

GEÇERLİ BİR TAHKİM ANLAŞMASININ VARLIĞINA RAĞMEN GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİP YAPILABİLİR Mİ?

COULD AN ORDINARY EXECUTION PROCEEDINGS WITH
ATTACHMENT BE TAKEN DESPITE THE EXISTENCE OF A VALID
ARBITRATION AGREEMENT?

Ali YEŞİLIRMAK*

Özet: Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen bu anlaşmanın taraflarından birinin uyuşmazlıkla ilgili olarak genel haciz yoluyla takip yapip yapamayacağı ve böyle bir takip yapılırsa icra inkâr tazminatı istenip istenemeyeceği hususları kanunlarımızda açıkça düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler savunulmuştur. Konunun incelenmesi için öncelikle tahkim anlaşmasının hükmü ile itirazın kesin ve geçici kaldırılması ve itirazın iptali davasının niteliğine değinilmiş; daha sonra bu incelemeler ışığında, tahkim ve genel haciz yoluyla takip kurumları birlikte değerlendirilip doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında konu irdelenmiştir.

Anahtar sözcükler: tahkim, genel haciz yoluyla takip, tahkim anlaşmasının hükmü, itirazın kaldırılması, itirazın iptali, icra inkâr tazminatı.

Abstract: The issues of whether or not a party to a arbitration agreement, despite the existence of a valid arbitration agreement, could initiate a general execution proceedings without judgment in respect of the dispute at hand and, if so, whether or not a compensation for execution and denial could be sought are not dealt with in any laws. There are conflicting scholarly views and court decisions on the issue. In order to examine those issues, initially, the effect of arbitration agreement, the nature of the suits for lifting of objection to general execution proceedings are handled; then, the subjects are evaluated in light of scholarly views and court decisions, and in consideration with both arbitration and general execution proceedings.

Key words: arbitration, general execution proceedings without judgment, effect of arbitration agreement, lifting of general execution proceedings without judgment, cancellation of objection, compensation for execution and denial.

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Bu çalışmanın taslaklarını okuyarak görüşlerini benimle paylaşan Hocalarım Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, Prof. Dr. Ali Cem Budak ve Prof. Dr. Muhammet Özkes'e teşekkür ederim. Metnin sorumluluğu elbette yazarına aittir.

Giriş

Alacaklı ile borçlu arasındaki tahkim anlaşmasının genel haciz yoluyla takip üzerinde etkilerine ilişkin açık bir düzenleme, konuya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu ("İİK"), Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ("HUMK"), Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ("MTK") yer almamaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ("HD") önüne gelen bir olayda tahkim anlaşmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapılabileceği ve bu takip üzerine itirazın iptali davasının hakemde görülebileceğine karar vermiştir.

15. HD kararına konu olayda¹, davacı ve davalı arasında sözleşmenin haksız feshi ve tazminat talebi ile önce bir takip yapılmış; bu takibe itiraz üzerine de, davacı taraf, itirazın iptali ve icra ve inkâr tazminatı talebi ile taraflar arasındaki sözleşmedeki tahkim şartı sebebi ile tahkime gitmiştir. Tahkim kurulu, HUMK'nun 519 ve devamı maddelerine göre oluşturulmuş ve ardından itirazın iptali ile icra ve inkâr tazminatı konularında karar verme yetkisinin olmadığı kanaati ile davayı alacak davası olarak görmüştür. 15. HD, öncelikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.01.1994 gün 1993/4 E. 1994/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlemelerini öngördükleri takdirde, buna aykırı karar verilmesinin temyiz nedeni oluşturacağı tespitini yapmıştır. Bu tespiti dayanan 15. HD, hakem kararının esasını inceleme altına alarak, davacının temyiz itirazlarından bir kısmını dikkate alıp eksik inceleme sebebiyle kararı bozmuştur. Bozma kararında şu gerekçelere dayanılmıştır:

(a) Davalı şirketin ortakları arasında yapılan pay devri, tarafların arasında yapılan sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden davacı şirket fesihte haklı görülmüş ve davacı şirketi fesihte haksız bulan hakem kararının ilgili kısmı bozulmuştur.

(b) 15. Dairenin yerleşmiş uygulamasına dayanak gösterilerek hakemlerin açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkili olduklarından bahisle hakem kararı bozulmuştur.

¹ 15. HD, 3.4.2008, 262/2138 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu çalışmada kararlara yapılan yollamada tarihten sonra belirtilen ilk numara esas numarasını, ikinci numara ise karar numarasını ifade etmektedir.

Bu karar uygulamamızda ve doktrinde pek az yer bulan ve tartışılan şu soruları akla getirmektedir:

- a) Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icra takibi yapılabilir mi?
- b) İlamsız icra takibi yapılabilirse takibe itiraz üzerine itirazın kaldırılması veya itirazın iptali hangi mercide istenecektir: Hakemde mi mahkemede mi? Bu durumda hakem, icra inkâr tazminatına hükmedebilir mi?

A. Tahkim Anlaşmasına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?

İİK'na göre, para ve teminat alacaklarına ilişkin olarak genel haciz yoluyla icra takibi yapılabilir. Uyuşmazlığın tahkimde (veya hakemde) çözüleceği kararlaştırılmış olması halinde para ve teminat alacağı için genel haciz yoluyla icra takibi yapılabilir mi? Bu sorunun cevabı ne İİK'nda ne de konuyla ilgili olabilecek HUMK, HMK ve MTK'nda mevcuttur.

I. Tahkim Anlaşmasının Hükümü

Tahkim anlaşmasının hükümü (etkisi), bu anlaşma kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkin cebri icraya (veya mahkemeye) başvurulduğunda önem arz edeceğinden öncelikle bu husus açıklanmalıdır. Tahkim anlaşmasının hükümüne ilişkin olarak beş ayrı düzenleme dikkate alınmalıdır.

Tahkim anlaşmasının hükümü (etkisi) ile ilgili olarak HUMK 519. maddesi şu düzenlemeyi getirmektedir:

“Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemece, seri usulü muhakeme ile hallolunur.”

Bu hükme göre, HUMK kapsamına giren uyuşmazlıklarda, yani iç tahkimde²; uyuşmazlığın hakemde çözülüp çözülemeyeceği hususu ihtilaf konusu ise, bu ihtilaf hakkında mahkeme karar verir. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmış ise, tahkim itirazında bulunmak gerekir. Bu itiraz

² Yani tahkim yeri Türkiye olup HUMK'na göre yürütülen tahkim.

genel olarak ilk itirazlardan sayılmayıp “esasa ilişkin bir savunma vasıtası” olarak değerlendirilmektedir³. Bu görüşe göre, ilk itirazlardan farklı olarak tahkim itirazı, esasa cevap süresi geçtikten sonra dahi ileri sürülebilir. Bu takdirde karşı taraf tahkim itirazına muvafakati olmadığını belirtmez ise, savunmanın genişletilmesini zımnen kabul etmiş sayılır. Mahkeme tahkim itirazını incelemeye geçip bu itirazı haklı bulursa davayı reddeder⁴.

