

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ İCRA YOLU İLE
TAKİPTE
MENFİ TESPİT DAVALARI

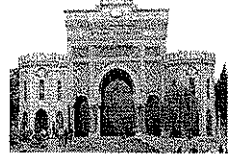
GÜL SEMA YEŞİLDAL
2501070518

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Abdürrahim KARSLI

İSTANBUL , 2010



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501070518** numaralı **GÜL SEMA YEŞİLDAL**'ın hazırladığı "**KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ İCRA YOLU İLE TAKİPTE MENFİ TESBİT DAVALARI**" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA-TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **13.12.2010 PAZARTESİ** günü saat 'da yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin**Kabul**.....'ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.SEYİTHAN DELİDUMAN	Kabul	
PROF.DR.TUFAN ÖĞÜZ	Kabul	
PROF.DR.TİMUÇİN MUŞUL	Kabul	
PROF.DR.ABDURRAHİM KARSLI	Kabul	
YRD.DOÇ.DR.SEMA ÖZMUMCU	KABUL	

ÖZ

KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ İCRA YOLUYLA TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASI

Menfi tespit davası, davalı tarafından varlığı ileri sürülen bir hukuki ilişkinin veya ondan doğduğu ileri sürülen bir hak veya yetkinin mevcut olmadığını veya herhangi bir sebeple talep edilemeyecek olduğunun, bir belgenin sahteliğinin yahut herhangi bir sebeple hükümsüzlüğünün tespiti için hukuki yarar bulunması koşuluna bağlı olarak açılan ve davalıya bir şey yapma, yapmama veya verme şeklinde yükümlülük yüklemeyen, konusunu oluşturan hususun bir kararla tespitini hedef tutan bir dava türüdür. Bu nedenle biz bu çalışmamızın ilk bölümünde dava ve dava çeşitlerini ele alıp inceledik.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; Türk Hukukumuzda ve Mevaz İsviçre kanununda menfi tespit davalarını ve tarihçesini ele alarak inceledik. İcra İflas Kanunumuzda 1965 senesinde kabul edilen 538 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce menfi tespit davasını düzenleyen bir herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. 538 sayılı kanunla, 2004 sayılı İ.İ.K'nun 72. Maddesinde değişiklik yapılmış ve menfi tespit davası düzenlenmiştir. 1988 tarihli 3494 sayılı yasa değişikliğiyle de şuanki son halini almıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde asıl konumuzu teşkil eden kambiyo senetlerine özgü takip yolunda menfi tespit davasını ayrıntılı bir biçimde inceledik. Menfi tespit davası kambiyo senetlerine özgü takipte, genel haciz yolu ile takibe nazaran birtakım farklılıklar içermektedir. Özellikle bu farklılıklar üzerine durarak kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte menfi tespit davasını tezimizde inceledik.

ABSTRACT
NEGATIVE DECLARATORY ACTION IN THE LITIGATION BY
THE MEANS OF ENFORCEMENT PECULIAR TO THE BILLS
OF EXCHANGE

Negative declaratory action is a type of case which is opened by depending on the condition of finding a legal interest in order to establish the falsehood or invalidity of a document for any reason and also in order to declare that any legal relationship of which existence is submitted by the defender or any right or authorization which is claimed to be derived from this relationship does not exist or cannot be demanded for any reason. This type of case mentioned here does not charge the defender with the responsibility of doing or not doing anything or else giving anything, targets to confirm the issue constituting its subject with a decision. For that reason, at this first part of the study, case and types of the case are discussed.

At the second part of this study, the negative declaratory actions and their history in Turkish Law and Swiss Law referred are considered and examined. In our Bankruptcy and Enforcement Law, before the law no.538 accepted in 1965 was entered in force, there had been no rule regulating the negative declaratory action. By the law no.538, 72nd article of Bankruptcy and Enforcement Law no.2004 has been changed and the negative declaratory action has been regulated. By the law amendment no.3494 and dated 1988, it has taken its final form.

At the third and final part of our study, the negative declaratory action in the litigation peculiar to the bills of exchange, which is our main issue, is examined in detail. Compared to the litigation by the means of general compulsory execution, the negative declaratory action contains some differences in the litigation peculiar to the bills of exchange. By stressing especially those differences, the negative declaratory action in the litigation by the means of enforcement peculiar to the bills of exchange is studied in this thesis.

ÖNSÖZ

Menfi tespit davalarına ilişkin çeşitli çalışmalar olmasına rağmen münferit olarak kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte menfi tespit davasına ilişkin ayrıntılı bir çalışma mevcut olmadığından bu konunun incelenmesinin, özel hukuk alanında faydalı bir çalışma olacağı düşüncesiyle tezimizin konusunu bu yönde belirledik.

Tez çalışmamın hazırlanmasında engin bilgi ve tecrübesini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Abdürrahim KARSLI'ya,

Çalışmamın hazırlanması aşamasındaki yardımlarından dolayı Sayın Mehmet Emin ÇEVİK'e ve tüm eğitim hayatım boyunca motivasyon kaynağım olan aileme teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVA VE DAVA ÇEŞİTLERİ

I. GENEL OLARAK.....	3
II. DAVA ÇEŞİTLERİ.....	3
A. Eda davaları.....	3
B. Tespit Davaları.....	4
C. Yenilik Doğuran (İnşai) Davalar.....	7

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE MEHAZ İSVİÇRE KANUNUNDA MENFİ TESPİT DAVALARI VE TARİHÇESİ

I. İSVİÇRE KANUNU.....	9
II. TÜRK HUKUKU.....	9
A. 538 Sayılı Yasadan Önceki Dönem.....	10
B. 538 Sayılı Yasayla Getirilen Dönem.....	11
III. TAKİP YOLU TÜRLERİNE GÖRE MENFİ TESPİT DAVASI.....	12
A. İlamsız İcra Yoluyla Takip.....	12
B. İlamlı İcra Yoluyla Takip.....	12

C. Rehinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip.....	14
D. İflas Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davası.....	15

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ İCRA YOLU İLE TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASI

I. GENEL BİLGİ.....	19
II. TANIMI.....	20
III. NİTELİĞİ.....	21
IV. İCRA HUKUKUNDAKİ DİĞER KURUMLARLA İLİŞKİSİ.....	23
A. İtirazın Kaldırılması İle İlişkisi.....	23
B. İtirazın İptali İle İlişkisi	24
C. Borçtan Kurtulma Davası İle İlişkisi.....	25
D. İcra Takibinin İptali Ve Taliki.....	27
V. KONUSU.....	28
A. Genel Olarak.....	28
1. Senet Metninden Doğan Defiler.....	30
2. Senedin Hükümsüzlüğüne İlişkin Defiler.....	30
3. Kişisel Defiler.....	31
B. Hükümsüzlük.....	31
1. Askıda Hükümsüzlük Halleri.....	32
a. Ehliyetsizlik.....	32
b. Temsil Yetkisinin Olmaması.....	33
2. Butlan.....	35
3. İptal Edilebilir Haller.....	37

C. Sahtelik Ve Tahrifat Defi.....	39
D. Zamanaşımı.....	46
E. Bedelsizlik.....	50
1. Senet Borcunun Ödenmiş Olması.....	52
2. Hatır Senetleri.....	52
3. Teminat Senetleri.....	55
VI. TARAFLAR.....	58
VII. GÖREV VE YETKİ.....	60
A. Görevli Mahkeme.....	60
B. Yetkili Mahkeme.....	61
VIII. HUKUKİ YARAR.....	64
IX. DAVANIN AÇILMASI.....	68
A. İcra Takibinin Başlatılma Anı İle Menfi Tespit Davasının Açılma Anının Tespiti Ve Önemi.....	69
1. Takibin Başlatılma Anı.....	69
2. İhtiyati Haciz Kararı Ve Menfi Tespit Davası	70
3. İcra Takibi Başlatılması İle Menfi Tespit Davasının Açılması Tarihinin Aynı Gün Olması.....	72
B. İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasının İcra Takibine Etkisi.....	73
C. İcra Takibinden Sonra Açılan Menfi Tespit Davasının İcra Takibine Etkisi.....	80
X. DELİLLER VE İSPAT YÜKÜ.....	84
A. İspat Yükü.....	84
1. İspat yükünün davalı alacaklıda olduğu haller.....	85
2. İspat yükünün davacı borçluda olduğu haller.....	86
B. Deliller.....	89

XI. HÜKÜM.....	93
A. Davanın Kabulü.....	93
1. İcra Takibinin Durması.....	94
2. İcranın Eski Hale İadesi.....	95
3. Alacaklının tazminata mahkûm edilmesi.....	96
a. Borçluya karşı icra takibinde bulunulmuş olması.....	97
b. İcra takibinin haksız ve kötü niyetle yapılmış olması.....	98
c. Borçlunun tazminatı talep etmesi.....	99
d. Tazminatın Miktarı.....	100
4. Tazminatın Borçluya Ödenmesi.....	101
5. Tazminat için ayrı bir dava açılması.....	102
6. İcra inkar tazminatının kalkması.....	104
7. Manevi tazminat.....	104
B. Davanın Reddi.....	105
1. İhtiyati tedbir kararının kalkması ve icra takibine devam edilmesi.....	105
2. İcra Mahkemesinin Hükmetmiş Olduğu Para Cezası ya da Tazminatın Tahsil Edilebilir Hale Gelmesi.....	108
3. Borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesi.....	109
a. Davanın esas bakımından alacaklı lehine sonuçlanmış olması gerekir.....	109
b. İcra takibinin durdurulması ya da icra vizesinin alacaklıya ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiş olmalıdır.....	110
c. Mahkeme, alacaklının talebi olmaksızın da tazminata hükmedebilir.....	113
d. Tazminatın miktarı.....	114

4. Alacaklının, zararlarını borçlunun gösterdiği teminattan alması.....	115
5. Tazminata ilişkin ayrı bir dava açılması.....	116
SONUÇ.....	119
KAYNAKÇA.....	120

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
a.g.e	: Adı geçen eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Özel hukukumuzda davacının mahkemeden istediği hukuki korumaya göre üç çeşit dava vardır. Bunlar eda davası, tespit davası ve yenilik doğuran davalardır.

Tezimizin konusunu oluşturan menfi tespit davası, niteliği itibariyle bir tespit davasıdır. Menfi tespit davası, 538 sayılı kanun değişikliğiyle (1965 senesinde) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuzun 72. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlu, borçlu olmadığı tespit için menfi tespit davası açacaktır. Bu davanın açılması, bir süreye bağlanmamıştır. Ancak herhalde paranın takip alacaklıya ödenmesinde önce açılmalıdır. Çünkü paranın alacaklı tarafa ödenmesinden itibaren borçlunun, borçlu olmadığı tespitinde hukuki yarar kalmayacaktır. Açılan menfi tespit davası esnasında takip yahut icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesi, ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmadığından icra veznesindeki para alacaklıya ödenmişse davaya, yine İİK'nun 72. maddesinde düzenlenmiş olan, istirdat davası olarak devam edilecektir.

Menfi tespit davası, icra takibinden önce açılabilir gibi, takipten sonra da açılabilir. Davanın açılma anı ile takibin başlama anının önceliğine göre dava, icra takibine etki edecektir.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasında mahkeme, borçlunun talebi üzerine, teminat gösterilmesi şartıyla, icra takibinin durdurulmasına ihtiyaten karar verebilir. Borçlu, ihtiyati tedbir kararının verilmesi için mahkemenin belirlediği teminatı yatırmalıdır. Bu teminat, kanunda asgari miktarı belirlenmiş olan, davanın reddi halinde alacaklının zararını karşılayacak teminattır.

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ise borçlu, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla dahi icra takibinin durdurulmasını isteyemeyecektir. Bu halde borçlu, ancak icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini mahkemeden talep edebilir. İhtiyati tedbir kararının verilmesi hakinin takdirindedir. Davacı, talebi yönünde karar verilmesini ve ödemenin yapılmamasını sağlamak için, mahkemece belirlenmiş olan teminatı göstermelidir.

Borçlunun göstereceği teminat, dava konusu alacağın yüzde on beşinden az olmayacak bir miktarda mahkemenin belirlediği teminat olacaktır.

Dava neticesinde davanın kabulü veya reddine göre alacaklı/borçlu aleyhine tazminata hükmedilecektir.

Çalışmamızda kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takibe uğrayan veya uğrama tehdidi ile karşılaşan borçlunun, borçlu olmadığının kesin hükümle tespit edilmesi için açtığı menfi tespit davası incelenmektedir. Menfi tespit davasına ilişkin İİK'nun 72. Maddesi genel haciz yoluyla takip bölümü altında düzenlenmiştir. İİK'nun 170b maddesinde 72. Maddeye atıf yapılarak kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte de menfi tespit davası açılabileceği düzenlenmiştir. Bu takip yolunda itiraz, takibi durdurmadığından menfi tespit davasının açılabilmesi büyük önem arz etmektedir.

Çalışmamızda, kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte menfi tespit davası, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında kapsamlı bir şekilde ele alınarak incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVA VE DAVA ÇEŞİTLERİ

I. GENEL OLARAK

Hak sahibi, hakkını elde etmek veya korumak amacıyla Devletin yargı organlarına başvurabilir. Hak sahibinin sahip olduğu bu yetkiye dava hakkı adı verilir. Dava hakkı bireylere 1982 Anayasasının Hak Arama Hürriyeti Başlıklı 36. maddesinde tanınan bir hak olup bu madde şu şekildedir; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”

Bireyin dava hakkını kullanmak amacıyla yargı organlarına yaptığı başvuruya dava denir. Bu bağlamda dava bir usul hukuku işlemi olup¹, bu usul hukukuna ilişkin kurallar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmektedir. Buna göre dava, davanın açılması, yargılama aşaması ve davanın sonlandırılması olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

Menfi tespit davası, hukuki niteliği itibariyle tespit davası olduğu için önce dava çeşitlerinden bahsetmek gerekecektir.

Özel hukukumuzda davacının mahkemeden istediği hukuki korumaya göre üç çeşit dava vardır. Bunlar eda davası, tespit davası ve yenilik doğuran davalardır.

II. DAVA ÇEŞİTLERİ

A. Eda davaları

Eda davası, davacının davalının bir şeyi yapmasını, yapmamasını veya vermesini mahkemeden talep ettiği dava türüdür.

¹ Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami, Medeni hukuk; Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul,2003, sf.200

Eda davasına bakan mahkeme, öncelikle dava konusu hakkın mevcudiyeti hakkında bir tespit kararı verecek ve daha sonra davalıyı o hakka ilişkin bir edimi yerine getirmeye veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm edecektir². Eda davası sonucu davacının iddiası ve talepleri yönünde verilen müspet hüküm, davanın dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olduğu ve davalının bir şeyi verme, yapma ya da yapmama yükümlülüğü olduğu hususlarını içerir³.

Yargılama sonucunda davanın esastan reddine karar verilirse, bu hüküm davacının ileri sürdüğü hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığına işaret eder. Eda davasının reddi tespit niteliğinde bir hükümdür ve icra kabiliyeti yoktur.

Eda davasının kabulü kararı, davalının bir şeyi verme, yapma ya da yapmama yükümlülüğünü içerir. Davanın kabulü kararı, icra kabiliyetine sahip bir hüküm olup, davacı bu hükme dayanarak ilamlı icra yoluna başvurabilecektir.

Eda davaları, davacının dayandığı hakka göre isimlendirilir. Bu isimlendirme kanun veya doktrin tarafından yapılmaktadır. Örneğin mülkiyet hakkına dayanarak bir malın iadesinin istenmesi "istihkak davası", davalının bir borcunu yerine getirmesinin istenmesi "ifa davası" olarak adlandırılacaktır⁴.

Eda davasının açılmasında diğer tüm dava türlerinde olduğu gibi hukuki yarar bulunmalıdır. Hukuki yararın bulunması dava şartıdır ve yokluğu halinde dava reddedilecektir. Genel olarak muaccel alacaklarda hukuki yarar var olmakla birlikte müeccel alacaklarda yoktur⁵. Bu son hale ilişkin ancak kanunun cevaz verdiği bazı hallerde ise eda davası açılabilir⁶.

B. Tespit Davaları

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin varlığının, yokluğunun ya da kapsamında tereddütte olunan kısmının tespiti için açılan davalardır.

Tespit davasının konusu hukuki ilişkilerdir. Burada bir kimse ile diğer bir kimse ya da eşya arasında mevcut olan ya da somut bir hadiseden doğan hukuki

² Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2007, s.389

³ Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s.201 vd.

⁴ Öztan, Bilge, Medeni Hukuku'nun Temel Kavramları, Ankara, 2007, s.204

⁵ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1964, s.198

⁶ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1964, s.198

ilişki kastedilmektedir⁷. Tespit davasının konusunu teşkil eden hukuki ilişki somutlaştırılmış olmalıdır⁸. Bu nedenle davacının, davalıya hiçbir borcu olmadığını tespiti için veya bir şeyin durumunun tespitine ilişkin tespit davası açılmayacaktır. Aynı şekilde ileride açılacak bir davada delil olması için bir eşyanın durumunun tespiti için tespit davası açılmayacaktır. Bu durumda ancak delillerin tespitinin talep edilebilmesi mümkün olabilir⁹.

Tespit davalarının herhangi bir şartla sınırlamaksızın açılabileceğini kabul etmek mahkemelerin iş yükünü gereksiz olarak artırma tehlikesini beraberinde getireceğinden, bu tehlikeyi bertaraf etmek için tespit davasının kendine özgü bir takım dava şartları olduğu kabul edilmelidir¹⁰.

Bu şartlardan ilki; doktrin tarafından da tartışmasız olarak kabul edilen, tespit davasının konusunun, hukuki ilişkiler olacağı ve maddi vakıaların tek başına tespit davasına konu edilemeyeceğidir¹¹. Diğer bir şart ise hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının hemen tespitinde davacının hukuki yararının olmasıdır¹². Hukuki yarar ile kastedilmek istenen; davacının hakkı veya hukuki durumu yakın ve ciddi bir tehlike tarafından tehdit ediliyordur ve tespit davası ile bu tehlike kaldırılabilir olmalıdır¹³. Bu iki şart, dava şartı olduğu için mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmalıdır¹⁴.

Davacının tespit davası ile istediği hukuki korunma diğer dava çeşitlerinden biri ile sağlanabiliyorsa davacının tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur.

HUMK'da tespit davasının nitelik ve şartları hakkında genel bir düzenleme yoktur. Ancak bazı kanunlarımızda tespit davasını düzenleyen birtakım özel hükümler yer almaktadır. İİK'nun 72. maddesi, HUMK'un 519. maddesi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 46. maddesi tespit davasına ilişkin düzenlemeler içeren maddelerdir.

⁷ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.201

⁸ Görgün, Şanal, İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası, Ankara, 1980, s.34

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.292

¹⁰ Türk, Ahmet, Menfi Tespit Davası, Ankara, 2006, s.38

¹¹ Kuru, Baki, Tespit davaları, Ankara, 1988, s.26

¹² Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.200 vd.; Kuru, Tespit Davaları, s.28vd.

¹³ Öktemer, Semih, Menfi Tespit Davası, s.580; Kuru, Tespit Davaları, s.28 vd.

¹⁴ 7. HD, 19.07.2005, 2288/2425 (Pekcanitez/Atalay/ Özekes, Mdeni usul hukuku, s.291.dn.133); Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.202

Bir hukuki ilişki hakkında şartlar oluşmadığı için eda davasının açılmadığı hallerde davacının hukuki yararı varsa tespit davası açabilecektir. Tespit davası sonucunda belirlenen hakların yerine getirilmemesi sebebiyle daha sonra da eda davası açılabilirdiğinden tespit davalarını eda davalarının öncüsü olarak nitelendirebiliriz¹⁵.

Tespit davasının taraflarının mutlaka hukuki ilişkinin tarafları olmasına lüzum yoktur¹⁶. Davacının bu davayı açmasında ve hukuki ilişkinin var olduğu ya da olmadığıın tespitinde hukuki yararının olması yeterlidir. Mesela, bir alacağı temellük ettiklerini ileri süren iki kişi aralarındaki hukuki anlaşmazlığı çözümllemek amacıyla alacağın kimde olduğunun tespiti için dava açabilirler¹⁷.

Tespit davaları, müspet tespit davaları ve menfi tespit davaları olmak üzere iki çeşittir. Davacının, bir hukuki ilişkinin olduğunun tespitini istediği davalara müspet tespit davaları adı verilir. Davacının, davalının iddia ettiği bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığıın tespiti için açtığı davalara ise menfi tespit davaları adı verilir. Menfi tespit davasında davalının hukuki ilişkinin olmadığı iddiasını açıkça ortaya koymasına gerek olmayıp, davalının bu iddiasına delalet eden zımnî hareketlerde bulunması yeterlidir ve bu durum böyle bir iddiada bulunduğu delil sayılabilecektir¹⁸. Menfi tespit davaları, mutlaka bir menfi vakiyaya dayanmak zorunda olmadığı gibi menfi vakiyaya dayanan her dava da menfi tespit davası değildir. Bu nedenle menfi vakiyaya dayanan dava ile menfi tespit davası farklı kavramlardır¹⁹.

Müspet tespit davası kabul edildiğinde dava konusu edilen hukuki ilişkinin varlığı, esastan reddi halinde ise mevcut olmadığı kesin hükme bağlanmış olacaktır.

Menfi tespit davasında ise davanın kabulü halinde dava konusu edilen hukuki ilişkinin mevcut olmadığı, reddi halinde ise mevcut olduğu kesin hükme bağlanacaktır.

¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.290

¹⁶ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2005, s.223

¹⁷ Kuru, Tespit Davaları, s.24

¹⁸ Kuru, Tespit Davaları, s.21-22

¹⁹ Atalay,Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001,s.88

Tespit davası neticesinde verilen hüküm icrai kabiliyete sahip olmadığından davacının, davaya konu edilen hukuki ilişkinin tespitinde hukuki yararı olmalıdır. Hüküm ile elde edilecek sonuç daha çabuk ve kolay bir başka yoldan elde edilemiyor olmalıdır. Bu nedenle eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hiçbir hukuki yarar yoktur²⁰. Çünkü eda davasının kabulü halinde verilen hükümde tespit kararı ve davalıyı bir şeyi vermeye, yapmaya ya da yapmamaya mahkum etme kararı vardır. Ayrıca kendisine karşı bir eda davası açılmış olan kişi menfi tespit davasında ileri süreceği iddiaları bu davada da savunma olarak ileri sürebileceğinden menfi tespit davası açılmasında hukuki yararı olmadığı kabul edilmelidir²¹. Ancak eda davası açılabilmeyle beraber hakkın tamamı belli değilse ihtilafı olan kısım için de tespit davası açılabilir. Yargıtay ve doktrin aynı hukuki ilişkiye dayanan eda ve tespit davalarının birlikte açılabileceğini kabul etmektedir²².

Tespit davası neticesinde verilen hüküm, kesin hüküm etkisi doğuracağından daha sonra tarafları, konusu ve nedenleri aynı olan bir tespit davası açılmayacaktır. Ancak müspet tespit davası hükmüne dayanarak daha sonra eda davası açılabilecek ve tespit davası hükmü bu davada kesin delil kabul edilecektir²³.

C. Yenilik Doğuran (İnşai) Davalar

Yenilik doğuran (inşai) davalar, davacının mahkemeden mevcut bir hukuki ilişkiyi sona erdirecek, değiştirecek veya yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasına karar verilmesini istediği dava türüdür. Yenilik doğuran davalar, yenilik doğuran bir hakka dayanır.

Kural olarak hak sahibi yenilik doğuran hakkını dava açmaksızın, tek taraflı irade beyanı ile kullanabilecektir ve kullandığı zaman bu hakka bağlanan hukuki sonuç kendiliğinden meydana gelecektir. Ancak karşı taraf hiçbir hukuki sonuç doğmadığını ileri sürüyorsa ya da yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınıyorsa eda ya da tespit davasıyla hukuki koruma sağlanabilecektir.

²⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.215 vd.; Türk, Menfi Tespit, s.40

²¹ Türk, Menfi Tespit, s.41

²² Canbolat, Selahattin/ Canbolat, Bedrettin, Menfi Tespit, s.15; Kuru, Tespit Davaları, s.41; Öktemer, Semih, Menfi Tespit Davası, AD 1972/8-9, s.580;

²³ Türk, Menfi Tespit, s.43

Fakat kanun koyucu, genel olarak kamu düzeni düşüncesiyle, bazı yenilik doğuran hakların tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasını sakıncalı görmüş ve mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesini istemiştir²⁴. Bu davalar, kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılacaktır²⁵. Mesela; boşanma davası, evliliğin butlanı davası, kira bedelinin tespiti davası kanun koyucunun öngördüğü yenilik doğuran davalardandır. Bu tür davalar neticesinde verilen kararların etkisi kendiliğinden gerçekleşeceğinden kararın icrası söz konusu olmayacaktır. Ancak aynı kararda bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesine de hükmedilmişse bu kısmının icrası söz konusu olacaktır²⁶.

Mahkeme, dava neticesinde davanın reddine hükmederse, inşai hakkın bulunmadığı yönünde bir tespit kararı verilmiş olacaktır. Bu hükümle inşai hakkın mevcut olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olacaktır²⁷. Davanın kabulüne karar verilirse bu hüküm, inşai bir hüküm olacaktır²⁸.

Yenilik doğuran davalar neticesinde verilen hüküm kural olarak, kesinleşmesinden itibaren geleceğe etkili (ex nunc) olacaktır. Boşanma davası, evliliğin butlanı davaları neticesinde verilecek hükümler geleceğe etkilidir. Ancak nesebin reddi davalarında olduğu gibi bazı hükümler ise geçmişe etkili (ex tunc) olacaktır²⁹.

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.294

²⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.204; Kuru, Medeni Usul, s.329

²⁶ Oğuzman/ Barlas, a.g.e. s.203

²⁷ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.204

²⁸ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.204; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.294

²⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım ,a.g.e., s.230; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.204

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE MEHAZ İSVİÇRE KANUNUNDA MENFİ TESPİT DAVALARI VE TARİHÇESİ

I. İSVİÇRE KANUNU

İsviçre'de kesinleşen icra takibine karşı borçlunun başvurabileceği dava türleri arasında menfi tespit davası 1994 senesine kadar kanunda yer almıyordu. Bu dönemde İsviçre hukukunda doktrin ve uygulamada takibin derdest olduğu bir halde menfi tespit davası açılarak alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile icra takibinin sekteye uğratılamayacağı kabul edilmekte idi¹.

Daha sonraki dönemde borçlunun hukuki yararı olması şartıyla menfi tespit davası açabileceği, ancak borçlu aleyhine icra takibi yapılmasının dava açmak için hukuki yarar teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir².

1994 senesinde yapılan ve 1.1.1997 yılında yürürlüğe giren menfi tespit davasını düzenleyen 85a maddesi ile borçlu icra takibinden sonra menfi tespit davası açma imkânına sahip olmuştur.

Takip borçlusu, borcun hiç mevcut olmadığını veya artık mevcut olmadığını veya ertelendiğinin tespiti için icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde dava açabilir. Mahkeme, tarafların beyanlarını ve delilleri göz önüne alarak davanın haklı olduğu doğrultusunda kanaat getirirse genel haciz yoluyla takipte veya rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte satış yapılınca ya da para alacaklıya ödeninceye kadar, iflas yolu ile takipte depo kararının tebliğine kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir³.

İsviçre hukukunda dava neticesinde alacaklı ya da borçlu lehine tazminata hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur⁴.

II. TÜRK HUKUKU

Türk hukukunda 1965 senesinde kabul edilen 538 sayılı "İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bazı Yeni Madde ve

¹ Üstündağ, Saim, İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 2004, s.130

² Türk, Menfi Tespit Davaları, s.32

³ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul, 2006, s.302 vd.

⁴ Türk, Menfi Tespit, s.34

Fıkraların Eklenmesine Dair Kanun” yürürlüğe girmeden önce menfi tespit davasını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu yasa değişikliğiyle İİK’nun 72. maddesinde menfi tespit davaları düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu ve bazı özel kanunlarda tespit davaları düzenlenmiş olmasına karşın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda bu yönde herhangi bir düzenleme henüz mevcut değildir. 16.04.2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na sevk edilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 112. maddesinde tespit davasına ilişkin yeni bir düzenleme getirmektedir.

Tasarıyı incelediğimizde, Tasarı’nın 112. maddesinin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, tespit davasının açılabilmesi için gereken şartların neler olduğuna değinilmiştir. Bu çerçevede, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara, tespit davası denir.

Tasarı’nın 112. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunla belirtilen durumlar dışında, tespit davası açan davacının, dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararın bulunduğunu açıkça ortaya koyması bir şart olarak öngörülmüştür.

A. 538 Sayılı Yasadan Önceki Dönem

Hukukumuzda tespit davalarını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasına karşın Yargıtay içtihatlarıyla ve doktrin ile oluşturulan koşulların gerçekleşmesi halinde her türlü hukuki ilişkinin tespiti için tespit davasının açılabileceği kabul edilmiş idi⁵.

“Muarazanın önlenmesi davası” veya “muarazanın ortadan kaldırılması davası” adı altında menfi tespit davasının görülebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiş idi⁶.

Yargıtay, 16.12.1942 tarihli bir İBK’nda icra takibi kesinleştikten sonra borçlunun borçtan kurtulma davası açamayacağını, takip konusu alacakla mülzem olmadığı iddiasında ise ancak borcun tamamını ödedikten sonra istirdat davası

⁵ Türk, Menfi Tespit, s.28

⁶ Kuru, Tespit Davaları, s.22 dn.6

açabileceğini belirtmiştir⁷. Bu İBK'nda borçlunun takipten önce veya sonra ancak her halde takibin kesinleşmesinden önce menfi tespit davası açmasında herhangi bir engel görülmemiş ve takip kesinleşmediği sürece mahkemelerin tedbir kararı ile icra takibine müdahale edebilecekleri kabul edilmiştir. Fakat davanın icra takibinden önce veya sonra açılması farklı sonuçlar doğuracaktır. Şu bakımdan ki, dava takipten önce açılmışsa menfi tespit davası bekletici mesele kabul edilerek alacaklı lehine karar verilinceye kadar icra takibine devam edilmeyecektir⁸. Fakat daha sonra bu görüş yumuşatılarak, davanın icra takibine kendiliğinden etki etmeyeceği ve icra takibinin davaya rağmen yürütüleceği, ancak mahkemenin tedbir kararı ile takibin duracağı benimsenmiştir⁹.

B. 538 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme

Kanun koyucu, şekli hukuk kurallarının tatbiki sonucu bozulan dengenin tekrardan sağlanabilmesi için istirdat davasının geç kalacağı, borçlunun daha önce hukuki korumaya kavuşturulması gerektiği düşüncesiyle menfi tespit davasına ilişkin düzenleme getirmiştir¹⁰. Bu düzenlemede men-i muaraza davalarının yapısı dikkate alınarak hüküm oluşturulmuştur¹¹.

Yasa değişikliğiyle birlikte artık maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını iddia eden bir kişi, icra takibine maruz kaldığı ve ödeme emrine itiraz etmediği ya da itiraz etmesine rağmen itirazın kaldırılmasını engelleyemediği hallerde ödeme mecburiyetinde olduğu para alacaklıya ödeninceye kadar menfi tespit davası açabilecektir. 538 sayılı değişiklik ile icra takibi başlatılmadan önce de menfi tespit davası açılabilir kabul edilmiştir. Borçlu tarafından açılacak bir menfi tespit davası, derdest takibe hiçbir sınırlama olmaksızın etki ederse alacaklının takip hakkı zarar uğrayabileceğinden bazı şart ve sınırlamalarla takibe etki etmesi kabul edilmiştir¹².

Menfi tespit davasının düzenlendiği İİK'nun 72. maddesi 3494 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış ve dava neticesinde borçlu ya da alacaklı lehine

⁷Konyar, Hanife, İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s.14

⁸ Konyar, Menfi Tespit, s.14

⁹ Postacıoğlu, İcra hukuku esasları, s.233

¹⁰ Postacıoğlu, İcra hukuku esasları, s.234

¹¹ Postacıoğlu, İlhan E., İcra İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası, İÜHFİM, 1966/2-4 Cilt XXXII, s.826

¹² Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s.131

hükmolunacak tazminatın asgari miktarında artırım yapılarak, dava neticesinde hükmedilecek tazminatın dava konusu alacağın %40'ından aşağı olamayacağı kabul edilmiştir.

Ancak tazminat miktarında artırım yapılırken teminat miktarına ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamış %15'de bırakılmıştır.

III. TAKİP YOLU TÜRLERİNE GÖRE MENFİ TESPİT DAVASI

A. İlamsız İcra Yolu İle Takip

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun üçüncü babında ilamsız icra yoluyla takip düzenlenmiştir. Menfi tespit davasının düzenlendiği İ.İ.K'nun 72.maddesi de bu bapta yer almaktadır. Bir kişi maddi hukuk bakımından borçlu olmamasına rağmen kendisine borçlu sıfatıyla gönderilen ödeme emrine itiraz etmemiş veya itiraz etmiş ancak İİK m.68deki belgelerle itirazını ispat edemediği için itirazın kaldırılmasına karar verilmişse kesinleşen bu icra takibi nedeniyle ödemedi kurtulmak amacıyla dava açabilir.

Genel haciz yolu ile takipte ödeme emrine itiraz icra takibini durdururken kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte ödeme emrine itiraz edilmesi satıştan başka hiçbir icra takip işlemini durdurmaz. İcra mahkemesi, duruşmadan önce yapacağı incelemede, borçlunun itiraz dilekçesinde veya eklediği belgelerden edindiği kanaate göre itirazı ciddi görmesi halinde alacaklıya tebliğe gerek görmeksizin itirazla ilgili kararına kadar icra takibinin geçici olarak durdurulmasına evrak üzerinde karar verebilecektir(İİK m.170/2).

Kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte menfi tespit davası açılabilmesi için İİK. m. 170b'de 72. maddeye atıf yapılarak öngörülmüştür. İcra mahkemesinin itiraza ilişkin ilk incelemesinde durma kararı vermemesi halinde borçlu, menfi tespit davası açmadan önce veya açtıktan sonra ihtiyati tedbir kararı verilmesini sağlayarak takibi durdurabilecektir.

B. İlamlı İcra Yolu İle Takip

İİK'nun 41. Maddesinde ilamlı takibe ilişkin kanunun ikinci babında yer alan özel nitelikteki hükümlere aykırı olmamak şartıyla kanunun diğer hükümlerinin

ilamlı takibe uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle İİK'nun 72. maddesinde düzenlenmiş olan menfi tespit davası, ilamlı takip yapılması hallerinde de açılacaktır¹³.

Fakat İlamsız icra yoluyla takipten farklı olarak menfi tespit davası, ancak ilamlı takibin kesinleşmesinden sonra açılacaktır¹⁴.

İlamlı icra yoluyla takipte borçlunun, icra emrine itiraz ederek takibi durdurması söz konusu olmayacağından başvurabileceği tek yol icranın geri bırakılmasıdır. Borçlu, icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde icra mahkemesinden icranın geri bırakılması talep edebilecektir. İcra emrinin tebliğinden önceki veya sonraki bir dönemde ancak davanın sonuçlanmasından sonra borcun itfa veya imhal edildiğini yahut zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle icranın geri bırakılmasını talep edebilir. Borçlu, bu iddialarını İİK m.33/1'de tahdidi olarak sayılmış olan belgelerle (yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle) ispat edebilecektir. Ancak elinde icranın geri bırakılmasını sağlayacak belgeler olmayan ya da icranın geri bırakılmasını talep etmeyen borçlu, ödeme tehlikesi ile karşılaşacağından borçluya, İ.İ.K'nun 33/son fıkrasında, istirdat davası açma imkanı tanınmıştır. Bu maddede istirdat davasının belirtilmiş olması ve menfi tespit davasına ilişkin herhangi bir ifade olmaması borçlunun sadece istirdat davası açabileceği, menfi tespit davası açamayacağı anlamına gelmemektedir¹⁵. İİK m.33/son, açıkça 72. maddeye atıfta bulunduğu ve bu fıkra 538 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce mevcut olduğundan ilamlı icrada menfi tespit davası açılabilir kabul edilmelidir¹⁶. Doktrinde İİK m.33/son 'da menfi tespit davasının yer almamasının kanun koyucunun unutmaması olduğu belirtilmiştir¹⁷. Çünkü İİK'nun 72. maddesinde yer alan menfi tespit davasının ilamlı ya da ilamsız takip ayrımı

¹³ Yunusoğlu, Tarık, İcra ve İflas Kanununda Yeni Bir Hüküm Menfi Tespit Davası, İBD XL. Cilt,1966, s.29; Kuru, Menfi Tespit,s.200 vd.; Uyar, Talih,İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C.1, Ankara, 1993, s.28;

¹⁴Öğütçü, A. Tahir/ Çitoğlu, Ali,Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, C.1, Ankara, 1977, s.400

¹⁵ Kuru, Menfi Tespit, S.200vd.;

¹⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.200; Postacıoğlu, Menfi tespit, s.829; Yavuz, Nihat, Uygulama ve Öğretide Menfi Tespit ve İstirdat (Geri Alma) Davası, Ankara, 2007, s.67

¹⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.200; Uyar, Olumsuz Tespit, s.28

yapmaksızın düzenlendiği ve hükümet gerekçesinde de böyle bir ayırım yapılmaksızın sevk edildiği belirtilmektedir¹⁸.

İlama karşı menfi tespit davası ancak, ilamın verilmesinden sonra gerçekleşen ve borcu sona erdiren veya ödemekten kaçınma hakkı veren sebeplere dayanılarak açılabilir¹⁹. Borçlu ilamın verilmesinden önce gerçekleşen bir sebep nedeniyle borcun sona erdiğini ya da ödeme yükümlülüğünün kalktığını ileri sürerek menfi tespit davası açamayacaktır. Çünkü daha önce davaya bakan mahkemenin vermiş olduğu hüküm, kesin hüküm teşkil ettiği için mahkemenin kararının yanlışlığı, borcun mevcut olmadığı ya da hükümsüzlüğü ileri sürülemez²⁰. Mahkemenin kararının gerçek hukuki durumu yansıtmadığı iddia ediliyorsa ve HUMK'un m.445 vd. maddelerinde gösterilen şartlar mevcut ise yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir²¹.

Borçlu icra mahkemesinde ilamın zamanaşımına uğradığını bildirerek icranın geri bırakılması talebinde bulunmamışsa menfi tespit davası açarak zamanaşımını ileri süremeyecektir²².

İlam niteliğinde bir belgeye dayanılarak takip yapılıyorsa ve bu ilamın sahteliği iddia edilerek iptali için dava açılmışsa HUMK 317'de yazılı şartlar mevcut olduğu takdirde senede dayanılarak yeni bir muamele yapılmamalı ve dava bekletici mesele yapılmalıdır²³.

C. Rehinin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip

Menkul rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibi düzenleyen İİK. m. 147/I'de genel haciz yolu ile takibe ilişkin 72. maddeye atıf yapıldığından borçlu, maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı tespit için İİK m. 72'yi göz önüne alarak menfi tespit davası açabilecektir.

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipte, rehin hakkı taşınmazlarda resmi bir senetle tespit edilmiş olduğu için menfi tespit davası açarak rehin hakkına itiraz edilemeyecektir. Borç, herhangi bir sebeple sona ermiş, ancak

¹⁸ Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s.370; Yavuz, Menfi Tespit, s.67

¹⁹ Türk, Menfi Tespit, s.174; Korkusuz, M. Refik, İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2004, s.115

²⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.204; Türk, Menfi tespit, s.175, Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s.370; Yavuz, Menfi Tespit, s.68

²¹ Türk, Menfi Tespit, s.175 ; Yavuz, Menfi Tespit, s.68

²² Kuru, Menfi Tespit, s.201

²³ Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s.371 dn.197

alacaklı yine de rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başlamışsa borçlu ipoteğin iptalini dava edebilir ve bu davada İİK'nun 72. maddesi kıyasen uygulanacaktır(İİK m.150). Borçlu, İİK'nun. 72. maddesinde yer alan şartlar gerçekleştirildiğinde ihtiyati tedbir kararı talep ederek ipotekli taşınmazın satılmasını engelleyebilecektir. İpoteğin iptali davası, ipoteğin butlanı veya sonradan bir sebeple sona erdiği ileri sürülerek açılabilir²⁴. MK m.779 gereğince taşınmaz rehni ile teminat altına alınan alacak zamanlaşımına uğramayacağından borçlu zamanlaşımına dayanarak menfi tespit davası açamaz. İpotekli taşınmazın maliki asıl borçlu değil, üçüncü kişi ise borcun mevcut olmadığını tespit için üçüncü kişi de dava açabilmelidir. Asıl borçlu, üçüncü kişinin kendisine rücu etmesini önlemek için malik ile birlikte menfi tespit davasını açabilecek²⁵, mahkemeden alacağı ihtiyati tedbir kararı ile ipoteğin paraya çevrilmesini önleyebilecektir²⁶.

Taşınır rehninin ya da ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takipte kendisine icra emri gönderilen borçlu icranın geri bırakılmasını talep edebileceği gibi menfi tespit davası da açabilecektir. Zira menkul rehninde, ödeme emrine itiraz başlıklı İ.İ.K'nun 147. maddesinde, İ.İ.K'nun 72. maddesi hükmünün uygulanacağı; İ.İ.K'nun 150. maddesinde ise ipoteğin iptali hakkında dava açılması halinde İ.İ.K'nun 72. maddesinin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir.

İcranın geri bırakılmasına ilişkin İİK m. 149a'da 33. maddenin I,II ve IV. fıkralarına atıfta bulunulmuştur. İİK m.33/4'de borçlu olmadığı parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlunun 72. madde mucibince istirdat davası açarak paranın geriye verilmesini istemek hakkının saklı olduğu öngörülmektedir. İİK m. 33/4'de istirdat davasına atıfta bulunulmuş olmasına rağmen bu fıkranın 538 sayılı kanun değişikliğinden önce düzenlendiği göz önüne alınarak menfi tespit davasını da kapsadığını daha önce belirtmiştik²⁷.

D. İflas Yolu İle Takipte Menfi Tespit Davası

İflas yolu ile takipte menfi tespit davasının açılması hususu İİK'nda düzenlenmemiştir. Sadece kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takibe ilişkin

²⁴ Olgaç, Senai, İcra İflas, Ankara, 1978, s.648

²⁵ Korkusuz, İcra Hukuku ve Uygulaması, s.115; Kuru, Menfi Tespit, s.213 vd.

²⁶ Korkusuz, İcra Hukuku, s.115

²⁷ S.13

İİK 175. maddesinde iflas takibine itiraz etmemesi yüzünden borçlu olmadığı parayı ödeyen bir kişinin, 72. madde uyarınca geri alma davası açabileceği belirtilmiştir. Kambiyo senetleri hakkındaki geri alma davasına ilişkin bu düzenlemenin kıyas yolu ile adi alacakların takibine ilişkin iflas yolu ile takip hakkında da uygulanması caiz görülmelidir²⁸.

Doktrinde, iflas yolu ile takipte menfi tespit davasının açılıp açılmayacağı konusunda farklı görüşler vardır. Birinci görüşte olanlar İİK 175. maddesinin, 72. maddeye yaptığı atfı sadece istirdat davası ile sınırlandırmış, menfi tespit davasını içine almadığını belirtmişlerdir. İ.İ.K'nun 175. maddesi, 538 sayılı kanun ile değişikliğe uğradığı için yukarıda İİK m.33/son hakkında yaptığımız açıklamalar burada geçerli olmayıp, atfın sadece istirdatla sınırlı kaldığı ileri sürülmüştür²⁹.

İflas yolu ile takibe maruz kalan borçlu ödeme emrine itiraz etmişse alacaklı itirazın kaldırılması ve borçlunun iflasını ticaret mahkemesinden talep edecektir. Birinci görüşte olanlara göre iflas yolu ile takiplerde menfi tespit davası açılmayacaktır³⁰. Borçlu, itiraz sebeplerini iflas davasına karşı vereceği cevap dilekçesinde veya en geç ilk oturumda ileri sürebileceğinden ve HUMK'a göre caiz olan her türlü delille ispatlayabileceğinden menfi tespit davası açmasında hiçbir hukuki yarar yoktur³¹.

Borçlu iflas yolu ile takibe itiraz etmemişse, ticaret mahkemesi alacaklının iflas talebini yalnızca şekli açıdan inceleyeceğinden, borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığını inceleme konusu yapmayacaktır. Şekli bir inceleme yaptığı için kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden istirdat davası açması halinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşmayacaktır³². Bu nedenle borçlu kendisi

²⁸ Kuru, Baki, İcra ve iflas Hukuku Ders Kitabı, s.524; Postacıoğlu, İcra Hukukunun Esasları, s.238 vd.

²⁹ Postacıoğlu, İcra hukukunun esasları, s.238 vd.

