

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA İSPAT FAALİYETİ

İdil TUNCER KAZANCI

Danışman
Prof. Dr. Oğuz ATALAY

İZMİR-2014

**DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI**

2009800609

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : İdil TUNCER KAZANCI
Tez Başlığı : Tasarrufun İptali Davalarında İspat Faaliyeti
Savunma Tarihi : 15.09.2014
Danışmanı : Prof.Dr.Oğuz ATALAY

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Prof.Dr.Yusuf KARAKOÇ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Yrd.Doç.Dr.Yaşar Can GÖKSOY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Doç.Dr.Ali YEŞİLIRMAK	İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

İmza

(Handwritten signatures of the jury members)

Oybirliği
Oy Çokluğu ()

İdil TUNCER KAZANCI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Tasarrufun İptali Davalarında İspat Faaliyeti**" başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum ‘‘Tasarrufun İptali Davalarında İspat Faaliyeti’’ adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

İdil TUNCER KAZANCI

ÖZET

Doktora Tezi

Tasarrufun İptali Davalarında İspat Faaliyeti

İdil TUNCER KAZANCI

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Tasarrufun iptali davası, borçlu/müflisin malvarlığını eksiltici veya alacaklıların takip imkânını kısıtlayıcı işlemlerini konu edinir. Hem küllî hem de cüz'î icra takiplerinde uygulama alanı bulabilen tasarrufun iptali davası, borçlunun malvarlığını alacaklıları lehine koruyucu bir fonksiyon gösterir.

Tasarrufun iptali davasının genel olarak koşulları ve dayandığı sebepleri, borçlunun bir hukuki fiili, takibin semeresiz kalması ve alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanmasıdır. Tasarrufun iptali davasının konusunu oluşturan hukuki fiilleri bakımından, borçlunun iptale tabi olacak tasarruf işlemlerinin aktifin değerini azaltıp azaltmadığı, azaltmıyorsa pasifte artışın gözlemlenip gözlenmediğine dikkat edilmelidir. Eğer pasifte bir artış gözlemleniyorsa, bu durumda işlem alacaklının cebri icra imkanını sınırladığı ölçüde iptale tabi olacaktır. Bu durum tasarrufun iptali davası bakımından ikinci koşul olarak karşımıza çıkar. Takibin semeresiz kalması, iptal davası bakımından ispatı gereken ayrı bir koşul vakıa olmamakla beraber, aciz vesikasının davacının iptal davasını açmaktaki menfaatini ortaya koyan belge olması, yargılama içerisinde takibin semeresiz kalmasının hâkim tarafından dava şartı özelliğinden ayrı olarak gözetilmesini de gerektirir. Menfaatin nedeni olarak ileri sürülen ve çekişmeye konu olabilecek takibin semeresiz kalması olgusunun da iddia ve ispatı gerekebilir. Alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanması şeklindeki objektif koşulun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, iptale tabi işlemin alacaklının malvarlığında yaptığı etkiye göre belirlenmelidir. Zira

sadece borçlunun malvarlığında meydana gelen nominal değışiklikler, iptale konu işlem den kaynaklanan zararı ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır.

İvazsız tasarruflar (İİK m. 278), aciz halinde yapılan tasarruflar (İİK m. 279) ve zarar verme kastı ile yapılan tasarruflar (İİK m. 280), kanunda öngörülen süreler içerisinde gerçekleştirilmeleri halinde tasarrufun iptali davasına konu edilebilir. Tasarrufun iptali davasının alacaklı lehine sonuçlanması halinde, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin, alacaklının yürüteceği cebri icraya katlanma yükümlülüğü doğar.

Tasarrufun iptali davasında hem ispat faaliyetinde büyük önem arz eden hem de özel bir dava şartı olarak öngörülen aciz vesikası, doğrudan davacı sıfatına ilişkin olmamakla birlikte, davacı sıfatının belirlenmesinde etkisi olduğu da yadsınamaz. Ancak iptal davası bakımından aciz vesikası davalının dava açmadaki menfaatini ortaya koyması bakımından fonksiyon gösterir.

Tasarrufun iptale konu edilebilmesi, her bir iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmiş olması halinde mümkün olacaktır. Zarar verme kastı ya da işlem yapılan üçüncü kişinin borçlunun içinde bulunduğu durumu bilmesi gibi içsel durumları konu edinebildiğinden, ispat faaliyeti tasarrufun iptali davası bakımından özellik gösterir. Bu kapsamda kanun bazı karineler öngördüğü gibi, ispat ölçüsünün düşürülmesi de ispat güçlüğünün aşılması için bir yöntem karşımıza çıkabilir.

Anahtar Kelimeler: Tasarrufun İptali Davası, İspat, Aciz Vesikası, İvazsız Tasarruflar, Zarar Verme Kastı

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

Proof Activity on the Revocation Action

İdil TUNCER KAZANCI

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The revocation action deals with the subject of reduction of the debtor's/bankrupt's assets or with procedures that restrict the creditor's pursuance opportunity. The revocation action that find a range of application in both the total and the partial execution proceedings shows the function of preserving the debtor's assets for the benefit of the creditor.

The reasons the conditions are based upon and the conditions in general of the revocation action are the legal proceedings of the debtor that result in unsatisfied execution and the restriction on compulsory execution opportunity of the creditor. In terms of the legal acts that form the subject of the revocation action, note should be taken on regarding the observations whether the revocation actions of the debtor result in decrease in the value of the debtor's assets, and if not whether there is increase in the liabilities. Should an increase is observed in the liabilities, in that case the proceeding will be subject to rescission to the extent the creditor limits the the compulsory execution possibility. It emerges as the second condition in terms of the revocation action. Although the unsatisfied (*fruitless*) execution of legal proceeding is another condition for proof in terms of the action for revocation, since the certificate of insolvency is a document evidencing the interest of the claimant in placing a action for revocation, in the exercise of the jurisdiction it is required that the judge should also discriminate separately the unsatisfied (*fruitless*) execution as a characteristic of the requirement of prosecution. The fact that the subject

matter of the conflict being the unsatisfied execution of the legal proceeding and it is put forward as a reason of interest may need to be claimed and proved. To clarify whether the objective condition of the limitation of the probability of the compulsory execution of the creditor has been realized or not in the present case should be determined according to the effect of the rescission procedure on the assets of the creditor. For the nominal changes in the assets of the debtor fails to reveal the loss emanating from the subject of the rescission operation.

Gratuitous disposals (ĪĪK m. 278, insolvency disposals (ĪĪK m. 279) and disposals with intent to harm (ĪĪK m. 280) if realized within the time indicated in the law can be the subject of the action for revocation. In case the revocation prosecution results in creditor's favor the third party who is in transaction with the debtor is liable in the compulsory execution conducted by the creditor.

The insolvency document which is very important and used both in the proof activity of revocation action cases and is foreseen as a particular case requirement, though not directly related with claimant designation, has undeniable effect in the ascertainment of the claimant. However, the unsatisfactory execution document also has a function of displaying the interest of the defendant on opening a lawsuit in terms of revocation case.

The revocation will only be possible if the required facts of each rescinding reason are realized in the present case. Inherent conditions that can be the subject of the case like the intent to harm or any third party who is in transaction and in full knowledge regarding the situation of the debtor, the proof activity shows particularity in terms of the lawsuits regarding revocation. In this scope the law foresees some presumptions as well, where by decreasing the measures of proof can be seen as a method to overcome difficulties of proof.

Keywords: Revocation, Proof, Certificate Of Insolvency, Intent To Harm, Gratuitous Disposals

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA İSPAT FAALİYETİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xix

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASI VE İSPAT HAKKINDA GENEL KAVRAMLAR

1.1. GENEL OLARAK TASARRUFUN İPTALİ DAVASI	3
1.1.1. İptal Kavramı ve Tasarrufun İptali Davası	3
1.1.1.1. Medenî Hukuk Anlamında İptal	3
1.1.1.2. İcra İflâs Hukuku Anlamında İptalin Medenî Hukuk Anlamında İptalden Farkları	9
1.1.1.2.1. İptal Hakkını Kullanan Bakımından	9
1.1.1.2.2. İptal Hakkının Dayandığı Temel ve İşlevi Bakımından	10
1.1.1.2.3. İptal hakkının Cüz'i Haleflere Etkisi Bakımından	12
1.1.2. Tasarrufun İptali Davasının Genel Olarak Koşulları ve Dayandığı Sebepler	14
1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili	14
1.1.2.2. Takibin Semeresiz Kalması	17
1.1.2.3. Alacaklının Cebri İcra İmkânının Kısıtlanması	21
1.1.3. Davanın Tarafları	23

1.1.3.1. Hacizdeki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı	23
1.1.3.1.1. Genel Olarak Hacizdeki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı	24
1.1.3.1.2. Aciz Vesikasının Davacı Sıfatının Belirlenmesindeki Önemi	24
1.1.3.2. İflastaki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı	27
1.1.3.2.1. İflâs İdaresi	27
1.1.3.2.2. Alacaklıların Tasarrufun İptali Davası Açabilmesi (İİK m. 245 ve İİK m. 255/III)	29
1.1.3.2.3. Müflisin Yabancı Ülkede Bulunan Malvarlığı Değerlerinin İflâs Masasına Dahil Edilip Edilmeyeceği Sorunu ve Buna Bağlı Olarak Yabancı İflâs İdaresinin Davacı Sıfatı	31
1.1.3.2.4. Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Paylaştırılması Halinde Mirasçılarının Davacı Sıfatı	34
1.1.3.3. İptal Davasında Davalı	38
1.1.3.3.1. Davalı Sıfatını Aslen Haiz Olanlar	39
1.1.3.3.2. Davalı Sıfatını Yansıma Yoluyla Haiz Olanlar	41
1.1.4. Yargılamanın Gösterdiği Temel Özellikler	42
1.1.4.1. Yargılama Usûlü	42
1.1.4.2. Hakimin Dilekçede Yer Alan İptal Sebebi ile Bağlı Olması	43
1.1.4.3. Hakimin Uyuşmazlığı Serbestçe Çözümlemesi	46
1.1.4.4. Özel bir Dava Şartı Olarak Aciz Vesikasının İbrazi ve İspat Bakımından Takibin Semeresiz Kalması ile İlgisi	47
1.1.4.4.1. Genel Olarak	47
1.1.4.4.2. Aciz Vesikasının Hukuki Niteliği	48
1.1.4.4.3. Kesin Aciz Vesikasının Etkileri	59
1.1.4.4.3.1. Maddi Hukuka İlişkin Etkileri	50
1.1.4.4.3.2. İcra Hukukuna İlişkin Etkileri	51
1.1.4.4.4. Geçici Aciz Vesikasının Etkileri	51

