerek öğretide gerek Yargıtay uygulamasında çeşitli görüşlere ve kararlara yol açmıştır¹⁹. Bu arada vurgulayarak belirtmek isterim ki, bu konuda Ülkemiz ve İsviçre dışındaki diğer ülkelerde herhangi bir tartışma yoktur²⁰; çünkü, İsviçre ve onu takiben Ülkemiz İcra ve İflâs Kanununda ilâmsız icra takibi imkânı bulunup, hukuklarını yakından bildiğimiz diğer ülkelerde (örneğin Almanya'da bazı çok istisnaî hükümler gözardı edilecek olursa) ilâmsız icra takibi müessesesi yoktur ve uyuşmazlıklar mutlaka mahkemeler(kural olarak devlet mahkemeleri ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde ise hakem -hakem mahkemesi-) eliyle çözümlenir.

Öğretide bazı görüşlere göre, tahkim anlaşması ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü (zorunlu müdahale düzenlemeleri dışında, esas itibariyle devlet yargısı dışında tutarak) hakemlere bıraktıkları için, ilâmsız **icra takibi yapılamaz**²¹; diğer bazı görüşlere göre ise, icra takibi bir dava olmadığından tahkim anlaşmasına rağmen tarafların ilâmsız **icra takibi yapmaları mümkündür**²².

Kişisel kanımcı, tahkim anlaşması yapan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü (tahkimin yararları olarak belirtilen: aralarındaki uyuşmazlığı işin uzmanı hakemler tarafından karara bağlanması, uyuşmazlığın yargılama sürecinin kamuya açık olmasının istenmemesi gibi sebeplerle)²³,

¹⁹ Bkz. ayrıntılı bilgiler için: Ali **Yeşilirmak**, Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir mi? (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/96, s. 205-228); Nuray **Eksi**, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, İstanbul 2013, s. 133 vd.

²⁰ İsviçre uygulamasında tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği hakkındaki bazı kararlar için bkz. **Kuru**, Usul, s. 5981, dipnot 91.

²¹ **Deynekli/Kısa**, s. 272 vd.; Kemal **Dayımlarlı**, HUMK'da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim, Ankara 2004, s. 66.

²² Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6, İstanbul 2001, s. 5980 vd.; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 253-254; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkân/Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2012, s. 199-200; **Yeşilirmak**, s. 225; **Özkan**, s. 121.

²³ Bkz. Ejder **Yılmaz**, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu) İzmir 2000, s. 268-286.

“devlet yargısı” dışında özel hakemler eliyle çözümlenmesinde mutabık kalmışlardır. Buradaki “devlet yargısı”ndan kasıt, yalnızca **devlet mahkemeleri** değil, genel olarak devletin “**adalet teşkilâtı**”dır. İcra daireleri de “adalet teşkilâtı” içerisinde yer aldığına göre, hakemde dava açılmayarak (doğrudan ilâmsız) icra takibine izin verilmesi, hakem anlaşmasına ters düşer.

İlk görüş kabul edilirse, tarafların ilâmsız icra takibi yapamaması nedeniyle, tahkime konu uyumsuzluğun, mutlaka dava biçiminde, hakemde açılması söz konusu olacaktır.

Buna karşılık ikinci görüşe göre, taraf isterse dava yoluna isterse ilâmsız icra takibi yoluna gidebilecektir. Bu durumda taraflardan biri, diğer taraftan olan alacağını tahsil edebilmek için alacaklı sıfatıyla ilâmsız icra takibine (sözgelimi: genel haciz yolu ile takibe; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra yoluna vb) başvuracak; takip talebini alan icra dairesi, borçluya (diğer tarafa) **ödeme emri** gönderecek (İİK m.58 vd); diğer taraf, süresi içinde kendisine gönderilen ödeme emrine **itiraz etmezse**, ödeme emri kesinleşecek ve haciz aşamasına geçilecektir. Yani, ilke olarak alacaklı taraf, hakem prosedürünü işletmeden borçlunun mallarını haczettirebilecektir (ki, taraf tahkim davası açsa ve kazansa idi, alacağı hakem kararı ile başlatacağı ilâmlı icra takibinde de bu aşamaya gelecekti). Ödeme emrine itiraz etmediği için takibin kesinleşmesi sonucunda ödeme emrinde istenilen meblağı ödemek zorunda olan tarafın elbette ki menfi tespit (veya duruma göre: istirdat) davası (İİK m.72) açma olanağı vardır. Böyle bir halde açılacak olan menfi tespit (veya istirdat) davasının, tahkim anlaşması sebebiyle devlet mahkemesinde değil, aşağıda verilecek itirazın iptali davası örneğinde olduğu gibi, hakemde açılması gerektiği kanısındayım. Hakem anlaşmasının varlığına rağmen ödeme emrine itiraz edilmemesi sebebiyle açılan menfi tespit (veya istirdat) davası ile ilgili olarak bugüne kadar yayımlanmış herhangi bir Yargıtay kararına rastlamadığımı bu vesile ile belirtmek isterim.