³⁰ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s.14; Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.830; Olgaç, Senai, içtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, C.1, İstanbul, 1974, s.612; Öğütçü/Çitoğlu, Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, s.400

³¹ Postacıoğlu, İcra Hukukunun Esasları, s.238; Postacıoğlu, Muaddel Hükümlere Göre Menfi Tespit Davası, s.83

³² Kuru, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.539

hakkında başlatılan iflas yoluyla takibe istinaden ödeme yaptıktan sonra istirdat davası ile ödediği parayı geri isteyebilecektir³³.

İkinci görüşte olanlara göre³⁴ iflas yolu ile takipte menfi tespit davası açılabilir. Çünkü icra hukukunda borçluya menfi tespit davası açma imkanı tanınırken daha aleyhine olan iflas yolu ile takipte bu hakkın tanınmadığının kabul edilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı ileri sürülmüştür³⁵. Bu görüş, İİK m.175'in sadece istirdat davasından bahsedip menfi tespit davasından bahsetmemesinin kanun koyucunun unutmaması sonucu olduğunu kabul etmektedir³⁶. Unutmanın söz konusu olmaması halinde dahi menfi tespit davası açılacağı ileri sürülmüştür.

İkinci görüşte olanlara göre borçlunun hukuki yararı var ise aleyhine bir iflas takibi başlatılmadan menfi tespit davası açabilecek ve takipten önce açılan bu davada 72. maddede yer alan şartlar gerçekleşmişse iflas takibin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı isteyebilecektir. İflas takibinin durdurulması istenmemiş ve iflas davası açılmış ise menfi tespit davasına bakan mahkeme talep üzerine m.72/2'ye göre ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. Bu halde iflas davasına bakan mahkeme, menfi tespit davasının bekletici sorun yapmalıdır³⁷. Birinci görüşte olanlara göre ise iflas davasının basit yargılama usulüne tabi tutulmasındaki amaç dikkate alınarak menfi tespit davasının iflas davasına nazaran bekletici sorun yapılamayacaktır³⁸.

İkinci görüşe göre ödeme emrine itiraz eden borçlunun, itirazın kaldırılması ve borçlunun iflasına karar verilmesi talebini incelerken mahkemede bütün itiraz ve defilerini ileri sürebileceğinden menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur³⁹. Bu açıdan birinci görüşle hemfikirdirler. Tarafları ve hukuki nedeni aynı olan iki farklı davada birbiri ile çelişkili ifadeler olmaması için menfi tespit

³³Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.830 vd. ; Olgaç, İcra ve İflas Kanunu, s.612 vd.; Olgaç, İcra İflas, s.645

³⁴Kuru, Menfi Tespit,s.217 vd.; Türk, Menfi Tespit, s.182 vd.

³⁵Türk, Menfi Tespit, s.185

³⁶Kuru, Menfi Tespit, s.217

³⁷Altay, Sümer, Menfi Tespit Davası ile Takip Süreci İçinde Oluşan İflas Davası Arasındaki Karşılıklı Etkileşim ve Özellikle Bekletici sorun Konusu, İBD 1986/10-12 C.6 , s.710; Kuru, Menfi Tespit, s.217 vd

³⁸İpekçi, Nizam, İcra ve iflas kanunu tatbikatı Şerh 1-99, 1. Cilt 1, İstanbul, 1988, s.519; Olgaç, Kanun, s.612; OLGAC, İcra İflas, s.644; Postacıoğlu, İcra Hukukunun Esasları, s.237

³⁹Kuru, Menfi Tespit Davası,s.217 vd.; Türk, Menfi Tespit, s.185

davasına bakan mahkemenin, iflas davasını bekletici sorun yapması gerektiğini belirtmektedirler⁴⁰.

Borçlu, ödeme emrine itiraz etmemişse iflası sadece şekli açıdan inceleneceğinden borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olacaktır ve menfi tespit davası açılabilecektir⁴¹. Menfi tespit davası, iflas davasından önce borçlunun borçlu olmadığı kararıyla sona ererse iflas davası reddedilebilecektir. İflas davasından önce sonuçlanmazsa, İİK 72. madde göz önünde bulundurularak ihtiyati tedbir kararı ile mahkeme veznesine depo edilmiş olan paranın ödenmemesine karar verilebilecektir⁴².

⁴⁰ Altay, Menfi Tespit ve İflas Davası, s.711

⁴¹ Altay, Menfi Tespit ve İflas Davası, s.712; Kuru, Menfi Tespit, s.218 vd.

⁴² Kuru, Menfi Tespit,s.217vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ İCRA YOLU İLE TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASI

I. Genel Bilgi

İİK'nun 72. maddesi, menfi tespit davası ve istirdat davasına ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır. İcra ve İflas Kanunumuza göre menfi tespit davasının açılmış olması icra takibine kendiliğinden etki etmeyecektir. Kanun koyucunun, icra takibinin istiklali prensibi sebebiyle ve açılacak davalarla takibin İİK'nın çizdiği yoldan ayrılmaması, gecikmemesi amacıyla davanın takibe kendiliğinden etki etmemesini istediği ileri sürülmüştür¹.

Kendisine karşı icra takibi başlatılan bir kişi, borçlu olmadığını iddia ediyorsa, ancak ödeme emrine itiraz etmemiş veya itiraz etmiş fakat İİK m.68'de sınırlı sayıda belirtilen belgelere sahip olmaması nedeniyle itirazı kaldırılmış ise kesinleşen takip nedeniyle ödeme yapma tehlikesi ile karşılaşır. 538 sayılı kanun değişikliği ile İİK'nun 68. maddesi daha çok borçlunun aleyhine olacak şekilde düzenlenmiştir. Alacaklı ile borçlu arasında, alacaklının lehine dengeyi bozacak olan bu değişiklik sebebiyle kanun koyucu dengeyi sağlama amacıyla menfi tespit davasını düzenlemiştir².

Borçlu, icra takibinden önce veya icra takibi sırasında borçlu olmadığını tespiti için menfi tespit davası açabilecektir. Menfi tespit davasının icra takibine etkisi takibin başlatılması ile davanın açılması arasındaki zaman açısından önceliğe göre farklı olacaktır. Bu nedenle takibin başlama ve davanın açılma anının tespiti önemlidir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

Menfi tespit davası açıldıktan sonra icra takibi başlatılırsa açılmış olan davada İİK m.72 hükmü uygulanabilirlik kazanacaktır. Bu halde borçlu, davaya bakan mahkemeye başvurarak icra takibinin durdurulmasını talep edecektir. Mahkeme, kanunda belirtilmiş olan asgari teminat tutarını ödeyen borçlunun talebi

¹ Postacıoğlu, Menfi tespit, s.832 vd.

² Öktemer, Semih, Menfi Tespit Davası, AD. 1972/8-9, s.580 vd.

üzerine icra takibini dava neticeleninceye kadar durdurma kararı verebilir. Bu ihtiyati tedbir niteliğinde bir karar olup bu yönde karar vermek hakimın takdirindedir.

Fakat icra takibi başlatıldıktan sonra menfi tespit davası açan borçlu, mahkemeye başvurarak takibin durdurulmasını talep edemeyecektir. Mahkeme İİK m. 72'de belirtilen asgari teminat miktarını yatıran borçlunun talebi üzerine ihtiyati tedbir kararı vererek icra veznesindeki paranın alacaklıya dava neticeleninceye kadar ödenmemesini takdir edebilir.

Menfi tespit davası en geç icra veznesine ödenen paranın alacaklıya verilmesi veya alacaklılara paylaşılmasına kadar açılmalıdır. Alacaklıya ödeme yapıldıktan sonra menfi tespit davası değil, yine İİK m.72'de düzenlenen istirdat davası açılabilecektir. Bu davada borçlu, borçlu olmadığı tespit ile birlikte ödenen paranın geri verilmesi ister. Menfi tespit davası açtıktan sonra ödeme yapmış ise açılmış olan menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilir. Bunun için de davanın ıslah edilmesine gerek olmaksızın davacının bu yönde istekte bulunmuş olması yeterli olacaktır³.

II. Tanımı

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda tespit davasına ilişkin bir tanım mevcut değildir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tasarısının 112. maddesinde tespit davasının tanımı yapılmıştır. Buna göre tespit davası, mahkemeden bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığı belirlenmesi için açılan dava çeşidi olarak tanımlanmıştır⁴.

İİK'nun 72. maddesinde de menfi tespit davasının tanımı yapılmamış, sadece borçlunun icra takibinden önce veya sonra borçlu olmadığı tespit için menfi tespit davası açabileceği belirtilmiştir.

Doktrinde menfi tespit davasına ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır.

³ Öktemer, Menfi Tespit Davası, s.582

⁴ 16/04/2008 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sevk edilen tasarı

“Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılan davaya menfi tespit davası adı verilir”⁵.

“Borçlunun, üçüncü bir kişi tarafından kendisine karşı bir hak veya alacak doğuran bir hukuki ilişkinin varlığının ileri sürülmesi halinde, bu hukuki ilişkinin hiç doğmadığını veya doğduktan sonra çeşitli nedenlerle ortadan kalktığını tespit ettirmek amacıyla açtığı menfi tespit davasına menfi tespit davası adı verilir”⁶.

“Menfi tespit davası, bir hukuksal ilişkinin veya ondan doğan bir hak veya yetkinin mevcut olmadığının, bir belgenin sahteliğinin veya herhangi bir nedenle hükümsüzlüğünün tespiti için hukuksal yarar bulunması koşuluna bağlı olarak açılan ve sonucunda herhangi bir mahkumiyet istemini taşımayıp konusunu oluşturan hususun bir kararla tespitini hedef tutan bir davadır”⁷.

Bu açıklamalar ve tanımlar ışığında menfi tespit davasını, davalı tarafından varlığı ileri sürülen bir hukuki ilişkinin veya ondan doğduğu ileri sürülen bir hak veya yetkinin mevcut olmadığının veya herhangi bir sebeple talep edilemeyecek olduğunun, bir belgenin sahteliğinin yahut herhangi bir sebeple hükümsüzlüğünün tespiti için açılan dava türü olarak tanımlayabiliriz.

III. Niteliği

Menfi tespit davası, tespit davası niteliğindedir. Yukarıda tespit davaları başlığında belirttiğimiz özellikler menfi tespit davası açısından da geçerlidir.

Senetlerin sahteliği sebebiyle açılan iptal davaları, ipoteğin iptali davaları birer menfi tespit davasıdır. Hakim, tarafların hukuki nitelemesi ile bağlı olmayacağından davacı borçlu olmadığının tespiti için açtığı davaya borçtan kurtulma davası adını verse de davaya menfi tespit davası olarak bakacaktır.

Tespit davasının konusu hukuki ilişkilerdir ve maddi vakıalar tek başına tespit davasına konu edilemeyecektir. Yargıtay, bu sebeple, sadece sahtelik olgusunun tespitine yönelik davanın dinlenemeyeceğine karar vermiştir⁸. Doktrinde

⁵ Kuru, Menfi Tespit Davası, s.11

⁶ Görgün, Menfi Tespit Davası, s.24 vd.

⁷ Yavuz, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s.28

⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku, s.223

bazı yazarlarca⁹, senetlerin sahilhiği ve sahteliği hususunun maddi vakıa teşkil ettiğini, ancak “maddi vakıaların tek başına tespit davasına konu edilemeyeceği” kuralının istisnası olduğu ileri sũrũlmüřtür. Katıldığımız bir diğer görüşe göre ise senetlerin sahteliği ya da sahil olmadığının ileri sũrũlmesi senette teecessũm eden hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığı hususunun tespiti talebini iğerdiği için sahteliğin ileri sũrũlmesi, “maddi vakıaların tek başına tespit davasına konu edilemeyeceği” kuralının istisnasını teşkil etmemektedir¹⁰.

Tespit davaları zamanaşımına tabi deđildir¹¹. Konusu hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti olan menfi tespit davası zamanaşımına tabi değildir. BK'nun 125. Maddesindeki “her dava on senelik mũruruzamana tabidir” ibaresinde aslında davalar değil alacaklar kastedilmiştir, bu sebeple buradaki zamanaşımının sadece alacaklar için geçerli olduğu ileri sũrũlmüřtür¹².

Menfi tespit davası açmak zamanaşımına tabi olmasa da, dava konusunun zamanaşımına uğraması sebebiyle davacının dava açmakta hukuki yararı kalmamış ise davası reddedilecektir. Ancak, bunun için davalının zamanaşımı defiini esasa cevap sũresi içerisinde ya da daha sonra davacının muvafakati veya ıslah ile ileri sũrmelidir¹³. Aksi takdirde hâkim, zamanaşımını re'sen dikkate alamaz.

Menfi tespit davasının açılması ile dava konusu hakka ilişkin zamanaşımı, hakkın mevcut olmadığının ileri sũrũlmesinden dolayı, kesilmez¹⁴. Davalının cevap layihası ile hakkın mevcut olduğunu ileri sũrmesiyle zamanaşımı kesilmiş olacaktır(BK m.133/b.2). Bu halde davalı tarafından cevap layihasının mahkemeye ibrazı tarihinde zamanaşımı kesilecektir.

Menfi tespit davasının, icra zoruyla varlığı iddia edilen borcun ödenmesine kadar açılması gerektiği, ödeme yapılmışsa istirdat davası ile ödenen paranın geri istenebileceği unutulmamalıdır.

⁹ Kuru, Tespit davaları, s.27 dn.14'te anılan yazarlar(Leuch, Nikisch, Schönke, Sieben)

¹⁰ Kuru, Tespit Davaları, s.27

¹¹ Kuru, Tespit Davaları, s.106; GÖRGÜN, Menfi tespit, s.25

¹² Kuru, Tespit Davaları, s.107

¹³ Kuru, Tespit Davaları, s.108 vd.

¹⁴ Kuru, Tespit Davaları, s.92 vd; Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, İstanbul, 2005, s.352

IV. İcra Hukukundaki Diğer Kurumlarla İlişkisi

A. İtirazın Kaldırılması İle İlişkisi

Aleyhine icra takibi başlatılan borçlu, maddi hukuk açısından herhangi bir borcu olmadığını ileri sürerek ödeme emrine yasal süresi içerisinde itiraz edebilir. Genel haciz yolu ile takipte ödeme emrine itiraz, takibi durduracaktır. Alacaklı, icra mahkemesinden itirazın kesin olarak kaldırılmasını İİK 68.maddede gösterilen belgelerle birlikte icra mahkemesinden talep edebilecektir.

Borçlu, itirazın kaldırılmasına engel olmak için iddiasını 68. maddedeki belgelerle ispat etmelidir. Borçlu, itirazın kaldırılması incelemesinde itirazda bildirdiği sebeplerle bağlıdır. Eğer borçlu, itirazında sebep bildirmemişse alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılabilen itiraz nedenlerini ileri sürebilir(İİK m.63). İcra mahkemesinin kararı, maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadığı için itirazı kesin olarak kaldırılan borçlu daha sonra menfi tespit davası açabilecektir. Borçlu, ödeme emrine itirazda belirttiği sebeplerle bağlı olmaksızın dava dilekçesinde iddialarını ileri sürebilecektir. Ancak ödeme emrine itiraz etmemiş veya itiraz ederken zamanaşımı defini ileri sürmemişse menfi tespit davası ile borcun zamanaşımına uğradığını ileri süremeyecektir¹⁵. Çünkü zamanaşımı iddiası bir defa olup, alacaklıya karşı etkisini göstermesi için mutlaka borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Davacı borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmesi de ancak alacağın takip veya dava konusu yapılması halinde mümkün olur. Eğer davacı borçlu kendisine karşı başlatılan takibe ilişkin olarak gönderilen ödeme emrine süresi içerisinde borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin itirazda bulunmamışsa artık bu hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Bu nedenle itirazda ileri sürmediği zamanaşımı iddiasını daha sonra açacağı menfi tespit davasında ileri süremeyecektir.

Borçlunun elinde m. 68/1'de belirtilen belgeler yer almıyorsa itirazın kaldırılmasını engelleyemeyeceğinden menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olacaktır. Takip başlatıldıktan sonra açılan bu dava, icra takibini durdurmayacaktır.

¹⁵ Korkusuz, İcra Hukuku, s.114

Sadece icra veznesindeki paranın ihtiyati tedbir kararı ile alacaklıya ödenmesi dava sonuçlanıncaya kadar önlenebilecektir¹⁶.

İtirazın kaldırılmasını inceleyen icra mahkemesinin sınırlı bir delil sistemi içerisinde inceleme yapma yetkisi var iken menfi tespit davası genel mahkemelerde görüleceği için kanunun cevaz verdiği tüm delillerle iddiasını ispatlayabilecektir¹⁷.

Borçlu, icra takibinden önce menfi tespit davası açmış ve ihtiyati tedbir kararı ile takibin durdurulmasına karar verilmişse icra mahkemesi, itirazın kaldırılmasına karar veremeyecek, menfi tespit davasının bekletici mesele yapacaktır¹⁸. Fakat Yargıtay, ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilmiş olmasının icra memurluğunca göz önüne alınacağı ve icra mahkemesinin incelemesine engel teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir¹⁹.

B. İtirazın İptali İle İlişkisi

Alacaklının başlatmış olduğu icra takibine istinaden kendisine tebliğ edilen ödeme emrine borçlu süresinde itiraz ederse, icra takibi durur. Bu halde alacaklı iki türlü hareket edebilir; ilk olarak yukarıda bahsettiğimiz icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyebilecek veya ikinci olarak itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açabilecektir. Alacaklı, dava açarak alacağın varlığına ve dava konusu alacağı bu takipte ödemek zorunda olduğuna ve de itirazın iptaline karar verilmesi isteyebilir²⁰. İtirazın tebliğinden itibaren bir sene içinde açılacak bu davaya itirazın iptali davası adı verilir.

İtirazın iptali davasında, borçlu ödeme emrine itirazda bildirdiği itiraz nedenleri ile bağlı olmaksızın itiraz ve defilerini ileri sürebilecektir. Savunmanın genişletilmesi yasağı nedeniyle tüm itiraz ve defilerini cevap layihası ile ileri sürmelidir. Ancak ıslah veya davacının rızası ile de daha sonra itirazlarını ileri sürebilecektir. Bu nedenle borçlunun bu hukuki imkanı varken menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olmayacaktır.

¹⁶ Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.202

¹⁷ Türk, Menfi Tespit Davası, s.50

¹⁸ Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.202, Yavuz, Menfi Tespit, s.50

¹⁹ HGK. 27.11.1981, 3317/771 (Yavuz, Menfi Tespit, s.51)

²⁰ Kuru, İcra Hukuku, s.173

İtirazın iptali davası neticesinde verilen itirazın iptali hükmü maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğu için borçlu, hukuki ilişkinin olmadığından bahisle menfi tespit davası açamayacaktır.

İtirazın iptali davası ile menfi tespit davası davanın tarafları bakımından birbirinden farklıdır. Zira itirazın iptali davasını alacaklı açabiliyorken, menfi tespit davasını borçlu açmaktadır. Davaların açılma süreleri bakımından da fark vardır. Menfi tespit davası herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın davacının hukuki yararı olduğu sürece açılabilirken, itirazın iptali davası itirazın tebliğinden itibaren bir sene içerisinde açılmalıdır.

C. Borçtan Kurtulma Davası İle İlişkisi

Takibin dayandığı senet altındaki imza borçlu tarafından inkar edilirse alacaklı, icra mahkemesinden itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilecektir(İİK m.68/a). İcra mahkemesi, inceleme sonucu imzanın borçluya ait olduğuna kanaat getirirse itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verir. Bu kararın kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde borçlu, dava konusunun miktarına göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilecektir.

Borçtan kurtulma davası hukuki niteliği bakımından menfi tespit davasıdır²¹. Fakat her iki davanın farklı yönleri bulunmaktadır. Borçlu, icra takibi sonuçlanıncaya kadar menfi tespit davası açabilecekken borçtan kurtulma davasını itirazın geçici olarak kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde açacaktır. Aynı şekilde borçtan kurtulma davasında senetteki imzanın borçluya ait olup olmadığı incelenecektir, borçlu bu davada senetteki imza dışında bir iddiasını ileri süremeyecektir²². Menfi tespit davasında ise borçlu senet altındaki imzaya itiraz dışındaki iddialarını da ileri sürebilecektir.

İtirazın geçici olarak kaldırılması üzerine açılan borçtan kurtulma davası icra takibi üzerindeki etkisini kendiliğinden doğuracak, itirazın kaldırılması ve koyulmuşsa haciz geçiciliğini koruyacaktır. Menfi tespit davasında ise davanın takibe etki edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır.

²¹ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.20; Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.221; Öktemer, Menfi Tespit, s.583;

²²Yunusoğlu, Tarık, İcra ve İflas Kanununda Yeni Bir Hüküm Menfi Tespit Davası, İBD C.XL, 1966, s.27

Borçlu, itirazın geçici olarak kaldırılmasından önce menfi tespit davası açmışsa itirazın geçici kaldırılması üzerine borçtan kurtulma davası açmasına gerek yoktur, açılmış olan menfi tespit davasına borçtan kurtulma davası olarak bakılır ve takip durmaya devam eder²³. Ancak burada borçlu, borçtan kurtulma davasının dava şartlarından birisi olan %15 teminatı yatırmalıdır, aksi takdirde menfi tespit davası, borçtan kurtulma davası olarak görülemeyecektir.

İİK m.69'da borçtan kurtulma davasının dava şartı olarak dava konusu miktarın %15'i kadar bir teminat yatırılması öngörülmüştür. Teminatın en geç ilk duruşma gününe kadar mahkeme vizesine yatırılmaması halinde dava reddolunacaktır (İİK m.69/2). Dava reddolunursa itirazın kaldırılması ve varsa geçici haciz kesinleşecektir. Doktrinde bu yaptırımın ağır olduğu, %15 teminatın en geç ilk duruşma gününe kadar yatırılmaması halinde davanın reddolunmayıp menfi tespit davası olarak görülmeye devam olunması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴.

Borçtan kurtulma davası neticesinde verilen hüküm maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden davası reddedilen borçlu, aynı dava konusuna ilişkin daha sonra menfi tespit davası açamayacaktır.

İtirazın geçici kaldırılmasına karar verilmişse 7 günlük borçtan kurtulma davası açma süresince takip durmaya devam edecektir. Borçtan kurtulma davası açılmışsa dava sonuçlanıncaya kadar takibe devam edilmeyecektir²⁵. Menfi tespit davası ise icra takibine kendiliğinden etki etmeyecek, mahkemenin kararı ile, şartlar da mevcut ise, duracaktır.

Borçtan kurtulma davası reddedilirse alacaklının talebi üzerine alacaklı lehine dava konusu miktarın %40'ından aşağı olmayacak bir tazminata hükmolunur. Menfi tespit davasında ise davanın reddi halinde alacaklı lehine tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının talebi aranmamıştır. Ayrıca borçtan kurtulma davasında davayı kazanan borçlu lehine tazminata hükmedilebilmesi için, menfi tespit davasının aksine, alacaklının takibi kötü niyetle yapmış olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur²⁶.

²³ Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.222; Yavuz, Menfi Tespit, s.225

²⁴ Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.224

²⁵ Türk, Menfi Tespit, s.54 vd.

²⁶ Yavuz, Menfi Tespit, s.226

Borçtan kurtulma davası açmayarak takibin kesinleşmesine neden olan borçlunun, hukuki yararı olacağı için menfi tespit davası açabileceği kabul edilmektedir²⁷.

D. İcra Takibinin İptali Ve Taliki

Borçlu, ödeme emrinin kesinleşmesinden sonraki dönemde icra dairesi aracılığı olmaksızın borcu ve ferilerini alacaklıya ödemiş olabilir. Ödeme yapmış olmasına rağmen alacaklı icra yoluyla borcu istemeye devam ederse borçlu, icra mahkemesine başvurarak takibin iptalini isteyebilir. Borcun itfa edildiğini imzası noterlikçe onaylı veya alacaklı tarafından ikrar edilen bir belge ile ispat etmelidir.

Borçlu, alacaklının kendisine borcu ödemesi için süre verdiğini imzası noterlikçe onaylı veya alacaklı tarafından ikrar edilen bir belge ile ispat ederek icra mahkemesinden icranın ertelenmesini isteyebilecektir.

Borçlunun dayandığı belgelerin altındaki imza alacaklı tarafından inkâr edilirse, icra mahkemesi imza incelemesi yapamayacak ve talebin reddine karar verecektir. İcra takibi devam ederken açılan icra takibinin iptali davasında m.72/3'e dayanarak takibin durdurulmasına karar verilmesi istenemez²⁸.

İcra mahkemesinin icra takibinin iptali davasının reddi kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği için henüz icra veznesince alacaklıya ödeme yapılmamışsa menfi tespit davası açılabilir. Paraların paylaşılmasından sonra borçlu, menfi tespit davası açamayacak, ancak istirdat davası açarak ödediği parayı geri isteyebilecektir.

İcra mahkemesi, icra takibinin iptali veya taliki incelemesini sınırlı inceleme yetkisi çerçevesinde yapacaktır. Menfi tespit davası ise genel mahkemelerde görüleceğinden borçlu iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir.

Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki zaman içerisinde borcun zamanaşımına uğradığı iddiasında ise icranın geri bırakılması yoluna başvurabilecektir. Takip talebi ile zamanaşımı kesilecektir. Süresinde haciz veya satış istenmezse takip dosyası işlemde kaldırılır, fakat derdest kalmaya devam eder. Bu süre içerisinde alacağın zamanaşımına uğradığını ileri süren borçlu, icranın geri

²⁷ Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s.132

²⁸ Kuru, İcra ve İflas hukuku, s.230

bırakılmasını isteyebilir. İcra mahkemesi, icranın geri bırakılması talebini reddederse borçlu, menfi tespit davası açabilecektir.

V. Konusu

A. Genel Olarak

Kambiyo senetleri Ticaret Kanununda sınırlı sayıda sayılmıştır. Bunlar; poliçe, bono ve çeklerdir. Bu senetler, kanunen emre yazılı senetlerdir. Ancak poliçe ve bono nama yazılı olarak da düzenlenebilir. Çek ise nama, hamiline veya emre yazılı olabilecektir. Bu ayırım defilerin ileri sürülebilmesi açısından önemlidir.

Her kambiyo senedi bir temel ilişkiye dayanır. Bu temel ilişki genellikle bir borç ilişkisidir. Ancak temel ilişki, borç ilişkisi değilse de hatır ilişkisi vardır²⁹. BK m.114'e göre mevcut borç ilişkisi gereği kambiyo senedi verilmesi yenileme sayılmayacağından temel borç ilişkisi sona ermeyecek, fakat yeni bir ilişki daha doğacaktır. Buna kambiyo ilişkisi adı verilir. Alacaklı, alacağını temel borç ilişkisine göre talep edebileceği gibi kambiyo senedine dayanarak da talep edebilir. Ancak burada da kambiyo senedinin ifa uğruna mı verildiği yoksa ifa yerine mi verildiği önem arzeder. İfa yerine verilmişse temel ilişkiden doğan alacağı sona erer ve alacaklı sadece kambiyo alacağına sahip olur, ifa uğruna verilmişse temel alacak ile kambiyo ilişkisi yarışır, alacaklı iki haktan birisini seçmekte özgürdür³⁰. Alt ilişkiden doğan talep hakkı kambiyo hakkının kullanılabilmesi ana kadar duracaktır ve senedin vadesi gelince adi alacak talep edilebilecektir³¹.

Kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi geçerlidir. Kambiyo taahhüdünün sebebi senet metninde gösterilmez. Soyutluk ilkesinin kambiyo senetlerindeki görünümünü ispat soyutluğu ve maddi soyutluk şeklindedir.

İspat soyutluğu (biçimsel soyutluk) gereği alacaklı, kambiyo senedine dayanarak alacağını talep edebilir, ayrıca temel ilişkiyi ispat etmesine gerek yoktur.

²⁹ Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2006, s.68; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 2005, İstanbul, s.223 vd.

³⁰ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku esasları, s.115

³¹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak, s.70

Maddi soyutluk ilkesine göre kambiyo senedi devredildiğinde devralan soyut bir alacak hakkına sahip olacaktır. Temel ilişkiden kaynaklanan ya da borçlu ile senedi devreden arasındaki ilişkiden kaynaklanan defiler ileri sürülemeyecektir. Maddi soyutluk ilkesi gereği kişisel defiler, senedi devralan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir³². Ancak TTK 599 ve 737. maddelerinde senedi devralan hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hallerinde kişisel defilerin ileri sürülebileceğini düzenlemiştir. Nama yazılı senetler alacağın temliki hükümlerine göre devredildiği için nama yazılı senedi devralan üçüncü kişiye karşı kişisel defiler ileri sürülebilir.

Bu aşamada defi ve itiraz ayırımından kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. Defi, davalının, davacının ileri sürdüğü borç konusu edimi özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasını sağlayan bir haktır³³. Zamanaşımı defi buna bir örnektir. İtiraz ise, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren vakıaların ileri sürülmesidir³⁴. Borcun ödenmiş olduğunun ileri sürülmesi itiraz kabul edilir.

Ticaret Kanununda defi ve itiraz ayırımı yapılmaksızın hepsi defi başlığı altında düzenlenmiştir. M. 571'de hamiline yazılı senetlerde defiler, m.599'da poliçede defiler ve m.737'de emre yazılı senetlerde defiler düzenlenmiştir. Fakat her ikisinin de kambiyo senetleri açısından defiler başlığı altında toplanmış olması itiraz ve defi ayırımının kalktığı anlamına gelmez³⁵. İtiraz ve definin arasında birtakım farklar vardır. Buna göre; İtirazlar, dosyada yer alıyorsa hakim tarafından re'sen dikkate alınacaktır; defiler de ise dosyada yer alma yeterli olmayacaktır, davada mutlaka ileri sürülmesi gerekir. İtirazların re'sen değerlendirilmemesi bozma sebebi olarak kabul edilecektir, savunmayı genişletme yasağı söz konusu olmaksızın davanın her aşamasında ileri sürülebilecektir³⁶.

Türk Ticaret Kanunu defileri, senet metninden doğan defiler, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler ve kişisel defiler olmak üzere üç gruba ayırarak düzenlemiştir..

³² Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak, s.72

³³ Helvacı, Mehmet, Kambiyo Senetlerinde Defiler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985, s.9

³⁴ Helvacı, Kambiyo senetlerinde Defiler, s.9

³⁵ Helvacı, Kambiyo senetlerinde defiler, s.12

³⁶ Helvacı, Kambiyo senetlerinde defiler, s.12-13

1. Senet Metninden Doğan Defiler

Kambiyo senetlerinin zaruri ve ihtiyari unsurları vardır. TTK'nın 583, 688 ve 692. maddelerinde belirtilmiş olan zorunlu unsurları içermeyen senet kambiyo senedi olarak kabul edilemez ve kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takibe konu edilemez. Senet metninden doğan defilerin ileri sürülebilmesi için öncelikle geçerli bir kambiyo senedi olmalıdır.

Bazı hususların senet metninde yer alması caiz görülmemiştir. Bunlardan bir kısmı, örneğin ödemenin taksite bağlanması, kambiyo senedini geçersiz kılar. Bir kısmı da yazılmamış kabul edilir.

Senet metninden doğan defilerde senet metni ifadesinden, sadece senedin metni değil, senedin yüzü, arkası, alonj ve ciro zinciri anlaşılmalıdır³⁷. Senedin şekil şartları bakımından eksikliği, ciro zincirindeki kopukluk, zamanaşımına ilişkin defiler, senet metninde yer alan sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin defiler bu kapsamdadır. Senet metninden doğan defiler herkes tarafından bilineceği için mutlak defilerden kabul edilir ve herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir³⁸. Ancak cirantanın koymuş olduğu sorumsuzluk kaydını ileri sürmesi gibi bazı hallerde senet metni üzerinde yer alan kayıt sadece ilgilisi tarafından ileri sürülebilir³⁹.

2. Senedin Hükümsüzlüğüne İlişkin Defiler

Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler her zaman doğrudan senet metninden anlaşılabilir. Bu defilerden bir kısmı herkes açısından senedin hükümsüzlüğüne; bir kısmı ise senette sorumlu olanlardan sadece bir veya bir kaç bakımından hükümsüz olduğuna ilişkindir⁴⁰. Ancak buradaki hükümsüzlük senedin bütün olarak hükümsüzlüğü değil kişi nezdinde hükümsüzlüktür⁴¹.

Senet üzerinde imzası yer alarak sorumluluk altına girenlerden bir veya bir kaçının imzası sahte ise senet bunlar bakımından hükümsüz olacak ve sadece bu

³⁷ Poroy, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 2005, İstanbul, s.83

³⁸ Helvacı, Kambiyo Senetlerinde Defiler, s.23; İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul, 2001, s.531; Poroy, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.83

³⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak, s.47

⁴⁰ Uyar, Talih, Kambiyo Senetlerine mahsus Haciz Yolu İle Takiplerde Borca İtiraz Nedenleri, İBD, C.82 Sayı.2008/2, s.601

⁴¹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak, s.48

tarafarca hükümsüzlük herkese karşı ileri sürülebilecektir⁴². Kanunda da açıkça belirtilen imzaların bağımsızlığı ilkesi gereği hükümsüzlük şahsında doğan tarafça ileri sürülebilecek, diğerlerinin sorumluluğuna etki etmeyecektir. Sorumlulardan birinin imza anında ehliyetsiz olduğu, iradesinin hata, hile, tehdit gibi nedenlerle sakatlanmış olduğu, senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş olduğu iddiaları da senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defilerdir. Senedin zaruri unsurları içermediği defi, bütün ilgililer bakımından senedin hükümsüzlüğüne yol açacağından herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilen defilerdendir. Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defilerin bir kısmı mutlak nitelikte iken, bir kısmı nisbi biteliktedir

3. Kişisel defiler:

Senet borçlusu ile belli bir alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan defilerdir ve sadece bu taraflar arasında ileri sürülebilir⁴³. Bu defiler, temel ilişkiden(geçersizlik, hata, zamanaşımı, sözleşmenin ifa edilemediği) ya da temel ilişki dışında taraflar arasındaki başka bir ilişkiden (takas) yahut da taraflar arasındaki kambiyo ilişkisine yönelik bir anlaşmadan(ödemeyi şarta bağlama, hatır anlaşması) doğabilir⁴⁴.

Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin ya da senet metninden anlaşılan defilerin dışında kalan defiler bu başlık altında ele alınmaktadır.

Kişisel defiler sadece ilgilileri arasında ileri sürülebilir. Ancak TTK'nın 737. maddesinde belirtildiği üzere hamil bilerek borçlunun zararına hareket etmişse borçlu, önceki hamillerden birisi veya senedi tanzim eden kimse ile arasında doğrudan doğruya mevcut münasebetlere dayanan defileri hamile karşı ileri sürebilecektir.

Defilere ilişkin bu açıklamalarımızdan sonra menfi tespit davasının konusunu oluşturan belirli hususları ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

Borçlu, dava konusu borçtan dolayı borçlu bulunmadığını veya bir sebeple borcu ödeme mecburiyetinde olmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmaktadır.

⁴² Ertekin, Erol/ Karataş, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler Poliçe, Bono, Çek, Ankara, 1998, s.661; İmregün, Kara Ticareti Hukuku,s532

⁴³ Uyar, İtiraz Nedenleri, s.601, Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.84

⁴⁴ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.85

Borçlu olmaması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Borç, hükümsüz olabilir, borca konu senet sahte veya bedelsiz olabilir veya borç sona ermiştir.⁴⁵

B. Hükümsüzlük

Kambiyo senedinin düzenlenmesinde bir temel ilişki bir de kambiyo ilişkisi vardır. Kambiyo senetlerine dayanarak icra takibi yapılmış veya yapılacağı düşünüüyorsa menfi tespit davası açarak kambiyo ilişkisinin veya kambiyo senedi verilmesine neden olan temel ilişkinin hükümsüzlüğü ileri sürülebilir.

İmzaların bağımsızlığı ilkesi gereği senet ile borç altına girenlerden bir veya birkaçına ilişkin hükümsüzlük kambiyo senedini hükümsüz hale getirmeyecek ve diğer ilgililerin sorumlulukları devam edecektir.

Kambiyo senetlerindeki mücerretlik ilkesi gereği temel ilişkinin hükümsüzlüğü kambiyo senedinin de hükümsüzlüğünü gerektirmez, senet geçerliliğini koruyacaktır. Ancak kumar borcu veya ahlak ve adaba aykırı bir amaçla düzenlenen senet asıl borç ilişkisinin batıl olması sebebiyle hükümsüz sayılacaktır⁴⁶. İyi niyetli hamillerin korunacağı da unutulmamalıdır.

Hükümsüzlük; askıda hükümsüzlük, butlan ve iptal edilebilir halleri içerir.

Belirli hükümsüzlük hallerini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

1. Askıda hükümsüzlük halleri

Askıda hükümsüzlük halleri, kurucu unsurları ve geçerlilik şartları mevcut olan ve bu nedenle de geçerli sayılan bir işlemin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için sonradan bir olgunun gerçekleşmesinin arandığı hallerdir⁴⁷. Askıda hükümsüzlük hallerinin bir kısmını alt başlıklarda inceleyeceğiz.

a. Ehliyetsizlik

Akit ile borçlanmaya ehil kimse poliçe, bono ve çek ile de borçlanmaya ehildir. Kambiyo senedi düzenlendiği sırada düzenleyen veya ciro ederken ciranta ehil olmalıdır, senedin elinden çıkmasından sonra taahhüt altına giren kişinin ehliyetini kaybetmesi önemli değildir.

⁴⁵ Türk, Menfi Tespit, s.67

⁴⁶ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.726

⁴⁷ Öztan, Medeni Hukuk, s.33

Tüzel kişiler, zorunlu organlara sahip olduktan sonra fiil ehliyetini kazanırlar. Ticari şirketlerde ise fiil ehliyeti için ticaret siciline tescil gerekir. Bu andan itibaren de ticaret şirketleri kambiyo taahhüdünde bulunabilir.

Senedi düzenlerken ehil olan borçlu, senedi lehtara verirken ehliyete haiz değilse kambiyo ilişkisi hükümsüz sayılacaktır ve ehliyetsizliğe dayanarak menfi tespit davası açabilecektir. Çünkü ehliyetsizlik sebebiyle taahhüdün geçersizliği senedin verilme anını da kapsayacağından geçerli bir verme anlaşması olmadan lehtar veya ciro edilen alacaklı sıfatını kazanmayacak ve ehliyetsizlik defi ile karşılaşacaktır⁴⁸.

b. Temsil Yetkisinin Olmaması

Bir kişi temsil olunan tarafından açıkça yetkilendirilmedikçe veya bu yetkisi kanundan kaynaklanmadıkça temsil olunan adına kambiyo taahhüdünde bulunamayacaktır.

Temsil olunan kişi temsilcisine genel yetki verebilir. Fakat Borçlar Kanununun 388/3. maddesinde kambiyo taahhüdünde bulunmanın özel yetkiyi gerektiren işlemlerden olduğu belirtilmiştir. Ayrıca BK'da belirtildiği üzere ticari mümessil, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı müessese sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmak yetkisine sahiptir (BK m.450/1), ticari vekil ise ayrıca yetkilendirilmedikçe kambiyo taahhüdünde bulunamayacaktır (BK m.453/2).

Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler (MK 342.m). Bu sebeple küçük adına kambiyo senedi düzenlerken herhangi bir izin almaları gerekmemektedir.

Tüzel kişilerde temsil yetkisi ana sözleşme veya yasa ile belirlenmektedir. Tüzel kişilik kurulmadan tüzel kişi adına kambiyo senedi düzenlenirse düzenleyen kişi senetten şahsen sorumlu olacaktır⁴⁹.

Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Uygulamada senet üzerinde temsil olunanın adı veya kaşesi altına “temsilen”, “vekâleten” gibi ifadeler yazılarak imza atılmaktadır.

⁴⁸ Türk, Menfi tespit, s.155

⁴⁹ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.762

Temsil olunan hukuki işlem HUMK'taki belgelerle ispatı gerekecektir⁵⁰. Tüzel kişiler açısından yetki, imza sirküleri ve ticaret sicili kayıtları gibi bir takım belgelerle ispatlanmaktadır⁵¹.

TTK'nın 590. maddesine göre temsile yetkili olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatıyla poliçeyi imzalayan veya yetkisini aşarak poliçeyi imzalayan kimse, o poliçeden bizzat sorumlu olacaktır. Bu hüküm bono ve çek için de geçerlidir. Tüzel kişinin çift imza ile temsil edildiği hallerde ticari senet temsilcilerden birisi tarafından düzenlenmişse tüzel kişi temsil edilmiş kabul edilemeyeceğinden senedi düzenleyen veya keşide eden bu temsilci senetten şahsen sorumludur⁵².

Ticaret şirketlerinde temsil yetkisine sahip olanlar, şirketin konusuna giren işlerde yetkili olduklarından şirketin konusunun tamamen dışında bir iş için kambiyo senedi düzenlemişlerse yetkilerini aştıkları kabul edilmelidir. Yetkisizlik halinde temsil olunan, borçlu kabul edilemeyecek ve menfi tespit davası açma hakkına sahip olacaktır. Temsilcinin ödemededen kaçınabilmesi için temsil yetkisine haiz olarak senedi imzaladığını ispat etmesi gerekmektedir. Çünkü hamilden bunun ispatını beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır.

Şirket adına imzaya yetkili olanlar şirketin unvanını da ilave etmek mecburiyetinde olduklarından (TK 322.m), şirketin unvanı (kaşesi) konulmadan atılan imzalar şirketi bağlamayacaktır. Bu nedenle senedi imzalayan şirket yetkilisi başkası adına hareket unsuru anlaşılmadığından kambiyo senedinden kişisel olarak sorumludur⁵³.

Bir kişinin temsil yetkisinin olmamasına rağmen bir gerçek kişi veya tüzel kişi adına senet düzenlemesi halinde temsil olunan bu kişi senedi kabul ederse veya ticari defterlerine kaydederse temsilcinin imzaladığı başka senetleri yetkisizliğe dayanarak kabul etmemesi MK'nın 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralıyla bağdaşmayacaktır⁵⁴. Zira herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken

⁵⁰ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.161

⁵¹ Türk, Menfi Tespit, s.155

⁵² Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, S.763

⁵³ Türk, Menfi Tespit, s.157

⁵⁴ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.762

dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Senet imzalandığı anda yetkisiz olmasına rağmen temsil olunan tarafından daha sonra verilen icazet temsili geçerli hale getirecek ve kambiyo senedinden temsil olunan sorumlu olacaktır.

2. Butlan

Bir sözleşmenin kurucu unsurlarının tamam olmasına rağmen geçerlilik unsurlarından kamu düzenine ilişkin olanların eksikliği halinde sözleşme batıldır (kesin hükümsüzdür). Butlanla sakat bir işlem yeniden canlandırılmaz ve yapıldıkları andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmazlar⁵⁵.

Ehliyetsizlik, geçerlilik şekline, genel ahlaka, hukuka veya kamu düzenine aykırılık, imkânsızlık, muvazaa sözleşmenin butlanına yol açan hallerdir⁵⁶. Bu haller kamu düzeninden olduğu için açılan davada hakimin resen dikkate alması gerekmektedir. Bu butlan halleri herkes tarafından ileri sürülebilir, dava açmaya veya beyanda bulunmaya gerek olmaksızın butlan sebebiyle sözleşme geçersizdir. Butlan yaptırımını her zaman ileri sürülebilir⁵⁷.

Kambiyo sözleşmesinde de bu butlan halleri mevcut olabilir. Borçlu, batıl olan kambiyo senedi hakkında hukuki yararı olduğu sürece menfi tespit davası açabilecektir.

Ehliyetsizlik yukarıda incelendiği için tekrar yapmaktan kaçınıyoruz⁵⁸.

Genel ahlaka aykırı bir amaç için kambiyo senedi düzenlenmişse BK 20. Maddesi uyarınca sözleşme geçersiz olacaktır ve borçlu bu sebebe dayanarak menfi tespit davası açabilecektir. Genel ahlaktan kasıt normal zekaya sahip insanların ve genel olarak toplumun sahip olduğu ahlak anlayışıdır. Ahlaka aykırılıktan dolayı kambiyo taahhüdünün hükümsüzlüğünü ileri sürebilmek için her iki tarafın da bu amacı gütmesi veya amaçtan haberi olması aranmalıdır⁵⁹.

Görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir müddet sonra ödeme vadesi konulmuş olan poliçelerde faiz şartı konulabileceği kanunda belirtilmiştir (TTK

⁵⁵ Öztan, Medeni Hukuk, s.32

⁵⁶ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, s.131; Kılıçoğlu, a.g.e.,s.61

⁵⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s.61

⁵⁸ Bkz. S.32

⁵⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.76

m.587). Diğer vadeli poliçelerde ise faiz şartı yazılmamış sayılacaktır. Uygulamada faiz yazmanın caiz olduğu durumlarda faiz miktarı yüksek oranda tutulmuşsa menfi tespit davası açarak bu miktara ahlaka aykırı olmasından dolayı itiraz edilebilmektedir⁶⁰. Evlilik dışı cinsel ilişkiye rıza göstermesi, bir kimsenin dinini, milliyetini değiştirmesi, başlık parası için verilen kambiyo senetleri de ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüzdür ve menfi tespit davasına konu olabileceklerdir⁶¹.