HUMK yerine kabul edilen ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan (HMK m. 451) HMK’nun 519. maddesine göre:

“(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.

(2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.”

HMK, HUMK gibi iç yani milli tahkime uygulanacaktır⁵. HMK, tahkim itirazının bir ilk itiraz olduğunu ve geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması halinde, açılan davanın tahkim itirazı üzerine usulden reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemesi bir ön inceleme yani *prima facie* inceleme olmalıdır⁶. Tahkim yargılamasının tahkim itirazının yapılmasından olumsuz olarak etkilenmemesi için de tahkim itirazının tahkim yargılamasına engel olmayacağı ifade edilmiştir.

³ Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, İstanbul 2001, C. VI, s. 5968 (“Usul”). Bkz. ayrıca, 15. HD, 18.4.1988, 1470/1534 (YKD 1988/10, s. 1412-1413); 11. HD, 4.10.2004, 189/9234 (YKD 2005/3, s. 212-214). Tahkim def’inin ilk itiraz olması gerektiği konusunda bkz., örneğin, Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 952 (“Yargılama”); Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 605.

⁴ Kuru, Usul, C. VI, s. 5968- 5969. Esasa cevap süresi geçtikten sonra tahkim itirazının hangi hallerde kabul edileceğine ilişkin, bkz., *id.*, s. 5973-5977.

⁵ Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılik unsuru olmayan hallerde tahkime uygulanacaktır. HMK m. 407.

⁶ Bkz. örneğin Yeşilırmak, A., *Türkiye’de Ticari Hayatın Korunması ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011, s. 82-84.

MTK'nun 5(1). maddesi ise, milletlerarası tahkim açısından tahkim anlaşmasının olumsuz etkisine ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir:

“Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.

Yani MTK'nın kapsamına giren⁷ uyuşmazlıklarda, tahkim itirazının yapılması üzerine mahkeme geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettiği halde itirazı kabul edip açılan davayı usulden reddedecektir. MTK, davanın usulden reddi için “mahkeme”de bir “dava”nın açılmasından bahsetmektedir. Kanun, yapılan itirazı HUMK'nda yer alan ilk itirazlara ilişkin hükme tâbi tutmuştur. Bunun sonucu olarak, tahkim itirazı davanın esasına girilmesine engel teşkil eder⁸. İlk itirazlar (dava engelleri), davanın başında; cevap dilekçesinde esasa girme-

⁷ MTK m. 1:

“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

diyerek MTK'nun hangi hallerde uygulanacağını belirtmiştir. Yine MTK'nun 2. maddesi yabancılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır:

“Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.
2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
 - a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,
 - b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.
3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

MTK'nun kapsamına ilişkin açıklamalar için bkz. örneğin Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2007, s. 55-77.

⁸ HUMK m. 187; HMK m. 117(3). Bkz. örneğin Pekcanitez H./Atalay O./Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2010, s. 350.

den önce ileri sürülmelidir⁹. Mahkeme, ilk itiraza ilişkin incelemeyi ön yani *prima facie* inceleme şeklinde yapmalıdır¹⁰.

MTK'nun 5. maddesi hükmü, tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi uygulanır (MTK, m. 1(3)). Ancak, tahkim yerinin yurt dışında olması halinde, kapsamına giren¹¹ uyuşmazlıklar için, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin¹² ("New York Andlaşması") 2. maddesinin MTK'nun 5. maddesine göre öncelikle uygulama alanı bulacağı açıktır (MTK m.1(6)). New York Andlaşması'nın 2(3). maddesine göre:

"Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı mânâda anlaşma akdettikleri bir meseleye taallûk eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder."

Bu durum karşısında tahkim itirazı her halde süreye bağlı olmak-sızın, ancak dürüstlük kuralını da ihlal etmeden ileri sürülebilecek ve bu halde de mahkeme tarafları tahkime sevkedecektir¹³.

Yine, kapsamına giren konularda¹⁴ ve üye ülkeler¹⁵ arasında, 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre-Avrupa Sözleşmesinin¹⁶ ("Avrupa Tahkim Sözleşmesi") VI. maddesi de MTK'na göre öncelikle uygulanacaktır:

(1) Hakemlik anlaşması akdenlerden birisinin müracaatı üzerine ortada

⁹ HUMK m. 189(1); HMK m. 118(1). Bkz. örneğin Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350.

¹⁰ Yeşilırmak, s. 82-84; Yeşilırmak, A./Süral, C., "Timing of Examination by Courts in respect of Arbitral Jurisdiction under Turkish Law" in: *Festschrift in Honour of Bernd von Hoffmann* (Ocak 2012'de yayımlanacaktır). Karşı görüş için bkz. örneğin Yeşilova, B., "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine - Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak - Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)" in: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. I; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2009, C. 11, s. 799-810.

¹¹ Bkz. New York Andlaşması m. 1. Andlaşma'ya üye devletler için bkz. <www.uncitral.org>.

¹² RG, 25.9.1991-21002.

¹³ Bu konuda bkz. örneğin Van Den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention*, Deventer 1981, s. 122 vd.

¹⁴ Bkz. Avrupa Tahkim Sözleşmesi m.1.

¹⁵ Sözleşme'ye üye ülkeler için bkz. <www.unece.org>.

¹⁶ RG, 25.9.1991-21002.

hakemlik anlaşması mevcut olduğu iddiasıyla işe vaziyet eden muhake-meye karşı davalı tarafından öne sürülebilecek salahiyetsizlik def'i, ise va-ziyet eden mahkeme kanununun salahiyetsizlik def'in, usule veya esasa müteallik bir mesele telakki etmesine göre, hakkın düşmesi müeyyidesi altında, esasa iddia müdafaaadan evvel veya bununla birlikte öne sürül-mek lazımdır.

...

(3) Eğer âdlî mahkemelere herhangi bir müracaat yapılmadan evvel taraf-lar arasındaki ihtilafın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihti-lafın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş Akit Devlet adlî mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin salahiyeti hakkında karar ittihazı hususunu hakem kararı-nın verildiği ana kadar talik edeceklerdir.

Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nin VI. maddesinin 1. fıkrasına göre, tahkim itirazında bulunacak taraf, bu itirazını esasa ilişkin savunma-sını yapmadan önce ileri sürmelidir¹⁷. Öte yandan, aynı maddenin 3. fıkrasına göre, hakemde görülmekte olan bir uyuşmazlığa ilişkin mah-kemeye başvurulur ise, mahkeme hakemin yetkisi konusundaki kara-rını nihai hakem kararının verilmesine kadar erteleyecektir.