1.1.4.4.5. Borç Ödemeden Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi	52
1.1.5. Tasarrufun İptali Davasının Sonuçları	56
1.1.5.1. Genel Olarak	56
1.1.5.2. İşlem Lehdarı Üçüncü Kişinin Katlanma Yükümlülüğü	58
1.1.5.2.1. İptale Tabi İşlemin Paradan Başka Bir Değere İlişkin Olması ve Halen Üçüncü Kişinin Malvarlığında Bulunması Durumunda	58
1.1.5.2.2. İptale Tabi İşlemin Paraya İlişkin Olması veya Değerin Üçüncü Kişinin Malvarlığında Bulunmaması Durumunda	60
1.1.5.2.3. İptale Tabi İşlemin Bir Hak Devri veya Kurulmasına İlişkin Olması Durumunda	61
1.1.5.2.4. İyiniyetin İade Borcuna Etkisi	62
1.1.5.3. Borçlu ile İşlem Lehdarı Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki	62
1.2. İSPATA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE KURUMLAR	64
1.2.1. İspat Kavramı	64
1.2.2. İspatın Konusu Olarak Vakıalar	65
1.2.2.1. Koşul Vakıa-Somut Vakıa	65
1.2.2.2. Müspet Vakıa-Menfi Vakıa	66
1.2.3. Karine Kavramı	67
1.2.3.1. Genel Olarak	67
1.2.3.2. Varsayım Kavramı	70
1.2.4. Usûli Yükler	71
1.2.4.1. İspat Yükü	71
1.2.4.2. İddia Yükü	72
1.2.4.3. Somutlaştırma Yükü	73
1.2.4.4. Delil İkame Yükü	75

1.2.4.4.1. Genel Olarak	75
1.2.4.4.2. Belgeyi İbraz Etme Yükümlülüğünün Delil İkamesindeki Yeri	76
1.2.4.4.2.1. Davanın Tarafları Bakımından	76
1.2.4.4.2.2. Üçüncü Kişiler Bakımından	78
1.2.4.4.2.3. Belgeyi İbraz Yükümlülüğünün İptal Davasında Uygulama Alanı	79
1.2.5. İspat Türleri	80
1.2.5.1. Asıl İspat-Karşı İspat-Aksini İspat	80
1.2.5.2. Doğrudan İspat-Dolaylı İspat	81
1.2.6. İspat Ölçüsü	81

İKİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

2.1. İPTAL DAVASINA İLİŞKİN GENEL HUSUSLARIN İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK	83
2.1.1.1. Genel Olarak	83
2.1.1. Zarar	83
2.1.1.2. Zarara İlişkin Olarak Somut Olayda Ortaya Çıkması Muhtemel Alt Vakıalar	85
2.1.1.2.1. İcra Takip Semeresinin Azalması	85
2.1.1.2.2. Alacaklılardan Birinin Diğerine Göre Avantajlı Duruma Getirilmesi	87
2.1.1.2.3. Zarar ile İşlem Arasındaki İliyet Bağı	91
2.1.1.3. Zarar Koşul Vakıası Bakımından Usûli Yükler	94
2.1.1.3.1. İspat Yükü	94
2.1.1.3.2. Delil İkame Yükü ve Kullanılabilecek İspat Araçları	94
2.1.1.3.3. Somutlaştırma Yükü	96
2.1.2. Takibin Semeresiz Kalması	97
2.1.2.1. Genel Olarak	97

2.1.2.2. Takibin Semeresiz Kalması Bakımından Usûli	
Yükler	99
2.1.2.2.1. İddia ve İspat Yükü	99
2.1.2.2.2. Delil İkame Yükü	99
2.1.2.2.3. Somutlaştırma Yükü	100
2.1.2.2.4. İspat Aracı Olarak Aciz Vesikasının Zarar ve	
Takibin Semeresiz Kalması Vakıası Bakımından	
Aranacak İspat Ölçüsüne Etkisi	101
2.1.3. İşlemin Kanunda Belirtilen Süre İçerisinde Gerçekleşmiş	
Olması	103
2.1.3.1. İİK m. 284 Uyarınca İptal Davasında “Hak Düşürücü”	
Süre	104
2.1.3.1.1. Genel Olarak	104
2.1.3.1.2. Davanın Hak Düşürücü Süre İçerisinde	
Açılmasına İlişkin İspat Faaliyeti	104
2.1.3.2. İptale Tabi İşlemin Gerçekleştiği Dönem	106
2.1.3.2.1. İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirme	106
2.1.3.2.2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	108
2.1.3.2.2.1. İİK m. 278 Bakımından Şüpheli	
Dönem	108
2.1.3.2.2.2. İİK m. 279 Bakımından Şüpheli	
Dönem	109
2.1.3.2.2.3. İİK m. 280 Bakımından Şüpheli	
Dönem	110
2.1.3.2.3. Görüşümüz	110
2.1.3.2.4. Şüpheli Dönemin İspatında Usûli Yükler	111
2.1.3.2.4.1. İspat Yükü	111
2.1.3.2.4.2. Delil İkame Yükü	112
2.1.3.2.4.3. Somutlaştırma Yükü	112
2.1.3.2.4.4. İspat Ölçüsü	115

2.2. İVAZSIZ TASARRUFLARDAN (İİK m. 278) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER	115
2.2.1. İspatı Gereken Koşul Vakıalar	115
2.2.1.1. Genel Olarak İptale Tabi Olan İvazsız Tasarruflar	116
2.2.1.2. Kanunun İptal Davası Bakımından Bağışlama Sonucuna Bağladığı Diğer Fiiller	118
2.2.1.2.1. Akrabalık İlişkisi Nedeniyle İptal Tabi Tasarruflar	118
2.2.1.2.2. Edimler Arasındaki Oransızlık Nedeniyle İptale Tabi Olan Tasarruflar ve Karma Bağış Kavramı	119
2.2.1.2.3. Karma Bağıştan Kaynaklanan İptal Davası	121
2.2.1.2.4. Kaydı Hayat Şartıyla İrat, Ölünceye Kadar Bakma ve İntifa Hakkı Tesisi	123
2.2.2. İvazsız Tasarruflardan Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler	125
2.2.2.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü	125
2.2.2.2. Delil İkame Yükü	128
2.2.2.3. İspat Yükü	130
2.2.2.4. İspat Ölçüsü	131
2.3. ACİZ HALİNDE YAPILAN TASARRUFLARDAN (İİK M. 279) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER	132
2.3.1. İspatı Gereken Koşul Vakıalar	132
2.3.1.2. Mevcut Borç İçin Önceden Taahhüt Edilmemiş Teminatın Verilmesi	132
2.3.1.2. Mutad Olmayan Ödeme Vasıtası ile Yapılan Ödemeler	137
2.3.1.3. Vadesi Gelmemiş Borç İçin Yapılan Ödemeler	139
2.3.1.4. Kişisel Hakların Kuvvetlendirilmesi İçin Tapuya Verilen Şerhler	140
2.3.1.5. Borçlunun Borca Batık Olması	141

2.3.2 Aciz Halinden Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler	143
2.3.2.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü	143
2.3.2.2. Delil İkame Yükü	145
2.3.2.3. İspat Yükü	147
2.3.2.4. İspat Ölçüsü	148
2.3.2.5. Kurtuluş Beyyinesi	148
2.4. ZARAR VERME KASTI İLE YAPILAN TASARRUFLARDAN KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER	152
2.4.1. Genel Olarak	152
2.4.2. İspatı Gereken Koşul Vakıalar	155
2.4.2.1 Zarar Verme Kastı	155
2.4.2.2. İşlemin Diğer Tarafının Borçlunun Kastını ve İçinde Bulunduğu Durumu Bilmesi	158
2.4.3. Zarar Verme Kastından Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler	160
2.4.3.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü	160
2.4.3.2. Delil İkame Yükü	161
2.4.3.2.1. Genel Olarak	161
2.4.3.2.2. Zarar Verme Kastından Kaynaklanan İptal Davasına Özgü Karineler	163
2.4.3.2.2.1. Borçlunun Akrabaları Bakımından Getirilen Karine	163
2.4.3.2.2.2. Ticari İşletmenin Devri Bakımından Getirilen Karine	164
2.4.3.3. İspat Yükü	169
2.4.3.4. İspat Ölçüsü	170
2.5. TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ KARŞI DAVA OLARAK AÇILABİLECEĞİ BAZI ÖZEL DURUMLAR VE BU DURUMLARIN İSPAT BAKIMINDAN İNCELENMESİ	170
2.5.1. Hacizdeki İstihkak Davasında Malın Üçüncü Kişiye İntikalini Doğuran İşlemin İptali	170

2.5.1.1. Hacze Konu Malın Borçlunun Elinde Bulunması Halinde (İİK m. 97)	171
2.5.1.2. Hacze Konu Malın Üçüncü Kişinin Elinde Bulunması Halinde (İİK m. 99)	174
2.5.2. Sıra Cetveline İtiraz	176
2.6. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA ÖZELLİK GÖSTEREBİLECEK BAZI DELİLLER	178
2.6.1. Ticari Defterler	178
2.6.1.1. Ticari Defterlerin Delil Olarak Kullanılabilmesinin Koşulları	183
2.6.1.2. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yer Alan Ticari Defterlerin İspat Gücüne İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi ve Bu Hükümün İptal Davasındaki İşlevi	185
2.6.1.2.1. Ticari Defterlerin İspat Gücü	185
2.6.1.2.2. Ticari Defterlerle İspatın İptal Davasındaki Uygulama Alanı	186
2.6.2. Şirket Toplulukları Bünyesinde Tutulan Bağlılık Raporlarının Delil Değeri	189
2.6.2.1. Şirketler Topluluğuna İlişkin Genel Bilgiler	189
2.6.2.2. Bağlılık Raporları	192
2.6.2.2.1. Bağlılık Raporunun Amacı	193
2.6.2.2.2. Bağlılık Raporunun Kapsamı	194
2.6.2.3. Bağlılık Raporlarının Sunulmasının Delillerin İbrazı Bakımından İncelenmesi	196
2.6.2.4. Bağlılık Raporlarının Delil Değeri	200