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre sözleşmenin içeriği hukukun emredici hükümlerine veya kanuna aykırı ise yahut da şahsi hükümlere ilişkin haklara aykırılık varsa sözleşme batıldır. Bu sebeple hukuka ve kamu düzenine aykırı bir amaçla verilen senetler de batıldır. Medeni Kanun'un 23. maddesine aykırı olarak kişi, özgürlüğünden vazgeçmek ya da özgürlüğünü kanuna veya ahlaka aykırı olarak sınırlamak için kambiyo ilişkisine girmişse bu sözleşme batıldır⁶². Bir kimsenin bir borç için dava hakkından önceden vazgeçmesinin, işçinin işinden ayrıldıktan sonra eski işyeri ile rekabet etmeyeceğine dair yaptığı rekabet yasağı sözleşmesinin, kendi yaşamını tehlikeye atarak organ bağışında bulunmasının hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu belirtilmiştir⁶³. Birisini öldürmek, malını çalmak, ihaleye fesat

⁶⁰ Türk, Menfi Tespit, s.86

⁶¹ Uyar, Olumsuz Tespit, s.216 vd. nda yer alan bazı Yargıtay kararları: "ihaleye fesat karıştırmak suretiyle, ihalenin belli bir kişinin üzerinde kalmasını sağlamak için verilen senetlerin ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle iptali gerekeceği"(HGK 5.3.1986 T. 11-832/199), "Başlık parası olarak verilen senedin iptaline karar verilmesi gerektiği" (11.HD. 14.10.1991 T. 3308/5366), "Borçludan kendisini evlenmeye zorlamak amacı ile alınan senetlerin iptali gerekeceği" (11.HD. 29.3.1988 T. 6954/1834); KAÇAK, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s.767 vd.nda yer alan bazı Yargıtay kararları "Ahlaka aykırı bir gayeyi temin için yapılan akitler BK 'nın 19 ve 20. maddeleri uyarınca batıl olduğu gibi, ticari senetlerin de böyle bir amacı gerçekleştirilmesi için verildiği hallerde kambiyo taahhüdü de geçersizdir."(Y. HGK. 5.3.1986-11-832/199), " taraflar arasındaki davada iptali istenen senedin, davacının davalıya evlenmeyi sağlamak için verildiğinin anlaşılmasına göre senedin iptali gerekir." (Y. 4. HD. 21.6.1963-2244/2015); Şimşek, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara, 1983, s.301'de yer alan HGK 7.11.1934gün E.42 K.35 sayılı kararı: "Nikahsız birlikte yaşamak için yapılan akdin mevzuu, ahlak ve adaba aykırı bulunduğu cihetle bunun sağlanması için tanzim edilen bononun iptali icap eder."; ŞİMŞEK, Ticari Senetler, s.306 vd.: "ihaleyle katılmamak nedeniyle verilen bononun iadesi gerekir. BK m.65 gereğince haksız veyahut ahlaka mugayir bir maksat istihali için verilen şey geri alınmaz. Dava konusu senette muayyen meblağın tediyesi taahhüt edilmiş olmasına ve binaenaleyh verilmiş bir şey olmamasına göre olayda BK'nun 65. Maddesinin uygulama yeri bulunmamakta ise de davacı iddiasını yazılı bir delil ile isbat edememiş olmasına göre sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanması gerekmiştir." (Y. 11. HD. 11.11.1977 gün ve E.4395, K.4985)

⁶² Türk, Menfi Tespit, s.82

⁶³ Türk, Menfi Tespit, s.82

kariştirmek, evlenme hakkına sınırlama getirmek, ihaleye girmemek için verilen sentler de batıldır⁶⁴.

Borçlar Kanunu'n 505. Maddesinde yer alan hükme göre kumar oynayan veya bahseden kimse tarafından imza edilmiş adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir şahsa devredilmiş olsa bile bunlara dayanarak hiç kimse bir hak talep edemez. Aynı maddede iyi niyetli olarak kıymetli evraka ilişkin hak kazananların hakları saklı tutulmuştur. Kumar borcu için düzenlenen ya da devredilen kambiyo senedine dayanarak takip yapılmış veya yapılacağı düşünülüyorsa menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar vardır. Senedin kumar borcu karşılığı olduğu tanık dahil her türlü delille ispatlanabileceği kabul edilmektedir⁶⁵.

3. İptal edilebilir haller

Hata, iradeyi sakatlayan hallerdendir. Hatanın esaslı hata olması halinde hataya düşen o sözleşme ile sorumlu tutulamaz. BK'nın 24. maddesinde esaslı hata halleri sayılmıştır. Esaslı hata temel ilişkide veya kambiyo ilişkisinde yer alabilir, kişi senedi düzenlerken veya ciro ederken hataya düşmüş olabilir. Senedin taşınmaz mal satışı dolayısı ile düzenlendiği bir halde satın alanın inşaat yapmak istediği arsaya imar izninin verilmemesi halinde esaslı hata vardır⁶⁶. Hata halinde dava açmaya gerek kalmaksızın tek taraflı beyanla sözleşmeden dönülebilir. Borçlu, hata

⁶⁴ Şimşek, Ticari Senetler, s.299vd.;

⁶⁵ Şimşek, Ticari Senetler, s.313 vd.: "İptali istenen bononun kumar borcuna karşılık verildiği iddia edilmiştir. Kumar ve bahis borçları diğer eksik borçlardan farklı olarak alacaklısına dava hakkı vermez. Çünkü eylem olarak kumar ve bahis hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırıdır. HUMK ile benimsenen sistemde ve özellikle 293. maddesinin 2. ve 5. bentlerinde bir eylemin hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırılığının tanıkla ispat edilebileceği merkezindedir. Aynı maddenin 4. bendinde ise halin icabına ve her iki tarafın durumlarına nazaran senede bağlanması müteamil olmayan işlemlerde de tanık dinlenebileceği öngörülmüştür. Bir işlemin teamül niteliğini kazanması için her şeyden önce hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırı olmaması gerekir. Kumar ve bahis borçları ise genel ahlak kurallarına aykırı eylemler olduğundan yasal anlamda teamül niteliğini kazanmaları olanaksızdır. O halde her iki halde de borcun kumar ve bahisten doğduğu iddiasının tanıkla kanıtlanmasına olanak verilmelidir." Y. 11. HD. 4.5.1978 gün, E. 78/2426, K. 2276; Y. 11. HD. 30.5.1978 gün ve E. 78/2335, K. 2877; Y. 11. HD. 4.5.1978 gün ve E. 78/2426, K.2276; Yargıtay 11. HD. 'nin görüşü bu yönde iken 19. HD. si aksi yönde karar vermiştir: "Bono, mücerret bir borç ikrarıdır. O halde, bono borçlusunun ilk önce bonodaki borç ikrarının sebebinin kumar veya bahis olduğunu ispat etmesi gerekir, bu ise tanıkla ispat edilemez (HUMK m.290). ancak senet (kesin delil) ile ispat edilebilir. Aksi halde yani bononun kumar veya bahis borcu için düzenlendiği iddiasının tanıkla ispat edilebileceğinin kabulü durumunda bono emniyeti kalmaz; her bononun, kumar veya bahis borcu için verildiği yalancı tanıklarla ispat edilerek iptali sağlanabilir. Bu ise hem HUMK.nun 290. maddesi hükmüne hem de bono emniyetine aykırı düşer." 19. HD. 9.5.2006 tarihli E. 2006/2181, K. 2006/5137 (Kaçak, Nazif, Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek, Ankara, 2007, s.1258)

⁶⁶ Şimşek Ticari Senetler, s.288

sebebiyle sözleşmeden döndüğü için borçlu olmadığını kendisine karşı açılan bir davada ileri sürebileceği gibi menfi tespit davası açarak da ileri sürebilecektir⁶⁷. Hataya dayanarak ticari senedin iptalini veya o senetten dolayı borçlu olmadığının tespitini talep eden taraf hatayı öğrenmesinden itibaren bir sene içerisinde bu davayı açmalıdır⁶⁸.

Hile, Yargıtay Genel Kurulu tarafından şu şekilde tanımlanmıştır; bir kimsenin gerçek durumu bilmesi halinde kabul etmeyecek olduğu bir şeyi kabul etmesine diğer tarafın hareket ve sözleriyle yol açmasıdır⁶⁹. Yargıtay, bir hukuki işlemde hilenin var olup olmadığını tespit ederken bu tanımda yer alan unsurların hepsinin somut olarak olayda yer almasını aramaktadır⁷⁰. Asıl borç ilişkisi hile ile sakatsa kambiyo ilişkisi asıl borç ilişkisinden bağımsız olduğu için senet kendiliğinden hükümsüz hale gelmez, hileye uğrayan taraf hile sebebiyle asıl borç ilişkisi ile bağlı olmadığını karşı tavra bildirmişse senet bedelsiz hale gelecektir⁷¹.

İkrah da iradeyi sakatlayan hallerdendir. İkrah mal varlığına, vücut bütünlüğüne ya da şahıs ve namusuna ilişkin olabilir. Hukuki bir hakkın kullanılacağı ileri sürülerek fahiş menfaatler temin edilmiş ise burada da ikrahın varlığından söz edilecektir (BK m.30). Korkutma ağır ve derhal vuku bulacak nitelikte olmalıdır. Korkunun ortadan kalkmasından itibaren bir sene içerisinde ikrah sebebiyle sözleşme ile bağlı olunmadığı ileri sürülmelidir.

Gabin, bir tarafın müzayaka halinde olmasından veya hiffetinden yahut da tecrübesizliğinden yararlanılarak edimler arasında aşırı bir oransızlık meydana getirilmesi halidir. Burada zararlı görünen taraf bir sene içerisinde gabin sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edebilir. Tacir olan taraf hiffet ve tecrübesizliğe dayanamasa da müzayaka halinde olması sebebine dayanabilir⁷². Ticari senedin ödeme aracı olarak kullanıldığı hallerde gabinin unsurları mevcutsa zarar gören taraf

⁶⁷ Türk, Menfi Tespit, s.93

⁶⁸ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.730

⁶⁹ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.730; Şimşek, Ticari Senetler, s.289; Türk, Menfi Tespit, s.94

⁷⁰ Türk, Menfi Tespit, s.94

⁷¹ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.731

⁷² Türk, Menfi Tespit, s.96-97

olan borçlu, kendi akdine karşı ve kötü niyetin varlığı halinde senedin hamiline karşı senedin geçersizliğini ileri sürer⁷³.

Hata, hile, ikrah ve gabin halleri, her ne kadar senede karşı senetle ispat kuralı olsa da, tanıkla ispat olunabilecektir ve hileyi iddia eden davacı ispatla yükümlüdür⁷⁴.

C. Sahtelik Ve Tahrifat Defi:

Borçlu, alacaklının icra takibi yaptığı ya da yapması ihtimali olan senedin sahteliğini, tahrifatını ileri sürerek menfi tespit davası açabilir. Sahtelik iddiasını senet üzerinde yer alan imzanın kendisine ait olmadığı, meblağın, ödeme yerinin vb. hususların tahrif edilmiş olduğuna dayandırabilir.

Tahrifatı senet metni üzerinde değişiklik yaparak belgenin anlamını bozmak veya değiştirmek olarak tanımlayabiliriz⁷⁵. Senet metni ifadesinden kambiyo senedi, alonj ve protesto belgeleri anlaşılmalıdır.

Sahtelik defi açılmış bir davada ileri sürülebileceği gibi ayrı bir dava açılarak da ileri sürülebilir. Senedin sahteliği ve dolayısıyla böyle bir taahhüt borcunun olmadığı tespiti için açılacak bu dava, menfi tespit davasıdır. Sahtelik defi mutlak

⁷³ Şimşek, Ticari Senetler, s.291

⁷⁴ “ Davacı, dava dilekçesinde gösterdiği şartlar tahakkuk ettiği takdirde davalıya verilmek üzere emaneten 3. Şahıs (R) ye bırakılan senedin davalının bu şartları yerine getirmeden tazyikle (R) den aldığı iddia ederek davasını ikame ettiğine göre bu fiili hadisenin ispatı bakımından şahit dinlenmesine kanuni mani bulunmadığı halde senet metnine dayanılarak yazılı delile karşı şahit dinlenemeyeceğinden bahisle şahitleri dinlemeden yeminle davanın sonuçlandırılmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Y. 11. HD. 25.12.1967 gün ve K. 4955 (Şimşek, Ticari Senetler, s.293); “Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasında ticari ilişki bulunmadığını, davalının hile ve desiselerle müvekkilinden aldığı senedi ticari defterine kaydettiğini ileri sürerek dava konusu senedin iptalini talep etmiştir. Davacı dava dilekçesinde hileye dayanmışsa da mahkemece bu yönde araştırma yapılmamıştır. Bu durumda davacının isticvap edilerek hilenin hangi vakıyyla gerçekleştirildiğinin açıklattırılması, açıklanan vakıyalar hile olgusunun varlığını ortaya koyuyorsa davacının bu yöndeki delillerinin sorulması ve HUMK’un 293/5’inci maddesi uyarınca tanıklı ispat olanağı tanınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetsizdir.” Y. 19. HD. 21.12.1995 3458/10630 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Polişe Bono Çek s.456-457); “Senedin imzayı kapsayan pulların bulunduğu kısmın tamamen yırtılıp alınmış olması senedin ödendiğine bir kanıt teşkil etmekte ise de davacı bu eylemin rızası dışında ve hile ile borçlu tarafından karısından alınarak gerçekleştirilmiş olduğunu iddia ettiğine göre bu fiili durumun tanıkla ispatı mümkün olduğundan ve ispat yükü de davacıya ait olduğundan bu konuda göstereceği deliller toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde tahsile karar verilmesi doğru değildir.” Y. 11. HD. 2.2.1978 gün ve E.236, K.256 (Şimşek, Ticari Senetler, 298)

⁷⁵ Erdem, Nuri, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul, 2008 s.21; Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.765

defilerden olduğundan herkese karşı ileri sürülebilir⁷⁶. Yargıtay da sahtelik veya tahrifat iddiasının iyi niyetli olsa dahi senedi elinde bulunduran herkese karşı açılabileceğini kabul etmektedir⁷⁷.

Senet metninin tahrifatından kaynaklanan bu defî bazı yazarlarca senet metninden anlaşılan defî kapsamına sokulmuştur⁷⁸. Bazı yazarlarca ise senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defilerdendir⁷⁹. Senet metninde tahrifat defî hükümsüzlük şahsında doğan kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Bizce de defî konusu senet metni üzerinde gerçekleşmiş olmasına rağmen defî hakkı sahibi tahrifata uğramış halde taahhütte bulunmadığı için tahrifat ya da sahtelik defî, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defilerdendir.

Sahtelik defîni ileri sürebilmek için öncelikle geçerli bir kambiyo senedi olmalıdır. Poliçenin ihtiva etmesi gereken zorunlu unsurlar TK'nun 583. maddesinde, bonoya ilişkin olanlar 688. maddesinde, çeke ilişkin olanlar ise TK'nun 692. maddesinde ve Çek Kanununun çeşitli hükümlerinde belirtilmiştir.

Geçerli bir kambiyo senedi tedavüle çıktıktan sonra metin üzerinde bir takım değişikliklere uğrayabilir. Senedin vadesi, ödeme yeri, bedeli gibi unsurları değiştirilmiş olabilir. TK'nın 660. maddesi şu şekildedir: "Bir poliçe metni tahrif edildiği takdirde değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kimseler değişmiş metin gereğince ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metin gereğince mesul olurlar." Bu hüküm, 690. madde gereği bonolar hakkında, 730 madde gereği de çekler hakkında da uygulanır. Bu hükme göre senet metni değiştirilmiş ise bu yeni metinden muvafakat verenler sorumlu olacak, muvafakatine dair bir işaret olmayanlar ise eski metinden sorumlu olacaklardır. Muvafakatini bildirmiş kimse, senedi bu değişiklikten sonra iktisap edene karşı yeni muhteva ile sorumlu olacaktır, çünkü değişiklik geriye uygulanmayacaktır⁸⁰.

⁷⁶ Erdem, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler, s. 28; Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.766

⁷⁷ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s. 767'de yer alan Y.HGK. 21.9.1977 tarihli 3343-743 sayılı karar

⁷⁸ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak, s.48

⁷⁹ Erdem, a.g.e., s.32

⁸⁰ Erdem, a.g.e., s.19

Senet metnindeki değişikliklerin ileri sürülebilmesi için muvafakatin senet metninde belirtilmesi gerekmektedir⁸¹. HUMK m. 298/1’de senetteki çıkıntının ve senedin metni veya eklentisinde yer alan kazıntı ve silintilerin tasdik edilmemiş olması halinde inkâr üzerine yok hükmünde kabul edilecekleri düzenlenmiştir. Muvafakatin ispatı açısından muvafakat verenin imzası ya da parafı aranmaktadır⁸².

Tahrifat, senet metninde yer alan bir hususun çıkartılması ile yapılmış olabilir. Senedin lastik veya başka yöntemlerle kazınması şeklinde mekanik araçların kullanılmasıyla tahrifat gerçekleştirilmişse tahrifatın saptanabilmesi için kağıt, kalınlık incelik yönünden incelenmeli veya yazının senedin arka kısmında yaptığı izler belirlenmelidir⁸³. Kimyasal araçlar kullanılarak yazının bir kısmı çıkarılmışsa quartz lambaları ve çeşitli kimyasallar ile tahrifat anlaşılabilir⁸⁴.

İmza, el yazısı ile atılmış olmalıdır. Mühür, damga gibi herhangi bir mekanik araçla atılan imza kambiyo senedi açısından geçerli değildir⁸⁵. Parmak basmak da geçerli bir imza teşkil etmeyecektir. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir⁸⁶.

TTK’nın 589. Maddesi şu şekildedir: “Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını, sahte imzaları, mevhum şahısların imzalarını yahut imzalayan veya namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşırırsa, diğer imzaların sıhhatine bu yüzden hanel gelmez.” Bu madde imzaların bağımsızlığı ilkesini düzenlemektedir. İmzaların bağımsızlığı ilkesi bono ve çek için de geçerlidir. Senet metni üzerinde yer alan imzalardan birisinin çeşitli sebeplerle hükümsüz olması diğer imzaların sıhhatine etki etmeyecektir. Kambiyo senedi üzerinde şekil bakımından tamam olan ve senedin

⁸¹ Erdem, a.g.e., s.20

⁸² Y. 12.HD. 01.07.1997 tarihli 7582/7823 sayılı kararı: “Bu düzeltmede keşidecinin imzası ya da parafı yoktur. HUMK’un 298. maddesi gereğince.”, Y. 12.HD. 17.02.1998 tarihli 3684/1633 sayılı kararı: “ Senetteki değişikliğin borçlunun onayı ile yapılmış olduğunun, alacaklı tarafından yazılı belge ile (borçlunun değişiklik yanında yer alan imza ya da parafı) ile kanıtlanması gerekir.” (Bkz. Erdem, a.g.e., s.20 dn.70)

⁸³ Erdem, a.g.e., s.22

⁸⁴ Erdem, a.g.e., s.22

⁸⁵ Gürbüz, A.Hulusi, Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar,İstanbul, 1984, s.659

⁸⁶ “...bonoda teecessüm eden hakkın ciro yoluyla başkasına intikal edebilmesi için bonoya yazılması ve ciranta tarafından imzalanması gerekir. Olayımızda ise, imza yerine parmak izi ve mühür kullanılmıştır. Bu hali ile muris tarafından yapılan bu devir işleminin ciro olarak kabulü mümkün değildir.” Y.11.HD. 11.10.1982 tarihli ve E.3760, K. 3798 numaralı kararı (Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali,s.660)

görünüşüne göre sahibini bağlayacak bir imzanın bulunması yeterlidir, gerçekte olmayan bir şahsa ait imzanın bulunması diğer imzaların geçerliliğini etkilemeyecektir. Fakat imzanın Nasrettin Hoca veya Sultan Süleyman gibi bir isim altında keşide edilmiş olması halinde o ticari senette borçlu (keşideci) bulunmayacağından senedin geçersiz olacağı belirtilmiştir⁸⁷.

TTK'nın 4. maddesine göre kambiyo senetlerine ilişkin davalar ticari davalardır. Ve yine aynı madde uyarınca ticari davalarda deliller ve bunların ikamesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir. Kambiyo senetlerine ilişkin tahrifat ve sahtelik iddiaları ticari dava sayılacağından, senetlere özgü usul kuralları ticari senetler bakımından da geçerlidir⁸⁸. Bu sebeple sahtelik ve tahrifat iddiası ile dava açan davacı iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

Sahtelik iddiası HUMK'un 308. ve müteakip maddelerine göre incelenir.

HUMK m.314 şu şekildedir: "Resmi ve gayri resmi her nevi senedatin sahteliğini iddia eden kimse asıl davayı rüyet eden mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerek davayı hadise suretiyle ikame edebilir. Usulüne tevfi kan icra kılınan tetkikat neticesinde senedin sahte olmadığına dair mahkemeden sadır olan karar kesbi katiyet ettikten sonra iş bu senet hakkında mahakimi cezaiyede dahi sahtelik iddiası mesmu olmaz." Bu maddeye göre senedin sahteliğini ileri süren kişi, bu iddiasını ayrı bir dava açarak ileri sürebileceği gibi açılmış bir davada da ileri sürebilir. Sahtelik iddiasının yazılı olarak ileri sürüleceği ve bir örneğinin karşı tarafa gönderileceği yasada düzenlenmiştir (HUMK m.316). Dava sonucunda senedin sahteliğine karar verilirse hukuk mahkemesinin verdiği bu karar kesinleştikten sonra ceza mahkemesinde sahtelik iddiası incelenmez, hukuk mahkemesinin kararı kesin delil teşkil eder.

Senedin sahteliğine ilişkin açılmış menfi tespit davasında HUMK'un 317. maddesi önem teşkil eder. Madde şu şekildedir: "Sahtelik iddiası 308 inci madde ile mevaddı mütaakıbesi ahkamına tevfi kan tetkik olunur. Sahteliği iddia kılınan senedin ehlihibre marifetiyle tetkik ve tatbıkına ve vakayi ve hadisattan haberdar olanların istimanna karar verildiği takdirde bu kabil senedat, neticei hükme kadar bir güne

⁸⁷ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.766

⁸⁸ Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali, s.661

muameleye esas ittihaz kılınmaz. Ancak bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de halel gelmez ve ledelhace senet sahibi hukukunun muhafazası zımında sair ihtiyati tedbirlere de tevessül edebilir.” Bu madde uyarınca sahteliği iddia olunan senet hakkında bilirkişi incelemesi ve senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verildiği andan itibaren senet hiçbir işleme konu edilemez. Bu kararın verilmesi anından itibaren icra takibi kendiliğinden duracaktır⁸⁹.

Senedin sahteliği iddiasını inceleyen mahkeme bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesine karar vermediği takdirde menfi tespit davasının icra takibine etkisi HUMK m.317’ye göre değil, İİK m.72’ye göre belirlenir.

Ceza mahkemesinde sahteliğe ilişkin dava açılmış olabilir. Ceza davasının, icra takibini durdurabilmesi için bilirkişi incelemesine, senedin yazıldığını görenlerin tanık olarak dinlenmesine karar verilmiş olmalıdır ve borçlunun davaya ferî müdahil olarak katılarak senedin iptalini talep etmiş olmalıdır⁹⁰. Borçlu, bu davaya müdahil olarak senedin iptalini istemişse sahtelik davası ceza mahkemesinde derdest olduğundan menfi tespit davası açamayacaktır. Ancak müdahil olmamış ise daha sonra menfi tespit davası açmasında hukuki fayda vardır. Hukuk mahkemesi, ceza yargılaması neticesinde verilen kararın kesin delil teşkil etmesi sebebiyle ceza yargılamasının sonuçlanmasını bekletici mesele yapmalıdır⁹¹.

HUMK’un sahteliği ileri sürülen senet hakkında bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesine karar verildiği andan itibaren senedin hiçbir işleme konu edilemeyeceği açık hükmüne rağmen Yargıtay 12. HD. si bir kararında senedin herhangi bir işleme tabi tutulamaması için bilirkişi raporunun sahtelik açısından olumlu yönde olmasının gerektiği belirtilmiştir⁹². Yargıtay’ın bu görüşü kanunda bilirkişinin olumlu raporuna ilişkin bir ifade olmadığı için eleştirilmiştir⁹³.

⁸⁹ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.357; Türk, Menfi Tespit, s.77

⁹⁰ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.357-358

⁹¹ Kuru, Baki, İcra ve İflas hukuku El Kitabı, İstanbul, 2006, s.307; Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.358

⁹² Y. 12. HD. 14.12.1982 tarihli E.9160 K.9471 sayılı kararı: “ ...sahtelik iddiası ile açılan davada dava konusu senet üzerinde bilirkişi incelemesine geçilmiş ve senedin sahteliği hakkında olumlu biçimde bilirkişi raporu verilmiş ise ancak bu halde senedin herhangi bir işleme esas tutulamayacağı ve dava sonucunun bekleneceği HUMK’un 317. maddesi hükmü icabıdır.” (Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.357)

⁹³ Muşul, İcra ve iflas Hukuku, s.357

Senet metninde tahrifat yapıldığı veya sahte imza atıldığı iddiasında senet metninin aslı incelenmelidir, fotokopi üzerinden inceleme kabul edilemeyecektir⁹⁴. Islak imzanın incelenmesi açısından da fotokopi üzerinden inceleme yapılamayacağı için aslı üzerinden inceleme yapılmalıdır.

Senet ona isnat edilen tarafın elinde ise karşı tarafın isteği üzerine senedi ibraz etmelidir. Bu kişi senedin elinde olduğunu kabul eder ancak ibrazdan kaçınırsa senedin ibrazını isteyen kişinin ileri sürdüğü münderecatı kabul etmiş sayılır⁹⁵. Senedin elinde olduğunu inkar ederse senedin ibrazını isteyen taraf yemin teklif etmelidir. Kendisine yemin teklif edilen taraf yeminden kaçınırsa karşı tarafın iddialarını kabul etmiş sayılacaktır. Senet üçüncü kişinin elinde ise bu kişi tanık sıfatıyla mahkemeye davet edilecek, gelmemesi halinde tanık olması sebebiyle zorla getirilmesine karar verilecektir⁹⁶.

Senet üzerinde yer alan imza reddedilirse tarafların iddia ve delillerini inceleyen mahkeme bir kanıya varamazsa belirlenen bir günde tarafların bizzat iddialarını kanıtlamalarına karar verebilecektir. Taraflar çağrıldıkları günde iddialarını ve delillerini ileri süreceklerdir. İmzasını inkar eden kişi, usulüne uygun isticvap için çağrılmasına rağmen gelmezse imzayı ikrar etmiş sayılacaktır⁹⁷.

İkinci aşamada da hakim bir kanıya varamazsa imza inkarında bulunan kişinin oturarak ve ayakta bir çok imza örneği alınır, yazı yazdırılır. Alınan örnekler karar vermek için yeterli görülmezse bilirkişi incelemesi yaptırılacak, tanıklar dinlenecektir⁹⁸.

Tahrifat iddiası, şahit dâhil bütün delil türleri ile ispatlanabilir⁹⁹. Tahrifatın açık olduğu hallerde hâkim bilirkişi incelemesine gerek duymaksızın kendisi inceleme yapabilir. Ancak senette tahrifat veya sahtelik iddiası çözümü uzmanlık gerektiren bir husus olduğu için hakim, bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır. Bilirkişiler

⁹⁴ Y. 11.HD. 17.04.1990 tarihli 5055/5530 sayılı kararı(Erdem, a.g.e, s.23)

⁹⁵ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.428

⁹⁶ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.428-429

⁹⁷ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.772

⁹⁸ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.772

⁹⁹ Erdem, a.g.e, s.22

grafoloji uzmanı olmalıdır¹⁰⁰. Güzel Sanatlar Fakültesi ve Polis laboratuvarında da inceleme yaptırılabilir¹⁰¹.

Bilirkişi incelemesinde iki tarafın uzlaştıkları her türlü belge ile resmi senetlerden olan ve bir kimse tarafından görevi icabı veya mahkeme huzurunda yazılan veya imzalanan belge dikkate alınır. (HUMK m.309/3) Uygulamada bilirkişi incelemesi için imza inkarında veya tahrifat iddiasında bulunan tarafın özellikle resmi kurumlar ve bankalar nezdinde yer alan imza ve yazı örnekleri istenmektedir ve bilirkişi incelemesi bu belgelerle senet aslı üzerinden yapılmaktadır. Örneğin çekte yer alan imzayı inkar eden tarafın daha önce ödemiş olduğu çeklerdeki ve bankadaki imzaları incelenmek üzere ilgili kurumlardan talep edilmektedir. İmza veya yazı incelemesinde incelemeye esas alınacak imza ve yazıların borçluyu bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Buna örnek olarak memuriyet sıfatıyla atılmış imzalar, tapu sicilinde, evlenme defterinde yer alan imza ve yazılar, noterlerce düzenlenen belgelerdeki imzalar sayılabilir¹⁰².

İncelemeye esas alınacak belge olmadığı veya yeterli görülmediği takdirde bilirkişi tarafından belirlenecek sözlerle inkar eden kimseye yazı yazdırılır.

Borçlu, kendisine karşı yapılan takipte imzaya itiraz etmişse itirazı inceleyen icra mahkemesi bilirkişi incelemesi yaptırmış olabilir. Daha sonra açılan menfi tespit davasında açılmışsa davaya bakan hakimin, icra mahkemesinin kararı üzerine hazırlanan bilirkişi raporuna dayanarak karar vermesi icra mahkemesinin inceleme yetkisinin sınırlı olduğu gerekçesiyle doğru bulunmamıştır¹⁰³. İcra mahkemesinin

¹⁰⁰ Erdem, a.g.e., s.22; "Davacı tarafından "hakkında yapılan takip dayanağı senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığı"ndan bahisle açılan menfi tespit davasında, senet altındaki münker imzanın incelenmesi yönünden senedin düzenlendiği 13.2.1992 tarihinden önceki bu tarihe en yakın zamanlarda davacı tarafından atılmış, medarı tatbik imzaların celp edilmesi, toplanacak bu imzalar ve münker senet altındaki imzanın birlikte tetkiki yönünden, aralarında bir grafologun da bulunacağı, imza tahkikatında uzman Güzel Sanatlar Fakültesinden seçilecek bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumu Fizik ve Grafoloji bölümünde incelemenin yaptırılması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, grafoloji uzmanlığı bulunmayan bir bilirkişi aracılığı ile yapılan inceleme ile hüküm kurulması isabetsizdir." Y: 19. HD. 10.03.1995-3661/2146 (Kaçak, Nazif, Açıklamalı İçtihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Ankara, 2005, s.651)

¹⁰¹ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.432; Nuri ERDEM, a.g.e., s.22

¹⁰² Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.431

¹⁰³ Y 11.HD. 29.11.1990 tarihli 5617-7638 sayılı karar, Y. 11.HD. 21.5.1985 tarihli 2391-2391 sayılı karar (Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.775); Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.431; Y 1.HD. 14.10.1980 tarihli 4812/4822 sayılı kararı bu yöndedir. Ancak aynı dairenin 4.12.1986 tarih 5731/6496 sayılı kararında "tetkik merciine verilen rapor gerekçeli ve doyurucu" bulunarak ayrıca bir incelemeye gerek görülmeden verilen kararı onamıştır. (KAÇAK, İcra ve iflas Kanunu Şerhi , s.717)

inceleme yetkisi sınırlıdır. Ancak icra mahkemesince görevlendirilen bilirkişi, incelemesini HUMK'un ilgili hükümlerine göre yapacağından bilirkişinin sınırlı inceleme yetkisinden söz edilemez. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz Yargıtay'ın görüşüne katılmamaktayız¹⁰⁴.

Açılmış olan davada hem sahtelik hem de yetkiye ilişkin itirazlar varsa öncelikle sahteliğin incelenmesi gerekir. Yapılan inceleme sonucunda sahtelik iddiası ispatlanamadığında yetki itirazı incelemesine geçilecektir¹⁰⁵.

D. Zamanaşımı:

Kambiyo senetlerine ilişkin zamanaşımı süreleri TTK'da düzenlenmiştir. Poliçe, bono ve çek için ayrı düzenlemeler getirilmiştir. Poliçe ve bonoda zamanaşımı TTK'nın 661. Maddesine göre, çek ise TTK'nın 726. Maddesi hükümlerine göre uygulanır.

Zamanaşımı mutlak defilerdendir ve senet metninden anlaşılır. İcra takibi ile karşılaşan borçlu ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içerisinde dilekçeyle kambiyo senedinin zamanaşımına uğradığı defii icra mahkemesinde itiraz olarak ileri sürmelidir. İcra hakimi, borçlunun dilekçesi ile birlikte sunduğu belgeleri de dikkate alarak alacağın zamanaşımına uğradığına kanaat getirirse davanın esası hakkında karar verene kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m.169/a-2). Zamanaşımı senet üzerindeki tarihe göre belirlenir. İcra mahkemesindeki bu incelemede alacaklı itirazın reddini sağlamak için zamanaşımının kesildiğini, tatil edildiğini resmi ya da imzası ikrar edilmiş bir senetle ispatlamalıdır.

Borçlunun, kendisine karşı icra takibi başlatılmadan önce zamanaşımı define dayanarak menfi tespit davasını açmasında hukuki yarar olmadığı

¹⁰⁴ Bkz. dn.103; Bkz. s.92 vd.

¹⁰⁵ Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali, s.672; Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.779 ; bu konuda Yargıtay'ın çeşitli kararları da bulunmaktadır. Y. 11.HD. 9.7.1982 tarihli 3279E. Ve 3367K. Numaralı kararı: " Davacı senet borçlusu kendisinin keşideci gözüktüğü... vadeli bononun sahte olduğunu ve imzanın kendisine ait bulunmadığını iddia etmesine karşı, senet lehtarı davalı kendisinin kanuni ikametgahının Kayseri olduğundan bahisle süresi içerisinde salahiyet itirazında bulunduğu göre, Mahkemece yapılacak iş, öncelikle senedin gerçekten sahte olup olmadığı araştırılarak davalı lehine bir sonuç ortaya çıktığı takdirde, ancak o zaman davalının yetki itirazına itibar edilerek yetki yönünden hüküm tesisi gerekirken, sahteliği ileri sürülen senede karşı senette yetkili mahkeme olarak görülen mahkemenin sanki senette yetki şartı yokmuşçasına davayı yetki yönünden reddetmesi doğru görülmemiştir. (Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali, s672-673)

belirtilmektedir¹⁰⁶. Bizce de borçlunun, zamanaşımına uğradığına inandığı kambiyo senedi hakkında henüz kendisine karşı icra takibine girişilmeden menfi tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur. İcra takibi yapıldığı halde zamanaşımı defini süresinde itiraz olarak icra mahkemesinde ileri sürebilir ve takibin geçici olarak durdurulmasını ve nihayetinde de takibin iptalini sağlayabilir.

Borçlu, aleyhine başlatılan icra takibinden sonra zamanaşımı iddiasıyla menfi tespit davası açabilecektir. Alacağın, icra takibinden önceki tarihte zamanaşımına uğradığını ileri sürebileceği gibi takip talebi kesinleştikten sonra zamanaşımına uğradığını da ileri sürebilir.

Borçlu, kambiyo alacağının takip talebinden önce zamanaşımına uğradığını ödeme emrine itirazla ileri sürmemiş ya da ödeme emrine hiç itiraz etmemişse zamanaşımına dayanarak menfi tespit davası açabileceği hususunda farklı görüşler vardır.

Birinci görüşte olan yazarlar borçlunun, ödeme emrine itiraz ederek alacağın takip isteminden önce zamanaşımına uğradığını ileri sürmemesinin bu hakkından vazgeçtiği anlamına geldiğini, bu sebeple de menfi tespit davası açamayacağını ileri sürmektedir¹⁰⁷. Zamanaşımının defi hakkı olması sebebiyle

¹⁰⁶ Kuru, El Kitabı, s.313; Türk, Menfi Tespit Davası, s.108; Muşul, İcra Ve İflas Hukuku, s.350; Türk, Ahmet, Takip Konusu Alacağın Zamanaşımına Uğraması Nedeniyle Menfi Tespit Davası Açılması, BATİDER 1999/XX/1, s.58-59; "...dava konusu çekin zamanaşımına uğramış olması nedeniyle hamili olan davalı tarafından artık bu çeki dayanarak kambiyo senedinin müteadil usulle takip edilebilmesi imkanı ortadan kalktığından ve davacı iş bu davasının salt söz konusu çekle borçlu olmadığı iddiasıyla açmış bulunmasına göre, dava açmakta hukuki yararı kalmadığından sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanması gerekmiştir." Y.9.HD. 6.7.1994 E.4384 K.7387(Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara,2006, s.331)

¹⁰⁷ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.351vd.; Gürbüz, Ticari Senetlerin İptali, s.559; Türk, Menfi Tespit, s.110 dn.189'da yer alan Yargıtay 11.HD. 3.2.1981 tarihli 476/371 sayılı kararda zamanaşımı nedeniyle menfi tespit davası açılmamasının Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarından olduğu açıkça belirtilmektedir. ; Türk, Menfi Tespit, s.112 dn. 192'de yer alan HGK 15.4.1972 tarihli 265/242 sayılı kararı: " Alacak takip talebinden önce zamanaşımına uğramış ise, bunun herhalde, ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu tarafından itirazın öne sürülmesinde zorunluluk vardır. Aksi halde takip talebinden önce gerçekleşmiş olan zamanaşımına dayanılarak takibin iptali istenemeyeceği gibi zamanaşımı borcun rızaen ödenmesini engellemeyeceğinden icrada ödenmiş olan böyle bir borcun geri alınması da dava edilemez. Başka bir ifade ile icra kovuşturmasına karşı borçlunun zamanaşımı savunmasında bulunmaması, bu itirazından vazgeçme anlamında kabulü gerekir. (Yargıtay Hukuk genel Kurulunun 15.4.1972, 265/242 sayılı kararı). Aynı nedenle ödeme emrine karşı zamanaşımına uğradığından bahisle menfi tespit davası açması mümkün değildir."; diğer bir karar: 11.HD. 21.12.1979, YKD 1980/8, s.1120 (Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, s.131)

borçlunun bu hakkını ancak takip veya dava sırasında kullanabileceği, borç ile ilgili bir muaraza olmadan defi hakkını kullanamayacağı da belirtilmiştir¹⁰⁸.

Diğer görüşte olan yazarlara göre borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi ya da itiraz sebepleri arasında zamanaşımını belirtmemiş olması bu hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez ve menfi tespit davası açarak zamanaşımı defini ileri sürebilir¹⁰⁹.

Borçlunun ödeme emrine itiraz ederek zamanaşımı defini icra mahkemesinde ileri sürmüş olması halinde itirazın reddine karar verilmiş olabilir. İcra mahkemesi kararı kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden ve de hukuki yararının var olmasından dolayı borçlu, zamanaşımına dayanarak menfi tespit davası açabilecektir.

Takip talebinde bulunulması zamanaşımını kesen sebeplerdendir (TTK m.662). Zamanaşımı kesilince süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı süresi başlar. Her yeni icra takip işlemi ile zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. İki icra takip işlemi arasında zamanaşımı süresi dolmuş olabilir. Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonra kambiyo alacağının zamanaşımına uğradığını ileri sürüyorsa İİK 71/2.maddesinin 33/a maddeye yaptığı göndermeye göre icranın geri bırakılmasını talep edebilir. Borçlunun bu iddiasını ispat için herhangi bir belge göstermesine

¹⁰⁸ Yargıtay 11. HD. 6.2.1984 tarihli 487E. 541K. Sayılı kararı: “Dava bir menfi tespit davasıdır. Ancak burada üzerinde durulacak husus, zamanaşımı nedeniyle böyle bir dava açılıp açılmayacağıdır. Zira zamanaşımına uğrayan borç (eksik borç)olarak varlığını muhafaza eder. Bundan dolayıdır ki zamanaşımına uğramış bir borcu tediye eden borçlu verdiğini geri isteyemez (BK m.62). böyle bir ödeme hukuken geçerli bir ifa sayılır. Zamanaşımının alacaklı olan kimseye karşı etkisini göstermesi için mutlaka borçlu tarafından dermeyeran edilmesi gerekir. Borçlunun bu yetkiyi kullanması ise ancak alacağın takip veya dava konusu yapılması ile mümkündür. Borcu sükut ettiren diğer nedenler gibi (örneğin tediye gibi) zamanaşımının infisahı bir olay etkisini göstermesi beklenemez. Borcun sükut etmesi için zamanaşımı süresinin geçmesi yeterli olmayıp defi hakkının kullanıldığı yolundaki irade beyanının buna inzımam etmesi gerekir. Böyle bir beyanı ise, ancak takip veya dava sırasında vaki olduğu takdirde hukuki bir sonuç doğurur. Borç ile ilgili herhangi bir muaraza olmadan defi hakkında etkili olacağı düşünülemez. Öte taraftan, alacaklıya karşı haiz olduğu zamanaşımı defini takip veya dava sırasında ileri sürmeyen borçlunun sonradan böyle bir nedene dayanarak menfi tespit davası açması mümkün olamaz. Çünkü borçlunun bu hakkını yetkili mercide kullanmamış olması bundan vazgeçtiği anlamına gelir”. (Uyar,Talih, Gerekçeli Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, Ankara, 1999, s.1695-1696)

¹⁰⁹ Türk, Menfi Tespit, s.115vd., bu görüşte olan diğer bir yazar Postacıoğlu (Türk, Menfi Tespit, s.113); Türk, Zamanaşımı, s.64 vd.

sürerek zamanaşımının kesilmesini sağlaması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁷. Diğer görüşte olan yazarlarca ise borçlunun açtığı davanın zamanaşımını keseceği ileri sürülmüştür¹¹⁸. Bir diğer görüşte olanlarca ise menfi tespit davasının açılması ile zamanaşımı süresi kesilmeyeceği, davalı alacaklının cevap dilekçesinde borcun varlığını ileri sürmesi ile (BK.m.133/2'ye dayanarak) zamanaşımı süresinin kesileceği belirtilmektedir¹¹⁹. Biz de bu son görüşe katılmaktayız. Davalı alacaklının cevap layihasını mahkemeye ibrazı ile zamanaşımı süresi kesilecektir.

E. Bedelsizlik

Bedelsizlik, bir kambiyo senedinin ihdasına neden olan temel alacağın herhangi bir nedenle mevcut olamamasıdır¹²⁰. Kambiyo ilişkisinin altında bir de temel ilişki yatar. Bu temel ilişkide ifa yerine kambiyo senedi verilmişse taraflar temel ilişkideki yükümlülüklerini yerine getirmemişlerse bedelsizlik ortaya çıkabilecektir.

Bedelsizlik, geçerli senetlerde ileri sürülebilir. Yani hem hükümsüzlük hem de bedelsizlik iddiası beraber ileri sürülemeyecektir. Özellikle terditli olarak açılan davalarda iddiaların bu yönde bağdaşması aranmalıdır.

Bedelsizlik temel ilişkiye dayanılarak ileri sürüldüğünden şahsi defilerdendir ve Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir¹²¹. Bu sebeple keşideci ya da düzenleyen lehtara karşı bedelsizlik defini ileri sürerken, ciranta keşideci ile lehtar arasındaki temel ilişkiye dayanarak bedelsizliği ileri süremeyecektir¹²².

¹¹⁷ Gözübüyük, a.g.e., s.443

¹¹⁸ Bu görüşte olan yazarlar Domaniç ve Okçuoğlu'dur.(Uyar, Borca İtiraz Nedenleri, s.630 dn.275) ; HGK 22.2.1984 T. 11/716-141 sayılı kararı ve 12. HD.23.3.1998 T. 2918/3430 sayılı kararları(Kuru, Menfi Tespit, s.86)

¹¹⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.86Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.352; Muşul, İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, s.163; Yavuz, Menfi Tespit, s.136 vd. ; 19 HD.11.5.2000 tarihli 202/3627sayılı kararı(Kuru, Menfi Tespit,s.87)

¹²⁰ Türk, Menfi Tespit, s.132

¹²¹ Türk, Menfi Tespit, s.132 dn.31'de yer alan Y. 19. HD. 18.3.2004, E, 2004/1392, K. 2004/3046; Y. 3. HD. 19.6.2003, E. 2003/7663, K. 2003/7760 numaralı kararlar; " Bedelsizlik niteliği itibarıyla kişisel bir def'tir. Hamil senedi devralırken bile bile borçlunun zararına hareket etmedikçe, ona karşı lehtarla senedi düzenleyen borçlu arasındaki kişisel def'iler sürülemez. Ancak, lehtar davalı ile hamil davalı bir ticari işletmeyi birlikte işleten iki ortak olmaları halinde ortaklık ilişkisi TTK'nın 599'uncu maddesinde öngörülen "bile bile borçlunun zararına devralınma" olgusunu tek başına kanıtlama yeterlidir." Y. 11.HD. 07.10.1982- 4034/3688 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Poliçe, Bono, Çek, s. 1070)

¹²² " Davacı vekili, müvekkilinin davalılardan (S) A.Ş.den alacağı mallara karşılık toplam (425.000) lira tutarında muhtelif vadeli dört adet emre muharrer sebetler verdiğini, anılan davalının da mezkur senetleri teminat cirosu ile diğer davalı bankaya ciro ettiğini, ancak mallar teslim edilmediği halde davalı şirket senetleri bankadan alınmadığı için karşılığı ödenmediğinden protesto edildiklerini, bu

gerek yoktur, çünkü son işlem takip dosyasından anlaşılacaktır¹¹⁰. Borçlunun bu yola başvurmadan menfi tespit açmasında hukuki yarar yoktur¹¹¹.