II. Mahkeme Kararları

Genel haciz yoluyla takibin tahkim şartına rağmen yapılıp yapı-lamayacağı konusunda Yargıtay kararlarında iki farklı görüş ortaya konulmuştur. Her iki görüş de HUMK'na tâbi iki ayrı tahkim anlaşma-sına ilişkin inceleme yapılırken ortaya konulmuştur. 19. HD, tahkim anlaşmasının varlığı halinde takip yapılamayacağını alacaklının tahsil davası açması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁸. Benzer şekilde, 13.

¹⁷ Pointet, J. P., "The Geneva Convention On International Commercial Arbitration" in: *International Commercial Arbitration – A World Handbook*, La Haye 1965, s. 283. Avrupa Tahkim Sözleşmesi hakkında ayrıca bkz. Yılmaz, E., "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler-Bir Yorum" in: *Avrupa-Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 1991, s. 16 vd. ("Cenevre Sözleşmesi"); Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin-Gelgel, G., *Milletlerarası Tahkim Kanunu*, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 47-48.

¹⁸ 19. HD, 14.12.2000 5610/8669 (Hukukturk). Bkz. ayrıca örneğin 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Uyar, T., *İcra Ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2005, C. IV, s. 4854-

HD, sözleşmenin her iki yanı tahkim şartından vazgeçmedikçe icra takibi yapılamayacağına; yapılan icra takibinin de haksızlığına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁹.

Buna karşılık, 12. HD, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin bulunmasının icra takibinde bulunmaya engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir²⁰. Bu kararı destekler şekilde, 12. HD bir başka olayda şu şekilde karar vermiştir²¹:

“Her ne kadar yönetim planındaki ‘tahkim şartı’ itiraz üzerine tetkik merciinde incelenip karara esas alınabilir ise de, borçluların bu yöne ilişkin bir itirazları mevcut bulunmadığından, mercice kendiliğinden incelenip karara dayanak yapılması yerinde değildir”.

Benzer şekilde, 11. HD navlun sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin yapılan takip sonucu hakemde açılan itirazın iptali davasına ilişkin icra inkâr tazminatına hükmedilen hakem kararının iptali için temyiz edilen bir davada verdiği kararda “hakemlerin itirazın iptali davalarında icra inkâr tazminatına karar verebilmelerinin mümkün ...” olduğunu açıkça belirtmiştir²².

Yargıtay daireleri arasındaki konuya ilişkin görüşler arasındaki çelişkinin bir içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesi önerilmiştir²³.

4855) (mahkeme tahkimde itirazın iptali davası açılmayacağı; tahkimde açılacak davanın “tahsil davası” olarak görülüp sonuçlandırılması gerektiğine karar vermiştir.). Bkz. ayrıca 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Kazancı İçtihat Bankası): (“Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, hakem de itirazın iptali davası açamaz. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür....”).

¹⁹ 13. HD, 3.11.1978, 4625/4623 (Yasa 1979/6, s. 931).

²⁰ 12. HD, 27.2.1990, 8745/1848 (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5937).

²¹ 12. HD, 9.11.1987, 14663/11370 (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5938). Yine 12. HD, 9.11.1987, 14663/11370 sayılı Kararına ilişkin yazılan karşı oy yazısı şu şekildedir: “İlâmsız takip, bir hak arama yoludur. Hak arama özgürlüğü Anayasal bir hak olarak, Anayasal çerçevede ve ancak kanunla sınırlanabilir. Tahkim sözleşmesi ya da şartı ilâmsız icra takibi yolunu kapamayacağı gibi hakemi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 4. maddesinde belirli tetkik mercii hakiminin yerine ikame edemez. Yönetim planında yer alan tahkim şartı, HUMK’nun 518. maddesi karşısında icra yetkisinin kullanıldığı alanda geçerli olamaz. Tetkik mercii kararının bu nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ile çoğunluğun gerekçesine katılamamaktayım.” (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5938).

²² 11. HD, 1.4.2002, 10258/3443 (LegalBank). Bkz. ayrıca 11. HD, 25.9.2001, 4800/7167 (LegalBank).

²³ Hakan Pekcanıtez, 15.3.2011 tarihli Mütalâa (yayımlanmamıştır).

III. Öğretideki Görüşler

Konuya ilişkin öğretideki görüşler de iki farklı yöndedir: Kuru, “[t] ahkim sözleşmesi, tarafların mahkemede dava açmasını önler. İlamsız icra takibi bir dava olmadığından, alacaklının, tahkim sözleşmesine rağmen ilamsız icra takibi yapılabileceği” fikrindedir²⁴. Bundan hareketle, Kuru, itirazın iptali davasının sadece mahkemede açılması gerektiğini belirtmiştir²⁵. Şanlı da aynı fikirdedir²⁶:

“Cebri İcra Hukukunun bir parçası ya da devamı sayılan icra takiplerine ve takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması davalarına tahkim anlaşması engel değildir. Bu tür dava ve takiplerde, tahkim anlaşması Türk icra dairelerinde takip yapılmasına veya takibe itiraz halinde itirazın kaldırılmasına engel değildir.”

Buna karşılık, Yeşilova görüşünü şu şekilde ifade etmiştir²⁷:

“... madem ki tahkim anlaşmasıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası üzerinde yapılacak yargılama faaliyeti yönünden devlet yargısı (sadece mahkemeler değil) devre dışı bırakılmaktadır; şu hâlde, Türk hukuku yönünden artık, tahkim anlaşmasına rağmen, ilk bakışta ve özellikle düzenlendiği yer itibarıyla bir cebri icra müessesesi olarak görülen ve fakat aslında, ağırlıklı olarak para alacaklarının varlığının-yokluğunun yargılama konusu edildiği, ilamsız icra-iflas takiplerinin de mümkün olmaması gerekir.”

Dayınlarlı’da geçerli tahkim anlaşmasının varlığı haline cebri icra yoluna başvurulamayacağı görüşündedir²⁸.

Yavuz’a göre, tahkim anlaşmasına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılabilir; ancak itiraz üzerine duran takibe karşı itirazın iptali davasının tahkimde açılmaz²⁹.

²⁴ Kuru, Usul, s. 5981.

²⁵ *Id.* s. 5982. İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icra yapılabileceği ancak itirazın iptali veya kaldırılmasının tahkimde istenemeyeceği çünkü bu usullerin tahkime elverişli olmadığı hem doktrinde hem de yargı kararlarında açıkça kabul edilmiştir. Hakan Pekcanitez, 15.3.2011 tarihli Mütalâa (yayınlanmamıştır).

²⁶ Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 238, dipnot 237ff.

²⁷ Yeşilova, s. 534.

²⁸ Dayınlarlı, K., *HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, 2. baskı, Ankara 2004, s. 66.