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İPTAL DAVASIYLA İLGİLİ VE BAĞLANTILI ÖZEL DURUMLARDA
İSPATA İLİŞKİN ÖZELLİKLER

3.1 TMK M.617 (İSV MK 578) VE TMK M. 562 (İSV MK M. 524) UYARINCA MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ KORUNMASI İÇİN AÇILACAK DAVALAR	202
3.1.1. Genel Olarak	202
3.1.2. TMK m. 562 (İsvMK m. 524) Uyarınca Mirasçının Alacaklıları Tarafından Açılabilecek Tenkis Davası	204
3.1.2.1. Davanın Tarafları	205
3.1.2.2. Davanın Konusu ve İspata Konu Vakıalar	206
3.1.2.3. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması	207
3.1.3. TMK m. 617 (İsvMK 578) Uyarınca Mirasçının Alacaklıları Tarafından Açılabilecek Mirasın Reddi İşleminin İptali Davası	208
3.1.3.1. Davanın Tarafları	208
3.1.3.2. Davanın Konusu ve İspata Konu Vakıalar	209
3.1.3.3. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması	210
3.2. ŞİRKET TOPLULUĞUNDA ALACAKLI TARAFINDAN HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI HALİNDE AÇILABİLECEK TAZMİNAT DAVASI	212
3.2.1. Genel Olarak	212
3.2.2. Davanın Tarafları	213
3.2.3. İspata Konu Vakıalar	214
3.2.4. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması	215
3.3. HÜKMEN TESLİMİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ZARAR VERME AMACIYLA TAŞINIR REHİNİNDE UYGULANMASI (TMK M. 766)	217
3.3.1. Genel Olarak	217
3.3.2. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler Bakımından İİK m. 279 ve TMK m. 766'nın Uygulanabilirliği	218
3.4. İİK m. 200-201 ANLAMINDA TAKASA İTİRAZ	221

3.4.1. Genel Olarak Takas ve İflastaki Yeri	221
3.4.2. Takasa İtiraz Edilebilecek Durumlar ve Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması	223
3.5. ANLAŞMALI BOŞANMA YOLUYLA MAL REJİMİNİN TASFİYESİ	225
3.5.1. İncelenecek Sorun	225
3.5.2. TMK m. 213. Kapsamında Alacaklıların Mal Rejiminin Tasfiyesinden Korunmaları	227
3.6. MUVAZAA VE İNANÇLI İŞLEM	223
3.6.1. Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlük Davası	234
3.6.1.1. Muvazaanın Hukuki Niteliği, Taraflara ve Üçüncü Kişilere Etkisi	234
3.6.1.2. İptal Davası ile Muvazaa Nedeniyle Butlan Davasının Farkları	236
3.6.1.2.1. Türk/İsviçre Hukuk Sistemi ve Fransız Hukukunda Durum	236
3.6.1.2.2. Yargıtay'ın Yaklaşımı	238
3.6.1.2.3. Hukukumuz Bakımından Tasarrufun İptali ve Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlük Taleplerinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi	241
3.6.1.2.4. Nispi Muvazaada Gizli İşlemin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu	246
3.6.2. İnançlı İşlemden Kaynaklanan Davalar	247
3.6.2.1. Saf İnançlı İşlemler	248
3.6.2.2. Karma İnançlı İşlemler	248
3.6.2.3. İnançlı Temliklerin İptal Davasının Konusunu Oluşturabilmeleri	249
3.6.2.3.1. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler	250
3.6.2.3.2. Mutad Ödeme Vasıtası Dışında Kalan Borçlunun Yaptığı Ödemeler	253

SONUÇ

257

KAYNAKÇA

268



KISALTMALAR

AD	Adalet Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ABD	Ankara Barosu Dergisi
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
bkz.	bakınız
c.	cümle
C.	Cilt
CC	Code Civil
CEDIDAC	Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne
CPC	Code De Procédure Civile Suisse
CO	Code des Obligations
DC	Droit de la Construction
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FJS	Fiches Juridique Suisses
GaÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İçBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İsvBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İsvHMK	İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İsvİK	İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu
İsvMK	İsviçre Medenî Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İK	İcra ve İflâs Kanunu
İY	İcra ve İflâs Yasası
JdT	Journal des Tribunaux
K.	Karar
LHD	Legal Hukuk Dergisi
MaBD	Manisa Barosu Dergisi
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	Madde
LDIP	Loi sur Le Droit International Privé
LFus	Loi sur La Fusion
LP	Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite
RDS (ZSR)	Revue de Droit Suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht-ZSR)
S.	Sayı
SJ	Semaine Judiciaire
RFJ	Revue Fribourgeoise de Jurisprudence
RSDA	Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché Financier
RSJ(SJZ)	Revue Suisse de Jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung)
s.	sayfa
sa.	Sayılı
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK	Türk Borçlar Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
YD	Yargıtay Dergisi
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



GİRİŞ

Borçlarını ödemede güçlük çeken; ödemesi halinde de malvarlığı kaybetme endişesi yaşayan borçlu, malvarlığının tamamını borçlarının ödenmesine yöneltmekten kaçınabilir. Borçlunun bu davranışı, kendi açısından makul görülebilirse de, alacaklılar bakımından alacaklarını tam olarak elde edememe ile sonuçlanır. Özellikle malvarlığı borçlarını karşılamaya yeten ve fakat buna rağmen ekonomik olarak güç duruma düşmek istemeyen borçlunun bu işlemleri alacaklılar bakımından olumsuz sonuçlar doğurur. Malvarlığı borçlarına yetmese dahi, borçlunun malvarlığını eksilten, alacaklıların cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerinin kanun tarafından korunması beklenemez. Benzer sonuçlara küllî takip bakımından da ulaşılabilir. İflâs idaresi müflisin tüm malvarlığını iflâs masasına kabul edilmiş alacakların ödenmesine tahsis edecektir. Müflisin iflasın açılmasından sonra masa mevcudunu eksiltici işlemlerde bulunması mümkün olmamakla birlikte, iflasın açılmasından önce yaptığı işlemler, alacaklılar bakımından el atılabilecek cebri icra semeresinin azalmasına yol açabilir. Bu durumda da masanın kanuni temsilcisi olan iflas idaresinin masa varlığını bu işlemten önceki haline getirmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davası, borçlu/müflisin bu şekilde malvarlığını eksiltici veya alacaklıların takip imkânını kısıtlayıcı işlemlerini konu edinir. Hem küllî hem de cüz'î icra takiplerinde uygulama alanı bulabilen tasarrufun iptali davası, borçlunun malvarlığını alacaklıları lehine koruyucu bir fonksiyon gösterir. Tasarrufun iptali davası borçlunun malvarlığını azaltan veya alacaklıların cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerin maddi hukuk bakımından hükümsüzlüğü ile sonuçlanmaz; bu dava neticesinde işlem ile malvarlığını edinen üçüncü kişiye cebri icraya katlanma yükümlülüğü getirilmektedir. Farklı bir ifade ile tasarrufun iptali davası neticesinde, alacaklı, sanki o malvarlığı değeri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi cebri icra işlemine devam etme imkânı kazanır.

Yargıtay kararlarına da sıklıkla konu olan tasarrufun iptali davası İİK m. 277 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Üç iptal nedeni öngören kanunkoyucunun iradesi bu sebeplerin tahdidi olarak sayılmadığı yönündedir. Yargıtay kararlarında ve doktrinde bu kabulden hareketle, mahkemenin davacının ileri sürdüğü iptal sebebinin

ile bağılı olmadığı yönünde görüşlere rastlanır. Hatta Yargıtay'ın muvazaa nedeniyle hükümsüzlük davası ile tasarrufun iptali davasının aynı amaca yönelik davalar olduğu yönünde içtihatları da mevcuttur.

Çalışmamız, tasarrufun iptali davasının bir kurum olarak incelenmesini değil, bu dava içerisinde ispat faaliyetinin gösterdiği özelliğın ortaya koyulmasını amaçlamaktadır. Ancak bu inceleme de, bazı kavramsal bilgilere değinmeyi gerektirmektedir. Bu bakımından çalışmamızın birinci bölümü tasarrufun iptali davası ile ispat hukukuna ilişkin genel kavramlara ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle iptal kavramı, medeni hukuktaki yansıması ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş; daha sonra tasarrufun iptali davasının tarafları, konusu, yargılamasının gösterdiği özelliklerle ve muhtemel sonuçlarına değinilmiştir. Çalışmamızın temelde tasarrufun iptali davasında ispat faaliyetine ilişkin olması, bazı temel ispat hukuku kavramlarının da bu bölümde incelenmesini gerektirmiştir.

İkinci bölüm ise, tasarrufun iptali davasında ispatı gereken koşul vakıalara ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle her bir iptal sebebi bakımından ortak koşul vakıalar belirlenmiş; takibin semeresiz kalması hali ise tasarrufun iptali davası bakımından taşıdığı önem ve gösterdiği özellik bakımından ayrıca incelenmiştir. Her bir iptal sebebine ilişkin koşul vakıalar ortaya koyulduktan sonra, bu koşul vakıalara ilişkin ispat faaliyeti de başlıklar altında (iddia ve delil ikame yükü, somutlaştırma yükü, ispat yükü, ispat ölçüsü) açıklanmaya çalışılmıştır. İptal sebepleri çerçevesinde yapılan incelemelerde, iptal sebebinin somut olayda ne şekillerde ortaya çıkabileceğinin net biçimde ortaya koyulabilmesi için Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir. Zira iptal sebebinin somut olaydaki yansıması, ispat faaliyetine de doğrudan etki edecektir.