Bono zamanaşımına uğradığı için menfi tespit davası kabul edilse de alacaklının temel borç ilişkisine dayanarak genel mahkemelerde açacağı alacak davasında bu bonoyu yazılı delil başlangıcı olarak kullanabilecektir¹¹².

Çeklerde zamanaşımı, fiili ibraz tarihinde değil, senet metni üzerinde yazılı keşide tarihinden itibaren başlar¹¹³. Yani çek, üzerinde yazılan tarihten önce ibraz edilmiş olsa da metinde yer alan tarihe göre ibraz süresinin bitiminden itibaren altı ay geçince zamanaşımına uğrayacaktır. Çekte ibraz süreleri TTK m.708'de düzenlenmiştir. Keşide edildiği yerde ödenecek olan çeklerde ibraz süresi 10 gün, keşide edildiği yerden başka bir yerde ödenecek çeklerde bir aydır. Çekin, muhatap bankadan başka bir bankaya ibrazı "ibraz" sayılmayacaktır¹¹⁴.

Zamanaşımı kesen sebepler TTK'nın 662. maddesinde sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bunlar, dava açılması, takip talebinde bulunulması davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesidir. Bu dört unsurun dışında kalan hallerin zamanaşımı kestiği ileri sürülemez¹¹⁵.

Borçlunun menfi tespit davası açmasının zamanaşımını kesip kesmeyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Doktrinde bir kısım yazarlar borçlunun açtığı menfi tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceğini ileri sürmektedirler¹¹⁶. TTK'da belirtilen zamanaşımını kesen sebeplerden sayılan davadan maksadın alacaklının açtığı dava olduğu, alacaklının açtığı davada borçlunun, zamanaşımı defini ileri

¹¹⁰ Türk, Menfi Tespit davası ,s.117

¹¹¹ Türk, Menfi Tespit davası ,s.117

¹¹² Mutluay, M. Kemal, Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip ve Maddi Hukuktaki Yeri, Yargıtay Dergisi 6. Cilt Ekim 1980 sayı 4, s.565

¹¹³ 12. HD. 22.2.2006 tarihli 1119/3262 s. Kararı; 16.6.2003 tarihli 11399/15618 s. Kararı(Uyar, Borca İtiraz Nedenleri, s.619)

¹¹⁴ Uyar, Borca İtiraz Nedenleri, s.620

¹¹⁵ Uyar, Borca İtiraz Nedenleri s.626vd.ında bu konuya ilişkin çeşitli Yargıtay Kararları verilmiştir: "icra mahkemesinde imzaya ve borca itirazda bulunulmasının- ayrıca icra mahkemesince takibin durdurulmasına karar verilmiş olmadıkça- zamanaşımını kesen sebeplerden olmadığı" (12.HD. 22.1.2007 t. 22868/627, 31.1.2006 t. 25823/1807, 5.7.2004 t. 13825/17797); "İcra mahkemesine yapılan itiraz sonucunda takibin iptal edilmesinin zamanaşımı kesen dava niteliğinde kabul edilmeyeceği"(12.HD. 5.6.2003 t. 10787/13200); "icra mahkemesinde yetki itirazında bulunulmasının zamanaşımını kesmeyeceğini"(12 HD. 15.5.2003 t. 8694/1130)

¹¹⁶ Gözübüyük, Ahmet Hıfzi, Ticaret Kanununun 662.maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser Mi?, ABD 1965/4 s.441 vd; 12. HD. 16.9.1993 tarihli 9401/13469, 12.HD. 22.9.1992 tarihli 3438/10610 sayılı kararları (Uyar, Borca İtiraz Nedenleri, s.630)

Bedelsizlik iddiası ile menfi tespit davası açılmasında, sebepsiz zenginleşmeye dayanılmaktadır¹²³. Kambiyo ilişkisi ile temel ilişki birbirinden bağımsız olduklarından temel ilişkinin herhangi bir sebeple gerçekleşmemesi, hükümsüz olması hallerinde bu durum, kambiyo ilişkisinin geçerliliğine etki etmez. Ancak kambiyo taahhüdünde bulunulma sebebi ortadan kalktığından sebepsiz zenginleşmeye yol açmamak için bedelsizlik ileri sürülebilecektir. Açılacak menfi tespit davasında borçlu, senedin bedelsiz kalmasından dolayı senet borcunu ödemek zorunda olmadığına tespitini talep edecektir. Ayrıca senedin iadesini de talep etmek istiyorsa bu talebini lehtara, ya da senet ciro görmüşse kötü niyetli veya iktisabında ağır kusurlu olan hamile yöneltmelidir¹²⁴.

Bedelsizlik defii, şahsi defilerden olduğu için devir şekli önem kazanmaktadır. Senedin nama yazılı hale getirilmesi ya da senedin protesto düzenlenmesinden ya da protesto düzenleme süresinin geçmesinden sonra ciro edilmesi halinde BK m.162 vd.na göre alacağın temlik hükümleri uygulanacağından borçlu, temel ilişkiden doğan defileri kötü niyet aranmaksızın sonraki devralanlara karşı ileri sürebilecektir¹²⁵.

Ticari senetler, düzenlendiği anda bedelsiz olabilecekleri gibi düzenlendikten sonra da bedelsizlik ortaya çıkmış olabilir. Temel ilişki hata sonucu yapılmışsa bedelsizlik baştan itibaren mevcuttur. Yukarıda hükümsüzlük kısmında bahsedilen hata, kambiyo taahhüdünde hata idi. Buradaki hata ise temel ilişkiden kaynaklandığı için hata sebebiyle temel ilişki iptal edilirse senet bedelsiz kalacaktır.

arada davalı şirketin senetlerin karşılıksız olduğu ve davalı bankaya karşı ödemeleri kendilerinin yapacağına dair noterden taahhüname verdiğini belirterek, dava konusu senetlerden dolayı borçlu bulunmadığının tespitini talep ve dava etmiştir. Davalı banka vekili cevabında, dava konusu senetlerin müvekkili bankanın diğer davalı şirkete açtığı kredinin teminatı olarak ciro edildiğini, davacının ciranta ile olan münasebetlere dayanarak defilerini hamil olan müvekkili bankaya karşı ileri süremeyeceğini beyanla davanın reddini istemiştir. ... Mahkemece dava konusu senetler, 19.3.1982 tarihli taahhüt kararı ile toplanılan deliller dayanak yapılarak, dava konusu senetlere karşılık mal verilmediği için bedelsiz kaldığı, davalı lehtar şirketçe diğer davalı bankaya yapılan cironun, şirket çift imza ile temsil ve ilzam edildiği halde tek imza ile yapıldığından geçerli olmadığı ve bankanın meşru hamil olmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hüküm davalılardan banka vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararına dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılardan banka vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir." Y. 11. HD. 18.9.1984 tarih ve 1984/3926-4004 sayılı kararı (Erdoğan, Hasan, Borçtan Kurtulma Menfi Tespit ve İstidat, Ankara, 2003, s.449-450)

¹²³ Türk, Menfi Tespit, s.135

¹²⁴ Türk, Menfi Tespit, s.135

¹²⁵ Türk, Menfi Tespit, s.135

Aynı durum hile için de geçerlidir. Hile sebebiyle temel ilişki iptal yaptırımına maruz kalmışsa senet bedelsiz kalacağından menfi tespit davasına konu olacaktır. Hilenin öğrenilmesine rağmen ticari senet düzenlenerek lehtara verilmişse artık bedelsizlik ileri sürülemeyecektir¹²⁶.

Tezimizin bu kısmında çeşitli bedelsizlik hallerini başlıklar altında inceleyeceğiz.

1. Senet Borcunun Ödenmiş Olması

Borçlu, kambiyo senedini ödemiş olmasına rağmen kendisine karşı icra takibi başlatılmış veya takip başlatılacağı tehdidi altında olabilir. Senet borcunu ödemiş ise senet bedelsiz kalacaktır. Açacağı menfi tespit davasında ödeme iddiasını ispat yükü kendisindedir.

TK' nın 621. maddesine göre muhatap poliçeyi öderken hamil tarafından bir ibra şerhi yazılarak poliçenin kendisine verilmesini isteyebilir. Kısmi ödeme halinde de bu durumun poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini isteyebilir. Ödeme bu şekilde ispatlanabilecektir. Ancak kanunda belirtilen bu durumlar yerine getirilmemişse senedin bedelsizliği başka bir şekilde ispatlanmalıdır.

Bono üzerinde "bedeli malen alınmıştır" gibi bir kayıt varsa kendisine mal teslimi yapılmadığını iddia eden davacı bu iddiasını kesin delillerle ispatlamalıdır. Senet kesin delil olduğu için senede karşı senetle ispat kuralı gereği senet üzerinde yazılı bir kaydın aksi de senetle ispatlanmalıdır. Bu husus ileride ispat bölümünde inceleneceğinden bu bölümde ayrıntılı bir incelemeden kaçınıyoruz.

2. Hatır Senetleri

Kambiyo taahhüdünün arkasında bir temel ilişki olduğunu belirtmiştik. Bu temel ilişki genellikle bir alım satım ilişkisi olmaktadır. Ancak bazı hallerde özellikle de lehtarın krediye ihtiyacı olduğu hallerde hatır ilişkisine dayanan bir kambiyo senedi düzenlenmektedir. Ticaret Kanunumuzda hatır senetlerine ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen uygulamada yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

¹²⁶ Ertekin/Karataş , Ticari Senetler, s.674

Öğretide bu konu Nurkut İnan tarafından ayrıntılı şekilde ele alınmıştır¹²⁷. Bu yazar tarafından hatır senetleri şu şekilde tanımlanmıştır: “Hatır senetleri öyle poliçe ve bonolardır ki, senette borçlu olarak görünen kimse senette yazılı bedeli bizzat kendi mal varlığından ödenmesini gerektiren bir borcu bulunmadığı halde, senet alacaklısının nakdi kredi temin etmesini veya mali durumunu olduğundan daha iyi göstermesini mümkün kılmak için bu senedi düzenleme veya kabul etmeyi, karşı taraf da bu senede dayanarak borçludan bir istemde bulunmamayı ve ayrıca senet bedelini ödenmesi için senet borçlusuna sağlamayı veya senedi tedavüle çıkarmamayı taahhüt etmiştir.”¹²⁸ Hatır senedi borçlusu, senetle görünüşte sorumluluk altına girerken, lehtar ile arasında yaptığı sözleşme gereği senedin bedelini ödemeyeceğini anlaşılmıştır¹²⁹.

Hatır senetleri tedavül amacıyla ve tedavül amacı olmaksızın çıkarılan hatır senetleri olmak üzere iki çeşittir.

Tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinin düzenleniş amacı, alacaklısının onu bankaya rehin cirosu yapmak yoluyla kredi sağlamasını temin etmektir¹³⁰. Tedavül amacı olmayan hatır senetleri ise lehtarın bilançosunu güzelleştirmek amacıyla verilmektedir¹³¹.

Hatır defî şahsi defîlerden¹³². Yani bu defî senedi keşide eden- düzenleyen ile lehtar arasında ileri sürülebilir. Hatır senetlerinin amacı bu senedin tedavül edilerek özellikle kredi teminini sağlamak olduğundan senet kendisine ciro edilen hamile karşı bedelsizlik ileri sürülemeyecektir. Hatır defî şahsi defîlerden olması sebebiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Bu defînin senedin hatır senedi olduğunu bilmesine rağmen devralan hamile karşı da ileri sürülemeyeceği, ancak hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiği veya alacağın temlik hüükümlerinin uygulama yeri varsa hatır defînin hamile karşı da ileri sürülebileceği

¹²⁷ İnan, Nurkut, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1969, Ankara

¹²⁸ Nurkut İnan'ın Türk Hukukunda Hatır senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları isimli tezinin 64. Sayfası(Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.695)

¹²⁹ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.223

¹³⁰ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.697; Ayrıca a.g.e. de bankaların müşterileriyle yaptıkları kredi sözleşmelerine istinaden onlara kredi açacakları, bu kredinin kullanılmasının senedin rehin cirosuyla devredilmesi ile mümkün olacağı belirtilmiştir.

¹³¹ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.226

¹³² İnan, Hatır Senetleri, s.135; Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.697

öğretide bazı yazarlarca ve Yargıtayca kabul edilmiştir¹³³. Aksi görüşte olan yazarlarca hatır senedinin tedavül edileceğini bilerek düzenlendiği için bu hatır def'inden feragat edilmiş kabul edileceği ve bu sebeple de bedelsizlik iddiasının borçlunun bile bile zararına hareket etmiş olan hamile karşı da ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir¹³⁴. Ancak İNAN, hatır alacaklısı ile senedi devralan hamilin bile bile borçlunun zararına olacak şekilde davranmaları halinde hatır senetlerinin amacı dışında kullanılması sebebiyle hatır borçlusunun bu def'iyi ileri sürme hakkının olduğunu belirtmektedir¹³⁵.

Hatır senetlerinde sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak menfi tespit davası açılmayacaktır. Çünkü taraflar arasında geçerli bir sözleşme vardır ve bu sebeple de sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemeyecektir¹³⁶.

¹³³ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.698; Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s.213; Yargıtay bir kararında tanzim tarihi konulmamış bir hatır bonosunu adi senet olarak kabul etmiş ve alacağın temlik hükümlerine tabi olacağını belirtmiştir. Bu halde hamile karşı hatır definin ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. (Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s.214); "Davacı şirket, dava konusu senetlerin lehtarları olan davalı şirketlere kredi sağlanması için hatır senedi olarak verildiğini ve karşılığı bulunmadığını belirterek, müvekkilinin senetlerin lehtarları olan davalı şirketlere hamili diğer davalı bankaya karşı borçlu bulunmadığının tespitini talep ve dava etmiştir. HUMK'un 290'ıncı maddesi uyarınca senede karşı ileri sürülecek her çeşit iddianın yazılı delille ispatı gerekir. Senet beş bin liradan az olsa bile tanıkla ispat olunamaz. Bu itibarla davacı tarafın öncelikle senetlerin hatır senedi olduğunu ve karşılıklarının bulunmadığını yazılı delille ispatlaması gerekir. Diğer taraftan TTK'nın 599'uncu maddesi uyarınca keşideci lehtarlarla kendi arasında doğrudan mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri, müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. TTK'nın 599'uncu maddesinde yazılı olduğu gibi keşideci davanın, senetlerinin lehtarları olan davalılarla kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri sürebilmesi için, hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olması gerekir. Yukarıda bulunan açıklamalardan da anlaşılacağı veçhile, keşidecinin öncelikle lehtar yönünden senedin karşılıksız olduğunu ve bilahare de hamilin kendisini zarara uğratmak maksadıyla bile bile senedi iktisap ettiğini kanıtlaması gerekir. Davada her ne kadar davacı senetlerin lehtarları yönünden karşılıksız olduğunu yeterli delille ispat edilmiş sayılmaz ise de lehtar şirketler yönünden davanın kabulüne dair karar, bu davalılar tarafından temyiz edilmediği cihetle, onlar hakkında karar kesinleşmiş bulunmaktadır. İspatın ikinci aşamasına gelince, hamil bankanın davacı tarafından keşide edilen senetlerin karşılıksız olduğunu bilerek aldığı sabit olmadığı gibi, karşılıksız olduğunu bilerek senetleri almış olsa dahi, bu husus davanın hamil yönünden kabulüne yeterli değildir. Hamilin kötü niyetli sayılabilmesi için keşideci yönünden ve onu zarara uğratmak maksadıyla hareket etmiş olması ve lehtarları bir karşılık vermeden, lehtarları gizli bir anlaşmaya girerek senetlerin devrolmuş bulunması icap eder. Olayımızda ise hamil banka, lehtar şirketlere kredi vermiş ve bunun karşılığında senetleri rehin cirosuyla devralmış bulunmaktadır. Bu durumda hamil bankanın kötü niyetli sayılması mümkün bulunmadığından onun hakkındaki davanın reddine karar vermek gerekirken davanın onun hakkında dahi kabul edilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 11.HD. 30.10.1984-4565/5131 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe, Çek, s.

¹³⁴ Bu görüşte olan yazarlar İnan ve Gürbüz (Ertekin-Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.698)

¹³⁵ Ertekin- Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.698

¹³⁶ İnan, Hatır senetleri, s.132

Tedavül amacı olmayan hatır senetleri senet düzenleme amacındaki muvazaa sebebiyle hükümsüzdür. Bu sebeple borçlu, tespit davası açarak senedin hükümsüzlüğünü tespit ettirip senedi geri alabilecektir¹³⁷.

Hatır senetlerine karşı ileri sürülecek iddialar senete karşı senetle ispat kuralı gereği resmi şekilde (örneğin noterlik yada konsoloslukça) düzenlenmiş ya da imzası kabul (ikrar) edilmiş bir belge ile ispatlanabilecektir¹³⁸. Senet metni üzerinde hatır senedi olduğu yazılmış olabilir. Bu halde davalı, senedin hatır senedi olmadığı, örneğin karşılığında mal verildiğini iddia ediyorsa bunu ispatlamalıdır. İddiasını kanıtlayamayan taraf son aşamada hasmına yemin teklif edebilecektir¹³⁹. Eğer yazılı delil başlangıcı varsa tanık dinletilmesi HUMK'nun 292. maddesince mümkündür.

Ticari defterler de ispat açısından önemlidir¹⁴⁰. Hatır senedinin hesaba geçirilişinden onun hatır senedi olduğunun anlaşılması zor olduğundan bu senetlerini ticari defter ile kesin olarak ispatı, senedi alan veya veren tacirin ticari defterde açıklaması ile mümkün olacaktır¹⁴¹.

Senedi ödeyen kimse gerçek borçlu olan lehtara ödediği miktar oranında rücu hakkına sahiptir¹⁴².

3. Teminat Senetleri

Kambiyo senedinin teminat senedi olduğu ve temin edilen riskin gerçekleşmemesi sebebiyle teminata dayanarak hak talep edilemeyeceği ileri

¹³⁷ İnan, Hatır senetleri, s.133

¹³⁸ "Borçlu, takip konusu yapılan senedin hatır senedi olarak düzenlenmiş olduğunu, bu nedenle gerçekte alacaklıya borçlu bulunmadığını, bu iddiasını resmi şekilde (örneğin noterlik ya da konsoloslukça) düzenlenmiş ya da imzası kabul edilmiş bir belge ile ispat ederek ileri sürebilir." Y. 12. HD. 30.05.1983- 3034/4244 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe, Çek, s.1163)

¹³⁹ Şimşek, Ticari Senetler, s.286; " Taraflar ortaklıktan ayrılmış ve ibralaşmış oldukları halde ortaklık için yazılmış ve miktarı belirlenmemiş bir hatır senedinin davalıda kaldığı ve icraya verildiği iddia edilmiştir. Davacı bononun hatır için verildiğini yazılı belge ile ispat etmediğine göre yemin teklif etme hakkı hatırlatılmalıdır" Y. 11. HD. 22.9.1977 gün E.3955, K. 3634 (Şimşek, Ticari Senetler, s.287);

¹⁴⁰ "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle TTK'nın 21'inci maddesi hükmünce bir tacirin borçlarının ticari olması asıl ise de, alacaklının ticari olduğunun kabulü olanaksız bulunmamasına, aleyhine delil olamayacağına, bu durumda davalının ticari defterlerinin incelenmesi, sonuca etkili bulunmadığının anlaşılmasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına." Y.19. HD. 2.05.1994- 4526/4423 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe, Çek, s.1159)

¹⁴¹ Uyar, Talih, Olumsuz (Menfi) Tespit Davalarında Kanıtlar, İBD, C.66, Sayı 7-8-9, 1992, s.661

¹⁴² Şimşek, Ticari Senetler, s.285

sürülerek menfi tespit davası açılabilir¹⁴³. Teminat senedi, senedi düzenleyen kişinin temel ilişkiden kaynaklanan ediminin, cezai şart öngörülen durumlar dışında, para borcu dışında bir borç olması halinde ya da alacaklının uğrayacağı muhtemel zararları güvence altına almak istendiğinde verilebilir.¹⁴⁴ Örneğin inşaat sözleşmesinde inşaatın zamanında veya tam olarak bitirilmemesi riskine karşı teminat senedi düzenlenebilecektir.

Kambiyo senetlerinde ödeme şarta bağlanamayacaktır. Senet üzerine “bedeli teminattır” benzeri bir ifadenin yazılması onun kambiyo vasfını kaybetmesine yol açmayacaktır¹⁴⁵. Ancak senet metninde “teminat senedir, arsa payı satışı gerçekleşmezse tahsile verilecektir” gibi bir ifade mevcutsa ödeme şarta bağlanmış olacağından kayıtsız şartsız borç ikrarını içermemesi sebebiyle senet geçersiz olacaktır¹⁴⁶.

Davacı, bir kambiyo senedinin teminat senedi olduğunu iddia ediyorsa bunu yazılı delille ispatlamalıdır¹⁴⁷. Senet metni üzerinde “bedeli teminattır” ifadesinin yer

¹⁴³ Türk, Menfi Tespit, s.140

¹⁴⁴ Türk, Menfi Tespit, s.141

¹⁴⁵ “İcra takibinin dayanağı olan 11.9.1999 vade tarihli her iki bononun ön yüzünde ve sadece “teminat senedi” ibaresinin bulunması onun kambiyo senedi vasfını ve bu senetlere mahsus özel yol ile takibe dayanak yapılmasını engellemez. Takip dayanağı bonoların hangi ilişkinin teminatı olduğu anılan ibarede açıklanmış olmadığı gibi karşılıklı edimleri içeren bir münasebet nedeniyle verildiği ve ilamsız takibe konu edilemeyeceği başkaca yazılı bir belge ile de ispatlanmış değildir. Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre bonoda yazılı olan ve sadece “teminat senedi” şeklindeki ibare tek başına dayanak belgenin kayıtsız şartsız belli bir bedelin ödenmesi vaadini içeren niteliğini etkilemez. Bu durumda borçlu vekilinin sair itiraz nedenleri incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” Y. 12. HD. 27.03.2000 tarihli 10031/4561 sayılı kararı (Kaçak, Tüm Yönleriyle Poliçe Bono Çek, s.1081)

¹⁴⁶ “Takip dayanağı bononun arka yüzünde “teminat senedir, arsa payı satışı gerçekleşmez ise tahsile verilecektir” ibaresi mevcuttur. bu ibare ile bononun tahsilinin şarta bağlandığı mücerret borç ikrarını içermediği anlaşıldığından, TTK'nun 688/2'inci maddesine aykırı şekilde düzenlenen bu senede dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamaz. Alacağın tahsilinin gerekip gerekmeyeceği yargılamayı gerektirir. Dar yetkili mercide şartın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilerek sonuca varılamaz. Aksine düşüncelerle bu hususa ilişkin borçlu itirazının reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Y. 12. HD. 21.01.1997- 16010/224 (Kaçak, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s.827)

¹⁴⁷ “Davacı, dava konusu bono ve çeklerin teminat amacıyla davalıya verildiğini iddia ettiğine göre senetlerin teminat senedi olduğu yolundaki bu iddiasını yazılı delille kanıtlamakla yükümlüdür. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Y. 19. HD. 1.7.2005 tarihli E. 2004/12204, K. 2005/7430(Türk, Menfi Tespit, s.140 dn.62)

alması halinde bunun aksini iddia eden yazılı delille iddiasını ispatlamalıdır, çünkü bu ifade onun teminat senedi olduğunu göstermektedir¹⁴⁸.

Üzerinde “bedeli teminattır” yazısı yer almasına rağmen bu kambiyo senedinin takibe konulması bakımından ciro görüp görmediğine göre farklı görüşler mevcuttur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesine göre, senet henüz ciro görmemişse lehtar, bu senede dayanarak icra takibinde bulunamayacaktır, çünkü icra dairesinin inceleme yetkisi sınırlı olduğundan itiraz halinde teminat koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyemeyeceğinden bu konuda karar veremeyecektir¹⁴⁹. Aynı daire ve 11. Ve 19. Hukuk Daireleri, söz konusu teminat senedinin ciro görmüş olması halinde ise takibe konu olabileceği görüşündedir¹⁵⁰.

Teminat senedine dayanarak takip yapılmış ise borçlunun teminat şartlarının oluşmadığı ya da miktar olarak senette yazılan miktardan daha az bir borcun doğduğu gibi itirazları varsa icra dairesinin sınırlı inceleme yetkisinden dolayı bunları açılan takipte ileri süremeyeceğinden ayrı bir menfi tespit davası açarak ispatlamasında hukuki yarar vardır. Ancak 12. HD'nin kararında belirttiği gibi ciro görmemiş bir teminat senedinin takibe konu edilemeyeceği görüşü hukuki dayanaktan yoksundur. Teminat senedine dayanarak takip yapılması halinde, borçlu, teminat şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürüyorsa ihtiyati tedbir kararı aldırarak

¹⁴⁸ Ancak Yargıtay bir kararında senet metninde yer alan “bedeli teminattır” yazısının rehin cirosunu ifade ettiğini belirtmiştir. “ Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere, bonoların arkalarında “bedeli teminattır” yazılı olmasının rehin cirosu mahiyetinde bulunmasına ve fakat aksinin yazılı delille ispatının mümkün olmasına” Y. 11. HD. 6.04.1990- 2441/3075 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono Poliçe Çek, s.1083)

¹⁴⁹ Türk, Menfi Tespit, s.142 vd. ; “Takip kredi mukavelesi ve buna dayalı olarak kırdırılan bono bedelleri için kambiyo senetlerine mahsus özel yolla yapılmıştır. Kredi mukavelesine bağlı teminat senetlerinin tahsili gerekip gerekmediğinin, gerekiyorsa ne miktarda gerektiğinin hallinin muhakemeyi gerektirdiği düşünülmeden mukaveleye bağlı olup TTK'nun 688. maddesi gereğince kayırsız şartsız borç ikrarını havi olması nedeniyle İİK'nun 170a maddesi de gözetilmeden itirazın reddolunması isabetsizdir.” Y. 12. HD. 27.6.1983 tarihli, 5072/5230 (Türk, Menfi Tespit, s. 142 dn. 72) ; “takip dayanağı bononun arka yüzünde “teminat senedir, arsa payı satışı gerçekleşmez ise tahsile verilecektir” ibaresi mevcuttur. Bu ibare ile bononun tahsilinin şarta bağlandığı mücerret borç ikrarını içermediği anlaşıldığından TTK'nın 688/2'inci maddesine aykırı şekilde düzenlenen bu senede dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamaz. Alacağının tahsilinin gerekip gerekmeyeceği yargılamayı gerektirir. Dar yetkili mercide şartın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecek sonuca varılamaz. Aksine düşüncelerle, bu hususa ilişkin borçlu itirazının reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Y. 12. HD. 21.01.1997-16010/224 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono Poliçe Çek, s.1086)

¹⁵⁰ Türk, Menfi Tespit, s.143: Y. 12. HD. 14.12.1992 tarihli 8214/16141 sayılı karar; Y. 19. HD. 21.10.2004 tarihli E.2004/6877 K. 2004/10399 sayılı karar, Y. 11. HD. 10.12.1992 tarihli 6434/11260 sayılı karar

takibin durdurulmasını ya da vezneye ödenen miktarın alacaklıya ödenmemesini sağlamalıdır.

Teminat def'i, şahsi def'ilerden olması sebebiyle de TTK'nun 571/2, 599 ve 737/2'inci maddeleri uyarınca senedi iktisap ederken bilerek borçlunun zararına hareket eden hamillere karşı ileri sürülebilecektir¹⁵¹.

VI. TARAFLAR

Menfi tespit davasının icra takibinden önce veya sonra açılmasına göre iki tanım yapabiliriz.

Bir borcu ödemek zorunda olmadığı iddiasında bulunan borçlu, takiple tehdit eden alacaklıya ve onun külli ve cüzi haleflerine karşı menfi tespit davası açabilir. Menfi tespit davasında davacı borçlu, böyle bir borcun mevcut olmaması sebebiyle veya başka sebeplerle ödemek zorunda olmadığını kesin hükümle tespit ettireceğinden senedin ciro görmüş olması halinde lehtar ile hamile birlikte dava açabilir¹⁵². Dava neticesinde verilen hüküm sadece taraflar açısından kesin hüküm teşkil edeceğinden borçlunun, lehtar ve cirantaya karşı açtığı dava neticesi verilen hüküm hamil açısından kesin hüküm teşkil etmez, ayrıca ona karşı da dava açması gerekecektir¹⁵³. Ancak dava sadece lehtara karşı açılmış ise daha sonra hamile de teşmil edilmeyecektir¹⁵⁴. Borçlu, hukuki yararının mevcut olması halinde kendisine takip yapan hamilden önce gelen cirantalara da dava açabilecektir.

¹⁵¹ "Senedin teminat senedi olarak düzenlendiği iddiası, senedi ciro ile elinde bulunduran iyi niyetli hamillere karşı ileri sürülemez." Y. 11. HD. 21.12.1987- 7361/7412 (Kaçak, Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe Çek s.1084); "Borçlu, takip dayanağı senedin, alacaklı ile arasındaki anlaşmanın "teminat olarak" düzenlendiği iddiası kişisel (nispi) delil niteliğindedir. İyi niyetli hamillere karşı ileri sürülemez." Y 12. HD. 6.11.1999- 14674/14921 (Kaçak, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s.833)

¹⁵² "Bonolar üçüncü kişilere ciro edilmiş olsalar bile senet borçlusu olan davacının bu senetten dolayı senet lehtarına karşı borçlu bulunmadığının tespitini istemekte hukuki yararı ve bunun sonucu olarak da bu yönde dava hakkı bulunmaktadır." Y. 11. HD. 7.2.2000 E.1999/9876 K.2000/714 (Türk, Menfi Tespit, s.218 dn.10)

¹⁵³ "İcra takibi senedi ciro ile eline geçiren hamil T. İş bankası A.Ş. vekili tarafından borçlular hakkında ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılmıştır. Borçluların senet lehtarları aleyhine açtıkları menfi tespit davasını kazanmış olmaları, senedi ciro ile eline geçiren iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemez. TTK'nun 599. maddesi gereğince takip alacaklısı hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiği de iddia edilip kanıtlanamadığına göre itirazın reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir." Y. 12. HD. 19.9.2003 E. 2003/13586 K. 2003/18003 (Türk, Menfi Tespit, s.219 dn. 13)

¹⁵⁴ Kuru, Menfi Tespit, s. 61 dn. 138

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında davacı takip borçlusu, davalı ise takip alacaklısıdır¹⁵⁵.

Menfi tespit davası, kendilerine karşı başvuru hakkının kullanılacağı tehdidi ile karşılaşan cirantalar, araya girenler gibi diğer kambiyo borçluları tarafından açılabileceği gibi aval veren kimse tarafından da açılabilir¹⁵⁶.

Borçlunun, kendisine takip yapan cirantadan sonra gelen cirantalara, artık kendisine karşı takip yapma hakları kalmadığından, menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur¹⁵⁷. Takipte bulunan cirantadan önce gelen ciro zincirindekiler de takip başlatılabileceğinden bu kişilere dava açılmasında ise hukuki yararı vardır. Usul ekonomisi açısından ve bazı hak kayıplarını önlemek için, açılacak menfi tespit davasının takip yapan lehtardan önce gelen cirantalara, aval verenlere ve lehtara yöneltilmesi borçlunun yararınadır.

Senedi tahsil cirosu ile devralmış hamil cirantanın temsilcisi konumunda olduğundan kendisine karşı menfi tespit davası açılmayacaktır¹⁵⁸. Çünkü senette asıl hak sahibi olan senedi tahsil cirosu ile devreden cirantadır.

Adi ortaklıkta menfi tespit davasını bütün ortaklar birlikte açmalıdır. Yönetici sıfatına sahip olan ortak, tek başına ortaklık adına dava açabilecektir¹⁵⁹.

Mirasçılar, murisin borçlarından dolayı müteselsilen sorumludurlar. Kendilerine karşı murisin borçlu olduğu bir senede dayanılarak takip yapıldığı veya yapılma tehlikesi olduğu zaman menfi tespit davası açabileceklerdir. Miras bırakanın senedinin iptali, bütün mirasçılar tarafından dava açılması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır. Mirasçılarının, murisin borçlarından müteselsilen sorumlu olmalarından dolayı tek başlarına dava açabilecekleri¹⁶⁰ ileri sürüldüğü gibi bazı yazarlarca¹⁶¹ ve çeşitli Yargıtay kararlarınca¹⁶² bütün mirasçılar tarafından veya atanacak tereke temsilcisi tarafından açılabileceği de ileri sürülmüştür.

¹⁵⁵Konyar, Menfi Tespit, s.36; Kuru, Menfi Tespit, s. 61; Kuru, İcra Ve İflas Hukuku, C.1, s.491

¹⁵⁶ Türk, Menfi Tespit, s. 219

¹⁵⁷ Türk, Menfi Tespit, s. 219

¹⁵⁸ Ertekin-Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.613; Kuru, Menfi Tespit, s.61

; Türk, Menfi Tespit, s. 220

¹⁵⁹ Yavuz, Menfi Tespit, s.105

¹⁶⁰ Konyar, Menfi Tespit, s.36

¹⁶¹ Yavuz, Menfi Tespit, s. 105

¹⁶² "İptali istenen senedin murise ait olduğu ileri sürülmesi ve mirasçının da birden fazla olduğunun anlaşılmasına göre, terekedeki haklar ve borçlar iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi

Davacı davalı sıfatlarının belirlenmesinde defiler önemlidir. Hamil, senedi devralırken bilerek borçlunun zararına hareket etmişse ona karşı şahsi defi de ileri sürülebileceğinden menfi tespit davasında davalı sıfatını kazanacaktır¹⁶³. Davacı davasını sadece lehtara karşı ispatlar, ancak hamilin kötü niyetini ispat edemezse hamil hakkında açılan davanın reddine, davalı lehtara da borçlu olunmadığının tespitine karar verilmelidir¹⁶⁴. TTK'nun 60. maddesi uyarınca ödememe protestosundan ya da bu protestonun düzenlenmesi için belirli olan sürenin geçmesinden sonra ciro yapılmışsa alacağın temlik hükümleri uygulanacağından borçlu, lehtara karşı ileri sürebileceği defileri hamile karşı da ileri sürebilecektir ve bu sebeple de menfi tespit davası sadece hamil hakkında açılabilir gibi hamil ile birlikte lehtara karşı da açılabilir¹⁶⁵.

Şahsi ve mutlak defiler yukarıda incelendiği için burada tekrardan kaçınıyoruz¹⁶⁶.

VII. GÖREV VE YETKİ

A. Görevli Mahkeme

Menfi tespit davasına icra mahkemesi değil genel mahkemeler bakar¹⁶⁷. Görevli mahkeme, HUMK'un 1-8. maddelerine göre belirlenir¹⁶⁸. Menfi tespit

olduğundan, davaya bütün mirasçıların iştirakinin sağlanması veya MK m. 581 uyarınca terekeye mümessil tayin edilerek onun huzuru ile devam edilmesi gerekirken davacının tek başına açtığı davaya devam edilerek diğer mirasçıları da ilzam edici nitelikte karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir." 11. HD. 14.5.1990; 3723/3849 (Yavuz, Menfi Tespit, s.105 vd.)

¹⁶³ "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve davadaki iddiaya göre davanın aynı zamanda senet lehtarını Osman'a da yöneltilerek önce ona karşı senedin bedelsiz ve karşılıksız olduğunun ispat edilmesi ve bu ispattan sonra davalı hamilin senedi alırken iyi niyetli olmadığını TTK 599'a göre ispatlanması gerekmekte olup bu hususların yerine getirilmemesi sebebiyle davanın reddi doğru görülmüştür." 11.HD. 23.9.1991 2828/4778 (Yavuz, Menfi Tespit, s.109)

¹⁶⁴ Yavuz, Menfi Tespit, s.111

¹⁶⁵ Erkekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.613; Yavuz, Menfi Tespit, s.108

¹⁶⁶ Bkz. S.28 vd.

¹⁶⁷ "Mahkemece iddia ilgili dosya ve belgelere göre işin takip hukukunu ilgilendirdiğinden davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, borçlu olmadığını tespitine ve takibin durdurulması istemine ilişkindir. İcra İflas Kanununun 72. maddesi hükmü gereğince borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açılabilir. Bu itibarla davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken takip hukukuna ait bulunduğu söz edilerek mahkemenin görevsizliği yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Y. 11. HD. 7.4.1980 1947-1797 (Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.625)

¹⁶⁸ Kuru, İcra ve İflas Hukuku C.1, s.491; Kuru, Menfi Tespit, s.61; Türk, Menfi Tespit, s.222; Yavuz, Menfi Tespit, s.116

davasında bir borcun mevcut olmadığına tespiti istendiğinden malvarlığına ilişkin davalardandır.

TTK'nun 4. maddesine göre kambyo senetlerine ilişkin davalar ticari davalardandır. TTK'nun 5. maddesine göre de aksine hüküm olmadıkça ticari dava değerine göre sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemesinde, ticaret mahkemesinin olduğu yerlerde ise asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde kalan ve 4. maddede belirtilen ticari davalar ticaret mahkemesinde görülecektir.

Asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki, bir görev ilişkisi olmayıp işbölümü ilişkisidir¹⁶⁹. İki tarafın arzusuna bağlı bir dava olan menfi tespit davasında, işbölümü itirazı ilk itiraz olarak ileri sürülebilir (TTK m.5/3). İlk itiraz olarak ileri sürülmemişse mahkeme kendiliğinden görevsizlik kararı veremeyecek ve davaya bakmaya devam edecektir.

Mahkemenin görevi belirlenirken, borçlunun borçlu olmadığını iddia ettiği para miktarı dikkate alınır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde dava olunan şeyin davanın açıldığı günkü değeri dikkate alınır. HUMK'un 1. maddesince faiz, icra ödenmesi ve giderler dikkate alınmaz. Bu hükme göre borçlunun davalıdan istediği asgari %40 tazminat da görevin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır¹⁷⁰.

Mahkeme, görevi resen dikkate alacağından duruşma yapmaksızın görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her aşamasında görevsizlik kararı verebilecektir. Mahkeme, görevsizlik kararında görevli mahkemeyi göstermelidir. Davacı, 10 günlük süre içinde görevli mahkemede yeniden dilekçe vererek veya çağrı kâğıdı tebliğ ettirerek davaya devam edebilir¹⁷¹. Bu dava, görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğindedir.

Görevsiz mahkemenin davaya bakması ve karar vermesi temyiz sebeplerindedir. Ancak sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir davaya asliye hukuk mahkemesinin bakmış olması bozmayı gerektirmez (HUMK m.7).

B. Yetkili Mahkeme

¹⁶⁹ Türk, Menfi Tespit, s.223

¹⁷⁰ Türk, Menfi Tespit, s.222; Yavuz, Menfi Tespit, s.116; bazı yazarlarca çeşitli Yargıtay kararlarında borçlunun İİK 72/5 maddesi uyarınca tazminat istemesi halinde bu miktarın da görevin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. (Gürbüz, Ticari Senetler, s.571 ve aynı eserde s.571 dn. 248'de yer alan 13. HD. 15.5.1980 gün E. 2888, K. 3218 sayılı karar)

¹⁷¹ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.624

İİK m. 72/8 şu şekildedir: “Menfi tespit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir gibi, davalının ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir. Davacı istirdat davasında yalnız paranın verilmesi lazım gelmediğini ispata mecburdur.” Kanunda icra takibinin başlatılmasından önce açılacak menfi tespit davalarının yetkilerine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu sebeple icra takibi başlatılmasından önce menfi tespit davası açılmışsa yetkili mahkeme HUMK hükümlerine göre tespit edilecektir¹⁷².

Yargıtay’ın bir kararında İİK m.72/8’de belirtilen kuralın icra takibinin başlatılmış olup olmaması aranmaksızın bütün menfi tespit davalarında uygulanacağı belirtilmiştir¹⁷³. Ancak yetki davanın açıldığı zamana göre belirleneceğinden Yargıtay’ın bu görüşüne katılmıyoruz. İİK m.72/8’de yer alan yetkiye ilişkin kural icra takibinin başlatılmasından sonra açılacak menfi tespit davalarına ilişkindir. İcra takibi henüz başlatılmadan menfi tespit davası açılacak ise yetkili mahkeme HUMK’un yetkiye ilişkin hükümlerine göre belirlenecektir.

Dava, icra takibinden önce açılacaksa sözleşmenin icra olunacağı veya davalı ya da vekili dava zamanında orada bulunmak şartı ile sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinde açılabilir¹⁷⁴.

Menfi tespit davası yetkisiz mahkemede açıldıktan sonra alacaklı aynı yerde icra takibi başlatmışsa mahkemenin yetkisine itiraz edilip edilemeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Yetki dava açıldığı an dikkate alınarak belirlenecektir¹⁷⁵. Dava açıldığı anda yetkisiz mahkeme daha sonra yapılan bir işlemle yetkili hale gelmeyecektir. Bu sebeple yetkisiz mahkemede açılan menfi tespit davasında

¹⁷² Konuralp, Haluk, İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasında Yetkili Mahkeme, AÜHF, cilt:XXXIX, sayı:1-4, 1982-1987, s.266; “İkametgâhı Biga’da olan davalıyla, Eskişehir’de faaliyet gösteren davacı, gerekleri Eskişehir’de yerine getirilmek üzere aracı kurum hizmetleri dolayısıyla bir sözleşme yapmışlardır. İcra takibinden önce davacı bu sözleşme nedeniyle İstanbul’da eldeki menfi tespit davasını açmıştır. İcra takibinden önce açılmış olan menfi tespit davalarında genel yetki kuralları geçerlidir. Davalı cevap dilekçesinde davayı görmeye Biga ya da Eskişehir mahkemelerinin yetkili olduğunu açıkladıktan sonra tercihini kullanmış ve dosyanın Eskişehir mahkemelerine gönderilmesini istemiştir. Fakat mahkemece istek dışına çıkılarak dosyanın Biga mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Ne var ki, karar davalı tarafça temyiz edilememiştir. Şu durum karşısında davanın esası incelenmek üzere yetkisizlik kararının bozulması gerekmektedir.” Y. 19. HD. 26.6.2001 1265/4963 (Türk Menfi Tespit, s.224)

¹⁷³ 19. HD. 22.6.1999 3857/4349 (Türk, Menfi Tespit, s.225)

¹⁷⁴ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.627

¹⁷⁵ Konuralp, Yetki, s.267

yetkisizlik ilk itiraz olarak ileri sürülebilecektir¹⁷⁶. Bu husus usul ekonomisi açısından incelenmiş, davalının, daha sonra yetkisiz mahkemenin yer aldığı yerde takip başlatmasının o yerde davanın görülmesinin kendisi açısından külfet oluşturmadığını gösterdiğini, uyuşmazlığın mümkün olduğunca çabuk, basit ve en az masrafla çözümlenmesi gerektiğinden yargıcın, usul ekonomisini göz önüne alarak yetkisizlik kararı vermemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁷.

İcra takibinden sonra açılacak menfi tespit davasında kanunda belirtilen yetkili mahkemelerden biri, davalının ikametgâhı mahkemesidir. Bu düzenleme, HUMK'ta yer alan genel hükmün tekrarı niteliğindedir. Menfi tespit davası, birden fazla kişiye karşı birlikte açılıyorsa davalılardan birisinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir¹⁷⁸. Ancak HUMK m.9'a göre davanın, davalılardan birisini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı anlaşılırsa ona ilişkin dava diğerlerinden ayrılarak yetkisizlik kararı verilmelidir.

İİK 72. Maddesinde belirtilen iki yerden birisini seçme yetkisi borçludadır. Eğer borçlu bu iki yerden başka bir yerde dava açmışsa, davalı itiraz ederek bu iki yerden birisini yetkili gösterirse mahkeme yetkisizlik kararı vererek davalının seçtiği yer mahkemesine gönderilmesine karar verir¹⁷⁹.