²⁹ Yavuz, N., *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 98.

Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes ise tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının genel haciz yoluyla takip yapabileceği fakat duran takibe devam edebilmek için itirazın iptali davasının hakemde açılması gerektiği görüşündedir³⁰.

Deynekli/Kısa da itirazın iptali davasının tahkimde açılması halinde bazı sorunların çıkabileceğine dikkat çekmektedir³¹.

Karşlı ise, tahkim anlaşmasının ilamsız icra takibi yapılmasına engel olmayacağını ancak itiraz üzerine itirazın iptali davasının mahkemede açılması halinde bu davada tahkim itirazının ileri sürülebileceğini belirtmiştir³².

Huysal da, itirazın iptali davasının tahkime elverişli olduğunu yani tahkimde açılabilmesini bu hususun da “tahkim sözleşmesinin taraflar için bağlayıcılığının teminatını” oluşturduğunu ifade etmiştir³³.

Kanımızca, İİK, taraflara genel haciz yoluyla takip yapmak konusunda bir hak verdiğine ve bu hakkın, tahkim anlaşması bulunması halinde kullanılmaması gerektiği yönünde bir sınırlama getirmediğine göre, tahkim ve genel haciz yoluyla icra kurumlarını mümkün olduğunca birlikte kullanmak; ancak nitelik itibarı ile birisini diğerine tercih etmek gerektiğinde, hukukumuzda genel ilke olarak kabul gören irade serbestisi ilkesine üstünlük tanıyarak tahkim yolunu tercih etmek yerinde olacaktır. Buna göre:

1) Takip borçlusunun bir muhalefeti bulunmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılabilir; ancak ödeme emrine itiraz halinde uyuşmazlığın çözümü için tahkim tercih edilmelidir.

2) Öte yandan, tahkim anlaşması, davalının muhalefeti halinde, davaya devam edilmesini engellediğine göre, itiraz halinde evleviyetle genel haciz yoluyla takip yapılmasını da engelleyebilmelidir. Aksi bir düşünce, tahkim anlaşması yapma amacını ve bu anlaşmanın etkisini tamamıyla geçersiz kılar.

³⁰ Pekcanıtez H./Atalay O./Sungurtekin-Özkan, M. /Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2010, s. 148.

³¹ Deynekli, A./Kısa, S., *İtirazın İptali Davaları- İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, 2. Bası, Ankara 2005, s. 85-86.

³² Karşlı, A., *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2010, s. 404.

³³ Huysal, B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010, s. 291.

İlamsız icra yoluna, tahkim anlaşmasına dayanarak karşı koymak isteyen borçlu, eğer şartları ve sebepleri varsa, (İİK m. 16 vd. hükümlerine göre) şikâyet yoluna başvurabilir. Bu şikâyet süresiz değil, süreye tabi olmalıdır. Zira gerek HUMK'nda ve HMK'nda gerekse MTK'nda tahkim itirazı süreli olarak kabul edilmiştir. Bu ilkeye paralel olarak şikâyetin de süreye tabi olmasını kabul etmek kanunun amacına uygun olacaktır.

B. İtirazın Hükümden Düşürülmesi için Başvurulması Gereken Merci Hangisidir?

Madem ki tahkim anlaşması genel haciz yoluyla takip yapılmasını engellemektedir, o takdirde takibe itiraz halinde bu itirazın düşürülmesi için hangi merciye başvurulması gerekir sorusuna da cevap aranmalıdır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, tahkim anlaşmasının da bir etkisinin olması gerekir. Bu durumda itiraz halinde duran takibe devam edebilmek, yani itirazı hükümden düşürmek için hakeme gidilebilir mi sorusuna cevap aramak gerekli olmaktadır.

I. İtirazın İptali

İtirazın iptali, İİK'nun 67. maddesinde düzenlenmiştir:

“Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.

...

Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır.”

İtirazın iptali davasının niteliği, bu davanın hakemde görülüp görülemediği konusunda belirleyici olacaktır.

1. İtirazın İptali Davasının Niteliği

İtirazın iptali davasının niteliği konusunda, ne Yargıtay kararlarında ne de öğretide görüş birliği vardır. Görüş ayrılıklarının temel nedeni, mehzaz İsviçre Kanunu'ndan farklı olarak³⁴, özellikle 1940 ve 1965 yıllarında³⁵ İİK'nda yapılan değişikliklerdir. İtirazın iptali davasının niteliği, 1970 yıllardan beri öğretide tartışmalara konu olmaktadır. Bu tartışmaları genel olarak üç guruba ayırmak mümkündür:

a) Pekcanıtez'e göre³⁶:

"... itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır. Bu davanın eda davasından farklı olarak, bir yıllık süre içinde açılması ve davanın sonunda haksız çıkan tarafın inkâr tazminatına mahkûm edilmesi söz ko-

³⁴ İsviçre hukukunda itirazın iptali ve kaldırılması kurumları hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye tabidir. Bkz. Yılmaz, E., "İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği" in: Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 605 ("İtirazın İptali"); Budak, A. C., *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 88. İİK'nda mehzaz Kanundan ayrılma sebepleri teorik olmaktan çok "... takiplerin hızlandırılması ve alacaklıların kötüniyetli borçlulara karşı himayesinden ibaret pratik düşüncelere dayanmaktadır." Budak, s. 195.

³⁵ 3890 sayılı Kanun ile 1940 yılında İİK'nda yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin değerlendirmesi için bkz., örneğin, Leeman, H., "Türkiye'de İcra ve İflas Dairelerinin Yeniden Tanzim ve Tenkisine Dair Adliye Vekâletine Takdim Edilen Rapor", *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 12, S. 11, İkinci Teşrin, 1938, s. 645-647; Umar, B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 148-153 ("Tarihi Gelişim"); Belgesay, M. R., "Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflas Kanunu Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, 1939, s. 36-50. İİK'nun 67. maddesinde 538 sayılı ve 1965 tarihli değişikliklerin değerlendirilmesi için bakınız, örneğin, Çağa, T., "Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair", *Batider*, C. VIII, S. 3, 1976, s. 21-31 ("Ödeme Emri"); Okçuoğlu, Y., "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *Bursa Barosu Dergisi*, S. 11, 1980, s. 10-14; Postacıoğlu, İ., "İcra İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar", *Batider*, C. IX, S. 4, s. 950-971 ("İnkâr Tazminatı"); Çağa, T., "Yine 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair'", *Batider*, C. X, S. 2, s. 369-376 ("Yine Ödeme Emri"); Postacıoğlu, İ., "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar", *Batider*, C. X, S. 4, s. 965-980 ("Ödeme Emri"); Yılmaz, İtirazın İptali, s. 602-605.