Borçlu ödeme emrine itiraz edecek olursa icra takibi duracağından (İİK m.66), alacaklının, itirazı hükümden düşürterek takibe devam edebilmek için, ya icra mahkemesine başvurarak **itirazın** (duruma göre) **kesin veya geçici kaldırılmasını** (İİK m.68, 70) istemesi veya mahkemede **itirazın iptali davası** (İİK m.67) açması gerekecektir. **İtirazın kaldırılması talebi dava değildir**; itirazın kaldırılmasında görevli mahkeme, icra mahkemesidir.

İcra mahkemesi, itirazın kaldırılması talebini, kanunun gösterdiği şekilde yargılayan ve yalnızca belli belgeler üzerinden (sınırlı) inceleme yapan bir mahkemedir (İİK m.68 vd).Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunması halinde itirazın kaldırılması talebini, (icra mahkemesinin değil de) hakemin (hakem heyetinin) inceleyerek karara varması, tahkim anlaşmasının niteliği ile bağdaşmaz²⁴. Buna karşılık, genel hükümler çerçevesinde görülmesi gereken (İİK m.67, I) **itirazın iptali davasının** (devlet mahkemesinde değil de) **tahkimde görülüp görülmeyeceği** konusunda da, (yukarıda belirttiğim, tahkim anlaşmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapılıp yapılamayacağı konusuna paralel olarak) öğretilerde farklı görüşler ve çelişik Yargıtay kararları bulunmaktadır.

Konu ile **Yargıtay kararları**, daireden daireye farklılık göstermekte ve bazı kararlar tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının **icra takibi yapabileceği** yönünde iken, bazı kararlar ise, tamamen tersine olarak, **icra takibi yapılamayacağını** belirtmektedir. Örneğin²⁵:

“Davacının davalının kompresörünü kiralamasına ilişkin sözleşmede **uyuşmazlık halinde hakeme gidileceği** kararlaştırılmıştır. Tarafların ihtarnamelerinden aralarında uyuşmazlık çıktığı anlaşılmaktadır. **Davacı hakem koşulundan tek yanlı vazgeçerek icra takibine geçemez.** Bu nedenle davacının borçsuzluğunu değil, **hakem yargısı yoluyla borçlu olduğunun saptanmamış bulunması** nedeni ile **icra takibinin haksızlığına karar verilmesi** gerekir. Davalı **hakeme başvurarak** davacının kendisine borçlu olduğunu belirlediği takdirde hakkında kovuşturmaya geçebilir. Mahkeme kararının gerekçesinden de bu yolda karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme kararın onanmasına karar verildi”²⁶.

“Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra

²⁴ “Alacaklı ile borçlu arasında bir **tahkim sözleşmesi bulunsa dahi**, alacaklı hakemde dava açmadan **icra takibinde bulunabilir**. Borçlu, alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden bahisle itiraz edemez. İtirazın kaldırılmasında dahi tahkim itirazı ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması talebi bir dava değildir” (12.HD. 27.02.1990, 8745/1848).

²⁵ Başka örnekler için bkz. **Yeşilirmak**, s. 212-213.

²⁶ 13.HD. 03.11.1978, 4625/4623.

takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, **hakemde itirazın iptali davası açamaz**. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür. Hakem kararı bu nedenle bozulmalıdır²⁷.

“Yanlar arasında imzalanan ... Sözleşmenin 7. maddesinde sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların hakemde görüleceği hükmüne yer verilmiştir. Davalı süresinde verdiği cevabında davanın hakemlerde görülmesi gerektiğini belirterek tahkim itirazında bulunmuştur. Dava, İİK'nun 67. maddesinden kaynaklanan **itirazın iptali davası** niteliğinde olup, kamu düzeniyle alakalı değildir. Tarafların iradelerine tâbi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden **ihtilâfın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur**. Bu durumda mahkemece davaya hakemde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekir²⁸.

“Hakem Heyeti, adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu şekilde karar oluşturmuşlardır. **Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkar tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler**. Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu şekilde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur²⁹.

“Davacının dava tarihinden önce alacağının tahsili için ilâmsız icra takibinde bulunması tahkim şartının uygulanmasından vazgeçildiği ve tahkim şartının uygulanmasından vazgeçildiği ve tahkim şartının uygulama olanağının ortadan kalktığı anlamına gelmeyeceğinden ve itirazın iptali davalarına bakmaya hakemlerin de yetkili oldukları Dairemizin yerleşik içtihatları gereği olduğundan bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır³⁰.

²⁷ 19.HD. 14.12.2000, 5610/8669.

²⁸ 15.HD. 16.05.2011, 826/2941.

²⁹ 15.HD. 03.04.2008, 262/2138.