Menfi tespit davalarında yetki, kamu düzeninden değildir¹⁸⁰. Bu sebeple de mahkeme yetkisizliği kendiliğinden inceleyemeyecek, davalının itirazı üzerine yetkisizliğe ilişkin karar verebilecektir. Yine yetkinin kamu düzeninden olmaması

¹⁷⁶ Türk, Menfi Tespit, s.226

¹⁷⁷ Konuralp, Yetki, s.271; TÜRK, Menfi Tespit, s.226

¹⁷⁸ " Davacı vekili, müvekkilinin davalı Yenisan Şirketine verdiği iki adet hatır senedinin davalı şirket tarafından da tahsil cirosu ile başka bankalara ciro edildiğini ileri sürerek karşılıksız bulunan senetlerden dolayı müvekkilinin borçlu olmadığını tespitine, senetlerin iptallerine karar verilmesini İstanbul mahkemesinden talep ve dava etmiştir. ... Davada, iki davalı mevcut olup bunlardan Yenisan Şirketinin muamele merkezinin İstanbul olduğu tespit edilmiş ve bu olayda diğer davalıyı kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla hareket edildiği de ileri sürülmemiş bulunmasına göre HUMK 'un 9. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca İstanbul Mahkemesinin yetkili olduğunun kabulü ile işin esasına girmek gerekirken yazılı olduğu şekilde dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi doğru değildir." 11. HD. 23.1.1984 159/224 (Kuru, İcra ve İflas Hukuku C.1, 493 vd.)

¹⁷⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.69

¹⁸⁰ Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, s.628; Kuru, İcra ve İflas Hukuku C.1, s.495; "...tarafklar arasında uyuşmazlık İİK'nun 72. Maddesine göre açılmış borçlu bulunmadığının tespitine ilişkindir. Davanın bu niteliğine göre bu madde hükmünde düzenlenen yetki kamu düzeni ile ilgili bulunmadığından yetki itirazında bulunana davalının bu itirazından feragat geçerlidir." 11. HD. 3.12.1985 tarih 6819-6640 sayılı kararı (Ertekin/Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, Uygulamada Ticari Senetler, s.628)

sebebiyle taraflar yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Kambiyo senetlerinde metnin üzerine “uyuşmazlık halinde İstanbul Mahkemeleri yetkilidir” şeklinde yetki şartı yazılmış olabilir. Bu halde senet üzerinde yazılmış yer mahkemesinde dava açılacağı gibi, bu şart genel yetki kuralını kaldırmayacağından genel yetki kurallarına göre dava açılacaktır.

Menfi tespit davası kambiyo senedinin üzerinde yetkili mahkeme olarak gösterilen yerde açılmışsa ve davalı yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu bu sebeple de yetkisizliği ileri sürüyorsa mahkeme ilk önce yetki şartının geçerliliğini incelemelidir¹⁸¹. Mahkeme, yetki şartının geçersiz olduğuna kanaat getirirse yetkisizlik kararı verir. Yetkili mahkeme, daha önce inceleme yapıp dosyayı kendisine gönderen mahkemenin yetki şartının geçerliliğine ilişkin yaptığı inceleme ile bağlı değildir, kambiyo senedinin geçerli olup olmadığını kendisi inceleyip karar vermelidir¹⁸². Yetki şartının geçersizliğine ilişkin itirazı inceleyen mahkeme şartın geçerli olduğuna kanaat getirirse itirazı reddedip esasa girmelidir. Ancak mahkemenin yetki itirazını reddetmiş olması, esas hakkındaki inceleme esnasında senedin geçerli olup olmadığını incelemesine engel değildir¹⁸³.

Senedin sahteliği veya hata, hile, ikrah sebebiyle borcun hükümsüzlüğüne dayanılarak menfi tespit davası açılmak isteniyorsa bu haller haksız fiil teşkil ettiğinden haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi (HUMK m.21) de yetkilidir¹⁸⁴. Mahkeme, senedin sahte olmadığı ya da hata, hile, ikrah gibi sebeplerle geçersiz olmadığına kanaat getirirse menfi tespit davasını esastan reddetmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Ancak Yargıtay, bu halde mahkemenin yetkisinden söz edilemeyeceğinden yetkisizlik kararı vermesin gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁶.

VIII. HUKUKİ YARAR

¹⁸¹ Kuru, Menfi Tespit, s.73; Kuru, İcra ve İflas Hukuku C.1,s.497

¹⁸² Kuru, Menfi Tespit, s.73

¹⁸³ Yavuz, Menfi Tespit, s.127

¹⁸⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.74

¹⁸⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.75

¹⁸⁶ Davacı, kendisinin borçlu gözüktüğü emre muharrer senedin sahte olduğunu savunduğuna göre, mahkemece, diğer tarafın salahiyet itirazının nazarı itibara alınabilmesi için evvel’emirde, senedin sahte olup olmadığının araştırılması ve şayet senet sahte değilse ancak o takdirde salahiyet itirazının nazara alınması gerekir, ilk nazarda salahiyet itirazı nazara alınmaz.” 11. HD. 15.2.1977 435/619 (Kuru, Menfi Tespit, s.75)

Menfi tespit davasının açılabilmesi için davacının, bu davayı açmakta korunmaya değer bir hukuki yararı olmalıdır. Hukuki yarar, davanın dinlenme şartlarından olduğu için bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hakim tarafından re'sen incelenecektir¹⁸⁷. Borçluya karşı icra takibine girişilmesi veya icra tehdidinde bulunulması hallerinde borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yarar vardır, senedin takibe konulmuş olması şart değildir¹⁸⁸.

Hukuki yarar, davanın açıldığı anda olmalıdır ve dava süresince de devam etmelidir. Dava açıldıktan sonra davacı borçlunun menfi tespit davasına devam etmesinde hukuki yararı kalmamışsa, örneğin eda davası açma olanağı doğmuşsa, menfi tespit davasına devam edilemeyecektir. Çünkü borçlu, daha sonra tekrar eda davası açabilecek ve aynı uyuşmazlık iki defa mahkeme önüne getirilmiş olacaktır¹⁸⁹. İİK m. 72/6'ya göre borç icra zoruyla ödendiği takdirde menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilmelidir. Borçlu, davaya istirdat davası olarak devam edilmesini istemediği takdirde hukuki yarar kalmadığından bahisle menfi tespit davası reddedilmelidir¹⁹⁰.

Senedin vadesinin henüz gelmemiş olması, menfi tespit davası açılmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁹¹.

Kendisine karşı henüz bir icra takibi başlatılmamış ancak başlatılacağı tehdidi altında olan borçlu, kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte imzaya ya

¹⁸⁷ Türk, Menfi Tespit, s.187

¹⁸⁸ "Dava, İİK'nun 72. maddesi gereğince açılmış bir menfi tesbit davasıdır. Böyle bir davanın açılabilmesi için, bononun tahsil veya takibe konulmuş olmasına gerek yoktur. Bono karşı taraf yedinde olduğu müddetçe, davacı, borçlu ödeme tehdidi altındadır ve işbu davayı açmakta hukuki yararı vardır. Bu itibarla, mahkemece iddianın özeti yazılmak müeyyidesi belirtilmek suretiyle davalıya isticvap davetiyesi çıkarılmak ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." 11. HD. 2.4.1990, 2407/2916 (KURU, Menfi Tespit, s.25); "Dava, İİK. 72. maddesi gereğince açılmış bir menfi tespit davasıdır. Böyle bir davanın açılabilmesi için, bononun tahsil ve takibe konulmuş olmasına gerek yoktur. Bono karşı taraf yedinde olduğu müddetçe, davacı borçlu ödeme tehdidi altındadır ve işbu davayı açmakta hukuki yarar vardır." 11. HD. 2.4.1990 tarihli 2407/2916 sayılı karar (Yavuz, Menfi Tespit, s.43)

¹⁸⁹ Türk, Menfi Tespit, s.189

¹⁹⁰ Türk, Menfi Tespit, s.191

¹⁹¹ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.346 dn. 204: "Davacılar, keşide ettikleri bonoyla davalıya borçlandıklarını ve bonoyu geçersiz bir borç ilişkisi nedeniyle verdiklerini iddia ettiklerine, dava tarihinde vadesi dolmayan bononun vade tarihinin gelmesini müteakip ödenmesinin talep edileceğinin muhakkak olmasına, İİK'nun 72/f.1 maddesinde icra takibinden önce de menfi tespit davası açılmasına cevaz verilmesine göre davacıların menfi tespit davası açmakta güncel bir hukuki yararının bulunmadığı yolundaki gerekçe isabetsizdir." Y. 11. HD'nin 18.6.1991 tarihli 9057/4151 kararı

da borca itiraz satıştan başka takibi durdurmadığından, menfi tespit davası açmasında hukuki yarara sahiptir. Borca itiraz edilmiş ise, yargılama neticesinde borcun olmadığı veya itfa yada ihmal edildiği resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı halinde itiraz kabul edilir. İcra mahkemesi hakimi, itiraz dilekçesine ekli olarak ibraz edilen belgelerden borcum itfa veya imhal edildiği yada senedin zamanaşımına uğradığı veya borçlunun borçlu olmadığı kanaatine varırsa takibin geçici durdurulmasına karar verebilecektir (İİK m.169/a). Bu halde söz konusu belgelere sahip borçlunun itiraz yoluna başvurmadan menfi tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur¹⁹².

Borçlunun elinde takibe dayanak yapılan kambiyo senedini, hükümden düşüren veya etkisini zayıflatan bir adi belge bulursa bile menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu ileri sürülmüştür¹⁹³. Bu görüş, belge altındaki imzanın inkar edilebileceği ve icra mahkemesinin sınırlı inceleme yetkisinden dolayı borçlunun iddiasını ispatlayamama tehlikesi ve de kambiyo senetlerine özgü takipte imzaya ve borca itiraz takibi durdurmayacağı nedenleriyle desteklenebilir. Ancak İİK m. 169/a.2 gereğince hâkimin geçici durdurma kararı vermesini sağlayabilecek belgeler ibraz edebilen borçlunun öncelikle bu yola başvurması, başarısız olması veya bu belgelere sahip olmaması halinde menfi tespit davası açması hukuki yarar açısından daha doğru bir yol olacaktır.

Yapılan takip hakkında geçici durdurma kararı verilmişse borçlu, bu kararın kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde borçtan kurtulma davası açabilecektir. Borçtan kurtulma davası açabilmek için İİK'nun 69. maddesinde alacağın yüzde onbeşi tutarında teminat gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Menfi tespit davasında ise dava şartı olarak teminat öngörülmemiştir. Borçlu, bu süreyi borçtan kurtulma davası açmaksızın geçirmişse menfi tespit davası açmasında hukuki yararı vardır. Teminat koşulu yerine getirilmeksizin borçtan kurtulma davası açılmış ise bu davaya menfi tespit davası olarak bakılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁴. Yargıcın hukuk kurallarını resen uygulama yetkisi ve usul

¹⁹² Kuru, Menfi Tespit, s.42

¹⁹³ Kuru, Menfi Tespit, s.44 dn.92; Türk, Menfi Tespit, s.196

¹⁹⁴ Türk, Menfi Tespit, s.203, Kuru, Menfi Tespit, s.48

ekonomisi ilkesi sebebiyle bu görüş desteklenmektedir¹⁹⁵. Yargıtay ise, yedi günlük süre içerisinde açılan ancak teminat şartı yerine getirilmeyen borçtan kurtulma davasına, menfi tespit davası olarak bakılmayacağı yönünde karar vermiştir¹⁹⁶. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Yedi günlük süre içerisinde açılan davada mahkemece davacıya süre verilerek eksik teminat yatırılmalı, aksi takdirde davaya menfi tespit davası olarak devam edilmelidir. Doktrinde bir yazarca da davacı borçlunun, kanunda öngörülen süre içerisinde teminatı yatırmaması halinde borçtan kurtulma davasının dava şartı yokluğundan reddedilmesi gerektiği, bu davaya menfi tespit davası olarak devam edilemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁹⁷.

Bir diğer yazara göre ise; itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren başlayan yedi günlük süre geçtikten sonra borçtan kurtulma davası açılmışsa hakimin hukuki nitelermeyi kendisinin yapacağından bu davaya menfi tespit davası olarak bakılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹⁸.

İtirazın kesin kaldırılması kararı verilmiş ise borçlu, icra tehdidi altında olacağından ve icra mahkemesi kararı kesin hüküm teşkil etmediğinden borçlunun, menfi tespit davası açmasında hukuki yarar vardır¹⁹⁹.

Alacaklı, itirazın iptali davası açmışsa borçlu, cevap dilekçesinde iddialarını ve delillerini ileri sürebileceğinden ayrıca bir menfi tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur. İtirazın iptali davası neticesinde verilen hüküm maddi anlamda kesin olacağından daha sonra da menfi tespit davası açılmayacaktır.

Alacaklı hakkında ceza mahkemesinde sahteliğe ilişkin dava açılmışsa ve borçlu, bu davada şahsi hakların hüküm altına alınmasını ve de borçlu olmadığının

¹⁹⁵ Türk, Menfi Tespit, s.203

¹⁹⁶ "İİK'nun 69. maddesi, buyurucu (amir) bir hükümdür. Öte yandan borçtan kurtulma davası ile menfi tespit davası yasada ayrı ayrı koşulları içeren bir biçimde düzenlenmiştir. Yasada sınırlayıcı ve buyurucu koşullara bağlanan borçtan kurtulma davasının bu koşullardan birinin eksikliği halinde herhangi bir koşula bağlı olmayan menfi tespit davasına dönüştürülmesi olanaksızdır." Y. 11. HD. 17.6.1980 2781/3233 (Türk, Menfi Tespit, s.204)

¹⁹⁷ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.349

¹⁹⁸ Türk, Menfi Tespit, s.208; Davacı, dava dilekçesinde her ne kadar borçtan kurtulma deyimini kullanmış ise de, asıl niyetinin borçtan kurtulma davası olmayıp (menfi tespit davası) açmak olduğu yine dilekçe münderecatından anlaşılmıştır. Esasen hukuki tavsifi yapmak ve yasaları uygulamak yetkisi de (HUMK m.76) maddesine göre hakime aittir. Şu halde uyumsuzluğun menfi tespit davası şeklinde tetkik edilip sonucuna göre bir karar vermek gerekir." Y. 11. HD. 30.3.1981 1493/1373 (Türk, Menfi Tespit, s.208 dn.93)

¹⁹⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.45

tespitini talep etmişse derdestlik ilk itirazı ile karşılaşılacağından ayrıca menfi tespit davası açılmamalıdır²⁰⁰.

Borçlu, ödeme emrine itiraz ederken bildirdiği sebeplerle bağlı olmaksızın menfi tespit davası açabilir. Borcun zamanaşımına uğradığını iddia ediyorsa henüz bir takip de yapılmamışsa menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur²⁰¹. Çünkü başlatılacak takibe itiraz yoluyla zamanaşımı defii ileri sürülebilecektir. Ancak takip yapılmış ve borçlu, ödeme emrine itiraz ederken alacağın takip talebinden önce zamanaşımına uğradığını ileri sürmemiş ise daha sonra menfi tespit davası açarak zamanaşımını ileri süremeyecektir. Ancak itirazda zamanaşımını ileri sürmesine rağmen itiraz kesin olarak kaldırılmış ise menfi tespit davası açarak zamanaşımı defii ileri sürebilecektir²⁰².

Borçlunun hamile karşı açtığı menfi tespit davası reddedilmişse cirantalara ya da lehtara menfi tespit davası açmasında hukuki yararı vardır²⁰³.

IX. DAVANIN AÇILMASI

Borçlu, icra takibinden önce veya takip esnasında borçlu bulunmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir. Ancak borçlu, takibe itiraz etmemiş veya itirazın kaldırılması yüzünden borçlu olmadığı parayı ödemek zorunda kalmış ise artık menfi tespit davası değil, istirdat davası açabilecektir. İstirdat davası bir sene içerisinde açılabilirken menfi tespit davasının açılması bakımından yasada herhangi bir süre öngörülmemiştir, sadece paranın ödenmemiş olmasına dikkat edilmelidir.

Menfi tespit davasında terditli olarak birden fazla olgu ileri sürülebilir. Ancak birden fazla olguya dayanılması açılan davanın terditli olduğu anlamına gelmeyecektir. Terditli davada, davacı, iki ayrı talepte bulunmakta, asıl talebinin kabul edilmemesi halinde ikinci talebine göre karar verilmesini mahkemeden istemektedir²⁰⁴. Menfi tespit davası neticesinde borçlu olunmadığının tespiti istendiğinden bu davanın terditli olması söz konusu değildir. Birden fazla olguya dayanılabilir, sahtelik ve açık poliçe itirazları gibi, ancak tek bir netice talep

²⁰⁰ Türk, Menfi Tespit, s. 209

²⁰¹ Yavuz, Menfi Tespit, s.47

²⁰² Kuru, Menfi Tespit, s.48

²⁰³ Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.353

²⁰⁴ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.1515

edilmektedir. Ayrıca ileri sürülen olguların birbiriyle çelişkili olmaması gerekir. Davacı, senetteki imzanın kendisine ait olmadığını yani sahteliği ileri sürdükten sonra, kaldı ki senetteki borcu ödedim diyemeyecektir²⁰⁵. Bu halde hakim, davacıya hangisine dayandığını açıklattırmalı ve yargılamayı o hususu dikkate alarak yapmalıdır²⁰⁶.

A. İcra Takibinin Başlatılma Anı İle Menfi Tespit Davasının Açılma Anının Tespiti Ve Önemi

Davanın açılması anının, icra takibinin başlatılmasından önce veya sonra olmasına göre takibe etkisi farklı olacaktır. Menfi tespit davası icra takibinden önce açılmışsa talep üzerine mahkeme, teminatın yatırılması şartıyla takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verebilecektir (İİK m.72/2). Davanın, takipten sonra açılmış olması halinde ise takibin durdurulması yönünde karar verilemeyecektir, ancak yasanın belirtilen teminatın yatırılması şartıyla icra vizesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir (İİK m.72/3). Davanın açılma anının, takibin başlama anına göre önce veya sonra olması takibin devamı ve özellikle borçlu bakımından önemlidir. Borçlu, takipten önce menfi tespit davasını açarsa mallarına haciz konulmamasını ihtiyati tedbir kararı aldirarak sağlayabilecektir.

1. Takibin Başlatılma Anı

Davanın açılma anının tespiti takibin durdurulması bakımından zaruri olduğundan takibin başlama anı ve davanın açılma anının iyi tespit edilmesi lazımdır.

Takibin başlatılma anına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşte olanlara göre icra takibi, takip talebinin icra dairesine verilmesi ile başlayacaktır²⁰⁷. Bu görüş, İİK'nun 42. Maddesinde yer alan "bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine dair olan cebri icralar takip talebiyle başlar" ifadesine dayandırılmıştır²⁰⁸. Kambyo senetlerine özgü icra yoluyla takip de ilamsız takip türlerinden oluşu için burada da bu hüküm geçerlidir.

²⁰⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, s.1515

²⁰⁶ Gürbüz, Ticari Senetler, s.563

²⁰⁷ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.9; Görgün, Menfi Tespit, s.29; Türk, Menfi Tespit, s.241

²⁰⁸ Türk, Menfi Tespit, s.240;

İkinci görüşte olanlara göre ise; icra takibi, ödeme emrinin borçluya tebliği ile başlar²⁰⁹. Pozitif hukukta bu görüşü destekleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca günümüzde tebliğ süreleri, özellikle de büyükşehirlerdeki süreler oldukça uzun olmaktadır. Kötü niyetli borçlular, bu durumu lehlerine kullanıp menfi tespit davası açarak takibi durdurma imkanına sahip olacaklar, alacaklı bakımından hak kaybı söz konusu olabilecektir.

Üçüncü görüşte olanlara göre ise, icra dairesince ödeme emrinin düzenlenmiş olması ve postaya verilmesi ile takip başlayacaktır²¹⁰. İcra takibinin icra memurunun bir muamelesi olduğu ve alacaklının takip talebinde bulunmasının bu şartı gerçekleştirmediği, bu sebeple de ödeme emrinin postaya verilmesi gerektiği belirtilmiştir²¹¹. Bu görüş dikkate alınırsa ödeme emrinin postaya verilmesinden sonra, fakat borçluya tebliğinden önce menfi tespit davası açılırsa dava, takipten sonra açılmış kabul edilecektir ve borçlu aleyhine bir durum oluşacaktır. Alacaklının takip talebinde bulunduğunu öğrenen borçlu, icra memuru yasal süre olan üç gün içerisinde ödeme emrini düzenlemeden menfi tespit davası açabilecektir. Bu ihtimal kötü niyetli borçlu açısından takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir imkanı doğuracaktır.

Kanaatimizce, birinci görüş olan takibin, takip talebinde bulunulması anında başlayacağı görüşü kabul edilmelidir. İİK'nun 42. maddesinde yer alan takibin, taleple başlayacağı hükmü açıktır. Bu görüş, alacaklıyı, kötü niyetli olan borçluya karşı da koruyacaktır.

2. İhtiyati Haciz Kararı Ve Menfi Tespit Davası

Görüş birliği olmayan bir diğer husus da ihtiyati haciz kararından ya da ihtiyati haciz kararının icrasından sonra ancak icra takibinden önce açılan menfi tespit davasının takibe göre önce veya sonra başladığıdır. İhtiyati haczin, bir takip işlemi olup olmadığı tespit edilmelidir.

Bu konudaki ilk görüşe göre ihtiyati haciz, bir takip işlemidir ve ihtiyati haciz kararından sonra açılan menfi tespit davası da takipten sonra açılmış kabul

²⁰⁹ Bu görüşte olanlar Berkin (Görgün, Menfi Tespit, s.29)

²¹⁰ Postacıoğlu, Menfi Tespit Davası, s.833

²¹¹ Postacıoğlu, Menfi Tespit Davası, s.833

edilir²¹². Yargıtay'ın henüz bu konuya ilişkin içtihatlarının istikrar kazanmadığı, ancak ihtiyati haczi, icra takip işlemi olarak görmeyeceği belirtilmiştir²¹³. Bu halde ihtiyati haciz kararından ancak takipten önce başlatılan menfi tespit davası, borçlu lehine olacak şekilde, takipten önce açılan dava olarak kabul edecek ve etki edecektir.

Öğretide ihtiyati haciz talebinin icra organının değil de alacaklının bir işlemi olduğundan ihtiyati haczin icra takip işlemi olmadığı, ancak ihtiyati haciz kararının, icra organları da bu aşamada devreye girip işlem yapacağından bir icra takip işlemi olduğu ileri sürülmüştür²¹⁴. Bu görüş dikkate alınacak olursa ihtiyati haciz kararının talep edilmiş olup da henüz kararın çıkmamış olması aşamasında menfi tespit davası açılırsa takipten önce açılmış bir dava olacaktır. İhtiyati haciz kararı verilmiş ve bu andan sonra menfi tespit davası açılmış ise takipten sonra açılmış kabul edilecektir. İİK'nun 72. maddesinde yer alan icra takibi ifadesinin icra takip talebi olduğu, bu sebeple de ihtiyati haczin önemli olmadığı kanaatinde olduğumuzdan bu görüşe katılmamaktayız.

İkinci bir görüşe göre ihtiyati haciz kararından sonra fakat takip talebinden önce açılan menfi tespit davası, takipten önce açılmış kabul edilir²¹⁵. Aynı yazarlarca, ihtiyati haczin, icra takip işlemi olup olmadığını incelemeye gerek olmadığı, çünkü İİK'nun 72. maddesinde icra takibinden kastedilenin icra takip işlemi değil, icra takip talebi olduğu ileri sürülmüştür²¹⁶. Biz de bu görüşe katılmaktayız. İİK'nun 72. maddesinde yer alan "icra takibinden" ifadesinde bahsedilen takip talebidir. Bu sebeple de ihtiyati haczin takip icra takip işlemi olup olmadığını incelemeye gerek yoktur.

İhtiyati hacizden sonra fakat takip talebinden önce açılan dava takipten önce açılmış kabul edileceğinden takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir. İhtiyati haciz kararı verilmiş ancak henüz icra edilmemiş ise tedbir kararı ile ihtiyati haczin icrası duracak, borçlunun malları üzerine ihtiyati haciz

²¹² Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.833; Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları,s.241

²¹³ Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.833; Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları,s.241

²¹⁴ Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, 1999, s.254

²¹⁵ Canbolat/Canbolat, Menfi Tespit, s.9; Kuru, Menfi Tespit, s.34; Muşul, İcra Hukuku, s.368; ; Türk, Menfi Tespit, s.243; Görgün, Menfi Tespit, s.32

²¹⁶ Görgün, Menfi Tespit, s.32; Kuru, Menfi Tespit, s.34; Türk Menfi Tespit, s.243

konulamayacaktır²¹⁷. İhtiyati haciz kararı verilmiş ve icraya da konulmuşsa verilecek ihtiyati tedbir kararı ihtiyati hacze etki etmeyecek ve ihtiyati haciz devam edecektir²¹⁸.

3. İcra Takibi Başlatılması İle Menfi Tespit Davasının Açılması Tarihinin Aynı Gün Olması

İcra takibinin başlatılması ile menfi tespit davasının açılmasının aynı gün olması halinde hangisinin daha önce başlamış kabul edileceği konusunda farklı görüşler vardır. Davanın açılma anı ile takibin başlatılması aynı gün ise menfi tespit davasının, özellikle kötü niyetli borçlularla mücadele bakımından, takipten sonra açıldığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²¹⁹. Bu görüş İİK'nun 72. maddesinin Adalet Komisyonunun gerekçesinde yer alan "Menfi tespit davası, icra takibinin yapıldığı gün açılmışsa, bu halde icra takibini daha önce yapılmış kabul etmek, kötü niyetli borçlularla mücadele bakımından daha uygun görülmüştür." İfadesiyle desteklenmektedir.

Diğer bir görüşe göre; gerekçede yer alan ancak madde metni içerisinde yer almayan bu ifadeler dikkate alınarak borçlu aleyhine bir durum yaratılamaz. Bu sebeple de takip ve davanın aynı gün başlatılmış olması halinde menfi tespit davası, takipten önce açılmış kabul edilmelidir²²⁰. Kanun koyucunun takipten sonra açılan davalardan, takibi geciktirmek amacıyla açıldığını düşündüğü ve bu sebeple İİK'nun 72. maddesinde her iki durum için farklı düzenleme getirdiği, dava ve takibin aynı gün başlatılmalarından borçlunun kötü bir niyetinin olmadığı anlaşılması gerektiği ileri sürülerek görüş desteklenmektedir²²¹.

Bir diğer görüş sahibine göre ise; davanın takipten önce açılması borçluya fayda sağlayacağından borçlunun lehine olan bu hususu genel ispat kurallarıyla ispatlaması üzerine davanın takipten önce açılmış kabul edilmesi gerekir²²².

²¹⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.35

²¹⁸ Kuru, Menfi Tespit, s.35

²¹⁹ Çavdar, Seyit, İtirazın İptali Borçtan Kurtulma Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, 2007, s.728; Kuru, Menfi Tespit, s.34; Üstündağ, İcra Hukuku, s.101

²²⁰ Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.242

²²¹ Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.242

²²² Bilge Umar bu görüştedir (Türk, Menfi Tespit, s.244 dn.25'de anılan literatür)

Kanımızca madde metninde yer almayıp da gerekçede yer alan husus gözden kaçırılmamalıdır. Burada kanun koyucunun gerçek amacı yansıtılmaktadır. Gerekçe bağlayıcı değildir. Fakat yorum yaparken dikkate alınmalıdır. İcra takibinin başlatılması ile davanın aynı gün açılması halinde menfi tespit davasının takipten sonra başlatıldığı kabul edilmelidir.

B. İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasının İcra Takibine Etkisi

Henüz kendisine karşı başlatılmış bir icra takibi olmayan borçlu, borçlu olmadığından hemen tespitinde hukuki yararı olması şartıyla takipten önce menfi tespit davası açabilecektir. Menfi tespit davasının açılması, icra takibi başlatılmasına engel değildir. Takip ve dava aynı şeyler olmadığından menfi tespit davasının açılması, borçluya, takibe karşı derdestlik iddiasını ileri sürme imkânı vermez²²³.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasının icra takibine etki etmesi hususu İİK m.72/2'de düzenlenmiştir. Bu halde davaya bakan mahkeme, talep üzerine dava konusu alacağın yüzde on beşinden az olmayacak miktarda teminat gösterilmesi şartıyla ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. Hükümden anlaşılacağı üzere, dava açılması takibe kendiliğinden etki etmeyecektir. İcra takibinin açılacak davalarla gecikmeye uğramaması amacıyla icra takibinin istiklali prensibi de teyit edilerek davanın, takibe kendiliğinden etki etmemesi kuralı benimsenmiştir²²⁴. İİK m.72/2'nin uygulanabilirliği için daha sonra dava konusu kambyo senedine ilişkin bir takip başlatılmış olmalıdır. Takip başlatılmamış olması halinde ortada bir icra takibi olmadığından İİK m.72 değil, genel hükümler uygulanacaktır.

Davaya bakan hakimin, takibin durdurulması kararı verebilmesi için bunun davacı tarafca talep edilmesi gerekmektedir. Bu talep dava dilekçesinde veya daha sonra mahkemeye verilecek dilekçe ile istenebilmektedir (HUMK m.105/1). Hakim, ihtiyati tedbir talebi üzerine mutlaka tedbir kararı vermek mecburiyetinde değildir, bu husus hakimin takdirine bırakılmıştır. Kanunda yazılan teminat miktarını gösteren tüm borçluların tedbir talebine olumlu yanıt verilmesi beklenemez. Mahkeme,

²²³ Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.835

²²⁴ Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.832

borçlunun takipten önce açtığı bu davada ciddi(haklı) ²²⁵,takibi geciktirme niyetinden uzak ve iyi niyetli olduğu kanısına varırsa tedbiren takibin durdurulması kararı vermelidir²²⁶. Borçlunun, sırf yapılacak takibi geciktirmek amacıyla senedin vadesinden kısa bir süre önce menfi tespit davası açması halinde hakimin, dikkatli bir şekilde inceleme yapmasını ve buna göre ihtiyati tedbir talebi hakkında karar vermesi gerekmektedir²²⁷.

İİK m. 72'de icra takibinin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbiri düzenlenmiş, diğer tedbir türlerine değinilmemiştir. Bu noktada icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında, takibi durdurma tedbirinden farklı bir tedbire hükmedilip hükmedilemeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada henüz bir takip başlatılmadan menfi tespit davasında acaklının elindeki senedin icra takibine konulmaması, protestoya tabi tutulmaması, tedavülünün önlenmesi veya tahsil edilen paranın bankada bloke edilmesi gibi tedbirler talep edilmektedir²²⁸.

Senedin icra takibine konulmaması hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Öğretide bir görüş tarafından İİK m.72/2'de öngörülen ihtiyati tedbir kararının niteliği gereği icra takibine doğrudan etki edebilecek diğer ihtiyati tedbirlere başvurulamayacağı, bu sebeple de kambyo senedinin takibe konulmaması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği ileri sürülmüştür²²⁹. Henüz olmayan bir şeyin durdurulmasının söz konusu olmayacağı da başka bir yazarın görüşüdür²³⁰. Karşı görüşte olan yazarlarca²³¹ ise talep sahibinin haklı gerekçelere dayanıyor ve bunları ispatlayabiliyor olması halinde HUMK m. 103 dikkate alınarak takibin durdurulması dışında tedbir kararları verilebileceği savunulmaktadır²³². Alacaklı, takip başlamadan evvel ihtiyati haciz yoluyla

²²⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.29

²²⁶ Türk, Menfi Tespit, s.251

²²⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.33

²²⁸ Türk, Menfi Tespit, s.253

²²⁹ Türk, Menfi Tespit, s.254

²³⁰ Öktemer, Menfi Tespit, s.585

²³¹ Öktemer, Menfi Tespit, s.585; Uyar, Olumsuz Tespit, s.26; Yorgancıoğlu, Cemil , İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit davalarında İhtiyati Tedbir Sorunu, TBBD Yıl:1993 Sayı:1, s.76 vd.

²³² Öktemer, Menfi Tespit, s.585; "Adapazarı Asliye 3. Hukuk Mahkemesinin 94/212 esas, 94/193 karar numaralı ihtiyati tedbir kararında borçlu tarafından açılacak menfi tespit davasına esas olmak üzere takip konusu bono için 75 milyon lira teminat yatırılması karşılığında açılacak dava sonuna kadar protesto edilmemesinin ve icraya konu edilmesinin önlenmesi yolunda ihtiyati tedbir konulmasına karar verilmiş ve bu konuda alacaklı taraf gösterilmiştir. Bu tedbir kararı 19.4.1994

borçlunun mallarını haczedebilmekte, taşınır mallarını muhafaza altına alılabilmekte, telefon vb. iletişim araçlarını kapattırabilmektedir. Bu işlemlerden sonra da takip başlatacaktır. Bu hallerde, alacaklının takip başlamasından evvel menfi tespit davası açan borçlu, takibin durdurulmasını talep edebilecek, ancak malları üzerindeki haczi kaldıramayacak, telefonunu iletişime açtıramayacaktır. Bu gibi borçluyu mağdur edecek sebepler dikkate alınarak ve kanun koyucunun, takibinin durdurulmasıyla icra takibini önlemesi amaçladığı göz önüne alınarak icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında, başlatılacak icra takibinin önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesinin doğru olacağı ileri sürülmüştür²³³.

Senedin protesto edilmemesine tedbiren karar verilmesi de uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Ödememe protestosu Merkez Bankası'na ve Merkez Bankasınca da diğer bankalara bildirilir. Bu durum borçlunun ticari itibarı açısından zarar vericidir²³⁴. Ödememe protestosu, senedin ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde düzenleneceğinden, protesto düzenlenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verildiğinde hamil, süreyi kaçırmamak için tedbirin kalkıp kalkmadığını sürekli takip etmek zorunda kalmakta ve genellikle de süreyi kaçırmaktadır²³⁵. Bu sakıncalar göz önüne alındığında ve kanaatimizce de protesto düzenlenmemesine değil de düzenlenen protestonun Merkez Bankası'na bildirilmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmelidir²³⁶. Yargıtay'a göre ise, senedin devrinin engellenmesi ve protesto edilmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilir²³⁷.

tarihi talimatla ilgili icra müdürlüğüne gönderilerek dosya içine konulmuştur. Verilen bu tedbir kararı münderecatına göre şikâyetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile istemin reddi isabetsizdir." Y. 12. HD. 3.7.1995-9844/9892 (Kaçak, İcra ve İflas Kanunu ŞErhi,

²³³ Yorgancıoğlu, İhtiyati Tedbir Sorunu, s.77-78

²³⁴ Türk, Menfi Tespit, s.255 dn. 79'da adı geçen eserde (İnan, Protesto) bazı bankaların bu durumu, tacire verilen kredinin kesilmesi için kafi sebep olarak gördükleri belirtilmiştir.

²³⁵ Türk, Menfi Tespit, s.255; "Protestonun düzenlenmesi hakkındaki ihtiyati tedbir kararı, Ticaret Kanununun 643. Maddesinde belirtilen mücbir sebep de sayılmaz. Bütün bu nedenlerle protestonun durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesine hem gerek yoktur, hem de bu karar yasaya aykırıdır." Türk, Menfi Tespit, s.255

²³⁶ Öktemer, Menfi Tespit, s.585; Türk, Menfi Tespit, s.255

²³⁷ " Mahkemece, davacının talebi üzerine, tensip kararı ile birlikte dava konusu bononun devri ve protestosunun durdurulması yolunda ihtiyati tedbir kararı verildiğine ve bu hususta ilgili bankaya müzekkere yazılarak karar infaz edildiğine göre, İİK'nun 72/4. maddesi uyarınca söz konusu tedbir kararı dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararına karşılık dava lehine neticelenen bono lehdarı davalı Asım yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu konuda bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiş, hükmün bu yönden davalı Asım yararına bozulmasını gerektirmiştir." 11. HD. 10.9.1990, 5237/5340 (Kuru, Menfi Tespit, s.129)

Çekin, bedelsiz olduğunu düşünen borçlu, çekin bankaya ibrazından önce mahkemeye başvurarak çek bedelinin lehtara ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı alıncı, on gün içerisinde de menfi tespit davası açabilecektir²³⁸. Bu ihtiyati tedbirde de şöyle bir sakıncalı durum ortaya çıkabilecektir; senet hala lehtarın elinde değilse ve ciro veya teslimle başkasına devredilmişse ve alacaklının lehtara karşı ileri sürebileceği defilere dayanılarak ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise bu defiler de, senedi elinde bulunduran kişiye karşı ileri sürülemez ise hamil, haksız yere alacağına geç ulaşmış olacaktır. Bu halde menfi tespit davasında hamilin bilerek borçlunun zararına hareket ettiği ispatlanamazsa, hamil alacağına geç ulaşmış olmaktan doğan zararının tazminini tedbir koyduran davacıdan isteyebilecektir²³⁹.

İcra takibinin durdurulması ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için alacaklının bu tedbir nedeniyle alacağını geç almış olmasından dolayı uğrayacağı zararı karşılamak amacıyla kanunda alacağın yüzde on beşinden az olmamak üzere hakimın takdir edeceği miktarda teminat gösterilmesi gerektiği hükmü düzenlenmiştir²⁴⁰. HUMK m. 110'a göre, ihtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, karşı tarafın veya üçüncü kişinin uğrayacağı muhtemel zararları karşılamak için teminat göstermek zorundadır, ancak durumun gereğine göre hakim, bu teminatı almayabilecektir. Fakat İİK'nun 72. Maddesi ile hakimın bu takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Asgari bir teminat şartı olduğundan mahkemece, alacağın yüzde on beşinden az olmayacak bir teminat miktarı belirlenmelidir.

Menfi tespit davası reddedilirse alacaklı lehine alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak miktarda tazminata hükmedilecektir. Alacaklı, bu tazminatı, karşıladığı oranda ihtiyati tedbir talep edilirken gösterilen teminattan alacaktır. Ancak 3494

²³⁸ Türk, Menfi Tespit, s.256; "Davacının talebi üzerine dava konusu çeklerin ödenmemesi ve icra takibine girişilmemesi için ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve ilgili bankalara bildirilmek suretiyle uygulanmış olduğundan, mahkemece, davanın reddi üzerine İİK'nun 72/4 maddesi uyarınca talep olmasa dahi davalı alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, hükmedilmemiş olması doğru olmadığı" 11. HD. 2.10.1990 2825/6045 (Kuru, Menfi Tespit, s.130)

²³⁹ Türk, Menfi Tespit, s.257

²⁴⁰ " İcra İflas Kanununun 72/4 fıkrasında açıklandığı üzere davacı borçludan ihtiyati tedbir kararı verildiği zaman alınmış bulunan teminattan, alacaklı, ihtiyati tedbirden dolayı alacağını geç almış olmaktan doğan zararını her zaman tahsil edebilir. Başlangıçta yani ihtiyati tedbir kararı verildiği anda teminat bu amaçla alınmaktadır. Bu nedenle davalı alacaklının alacağını tahsil edinceye değin teminatın geri verilmemesi zorunludur. Buna rağmen mahkemenin alacağın tahsilini beklemeksizin gerek nakdi teminatın gerek banka teminat mektubunun davacıya iadesine karar vermesi bozmayı gerektirir." 13. HD. 27.2.1996, 764/1440 (Kuru, Menfi Tespit, s31)

sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce hükmedilecek asgari tazminat oranı alacağın yüzde on beşi idi. Yasa değişikliği ile bu oran yüzde kırka çıkarılmasına rağmen teminat miktarında bir değişiklik yapılmamıştır. İİK'nun 72/4'üncü maddesinde tazminat miktarının asgari haddi artırılırken teminatta da paralel bir değişiklik yapılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür²⁴¹. Yasa koyucunun teminat oranını da tazminata orantılı olarak yüzde kırka artıracığı düşünülürse borçlu, haksız bir takibi, teminatı yatıramaması halinde, durduramayacak ve haciz, satış vb. nedenlerle mağdur olabilecektir. Yargıcın dava neticesinde alacaklı lehine tazminata hükmedilmesi ihtimalini gözeterek teminatı hakkaniyete uygun şekilde belirlemesi doğru olacaktır.

Teminatın neler olabileceği HUMK m. 96'ya göre belirlenecektir. Hükme göre para, mahkemece kabul olunacak pay senedi ve tahvil veya taşınmaz ipoteği, geçerli bir banka kefilliği (banka teminat mektubu) veya noterden onaylı olarak kefil gösterme teminat olarak kabul edilir. Yargıtay'ın bir kararında teminatın sadece para olabileceği belirtilmiştir²⁴². Bu görüş öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir²⁴³. İİK'nun 72. Maddesinde ve HUMK'un genel hükümlerinde teminatın para olması gerektiğine dair ifade yer almamaktadır. Buradaki teminat, borçlunun davayı kaybetmesi halinde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararları karşılamak için öngörüldüğünden para ve paraya çevrilmesi mümkün olan ve de yasada sayılmış diğer teminat türleridir.

Mahkemenin teminat hakkında verdiği karar esasa etkili işlemlerden olmayıp esasa etkili olmayan usul işlemi olduğundan temyizi mümkün değildir²⁴⁴.

²⁴¹ Türk, Menfi Tespit, s.249

²⁴² “ Asliye Hukuk Mahkemesince (72. maddeye uygun olarak teminat alınıp icra veznesine depo edilecek paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmemesine) karar verilmiş olduğuna göre, satışın durdurulabilmesi için takip edilen alacağı karşılayacak miktarda paranın icra veznesine depo edilmesi zorunludur. Para yerine banka teminat mektubu veya sair teminatların kabul edileceği işlemlerde, bu husus ilgili mahkemelerde sarahaten belirtilmiştir. 72. madde münhasıran paradan bahsetmekte olup banka teminat mektubu verilmesi 72. Madde hükmüne aykırıdır.” 11. HD. 6.2.1980 9908/933 (Yavuz, Menfi Tespit, s.49-50)

²⁴³ Uyar, Olumsuz Tespit, s.25; Yavuz, Menfi Tespit, s.50

²⁴⁴ Türk, Menfi Tespit, s.250; “ Davalı vekilinin temyiz itirazları yargılama sırasında mahkemece itihaz edilen ihtiyati tedbir kararının teminata ilişkin olup, her ne kadar İİK m. 72/3 (bu arada 73/2) maddesine göre teminat alınmamasında isabet yoksa da dava esasından halledilmiş ve niteliği itibarıyla teminata ilişkin bu itirazın temyizen incelenmesi de mümkün bulunmamış olduğundan...” Y. 11. HD. 24.5.1983, 1816/2687 (Türk, Menfi tespit, s. 250 dn 55)

Mahkemece verilecek ihtiyati tedbir kararı, menfi tespit davasının reddine karar verildiği anda kendiliğinden kalkar, bu yönde karar verilmesine veya davayı ret kararının kesinleşmesine gerek yoktur²⁴⁵.

Mahkemece icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise alacaklının icra takibine itiraz etmesinin veya itiraz etmiş ise icra mahkemesince itirazın kaldırılmasının incelemesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay, takibin durdurulması hakkında verilen tedbir kararının icra mahkemesince itirazın kaldırılmasını incelemeye engel oluşturmayacağını, bu kararın ancak icra müdürlüğüne göz önüne alınacağını belirtmiştir²⁴⁶. Tedbir kararı ile takip işlemlerinin duracağı, dava açılması veya açılan davanın görülmesinin tedbir sebebiyle engellenemeyeceği belirtilerek Yargıtay'ın düşüncesi desteklenmiştir²⁴⁷. İİK m.68/4'te icra mahkemesi, sadece terekenin borca batık olmasını bekletici mesele yapabilecek, bunun dışında bir nedeni bekletici mesele olarak kabul edemeyecektir²⁴⁸. Ancak itirazın kaldırılması davası sonunda verilen kararın sonuçlarını doğurmasının menfi tespit davasının sonuna kadar ertelenmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁹.

Karşıt görüşte olanlarca ise alacaklı bu tedbir kararından sonra itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvuramayacak, tedbirden önce başvurulmuşsa da icra mahkemesince menfi tespit davasına bakan mahkemenin kararı bekletici sorun yapılacak ve itirazın kaldırılması incelemesi yapılmayacaktır²⁵⁰. Yargıtay'ın bu görüşte olan kararları da mevcuttur²⁵¹.