³⁶ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 172-173. Ayrıca bkz. Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008, s. 329 ("Kanaatimizce, bir takip hukuku müessesesi olan itirazın iptali davası ile ödeme emrine borçlunun vaki itirazı ile duran takibi harekete geçirmek amaçlanır."); Deynekli/Kısa, s. 78 ("2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda 538 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu 67. maddede düzenlenmiş olan itirazın iptali davası ne bir tespit davası ne de eda davasıdır. Zira itirazın iptali davasıyla alacaklı ödeme emriyle takip konusu yaptığı alacağın varlığını tespitini talep etmekte ise de davacı sonuç olarak alacağın tahsilini amaçlamaktadır. Bu nedenle itirazın iptali davasının takip hukukuna özgü bir tahsil davası olduğunun kabulü gerekir.").

nusudur. Davanın amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle davacının bu davayı açarken, duran takibe devam edilmesini ve itirazın iptalini istemesi gerekir. Ayrıca tahsil talebine gerek yoktur, çünkü takibin amacı zaten alacağın tahsilidir. İtirazın iptali davası kabul edilirse, takip kesinleşecek ve alacaklının alacağı tahsil edilmiş olacaktır. Bu nedenle mahkemenin de böyle bir talep olmaması hâlinde tahsile yönelik karar vermesi gerekmemektedir. Eğer alacaklı hem itirazın iptali hem de tahsili talep ederse, mahkemenin bu taleplerden hangisini istediğini alacaklıya sorması gerekir. Ancak alacaklı ilâmlı takip yapmak istiyorsa, bu durumda itirazın iptali davası yerine eda davası açarak bu dava sonunda elde ettiği ilâm ile ilâmlı icra takibi yapabilir. Bu hâlde, eda davası sonunda elde ettiği hükümle alacaklı takibe devam edemez ve lehine inkâr tazminatına hükmedilemez.”

b) Kuru’nun paylaştığımız görüşüne göre³⁷:

“İtirazın iptali davası müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu normal bir eda (alacak) davasıdır.”

Aynı görüşü paylaşan Yılmaz’a göre³⁸:

“[A]lacaklı, alacağını tahsil için doğrudan icra dairesine başvurarak ilâmsız icra yoluna gitmeyip de önce alacak davası açma yoluna gitse ve ilâm elde ettikten sonra icra dairesine başvurmayı düşünse idi; başlangıçta açacağı dava ve mahkemenin vereceği karar ne ise, ilâmsız icraya gidilmesi halinde alacağına itiraz edilen alacaklının, itirazın hükümden düşürülmesi için açacağı dava da o davadır; yani, her iki halde de açacağı dava alacak davasıdır. Ancak m. 67’ye göre, alacaklının bir yıl içinde açacağı davada alacaklı, işin özelliği uyarınca borçlunun itirazının kal-

³⁷ Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, İstanbul 1988, s. 280 (“İcra”). Ayrıca bkz. Gürdoğan, B., *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970, s. 38; Berkin, N., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 420-421; Özkan, Y., *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara 2004, s. 32-33; Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 24. Bası, Ankara 2010, s. 160-161.

³⁸ Yılmaz, *İtirazın İptali*, s. 608-609. Aynı şekilde, Özkan’a göre:
“[İ]tirazın iptali davasının bir alacak (eda) davası olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Ancak itirazın iptali davasının normal bir alacak (eda) davasından farklı olarak, takip prosedürü içerisinde açılır ve takip hukukuna özgü bir takım sonuçlar doğurur. Yalnız, hemen belirtelim ki, bu durum, itirazın iptali davasının takipten bağımsız olarak sonuç doğuramayacağını göstermez. İtirazın iptali davası özünde bir alacak (eda) davası olduğundan, takip olmasa veya hüküm ifade etmese de sonuç doğurabilmektedir.”
Özkan, s. 32-33.

dırılmasını ve takibin devamına karar verilmesini istemektedir ve alacaklı veya borçlunun, talebe bağlı olarak icra tazminatına mâhkum edilmesi söz konusudur.”

c) Çağa’ya göre³⁹:

“İtirazın iptali davası mahiyeti itibarı ile bir eda davası olmadığı gibi dava sonunda itirazın iptaline dair sadır olacak ilâm bir tahsil ilâmı değildir. Zira itirazın iptali davası ile alacaklı mahkemeden borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle borçluyu bir edaya mahkûm etmemektedir.” (dipnotlar metinden çıkarılmıştır.)

Mehaz İsviçre hukukunda itirazın iptali davasının niteliğine ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Zira İİK’nda itirazın iptali konusunda yapılan değişiklikler İsviçre İİK’nda yapılmadığı için, itirazın iptali, alacak davası olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Yargıtay’ın itirazın iptali davasına ilişkin görüşleri de, öğretide görülen görüş farklılıklarına paralel olarak farklılıklar arzetmektedir⁴¹. 4. HD bir kararında itirazın iptali davasını bir eda davası olarak nitelemiştir⁴²:

“İtirazın iptali davası, müddeabihi icra takibine konu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan normal bir alacak (eda) davasıdır....”

Buna karşılık Ticaret Dairesi itirazın iptalinin bir eda davası olmadığını belirtmiştir⁴³:

“Davacı itirazın iptali ile icranın devamına karar verilmesini istediğine göre bu talebin tespit davası olarak görülmesi ve alacağın tespiti ile iktifa edilerek tahsile müncer olacak şekilde karar verilmemesi gerekir.”

İtirazın iptali davasının hakemde görülüp görülemeyeceğinde bu davanın niteliği önem kazanacaktır. Yargıtay, itirazın iptali davası ve

³⁹ Çağa, Ödeme Emri, s. 25. Buna karşılık Postacıoğlu, itirazın iptali davasının asıl işlevinin ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırmak olduğu için bu işlevin bir tespit veya eda davası ile görülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Postacıoğlu, İnkâr Tazminatı, s. 951-970; Postacıoğlu, Ödeme Emri, s. 369-370.

⁴⁰ Yılmaz, İtirazın İptali, s. 605; Özkan, s. 16-18.

⁴¹ Yargıtay’ın farklı görüşleri ve bunların değerlendirilmesi için bkz. Yılmaz, İtirazın İptali, s. 605-607.

⁴² 4. HD, 21.1.1991, 14346/171 (YKD, 1991/4, s. 543-544).

⁴³ TD, 14.3.1972, 1174/1203 (İBD, Ekim 1972, s.1002-1003).

tahkimi birlikte değerlendirdiği kararları da vardır. 19. HD, 2000 yılında, itirazın iptali davasının hakemde açılmayacağını kararlaştırmıştır⁴⁴:

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

Yine aynı Daire, 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda ise itirazın iptali davasının hakemde görülebileceğine hükmetmiştir⁴⁵. Bu görüşle uyumlu olarak 15. HD, hakemlerin itirazın iptali ile birlikte icra ve inkâr tazminatına ilişkin de karar verebileceklerine hükmetmiştir⁴⁶.