³⁰ 15.HD. 29.04.2013, 1386/2794.

Yukarıda örnek olarak verilen kararların tarihlerine bakıldığında, tahkim anlaşmasının varlığı halinde tarafın (hakeme başvurmadan, doğrudan) ilâmsız icra takibi yapabilmek için yapamayacağına ve buna bağlı olarak icra takibine başvurulursa, itirazın iptali davasının genel mahkemede mi (İİK m.67), yoksa tahkimde mi açacağına dair **kararlardaki çelişkinin çok uzun zamandan** (neredeyse kırk yıldan) **beri devam ettiği** görülmektedir. Bu nedenle, anılan konuyla ilgili olarak açılan davalar, yasayollarından (derecattan) geçerek birbirine zıt şekilde kesinleşmekte ve uygulayıcılar (avukatlar ve hâkimler), izleyecekleri yol ve verecekleri karar bakımından tereddüde düşmektedirler.

Genel olarak, benzer konulardaki **kararların çelişik kesinleşmesi**, toplumdaki “**adalet**” duygularını zedeleyen ve adalete güveni azaltan önemli etkenlerden biridir. Adalet **adına kabul edilemeyecek olan** bu çelişkiye son verilmeli ve konu, **bütün ülkede kanunların aynı şekilde uygulanması ve içtihat birliğini sağlama görevi olan Yargıtay’ca** tek bir sonuca ulaştırılmalıdır. Bunun da yolu, içtihadı birleştirme kararından geçmektedir. Bilindiği gibi, **İçtihadı Birleştirme Müessesesi**³¹, hukukumuzda çok önemli bir hukuk kaynağıdır ve içtihadı birleştirme kararları, benzer olaylarda Yargıtay ve adli mahkemeleri bağlar niteliktedir (Yargıtay K. m.45). Yargıtay, bugüne kadar verdiği içtihadı birleştirme kararlarıyla pek çok konudaki çelişkiyi gidermiş, muhalefet şerhleri ile de süslenmiş ayrıntılı gerekçelerle mahkemeleri, uygulamacıları hatta kamuyu aydınlatmış ve tereddütleri ortadan kaldırarak adaletin önünü açmıştır.

Ancak, bu vesileyle vurgulamak isterim ki, Yargıtay son dönemlerde her nedense genel olarak içtihadı birleştirme kararı vermeme eğilimindedir. Bunun kanıtı, geçmiş dönemlerden bu yana her yıl verilen içtihadı birleştirme kararı sayısının giderek azaldığı ve neredeyse “yok olmaya yüz tuttuğu”dur. İçtihadı birleştirme kararlarının bugüne kadar yakından gözlemlenen büyük yararları nedeniyle, bu eğilime katılamamaktayım.

Çelişik kararların kesinleşmesinde Yargıtay’ın ağırlıklı rolü düşünüldüğünde, **çelişkiyi gidermenin de Yargıtay’a düştüğü açıktır**. Her ne kadar,

³¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ejder Yılmaz, İçtihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Son Verme İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, Ankara 2000) s. 1-30.

hukuk davalarında ortaya çıkan tereddütlerin kanun koyucu tarafından kanun değişiklikleriyle ortadan kaldırılması mümkün ise de, “kanunların katılığı” (değiştirilmesindeki zorluklar) nedeniyle ortaya çıkan belirsizliklerin ve çelişkilerin kanun değişiklikleriyle yapılması, adalet açısından doğru bir yöntem değildir. Bazı konuların, hayatın değişen ve gelişen gerçekleri ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle mahkemelerce ve onların “üstü”nde yer alan Yargıtay’ca yönlendirilmesi, hiç tereddütsüz daha doğru bir yöntemdir.

Hal böyle olmakla birlikte, inceleme konumdaki çelişkinin Yargıtay’ca içtihadı birleştirme kararı ile çözümlenmemesi halinde, **olması gereken hukuk bakımından** (de legeferenda) önerim, iç tahkim bakımından HMK m.407’de ve milletlerarası tahkim bakımından MTK m.1’de, “Tahkim anlaşması bulunan hallerde, hakemde dava açılmadan, doğrudan ilâmsız icra yoluna başvurulamaz” şeklinde kanun değişikliği yapılması, mevcut belirsizliği ortadan kaldıracaktır.

Yukarıda, tahkim anlaşmasının varlığı halinde tarafın (hakeme gitmeksiz doğrudan) ilâmsız icra takibi yoluna başvurmaması gerektiği görüşünde olduğumu ifade etmişim. Bu görüşün kabulü halinde, doğrudan ilâmsız icra takibi yapılamayacağından, icra hukukuna has bir müessese olan itirazın iptali davası açma ihtiyacı da doğmayacaktır. Ancak, çıkartılabilecek bir içtihadı birleştirme kararında farklı sonuca varılarak ilâmsız icra takibi yapılmasına olarak verilmesi halinde, itirazın iptali davasının hakem önünde açılmasının, tahkim anlaşmasının gereği olduğunu değerlendirmekteyim. Aşağıdaki (C) açıklamalarım da bu esasa dayalıdır.