²⁴⁵ Uyar, Olumsuz tespit, s.27

²⁴⁶ Y HGK 27.11.1981 12-5317/771 (Türk, Menfi Tespit, s.252)

²⁴⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2007, s.166

²⁴⁸ Muşul, İcra Hukuku, s.372

²⁴⁹ Pekcanitez / Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s.166

²⁵⁰ Gürbüz, Ticari Senetler, s.579; Kuru , Menfi Tespit, s.33; Olgaç, İcra İflas, s.646; Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.835; Türk, Menfi Tespit, s.252;

²⁵¹ "Borçlu, borçlu bulunmadığından bahisle senet iptal davası açtığına göre taraflar arasındaki anlaşmazlık bu davada çözümlenecektir. Bu davada verilen karar alacaklı lehine kesinleştiği takdirde, alacaklının ayrıca bir eda davası açması gerekmiyip, kararın içeriğine göre icra takibine devam etmek mümkün olacaktır. Bu nedenle borçlu tarafından açılmış olan dava sonunda verilen kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerekirken "anlaşmazlığın muhakemeten çözümlenmesinin gerektiğinden" bahisle alacaklının talebinin reddi isabetsizdir." Y. 12.HD. 14.5.1981 E.3458 K. 3885 (Muşul, İcra Hukuku, s.372 dn. 265)

Senedin sahteliğinin ileri sürülmüş olması halinde menfi tespit davasının, icra takibine etkisi İİK'nun 72. maddesi değil, HUMK'un 317. Maddesine göre olacaktır²⁵².

HUMK m.317'ye göre sahteliği ileri sürülen senedin bilirkişi eliyle incelenmesine ve sahtelik olayına tanık olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde bu andan itibaren senet hiçbir işleme dayanak yapılmaz. Bu halde bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesine karar verildiği anda icra takibi kendiliğinden duracaktır²⁵³, mahkemenin takibin durmasına yönelik ayrıca bir karar vermesine gerek yoktur. Yargıtay da bu görüşte iken HUMK M.317'ye aykırı olarak bir kararında olumlu bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁴.

Senet, hükmün kesinleşmesine kadar hiçbir işleme konu edilemeyecektir²⁵⁵. Ödeme emrine itiraz icra mahkemesinde incelenmekte ise sahtelik davasının sonuçlanması beklenecek, mahkemenin kararı, itirazın kaldırılması incelemesi için bekletici mesele kabul edilecektir²⁵⁶.

HUMK m.317'de sahteliği ileri sürülen senede dayanarak daha önce konulan ihtiyati tedbire hâlel gelmeyeceği ve gerektiğinde senet sahibinin hakkının korunması için diğer ihtiyati tedbirlere de başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre daha önce hacizli mallar için alınmış muhafaza tedbirleri kaldırılamayacak ve hacizli mallar takibin durdurulmasından sonra da satışa çıkarılmamakla birlikte muhafaza altına alınabilecektir²⁵⁷.

²⁵² Korkusuz, İcra Hukuku, s.111; Kuru, Menfi Tespit, s.20; Muşul, İcra Hukuku, s.374; Türk, Menfi Tespit, s.264; Yavuz, Menfi Tespit, s.49

²⁵³ Türk, Menfi Tespit, s.265

²⁵⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.20 dn.25 ; Türk, Menfi Tespit, s.265 dn.122; "Açılmış olan menfi tespit davasının icra takibine hangi hallerde ve ne şekilde etki edeceği İİK'nun 72. maddesinde gösterilmiştir. Mahkemeden tedbir kararı getirilmedikçe icra takibi durdurulamaz. Sahtelik iddiasıyla açılan davada dava konusu senet üzerinde bilirkişi incelemesine geçilmiş ve senedin sahteliği hakkında olumlu biçimde bilirkişi raporu verilmiş ise ancak bu halde senedin herhangi bir işleme esas tutulamayacağı ve dava sonucunun bekleneyeceği HUMK'nun 317. Maddesi hükmü icabıdır." Y. 12. HD. 14.12.1982, 9160/9471 (Türk, Menfi Tespit, s.265 dn.122)

²⁵⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.19; "Bozma ilamında yer alan hüküm verilinceye kadar şeklindeki sözcüklerin dayanağı olarak HUMK m.317 yazıldığı için bu ibareden neticeyi hükme kadar yani hükmün kesinleşmesine kadar senedin hiçbir işleme esas teşkil edemeyeceğinin anlaşılması gerektiğinin tabii bulunmasına" 12.HD. 2.11.2000 15451/16478 (Kuru, Menfi Tespit, s.19); Türk, Menfi Tespit, s.267

²⁵⁶ Muşul, İcra Hukuku, s.374

²⁵⁷ Türk, Menfi Tespit, s.266

Senedin sahteliğine ilişkin ceza davası açılmış olabilir. Ceza mahkemesinde görülmekte olan sahtelik davasında bilirkişi incelemesine ve tanık dinlenmesine karar verilmiş ise ve de borçlu, müdahil olarak davaya katılıp senedin iptalini istemiş ise bu andan itibaren senet, HUMK m.317 hükmünün etkisiyle hiçbir işleme dayanak yapılamayacak, icra takibi de kendiliğinden duracaktır²⁵⁸. Borçlu, ceza mahkemesine müdahale ederek senedin iptalini istememişse sahtecilik davasının icra takibine bir etkisi olmayacaktır²⁵⁹. Ceza davası neticesinde verilen hüküm, hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil edeceğinden hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin sahteliğe ilişkin kararını bekletici mesele yapmalıdır²⁶⁰.

C. İcra Takibinden Sonra Açılan Menfi Tespit Davasının İcra Takibine Etkisi

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasının, icra takibine etkisi yasada İİK m.72/3'te düzenlenmiştir. Hükme göre icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yoluyla icra takibinin durdurulmasına karar verilemez. Bu tür menfi tespit davasının, takibi sürüncemede bırakmak için açıldığı kuvvetli bir karine olarak kabul edilmektedir²⁶¹. Borçlu, gecikmeden doğan zararı karşılamak amacıyla ve mahkemenin belirleyeceği, en az alacağın yüzde on beşi oranında, teminatı göstererek icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesini isteyebilir.

Yasada gecikmeden doğan zararı karşılayacak miktarda teminat gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Takipten önce açılan menfi tespit davasında da ihtiyati tedbir kararı için teminat miktarı belirtilmiş, ancak İİK m.72/3'teki gibi gecikmeden

²⁵⁸ Türk, Menfi Tespit, s.267

²⁵⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.21; "Ancak resmi veya hususi bir senedin sahteliği hakkındaki itirazın HUMK'nun 314, 1316 ve 317. Maddeleri hükümlerine göre değerlendirilmesi lazımdır. Usulüne göre açılmış bir sahtelik davası sırasında senedin bilirkişi marifeti ile incelenmesine ve olaylardan haberdar olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde senet o dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme ve isteğe esas tutulamaz. Ancak ceza davasının açılmış oluşu, kişisel bakımdan davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe, hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etkili değildir." 12. HD. 1.12.1981 E.7648 K.9188 (Uyar, İcra ve İflas Kanunu, s.1698)

²⁶⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.22; "Davacının borçlu, davalının ise lehdar gözüktüğü, (900.000) liralık emre muharrer senedin sahteliği nedeniyle, davalı aleyhine açıldığım anlaşılan ceza davasının mahkumiyetle neticelenmesi veya sahteliğin davalı tarafından değil de bir üçüncü kişi tarafından yapıldığının sübutu itibarıyla beraatla sonuçlanması halinde BK'nun 53. maddesi sarahatine binaen hukuk hakimi ceza ilamı ile bağlı kalacağından ve bu iki dava arasında biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyette bulunması nazara alınarak (hukuk mahkemesince) ceza davası sonucu diğer bir deyişle o davanın kesinleşme safhası beklenerek, hasıl olacak duruma göre hüküm tesisi gerekir." 11. HD. 7.6.1982 2846/2709 (Kuru, Menfi Tespit, s.22)

²⁶¹ İpekçi, İcra Kanunu, s.515; Kuru, İcra C.1, s.177; Üstündağ, İcra Hukuku, s.102

doğan zarar ifadesine yer verilmemiştir. Burada yasa koyucunun, icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında hakimi daha dikkatli olmaya yönlendirmek istediği belirtilmiştir²⁶². Kendisine karşı icra takibi başlatılmış borçlunun, icra takibini sürüncemede bırakmak için menfi tespit davası açma olasılığı yüksek olduğundan öğretide de belirtildiği gibi yasa koyucu, hakimi ihtiyati tedbir kararında daha dikkatli olmaya sevk etmek istemektedir. Öğretide gecikmeden doğan zarardan, İİK m.72/4 göz önüne alınarak, yüzde kırktan az olmayacağı bu sebeple de teminat oranının yüzde kırktan az olmaması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶³. Ancak kanun koyucu, teminatı asgari yüzde on beş olarak belirtmiş, yüzde kırka yönelik bir amacı anlaşılamamaktadır.

İcra takibi başlatılmış, daha sonra menfi tespit davası açılmış ise bu aşamada icra takibine itiraz edilmiş ise icra mahkemesi itirazı inceleyip karara bağlayacaktır, menfi tespit davası kararını bekletici mesele yapmamalıdır²⁶⁴. Yargıtay ise icra mahkemesinin, menfi tespit davasının sonuçlanmasını hatta kararın kesinleşmesini beklemesi mesele yapması gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁵. İcra mahkemesince bekletici mesele yapılacak husus İİK'nun 68. maddesinde terekenin borca batık olduğunun tespiti olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında bir sebeple icra mahkemesi, menfi tespit davasının neticesini bekletici mesele yapmayı itirazı incelemelidir²⁶⁶. Yargıtay, icra takibinden önce başlatılan menfi tespit davasının

²⁶² Türk, Menfi Tespit, s.260

²⁶³ Yavuz Menfi Tespit, s.67

²⁶⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.51; Türk, Menfi Tespit, s.258;

²⁶⁵ "Borçlu, takip konusu senedin iptali için asliye mahkemesinde dava açmış ve mahkemece (alacaklının kendisine düşen edimi yerine getirdiği tespit edilmiş, senedin teminat olarak düzenlendiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Ancak bu karar henüz kesinleşmemiştir. Borçlu borcu bulunmadığından bahisle senet iptali davası açtığına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık bu davada çözümlenecektir. Bu davada verilen karar alacaklı lehine kesinleştiği takdirde, alacaklının ayrıca bir eda davası açması gerekmeyip kararın içeriğine göre icra takibine devam etmek mümkün olacaktır. Bu nedenle borçlu tarafından açılmış olan dava sonunda verilen karar kesinleşmesinin beklenmesi gerekirken anlaşmazlığın muhakemeten çözümlenmesinin gerektiğinden bahisle alacaklının talebinin reddi isabetsizdir." 12. HD.14.5.1981 T. 3458/3885 (Yavuz, Menfi Tespit, s.63), 12. HD. 14.5.1981 T. 3433/4884 (Uyar, Olumsuz Tespit, s.72 dn.10, s.199-200); bu konuya ilişkin aksi yönde bir karar da şu şekildedir: " Borçlu tarafından menfi tespit davası, takibin kesinleşmesinden sonra açılmıştır. İİK 72/3 maddesine göre borç aslı ekleri ile birlikte depo edildiği gibi, mahkemedden de herhangi bir tedbir kararı alınmamıştır. Menfi tespit davası sonunda verilen karar da henüz kesinleşmiş değildir. Bu itibarla ilam içeriği takibi şu an için etkilemez ve takas ve mahsup söz konusu olamaz. Bu duruma rağmen aksine düşüncelerle takibin kısmen durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD. 7.11.1995 15372/15258 (Yavuz, Menfi Tespit, s.64)

²⁶⁶ Türk, Menfi Tespit, s.258; Uyar, Olumsuz Tespit, s.72

kararının, imza veya borca itirazı incelemekte olan icra mahkemesince bekletici mesele kabul edilmemesi, incelemeye devam olunması gerektiğini belirtirken takipten sonra açılan menfi tespit davası kararının bekletici mesele yapılması gerektiğini ileri sürmüş olması çelişkilidir²⁶⁷.

İcra takibi başladıktan sonra menfi tespit davası açılmış ise takip durmayıp devam edecektir. Menfi tespit davasına bakan hakim, teminat karşılığında dahi takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı veremez. Mahkeme, alacağın yüzde on beşinden az olmamak üzere belirleyeceği teminatın borçlu tarafından yatırılması halinde ve talep üzerine icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesine karar verebilir (İİK m.72/3). Hükümden anlaşıldığı gibi ihtiyati tedbir kararı verildiğinde icra takibi durmayıp devam edecek, ancak satış gibi işlemlerden sonra icra veznesine giren para alacaklıya ödenmeyecektir. Paranın icra veznesine girmesi borçlunun hacizli mallarının satılması, üçüncü kişilerdeki alacaklarının tahsili veya borçlunun borcu nakden icra veznesine ödemesi şeklinde olabilir²⁶⁸.

İhtiyati tedbir kararı verilmesi için şart koşulan asgari teminatın türü, HUMK'un genel hükümleri(m.96) uyarınca belirlenecektir. Teminatın nakit olması şart değildir, HUMK m.96'da yazılı teminatlardan herhangi biri olabilir²⁶⁹.

İİK m.72/3'de düzenlenen icra veznesine giren paranın alacaklıya ödememesi yönünde verilecek tedbir kararı icra takibinin daha önceki aşamalarına etki etmeyecek, borçlunun mallarının haczini ve satışını engellemeyecektir²⁷⁰.

Borçlu, takibi durdurmayacağından mallarının haczini ve satılmasını engelleyemeyecektir. Bu durum da özellikle tacir olan borçlular açısından itibar kaybı olarak kabul edilebilir. Borçlunun, icra borcunun faiziyle birlikte tamamını ve icra giderlerini icra veznesine nakit olarak yatırıp mallarının haczini ve satışını engellemesi mümkündür²⁷¹. Bu yol, uygulamada kabul edilen bir yoldur, ilgili maddenin (İİK m.72) buna ışık tutmadığı belirtilmiştir²⁷².

²⁶⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.52; Türk, Menfi Tespit, s.258

²⁶⁸ Türk, Menfi Tespit, s.259

²⁶⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.54

²⁷⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.58

²⁷¹ Kuru, Menfi Tespit, s.54 ; Pekcanitez / Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özkes, İcra Hukuku, s.167; Olgaç, İcra İflas, s.647; Türk, Menfi Tespit, s.259; Bu görüş öğretilde yasallığı tartışmalı olması ve alacağın geç alınmasına sebep olması açısından eleştirilmiştir. Bkz. Korkusuz, İcra Hukuku, s.113

²⁷² Uyar, Menfi Tespit, s.33

Alacağın tamamını karşılayacak miktarda nakit yatırılması gerekmektedir, nakit dışında başka bir teminat örneğın banka teminat mektubu teminat olarak gösterilerek haciz ve satış durdurulamaz²⁷³. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bir kararında icra veznesine yatırılacak teminatın nakit dışında her an paraya çevrilebilecek banka teminat mektubu da olabileceğı belirtilmiştir²⁷⁴. Yargıtay'ın bu görüşü İİK m.72/3 c.2'ye aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir²⁷⁵. Burada dikkate edilmesi gereken husus, icra veznesine yatırılacak nakit, faiziyle birlikte alacak miktarı ve icra masraflarına ilişkindir. Yüzde on beşlik teminat ise nakit dışında HUMK m.96'da belirtilen teminat türleri olabilir.

Dosya borcu icra veznesine ödenip de bu paranın icra veznesince alacaklıya ödenmemesi ihtiyati tedbir kararı verildiğı andan itibaren haciz ve satış yapılamayacak, daha önceden haciz konmuşsa da haciz kalkacaktır²⁷⁶.

Tedbir kararından sonra icra dairesinin, icra veznesine giren parayı teminat karşılığında alacaklıya ödemesi mümkün değildir²⁷⁷.

İcra veznesince alacaklıya ödememe yapılmaması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için borçlunun bunu menfi tespit davasına bakan mahkemeden talep etmesi gerekmektedir. Borçlu, henüz menfi tespit davası açmamış ise icra veznesine giren paranın da alacaklıya verilmesini önlemek istiyorsa önce genel hükümlere göre mahkemeye başvurarak bu yönde bir tedbir kararı alabilir ve bu

²⁷³ Kuru, Menfi Tespit, s.54; İpekçi, İcra Kanunu, s.515; Kuru, Menfi Tespit, s.54; "...Şu duruma göre Asliye Mahkemesince 72. Maddeye uygun olarak teminat alınıp icra veznesine depo edilecek paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmemesine karar vermiş olduğuna göre satışın durdurulabilmesi için takip edilen alacağı karşılayacak miktarda paranın icra veznesine depo edilmesi zorunludur. Para yerine banka teminat mektubu veya sair teminatların kabul edileceğı işlemlerde bu husus ilgili maddelerde sarahaten belirtilmiştir. 72. Madde münhasıran paradan bahsetmekte olup banka teminat mektubu verilemesi 72. Madde hükmüne aykırıdır." 12. HD. 6.2.1980 9908/933 (Kuru Menfi Tespit, s.55)

²⁷⁴ "...Tedbir kararının içeriğı itibariyle takibin durması söz konusu olmadığından, borçlu muhtemel hacizleri ve satışı engellemek amacıyla ayrıca borç miktarı kadar nakit parayı da icra dosyasına yatırmış ve sonrasında bu paranın kesin ve süresiz teminat mektubu ile değıştirilmesi talebinde bulunmuştur. Ticaret Mahkemesinin tedbir kararında yer alan %15 oranındaki teminat bölümü kısmı için her an nakde çevrilebilecek nitelikteki teminat mektubu alınarak buna isabet eden paranın borçluya iadesi mümkündür." 12. HD. 28.6.2002 12463/14069 (Kuru, Menfi Tespit, s.57)

²⁷⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.57

²⁷⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.59; "Ticaret mahkemesinin tedbir kararında yazılı alacağın takip masrafları ile birlikte icra veznesine ve teminatın da mahkeme veznesine yatırıldığı dilekçe ekindeki tahsilat masraflarından anlaşılmasıdır. Bu durumda alacak ve eklentileri teminatla birlikte yatırıldığı için borçlunun malları haczedilemez, haciz edilmiş ise talep üzerine haciz kalkacaktır." 12. HD. 1.11.1995 4556/14915 (Kuru, Menfi Tespit, s.59)

²⁷⁷ Türk, Menfi Tespit, s.262

halde yasal süre olan on gün içerisinde de menfi tespit davası açacaktır(HUMK M.109).

İhtiyati tedbir talebi üzerine mahkeme, mutlaka borçlunun talebi yönünde karar vermek mecburiyetinde değildir. Burada da hâkime takdir yetkisi verilmiştir²⁷⁸.

İcra takibinden sonra başlatılan menfi tespit davasında takip kendiliğinden durmayacak, davaya bakan mahkeme de, ihtiyati tedbir kararı dahi vererek icra takibini durduramayacaktır. Senedin sahteliği iddiası ileri sürülmüşse mahkemenin sahteliğe ilişkin tanıkların dinlenmesine ve bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verdiği anda icra takibin kendiliğinden duracağını, HUMK m.317'ye dayanılarak, yukarıda açıklamıştık. Bu sebeple tekrardan kaçınarak tezin ilgili bölümüne atıfta bulunmakla yetiniyoruz²⁷⁹.

X. Deliller Ve İspat

A. İspat Yükü

İspat yükü, belirli bir olayın gerçekleştiği veya gerçekleşmediği yönünde vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usulü bir yüküdür²⁸⁰. Bu yükü yerine getirmeyen kişi davacı ise davanın reddedilmesi, davalı ise davanın kabul edilmesi tehlikesi ile karşılaşabilecektir. Keşif ve bilirkişi gibi masrafların yatırılması veya bunlara ilişkin kesin sürenin verilmesi için ispat yükü sahibi belirlenmelidir²⁸¹. Hakimin, isbat yükünün taraf değiştirmesine karar verme yetkisi yoktur²⁸². Bu sebeple davanın seyri ve sonucu açısından büyük önem taşıyan ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespiti önemlidir.

Taraflar, ispat yükünün kimde olduğuna dikkat etmeksizin bütün delillerini sunmuşlarsa ve hâkim, ispat yükünün kimde olduğunu gözetmeksizin gösterilen delilleri takdir ederek kanaat sahibi olmuşsa kararını verecektir²⁸³. Ancak ispat yükü kendisine düşen taraf delillerini sunmamış ve mahkemenin talebine rağmen

²⁷⁸ Bkz. S.73

²⁷⁹ Bkz. s.79 vd.

²⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.421

²⁸¹ Türk, Menfi Tespit, s.273

²⁸² Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, İstanbul, 1980, s.248

²⁸³ Ertekin/Karataş, Ticari Senetler, s.832; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.422 ; Uyar, Talih, Olumsuz Tesbit Davalarında İspat Yükü, Yargıtay Dergisi, cilt:13, sayı: 1-2, 1987, s.104

sunmamakta devam etmişse mahkeme, ispat yükünü taşımayan tarafın delillerini incelemeye ihtiyaç görmeksizin davanın reddine karar verebilecektir²⁸⁴.

Menfi tespit davalarının düzenlendiği İİK m.72'de ispat ve delillere ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Menfi tespit davalarında ispat yükü genel hükümlere tabidir²⁸⁵. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ispat yükü başlıklı 6. maddesinde kanunda aksine hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

İspat külfetinin, iddianın dayandığı sebeplerin mahiyetine göre değiştiğini söyleyebiliriz²⁸⁶.

İspat yükünün kimde olduğu konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Öğretide bir yazar menfi tespit davasının açılma anına göre bir ayırım yaparak icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında öncelikle alacaklının alacağını ispat etmesi gerektiğini, daha sonra borçlunun, borçlu bulunmadığını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir²⁸⁷. Menfi tespit davası, icra takibinden sonra açılmış ise borçlu borçlu bulunmadığını ispat etmelidir²⁸⁸. Bu görüşe göre icra takibi başlatarak alacaklı alacağını iddia etmiş, fakat borçlu, daha sonra menfi tespit davası açarak takip konusu alacağın mevcut olmadığını iddia etmektedir, bu sebeple de borçlu neden borçlu olmadığını MK m.6 gereği ispatlamalıdır.

Menfi tespit davalarında MK m.6 uygulanacağından ispat yükü kural olarak davalı olan alacaklıdadır²⁸⁹. Çünkü bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkan taraf o vakıayı ispat yükü altındadır. Burada vakıanın kim tarafından ileri sürüldüğü değil, bu vakıadan hangi taraf lehine bir durumun ortaya çıktığı önemlidir²⁹⁰. Ancak dayanılan vakıalara göre ispat yükü yer değiştirmektedir²⁹¹.

1. İspat yükünün davalı alacaklıda olduğu haller

²⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.422

²⁸⁵ Görgün, Menfi Tespit, s.95; Gürbüz, Ticari Senetler, s.588; Kuru, Menfi Tespit, s.90; Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.831; Türk, Menfi Tespit, s.274; Yunusoğlu, Menfi Tespit, s.32

²⁸⁶ Postacıoğlu, Menfi Tespit, s.831; UYAR, İspat Yükü, s.105

²⁸⁷ Yunusoğlu, Menfi Tespit, s.32

²⁸⁸ Yunusoğlu, Menfi Tespit, s.32

²⁸⁹ Kuru, İcra C.I, s.508; Türk, Menfi Tespit, s.276

²⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.423

²⁹¹ Türk, Menfi Tespit, s.277

Davacı, davalının mevcut olduğunu ileri sürdüğü hukuki ilişkiyi inkâr ediyorsa ispat yükü davalı olmasına rağmen alacaklıya düşer²⁹². Çünkü borçlu, sadece alacaklının takipte ileri sürdüğü alacağın çeşitli sebeplerle mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Alacağın mevcut olmaması vakıyasından alacaklı yararlanacağından alacaklının, öne sürdüğü borç ilişkisinin var olduğunu usulen ispat etmesi yeterlidir²⁹³.

Borçlu, kambiyo senedinin sahte olduğunu ileri sürüyorsa ispat yükü yine alacaklıdadır²⁹⁴. Alacaklı, davacı borçlunun iddiasının aksine ondan alacaklı olduğunu ispat etmelidir.

2. İspat yükünün davacı borçluda olduğu haller

Borçlu, menfi tespit davasında alacaklının iddia ettiği alacağın mevcudiyetini kabul etmekte, ancak başka bir nedenle alacağın sona erdiğini ya da geçersiz olduğunu bildirmekte ise bu iddiasını ispat yükü, davacı borçludadır²⁹⁵.

Borçlu, borcu mahkeme dışında da kabul etmiş olabilir, mutlaka mahkeme içi olması gerekmez²⁹⁶. Borçlu, icra takibinin herhangi bir aşamasında ya da haciz esnasında borcu kabul etmiş olabilir. Bu ikrar, menfi tespit davasında da borçluyu bağlayacağından başka delillerle borcun hükümsüzlüğünü ya da sona erdiğini ispat edemeyen borçlu, davayı kaybetme tehlikesiyle karşılaşacaktır²⁹⁷.

²⁹² Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s.89; GÖRGÜN, Menfi Tespit, s.97; Kuru, İcra C.I, s.508; Kuru, Menfi Tespit, s.93; Umar/Yılmaz, İspat Yükü, s.131-132; "Dava, borçlu olmadığının tespitine ilişkin olup, kural olarak alacağın ispat külfeti davalı alacaklıya aittir." 19. HD. 5.2.2002, 9425/790 (Kuru, Menfi Tespit, s.93); "Davacı, dava konusu bono bedelini muhtelif tarihlerde gönderdiği banka havaleleriyle kısmen ödediğini iddia etmiş, davalı ise yapılan ödemelerin bonoyla ilgili olmadığını, açık hesap borcuna yönelik bulunduğunu savunmuştur. Havale tarihleri bononun tanzim tarihinden sonra olduğuna göre, ödemelerin başka bir borca yönelik olduğunu davalının usulen kanıtlaması gerekmektedir. Başka bir ifade ile somut olayda ispat yükü davalı taraftadır. Bu durumda, mahkemece davalıya savunmasını ispat olanağı tanınarak tüm delillerle birlikte toplandıktan sonra uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yanılığın gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." 19. HD. 27.10.2005, 2031/10768 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.424 dn. 268)

²⁹³ Türk, Menfi Tespit, s.277

²⁹⁴ Türk, Menfi Tespit, s.277

²⁹⁵ Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s.89; Görgün, Menfi Tespit, s.98; Kuru, Menfi Tespit, s.97; Uyar, İspat Yükü, s.132

²⁹⁶ Türk, Menfi Tespit, s.278

²⁹⁷ Türk, Menfi Tespit, s.279

Davacı, davalının ileri sürdüğü hukuki ilişkinin hata, hile veya tehdit nedeniyle batıl olduğunu²⁹⁸, ehliyetsizlik, kanuna ve ahlaka aykırılık nedeniyle borçlu olmadığını²⁹⁹ iddia ediyorsa bu iddiasını (borçlu) ispatlamak zorundadır.

Borçlu, kambiyo borcunu ödemesine rağmen senedi alacaklıda bırakmışsa bu senedin takibe konulması tehlikesiyle karşılaşabilecektir. Senet borcunu ödemediğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatlamalıdır³⁰⁰.

Davacı bedelsizlik iddiasıyla menfi tespit davasını açmışsa kendi lehine ileri sürdüğü bu vakıyı ispat yükü de kendisinde (borçluda) olacaktır³⁰¹. Davacı burada hem temel ilişkiyi hem de temel ilişkideki bir nedenle senedin bedelsiz kaldığını ispat edecektir³⁰².

Bedelsizlik defii, şahsi defilerden olduğu için borçlu, ancak temel ilişki içinde olduğu kişilere karşı bu defii ileri sürerek temel ilişkinin bedelsiz kaldığı ispatlanmalıdır. Ancak lehtar dışında hamile karşı da bedelsizlik defii ileri sürülerek dava açılmışsa borçlu, önce senedin bedelsiz kaldığını, daha sonra ise hamilin bilerek borçlunun zararına hareket ettiğini ispat etmelidir (TTK m.599, 737/2)³⁰³.

²⁹⁸ Kuru, Menfi Tespit, s.97; Pekcanitez/Atalay/Özkes, Medeni Usul Hukuku, s.513

²⁹⁹ Görgün, Menfi Tespit, s.99

³⁰⁰ "Alacaklı vekilinin temyizine gelince; kambiyo senedine dayanan takipte "ödeme itirazı"nın kabul edilebilmesi için, ödemenin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat edilmesi zorunludur. Olayda banka cevabı takip dayanağı bonolara ilişkin tediye hakkında bilgi vermemektedir. Alacaklının da beyanı karşısında "ödeme itirazı" dayanaksız kaldığı halde, kısmen kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." Y. 12. HD. 05.11.1984/1222 (Kaçak, Nazif, Açıklamalı İçtihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Ankara, 2005, s.644); Senetlerin borçlunun elinde bulunmasının ve yırtılmış olmasının "ödediğine" karine teşkil edeceği- Bonoların borçluların elinde bulunmasına, yırtılmanın ödemeye delil sayılmasına, bu durumda senetlerin iadesinin takibin kesinleşmesinden sonra vuku bulduğunun kabulü gerekmesine ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun mercii kararının İİK'nun 366 ve HUMK'un 438'inci maddeleri uyarınca onanmasına, 500 lira onama harcının temyiz edenden alınmasına, peşin harcın mahsubuna bakiye kalmadığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 8.11.1982 gününde oybirliğiyle karar verildi." Y. 12. HD. 08.11.1982-8713/8133 (Kaçak, İspat Rehberi, s.640)

³⁰¹ Kuru, Menfi Tespit, s97; Türk, Menfi Tespit, s.285

³⁰² Türk, Menfi Tespit, s.285

³⁰³ Türk, Menfi Tespit, s.288; "Dava, ticari senede (bono) dayalı takipte borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir. ... Davanın sadece lehvara karşı açılması halinde davacı HUMK 'nun 290 ve müteakip maddelerine göre senedin karşılıksız olduğunu kanıtlamakla yükümlü olduğu halde, lehtarla hamil aleyhine açılması halinde usul hükümlerine göre önce lehvara karşı senedin bedelsiz olduğunu ispat edecek, bilahare hamile karşı da bedelsiz senedin bile kendisinin zararına hareketle iktisap edildiğini kanıtlayacaktır(TTK m.599). ... kambiyo senedinden dolayı kendisine müracaat olunan davacı lehtar ile kendi arasında doğrudan doğruya mevcut münasebetlere dayanan defileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Meğer ki hamil senedi iktisap ederken bile bile davacı borçlunun

Kambiyo senetlerinde “bedeli malen alınmıştır” gibi bedel kayıtları olabilir. Bu ifade kambiyo senedinin düzenlenmesi ile temel ilişkiden bağımsız bir ilişki doğmasına engel olmamakta, senedin soyutluğuna hanel gelmemektedir.

“Bedeli malen alınmıştır” şeklindeki ifade ispat yükü açısından önem arz eder. Bu ifade senedin bir mal karşılığında verildiğine işaret eder. Borçlu, kendisine mal teslim edilmediğini iddia ediyorsa bu iddiasını kesin delille ispatlamalıdır³⁰⁴. Olumsuz olanın ispatının güçlüğü sebebiyle alacaklının malı teslim ettiğini ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁰⁵. Ancak alacaklı senedin, malen kaydına rağmen nakit karşılığında verildiğini ileri sürüyorsa ispat yükü yer değiştirecek ve alacaklı bu iddiasını kesin delillerle ispat edecektir³⁰⁶. Borçlu, menfi tespit davası açarak alacaklının takibe koyduğu senedin karşılığının malen verildiğini ileri sürerek borcu inkâr etmekte, alacaklı ise karşılığın malen değil, başka bir şekilde olduğunu ileri sürmektedir. Bu sebeple alacaklı, senet üzerine yazılmış olan kayıttan (malen kaydından) başka bir vakıa ileri sürdüğü için kendi lehine olan bu iddiasını ispatlamalıdır.

Senetteki bedel kaydına rağmen senedin hatır senedi olduğunu iddia eden borçlu, senetteki kaydın aksini kendi lehine olacak şekilde ileri sürdüğü için ispat yükü altındadır³⁰⁷.

Davacı, davalının iddia ettiği kambiyo borcunun ödeme, ibra gibi nedenlerle sona erdiğini iddia ediyorsa bu iddiasını ispat etmelidir³⁰⁸. Alacaklı, kendisine ödeme yapıldığını ancak bu ödemenin kambiyo borcu değil de, başka bir borcun ödemesi

zarına hareket etmiş olsun.” Y. 11. HD. 7.2.2000 E. 1999/9876, K. 2000/714 (Türk, Menfi Tespit, s.288 dn.77)

³⁰⁴ “Dava menfi tespit davasıdır. Davacı taraf dava konusu bono ile borçlu bulunmadığının tespitini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davalının “malen” düzenlenen bono karşılığında ne gibi bir mal verdiğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.-Oysa “bedeli malen ahz olunmuştur” kaydını içerecek şekilde keşide edilmiş bulunan bir kambiyo senedinin teslim alınan mal karşılığında düzenlendiğinin bir karine olarak kabulü gerekir. Bir başka anlatımla davacının keşide edilen bono karşılığında kendisine mal teslim edilmediğini ve dolayısıyla borçlu olmadığını usulen kanıtlaması gerekir. Bu yönde tanık dinlenemez.” 19. HD. 1.7.2002, 973/5096 (Kuru, Menfi Tespit, s.99); Türk Menfi Tespit, s.291-292

³⁰⁵ Uyar, İsbat Yükü, s.111

³⁰⁶ Türk, Menfi Tespit, s.292

³⁰⁷ Türk, Menfi Tespit, s.294

³⁰⁸ Kuru, Menfi Tespit, s.101; Postacıoğlu, Menfi tespit, s.831

olduğunu ileri sürüyorsa ispat yükü yer değiştirecek ve alacaklı ispatla yükümlü olacaktır³⁰⁹.

Açık poliçe, bono veya çekin anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiasının ispatı yükü, senet borçlusu (keşideci) üzerindedir³¹⁰. Borçlu, bu iddiasını kesin delille ispatlamalıdır³¹¹.

Taraflardan biri, fiili karineden yararlanıyorsa o hususu ispat etmiş sayılır, ancak karşı taraf fiili karinenin aksini ileri sürüyorsa bu fiili karinenin aksini ispat etmelidir³¹². Örneğin bir ödeme vasıtası olan çekin, ödeme dışında ödünç gibi başka bir amaç için verildiğini iddia eden keşideci, bu iddiasını ispat etmelidir³¹³.

B. Deliller

İcra mahkemesi, maddi hukuk bakımından kesin karar vermemekte ve sınırlı bir delil incelemesi yapabilmektedir (İİK m.68, 68a, 71, 169a, 170). Dar bir inceleme sonucu borçlu, aslında öyle olmadığı halde borçlu duruma düşebilmektedir. Menfi tespit davası neticesinde verilen hüküm, maddi anlamda kesin olacağından bu davada deliller konusunda bir sınırlama getirilmemiştir³¹⁴.

Menfi tespit davasında deliller genel hükümlere tabidir³¹⁵. Buna göre davada HUMK'un delillere ilişkin 236-374. maddeleri uygulanacaktır.

Ancak bazı hallerde senetle ispat mecburiyeti vardır. HUMK m.288'de değeri belirli bir miktarı geçen iddia konusu hukuki işlemlerin ancak senetle ispat edilebileceği, m.290'da da senede bağlı olan defiyeye karşı ileri sürülecek olan ve

³⁰⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.101; "Davacı, "borçlusu olduğu bononun bedelini haricen davalıya ödemiş olmasına karşın, davalının söz konusu senede müsteniden icra takibi yaptığını" ileri sürerek "borçlu olmadığının tespitiyle icraen ödediği paranın istirdadını" talep etmiştir.-Davalı verdiği cevap dilekçesinde ve duruşmadaki sözlü savunmalarında, haricen ödeme yapıldığını kabul etmekle beraber "bunun başka bir ilişkiden doğan borca karşılık yapılmış olduğunu" belirtmiştir. Bu durumda, davalı senet dışındaki ilişkinin mevcudiyetini kanıtlamakla yükümlü olduğundan, mahkemece kendisine bu konudaki delillerini ibraz etmesi için münasip bir mehil verilmesi, varsa davacının karşı delilleri de toplandıktan sonra hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi, davalının delil ibraz edememesi halinde yapılan ödemenin uyuşmazlık konusu senede mahsuben yapıldığının kabulüyle buna göre hüküm kurulması gerekir." 11. HD. 3.5..1983, 2114/2304 (Kuru, Menfi Tespit, s.103)

³¹⁰ Türk, Menfi Tespit, s.295

³¹¹ "Açığa imza atılmak suretiyle düzenlenen senetler anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu kanıtlanmadıkça geçerlidir. Senedin hüküm ve gücünü ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler HUMK'nun 290. Maddesi hükmünce şahitle kanıtlanamaz." Y. 19. HD. 17.12.1993 gün E. 92/11886, K.93/8720 sayılı kararı (Türk, Menfi Tespit, s.296 dn.107)

³¹² Uyar, İsbat Yükü, s.112

³¹³ Uyar, İsbat Yükü, s.112

³¹⁴ Türk, Menfi Tespit, s.270

³¹⁵ Postacıoğlu,, Menfi Tespit, s.831

senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak, azaltacak olan her türlü hukuki işlemin senetle ispat edilebileceği düzenlenmiştir. Kambiyo senedine karşı defilerini ileri süren borçlu, bu iddiasını kural olarak senetle ispat edecektir³¹⁶.

Senetle ispat zorunluluğu, sadece hukuki işlemler hakkındadır, bu sebeple de hukuki işlem sayılmayan haksız fiiller, maddi vakıalara takdiri delillerle ispatlanabilir³¹⁷. Çekin rıza dışında elden çıktığı konusunda, senedin yırtılma nedeni konusunda, senedin bilerek borçlunun zararına devralındığının ispatı konusunda tanık dinlenebilecektir³¹⁸.

Senette sahtelik hukuki niteliği bakımından haksız fiil olmasına rağmen HUMK m.308 ve 309'da sahtecilik incelemesi belirli bir sıra halinde düzenlendiğinden incelemenin öncelikle bu sıraya uyularak yapılması, kesin bir kanaat sahibi olunamaması halinde son aşamada tanık dinlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür³¹⁹.

Senetle ispatı gereken hukuki işlem hakkında yazılı delil başlangıcı varsa ispat yükü kendisine düşen taraf yazılı delil başlangıcını sunarak ve tanık dinleterek iddiasını ispat edebilir³²⁰.

HUMK'un 289. maddesi uyarınca senetle ispatın mecburi olduğu hallerde karşı tarafın açık muvakkati alınarak tanık dinletilebilir. Bu şekilde tanık dinlenebilmesi için hakimin, olayda tanık dinlenemeyeceğini, iddianın kesin delille ispatı gerektiği, tanık dinlenebilmesi için karşı tarafın açıkça muvafakat vermesi gerektiğini hatırlatması gerekmektedir ve bu muvafakat beyanı tutanağa geçirtilip

³¹⁶ Uyar, Talih, Olumsuz (Menfi) Tesbit Davalarında Kanıtlar, İBD, cilt:66, sayı:7-8-9, 1992, s.655; "İade edilmesi gereken senetlerin iade edilmeyip takibe konulduğu iddiası yazılı delille ispat edilmelidir." Y.11.HD. 4.11.1991 T. 3790/5753 (Uyar, Kanıtlar, s.658)

³¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku,, s.475; UYAR, Kanıtlar, s.649; "...keşidecinin, bonoyu imzalararken öngördüğü saik dışında kullanıldığı iddiası HUMK'nun 293. Maddesinin son bendinin senede karşı tanık dinlenmesine cevaz veren gerçek anlamda bir hile değil, itimada dayalı işlemin kötüye kullanıldığı iddiasıdır. Böyle bir iddianın tanıkla ispatı mümkün değildir" 11. HD. 12.2.1991, 5810/868 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.484, dn.304)

³¹⁸ Uyar Kanıtlar, s.649-650

³¹⁹ Uyar, Kanıtlar, s.653

³²⁰ "Zamanaşımına uğramış çekler yönünden kambiyo hukukundan kaynaklanan haklar yitirilirse de arada temel ilişki bulunması halinde bunlara yazılı delil başlangıcı olarak dayanılabilir ve alacağın her türlü delille kanıtlanması olanaklıdır." 19. HD. 4.11.2004, 9686/11034 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, s.478 dn.294)

imzası alınmalıdır³²¹. Bu sebeple tarafın açık muvafakati alınmış ve tutanağa geçirilmiş olsa bile olayda tanık dinlenemeyeceği hatırlatılmamışsa hüküm bozulabilecektir³²².

Keşideci, hem lehtar hem de hamil aleyhine dava açmışsa, öncelikle senedin karşılıksız olduğunu lehtara karşı kesin delillerle ispat etmelidir, daha sonra hamilin kötü niyetli olduğunu her türlü delille ispat edebilecektir³²³.

Teslim, bir hukuki işlem olduğundan teslim konusunda ihtilaf ortaya çıkarsa iddialar, kesin delille ispat edilmelidir. Ancak bazı hallerde teslim sadece taraflar arasında kalmayıp, üçüncü kişilerin de katılması söz konusu olmaktadır. Doktrinde bu tür işlemlere maddi iz bırakan işlemler adı verilmekte ve tanıkla ispatının mümkün olduğu ileri sürülmektedir³²⁴.

Senedin hatır senedi³²⁵ veya teminat senedi³²⁶ olduğu da kesin delillerle ispatlanacaktır.

³²¹ Uyar,Kanıtlar, s.648; “HUMK.nun 289. Maddesine göre bir olayda mahkemesinin şahit dinleyebilmesi için duruşma hakiminin şahit dinletmek isteyeninin hasmı durumunda olan tarafa HUMK.nun 287 ve 288. Maddeleri hükümlerine göre bu olayda şahit dinlenmesi mümkün değildir. Ancak siz şahit dinlenmesine ederseniz o zaman şahit dinlenebilir şeklinde açıkça yasa hükmünü hatırlatması ve bu hususu tutanağa geçirmesi ve karşı tarafın açık muvafakatine dair imzalı beyanını aldıktan sonra şahit dinlenmesi gerekir. Bu hususları yerine getirmeden şahit dinlenmesi ve sözlerinin hükme dayanak yapılması doğru değildir.” Y. 11. HD. 13.9.1982 tarih ve 3590-3448 sayılı kararı (Ertekin/Karataş, Ticari Senetler, s.834)

³²² Uyar, Kanıtlar, S.648

³²³ Uyar, Kanıtlar, s.656; “Hamile karşı açılan bedelsizliğe dayalı bono iptali davalarında TTK.nun 599 uncu maddesi uyarınca; hamilin senedi bile bile (hileli) borçlunun zararına olarak devralması hali dışında, keşideciyle, lehtar arasındaki kişisel defiler hamile karşı ileri sürülemeyeceğinden, özellikle lehtar açısından senedin karşılıksızlığının kanıtlanması zorunludur. Bunun kanıtlanması halinde bu kez de davalı hamilin bu bedelsizliği bildiği halde sırf borçlunun zararına bir davranışla senedi devraldığının kanıtlanması gerekecektir. Ayrıca sırf TTK.nun 599/2 inci maddesi hükmüne dayalı olarak “bile bile borçlunun zararına davranış” iddiası yönünden tanık dinleme olanağı vardır. TTK.nun 592 nci maddesinde söz edilen, senedin anlaşmaya aykırı biçimde doldurulduğu yolundaki iddia ise “yazılı belge” kanıtlanmalıdır. Bu konuda tanık dinleme olanağı yoktur. Mahkemece 11.12.1981 günlü ara kararıyla lehtar, ciranta ve davalı hamilin isticvabı tanıkların dinlenilmesine karar verildiği halde, senet lehdarı (Y.B.)nin isticvabı (HUMK.nun md.230 ve devamı) yoluna gidilmediği gibi, bir kısım tanıklar da dinlenmemiştir. Dava dilekçesinde “vesair ilgili” deliller denmek suretiyle her türlü kanıt dayanıldığına göre, davacıya ant hakkı bulunduğu da hatırlatılmıştır. Mahkemece, isticvabına karar verilen senet lehtarının iddia doğrultusunda isticvabı, dinlenmeyen davacı tanıkların sırf hamilin bile bile borçlu zararına davranarak senedi devralması konusunda dinlenmesi ve gerekirse davacıya ant hakkı da hatırlatılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yazılı şekilde davanın reddine ilişkin hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Y. 11. HD. nin 13.5.1982 tarih ve 1982/1781-2264 sayılı kararı (Erdoğan, Menfi Tespit, s.150)

³²⁴ Uyar, Kanıtlar, s.652

³²⁵ Uyar, Kanıtlar, s.661

³²⁶ Y. 19. HD.nin 17.12.1998 tarih ve 19987142-1014 sayılı karar (Erdoğan, Menfi Tespit, s.488-489)

Menfi tespit davasında deliller, genel hükümlere tabi olduğundan ayrıntılı bir inceleme yapmayacağız. Konumuzda delillere ilişkin açıklamalar yeri geldiğince incelendiğinden tekrar yapmaktan kaçınıyoruz³²⁷.