Üçüncü bölümde iptal davasıyla ilgili ve bağlantılı özel durumlarda ispata ilişkin olarak ortaya çıkabilecek özellikler açıklanmaya çalışılmıştır. Hukukun diğer dallarında (özellikle miras hukuku, ortaklıklar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve iflas hukuku) iptal davasına benzer sonuçlar doğuran veya iptal davası ile doğrudan yarışabilecek dava türlerinin, ispat bakımından gösterdikleri özelliklere değinilmiştir. Yine bu bölümde, iptal davasının konusunu oluşturduğuna Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkeme kararlarında sıklıkla rastlanan inançlı işlemlere de yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASI VE İSPAT HAKKINDA GENEL KAVRAMLAR

1.1. GENEL OLARAK TASARRUFUN İPTALİ DAVASI

1.1.1. İptal Kavramı ve Tasarrufun İptali Davası

1.1.1.1. Medenî Hukuk Anlamında İptal

Geniş anlamıyla hükümsüzlük, hukuki işlemlerin eksiklik veya sakatlıkları sebebiyle sonradan etkisizleştiği tüm halleri ifade eder. Eksiklik veya sakatlığın niteliği, hükümsüzlüğün şeklini de etkiler. Daha açık bir ifade ile her bir eksiklik ve sakatlığın bağlandığı hükümsüzlük hali farklılık gösterir¹. Kanun koyucu bu unsurların varlığı veya eksikliğine değişik ağırlıklarda sonuçlar bağlamıştır. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik ise, o hukuki işlem ve onun yöneldiği ilişki hiç kurulmamıştır. Bu duruma *yokluk* adı verilir². *Kesin hükümsüzlükte* (Butlan)³ ise eksik olan, kanun koyucunun bir sözleşmede bulunmasını zorunlu gördüğü, sözleşmenin geçerliliğini önemli ölçüde etkileyen unsurlardır. Bu unsurlar sözleşmenin geçerliliği bakımından çok önemli olduğundan, hâkim unsurun varlığını kendiliğinden araştırır, bulunmadığına hükmederse sözleşmenin geçersizliğine karar verir⁴.

Bazı durumlarda, sakatlığın giderilerek hukuki ilişkinin ayakta kalması sağlanabilir. Böyle durumlarda sözleşmenin geçerlilik unsuru kanun koyucu tarafından daha çok tarafların yararı için koyulmuştur. İşte bu unsurların bulunmaması iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanmıştır. En geniş anlamıyla iptal, kanun koyucunun bir kimseye, belli olayların veya işlemlerin etkilerinin resmi bir

¹ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 15. Bası, İstanbul 2008, s. 187.

² Oğuzman ve Barlas; s. 187; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2011, s. 68.

³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “*Butlan*” yerine “*Kesin Hükümsüzlük*” ifadesine yer vermiştir.

⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 1993, ss. 375-376; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, 2012, s. 85.

kararla bertaraf edilmesini isteme yetkisini tanıdığı tüm halleri ifade eder⁵. İptal hakkı tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilceği gibi, dava yoluyla da ileri sürülebilir. Tasarrufun iptali davası bakımından karşılaştırma yapacağımız kavram tek taraflı irade beyanı yoluyla kullanılan iptal hakkıdır. Çalışmamızın son bölümünde iptalin dava yoluyla ileri sürüldüğü hallerin de tasarrufun iptali davası ile telahuk ilişkisi içinde olup olmadığını inceleyeceğiz⁶.

Bu genel tanıma ek olarak özel olarak iptal edilebilirlik, kurucu unsurları tam olan bir işlemin geçerlilik şartlarında bir eksiklik olması durumunda ortaya çıkar. Hukuki işlemdeki sakatlık giderilebiliyor ve işlem bu şekilde ayakta tutulabiliyorsa, bu eksikliğin yaptırımı “iptal edilebilirlik”tir⁷. Farklı bir ifade ile işlemdeki sakatlık taraflarca giderilmezse, tarafların işlemin iptalini isteme *hakları* mevcuttur. Eksikliğin taraflarca ileri sürülmesi belli bir süreye bağlıdır. Taraflarca ileri sürülemeyen eksiklik hâkim tarafından da re’sen dikkate alınamaz⁸.

Oğuzman/Barlas ve **Umar** geniş anlamıyla iptalin iki farklı yansıması olabileceği görüşündedir:

- Hukuki işlem baştan itibaren etkisizdir, ancak *iptal hakkı kullanılmazsa* etki kazanır. Bu gibi durumlarda iptal hakkı sahibi işlemle başından beri bağlı değildir. Fakat kanunda öngörülen süre içerisinde hakkını kullanmaz veya henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat ederse söz konusu işlem artık geçerli hale gelir. Bu duruma *düzelebilir hükümsüzlük* adı verilir;
- Hukuki işlem baştan itibaren etkilidir, ancak iptal hakkının kullanılmasıyla *geriye dönük olarak* etkisiz olur. Geçerlilik şartının eksikliğine rağmen, işlem başlangıçtan itibaren sonuç doğurur. İptal hakkı sahibi de bu hakkını kullanarak işlemi geriye dönük biçimde hükümsüz kılabilir. Bu hak belli bir süreyle sınırlıdır. Bu süre içinde iptal hakkı kullanılmazsa, işlemi hükümsüz

⁵ Bilge Umar, **Türk İcra İflâs Hukukunda İptal Davası**, İstanbul, (İptal Davası), 1963, s. 8; Tekinay ve diğerleri, s. 382; İsmet Sarısözen, **İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü**, Ankara Barosu Dergisi (ABD), 1977/1, s. 52.

⁶ Bkz. Aşağıda 3.1. ve devamı.

⁷ Oğuzman ve Barlas; s. 187; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul 2012, (Borçlar Hukuku), s. 343; Nevzat Koç, **Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (= Butlan)**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1981, Sayı 2, s. 128.

⁸ Kılıçoğlu, s. 88.

kılma imkânı ortadan kalkar. Bu iptal edilebilirlik haline *bozulabilir geçerlilik* doğuran durumlar denmektedir⁹.

İrade bozukluğu hallerinde iptal edilebilirlik açıkça gözlemlenebilir. Hukuki işlemin kurulması sırasında irade bozukluğu mevcut ise; yani beyan edilen irade gerçek ve özgür değilse, kurulan hukuki işlem iptal edilebilir¹⁰.

Doktrinde, iptal hakkının niteliği ve etkisine ilişkin tartışmalar, sözleşmenin tarafları bağlayıp bağlamaması noktasında toplanmaktadır. Sözleşmenin tarafları bağlamadığı görüşünde olanlar arasında da, sadece iradesi fesada uğrayan tarafı mı yoksa sözleşmenin her iki tarafını da mı bağlamadığı ihtimalleri çerçevesinde görüş ayrılığı mevcuttur.

İptal hakkının kapsamı ve tanımı, iptale tabi işlemin baştan itibaren tarafları bağlayıp bağlamaması görüşlerinin kabulüne göre farklılık gösterir. Yani, hukuki işlemin kurulduğu anda, eksikliklere rağmen tarafları bağladığı görüşünün kabulünde düzelebilir hükümsüzlük-bozulabilir geçerlilik ayırımına gerek kalmaz. Zira bu durumda işlem kurulduğu anda eksikliklerine rağmen tarafları bağlamaktadır. Ancak kanunun tanıdığı iptal imkânıyla sözleşmenin taraflarından birine sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulma imkânı verilmiştir. Türk-İsviçre Medenî hukuk sisteminin iptale tabi işlemin kurulduğu anda tarafları bağladığını kabul ettiği söylenebilir. Bu durumda iptal hakkı sahibinin hareketsizliği, sözleşmenin kesin olarak ve geriye etkili biçimde etkilerini doğurmasına yol açar¹¹.

Türk Borçlar Kanununun (TBK) 39. maddesi uyarınca “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak*

⁹ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, C. I, İstanbul, 2012, s. 180-181; Oğuzman ve Barlas, s. 196; Umar, İptal Davası, s. 13; iptal yaptırımının düzelebilir hükümsüzlük olduğu yönünde Hatemi ve Gökyayla, s. 96.

¹⁰ Virgile Rossel, **Manuel du Droit Civil Suisse**, 3e Tome, Lausanne, 1910, ss. 49-50. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop doktrinde irade sakatlıkları için kullanılan *iptal kabiliyeti* kavramının doğru olmadığı görüşündedir. Yazarlara göre böyle bir durumda işlem zaten sakattır; bu nedenle işlemin hükümsüz hale getirilmesinden değil hüküm ifade etmesinin engellenmesinden bahsedilir, Tekinay ve diğerleri, s. 382.

¹¹ Paul Piotet, **A Propos De L'Arrêt "Picasso" Annulation Pour Vice De La Volonté Et Prescription De L'Action En Répétition De L'Indu**, JdT 1988 I (Picasso), s. 520 ; Eren, s. 343 ; işlemin iradesi bozuk olmayan tarafı bağladığı yönünde bkz. Hatemi ve Gökyayla, s. 96; Kılıçoğlu, s. 88; yazar eserinin irade sakatlıklarına ayrılan bölümünde (ss. 189-190, dn. 233) bizim de değindiğimiz doktrindeki farklı görüşlere yer vermiştir. Her ne kadar İsviçre doktrinde bu görüş yoğunlukla savunulsa da, aksi görüştekilerin etkisiyle Federal Mahkeme geçersizlik görüşü doğrultusunda kararlar vermektedir. Federal Mahkemenin tartışmaya konu kararı için bkz. ATF 114 II 131/JdT 1988 I 517.

bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır". İrade bozukluğu olan tarafın onayı ile işlem düzeltilmiş olacaktır. Burada onay işlemi, iptal hakkının kullanılmasından feragat biçimindedir¹². Dolayısıyla bu onaylama, sonucu bakımından olumlu niteliktedir. Hukuki işlemin irade fesadına uğrayan tarafının işleme onay vermemesi halinde işlem geriye dönük olarak hükümsüz kabul edilir¹³. İşlem, yok hükmünde kabul edilmez ancak işlemin etkileri geriye dönük olarak ortadan kalkar¹⁴. İradesi fesada uğrayan kişi bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşme ile bağlı olmama iradesini açıklamadığı takdirde, sözleşme baştan itibaren geçerliymiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁵.

Açık veya zımni bir onaylamama beyanı, tarafların sözleşme ile bağlanmamaları için yeterlidir. Ancak bazı özel durumlarda, iptalin dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Örneğin, evliliğin iptali (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 148 vd.¹⁶; CC art. 121), babalık karinesi (TMK m. 285; CC art. 256), babalığın tanınmasının iptali (TMK m. 297; CC art. 260a), ölüme bağlı tasarrufların iptalinde (TMK m. 557; CC art. 519) durum böyledir¹⁷.