C. TAHKİME ELVERİŞLİLİK KURALININ İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA UYGULANMASI

1. Tahkime Elverişlilik Kuralı

İç tahkime uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanununun “tahkime elverişlilik” başlığını taşıyan 408 inci maddesine göre, “**Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden** kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir”.

Bu hükmün, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki (MTK m.1, IV) karşılığı şöyledir: “Bu Kanun Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki

aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz”³².

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408 inci maddesinin (TBMM) Gerekçesi şöyledir: “Tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarla, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda bu Kısım hükümleri uygulanmayacaktır. Tahkime elverişliliğe ilişkin bu kural, huku-kumuza 1086 sayılı Kanunun 518 inci maddesi ile girmiştir. Ayrıca bu maddeye, **Milletlerarası Tahkim Kanununun** 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında **yer alan düzenlemeye paralel** bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir”.

Anılan (HMK m.408) hükmün 1086 sayılı HUMK m.518’deki karşılığı, “Yalnız **iki tarafın arzularına tâbi olmayan** mesailde (konularda) tahkim cereyan etmez” şeklinde idi. Yani, HUMK m.518’da taşınmazlarla ilgili olarak herhangi bir düzenleme yer almamakta idi.

Uygulamada Yargıtay, öteden beri verdiği çeşitli kararlarında, genellikle, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar yönünden tahkim anlaşması yapılamayacağı görüşündedir³³. Bununla birlikte Yargıtay çeşitli kararlarında bu katı görüşünü, **tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri taşınmaz davalarında yumuşatarak uygulamaktadır**. Örneğin, “taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksatla tapu sicilinde lüzumlu düzeltme işlemlerinin yapılması”³⁴; “taşınmaz mallar üzerinde yanların üzerinde serbestçe işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekir”³⁵.

Yargıtay’ın taşınmazlar hakkında tahkim anlaşması yapılamayacağı yönündeki kararları; “taşınmazlar üzerindeki uyuşmazlıklarda **tarafların sulh, kabul veya feragat yetkileri bulunduğuna göre** taşınmaz davaları da **tarafların iradelerine tâbi** (tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebile-

³² Bkz. Burak **Huysal**, Milletlerarası Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

³³ Bkz. **Kuru**, Usul, s. 5947 ve devamında anılan kararlar.

³⁴ 15.HD. 31.05.1979, 1195/1330 (**Kuru**, Usul, 5947, s. 5948 dipnot 30).

³⁵ 4.HD. 14.05.1974, 2094/2496 (**Kuru**, Usul, 5947, s. 5949 dipnot 31).

cekleri) işlerden olduğu” gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir³⁶. Bu gerekçeye aynen katılıyorum. Ayrıca, hukukumuzda eski bir alışkanlıkla (esas olarak değerlerinden -kıymetlerinden- hareket edilerek) kendisine önemli sonuçlar eklenen, “taşınır mal-taşınmaz mal” ayırımının günümüzde değerini oldukça kaybettiğini; çünkü bugün, özellikle teknolojik gelişmeler karşısında, taşınır malların da taşınmaz mal kadar değerli ve önemli hale geldiğini düşünmekteyim. Bu nedenle yasal düzenlemelerde, taşınır mal-taşınmaz mal” ayırımı yapılmasının anlamı kalmadığını değerlendirmekteyim. Bu yüzden, HMK m.408 hükmüyle “taşınmaz mallar”la ilgili olarak getirilen yeniliğin yerinde olmadığını düşünmekteyim. Nitekim Alman Medenî Usul Kanunu’ndaki (§. 1030) tahkim anlaşması bakımından taşınır mal taşınmaz mal ayırımı yapmaksızın “Her türlü malvarlığı uyumsuzluğu tahkim anlaşmasının konusunu olabilir”³⁷ ve İsviçre Medenî Usul Kanunu’ndaki (m.354), “Taraflar üzerinde serbest tasarruf edebilecekleri her konuda tahkim anlaşması yapabilir” şeklindeki düzenlemeler kanımca daha isabetlidir.

Yargıtay’ın iş (işçi) uyumsuzluklarında tahkim yapılamayacağı yönündeki eski görüşü, İş Kanunu’nun 20 nci maddesine açıkça konulan, işe iade davalarında (İş Kanunu m.20) tarafların anlaşması halinde tahkime (özel hakeme) gidilebilir şeklindeki düzenleme ile önemini kaybetmiştir.

Günümüzün benzeri gelişmeleri, Yargıtay’ın diğer bazı konularda da (örneğin, kira bedelinin tespiti davaları, kat mülkiyeti uyumsuzlukları gibi) tahkimi sınırlayıcı kararlarını³⁸ (tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamu düzeniyle ilgili hususlar dışında) değiştireceği beklenmelidir.