Yargıtay, sahtelik davasına ilişkin açılmış menfi tespit davasında daha önce itirazın incelenmesi aşamasında icra mahkemesince alınmış bilirkişi raporuna, icra mahkemesinin dar inceleme yetkisi olduğundan bahisle, dayanılarak hüküm kurulamayacağı, mutlaka yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği görüşündedir³²⁸.

Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir³²⁹.

İİK m.68a/4'e göre imza tatbikinde HUMK'un bilirkişiye ait hükümleri ile 309'uncu maddesinin 2'inci, 3'üncü ve 4'üncü fıkraları ve 310, 311 ve 312'inci maddeleri hükümleri uygulanır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere icra mahkemesinin talebi üzerine görevlendirilen bilirkişiler, HUMK'un ilgili hükümlerine göre inceleme yapacaklardır. İİK m.68a/4'te HUMK'un 308. maddesine ve 309/1. maddesine atıfta bulunulmaması bilirkişilerin yetkisine ilişkin olmayıp icra mahkemesinin inceleme yetkisine ilişkindir³³⁰. Bu sebeple menfi tespit davasına bakan mahkeme, icra mahkemesince alınan bilirkişi raporunu yeterli görüyorsa bu raporu dikkate alarak karar verebilmelidir³³¹.

³²⁷ Bkz. s.28 vd.

³²⁸ Y. 11 HD. 5.5.1983, 3111/2552 (Türk, Menfi Tespit, s.271); "Davacı vekili, davalı tarafından takibe konulan bonodaki imzanın müvekkiline ait olmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. Davacı, sahtelik iddiasında bulunduğu göre, mahkemece bu iddianın HUMK'nun 317. Maddesinin atfı uyarınca 308 ve 309. Maddeleri hükümleri uyarınca incelenmesi gerekir. Oysa, mahkemece bu yönde inceleme yapılmadan tetkik merciinden alınan karar verilmiştir. İcra Tetkik Merciiince imza yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de, mahkemenin sınırlı yetkili olan tetkik merciden almış olduğu raporla yetinip buna göre hüküm kurması doğru değildir. Zira İİK 'nun 68/a maddesinin 4. Fıkrası ile HUMK'nun 309, 310, 311 ve 312. Maddelerine atıf yapmak suretiyle tetkik merciiine yetki verilmiş ise de, bu yetki sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, mahkemece imzaya itiraz yönünden yeniden bilirkişi incelenmesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." 19. HD. 14.3.2002, 7111/1777 (Kuru, Menfi Tespit, s.106-107)

³²⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.107; Kuru, İcra ve İflas Hukuku, s.517

³³⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.107

³³¹ "Taraflar arasındaki "senet iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda mahkemece davanın reddine dair verilen 7.3.1977 günlü karar...bozularak, dosya yerine çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle imza uygulamasına ilişkin olan ve uzman bilirkişilerden oluşturulan bilirkişi kurulunca (icra tetkik merciiine ve sorgu hakimliğine) verilen raporların hükme yeterli bulunduğu anlaşılmasına göre, usul ve yasaya uygun

Mahkeme, icra mahkemesince alınan bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa tekrardan bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir. Bu rapor ile daha önce icra mahkemesinin talebi üzerine hazırlanan rapor arasında çelişki varsa mahkeme ikinci defa bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır. Ancak Yargıtay, menfi tespit davasına bakan mahkemenin, icra mahkemesince alınan bilirkişi raporuna dayanamayacağı görüşünde olduğundan mahkemenin, kendisinin aldığı bu rapordan sonra ikinci bir bilirkişi incelemesi yaptırmasına gerek olmadığı kanısındadır³³².

XI. HÜKÜM

A. Davanın Kabulü

Açılan menfi tespit davası neticesinde borçlunun dava konusu borçtan borçlu olmadığına kanaat getirilmişse davanın kabulüne karar verilir. Bu karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden davayı kaybeden alacaklı borçluya karşı alacak davası açamayacaktır.

Dava,sadece dava taraflarına karşı etkili olacağından, özellikle kambiyo senetlerinin iptalinin dava konusu edildiği durumlarda, üçüncü kişilerin haklarını zarara uğratacak şekilde karar verilmemelidir³³³. Kambiyo senedinin davalı elinde olması halinde davacı tarafça da senedin iptali istenmiş ise senet iptal edilmelidir. Ancak senet ciro gördüğünden üçüncü kişi, banka vs. nezdinde veya nerede olduğu

bulunan direnme kararının onanması gerekir.” HGK 8.6.1983, 11/901-635 (Kuru, Menfi Tespit, s.108-109)

³³² “Davacı vekili,, “müvekkilinin davalıya borçlu olmadığı halde sahte olarak tanzim edilmiş olan 12 senede (bonoya) istinaden davalının icra takibine geçtiğini bu senetlerdeki imzaların müvekkiline ait olmadığını tespiti ile senetlerin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.- Dvalı vekili cevabında, “davacının yapılan icra takibine karşı senetlerdeki imzanın kendisine ait olmadığı yönünde imza inkarında bulunduğunu ancak merci hakimliğince yaptırılan bilirkişi tetkikatı sonucu, imzaların ona ait olduğu anlaşılacak itirazın kaldırılmasına karar verildiğini, bu nedenle yeniden imzaların kendisine ait olmadığını belirtilerek dava açılmayacağını” ileri sürerek davanın reddini istemiştir. ... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve İİK'nun 687a-f.3 maddesi hükmüne göre yapılan imza tetkikatının hukuk mahkemesini bağlamayacağı ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları (Yar. HGK 25.3.1981 gün 6.1970/11-1466 sayılı kararı)nın da aynı doğrultuda bulunması itibariyle, İcra Tetkik Mercisinde alınan tek imzalı bilirkişi raporu ile mahkemece alınan üç imzalı bilirkişi raporu arasında mübayaenetten söz edilemeyeceğine ve 8.7.1982 günlü bilirkişi raporu mahkemece HUMK'un 240. Maddesine göre takdir edilmiş olduğundan, davalı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir.” 11. HD. 22.12.1983, 5791/5837 (Kuru, Menfi Tespit, s.110)

³³³ Muşul, İcra Hukuku, s.375

bilinmiyorsa mahkeme sadece borçlunun borçlu olmadığını tespitine karar vermeli, üçüncü kişilerin haklarını zayi etmemek için senedin iptaline karar verememelidir³³⁴.

Davanın borçlu lehine karara bağlanmasıyla takip kendiliğinden duracaktır. İlamın kesinleşmesi üzerine de, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın, icra kısmen veya tamamen geri bırakılır. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa da borçlunun talebi üzerine alacaklı takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak bir tazminata mahkûm edilir (İİK m.72/5).

1. İcra takibinin durması

Menfi tespit davasının kabulüne karar verildiği anda icra takibi, bu yönde bir karar verilmesine gerek olmaksızın, kendiliğinden durur. Dava aşamasında ihtiyati tedbir kararı ile takip duruyor ise davanın kabulü kararı verilmesi ve bu kararın taraflara tefhim veya tebliğinden itibaren ihtiyati tedbir kararı kalkar³³⁵. Bu andan itibaren takip yine durmaya devam edecektir ancak takibin durmasının yasal dayanağı İİK m.72/5'e göre hükmün verilmesi olacaktır. İcra takibinin durması için kararın kesinleşmesi aranmaz, kararın verilmesi yeterlidir. Hükmün kesinleşmesi takibin durması değil, iptali açısından önemlidir³³⁶.

Davalı alacaklı hükmü temyiz etmişse de temyiz, takibin durmasına etki etmeyecektir. Alacaklı, teminat göstermek suretiyle HUMK m.443 ve İİK m.36 hükümlerine göre icra takibinin durmasını da engelleyemeyecektir³³⁷. Menfi tespit davası ilamı icra takibine konu edilen ilamlardan olmadığından eda ilamlarına münhasır olan icranın geri bırakılması usulü işletilemez³³⁸.

Daha önce takibin durması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise davanın kabulüne karar veren mahkeme, hükmünde bu ihtiyati tedbirin devam

³³⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.159; Yavuz, Menfi Tespit, s.203; "Açılan dava, bonodan kaynaklanan borca ilişkin menfi tespit davası olup davalı olarak da senet lehtarını gösterilmiştir. Mahkemece sadece senet lehtarını yönünden dava kabul edildiğine göre, bu senetten dolayı davacı bono keşidecisinin senet lehtarına karşı borçlu olmadığını tespitiyle yetinilmesi gerekirken ciro gördüğü anlaşılan bonoda hamillerin haklarını ortadan kaldıracak şekilde senedin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir." 11. HD. 20.9.1990 5339/5598 (Kuru, Menfi Tespit, s.161)

³³⁵ Muşul, İcra Hukuku, s.376

³³⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.162

³³⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.163; Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.244; Türk, Menfi Tespit, s.309; Yavuz, Menfi Tespit, s.204

³³⁸ Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.245

etmesine de karar verebilir. Ancak tedbirin devamına karar vermese de takip kanun hükmü gereği (İİK m.72/5) durmaya devam eder³³⁹.

Menfi tespit davasının kabulü kararına karşı temyize gidilmiş ise ve karar bozulmuşsa icra takibi devam edecektir, ancak mahkeme direnme kararı verirse icra takibi tekrar duracaktır³⁴⁰.

2. İcranın eski hale iadesi

Menfi tespit davasının kabulü kararına karşı alacaklı süresinde temyize gitmemişse veya temyiz neticesinde karar onanmışsa davanın kabulü kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Hükümün kesinleşmesi ile ayrıca bir karara gerek olmaksızın icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir (İİK m.72/5)³⁴¹.

İcranın iadesi aynı takip dosyası ile olacaktır. Borçlu, davanın kabulüne dair ilamı icra dosyasının içerisinde koyarak icranın eski hale iadesini sağlamalıdır³⁴². Bu durum usul ekonomisi ilkesine uygundur. Ayrı bir takip başlatılmadığından ayrıca harç ve vekâlet ücreti de alınmayacaktır³⁴³.

Menfi tespit davasının kabulünden önce borçlunun malları haczedilmişse davanın kabulü ile takip duracağından mallar satılmaz ve kararın kesinleşmesiyle de haciz kaldırılır.

Davanın kabulünden önce borçlunun malları haczedilmiş ve satılmış satılmışsa veya borçlu icra veznesine borcu yatırmışsa davanın kabulü ile bu para alacaklıya ödenmez, kararın kesinleşmesi ile de borçluya verilir³⁴⁴.

Menfi tespit davası sonuçlanmadan ihtiyati tedbir kararı alınmadığından icra veznesindeki para alacaklıya ödenmişse, görülmekte olan dava, istirdat davasına dönüştürülmeden davaya menfi tespit davası olarak bakılmaya devam edilmiş ve

³³⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.162; Yavuz, Menfi Tespit, s.204

³⁴⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.163

³⁴¹ İcra ve İflas Kanununun 40. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mahkemece verilen hüküm bozulduğuna ve davalının o kadar borcu olmadığı kesin bir ilamla gerçekleştiğine göre, icranın kısmen eski hale iadesinin icra memurluğunca yerine getirilmesi gerekir. Davacının İcra Müdürlüğüne başvurarak haklarını sağlama olanağı varken ayrıca mahkemeye dava açmakta hukuki yararı yoktur. Bu nedenle davanın yazılı şekilde kabul edilmesi bozmayı gerektirmiştir." 13. HD. 4.10.1994 6605/8200 (Yavuz, Menfi Tespit, s.207)

³⁴² Türk, Menfi Tespit, s.311

³⁴³ Yavuz, Menfi Tespit, s.209

³⁴⁴ Harçlar Kanunu m.28/b c.2 gereği harç alacağı icranın yerine getirilmesiyle doğar. Burada icranın yerine getirilmesi değil eski hale iadesi söz konusu olduğundan borçluya verilen paradan tahsil harcı kesilmez (Kuru, Menfi Tespit, s.165 dn. 382)

davanın kabulü kararı verilmişse bu kararın kesinleşmesi üzerine borçlunun talebiyle icra dairesi, ayrıca mahkeme hükmü aramaksızın alacaklıya ödemiş olduğu parayı zorla geri alarak borçluya ödeyecektir³⁴⁵. Mahkeme, davaya istirdat davası olarak devam etmişse davanın neticesinde verilen karar gereği icranın eski hale iadesi değil, ilamın icrası söz konusu olabilir.

İcranın eski hale iadesi üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Bu sebeple borçlunun mallarının haczedilip satılmış olması halinde icranın eski hale iadesi yoluyla mallar satın alan kişiden alınıp borçluya iade olunmaz³⁴⁶. Karşı görüş olarak malların henüz iyi niyetli üçüncü kişiye geçmemiş olması halinde malların alıcının üzerinden terkin edilerek tekrar borçlu adına tescil yapılarak icranın eski hale iade edileceği ileri sürülmüştür³⁴⁷. Bu görüş ihalenin feshi şartlarının kanunda sayıldığı ve menfi tespit davası hükmünün bu kadar geniş etki edemeyeceği gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiştir³⁴⁸.

Borçlu icranın eski hale iadesi imkânına sahipken ayrı bir sebepsiz zenginleşme davası açarak yaptığı ödemelerin iadesini talep etmek isteyebilir. Bu halde açtığı sebepsiz zenginleşme davası hukuksal yarar yokluğu sebebiyle reddedilecektir. Ayrı bir dava açması usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır.

3. Alacaklının tazminata mahkûm edilmesi

Menfi tespit davasına bakan mahkeme davanın kabulü halinde borçluyu bu davayı açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetle yapılmış olduğu kanısına varırsa borçlunun talebi üzerine alacaklıyı takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak bir tazminat ödemeye mahkum eder.

Alacaklının tazminata mahkum edilmesi şartlarını aşağıda alt başlıklar halinde inceleyeceğiz.

³⁴⁵ Yavuz, Menfi Tespit, s.206; Kuru, Menfi Tespit, s.165

³⁴⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.165; Üstündağ, İcra Hukuku, s.135; “Somut olayda borçlu satışa konu olan taşınmazla ilgili takip dosyası yönünden açılan menfi tespit davasının kabul edilip kesinleştiği ve takip nedeniyle borçlu olmadığı tespit edildiği olgusuna dayanmış mercice de ihalenin temelinin ortadan kalktığı nedeniyle feshine karar verilmiştir. İİK’nun 134/1. Maddesi hükmüne göre, icra dairesi tarafından gayrimenkul kendisine ihale edilen alıcı o gayrimenkulün mülkiyetini iktisap etmiş olur. Hükme esas alınan menfi tespit davasının kabul edilmiş olması HUMK’un 445. Maddesinde sayılan ve yargılamanın iadesine olanak tanıyan nedenlerden değildir. Bu durumda istemin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir.” 12. HD. 28.5.1998 8782/9656 (Kuru, Menfi Tespit, s.166)

³⁴⁷ Bu görüşün sahibi Akyazan (Üstündağ, İcra Hukuku, s.135)

³⁴⁸ Üstündağ, İcra Hukuku, s.135

a. Borçluya karşı icra takibinde bulunulmuş olması

Menfi tespit davasına bakan mahkemenin, alacaklıyı İİK m.72/5'te sözü geçen tazminata mahkûm edebilmesi için alacaklının, borçluya karşı dava konusu alacağa ilişkin icra takibi başlatmış olması gerekmektedir.

İİK'nun 72/5. maddesinde borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğunun anlaşılması halinde tazminata hükmedileceğinin düzenlenmiş olmasından, tazminata sadece icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında karar verileceği anlaşılmalıdır³⁴⁹. Takipten önce açılan menfi tespit davasında da dava sonuçlanıncaya kadar takip başlatılmış olması şartıyla tazminata hükmedilebilecektir.

Menfi tespit davasından önce veya dava esnasında alacaklı, borçluya karşı dava konusu alacağa ilişkin takip başlatmamışsa borçlu lehine sonuçlanan menfi tespit davası neticesinde alacaklı, tazminata mahkûm edilemeyecektir³⁵⁰.

Borçluya karşı başlatılmış olan icra takibi, icra mahkemesi tarafından iptal edilmiş veya durdurulmuşsa menfi tespit davasının kabulüne karar veren mahkeme, alacaklıyı İİK m.72/5'te düzenlenen tazminata mahkûm edemeyecektir³⁵¹.

Borçlu, alacaklının kendisine karşı takibe girişmesini önlemek için ihtiyati tedbir kararı aldirmışsa ve bu sebeple borçluya karşı takip yapılamamışsa kötü niyetle takip yapıldığından söz edilemeyeceğinden borçlu lehine yüzde kırk tazminata hükmedilemeyecektir³⁵².

³⁴⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.169

³⁵⁰ "Mahkemece, İİK 72/5. maddesine göre borçlu davacı lehine %40 tazminata hükmedilmiştir. Oysa İİK 72/5. maddesine göre borçlu lehine tazminata hükmedilebilmesi için, aleyhine icra takibinde bulunulması ve bu takibin haksız ve kötü niyetli olması şarttır. Davalı alacaklı, dava konusu senedi icra takibine koymamış sadece bankaya tahsile vermiştir. O halde borçlu davacı lehine tazminata hükmedilmemesi gerekir." 11. HD. 12.12.1990 8002/8140 (Yavuz, Menfi Tespit, s.211)

³⁵¹ Türk, Menfi Tespit, s.318; Uyar, Olumsuz Tespit, s.84; "Davalı bankanın davacı aleyhine yaptığı icra takibi, davacı borçlunun itirazı üzerine durmuş bulunmaktadır. Alacaklı banka ise (itirazı iptali) için mercie ve mahkemeye başvurarak takibi devam ettirme yoluna gitmeden davalı borçlu tarafından menfi tespit davası açılmıştır. O halde davacı borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan mevcut ve yürütülen bir takip olmadığına göre davacı banka lehine İİK 72/5. maddesinde öngörülen icra tazminatına hükmedilmesi doğru değildir." 11. HD. 6.2.1987 445/591 (Yavuz, Menfi Tespit, s.212)

³⁵² Türk, Menfi Tespit, s.318; Yargıtay da bu görüştedir. " Davacı (2.000.000) lira bedelli bonodan dolayı borçlu bulunmadığının tespitini istemiş, mahkemece "davacının borcun (1.069.400) liralık bölümünden borçlu olmadığına tespitine ve bu miktar üzerinden %15 tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine" karar verilmiştir. Oysa dava senedinin vadesi olan 25.2.1986 tarihinden önce ve 24.2.1986'da açılmış olup, senet üzerine tedbir konularak mahkeme kasasına alınmış ve böylece davalı alacaklı tarafından bir icra takibi de yapılmamıştır. İİK'nun 72/5 maddesi uyarınca dava borçlu lehine hükme bağlanırsa, borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli

b. İcra takibinin haksız ve kötü niyetle yapılmış olması

Menfi tespit davasının kabulü halinde alacaklı aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının borçluya karşı başlattığı takibin haksız ve kötü niyetli olduğunun ispatlanmış olması gerekmektedir³⁵³. Burada ispat yükü borçludadır³⁵⁴.

Mahkeme, alacaklının kötü niyetli olduğuna kanaat etmiş olmalıdır. Kötü niyetin ne olduğu konusunda bir görüş davalı alacaklının kötü niyetli kabul edilebilmesi için takibin haksız olduğunu bilmesinin yada bilebilecek durumda olmasının tazminat için yeterli olduğu, ayrıca sırf borçluyu zarara uğratmak amacıyla icra takibinde bulunmasının şart olmadığını ileri sürmüştür³⁵⁵. Alacaklı takibin haksız olduğunu biliyorsa ve buna rağmen senedi takibe koymuşsa kötü niyetli olduğundan söz edebiliriz. Ancak takibin haksızlığını bilmeyip de bilebilecek durumda olması halinde ise kötü niyetten bahsetmemiz mümkün değildir. Alacaklının, ödenmiş senedi³⁵⁶, tahrif edilmiş senedi³⁵⁷ bilerek takibe koyması kötü niyetli olarak kabul edildiği hallerdir.

Kambiyo senetlerinde senet metninden anlaşılan ya da senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler son hamile karşı da ileri sürülebilir. Sahtelik gibi

olduğu anlaşılması halinde, borçlu lehine aynı davada tazminata hükmedilir. Yani kanuna göre borçlu lehine tazminata hükmedilmek için aleyhinde yapılmış bir icra takibi bulunması gerekir. Hâlbuki bu davada borçlu hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmadığından, davanın kabul edilen bölümü için davacı lehine tazminata hükmedilmez. Bu nedenle borçlu lehine tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” Y. 11. HD. 16.6.1987 3632/3641 (Türk, Menfi Tespit, s.318 dn. 52)

³⁵³ “... Davalı alacaklının sözleşmeye dayalı olarak düzenlenen senet için icra takibi yapması davalının kötü niyetli olduğunu göstermez. Senedin hukuken geçersiz olması bu sonucu değiştirmez. Sözleşmenin ve dolayısıyla senedin geçersiz olması alacaklının sadece icra takibinde haksız olduğunu gösterir. Davalı alacaklının ayrıca kötü niyetli olduğu da kanıtlamamıştır. Bu durumda davalı alacaklının tazminattan sorumlu tutulması yasaya aykırıdır. Mahkemece kararın bu nedenle bozulması gerekir.” 13. HD. 23.2.1998 1206/1611 (Kuru, Menfi Tespit, s.179)

³⁵⁴ Türk, Menfi Tespit, s.320; Uyar, Olumsuz Tespit, s.84; Yavuz, Menfi Tespit, s.213

³⁵⁵ Türk, Menfi Tespit, s.320

³⁵⁶ “ Davacı davasında ödenen çeklerden dolayı borçlu olmadığının tesbitini istemiş ve mahkemece yapılan araştırma sonuncu davacının borcunu ödediği ve çeklerin bedelsiz kaldığı anlaşılmıştır. Davalı, bedelsiz kalan çeklerden 31.1.2001 keşide tarihli olanı yönünden icra takibine girişmiş olup, bedeli ödendiği halde bunu bile bile icra takibine geçen davalının iş bu takibinde kötü niyetli olarak kabulüyle söz konusu çek bedeli üzerinden İİK'nun 72/5. maddesi uyarınca borçlu yararına tazminata hükümlenmesi gerekir.” 19. HD. 3.30.2004 2003/3664 E. 2004/2099 K. (Çavdar, Menfi Tespit, s.793-794)

³⁵⁷ “Takibe konu emre muharrer senedin, lehtar davalıdır. Takip yine tahrif edilmiş senede istinaden, davalı tarafından yapılmıştır. Bu durumda takibin haksız ve kötü niyetli olduğunun kabulü ve davacı borçlu yararına, icra inkar tazminatına hükmedilmesi zorunludur.” Y. 13. HD. 26.9.1994 6497/7859 (Türk, Menfi Tespit, s.321)

mutlak defii ileri sürülerek açılan menfi tespit davası borçlu lehine neticelenirse takibin haksızlığı anlaşılmış olmakla birlikte kötü niyetli olduğundan bahsetmek her zaman mümkün olmayabilir. Alacaklı olan son hamil, senedin sahte yada tahrifata uğramış olduğunu bilmeden takip başlatmışsa kötü niyetli takipten söz edilemeyecek ve İİK m.72/5'te bahsedilen tazminata hükmedilemeyecektir³⁵⁸.

c. Borçlunun tazminatı talep etmesi

Borçlunun dava sebebiyle uğradığı zararı karşılamak amacıyla tazminata hükmedilebilmesi için borçlunun talebi gerekmektedir(İİK m.72/5 c.3). Borçlunun talebinin aranması kanunda açıkça yazdığı gibi öğretilerde de bu yönde bir görüş farklılığı yoktur.

Görüş farklılığı talebin ne zaman yapılacağı yönündedir.

Bu konuda birinci görüşte olan yazarlarca borçlu, tazminat talebini dava dilekçesinde bildirmelidir; talebini dava dilekçesi ile bildirmemiş olsa bile iddianın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmaksızın hüküm verilmeye kadar dava içerisinde her zaman tazminat talebini ileri sürebilecektir³⁵⁹. Dava esnasında fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmamışsa borçlu, zararının arttığı iddiası ile tazminat miktarını artıramaz³⁶⁰.

İkinci görüşte olan yazarlar davanın açılması anına göre bir ayırım yaparak tazminatı talep etme zamanını tespit etmişlerdir.

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında borçlu, tazminat talebini mutlaka dava dilekçesi ile bildirmelidir, aksi halde daha sonra dava esnasında ileri sürmesi iddianın genişletilmesi yasağı nedeniyle engellenecektir (HUMK M.185/2)³⁶¹. İddianın genişletilmesi yasağının ihlali mahkemece resen dikkate

³⁵⁸ "...Mahkemece senetlerdeki imzalardan birinin sahteliği kabul edilerek davacı kooperatifin bu senetler dolayısıyla borçlu olmadığına tespitine karar verilmiştir. Aleyhine hüküm kurulan davalılar A.E.T. ve A.B. senetlerin son hamili olup senetlerin keşideciden sonra ciro silsilesi geçirdiği görülmektedir. Her ne kadar sahtelik iddiası her zaman, herkese karşı ileri sürülebilse de son hamil olan bu davalıların kötü niyetli hamil oldukları veya takibin bu davalılarca haksız ve kötü niyetle yapıldığı kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece davacının davalılardan A.E.T. ve A.B. yönünden kötü niyet tazminatı talebinin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 11. HD. 6.10.1998 2849/6290 (Türk, Menfi Tespit, s.321)

³⁵⁹ Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.247; Uyar, Olumsuz Tespit, s.85; Üstündağ, İcra Hukuku, s135

³⁶⁰ Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.247

³⁶¹ Çavdar, Menfi Tespit, s.792; Kuru, Menfi Tespit, s.168; Türk, Menfi Tespit, s.316; Muşul, İcra Hukuku, s.381; "...İİK'nun 72/5. maddesi uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için borçlunun bu yönde talepte bulunması gerekir. Dava dilekçesinde tazminat istenmemiştir. Her ne kadar borçlu

alınamayıp karşı tarafın ileri sürmesi gerekmektedir. Müddeabihin ıslah yoluyla artırılmasını yasaklayan hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden borçlu, ıslah yoluyla tazminat miktarını artırabilir³⁶².

Borçlu, tazminat talebini dava dilekçesinde ileri sürmüşse fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamış olsa bile, zararı hüküm verilinceye kadar ortaya çıkabileceğinden, iddianın genişletilmesi yasağının ihlali iddiasıyla karşılaşmaksızın, davanın her aşamasında, yargılama bitinceye kadar tazminat talebi ileri sürebilir³⁶³.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında ise borçlu, dava dilekçesinde tazminat talebinde bulunmak zorunda değildir, yargılama bitinceye kadar davanın her aşamasında talepte bulunabilir³⁶⁴. Çünkü borçlu menfi tespit davası açarken daha sonra alacaklının kendisine karşı haksız ve kötü niyetle takip başlatacağını ve bu sebeple belirli bir miktar zararının doğacağını önceden bilemeyecektir³⁶⁵.

Borçlunun kötüniyet tazminatı hakkında mahkeme olumlu ya da olumsuz bir karar vermezse bu durum tekrar yargılamayı gerektireceğinden Yargıtay düzelterek onama değil bozma kararı verecektir³⁶⁶.

d. Tazminatın Miktarı

Davanın kabulü halinde borçlunun takip nedeniyle uğradığı zararı karşılayacak miktarda tazminata hükmedilecektir. Kanunda alacaklı aleyhine hükmedilecek bu tazminatın miktarının takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olamayacağı belirtilmiştir (İİK m.72/5 c.son). Hâkim, söz konusu alt sınırdan aşağı bir miktarda tazminata hükmedemeyecektir.

davacılar yargılama sırasında tazminat talebinde bulunmuş ise de, davalı taraf buna muvafakat etmediğini bildirmiştir. İddianın genişletilmesi yasağı gözetildiğinde mahkemece davacılar lehine tazminata hükmedilmemiş olmasında isabetsizlik bulunmadığından davacılar vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir." 19. HD. 20.04.2004 TARİHLİ 2003/7359 E. 2004/4609 K. (Çavdar, Menfi Tespit, s.792)

³⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli 1999/1 E. 1999/33 K. Sayılı kararı (Muşul, İcra Hukuku, s.382)

³⁶³ Kuru, Menfi Tespit, s.168; Muşul, İcra Hukuku, s.383; Tütç, Menfi Tespit, s.316; Uyar, Olumsuz Tespit, s.85

³⁶⁴ Kuru Menfi Tespit, s.169; Türk, Menfi Tespit, s.316

³⁶⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.169

³⁶⁶ Türk, Menfi Tespit, s.317

Borçlu, yüzde kırk oranında tazminat talep etmişse zararını ispatlamasına gerek yoktur ve alacaklı da, borçlunun zararının yüzde kırktan aşağı olduğunu iddia ve ispat edemez³⁶⁷. Ancak borçlu, zararının takip konusu alacağın yüzde kırkıdan fazla bir miktarda olduğunu iddia eder ve ispatlarsa hakim ispatlanan zarar oranında tazminata hükmeder³⁶⁸.

4. Tazminatın borçluya ödenmesi

Menfi tespit davasının kabulü ile davacının, dava konusu borçtan dolayı borçlu olmadığı tespit edilmiş olacaktır. Hükmün tespite yönelik kısmı, edaya ilişkin olmadığı için takibe konulması mümkün değildir. Ancak hükümde yer alan tazminata ve yargılama giderlerine, vekâlet ücretine ilişkin kısım eda niteliğinde olduğundan ilamlı takibe konulabilir. Bu sebeple lehine tazminata hükmedilen borçlu, ilamlı takip başlatarak kötü niyet tazminatını talep edebilecektir. Davadan önce veya dava esnasında başlatılmış olan takip dosyasıyla bu tazminat alacağını isteyemeyecektir³⁶⁹.

Para alacağına ilişkin ilam, kesinleşmeden takibe konulabilecektir³⁷⁰. Ancak menfi tespit davasının kabulü kararında hükmedilmiş olan tazminatın ilamlı takibe konulabilmesi için hükmün kesinleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁷¹. Bu görüşte olanlar, İİK m.72/5'te icranın eski hale iadesi için kesinleşmesinin gerektiği ve ilamın teferruatı niteliğindeki tazminata ilişkin kısmın da ilamlı icra takibine

³⁶⁷ Çavdar, Menfi Tespit, s.795; Kuru, Menfi Tespit, s.181; Türk, Menfi Tespit, s.322; Uyar, Olumsuz Tespit, s.85

³⁶⁸ Kuru, Menfi Tespit, s.181; Türk, Menfi Tespit, s. 322; Yavuz, Menfi Tespit, s.215; "Ancak kanunda asgari zararı karşılamak üzere yüzde onbeş (şimdi yüzde kırk) oranında maktu bir tazminat tespit edilmiş olup bu maktu tazminata hükmedebilmek için zarar tutarının ispatına gerek yoktur. Fakat yüzde onbeşi (şimdi yüzde kırk) aşan zarara hükmedebilmek için davacının aşan zararını ispat etmesi zorunludur. Mahkemece kanun hükmüne yanlış anlam verilerek istek gibi takip konusu alacağın yüzde onbeşi oranında tazminata hükmedilmesi isabetsizdir ve hükmün bu yönden bozulması gerekir." Y. 13. HD. 14.10.1976 4062/6724 (Kuru, Menfi Tespit, s.182)

³⁶⁹ Türk, Menfi Tespit, s.323

³⁷⁰ Türk, Menfi Tespit, s.323

³⁷¹ Kuru, Menfi Tespit, s.183; Türk, Menfi Tespit, s.323; Uyar, Olumsuz Tespit, s.86; Yavuz, Menfi Tespit, s.217; "Takip dayanağı menfi tespit konulu ilamın İİK'nun 72. maddesi gereğince kesinleşmeden takibe konulması mümkün bulunmamaktadır. İlamda yer alan eklentilerde aynı kurala tabidir. Sözü edilen alacak kalemlerinin yukarıdaki gerekçe nedeniyle ilamın kesinleştiği tarihte muaccel hale geleceği gözetilerek faizin de kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması ve itirazın bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, mercice Dairemizin takibe konulması için kesinleşmesi gerekli olmayan ilamlarla ilgili ilkesi esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD. 22.2.2002 1751/3293 (Yavuz, Menfi Tespit, s.218), "...Madde metninde icranın kısmen veya tamamen eski hale iadesi açıkça ilamın kesinleşmesine bağlanmıştır. Bu husus işin esasıdır, tazminat ve giderler ise eklentileridir. İlamın esası kesinleşmeden infaz edilemeyeceğine göre eklenti ve yarantıları da pek doğal olarak kesinleşmeden infaz olunamaz." Y. 12. HD. 9.4.1990 11290/4128 (Kuru, Menfi Tespit, s.183)

konulabilmesi için kesinleşmiş olması gerektiğini belirtmişlerdir³⁷². Kanımızca menfi tespit davasının kabulü kararında tazminata ilişkin kısım, hükmün kesinleşmesi beklenmeksizin ilamlı takibe konulabilecektir. Çünkü davanın kabulü kararının tazminata ilişkin kısmı eda ilamı niteliğinde olduğundan diğer eda ilamları gibi takibe konulacaktır. Para alacağına ilişkin ilam, kesinleşmesi beklenmeksizin takibe konulacağından davanın kabulü ilamında yer alan tazminata ilişkin kısım da kesinleşme aranmaksızın takibe konulabilecektir.

5. Tazminat için ayrı bir dava açılması

Borçlu, İİK m.72/5'te düzenlenen tazminatı talep etmemiş ise davanın kabulüne karar verilmiş olsa da tazminata hükmedilmeyecektir. Borçlunun menfi tespit davasının neticelenmesinden sonra borçlunun, ayrı bir dava açarak haksız fiil hükümlerine göre zararı oranında tazminat isteyebileceği öğretide ve Yargıtay'ca kabul edilmektedir³⁷³.

İİK m.72/5'te düzenlenen asgari yüzde kırk tazminat menfi tespit davası içerisinde hükme bağlanan kötü niyet tazminatına ilişkindir. Bu sebeple haksız fiil hükümlerine (BK m.42 vd.) dayanılarak tazminat talep edilmişse asgari tazminat sınırı söz konusu olmayacaktır. Hâkim, uygulanacak kanun hükmünü resen bulur ve uygular (HUMK m.76). Bu sebeple menfi tespit davasından sonra haksız fiil hükümlerine dayanılarak açılan tazminat davasına genel hükümler uyarınca bakılmalıdır³⁷⁴. Davacı tarafın talebine göre hâkim, ispatlanan zarar miktarında tazminata hükmedecektir, burada takip konusu alacağın asgari yüzde kırk oranında tazminata hükmedileceği hükmü geçerli değildir.

³⁷² Kuru, Menfi Tespit, s.183; Türk, Menfi Tespit, s.323; Yavuz, Menfi Tespit, s.217

³⁷³ Kuru, Menfi Tespit, s.184; Türk, Menfi Tespit, s.325; Uyar, Olumsuz Tespit, s.85; Postacıoğlu, tazminatın ayrı bir dava açılarak istenebileceğini açıkça söylemese de genel hükümlerin sağladığı imkanla haksız bir takipten doğan zararın haksız fiil hükümlerine göre tazminini istemenin mümkün olabileceğini ifade ediyor, İcra Hukuku, s.247; "...İcra ve İflas kanununun 72. Maddesinin 5. Fıkrası "menfi tespit davasının borçlu yararına hükme bağlanması halinde borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetle yapıldığı anlaşıldığı takdirde, isteği üzerine, borçlunun takip nedeniyle uğradığı zararın da alacaklıdan ödetilmesine karar verilir" hükmünü getirmiştir. Menfi tespit davasında bu isteğini ileri sürmeyen borçlunun haksız icra takibi nedeniyle uğradığı zararı genel hükümlere göre açacağı bağımsız bir davada istemesini engelleyen bir kanun hükmü yoktur. Nitekim öğretide aynı görüş benimsenmiştir (Bkz. Prof. İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, sahife 270). O halde mahkemece bu yön gözetilerek işin esası incelenmek ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken aksine düşüncelerle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir." Y. 13. HD. 29.12.1983, 7099/9331 (Kuru, Menfi Tespit, s.185)

³⁷⁴ Türk, Menfi Tespit, s.327

Menfi tespit davası içerisinde kötü niyet tazminatına asgari yüzde kırk miktarında tazminata hükmedileceğinden takip konusu alacağın yüzde kırkı oranında tazminat talep eden borçlunun, zararını ispat etmesi gerekmemektedir. Ancak menfi tespit davasının kabulünden sonra haksız fiil hükümlerine göre açılacak davada talep edilen tazminata karşılık gelen zarar ispat edilmelidir. Çünkü bu dava İİK m.72'ye göre değil genel hükümlere göre görülecektir.

Borçlu, menfi tespit davasında kötü niyet tazminatını talep etmiş ancak mahkeme, bu talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermemişse genel hükümlere dayanılarak takipten dolayı uğranan zarara karşılık ayrı bir tazminat davası açılabilir³⁷⁵.

Borçlu, menfi tespit davasında fazlaya ilişkin tazminat hakkını saklı tutmamışsa ayrı bir tazminat davası açamaz³⁷⁶. Ancak fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmuşsa ve mahkeme borçlunun talep ettiği miktara hükmetmişse daha sonra saklı tuttuğu kısım için ayrı bir dava açabilecektir³⁷⁷. Mahkeme, borçlunun istediğinden daha az miktarda tazminata hükmetmişse borçlu saklı tuttuğu kısım için ayrı bir dava

³⁷⁵ Türk, Menfi Tespit, s.327; “ Yerel mahkemece verilen; daha önceki menfi tespit davasında davacılar vekilinin 31.05.1999 tarihli dilekçe ile menfi tespitin yanında, asgari %40 oranında tazminat talebinde de bulunduğu, davanın kabulüne ilişkin ilamda bu talep hakkında hüküm kurulmamasına rağmen, davacı tarafın hükmü bu yönden temyiz etmediği, gerek, menfi tespit davası dosyasının bu içeriğine ve gerekse, İİK'nun 72/5. Maddesine dayalı tazminat talebinin bağımsız bir davaya konu edilemeyeceği yönündeki Yargıtay'ın istikrarlı kararlarına göre, davacı tarafın artık bağımsız bir davayla tazminat istemesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş; davalılar vekilinin karar düzeltme isteği de “ Temyiz ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında ve özellikle takip borçlusunun, alacaklının haksız takibi nedeniyle uğradığı zararı İİK'nun 72/5 maddesinin son cümlesindeki oranlarla bağlı olmaksızın, zararını ve miktarını iddia ve kanıtlaması koşuluyla, genel hükümlere göre açacağı bağımsız bir davada istemesini engelleyen bir kanun hükmünün bulunmaması ve 26.12.2002 tarihli bozma kararında bu hususun belirtilmiş bulunmasına göre...” şeklindeki gerekçeyle oybirliğiyle reddedilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle HUMK'un 76. Maddesi hükmü uyarınca, dayanılan maddi olguları bildirme yükümlülüğünün taraflara, bunları hukuksal açıdan nitelendirme görevinin ise hakime ait bulunmasına; her ne kadar, dava dilekçesinde tazminat isteminin dayanağı olarak İİK'nun 72/5. Maddesi gösterilmiş ise de, dava dilekçesinin (3) numaralı bendinde dayanılan olgular ile ileri sürülen iddia göz önüne alındığında, eldeki davanın, haksız fiil iddiasıyla açılmış BK'nun 41 ve sonraki maddeleri hükümlerine dayalı bir tazminat davası olarak nitelendirmesinin gerekmesine, ayrıca, menfi tespit davasına ait dosya içeriği itibarıyla, olayda tazminat yönünden kesin hükümden veya davalılar yararına oluşmuş bir usuli haktan söz edilmesine de hukuken olanak bulunmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” Y. HGK. 2.6.2004, 2004/13-334 E., 2004/325 K. (Türk, Menfi Tespit, s.326 dn.80)

³⁷⁶ Türk, Menfi Tespit, s.327

³⁷⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.186, Türk, Menfi Tespit, s.327; Uyar, Olumsuz Tespit, s.86

açamayacaktır, çünkü mahkeme borçlunun uğradığı zararın tamamı oranında bir tazminata hükmettiği ve bu hüküm maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği için kesinleşen bu hüküm yeni bir dava açılmasını engelleyecektir³⁷⁸.

6. İcra inkâr tazminatının kalkması

Borçlu, aleyhine yapılan takibe itiraz etmişse ve itirazın kesin olarak kaldırılması incelemesinde, talep üzerine, itirazın esasa ilişkin nedenlerle kabul edilmesi halinde alacaklı, reddedilmesi halinde ise borçlu aleyhine yüzde kırk oranında tazminata hükmedilir (İİK m.68/7). İtirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmişse borçlu aleyhine yüzde on para cezasına hükmedilir (İİK m.68a/7). Kanunda düzenlenen bu tazminat veya idari para cezası, menfi tespit davası açılmışsa dava sonuna kadar tehir olunur ve kazanan taraf için kalkar.

Borçlu aleyhine kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takip yapılmış ve borçlu borca itiraz etmiş ise borçlunun itirazının esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde kötü niyeti ve ağır kusuru bulunan alacaklı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, takip geçici olarak durdurulmuşsa itirazın reddi halinde borçlu, diğer tarafın isteği üzerine takip konusu alacağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilir (İİK M.169a/6).

Kambiyo senetlerine özgü takipte borçlu takip konusu senetteki imzayı inkar etmiş, ancak inceleme sonunda imzanın kendisine ait olduğu anlaşılmışsa borçlu takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak bir tazminata ve takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edilir. Borçlu, menfi tespit davası açmışsa mahkûm edildiği tazminat ve para cezası dava sonuna kadar ertelenir ve davanın borçlu lehine sonuçlanması halinde ortadan kalkar (İİK m.170/2-3).

Burada sözü edilen tazminat veya para cezasının ortadan kalkması için menfi tespit davası hükmünün kesinleşmesi gerekmektedir³⁷⁹.

7. Manevi tazminat

Haksız bir takibe uğrayan borçlunun kişilik hakları, ticari itibarı zarar görmüş olabilir. Bu sebeple borçlunun menfi tespit davasının görüldüğü esnada veya

³⁷⁸ Türk, Menfi Tespit, s.327

³⁷⁹ Türk, Menfi Tespit, s.324

daha sonra ayrı bir dava açarak manevi tazminat isteyebileceği ileri sürülmüştür. Kanımızca da borçlu, maddi zararını İİK m.72'ye göre isteyebilirken, manevi zararını da genel hükümlere göre isteyebilmelidir.

B. Davanın Reddi

Borçlunun açtığı menfi tespit davası esastan reddedilmişse borçlunun, davalı alacaklıya karşı dava konusu miktardan dolayı borçlu olduğu maddi anlamda kesin hükümle tespit edilmiş olur (HUMK m.237). Borçlu, artık ayrı bir dava açarak borçlu olmadığını ispatlamaya çalışamaz.

Dava, alacaklı lehine sonuçlanırsa ihtiyati tedbir kararı kalkar, hükmün kesinleşmesi ile de alacaklı, ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının zararı dava içerisinde, takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak miktarda, karara bağlanır(İİK m.72/4).

Menfi tespit davasının reddinin bazı hukuki sonuçları vardır. Bunlar sırasıyla aşağıda incelenecektir.

1. İhtiyati tedbir kararının kalkması ve icra takibine devam edilmesi

Takibin durdurulması ya da icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde verilen ihtiyati tedbir, menfi tespit davasının reddi kararı verildiği anda kalkar (İİK m.72/4). Kararda ihtiyati tedbirin kaldırılması yönünde hüküm tesisine ya da davanın reddi kararının kesinleşmesine gerek olmaksızın ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 112. maddesinde esas hakkındaki mahkeme kararının taraflara tefhim veya tebliğinden itibaren ihtiyati tedbirin kalkacağı belirtilmişken İİK m.72/4 farklı bir düzenleme getirmiştir. Mahkeme, hükmün kesinleşmesine kadar ihtiyati tedbirin devam edeceğine karar veremeyecektir³⁸⁰. Ancak bu konuda tereddüdü gidermek amacıyla mahkemenin, davanın reddi kararında ihtiyati tedbir kararının kaldırıldığını açıkça belirtmesinin

³⁸⁰Kuru, Menfi Tespit, s.117; Muşul, İcra Hukuku, s.383; Türk, Menfi Tespit, s.331; Yavuz, Menfi Tespit, s.179; "İİK 72/4 maddesi ilk cümlesi gereğince "davanın alacaklı lehine bitmesi halinde ihtiyati tedbirin kalkacağı" hükmüne aykırı olarak "tedbirin temyiz sonuna kadar devamına" karar verilmesi yasaya aykırıdır." 11. HD. 30.04.1984 2354/2533 (Kuru, Menfi Tespit, s.117);

uygun olacağı ileri sürülmüştür³⁸¹. İİK m.72/4'te davanın alacaklı lehine sonuçlanması halinde ihtiyati tedbir kararının kalkacağı açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple mahkemenin, hükümde ayrıca bu hususu belirtmesine gerek yoktur, fakat belirtilmiş olması da 19 Hukuk Dairesi'nin ilgili kararının³⁸² aksine yanlış da değildir.