2. İtirazın İptali Davasının Görüleceği Mercî

İtirazın iptali davasının hukuki nitelendirilmesine göre, bu davanın, tahkim itirazı üzerine, hakemde görülüp görülmeyeceği sorusunun cevabı farklı olabilmektedir. Zira bu davayı icra hukukuna ilişkin bir dava olarak kabul edersek, o takdirde itirazın iptalinin hakemde görülmesi zorluklar arz edebilir. Bu zorlukların sebebi icra hukukuna ilişkin bir hususta hakemin yetkisi olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak herhalde itirazın iptali davası icra hukukuna ilişkin bir dava kabul edilse bile uyuşmazlığı nihai olarak çözdüğü ve itirazın iptali davasının hakemce görülmesi konusunda açık bir yasak olmadığı için bu davanın da hakem tarafından görülebileceği kabul edilebilir. Zira hakem bu durumda davacının alacaklı olduğunu tespit ettikten sonra, hakimin de olağan olarak yapacağı gibi takibin devamı ve inkâr tazminatına hükmedebilmelidir. Hakemin böyle bir hüküm vermesinde ihlal edilen bir menfaat de yoktur.

MTK'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında hakemlerin cebri icra organlarını bağlayan ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri kabul edildiği için, aynı organları bağlayıcı nihaî kararlar da veremeyecekleri (itirazın iptali şeklinde) de düşünülebilir. Ancak böyle bir çıkarım ka-

⁴⁴ 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A, *İİK Şerhi*, Ankara 2007, C. I, s. 1109-1110).

⁴⁵ 19. HD, 20.1.2006, 3125/209 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

⁴⁶ Bkz. yukarıda dipnot 1.

naatimce doğru değildir. Zira, hakemler, tahkim yargılaması sonucu nihaî bir karar verir ve bu karar tüm icra organlarını (mahkeme ve icra daireleri gibi) bağlar. İtirazın iptali davası da genel hükümlere göre görülen ve uyuşmazlığı nihaî olarak çözen bir dava olduğuna göre, bu davanın hakemde görülebilmesi kural olarak çok doğaldır. Bu dava sonucu hakem takip alacaklısını haklı bulursa elbette takibe devam edilecektir. Uyuşmazlığı nihaî olarak çözen hakemin, o uyuşmazlığın nihaî çözümü ile ilgili ikincil hususlar konusunda da karar verebilmesini beklemek gerekir.

İtirazın iptali davasının niteliği, tespit davası olarak kabul edildiğinde de yukarıda belirtilen sebeplerle bu davanın hakemde görülmesi gereği savunulabilir.

İtirazın iptali davasının niteliği eda davası kabul edilir ise, bu davanın her halde hakemde görülmesi gerekir. Bu durum HUMK'nun 519. maddesi, HMK'nun 413. maddesi ile MTK'nun 5. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.

İtirazın iptali için icra mahkemesine başvurulduğunda ise süresinde yapılmış tahkim itirazı üzerine, icra mahkemesinin davayı usulden reddetmesi gerekir. Bu halde takip alacaklısının hakemde dava açması gerekir. Şayet tahkim itirazı yapılmamış ise tahkimden feragat edilmiş olur.

3. Hakemin İcra İnkâr Tazminatına Hükmetmesi

İcra inkâr tazminatı icra hukukuna özgü bir tazminat olup inkâr, kötünîyet, haksız çıkma, haksız takip veya genel olarak icra tazminatı olarak da bilinmektedir⁴⁷. Bu tazminat, İcra Hukukunda belirlenen şartları oluştuğunda borçlu, alacaklı veya istihkak davacısı tarafından ödenmesi gereken bir meblağdır⁴⁸.

İcra inkâr tazminatı, hukukumuzda özgü bir kurum⁴⁹ olup ilk olarak 15 Mart 1928 tarih ve 1215 sayılı İcra Kanununa Bazı Mevat İlavesi Hakkında Kanun⁵⁰ ile kabul edilmiştir.

⁴⁷ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 680-681.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* s. 685.

⁵⁰ RG 21.3.1928, s. 845.

İcra inkâr tazminatı önceleri Borçlar Hukuku anlamında bir tazminat⁵¹ veya munzam zarar⁵² olarak kabul edilmiş olsa da bugün için baskın görüş⁵³ bu tazminatın, “şartları ve hükümleri İcra İflâs Kanununda düzenlenen bir icra hukuku” kurumu olduğu yönündedir. Tazminatın ahlaki olarak “terbiyevi bir tesiri” olduğu belirtildikten sonra amacı ise “[i]nsanın borcunu inkar etmemesi lazım gelir...” şeklinde açıklanmıştır⁵⁴. Yani icra inkâr tazminatı bir tür icra hukuku yaptırımıdır. Tazminatın amacı ise esas olarak borçlunun borcunu inkârdan kaçınması; alacaklının bir an önce alacağına kavuşması ve cebri icra organlarının meşgul edilmemesi olarak belirtilebilir.

İtirazın iptali davası kabul edildiğinde yani borçlunun itirazı iptal edildiğinde, alacaklının talep etmesi halinde diğer şartlarda mevcutsa⁵⁵ borçlu hükmolunan alacağın %40’ından aşağı olmamak üzere inkâr tazminatına mahkûm edilir (İİK m. 67(2)). Acaba, inkâr tazminatına hakem karar verebilir mi? Yukarıda açıklandığı gibi inkâr tazminatı borçluyu doğru söylemeye zorlayan bir tür icra hukuku yaptırımıdır. Ancak bu niteliği, inkâr tazminatına yalnızca icra mahkemesi tarafından karar verilmesini gerektirmez. Aynı yaptırım, uyuşmazlığın esası tahkime gittiğinde hakem tarafından uygulanabilir. İşin esası hakkında karar verip uyuşmazlığı çözen hakem asıl talebe göre ikincil bir talep olan inkâr tazminatı konusunda karar verebilmelidir. Bu tazminat nihayetinde asıl alacakla birlikte alacaklıya ödenecektir. Usûl ekonomisi de, inkâr tazminatı konusunda hakemin karar verebilmesi fikrini destekler. Aksi halde iptal hakkında hakem karar verdikten sonra o aşamada inkâr tazminatı hakkını saklı tutan taraf yetkili mahkemeye

⁵¹ Belgesay, Şerh, s. 137.

⁵² Olgaç, s. 501.

⁵³ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 684; Kuru, B., “İcra İnkâr Tazminatı” in: *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 762 (“İcra Tazminatı”); Alangoya, s. 45; Barlas, N., *Para Borçlarının İflasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1982, s. 223; Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, İstanbul 1995 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 14.