Olması gereken hukuk bakımından, HMK m.408 hükmünün değiştirilerek taşınmaz mallarla ilgili eklemenin metinden çıkartılması ve “İki

³⁶ **Kuru**, Usul, s. 5947; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özkes**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 1068-1069; ayrıca bkz. Turgut **Kalpsüz**, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 30.

³⁷ Klaus **Lionet**/Annette **Lionet**, Hardbuch den Internationamen und Nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Stuttgart 2005, s. 64 vd; Rolf A. **Schütze**, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, München 1998, s. 49-50; Leo **Rosenberg**/Karl Heinz **Schwab**/Peter **Gottwald**, Zivilprozessrecht, München 2010, s. 1028-1029.

³⁸ **Kuru**, Usul, s. 5951 vd.

tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” hükmü ile yetinilmesi gerektiğini önermekteyim.

Değişmediği sürece, HMK m.408 hükmünün itirazın iptali davası bakımından da geçerli olduğu muhakkaktır.

2. Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Taşınmazın Aynı ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Sorunun İncelenmesi

Yukarıda (C, 1) belirttiğim üzere, tahkime elverişlilik kuralı (HMK m.408) itirazın iptali davasında da geçerli olduğuna göre, **tarafaların iradelerine tâbi olmayan veya taşınmaz mal üzerindeki aynî haklara ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili itirazın iptali davasının tahkimde açılması halinde ne yapılması gerektiği** konusu, uygulamada zaman zaman ortaya çıkan bir durumdur.

Konuyu somut bir örnek üzerinden açıklayalım:

A ile B arasındaki hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların tahkimde görüleceği aralarındaki sözleşmede (hakem şartı) olarak yer almıştır. A, B’ye karşı, aralarında **tahkim anlaşması** da bulunan bir hukukî ilişkiden kaynaklanan **para alacağının tahsili** için (bu yöndeki Yargıtay kararlarına dayanarak hakemde dava açma yolunu tercih etmeyerek) **ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız icra takibi** yapmış, B’ye ödeme emri gönderilmiş ve B ödeme emrine itiraz ettiği için, icra takibi durmuştur. Duran icra takibine devam edebilmek için A, B’ye karşı **hakemde itirazın iptali davası** açmıştır. Davalı (borçlu) B, açılan davaya karşı verdiği cevapta, aralarındaki hukukî ilişkinin temelini teşkil eden **ipoteğin**, Türk Medeni Kanununun 851 inci (eski TMK m.766/a) maddesi karşısında **geçersiz olduğunu**; çünkü icranın konusunu oluşturan ipoteğin TMK m.851’in aradığı şartları³⁹ taşıma-

³⁹ TMK m.851 hükmü şöyledir: “Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir (I). Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan **kredi kuruluşlarınca** yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu halde her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilir. Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz (II)”.

dığını (örneğin, kredi verenin hukuken bir “**kredi kuruluşu**” niteliğinde olmadığını, dolayısıyla A’nın **ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasının mümkün bulunmadığını**) ileri sürmüştür.

Hakem heyetinin, bu itirazın iptali davasında “tahkime elverişlilik” kuralı çerçevesine ne karar vermesi gerektiği önemli bir sorun oluşturmaktadır. Şöyle ki:

Bilindiği üzere, **itirazın iptali davası**, özetle, 1- Müddeabihi, takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan ve hukukî niteliği itibariyle yukarda (A)’da belirtildiği üzere, normal bir **eda davasıdır**. 2- İtirazın iptali davası, **genel hükümlere göre görülür** (İİK m.67, I). 3- **Borçlu**, itirazın iptali davasına karşı vereceği cevapta ödeme emrine karşı yaptığı itirazlarla bağlı olmayıp cevap dilekçelerinde bütün savunma sebeplerini bildirebileceğinden **itirazın iptali davasına vereceği cevapta**, ipoteğin **geçersizliğini de ileri sürebilir**.

Yerleşik Yargıtay kararlarında da isabetle kabul edildiği⁴⁰ üzere, **itirazın iptali davasını gören mahkeme, ipoteğin geçerli olup olmadığını da incelemek zorundadır**. Çünkü, itirazın iptali davası, normal bir alacak (eda) davası olması hasebiyle, hem alacaklı olduğunu iddia eden **davacı alacaklının iddiasının** hem de borçlu olmadığını savunan **davalı borçlunun savunmasının birlikte** incelenmesini ve **karara bağlanmasını zorunlu**