İptal hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardandır¹⁸. Dolayısıyla bu hak kullanıldıktan sonra sona erer, geri alınması veya tekrar kullanılması mümkün değildir¹⁹.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre iptal hakkı, kanunda öngörülen süre içerisinde kullanılmazsa, bozucu askı durumu sona erer ve artık bu hak bir daha kullanılamaz. Bu durumda *tek taraflı bağlamazlık* söz konusu olur. Bu görüşe göre iradesinde sakatlık bulunmayan taraf, kendisine hükümsüzlükten söz açılmadıkça sözleşme ile bağlıdır²⁰. İade yükümlülüğü, iradesi fesada uğrayan (hataya düşen)

¹² Piotet, Picasso, s. 520.

¹³ Rossel, s. 62; Theo Guhl, **Le Droit Fédéral des Obligations**(Tra. René Des Gouttes), Zurich, 1947, s. 100.

¹⁴ Bruno Schmidlin, **Art. 31 CO**, Commentaire Romande, Code des Obligations I (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro) (Art. « *madde numarası* », CO-I), 2003, § 21.

¹⁵ Kılıçoğlu, s. 210.

¹⁶ Türk hukukundaki düzenleme “*Evliliğin Nispi Butlanı*” şeklindedir. Ancak 148. Ve devamındaki maddelerde “*evliliğin iptali*” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁷ Schmidlin, Art. 31 CO-I § 12, yazar bu örneklerin, irade bozukluğuna ilişkin maddelerin geniş yorumundan çıktığı görüşündedir, Art. 23-24, § 62-63.

¹⁸ Umar, İptal Davası, s. 12.

¹⁹ Schmidlin, Art. 31 CO-I, § 14; Eren, s. 343.

²⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 452; Eren, s. 344; Engel, sözleşmenin iradesi fesada uğrayan tarafı bağlamadığını, ancak sözleşmenin karşı tarafını bağladığını savunmaktadır, Pierre Engel, **Traité des Obligations en Droit Suisse, Disposition Générale de CO**, (Traité) 2^e Edition, Berne, 1997,

taraf için ifası gereken bir borcun bulunmamasına, diğer taraf için ise mevcut sebebin ortadan kalkmasına dayanır²¹. Kanaatimizce iptal hakkının kullanılmaması sonucuna bağlanan bu yaptırım, sözleşmenin tarafları baştan itibaren bağladığı kabulü ile bağdaşmamaktadır. Sözleşmeyle bağlı taraflara kanun koyucu belli bir süre içerisinde iptal hakkı kullanmalarını emretmiştir. Bu süre hak düşürücüdür. Süresi içerisinde bu hak kullanılmazsa, artık *bağlamazlıktan* değil, *tarafların kesin olarak sözleşme ile bağlı olduklarından* bahsedilmelidir. Dolayısıyla bu görüşün, sonucu bakımından birazdan değineceğimiz nispi butlan görüşünden bir farkı bulunmamaktadır.

Sözleşmenin baştan itibaren tarafları bağlamadığının kabulü halinde ise, iptal hakkının kullanılması ile sözleşmedeki eksiklik giderilerek, işlemin tarafları bağlaması sağlanacaktır. Burada iptal hakkı, sonucu bakımından olumlu bir onay beyanı şeklinde ortaya çıkar. İptal hakkı sahibi, hareketsiz kalması durumunda batıl olmaya devam edecek işleme müdahale ederek onu geçerli hale getirir. Burada adeta sonuçları hafifletilmiş; butlanı ileri sürebilecek kişiler bakımından sınırlandırılmış bir butlan yaptırımını söz konusudur. İsviçre doktrininde *nispi butlan*²² olarak adlandırılan bu iptal çeşidi, tarafların sözleşme ile bağlı olmadığı kabulüne dayanır. Hükümsüz olan sözleşmenin geleceği hakkında iradesi fesada uğrayan kişi karar verir. Sözleşmenin taraflarının serbest iradesi kapsamında, iradesi fesada uğrayan taraf kendi çıkarları doğrultusunda sözleşme ile bağlanmayı tercih edebilir. Nispi butlan görüşüne göre iradesi fesada uğrayan taraf yasal süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmezse, zımni bir onay beyanıyla sözleşme ile bağlanmış olur. Daha açık bir ifade ile bu tarafın sözleşme ile bağlı olduğu şeklinde bir beyanda bulunması gerekir. Bu beyan tek taraflı, karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır²³. İade yükümlülüğü, ifası gereken bir borcun

s. 339; Kılıçoğlu, s. 88, yazar bu tespiti özellikle iptal hakkının sadece sözleşmenin bir tarafı bakımından mevcut olduğuna değinirken yapmıştır.

²¹ Kılıçoğlu, s. 190.

²² İsviçre Hukuku'nda iptal kabiliyeti "düzelebilir geçersizlik" şeklindeyken, Alman Hukuku'nda iptal edilebilirlik "bozulabilir geçerlilik" şeklindedir, Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2010, § 19, 14; Pierre Tercier, **Le Droit des Obligations**, 2^e Edition, Schultess, 1999, § 605; Engel, *Traité*, s. 338-339; Pascal Pichonnaz, **La Pratique Contractuelle 2**, Symposium en Droit des Contrats, Schultess, 2011 (Symposium), s. 8. Kılıçoğlu da bu farklılığa değinmiştir; Kılıçoğlu, s. 87.

²³ Engel, *Traité*, ss. 338-339. Yazara göre İsviçre sistemi, iptali kabul eden Alman sisteminden farklı olarak, tek taraflı bağlamazlığı kabul etmektedir. Hükümsüzlük, sözleşmenin taraflar bakımından kadük hale gelmesinden, sözleşmenin kurulması anına kadar geriye dönük olarak etki doğurur.

bulunmaması kabulüne dayanır. Buna bağlı olarak da zamanaşımı geçersiz sözleşmeye göre edimin ifa edildiği andan itibaren işlemeye başlar²⁴.

Nispi butlan görüşü sonuçları bakımından yukarıda incelenen iptale göre bir farklılık arz etmez. Aksine, aynı şekilde (olumlu) açıklanmış bir onay beyanıyla aynı sonuçların doğmasının farklı isimlerle adlandırılmasının çelişkili ve fazla karmaşık olduğu görüşü İsviçre doktrininde de savunulmuştur²⁵.

Oğuzman/Öz, irade fesadı hallerinde düzelebilir hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu savunmaktadır. Yazarlara göre sözleşme, irade fesadına uğrayan tarafından düzelebilir hükümsüzlük, karşı taraf bakımından ise iptal edilme bozucu şartına bağlı geçerlilik halindedir. Burada şartın gerçekleşmesi geriye etkili biçimde ortaya çıkar²⁶.

Kanaatimizce iptal görüşü kanunun güttüğü amaca daha uygundur. Zira hem Türk hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenleme iradesi fesada uğrayan tarafın hareketsizliğine sonuç bağlar. Yani olumsuz (sözleşme ile bağlı olmak istememe) durumu isteyen kişinin bunu beyan etmesi²⁷ gerekmektedir. Sözleşmenin kurulmasından itibaren her hangi bir harekette bulunulmamasına kanun olumsuz bir sonuç bağlamış, sözleşmenin devamlılığını önemsemiştir. Bu durumda kanunun sözleşmenin sağlıklı olarak kurulduğu varsayımından hareket ettiği izlenimi oluşmaktadır. Nitekim TBK m. 39/II'de bir yıllık süreyi kaçıran iradesi sakat tarafın, sözleşmeden kaynaklanan tazminat talep hakkına hanel gelmeyeceği hükmüne bağlanarak, bu tarafın korunması amaçlanmıştır.

Sözleşmeyi ayakta tutma kaygısı, doktrinde iptal yerine farklı çözümlerin de üretilmesine yol açmıştır. Türk-İsviçre hukukunda, sözleşmenin iptali yerine, değişen şartlara uyarlanmasının (emprevizyon) daha adil olacağı görüşü savunulmuştur²⁸. Bu

²⁴ Kılıçoğlu, s. 190; Pascal Pichonnaz, **Le Point sur La Partie Générale du Droit des Obligations**, RSJ 107/2011, s. 188.

²⁵ Piotet, Picasso, s. 520-521. Federal Mahkemenin tartışmaya konu kararı: ATF 114 II 131/JdT 1988 I 517.

²⁶ Oğuzman/Öz., C. I, s. 120.

²⁷ Aksi görüşteki **Tercier**, iptal yaptırımını savunanların iradenin değil beyanın belirleyici olduğunu savunduklarını belirtmektedir, Tercier, § 607.

²⁸ Pichonnaz, Symposium, s. 30-31. TBK m. 138'de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kurumu yasal dayanağını bulmaktadır. "Aşırı İfa Güçlüğü" başlığını taşıyan madde şu şekildedir: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın

görüŖe göre, irade ile beyan arasında istemeden oluŖan uyumsuzluk olan hata; sözleşmenin kurulmasından sonra anlaşılır ve bu durum da sözleşmenin kurulduğu an ile hatanın fark edildiği andaki gerçek koŖullar arasında bir farklılık oluŖmasına neden olur²⁹. Bu hata esaslıysa, sözleşmenin geçersizliği (iptal edilebilirliği) söz konusu olur. Böyle bir durumda sözleşmenin yapılmasına neden olan düşünce ile o sıradaki gerçek arasında bir fark yoktur. Farklı bir ifade ile hataya düşülen durum veya olay, o güne veya geçmişe ait olduğundan burada sözleşmenin değişen koŖullara uyarlanmasından bahsedilemez. Ancak, hataya düşülen olay, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olay ise burada, sözleşmenin hata nedeniyle geçersizliğinden (iptal edilebilirliği) bahsetmektense, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması daha adildir. Bu görüşü savunan **Pichonnaz**, bu şekilde bir uygulamanın ancak gerçekleşmesi beklenen olayın riskli, belirsiz veya spekülatif olmamasına bağlı olduğunu belirtmiştir³⁰.