⁵⁴ Zamanın Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt’un TBMM’deki görüşmelerde yaptığı konuşma. TBMM, 15.3.1928, C. 1, s. 52-53 (www.tbmm.gov.tr>).

⁵⁵ Bu şartlar: (a) geçerli bir genel haciz yoluyla takip yapılması; (b) borçlunun süresi içinde ödeme emrine itiraz etmesi; (c) alacaklının süresi içinde itirazın iptali davası açmış olması; (d) alacaklının inkâr tazminatına hükmedilmesine ilişkin talebinin olması; (e) borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesidir. Bu şartlar konusunda bkz. örneğin Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 166-169; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 180-185.

başvurup inkâr tazminatı istemek zorunda kalacaktır. Bu da ilave bir yargılamayı gerekli kılacak; bunun için de ilave zaman harcanıp masraf yapılacaktır.

II. İtirazın Kaldırılması

İİK’nda itirazı hükümden düşürme yollarından bir diğeri, itirazın kaldırılmasıdır ve itirazın kaldırılması kesin kaldırma ve geçici kaldırma şeklinde iki şekilde düzenlenmiştir.

İtirazın kesin kaldırılması, İİK’nun 68. maddesinde düzenlenmiştir:

“Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarı içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması talep edilmediği takdirde yeniden ilâmsız takip yapılamaz.

...”

İtirazın geçici olarak kaldırılması İİK’nun 68/a maddesinde düzenlenmiştir:

“Takibin dayandığı senet hususî olup, imza itiraz sırasında borçlu tarafından rededilmişse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir. Bu hâlde icra hâkimi iki taraftan izahat alır.

...”

İtirazın kaldırılmasının niteliği, bu yola hakem önünde başvurulup başvurulamayacağının belirlenmesinde etkin olacaktır.

1. İtirazın Kaldırılmasının Niteliği

İtirazın kesin ve geçici kaldırılması icra mahkemesinden istenilmekle birlikte dava olarak kabul edilmez. İtirazın kaldırılmasının hukuki niteliğine ilişkin bizim de katıldığımız baskın görüş Pekcanıtez tarafından şu şekilde ifade edilmiştir⁵⁶:

⁵⁶ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 188. Ayrıca, bkz. örneğin Berkin, s. 426; Postacıoğlu, s. 190; Kuru, İcra, s. 320-321; Üstündağ, İcra, s. 111; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 172. İtirazın kaldırılmasının hukuki niteliğine ilişkin

“İtirazın kaldırılması, bir dava değildir. Her ne kadar çekişmeli bir hususun çözümlenmesini sağlasa da, bu çözüm, davada olduğu gibi genel hükümlere göre yapılan bir yargılama sonucu ortaya çıkmamakta ve sonuçları bakımından da dava sonundaki etkiyi doğurmamaktadır, kesin hüküm oluşturmamaktadır. İtirazın kaldırılması sayesinde genel haciz yolu ile takip yapan alacaklının alacağı takip hukuku bakımından tespit edilmiş olur. Bu yönü ile tespit davasına benzese bile sonuçları sadece takip hukuku bakımından doğmaktadır. Bu sebeple, itirazın kaldırılması prosedürü bazı yönlerden davaya benzemekle birlikte, takip hukukuna özgü bir yoldur.

İtirazın kaldırılması yolu, davaya göre daha basit ve kısa bir yoldur. Bu avantajlarına rağmen, icra mahkemesinde sınırlı bir inceleme söz konusudur, alacaklı ve borçlu ispat faaliyetini kural olarak sadece belli belgelerle yerine getirebilirler. Bu belgeler dışında tanık ve yemin deliline başvurulamaz. Bu sınırlı belgelere dayanarak yapılan inceleme sonucu verilen kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez.”

2. İtirazın Kaldırılmasının Görüleceği Mercii

İtirazın kaldırılması gerçek bir dava olmadığına ve yargılama sonunda uyuşmazlığı nihai olarak çözen bir karar ile sonuçlanmadığına göre, itirazın kaldırılması hakemde görülemez.

İtirazın kaldırılması, hakemde görülememekle birlikte tahkim anlaşmasına rağmen icra mahkemesinde görülebilir mi?

12. HD bir kararında bu soruya şu şekilde cevap vermiştir⁵⁷:

başkaca görüşler de mevcuttur. Bu konuda bkz., Kiraz, T. Ö., *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Ankara 2007, s. 34-39. Bu görüşler içinde en dikkat çekenlerden birisi şöyledir: İtirazın kaldırılması “... takip alacaklısının elinde borçlunun itirazına rağmen ilâmsız takibi sürdürmeye yetecek türden belgeler olup olmadığını yahut onun elinde bu tür belge olsun olmasın takip borçlusunun elinde o takibi engellemeye yetecek belgeler bulunup bulunmadığını İTM [İcra Tetkik Mercii] hükmüyle belirlemeye yönelmiş bir tespit dâvasıdır. İşlevi bundan ibarettir ve takip konusu alacağın gerçekten doğmuş ve hâlen de var olup olmadığını tespiti yönelmiş değildir.” Umar, B., “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler” in: 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, İstanbul 2004, S. 685-705, s. 703 (“Gözlemler”). Yine bir başka görüşe göre: “... icra mahkemesinde itirazın kaldırılması prosedürü; ödeme emrine itiraz ile durmuş olan ilâmsız icra takibinin, itirazın bertaraf edilmesi suretiyle devamını amaçlayan ve alacağın takip hukuku bakımından mevcudiyetinin tespitine yönelmiş olan bir takip hukuku dâvasıdır.” Kiraz, s. 39.

“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 kaldırılması sırasında dahi tahkim iddiası ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması bir dava değildir. Kaldı ki, olayda takip dayanağı bononun tahkim sözleşmesi ile bağlantısı saptanamamıştır. Bu hususlar göz önünde tutulmadan merci hakimliğinin tahkim itirazında tahkim itirazının kabulüne karar vermesi isabetsizdir....”

Ancak, kanımızca, yukarıda da açıklandığı gibi, genel haciz yoluyla takip yapılabilmesi hakkı yanında, sözleşme özgürlüğü gereği yapılan tahkim anlaşmasına da icra hukukunda bir değer vermek gereklidir. Bu değer gereği itirazın icra mahkemesinde kaldırılmasına olanak tanımamak lazımdır. Zira tahkim anlaşması yapmakla takip alacaklısı ve borçlusu uyuşmazlıklarını nihai olarak tahkimde çözmek konusunda anlaşmışlardır. Tahkim anlaşması yapmak ile tarafların icra hukukuna özgü bir yol olup dava olmayan itirazın kaldırılması imkânından da feragat ettiklerini kabul etmek gerekir. Zira itirazın kaldırılması, uyuşmazlığı nihai olarak çözmekte sadece takibe devam imkanı sağlayabilmekte ve bu anlamda da uyuşmazlığın çözümünde tali bir yol olmaktadır. Uyuşmazlığın nihai çözüm yolu konusunda taraflar anlaşmış ise o uyuşmazlığın geçici olarak çözümüne ilişkin bir yola cevaz vermemek gerekir. Aksini kabul etmek, tahkim anlaşmasının, yani taraf iradesinin, itirazın kaldırılması yoluna başvurularak hükümsüz kılınması anlamına gelir.