⁴⁰ “Kural olarak ipotek, ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilerek kurulabilir (MK m. 766). Bu kuralın istisnası 14.11.1990 tarih ve 3678 s.K.’la Medeni Kanuna eklenen 776/a maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre yabancı para üzerinden gayrimenkul rehni kurulabilmesi için güvence altına alınacak bir **dış kaynaklı kredi bulunmalı** ve vadesi 5 yıl ve daha fazla olarak belirlenmelidir. Ayrıca ipotek tesisinde kural, Türk parası olduğundan bu tür krediler **yabancı para üzerinden kurulmalıdır**. Rehinli alacaklının MK’nun 766/a maddesine uygun olarak kurulmuş ipoteğe dayanarak, harca esas değeri gösterilmek koşuluyla yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması mümkündür. Bu nedenle **öncelikle davacı lehine düzenlenen ipoteğin anılan hüküm kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir**. Zira, **MK’nun 766/a** (şimdi: TMK m.851) **maddesi hükmüne uygun olmayan ipoteğe dayanarak yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi mümkün değildir**. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir” (19.HD. 25.05.2000, 3227/3951).

kılar. Başka bir ifadeyle, itirazın iptali davasını gören mahkeme yargılama faaliyetini, Kanun tarafından kabul edilen esas ve usuller çerçevesinde **her iki tarafın tüm taleplerini dinlemek** ve taraflara ispat olanağı vermek **suretiyle yürütür** ve sonuca varır (karar verir). **Mahkemenin** bunun aksine hareket ederek, **yalnızca davacı alacaklının iddiasını** veya **yalnızca davalı borçlunun savunmasını dikkate alarak karar verebilmesi mümkün değildir.** Böyle bir davranış, hem **kanuna** hem **evrensel yargılama hukuku kurallarına ters düşer.** Zira, öğretilerde ve yüksek mahkeme kararlarında da çok açık bir şekilde benimsendiği üzere; evrensel yargılama hukuku kuralları çerçevesinde, her şeyden önce **tarafların eşitliği ilkesi** vardır ve mahkeme, iki tarafın da iddia ve savunmalarını aynı ölçüde dinlemek ve bunları birlikte değerlendirmek zorundadır. Buna, “**eşit davranma ilkesi**” veya “**silâhların eşitliği ilkesi**” de denilmektedir. Bunun sonucu olarak örneğin yargılamalarda **yalnızca taraflardan biri dinlenerek karar verirse,** hem hukukî dinlenme hakkı hem de eşitlik ilkesi ve bu çerçevede **silâhların eşitliği ilkesi ihlâl edilmiş olur.** Vurgulanarak belirtmek gerekirse, yargılama hukukunda yalnızca iddia hakkından veya yalnızca savunma hakkından değil, tek bir **kalıp olarak,** “**iddia ve savunma hakkı**”ndan **birlikte** sözedilir. Çünkü taraflar arasında iddia ve savunma hakkı bu açıdan birbirine eşit tutulmuştur. Silâhların eşitliği, sadece iki tarafın biçimsel olarak aynı şekilde dinlenilmesini değil, aynı zamanda ve özellikle her iki tarafın karşılıklı olarak yargılamada yer alarak haklarını kullanmalarını, yani hukuki dinlenme hakkına uygun şekilde **dinlenilmelerini** de gerekli kılar. Bu sebeple her iki tarafın şeklen eşit olarak dinlenilmesi, silâhların eşitliğini sağlamaz. Her iki tarafın (yani davacının davacı olarak, davalının da davalı olarak) yargılamada sahip olması gereken ya da sahip olduğu imkânları tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanılması silâhların eşitliği ilkesinin gereğidir. Malûmları olduğu üzere, **hukukî dinlenme hakkının** bir unsuru da, mahkemece “**dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü**”dür. Yargılamada tarafların dinlenilmiş olmaları ve açıklamada bulunabilmeleri, hukukî dinlenme hakkının gerçekleştiği anlamına gelmez. Yapılan bu **açıklamaların mahkeme tarafından dikkate alınması ve değerlendirilmeleri, işin doğası gereğidir.** Tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalar dikkate alınmazsa, açıklamalarda bulunmanın bir anlamı kalmaz. Tekraren de olsa belirtilecek olursa, Roma hukukundan beri yargılama hukukunda geçerli

olan kural, “**yalnızca bir tarafın dinlenmesi, hiç kimsenin dinlenmemesi**”dir (audiatur et altera pars). Bu yüzden, mahkemenin taraflardan yalnızca birinin talebini dikkate alıp **diğer tarafın talebini dikkate almadan karar vermesi, usul hukukuna göre olanaksızdır**⁴¹.

Yukarıda belirtilen **bu esasın**, yalnızca mahkemeler (devlet mahkemeleri) bakımından değil, **hakem kurulu** (tahkim) bakımından da **aynen geçerli olduğunda** hiçbir şüphe yoktur.