1.1.1.2. İcra İflâs Hukuku Anlamında İptalin Medenî Hukuk Anlamında İptalden Farkları

1.1.1.2.1. İptal Hakkını Kullanan Bakımından

Medenî hukuk anlamında iptal hakkının sahibi, bazı istisnalar dışında³¹ yapılan hukuki işlemin tarafıdır. Nitekim TBK m. 39'da, hüküm ifade etmemesi için sözleşmeye onay vermemesi gereken kişinin, *yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf* olduğu hükme bağlanmıştır. Farklı bir ifade ile irade bozukluğu bulunan hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü bir kişi, bu işlemin iptalini isteme hakkına sahip değildir.

aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koŖullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır...". Kılıçoğlu bu düzenlemeden de hareketle, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının istisnai bir durum olduğunu ve yasada sıkı şartlara bağlandığına değinmiş, ana kuralın ahde vefa olduğunu belirtmiştir; Kılıçoğlu, s. 253.

²⁹ Oğuzman/Öz, C. I, ss. 104-105.

³⁰ Pichonnaz, Symposium, s. 31; Oğuzman/Öz, C. I, s. 105.

³¹ Eren, s. 343; TMK m. 617'de yer verilen istisna için bkz. 3.1.3.

İcra İflâs Hukukundaki iptal davası ise, hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiye, sonucundan olumsuz etkilendiği işlemi iptal etme hakkı tanır³². Bu hakkın üçüncü kişiye tanınmasının sebebi, borçlunun iptale tabi işlemi yaptığı sırada, malvarlığında herhangi kısıtlama bulunmaması, amacı ne olursa olsun, malvarlığını eksiltecek bir işlemi özgürce yapabilmesidir³³. Alacaklı üçüncü kişinin aleyhine gelişecek bu duruma karşı da kendisine iptal hakkı tanınması doğaldır³⁴.

1.1.1.2.2. İptal Hakkının Dayandığı Temel ve İşlevi Bakımından

Medenî hukuktaki iptal hakkının aksine, icra iflas hukukundaki iptal, yapılan işlemin geriye dönük olarak ortadan kaldırılması amacına yönelik değildir. İptal davası ile işleme konu malvarlığı değeri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi haciz ve satış yapılabilmesi, farklı bir ifade ile elinden çıkardığı malvarlığı değerlerinin yeniden malvarlığına katılmış gibi cebri icraya tabi tutulması amaçlanır. Yapılan işlemler ile malvarlığından çıkartılan unsurlar, iptal davasını açan bakımından yeniden cebri icraya tabi kılınır. İcra İflâs hukuku anlamında sonuç doğuran iptal, borçlunun işlemlerden önceki durumuna geri dönmesi sonucunu doğurmaz³⁵.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 1997 yılındaki değişiklikten önceki halinde³⁶, iptal davasının, borçlunun kanunda sayılan işlemlerinin butlanına yönelik olduğu şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Nitekim eski kanun döneminde doktrinde iptal davasının, borçlunun yaptığı işlemlerin bir alacaklı veya iflas idaresinin talebi ile butlanının tespit edilebileceği görüşüne rastlamak mümkündür.

³² Pierre-Robert Gilliéron, **Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat**, 4^e Edition, 2005, §2864 ; Antoine Favre, **Droit des Poursuites**, 2^e Edition, Fribourg, 1967, s. 371-372; Umar, İptal Davası, s. 13; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2013, (İcra ve İflâs) s. 857; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, **İcra Ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, 2008, s. 16.

³³ A. Brustlein ve P. Rambert, **Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite**, Lausanne, 1892, Art. 285, § 1.

³⁴ İptal hakkını kullanan ile ilgili olarak detaylı açıklamalara davanın taraflarına ilişkin (1.1.3.) bölümde yer verilecektir.

³⁵ Timuçin Muşul, **İcra ve İflâs Hukuku**, Cilt II, 5. Baskı, Ankara, 2013, (C. II) s. 1486; Erol Ertekin ve İzzet Karataş, **Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara, 1998, s. 16; Sarısözen, s. 52; Gilliéron, §2863; Jean-Luc Tschumy, **L'Action Révocatoire et Ses Conséquences**, SJ 2013 II s. 445; JdT 1956 II s. 20.

³⁶ 11.04.1889 tarihli kanun olarak anılan eski İsviçre İcra İflâs Kanunu, 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren kanunla köklü biçimde değişikliğe uğramıştır.

Bu hükümsüzlüğün kimlere karşı ileri sürülebileceği konusunda da görüşler ileri sürülmüş, iptal davasının işlemlerin mutlak ya da nispi butlanına yol açacağı tartışılmıştır³⁷. 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren ve hala yürürlükte bulunan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda bu hüküm düzeltilmiş, borçlunun 286 ve devamında sayılan işlemlerinin iptale tabi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir³⁸. İptale tabi tasarruf geçerli olup, borçluyu ve işlem yaptığı kişiyi bağlamaya devam eder³⁹. Aslen maddi hukuk anlamında geçerli olarak kurulmuş sözleşme aleyhine, kanun borçlunun yaptığı ve iptale tabi olan işlem nedeniyle borcunu tahsil etmesi büyük ölçüde güçleşen tarafa özel bir imkân tanımaktadır. İşlemin diğer tarafı bakımından, iptale tabi işlemle kendisine geçirilen malvarlığı değeri üzerinde gerçekleştirilecek cebri icra işlemine katlanma yükümlülüğü ortaya çıkar. Ancak bu katlanma yükümlülüğü borçluya değil, borçlunun alacaklılarına karşıdır. Bununla birlikte işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin, alacaklıların devredilen malvarlığı değeri üzerinde sanki bu değer malvarlığından hiç çıkmamış gibi işlem yapılmasına katlanması gerekir. Alacaklıların bu malları haczettirmeleri ve bazı muhafaza tedbirleri aldirmaları mümkündür⁴⁰.

İptal hakkı, alacağa bağlı fer'i nitelikte bir haktır. İptal hakkının bu özelliği, örneğin, iptal davasını TMK m. 562⁴¹ uyarınca mirasbırakanın alacaklıları tarafından açılacak tenkis davasından ayırır. Bu dava, mirasbırakanın alacaklıları veya iflas halinde iflas idaresi tarafından açılacak bir tenkis davasıdır. Mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşması neticesinde saklı payı zedelenen mirasçının derhal tenkis davası açması beklenir. İhtara rağmen bu davayı açmayan mirasçı yerine,

³⁷ Brustlein/Rambert, Art. 285, § 2 Jules Rolaz, **De l'Action Révocatoire en Droit Suisse**, Dissertation Présentée à la Faculté de Droit de Lausanne, Lausanne, 1902, s. 26; işlem muvazaası ile batılsa, iptal davası açılmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Charles Jäger, **Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite**, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome III, Lausanne/Geneve, 1920, Art. 285, §1, B; nispi muvazaada gizli işlemle ilgili iptal davası açılabilirliği yönünde Umar, İptal Davası, s. 17.

³⁸ RO 1995 1227 1309; FF 1991 III 1. Kanun 16.12.1994 tarihli olup, yürürlük tarihi 01.01.1997'dir. Bu nedenle bundan sonra "1994 değişikliği" olarak anılacaktır.

³⁹ Favre, s. 373; Henri-Robert Schüpbach, **Acte de Défaut de Bien-Droit et Action Révocatoires**, La LP Révisée, Cedidac, 35, Lausanne, 1997 (Acte de Défaut de Bien – Cedidac), s. 183.

⁴⁰ Gilliéron, §2864; JdT 1956 II s. 19; JdT 1991 II ss. 30-31.

⁴¹ TMK m. 562 şu şekildedir: "(1)Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâsı hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödmeden aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler. (2)Mirasçılıktan çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda da iflâs idaresi veya alacaklılar, aynı koşullarla tenkis davası açabilirler.", ayrıca bkz. aşağıda 3.1.2. başlığı altında yapılan açıklamalar.

kendisi aleyhine elinde borç ödemededen aciz vesikası bulunan *alacaklıları* veya mirasçının iflası halinde *iflas idaresi* tarafından söz konusu alacakların elde edilmesi için mirasçıya tanınan süre içerisinde tenkis davası açabilirler. Burada alacaklı veya iflas idaresi, aslında mirasçıya ait olan bir hakkı onun yerine kullanır. Oysa iptal hakkı, takip içerisinde kullanılabilir, alacağa bağlı ve alacaklıya ait, onun kullanabileceği bir haktır. İptal hakkı, ancak alacaklının borçluya karşı yönelttiği takip neticesinde, alacağını elde edemediği için bir zarara uğraması durumunda ortaya çıkar. Bu fer'iliğe bağlı olarak iptal hakkı ancak aciz vesikasının devri ile devrilebilir⁴².

1.1.1.2.3. İptal hakkının Cüz'i Haleflere Etkisi Bakımından

Başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin onun haklarını kanunda belirtilen hallerde ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine halefiyet denir⁴³. Halefiyet, borcun ifa ile sona ermesi kuralının istisnasını teşkil eder. Alacaklı tatmin edilerek borç ilişkisinin dışına çıkarılır. Alacaklıya ait alacak hakkı sona ermez, bu hak halef olan kişiye geçer⁴⁴.

Alacaklıya halef olmaya ilişkin TBK m. 127 uyarınca “*Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hâllerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:*

1. *Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkı bulunduğu takdirde.*
2. *Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde”.* Borcun borçlu yerine bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi ve alacaklının yerine geçerek borçluya rücu etmesi halini düzenleyen bu madde, halefiyete ilişkin genel kuraldır. Burada tek taraflı bir hukuki

⁴² Henri-Robert Schüpbach, **Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994**, Bale et Francfort sur-le-Main, 1997, Art. 285 §42 ; Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Ceditac, s. 160; Gilliéron, §2873; Jäger, Art. 285, §4.

⁴³ Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, Ankara, 1979 (Halefiyet), s. 7; Daniel Guggenheim, *Le Droit Suisse des Contrats, Tome II: Les Effets des Contrats*, Genève, 1991, s. 358; Tekinay ve diğerleri, tanımı sadece ödeme şeklinde ifa ile sınırlı tutmuştur, s. 208.

⁴⁴ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 9.

işlem olan ihbar ile halefiyet doğar⁴⁵. Alacaklının yerine alacak hakkına sahip olma anlamındaki halefiyet ile mirasta olduğu üzere bir malvarlığı değerinin hak ve borçları ile geçişini ifade eden külli halefiyet birbirinden farklı kavramlardır. TBK m. 127 anlamındaki halefiyette, geniş anlamdaki borç ilişkisine ait alacak hakkı üçüncü kişiye geçmekte buna karşın borç ilişkisinin taraflarını değiştirmemektedir⁴⁶.