O halde, itirazın kaldırılması yoluna başvuruldu ise, yapılmış olan tahkim itirazını esas alan icra mahkemesi esasa girmeden önce inceleme yapar ve bu itirazı kabul ile itirazın kaldırılması talebini usulden reddeder⁵⁸.

Sonuç

Tahkim anlaşmasına rağmen, bu anlaşmanın kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkin olarak genel haciz yoluyla takibe başvurulması halinde, tahkim itirazı yoluyla bu uyuşmazlığın nihai olarak ve hakemde görülmesini sağlayacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁹.

⁵⁸ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 193.

⁵⁹ Şunu ifade edelim ki, benzer bir ihtiyaç tahkim anlaşmasına rağmen genel iflas

Böyle bir düzenleme irade serbestisine anlam kazandıracak ve tahkim kurumunun niteliğine ve amacına uygun şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

Böyle bir düzenlemenin yokluğunda tahkim anlaşmasına rağmen genel haciz yoluyla takibin yapılabileceği, ancak bu durumda, alacaklının itirazın icra mahkemesinde kaldırılması talebinde bulunması veya genel mahkemelerde iptal davası açması halinde, borçlunun tahkim itirazı üzerine, itirazın kaldırılması veya iptal davasının usulî bir hükümle reddedilmesi ve itirazın iptalinin hakemde görülmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁰.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara 2007.
- Alangoya, Y., “Tartışmalar” in: *İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul 1977.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Barlas, N., *Para Borçlarının İflasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1982.
- Berkin, N., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- Belgesay, M. R., “Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflas Kanunu Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, 1939, s. 33 vd.

yoluna gidilmesine ilişkin de mevcuttur. Ancak anılan konu bu incelememiz kapsamı dışındadır.

⁶⁰ Açık bir düzenlemenin yokluğunda, genel iflas yoluyla takipte, tahkim itirazı üzerine yetkili asliye ticaret mahkemesinin uyuşmazlığın hakemde çözümü için davayı usulden reddetmesi gereklidir. Zira mahkeme iflas kararı vermeden önce alacağın varlığı konusunu çözmeli ondan sonra iflas davasının karakteristik özellikleri olan depo ve gerekirse iflas kararları vermelidir. İşte bu kararlar silsilesi içerisinde verilmesi gereken ilk karar alacağın var olup olmadığıdır. Bu karar da tahkim anlaşması gereği hakemde verilmelidir. Başka bir deyişle, genel iflas yoluyla takipte alacağın var olup olmadığı hususu tahkim anlaşması var ise ancak tahkimde çözümlenebilir. Tahkimde alacağın varlığı ortaya konduktan sonra iflas yoluna başvurulabilir.

- Belgesay, M. R., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Bası, İstanbul 1955 ("Şerh").
- Budak, A. C., *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Çağa, T., "Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair", *Batider*, C. VIII, S. 3, 1976, s. 21-31 ("Ödeme Emri").
- Çağa, T., "Yine 'Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair'", *Batider*, C. X, S., 2, s. 369-372 ("Yine Ödeme Emri").
- Dayınlarlı, K., *HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, 2. baskı, Ankara 2004.
- Deynekli, A./Kısa, S., *İtirazın İptali Davaları- İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Gürdoğan, B., *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970.
- Huysal, B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010.
- Karşı, A., *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2010.
- Kiraz, T. Ö., *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Ankara 2007.
- Kuru, B., "İcra İnkâr Tazminatı" in: *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 725 ("İcra Tazminatı").
- Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, İstanbul 1988 ("İcra").
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, İstanbul 2001 ("Usul").
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 24. Bası, Ankara 2010.
- Leeman, H., "Türkiye'de İcra ve İflas Dairelerinin Yeniden Tanzim Ve Tenkisine Dair Adliye Vekâletine Takdim Edilen Rapor", *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 12, S. 11, İkinci Teşrin, 1938, s. 645 vd.
- Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008.
- Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin-Gelgel, G., *Milletlerarası Tahkim Kanunu*, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008.
- Okçuoğlu, Y., "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *Bursa Barosu Dergisi*, S. 11, 1980, s. 10-14.

- Olgaç, S., *İcra-İflâs*, C. I, Ankara 1978.
- Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A, *İİK Şerhi*, Ankara 2007.
- Özkan, Y., *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara 2004.
- Pekcanıtez H./Atalay O./Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2010.
- Pekcanıtez H./Atalay O./Sungurtekin-Özkan, M. /Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2010.
- Pointet, J. P., "The Geneva Convention On International Commercial Arbitration" in: *International Commercial Arbitration – A World Handbook*, La Haye 1965, s. 262.
- Postacıoğlu, İ., "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar", *Batider*, C. IX, S. 4, s. 951-970 ("İnkâr Tazminatı").
- Postacıoğlu, İ., "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar", *Batider*, C. X, S. 4, s. 965-980 ("Ödeme Emri").
- Umar, B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 148 vd. ("Tarihi Gelişim").
- Umar, B., "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler" in: *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, İstanbul 2004, S. 685-705 ("Gözlemler").
- Uyar, T., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000 ("Yargılama").
- Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004 ("İcra").
- Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, İstanbul 1995 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005.
- Yeşilova, B. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir 2008.
- Van Den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention*, Deventer 1981.

- Yavuz, N., *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası*, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Yeşilirmak, A., *Türkiye’de Ticari Hayatın Korunması ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar Ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak, A./Süral, C., “Timing of Examination by Courts in respect of Arbitral Jurisdiction under Turkish Law” in: *Festschrift in Honour of Bernd von Hoffmann* (Ocak 2012’de yayımlanacaktır).
- Yeşilova, B., “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yargı Yetki-siyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I)” in: *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan*, C. I; *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C. 11, s. 799-810.
- Yılmaz, E., “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği” in: *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, Ankara 2009, s. 597 vd. (“İtirazın İptali”).
- Yılmaz, E., “Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler-Bir Yorum” in: *Avrupa-Cenevre/New York Sözleşmeleri Ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 1991, s. 13-24 (“Cenevre Sözleşmesi”).
- Yılmaz, E., “İcra Tazminatı” in: *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 2, Ankara 2009, s. 675 (“İcra Tazminatı”).