Bu açıklama ve tespitlerden sonra, yukarıda belirttiğim “tahkime elverişlilik” kuralını düzenleyen HMK.m.408 hükmünün somut olaya uygulanabilirliği ve eğer uygulanacaksa nasıl uygulanması gerektiği hususundaki görüşüme geçebiliriz:

HMK m.408 hükmünün yukarıda örnek olarak verilen somut olaya uygulanabilirliği konusunda, akla, esas olarak iki ihtimal gelmektedir:

Birinci ihtimal: Davalının ipoteğin geçersizliği yönündeki itirazı (iddiası), HMK m.408 hükmüne göre aynî hak niteliğinde olduğundan, hakem heyetinin ipoteğin geçersizliği hususunu inceleyebilmesi mümkün değildir (ve buna bağlı olarak hakem heyeti, itirazın iptali davasında yalnızca davacının alacaklı olduğunu inceler, fakat davalının ipoteğin geçersizliği hakkındaki itirazını -bu iddianın, davalı tarafından genel mahkemede açılacak bir davanın konusu olacağı gerekçesiyle- inceleyemez ve bu **ipoteğin geçerli olup olmadığına bakmaksızın yargılama yaparak karar verir**).

İkinci ihtimal: HMK m.408 hükmüne rağmen hakem heyetinin ipoteğin geçersizliği hususunu inceleyebilmesi mümkündür (ve buna bağlı olarak hakem heyeti, itirazın iptali davasında hem alacaklının alacak talebini hem de **ipoteğin geçerli olup olmadığını inceleyip yargılama yaparak karar verir**).

Bu ihtimalleri ayrı ayrı irdelersek:

Birinci ihtimalin kabulü halinde, kanımca hakem heyetinin önüne gelen (hakemde açılmış bulunan) itirazın iptali davasında **görevsizlik kararı vererek, itirazın iptali davasını (tümüyle) usulden reddetmesi gerekir**.

⁴¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar, yerli ve yabancı öğreti görüşleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararları için bkz.: Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 24 vd., 48 vd., 153 vd.

Çünkü, **itirazın iptali davasında yapılacak olan yargılama**, (yukarıda genel olarak yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere) davacı alacaklının alacak iddiası ile davalı borçlunun savunmasından oluşan **bir bütündür** ve hakem heyeti, taraflardan **yalnızca davacının alacaklı olduğu iddiası dikkate alarak** itirazın iptali davasının kabulüne **karar veremez**. Böyle bir olayda davalı borçlu, ipoteğin geçersizliğini ileri sürerek borçlu olmadığını ileri sürdüğüne göre, (birinci ihtimalin kabulü varsayımında) **itirazın iptali davası** (yani, davanın yalnızca davalı borçlunun savunması ile ilgili olan kısmı değil, **davanın tümü**), HMK m.408 hükmü çerçevesinde, “taşınmaz mal üzerindeki **aynî haktan kaynaklanan uyumsuzluk**” haline gelmiştir!

Birinci ihtimalin kabulü varsayımında hakem heyeti, şayet, **yalnızca davacı alacaklının iddiasını kabul** ile, **davalı borçlunun savunmasını** (HMK m.408’e dayandırıp) **incelemeden reddederek** karar verme yoluna giderse, hakem heyetinin vereceği karar, yalnızca tek tarafın iddiasının incelenmesine dayalı olacağından ve dinlenilme hakkının (HMK m.27; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6) ihlâli anlamına geleceğinden, kanuna ve usule aykırı olur.

Böyle bir kararın **asıl tehlikesi**; itirazın iptali davasının kabulü varsayımında, **ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesinin** sözkonusu olması ve böyle bir halde **borçlunun** daha sonra **genel mahkemede açacağı ipoteğin geçersizliği** ile iptali **davasını kazanması** halinde, (alacaklının iflâs etmesi veya izini kaybettirmesi gibi nedenlerle) borçlunun alacağını (ve satılan taşınmazını) geri alamama riskinin ortaya çıkması halinde **yaşanacak olan** çözümü zor ve hatta olanaksız çeşitli **hukukî sorunlardır**.

Birinci ihtimalin kabulü varsayımında, hakem heyetinin itirazın iptali davasında **görevsizlik kararı vermeyerek**, (HMK m.408’deki sorunu aşmak üzere) davalı borçlunun ipoteğin geçersizliğiyle iptali için mahkemede bir dava açması için süre verebilmesi ve bu davayı **bekletici sorun** yapabilmesi mümkündür (HMK m.165). Böyle bir karar, hakem yargılamasını uzatmakla birlikte, adaletin gerçekleşmesi ve muhtemel hukukî sorunlara meydan vermemek açısından uygun olarak değerlendirilebilir. Ancak, devlet mahkemelerinin çeşitli sebeplerle hızlı karar verememesi ve davaların yıllarca sürmesi gerçeği karşısında, hakem heyetinin bekletici sorun yapma kararı pratik olarak pek mümkün gözükmemektedir.