Cüz’i halefiyetin söz konusu olabilmesi için asıl borcun kaynağı olan hukuki işlemin geçerli biçimde doğmuş olması gerekir. Bu işlem geçerli biçimde doğmamışsa halefiyet bu işlemi geçerli kılmaz. Farklı bir ifade ile geçerli olmayan bir işleme dayanılarak alacak hakkı edinilemeyeceğinden halefiyetle alacak hakkının geçmesi söz konusu olmaz⁴⁷. Medenî hukuktaki iptal ile icra ve iflas hukuku anlamındaki iptalin en önemli farklarından birisi de cüz’i haleflere etkisidir. Medenî hukuktaki iptal, işlemin sonuçlarını geriye dönük olarak ortadan kaldırır. İptal edilen işlem sonuç doğurmadığından cüz’i haleflerin bu işlemle kazandıkları haklar da ortadan kalkacaktır. Buna karşın, icra ve iflas hukuku anlamındaki iptalde, işlemin hükümsüzlüğü söz konusu olmadığından, halefler bakımından geçerli bir işlem mevcuttur. Yani borçludan hak kazanan kimse hak sahibinden ve geçerli kazanmada bulunmuştur⁴⁸. Nitekim İcra iflas Kanununun 282. Maddesinde de iptal davasının borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların külli halefleri olan mirasçıları aleyhine ikame edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu kişiler ile işlem yapan üçüncü kişiler bakımından işlemin hükümsüzlüğü söz konusu değildir. Bununla birlikte tasarrufun iptali davası ancak üçüncü kişilerin kötüniyetli olması durumunda onlar aleyhine ikame edilebilir. 282. Maddede tanımlanan üçüncü kişinin malvarlığı değerini elinden çıkarması durumunda, o değer miktarında nakden tazmine mahkûm edilebileceğini de hükme bağlamıştır (İİK m. 283/II)⁴⁹.

⁴⁵ TBK m. 127 anlamında halefiyetin de sözleşmesel değil, kanundan kaynaklandığı yönünde görüş için bkz. Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 5; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlunun Alacaklıya İhbarı ile Halefiyetin Doğumu**, (İhbar ile Halefiyet) AÜHFD, C. 35, S. 1-4, s. 439-440; Kılıçoğlu, s. 550.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, C. I, s. 265.

⁴⁷ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 24-25.

⁴⁸ Umar, İptal Davası, s. 14; Muşul, C. II, s. 1486.

⁴⁹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 2010/4967 esas, 2010/5636 karar sayılı ve 17.6.2010 tarihli kararında bu hususa işaret edilmiştir: “...Bu tür davalar aynı yasanın 282. maddesi uyarınca borçlu ve borçlu ile hukuki işlem de bulunan veya borçlunun ödeme yaptığı kişiler ile bunların mirasçılarına ayrıca kötüniyetli üçüncü kişilere karşı açılabilir. Başka bir anlatımla iptal davasının borçlu veya borçlunun doğrudan veya dolaylı işlem yaptığı kişilere karşı açılması gerekir...”, aynı yönde bir başka karar için bkz. 15. HD, E. 2004/6029, K. 2005/1691, T. 22.3.2005

1.1.2. Tasarrufun İptali Davasının Genel Olarak Koşulları ve Dayandığı Sebepler

Tasarrufun iptali davasının tüm türleri bakımından da ortak olan üç genel koşul belirlemek mümkündür. Bu koşullar her iptal davasında aranmakla beraber, iptal sebebine bağlı olarak, farklı koşul vakıalarının da somut olayda gerçekleşmiş olması aranabilir. Bu temel koşulları, borçlunun hukuki fiili, takibin semeresiz kalması ile genel olarak zarar ve illiyet bağı olarak belirleyebiliriz.

1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili

İİK m. 277 ve devamında borçlunun belirtilen « tasarruflarının » iptalinden bahsedilmiştir. Buna karşın, iptalin konusunu sadece tasarruf işlemleri veya daha genel olarak hukuki işlemler değil, borçlunun hukuki fiilleri oluşturur. Bu kavram, tasarruf işlemi veya hukuki işleme nazaran daha genel nitelikte olup, her iki kavramı da içerisinde barındırır⁵⁰. Hukuki fiiller bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, borçlunun vekil aracılığıyla yaptığı işlemleri de iptale tabidir⁵¹.

Hukuki fiilin, tasarruf işlemi olabileceği gibi, borç doğuran bir işlem de olabileceği; yani bu fiilin, borçlunun malvarlığının aktif veya pasif kısmına yönelebileceği doktrinde savunulan görüşlerdendir. Bu görüş taraftarlarına göre borç tanınması gibi tanıma işlemleri de, iptal davasının konusunu oluşturabilir⁵². İptale

(www.kazanci.com.tr). Üçüncü kişiler ve onların işlem yaptığı kişilerin davada taraf sıfatına sahip olup olmadıklarına ilişkin açıklamalara davanın taraflarına ilişkin (1.1.3.) bölümde yer verilecektir, ayrıca iade yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. “1.1.5.2. İşlem Lehdarı Üçüncü Kişinin Katlanma Yükümlülüğü” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁰ Umar, İptal Davası, s. 54-55; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, Cilt IV, 3. Baskı, İstanbul (C. IV), s. 3410; Abdurrahim Karslı, **İcra Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2010 (İcra), s. 643; Talih Uyar, **İcra İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1 (Konu), s. 212; Schüpbach, Art. 285, § 80; Sarisözen, s. 53.

⁵¹ Henry Peter, **Art. 285 LP §11**, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005; Schüpbach, (Art. “*madde numarası*” LP), § 74; Umar, İptal Davası, s. 55; Börü, s. 487. Vekâlet ilişkisinin inançlı bir işlemde doğabileceği durumlar için bkz. “3.6.2.1. Saf İnançlı İşlemler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵² Peter, Art. 285 LP, §11; Henry Peter, **Restatement des Conditions Générales de la Révocation**, Jusletter, 25 Octobre 2004 (Restatement), §7. Aksi görüş için bkz. Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 859-860; Umar, İptal Davası, s. 56; Börü, Levent, İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme

konu hukuki fiilin, sağlararası bir işlemler veya ölüme bağlı bir tasarrufla gerçekleştirilmesi mmkndr⁵³. Kanaatimizce borçlunun malvarlığının pasif kısmına yönelik bir işlemin alacaklıının cebri icra imkânını sınırladığı lde iptale tabi kabul etmek gerekir.

İptal davasının konusunu borçlunun malvarlığının aktif veya pasif kısmına ilişkin işlemler oluřturur⁵⁴. **Schüpbach**, bu kabule daha ihtiyatlı yaklaşmaktadır. Yazar, pasifi arttıran işlemlerle aktifi azaltan işlemleri ayırmanın her zaman kolay olmadığına değindikten sonra, kimi işlemlerin ne aktifin azalması ne de pasifin artması sonucunu doğurduğunu, buna karşın durumun kötüleşmesine yol atıklarını belirtmiştir. Bu duruma miras paylaşma sözleşmeleri örnek olarak verilebilir. Yazar bu durumda işlemin iptale tabi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini, hayatın olağan akışına ve bu konudaki teamüllere göre tespit edilmesi gerektiğini belirtmiřtir⁵⁵.

Federal Mahkeme bir kararında, tasarrufun iptali davasının, borçlunun doğrudan veya dolaylı fiilleri nedeniyle alacaklıların takip haklarını kötü yönde etkilenmesi nedeniyle ikame edileceğini hükme bağlamıştır. Yüksek mahkemeye göre aktifin etkilenmesi örtüsü altında aslen pasif arttığı durumlarda da iptal davası ikame edilebilir. Bu durumlara örnek olarak da, rehin verilmesi veya bir malın değerinin altında satılmış olması gsterilmiřtir⁵⁶. Yargıtay'ın da benzer biçimde kararlarına rastlamak mmkndr⁵⁷. Bu kararlar bakımından da benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. İptale tabi olacak işlemin aktifin değerini azaltıp azaltmadığı, azaltmıyorsa pasifte artışın gözlemlenip gözlenmediğine dikkat edilmelidir. Eğer pasifte bir artış gözlemleniyorsa, bu durumda işlem alacaklıının cebri icra imkânını sınırladığı lde iptale tabi olacaktır.

Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280), AÜHFD, Yıl 2009, Cilt 58, Sayı 3, s. 489; Karanlı, İcra, s. 643; Sabri, ř Ansay, **İcra ve İflâs Usulleri**, Ankara, 1960 (İcra), s. 325. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.

⁵³ Peter, Art. 285 LP ř13; Schüpbach, Art. 285, ř 82.

⁵⁴ Peter, Art. 285 LP ř16; Peter, Restatement, ř21 ; Aude Peyrot, **Le Trust de Common Law et L'Excution Force en Suisse**, Schulthess, 2011, s. 304.

⁵⁵ Schüpbach, Art. 285, ř 81-83, ; Schüpbach, Acte de Dfaut de Bien – Ceditac, s. 158-159, ancak yine de yazar genel olarak iptal hakkının, malvarlığının aktif kısmına ilişkin olduğunu belirtmiştir, s. 161, aynı yönde bkz. Umar, İptal Davası, s. 56-57.

⁵⁶ JdT 1966 III, s. 60.

⁵⁷ Bkz. 17. HD. 4.5.2009 T. 148/2805 ve 17. HD. 11.2.2008 T. 5540/513 (Uyar, Konu, ABD, 2011/1, s. 212, dn 21 ve 24.)