Menfi tespit davasının reddine ilişkin kararın temyizi halinde İİK m.36 uygulanmayacak, yani Yargıtay'dan karar alınana kadar icranın geri bırakılması istenemeyecektir³⁸³. Çünkü takibe kaldığı yerden devam edilmesi İİK m.72 hükmü gereğidir³⁸⁴. Yasa koyucu kararın verilmesi ile ihtiyati tedbirin kalkmasını, kesinleşmenin beklenmemesini istediğinden İİK m.72 hükmü, genel hükme (İİK M.36) göre özel bir hüküm niteliğinde kabul edilmeli ve menfi tespit davasının reddi halinde icranın geri bırakılması prosedürünün işletilmemesi doğru olacaktır.

Menfi tespit davasının reddi kararının Yargıtay'ca bozulması halinde İİK m.40 uygulanmaz³⁸⁵. Bu hükümde icraya koyulan ilamın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizen bozulması halinde icra muamelelerinin olduğu yerde duracağı düzenlenmiştir. Menfi tespit davasının reddi kararı da eda hükmünü içeren bir ilam olmadığından temyizen bozulması halinde icra takibinin durmayacağı ileri sürülmüştür³⁸⁶. İİK m.40 hükmü ilamların icrası bölümünde düzenlenmiştir ve maddede bahsi geçen ilam, icra takibine konu edilen ilamdır. Menfi tespit davasının temyizen bozulması kararı ise takibe konulan karar olmadığından İİK m.40'nin burada uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Bu halde bozmaya uyan mahkeme icra takibinin durdurulması için tekrar ihtiyati tedbir kararı verebilecektir³⁸⁷.

Menfi tespit davasının reddi kararının verilmesi ile ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacağından icra takibine kaldığı yerden devam edecektir. Takip

³⁸¹ KURU, Menfi Tespit, s.116; Y. 19. HD. Şu kararı ile yazarın düşüncesine karşı olduğunu belirtmiştir. "Menfi tespit davasının reddedilmesi ile birlikte tedbir, yasa gereği kendiliğinden kalkacağından, hüküm fıkrasının 4. Bendinde ayrıca tedbir kararının dava reddedilmekle kaldırılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir." 19. HD. 24.1.1995 10780/151 (Kuru, Menfi Tespit, s.116 dn. 279a)

³⁸² Bkz. dn. 381

³⁸³ Kuru, Menfi Tespit, s.120; Uyar, Menfi Tespit, s.74

³⁸⁴ Türk, Menfi Tespit, s.332

³⁸⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.120

³⁸⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.120

³⁸⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.120

başlatılmış ancak henüz haciz talebinde bulunulmadan ihtiyati tedbir kararı ile takip durmuş ise menfi tespit davasının reddi kararının verilmesi ile alacaklı, borçlunun mallarının haczini isteyebilir. İhtiyati tedbir kararından önce mallar haczedilmiş ancak tedbir nedeniyle satışa çıkarılmamışsa alacaklı malların satışını talep edebilir. İhtiyati tedbir kararı verilmeden satış gerçekleşmiş ancak icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde tedbir kararı verilmişse alacaklı veznedeki paranın kendisine ödenmesini isteyebilir. Menfi tespit davasının reddine karar veren mahkeme, icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesini teminat şartına bağlayamaz³⁸⁸.

Menfi tespit davasının reddi kararı, borçlu ödeme emrine itiraz etmiş olması halinde itirazın iptalini ya da itirazın kaldırılmasını sağlayamaz. Takibe devam edebilmek için alacaklı itirazın iptali davası açmalı ya da icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmelidir. Menfi tespit davası açılması ya da davanın reddi kararı, itirazın iptali davası açmak ya da itirazın iptaline karar verilmesini istemek için gerekli olan yasal sürelerin işlemlerini durdurmayaacağından (İİK m.67/1, m.68)³⁸⁹ alacaklının bu sırada itirazın iptali ya da kaldırılması için gerekli olan yasal başvuru sürelerini kaçırmaması söz konusu olabilir. Süreyi kaçıran alacaklı, ayrı bir alacak davası açarak menfi tespit davası hükmünü kesin delil olarak kullanıp bu alacak davası ilamını icraya koyabilecektir³⁹⁰.

Menfi tespit davasının alacaklı lehine sonuçlanması ile ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacağından ihtiyati tedbir kararı verilmeden önce icra veznesine girmiş olan parayı alacaklı, tahsil edebilecektir. Ancak paranın, icra veznesine girdiği tarih ile ihtiyati tedbirin kalkması sebebiyle paranın tahsil edilebilir hale geldiği tarih arasında paraya faiz işletilip işletilmeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda iki farklı görüş vardır.

³⁸⁸ Kuru, Menfi Tespit, s.119; “Davacı tarafca bu davanın açılmasıyla birlikte icra takibinin durdurulması için ihtiyati tedbir talep edilmiş ve mahkemece de bu istem kabul edilerek icra takibinin durdurulmasına karar verilmiş bulunmaktadır. Yapılan yargılama sonunda dava reddolduğuna göre ...İİK'nun 72/4 maddesi hükmü gereğince davanın alacaklı lehine sonuçlanmış bulunmasına nazaran ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalktığı halde, bu hükmü bertaraf edecek şekilde alacaklı davalı tarafından alacak miktarı kadar teminat mektubu verildiği takdirde icraya yatırılan paranın alacaklıya verilmemesi şeklinde hüküm tesisi isabetli bulunmadığından” 11. HD. 1985 5270/5704 (Kuru, Menfi Tespit, s.119)

³⁸⁹ Türk, Menfi Tespit, s.333

³⁹⁰ Türk, Menfi Tespit, s.334

Birinci görüş, icra veznesine girmiş olan paranın alacaklıya yapılan ödeme olarak kabul edilebilmesi için ödemenin hiçbir kayıt ve şarta bağlanmamış olması gerektiğinden, ve bu sebeple icradaki para, tedbirin kalkması ile ödenebilir hale geleceğinden bu tarihe kadar borçlunun faiz ödemesi gerektiği yönündedir³⁹¹.

Diğer görüşte olanlara göre ise icra veznesine giren parayla borçlu borcunu ödemiş kabul edildiğinden paranın icra veznesine girdiği tarihten ihtiyati tedbirin kalkması nedeniyle tahsil edilebilir hale geldiği tarihe kadar ayrıca faiz işletilemeyecektir³⁹².

2. İcra Mahkemesinin Hükmetmiş Olduğu Para Cezası ya da Tazminatın Tahsil Edilebilir Hale Gelmesi

Kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takipte imzaya itiraz edilmiş ise icra mahkemesi, İİK m.68/a f.4'e göre yapacağı inceleme neticesinde imzanın borçluya ait olmadığına kanaat getirirse itirazı kabul edecektir. Alacaklının senedi takibe koymakta kötü niyetli ya da ağır kusurlu olduğu anlaşılırsa icra mahkemesi, alacaklı aleyhine, senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak

³⁹¹ Muşul, İcra Hukuku, s.386; Uyar, Olumsuz Tespit, s.75; 12. HD. 16.11.1989 tarihli 4144/14013 sayılı kararı (Uyar, Olumsuz Tespit, s.75); "1984/641 sayılı dosyada borçlunun 1.11.1984'de icra veznesine tevdi ettiği para üzerine ihtiyati tedbir konulduğu ve bu tedbirin 13.5.1986 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinin ilamı uyarınca "bu hükmün kesinleştiği 20.3.1987 tarihine kadar devamına karar verildiği" anlaşılmıştır. Anılan ihtiyati tedbir kararı belirtilen bu tarihte ortadan kalkmıştır. İcra müdürü ise 26.10.1987 tarihli şikayete konu kararında 1.11.1984 gününü "borcun ödendiği tarih" kabul etmiş ve "takip gününden bu tarihe kadar %10 oranında faiz istenebileceğini" belirtmiştir. Her ne kadar icra veznesine para yatırılmış ise de, bu paranın alacaklı eline geçmesi, borçlunun isteği üzerine verilmiş ihtiyati tedbir kararı ile engellendiğine nazaran alacaklının şikayet dilekçesinde gösterdiği şekilde, takip günü 9.4.1984'den tedbirin kalktığı tarihe kadar ki alacaklı vekilinin beyanına göre 13.5.1986 günü arasında, sonradan 19.12.1984'de yürürlüğe giren 3094 sayılı kanun hükümleri dairesinde temerrüt faizi istemesi yasaya uygun düştüğü halde, memurun bu yönden red kararı vermesi isabetsizdir. Mercein yularında belirtilen esaslar dairesinde, teminatın tahsil edildiği 26.10.1987 tarihi de mahsup yönünden göz önüne alınması suretiyle faiz oranı ve miktarı tespit ve tayini yönünde hesap ve işlem yapılmak üzere, memurluk kararının bozulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir." 12. HD. 8.4.1989 9361/4911 (Uyar, Olumsuz Tespit, s.155)

³⁹² Kuru, Menfi Tespit, s.141; "... Nitekim İİK'nun 12. Maddesinde "İcra dairesi, takip edilmekte olan bir para alacağına mahsuben borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ödenen paraları kabule mecburdur. Bununla borçlu bu miktar borcundan kurtulur" demek suretiyle icraya yapılan ödeme ile borçlunun borcundan kurtulacağı açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda icraya ödeme yapıldığı anda borç ortadan kalkacağı cihetle BK'nun 113/1. Maddesi hükmü gereğince artık faiz borcu da ortadan kalkacak, diğer bir deyimle icraya ödeme tarihinden itibaren artık alacağı faiz yürütmek mümkün olmayacaktır.- Davacı borçlunun icra veznesine geçen paranın alacaklıya ödenmemesi için İİK'nun 72/3. Maddesi gereğince aldığı ihtiyati tedbir kararı temerrüt faizi yürütülmesi için bir neden olamaz." 11. HD. 10.12.1982 5448/5291 (Kuru, Menfi Tespit, s.143)

üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına hükmedecektir (İİK m.170/4).

Takibe konulan senet borcuna itiraz edilmiş ise itirazın esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde alacaklı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir (İİK 169/a f.6). Borçlunun itirazda ileri sürdüğü belgedeki imzasını inkar eder ve inceleme sonucunda imzanın alacaklıya ait olduğu anlaşılırsa icra mahkemesi, alacaklıyı, sözü edilen belgenin taalluk ettiği değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezasına hükmeder (İİK m. 169/a f.3).

Borçlu, icra mahkemesinin kararından sonra menfi tespit davası açarsa ya da menfi tespit davası esnasında icra mahkemesi, davayı bekletici mesele yapmaksızın kararını verirse hükmolunan para cezası ya da tazminatın tahsili dava sonuna kadar ertelenir (İİK m.169/a f.5, İİK m.170/3). Davanın alacaklı lehine sonuçlanması ile para cezası ya da tazminat tahsil edilebilir hale gelir.

Menfi tespit davasının reddi halinde, şartlar mevcutsa, borçlu aleyhine tazminata hükmedilecektir. Bu halde borçlu, hem bu dava neticesinde verilen tazminatı hem de tahsili bekletilen tazminat ve para cezasını ödeme mecburiyetinde kalacaktır.

3. Borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesi

Menfi tespit davasının reddi halinde alacaklı ihtiyati tedbir nedeniyle uğramış olduğu zararı, teminattan ve mahkemenin hükmedeceği tazminattan alacaktır. Bu tazminat takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olamayacaktır (İİK m.72/4 c.4).

Borçlunun tazminata mahkum edilmesinin şartları şunlardır:

a. Davanın esas bakımından alacaklı lehine sonuçlanmış olması gerekir

Menfi tespit davası esastan reddedilmiş olmalıdır. Esastan reddi halinde borçlunun, borçlu olmadığını ileri sürdüğü borcun mevcut olduğu ve borçlunun bu borçtan sorumlu olduğu tespit edilmiş olacaktır.

Davanın esastan değil de başka bir sebeple reddedilmesi halinde, örneğin görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle ya da davacının davayı takip etmemesi nedeniyle dosya önce işlemde kaldırılmış, sonra da davanın açılmamış sayılmasına

karar verilmiş ise (HUMK .409), İİK m.72/4'te yer alan tazminata hükmedilmemelidir³⁹³.

Davadan feragat halinde ise dava esastan görülmüş olacağından borçlu aleyhine tazminata hükmedilir³⁹⁴.

b. İcra takibinin durdurulması ya da icra veznesinin alacaklıya ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiş olmalıdır

İİK m.72/4'te düzenlenen tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almış olmaktan dolayı zarara uğramış olması gerekmektedir. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere icra takibinin durdurulması ya da icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiş olmalıdır. Ayrıca ihtiyati tedbir kararının verilmiş olması da yeterli değildir, kararın infaz edilmiş olması da gerekmektedir³⁹⁵.

Alacaklı menfi tespit davası konusunu oluşturan borç için icra takibi başlatmamışsa İİK m.72'i uygulanmayacak, borçlu aleyhine İİK m.72/4'e göre tazminata hükmedilmeyecektir³⁹⁶.

Borçlu kendisine karşı bir icra takibi başlatılmadan menfi tespit davası açmış ve borç konusu senede ilişkin olarak icra takibine konulmaması, devri ve protestosunun durdurulması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı aldırılmışsa davası

³⁹³ Kuru, Menfi Tespit, s.122 dn.295; Türk, Menfi Tespit, s.339; Uyar, Olumsuz Tespit, s.77

³⁹⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.122 dn.295; Türk, Menfi Tespit, s.339; Uyar, Olumsuz Tespit, s.78

³⁹⁵ "Davacı 6.10.1978 günlü dava dilekçesinde davalı tarafından yapılan icra takibinin durdurulmasını istemiş ve mahkemece de istek yerinde görülerek teminat karşılığında davacı lehine ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve fakat dosya kapsamından bu tedbir kararının infaz edilip edilmediği anlaşılamamış bulunmaktadır. Eğer davacı lehine verilen tedbir kararı infaz edilmemiş ise, davalının ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç alması hususu düşünülemez. Başka bir deyimle, mahkemece sadece tedbir kararının verilmiş olması, aleyhine tedbir kararı alınan taraf (alacaklı) yönünden tazminat kararı verilmesi için yeterli değildir. Ayrıca bu tedbir kararının infaz edilerek icra takibinin fiilen durdurulması ve alacaklının da, icra takibinin durdurulması sonucu alacağını geç alması gerekir. Bu yasal kuralın mahkemece gözden kaçırılması doğru görülmemiştir." 11. HD. 5.2.1980 116/513 (Kuru, Menfi Tespit, s.126); "İİK 72/4. Maddesi uyarınca açtığı menfi tespit davası reddolunan borçlunun tazminata makum edilebilmesi için, bu dava sırasında bir ihtiyati tedbir kararı verilmesi ve bu kararın tabiki nedeniyle davalının alacağını geç almış bulunması şarttır. Olayda ise böyle bir ihtiyati tedbir kararına rastlanmamıştır. Mahkemece icra takibini durduran ve ya icra veznesine yatırılacak paranın alacaklıya ödenmesini önleyen bir ihtiyati tedbir kararının verilip verilmediği, verilmiş ise fiilen uygulanıp uygulanmadığı araştırılmalıdır." 11. HD. 4.12.1985 642/712 (Yavuz, Menfi Tespit, s.182)

³⁹⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.127

reddedilen borçlu aleyhine tazminata hükmedilmelidir³⁹⁷. Çünkü alınan ihtiyati tedbir kararı nedeniyle alacaklı takip başlatamamış ve alacağını geç almış olmaktadır.

Borçlu, ihtiyati tedbir kararı aldirarak icra takibini ya da icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesini durdurmuş ve dava esnasında da davadan feragat etmiş ise menfi tespit davasının feragat nedeniyle reddine karar veren mahkeme, borçlu aleyhine asgari yüzde kırk oranında bir tazminata hükmetmelidir³⁹⁸.

Menfi tespit davası tarafların takip etmemesi nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verilmiş ise alacaklı veya borçlu lehine tazminata hükmedilmemesi gerekir³⁹⁹.

Davada kambiyo senedinin sahteliği ileri sürülmüşse mahkemenin senet hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin sahteliğine ilişkin tanık dinlenmesine karar verildiği anda icra takibi kendiliğinden duracaktır. Yani burada icra takibinin durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verilmeksizin takip durmaktadır. İİK m.72/4'te tazminata hükmedilmesi için alınan ihtiyati tedbir kararı nedeniyle alacaklı alacağını geç almış ve zarara uğramış olmaktadır. Bu sebeple sahtelik durumunda asgari yüzde kırk oranında tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği sorusuna doktrinde farklı görüşler vardır.

³⁹⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.129; Yavuz, Menfi Tespit, s.184; "Mahkemece, davacının talebi üzerine, tensip kararı ile birlikte dava konusu bononun devri ve protestosunun durdurulması yolunda ihtiyati tedbir kararı verildiğine ve bu hususta ilgili bankaya müzekkere yazılarak karar infaz edildiğine göre, İİK m.72/4 uyarınca sözkonusu tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararına karşılık dava lehine neticelenen bono lehdarı davalı Asım Sarıtaş yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu konuda karar verilmemiş olması doğru değildir." 11. HD. 10.9.1990 5237/5340(Yavuz, Menfi Tespit, s.184); " Davacının talebi üzerine dava konusu çeklerin ödenmemesi ve icra takibine girişilmemesi için ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve ilgili bankalara bildirilmek suretiyle uygulanmış olduğundan, mahkemece, davanın reddi üzerine İİK'nun 72/4. Maddesi uyarınca talep olmasa dahi davalı alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, hükmedilmemiş olması doğru olmadığı" 11. HD. 2.10.1990, 2825/6045 (Kuru, Menfi Tespit, s.130)

³⁹⁸ Kuru, Menfi Tespit,s.130; Yavuz, Menfi Tespit, s.184; " Mahkemece feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiş olması ve ihtiyati tedbir dolayısıyla davalının alacağını geç almış olması gözetilerek mahkemece İİK'nun 72/4 maddesi gereğince davalı alacaklı lehine tazminata hükmolunması gerekirken bu konudaki istemin reddinde isabet görülmemiştir." 19. HD. 9.3.2000 50/1871 (Kuru, Menfi Tespit, s.131)

³⁹⁹ Yavuz, Menfi Tespit, s.184; "Açılan dava, İİK 72. Maddesine göre bir menfi tespit davasıdır. Bu maddenin 4. Fıkrası hükmünce, dava alacaklı lehine neticelenirse ve borçlu tarafından bir ihtiyati tedbir kararı da almış bulunursa alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi mümkün olur. Olayımızda, davacı tarafından takip edilmemiş ve davalının bu davayı takip ederek lehine sonuç alması mümkün iken, davalı da takip etmediğinden, dava müracaata kalmış ve belli süre geçtikten sonra davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Bu durumda alacaklı yararına bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir." 11. HD. 5.3.1990 1640/1818 (Yavuz, Menfi Tespit, s.184)

Çoğunlukta olan görüşe göre sahtelik davası reddedilen borçlu aleyhine, ihtiyati tedbir kararı aldırılmamış olsa da sahtelik davası açarak alacaklının alacağını geç almasına ve bu nedenle de zarara uğramasına neden olduğundan tazminata hükmedilmelidir⁴⁰⁰.

Diğer görüşe göre ise İİK m.72/4'te öngörülen tazminat borçlunun talebi üzerine ihtiyati tedbir kararı alınarak takibin durdurulması ya da icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zarara karşılık öngörülmüştür, bu sebeple de sahtelik davasının reddine karar veren mahkeme İİK m.72/4'te düzenlenen asgari yüzde kırk tazminata hükmedemeyecektir.⁴⁰¹ Sahtelik davasında mahkemenin bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesine karar vermesi üzerine icra takibinin durması, borçlunun istek ve iradesi dışında kanun hükmü (HUMK m.317) gereği gerçekleşmektedir. Burada borçlu, takibin durmasına yönelik ihtiyati tedbir talebinde bulunmamaktadır. İİK m.72/4'te yer alan tazminata hükmedilmesinin şartlarından birisi de İİK m.72'ye dayanılarak hükmedilen ihtiyati tedbir nedeniyle alacaklının zarara uğraması olduğundan biz de ikinci görüşe katılıyoruz ve sahtelik davasının reddi halinde İİK m.72/4'e göre tazminata hükmedilemeyeceği kanaatine varıyoruz.

Ceza mahkemesinde senedin sahteliğine ilişkin davada borçlu, müdahillik talebi ile davaya katılı ve senedin iptalini talep ederse mahkeme bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesine karar verdiği anda senet, dava neticeleninceye kadar, hiçbir hukuki işleme esas alınmayacağından icra takibi duracaktır. Ceza mahkemesi sahtelik davasını reddetmiş olsa da İİK m.72/4'te yer alan tazminata hükmedemeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁰². Ancak bir diğer görüşte olan yazarca ceza davasına müdahil olarak takibin durdurulmasını sağlayan borçlu aleyhine tazminata hükmedilmelidir, çünkü ceza davasının etkisi de diğer hallerden farklı olmayıp takibi

⁴⁰⁰ Kuru, Menfi Tespit, s.131; Yavuz, Menfi Tespit, s.185; Uyar, Olumsuz Tespit, s.78; Türk, Menfi Tespit, s.341

⁴⁰¹ Muşul, İcra Hukuku, s.392; "Tedbir kararı HUMK'un 317. Maddesi uyarınca verilmiş olup, İİK'nun 72. Maddesi gereğince verilen tedbir kararı ile alacağın tahsilinin geciktirilmesi söz konusu olmadığından davalının tazminat talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenle hükmün bozulması gerekmekte ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığından hükmün HUMK'un 438/7. Maddesi uyarınca düzeltilerek onanması gerekmiştir." 19. HD. 8.3.2002 4745/1594 (Kuru, Menfi Tespit, s.132)

⁴⁰² Muşul, İcra Hukuku, s.392; KURU, Menfi Tespit, s.133;

durdurmakta ve alacaklı, alacağını geç almış olmaktadır⁴⁰³. Kanaatimizce İİK 72/4. maddesinde düzenlenen tazminat menfi tespit davasının reddine ilişkindir. Bu nedenle sahteliğe ilişkin açılmış olan hukuk ya da ceza davasının reddi halinde borçlu lehine İİK m.72/4'e dayanarak tazminata hükmedilmemelidir.

Menfi tespit davası neticesinde dava kısmen kabul kısmen de reddedilirse, borçlu aleyhine, davanın reddedilen miktarı üzerinden yüzde kırktan az olmayacak bir tazminata hükmedilmelidir⁴⁰⁴.

c. Mahkeme, alacaklının talebi olmaksızın da tazminata hükmedebilir

Menfi tespit davasının reddi halinde alacaklının talebi olmaksızın davaya bakan mahkeme, alacaklı lehine takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak miktarda tazminata hükmetmelidir. Öğretide ve Yargıtay'da tazminata hükmedilmesi için alacaklının talebinin aranmayacağı yönünde görüş birliği vardır⁴⁰⁵.

Alacaklının uğradığı zarar yüzde kırktan az olmayacak miktarda aynı davada, menfi tespit davasında, karara bağlanır (İİK m.72/4). Kanun hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır ki alacaklının talepte bulunması aranmaksızın davaya bakan mahkeme alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak miktarda tazminata hükmedecektir.

Borçlu, alacaklının zararının yüzde kırktan az olduğunu ileri sürerek tazminata hükmedilmemesini ya da yüzde kırktan az bir tazminata hükmedilmesini isteyemez. Yasa hükmü açıktır. Mahkeme, alacaklının talebi aranmaksızın en az takip konusu alacağın yüzde kırkı oranında tazminata hükmetmelidir.

Eğer alacaklı zararının, takip konusu alacağın yüzde kırkıdan fazla olduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını menfi tespit davasına bakan mahkemede ispatlayarak zararına karşılık gelecek miktarda (asgari yüzde kırkı aşan miktarda) tazminat talep etmelidir⁴⁰⁶. Mahkeme, alacaklının zararının asgari yüzde kırk

⁴⁰³ Türk, Menfi Tespit, s.340

⁴⁰⁴ Muşul, İcra Hukuku, s.388

⁴⁰⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.133; Muşul, İcra Hukuku, s.388; Gürbüz, Ticari Senetler, s.580; Yavuz, Menfi Tespit, s.186; Uyar, Olumsuz Tespit, s.78; Türk, Menfi Tespit, s.336 vd.

⁴⁰⁶ Kuru, Menfi Tespit, s.138; Türk, Menfi Tespit, s.338; Uyar, Olumsuz Tespit, s.80

oranında tazminattan daha fazla olduğunu takdir ederek, kendiliğinden, bu fazla oranda tazminata hükmedemez.

Davalı alacaklı cevap dilekçesinde veya yargılama esnasında, yani yargılama sonuna kadar zararının yüzde kırklık tutarın üzerine çıktığını ileri sürerek iddiasını ispatlayabilir. Bu halde alacaklı, savunmanın genişletilmesi yasağına maruz kalmaksızın dava sonuna kadar bu talebini ileri sürebilir⁴⁰⁷.

Menfi tespit davasına bakan mahkeme, alacaklı lehine yüzde kırk oranında tazminata hükmetmemişse Yargıtay, düzelterek onama yoluyla borçlu aleyhine yüzde kırk tazminata karar verecektir⁴⁰⁸.

d. Tazminatın miktarı

Menfi tespit davasının reddi halinde alacaklı lehine hükmedilecek tazminat, alacaklının ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararı miktarındadır.

Zarar ne kadar olursa olsun davanın reddi üzerine alacaklı lehine hükmedilecek bu tazminat alacağın yüzde kırkıdan az olmayacaktır (İİK m.72/4 c.4). Bu sebeple borçlu, alacaklının asıl zararının alacağın yüzde kırkıdan az olduğunu ileri sürerek yasada belirtilen asgari tutardan daha az miktarda tazminata hükmedilmesini isteyemez⁴⁰⁹. Mahkeme de alacaklının zararının, alacağın yüzde kırkıdan az olduğuna kanaat getirerek bu az miktarda tazminata hükmedemez.

Alacaklı, zararının miktarını belirtmese de veya zararının daha az olduğu ispatlansa da mahkeme alacağın asgari yüzde kırkı oranında bir tazminata hükmedecektir.

Alacaklı, zararının alacağın yüzde kırkıdan fazla olduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını yargılama bitinceye kadar ileri sürmeli ve ispatlamalıdır. Savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmayacaktır⁴¹⁰. Çünkü alacaklının zararı alacağını geç almış olmaktan doğmaktadır ve bu durum da yargılama esnasında gerçekleşmektedir.

⁴⁰⁷Gürbüz, Ticari Senetler, s.581; Kuru, Menfi Tespit, s.139; Muşul, İcra Hukuku, s.389; Türk, Menfi Tespit, s.338; Uyar, Olumsuz Tespit, s.80

⁴⁰⁸Kuru, Menfi Tespit, s.137

⁴⁰⁹Kuru, Menfi Tespit, s.139; Muşul, İcra Hukuku, s.389; Uyar, Olumsuz Tespit, s.80

⁴¹⁰Kuru, Menfi Tespit, s.139; Muşul, İcra Hukuku, s.389; Uyar, Olumsuz Tespit, s.80

Asgari tazminat belirlenirken dikkate alınacak alacak miktarı, borçlunun haksız olarak borçlu olmadığını ileri sürdüğü ve davanın reddedilen kısmını oluşturan miktardır⁴¹¹.

4. Alacaklının, zararlarını borçlunun gösterdiği teminattan alması

Menfi tespit davası reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi üzerine, alacaklı, ihtiyati tedbir nedeniyle alacağını geç almış olmaktan dolayı uğradığı zararı borçlunun gösterdiği teminattan alacaktır. Bu teminat, borçlunun ihtiyati tedbir talebinde bulunurken göstermiş olduğu ve alacağın yüzde on beşinden az olmayacak miktarda mahkemenin belirlediği teminattır (İİK m.72/2-3).

Menfi tespit davasını reddeden mahkemenin, davacının yatırdığı yüzde on beşlik teminatın davalının zararına mahsuben davanın reddi kararının kesinleşmesinden sonra alacaklıya verilmesine hükmetmesinin doğru olacağı ileri sürülmüştür⁴¹².

İhtiyati tedbir talep ederken borçlu, alacağın yüzde on beşi oranında teminat göstermiş ancak, alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak bir tazminata hükmedilmiş ise alacaklı tazminatın teminatla karşılanan kısmını teminattan alacaktır.

Tazminatın, borçlunun gösterdiği teminattan alınabilmesi için menfi tespit davasının reddine dair hüküm kesinleşmiş olmalıdır (İİK m.72/4)⁴¹³. Alacaklının, tazminatı karşıladığı oranda teminat miktarını alması için ayrı bir takip yapmasına gerek yoktur. Mahkemenin davanın reddine ve tazminata ilişkin hükmünün

⁴¹¹ Muşul, İcra Hukuku, s.388; Tütç, Menfi Tespit, s.343; “İİK 72/4 maddesine göre menfi tespit davasının alacaklı lehine sonuçlanması halinde ihtiyati tedbirin kalkacağı ve ihtiyati tedbir nedeniyle alacağın geç alınmasından doğan zararın hükmün kesinleşmesi halinde teminattan alınacağı ve bu zararın da %40’tan aşağı tayin edilmeyeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece alacaklı yararına takdir edilecek tazminatın alacağın geç alınan bölümüne göre takdiri gerekirdi. Davalı icra takibiyle 16.000.000 TL sini tahsil etmiş olmakla bunun dışında kalan miktar geç alınmış sayılacağından bunun %40’ı üzerinden tazminat takdiri gerekirken icra takibine konu alacağın tümü geç alınmış bir tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 15. HD. 6.2.1995 5660/551 (Kuru, Menfi Tespit, s.138 dn.337a)

⁴¹² Uyar, Olumsuz Tespit, s.80

⁴¹³ Kuru, Menfi Tespit, s.150; Muşul, İcra Hukuku, s.393; Uyar, Olumsuz Tespit, s.81; Türk, Menfi Tespit, s.345; “İİK’nun 72/4. Maddesi uyarınca menfi tespit davası alacaklı lehine neticelenirse hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı alacağını geç almaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Menfi tespit davasının reddine ilişkin ilamda hüküm altına alınan tazminatın icraya konulabilmesi için kararın kesinleşmiş olması zorunludur. Mercice bu yön gözetilerek şikayetin kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsizdir.” 12. HD. 28.9.1995, 11548/12461 (Kuru, Menfi Tespit, s.150)

kesinleştiği yazısını icra dairesine götürerek teminatın karşılık geldiği parayı isteyebilir⁴¹⁴. Fakat alacaklının yaptığı takip, davanın reddi hükmü kesinleşmeden sona ermişse alacaklı, ilamlı takip yaparak tazminatı talep etmelidir⁴¹⁵.

Tazminatın teminatla karşılanamayan kısmı için, yüzde on beş oranında teminat alınmışken yüzde kırktan az olmayan bir tazminata hükmedilmişse, ilamlı takip yapılacaktır. Ancak ilamın kesinleşmiş olması gerektiği konusunda görüş farklılıkları vardır.

Bu konuda bir görüş, tazminatın, borçlunun ihtiyati tedbir kararı verilmesi için gösterdiği teminat miktarı olan yüzde on beşi aşan kısmı için icra takibinin ancak mahkeme hükmünün kesinleşmesinden sonra yapılabileceği yönündedir⁴¹⁶.

Diğer görüş ise tazminatın teminatla karşılanmayan kısmı için hükmün kesinleşmesini beklemeksizin ilamlı takip yapılabileceği yönündedir⁴¹⁷. Davanın reddi hükmünün kesinleşmesi beklenmeksizin icra takibine devam edilebildiği, bu sebeple de eklenti niteliğinde kabul edilen tazminat için hükmün kesinleşmesinin beklenmesine yer olmadığı belirtilmiştir⁴¹⁸.

Teminatın, tazminatı karşıladığı oranda tahsilinin talep edilmesi için hükmün kesinleşmesi gerektiği yasada açıkça belirtilmiştir (İİK m.72/4). Görüş ayrılığı, tazminatın teminatla karşılanmayan kısmı için icra takibinin ne zaman başlayacağı konusundadır. Kanunda tazminatın tamamına ilişkin bir düzenleme getirilmemiş, teminata ilişkin kısmın kesinleşmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kanımızca tazminatın, teminatla karşılanmayan kısmı için hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Borçlu, kendisine karşı bu tazminat hakkında ilamlı takip başlatılırsa, Yargıtay'dan karar getirene kadar İİK m.36'ya dayanarak icranın geri bırakılmasını sağlayabilir.

5. Tazminata ilişkin ayrı bir dava açılması

Menfi tespit davasının reddi halinde alacaklının talebi aranmaksızın alacağın yüzde kırkıdan az olmayacak miktarda lehine tazminata hükmedilecektir.

⁴¹⁴ Kuru, Menfi Tespit, s.152; Türk, Menfi Tespit, s.345

⁴¹⁵ Kuru, Menfi Tespit, s.152; Türk, Menfi Tespit, s.345

⁴¹⁶ Uyar, Olumsuz Tespit, s.81

⁴¹⁷ Kuru, Menfi Tespit, s.152; Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.838; Türk, Menfi Tespit, s.346

⁴¹⁸ Türk, Menfi Tespit, s.346

Alacaklı talep etmemiş ve mahkeme de tazminata hükmetmemişse alacaklının ayrı bir dava açarak zararı oranında tazminat istemesi konusunda farklı görüşler vardır.

Çoğunlukta olan görüşe göre tazminat talep etmeyen alacaklı, mahkemece resen tazminata hükmedilmemişse, ayrı bir dava açarak zararı oranında tazminat isteyebilmelidir⁴¹⁹.

Diğer görüşe göre ise İİK m.72/4'te tazminatın aynı davada karara bağlanacağı belirtildiğinden alacaklı, tazminat talebini ayrı bir dava açarak ileri süremeyecektir⁴²⁰.

Kanunda alacaklının zararını gösterilen teminattan alacağı, zararının da aynı davada takdir olunarak karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Kanımızca yasa koyucu alacaklının zararının tespiti açısından açıklayıcı bir düzenleme getirmektedir ve ayrı bir dava açılarak tazminat talep edilemeyeceği yönünde iradesi de söz konusu değildir. Bu sebeple çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

Öğretide menfi tespit davasının reddi kararında lehine tazminata hükmedilmeyen alacaklının, davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde HUMK m.110'a dayanarak haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini talebiyle dava açabileceği ileri sürülmektedir⁴²¹.

Alacaklı, dava esnasında alacağın yüzde kırkı oranında bir tazminat talep etmiş ve diğer talep haklarını da saklı tutmuş ise daha sonra ayrı bir dava açarak yüzde kırkı aşan miktarda zararı için tazminat talep edebilecektir,

⁴¹⁹ Kuru, Menfi Tespit, s.156; Türk, Menfi Tespit, s.350; Uyar, Olumsuz Tespit, s.79

⁴²⁰ Üstündağ, İcra Hukuku, s.134; "Uygulamada İİK 72/4. Maddesi uyarınca menfi tespit davası alacaklı lehine neticelenirse tedbir kendiliğinden kalkacağı gibi hakim alacaklı lehine maktuan %15 (şimdi %40) inkar tazminatına hükmeder. Davacı hakkını saklı tutsa bile bu maktu inkar tazminatının sonradan açılacak müstakil bir dava ile istenmesine olanak yoktur. (Y. 11. HD. 1.5.1985 gün 85/1750-2626)-Nitekim Y.H.G.K. 21.10.1987 gün 1987/11-244-752 sayılı kararında da aynı ilkelere yer verilmiştir." HGK 12.2.1992 , 11/615-57 (Kuru, Menfi Tespit, s.155); "Mahkemenin kendiliğinden vermesi gereken tazminatı vermemesine karşın bunu temyiz etmeyerek hükmün kesinleşmesine yol açan alacaklı yasanın kendisine tanıdığı bu maddi haktan feragat etmiş demektir. Feragat ise ister sarih ister zımnî olsun medeni hukuk anlamında bir itiraz olup bir defî olmadığından usulün 76. Maddesi hükmünce yasaları resen uygulamakla mükellef olan hakim tarafından resen gözetilmesi zorunludur. (Yargıtay İBK 30.11.1955 gün 14-20 ve 10.11.1954 gün 18-23 sayılı kararları gerekçesinden). Hal böyle olunca ve alacaklı lehine tazminat ödenmesini içermeyen ilam aleyhine temyiz yoluna başvurmayınca bu karar davalı yararına kesinleşmiş ve usul hukuku yönünden bazı haklar doğmuş olacaktır. Artık maktu tazminat konusunun ayrı bir davaya konu edilmesi hem yukarıda anılan bu ilkelere hem İİK'nun anılan maddesinin özelliğine ve gerçekleştirmek istediği amaca ters düşer. İİK m.72 mütevali (birkaç kez) dava açılmasını yasaklamıştır." Y. 4. HD. 10.3.1980 gün E.11456 K.3077 (Gürbüz, Ticari Senetler, s.582)

⁴²¹ Kuru, Menfi Tespit, s.156

Alacaklı fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmaksızın alacağın yüzde kırkı oranında tazminat talep etmişse daha sonra ayrı bir dava açarak fazlaya ilişkin zarar tazmini talebinde bulunmayacaktır⁴²².

Alacaklı, alacağın yüzde kırkını aşan oranda tazminat talep etmiş ancak mahkeme, yüzde kırkı aşan orandaki tazminat talebini reddederek yüzde kırk oranında tazminata hükmetmişse alacaklı daha sonra ayrı bir dava açarak fazla olduğunu iddia ettiği zararı için tazminat talep edemeyecektir. Çünkü menfi tespit davası hükmü, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.

Alacaklının talebi olmaksızın tazminata hükmedilmiş, bu sebeple de fazlaya ilişkin hakkını saklı tutması söz konusu olmamışsa alacaklının daha sonra, alacağın yüzde kırkını aşan zararı miktarında tazminat talep ederek dava açabileceği kabul edilmelidir⁴²³.

⁴²² Muşul, İcra Hukuku, s.391

⁴²³ Muşul, İcra Hukuku, s.390-391

SONUÇ

Bu tezimizde İcra İflas Kanunumuzun 72. maddesinde düzenlenmiş olan menfi tespit davasını, kambiyo senetlerine özgü icra yoluyla takip açısından ele almış bulunmaktayız.

İcra takibi ile karşılaşan borçlu, bu takibe karşı itiraz edebilecektir. Ancak itirazın kaldırılması incelemesinde icra mahkemesi, belirli belgelere dayanarak inceleme yapıp karar vereceğinden borçlunun kanunda tahdidi olarak sayılan itirazın kaldırılmasını engelleyecek bu belgelere sahip olmaması halinde takip borcunu ödemek zorunda kalacaktır. Ancak borçlu menfi tespit davası açarak HUMK'ta yer alan delil sistemini nedeniyle borçlu olmadığı iddiasını daha geniş delil imkanı ile ispatlayabilecektir.

İcra mahkemesinin kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezken menfi tespit davası hükmü ile borçlunun borçlu olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olacaktır.

Menfi tespit davası ile icra takibine sınırsız bir şekilde müdahale imkanı tanınmamıştır. Dava, ancak bazı şekillerde takibe etki edebilmektedir. Bu etki şekli de takibin başlama anı ile menfi tespit davasının açılma anının birbirine göre zaman açısından önceliğine göre değişmektedir.

İİK m. 72'de , 3494 sayılı yasa ile değişikli yapılmış ve asgari olarak belirlenen tazminat miktarı yüzde on beşten yüzde kırka yükseltilmiştir. Yasa değişikliğinden önce teminat ve tazminat oranları aynı (yüzde on beş) iken yasanın şu anki mevcut halinde teminat, asgari olarak yüzde on beş iken tazminat yüzde kırktır. Davanın reddi halinde alacaklı, tazminat alacağını gösterilmiş olan teminattan alacaktır. Tazminatın, teminatla karşılanmayan kısmı için ayrı bir takip yapılacaktır. Teminatın, tazminatı karşılayabilmesi için yasa değişikliği ile yüzde kırka yükseltilmesi düşünülürse de miktarı büyük olan bir takibe haksız olarak uğrayan borçlu, teminat gösteremeyecek ve hacze, hatta mallarının satışına engel olamayacaktır. Bu sebeple hakimin, somut duruma göre teminat miktarını dikkatli bir şekilde tayin etmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis:
Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2005

ALTAY, Sümer: Menfi Tespit Davası İle Takip Süreci İçinde Oluşan
İflas Davası Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Ve Özellikle Bekletici
Sorun Konusu, İBD 1986/10-12, C.60

ATALAY, Oğuz: Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001

ATALAY, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Tespit Vakıalarının
İspatı, İzmir, 2001

CANBOLAT, Selahattin/ CANBOLAT, Bedrettin: Menfi Tespit ve
İstirdat Davaları, Ankara, 1987

ÇAVDAR, Seyit: İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve
İstirdat Davaları, Gerekçeli, İçtihatlı, Açıklamalı, Ankara, 2007

ERDEM, Nuri: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişikler
(Tahrifat), İstanbul, 2008

ERDOĞAN, Hasan: Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat, Ankara,
2003

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı, İçtihatlı uygulamalı Çek Hukuku, Ankara, 2003

ERTEKİN, Erol/ KARATAŞ, İzzet: Uygulamada Ticari Senetler, Ankara, 1988

GÖRGÜN, Şanal: İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası, Doçentlik Tezi, Ankara, 1980

GÖZÜBÜYÜK Ahmet Hıfzi, Ticaret Kanununun 662.maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser Mi? ABD 1965/4

GÜRBÜZ, A. Hulusi: Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlerine Özgü Sorunlar, İstanbul, 1984

HELVACI, Mehmet: Kambiyo Senetlerinde Defiler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 2001

İNAN, Nurkut: Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969

İPEKÇİ, Nizam: İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh),C.1, Ankara, 2005

- KAÇAK, Nazif: Açıklamalı İçtihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Ankara, 2005
- KAÇAK, Nazif: Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Değişikliklerle Örnek Dilekçe ve İşlemlerle İcra ve iflas Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2006
- KAÇAK, Nazif: Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek, Ankara, 2007
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007
- KONURALP, Haluk: İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasında Yetkili Mahkeme, AÜHFD, C. XXXIX, 1982-8-7, S.1-4
- KONYAR, Hanife: İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001
- KORKUSUZ, M. Refik: İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 2004
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku C.1, Ankara, 1965
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2006
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.Ankara, 1964
- KURU, Tespit Davaları, Ankara, 1988
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2004

- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.1, İstanbul, 1998
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara, 2003
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, İstanbul, 2005
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2008
- MUTLUAY, M. Kemal: Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip Ve Maddi Hukuktaki Yeri, Yargıtay Dergisi 6. Cilt Ekim 1980 sayı:4
- OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2003
- OLGAÇ, Senai: İcra İflas, Ankara, 1978
- OLGAÇ, Senai: İçtihatlarla tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, C.1, İstanbul, 1974
- ÖĞÜTÇÜ, Tahir/ ÇİTOĞLU, Ali: Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, C.1, Ankara, 1977
- ÖKTEMER, Semih: Menfi Tespit Davası, AD 1972/8-9
- ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda ihtiyati Haciz, Ankara, 1999

- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2007
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet:
Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2007
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN,
Meral/ ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2007
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları,
İstanbul, 2005
- POSTACIOĞLU, İlhan E. : İcra ve İflas Kanununun Muaddel
Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası, İÜHFİM, 1966/2-4, C. XXXII
- POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1967
- ŞİMŞEK, Edip: Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara, 1983
- TÜRK, Ahmet: Menfi Tespit Davası, Ankara, 2006
- TÜRK, Ahmet: Takip Konusu Alacağın Zamanaşımına Uğraması
Nedeniyle Menfi Tespit Davası Açılması, BATİDER 1999/XX/1
- UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul, 1980

UYAR, Talih: Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C.1, 3. Baskı, Ankara, 1993

UYAR, Talih: Kambiyo senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takibe İtiraz Nedenleri, İBD, C. 82, S.2008/2

UYAR, Talih: Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, Ankara, 1999

UYAR, Talih: Olumsuz Tespit Davalarında İsbat Yüğü, Yargıtay Dergisi, C.13, S.1-2, 1987

UYAR, Talih: Olumsuz Tespit Davalarında Kanıtlar, İBD, C.66, S.7-8-9, 1992

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2006

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004

YAVUZ, Nihat: Uygulama ve Öğretide Menfi Tespit ve İstirdat (Geri Alma) Davaları, Ankara, 2007

YORGANCIOĞLU, Cemil: İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit davalarında İhtiyati Tedbir Sorunu, TBBD Yıl:1993 Sayı:1

YUNUSOĞLU, Tarık: İcra ve İflas Kanununda Yeni Bir Hüküm Menfi Tespit Davası, İBD, C.XL, 1966