İkinci ihtimalin kabulü halinde ise, hakem heyetinin somut olayda ipoteğin geçersizliğini inceleyebilmesi mümkündür. Şöyle ki: İtirazın iptali davası, normal bir alacak davasıdır ve davalı borçlunun **ipoteğin geçersizliğini ileri sürmesi**, bu davayı kanımca, HMK m.408 anlamında **taşınmaz mal üzerindeki aynî haktan kaynaklanan uyuşmazlık haline getirmez**. Çünkü buradaki dava, itirazın iptali davasıdır ve ipoteğin geçersizliği vakıası, bu dava içinde çözülmesi gerekli **unsurlardan yalnızca biridir**. Başka bir anlatımla, hakem heyeti önündeki dava, **münhasıran** ipoteğin geçersizliği ile ilgili (taşınmazın münhasıran aynı ile ilgili) bir dava değildir. Her ne kadar itirazın iptali davasının sonunda ipoteğin geçerli olup olmadığı hakkında bir sonuca varılacak ise de, bu durum hakem heyetinin (**görevsizlik kararı vermeyerek**) itirazın iptali davasında yapması gereken bir değerlendirmeden ibarettir.

Konuya bu açıdan bakıldığında (veya en azından bu şekilde yorum yapıldığında), alacaklının başlattığı ilâmsız icra takibine yapılan **itirazın yerine olup olmadığının tespiti**ni amaçlayan itirazın iptali davasında borçlunun ipoteğin geçersizliğini ileri sürmüş olmasını; borçlunun, borcunun bulunmadığını örneğin borcun doğmadığı, borcun ödenmiş olduğu veya alacağın takas edildiği gibi bir nedene dayanmasına eş olarak değerlendirerek sonuca varılmasının hukuken mümkün olduğu ve HMK m.408 hükmünün özünün bu yoruma müsait olduğunu düşünmekteyim.

Öte yandan, **yabancı para ipoteğinin geçerliliği hususunun** (TMK m.851) **kamu düzeninden sayılması varsayımında** da, hakem heyetinin bu konuyu incelemesinin gerekliliğini ortaya koyan diğer olgudur. Hatta bu durumun, hakem heyetine verilmiş bir **değerlendirme yükümlülüğü** olarak da algılanması gerektiği görüşündeyim.

Nitekim, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 25.5.2000 tarihli ve 3227/3951 sayılı kararında yer alan, "... Kural olarak ipotek, ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilerek kurulabilir (MK m.766; şimdi: TMK m.852, I). ... Bu nedenle **öncelikle** davacı lehine düzenlenen **ipoteğin anılan hüküm kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir**. Zira, MK'nun 766/a maddesi hükmüne uygun olmayan ipoteğe dayanarak **yabancı para üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi mümkün değildir**. **Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan** yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülme-

miştir” ibaresi de, buna işaret etmektedir. Belirtilen Yargıtay kararı, mahkemeye (devlet mahkemesine) yönelik olarak verilmiş olmasına rağmen, hakem heyeti bakımından da geçerlidir. Zira konunun kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, **Yargıtay kararına konu olan olay**, (mahkeme önüne değil de) **hakem önüne gelse idi**, inanıyorum ki Yargıtay, hakem kararı bakımından da **aynı kararı verirdi**.

Özetle, somut olayda **ikinci ihtimalin benimsenmesinin** yerinde olacağını değerlendirmekteyim. Böyle bir sonuç (yani, ikinci ihtimalin kabulü), **birinci ihtimalin kabulüne oranla iki bakımından tercihe şayan** olarak değerlendirilebilir:

Tercihe şayan noktalardan biri, birinci ihtimalin kabulüne bağlı olarak hakem heyetinin (konuyu HMK m.408'nin katı lafzı çerçevesinde değerlendirerek) **görevsizlik karar vererek itirazın iptali davasını reddetmesinin**, tahkim anlaşmasının taraflarının (tahkim anlaşması yaparken) güttükleri amacın gerçekleşmemesine neden olacak olmasıdır. Tercihe şayan noktalardan diğeri ise, hakem heyetinin (görevsizlik kararı vermeyerek davaya devam etmesi faraziyesinde) itirazın iptali davasında borçlu **davalının** (ipoteğin geçersizliği yolundaki) **savunmasını değerlendirmeden** davada yalnızca davacı alacaklının iddiası çerçevesinde vereceği kararın kanuna aykırılığı ve (bundan daha önemli olarak) ileride ortaya çıkacak çözümü zor veya olanaksız hukukî sorunlara meydan vermeyecek olmasıdır.

Sonuç olarak: Böyle bir örnek-olayda itirazın iptali davasını gören hakem heyetinin, davalının ileri sürdüğü ipoteğin geçersizliği konusunu değerlendirmek ve karara bağlamak durumunda bulunduğu; hakem heyetinin bunun aksine olarak, ipoteğin geçersizliği konusundaki uyuşmazlığı HMK m.408 çerçevesinde değerlendirmesi halinde ise, itirazın iptali davasının tümü hakkında görevsizlik kararı vererek itirazın iptali davasını reddetmek zorunda olduğu kanısındayım.