İptal davasını sadece borçlunun bir malvarlığı değerini, malvarlığından çıkarmaya özgülenmesi, bu davanın uygulama alanını kısıtlar. Dolayısıyla, tasarrufun iptali davasının, borçlunun alacaklının takip imkânını kısıtlayacak veya alacaklının diğer alacaklılar yanında durumunu ağırlaştıracak fiillerine yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Borçlunun rehin karşılığında kredi imkânını arttırması ve buna bağlı olarak işlerini geliştirmesinde durum böyledir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu hususa değinmiştir. Bir banka ile teminat amacıyla alacak temliki karşılığında kredi sözleşmesi imzalayan Z. Şti. bir süre sonra iflas etmiş, banka kendisine temlik edilen alacakların bir kısmını iflas yoluyla tahsil etmiştir. Banka ile aynı sırada bulunan bir diğer alacaklı S. (kararda kendisine takip yetkisi verilip verilmediğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır.) Banka ile Z Şti arasında yapılan bu işleme karşı iptal davası açmışsa da; Kanton mahkemesi, bankanın verdiği kredi ile temlik edilen alacakların denk olduğundan bahisle davayı reddetmiştir. Buna göre diğer alacaklılar da Banka ile Z Şti. arasındaki bu işlem nedeniyle herhangi bir zarara uğramamış oldukları gibi, Z Şti. nin de bu krediyi diğer alacaklıları zora sokmak amacıyla kullandığına ilişkin bir emare yoktur. Bu nedenle, S. Şti nin davaya konu işlemleri İsvİİK m. 288 (İİK m. 280) kapsamında iptale tabi değildir. Federal Mahkeme de benzer yönde karar vermiştir. İptal davasının genel koşullarından birisi de borçlunun iptale tabi işleminin alacaklılarından birini zarara uğratması veya alacaklılardan birinin durumunu diğerine göre ağırlaştırmasıdır. İsvİİK m. 288 (İİK m. 280) de ise, özel olarak borçlunun işlemi zarar verme kastı ile gerçekleştirmesi, işlemin karşı tarafının da bu kastı bilebilecek durumda olması aranır. Federal Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre eğer edimler arasında denklik varsa, zararın gerçekleşmediği kabul edilir. Böyle bir işlem ancak alacaklılara zarar verme kastı taşırırsa iptale tabi olur⁵⁸. Ancak bu karar da zararın sadece işlemin alacaklının malvarlığına yaptığı etki üzerinden hareket etmesi bakımından eleştiriye açıktır⁵⁹. Kanaatimizce de, iptal davasına konu işlemde edimler arasında eşitlik mevcutsa, bu durumda işlem ancak alacaklıları zarara sokma kastının varlığı durumunda (İİK m. 280) iptale tabidir. İptale tabi hukuki fiillerin malvarlığına olan etkisi, alacaklının da bu fiile bağlı olarak alacağını tahsil etme imkânı, malvarlığının aktif ve pasif

⁵⁸ Kararın tamamı için bkz. JdT 1976 II 109, benzer şekilde Ernest Brand, **l'Action Révocatoire, Tableau de la Jurisprudence du Tribunal Fédéral**, JdT 1943 II, s. 66.

⁵⁹ Bkz. aşağıda "2.1.1. Zarar" başlığı altında yapılan açıklamalar.

kalemlerinin işlemde önce ve sonraki halleri değerlendirilerek bulunabilir. Bu ayrım özellikle, aktifin artmasını engelleyen işlemler bakımından önem taşır. Söz konusu fiilin gerçekleşmesi konusunda belirsizlik, bu fiilin iptale tabi olmasını engeller. Örneğin, bir kazanç imkânının değerlendirilmemesi iptal davasına konu olamaz. Buna karşın miras hukuku bakımından ise durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira mirasın kazanılmasında kural kendiliğinden intikaldir (TMK m. 599⁶⁰). Dolayısıyla borca batık olmayan bir tereke kendiliğinden mirasçı/borçluya (iptal davasının davalısına) geçer. Burada borçlunun mirası reddetme iradesini açıkça ortaya koyması gerekir. Farklı bir ifade ile mirasın kabulü ile aktifinin artışı belli, öngörülebilir ve beklenen bir durumdur. Dolayısıyla borca batık olmayan terekenin reddi durumunda, borçlunun iradesinin, mirasın kazanılmasıyla elde edeceği malvarlığı değerlerini hacizden kaçırmak veya iflas masasına dahil olmasını engellemek yönünde olması daha muhtemeldir.

1.1.2.2. Takibin Semeresiz Kalması

İptal davasında özel bir dava şartı olarak geçici veya kesin aciz vesikasının yargılama süresi içerisinde ibrazı aranmıştır. Takibin semeresiz kalmasının davacı sıfatıyla ilgili bir husus olduğu yönünde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüşse de, bugün gelinen noktada, takibin semeresiz kalması, daha net bir ifade ile aciz vesikasının tasarrufun iptali davası bakımından özel bir dava şartı teşkil ettiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁶¹. Aciz vesikasının niteliğinin ve dava kapsamında ifade ettiği fonksiyonun daha iyi anlaşılabilmesi için borca batıklık ve aciz hali durumlarının incelenmesi gerekmektedir.

⁶⁰ “ (1)Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.(2)Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.(3)Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler.”

⁶¹ Bu konuda daha geniş açıklama için bkz. aşağıda “1.1.4.4. Özel bir Dava Şartı Olarak Aciz Vesikasının İbrazi ve İspat Bakımından Takibin Semeresiz Kalması ile İlgisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

Borca batıklığı, malvarlığındaki pasiflerin aktifleri aşması olarak tanımlamak mümkündür⁶². Doktrinde bu tanım, kullanılan terimler bakımından eleştirilmiştir. Muhasebe bilimi bakımından “aktif” ve “pasif” kavramları, muhasebe hukuku bilimi bakımından borç olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan yedek akçe, özkaynak gibi kalemleri de barındırır. Bu nedenle borca batıklık tanımının şirketin mevcut ve alacaklarının, muaccel borçlarını karşılamaya yetmemesi olarak tanımlanmasının daha doğru olacağı şeklinde görüşlere doktrinde rastlamak mümkündür⁶³.

Aciz hali ise, borçlunun muaccel borçlarını ödemek için gerekli ödeme araçlarından geçici olmayan şekilde yoksunluğunu ifade eder. Burada borçlu, muaccel borçlarını ödeyebilme kabiliyetini, gelirlerindeki süreli bir yetersizlik nedeniyle kaybetmiştir⁶⁴. Borç ödemedi aciz hali ile, borca batıklık kavramları arasındaki fark da işte bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, aktifleri pasiflerinden fazla olmakla birlikte muaccel borçlarını ödemekte güçlük çeken borçlunun borca batık olduğu söylenemez, ancak bu borçlu borç ödemedi aciz halindedir. Bu borçlu bir kredi imkânından yararlanarak borçlarını ödeyebilir ve aciz halini sonlandırabilir.

Aciz vesikasının özel bir dava şartı kabul edilmesi, takibin semeresiz kalmasının, tasarrufun iptali davası bakımından fonksiyonunu da daha net ortaya koyar. Kanaatimizce takibin semeresiz kalması kavramı da, aciz vesikasının dava şartı olarak kabulünden çok, işaret ettiği durumla ilgilidir. Alacaklının tasarrufun iptali davası açabilmesi, ancak borçlunun borç ödemedi aciz halinde olduğunun resmi biçimde tespit edilmesi durumunda söz konusu olur ki, bu da ancak aciz vesikası ile mümkündür. Farklı bir ifade ile aciz vesikası, borçlunun aciz halini ve

⁶² Bilge Umar, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, (Tarihi Gelişim) İzmir, 1973, s. 27; Bilge Umar, **Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık**, (Aciz Hali)YÜHFD, 2004, Cilt. 1, Sayı. 1, s. 317-318; Hakan Pekcanitez, **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, Ankara, 1991, s. 31; Oğuz Atalay, **Anonim Şirketlerin İflâsı**, İzmir, 1996 (İflâs), s. 47 vd; Pierre-Robert Gilliéron, **Voies et Moyens Pour Remédier au Surendettement des Particuliers, Insolvence, Désendettement et Redressement**, Etudes Réunies en l’Honneur de Louis Dallèvez, Helbing&Lichtenhahn, 2000 (Surendettement), s. 130.

⁶³ Atalay, İflâs, s. 47; Schüpbach,§287, N. 109; Walter A. Stoffel ve Isabelle Chabloz, **Voies d’Exécution Poursuite pour Dettes, Exécution de Jugements et Faillite en Droit Suisse**, Berne, 2010, §7, N. 24 ; Umar, Tarihi Gelişim, s. 27 ; Cumhuriyet Rüzgaresen, **Mirasbırakanın Borca Batık Olması**, Erzincan ÜHFD, Cilt XIV, Sayı 1-2, 2010, ss. 274-275.

⁶⁴ Umar, Tarihi Gelişim, s. 28; Atalay, İflâs, s. 34; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs ss. 663-664; Flavio Cometta, **Art. 191 LP**, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005 (Art. LDIP), §6.

takibin semeresiz kaldığını kesin biçimde ortaya koyan resmi bir belgedir. İşte bu şekilde davada takibin semeresiz kalması; aslen iptale tabi işlemin zarara yol açıp açmadığı değil, borçlunun acizden alacaklının zarar görüp görmediği noktasında önem kazanır. Borçlunun alacaklılarının tamamını bütün borçlarını kapsayacak biçimde tatmin edememiş olması şeklinde tanımlanabilecek olan bu durum iptale tabi işlemde doğan zararın tanımını da belirler⁶⁵. Genel kural bu olmakla beraber, İİK m. 279 (İsvİİK m. 287) bakımından borca batıklık halinin de ek bir koşul olarak arandığı unutulmamalıdır.

Takibin semeresiz kalması, iptal davası bakımından ispatı gereken ayrı bir koşul vakıa değildir. Zira aciz vesikasının özel bir dava şartı olarak kabul edilmesi, takibin semeresiz kalmasının koşul vakıa olarak ispatı gerekliliğinin önüne geçer. Ancak aciz vesikasının davacının iptal davasını açmaktaki menfaatini ortaya koyan belge olması, yargılama içerisinde takibin semeresiz kalmasının hakim tarafından dava şartı özelliğinden ayrı olarak gözetilmesini de gerektirir. Menfaatin nedeni olarak ileri sürülen ve çekişmeye konu olabilecek takibin semeresiz kalması olgusunun da iddia ve ispatı gerekebilir. Özellikle aciz vesikasının sahteliği veya iptal edildiğinin ileri sürüldüğü durumlarda dava menfaat yokluğundan reddedilecektir⁶⁶.

Hukukumuzda geçici veya kesin aciz vesikası bakımından bir ayırım yapılmaksızın, her iki aciz vesikası sahibinin de dava açmasına cevaz verilmiştir. Buna karşın İsviçre Hukukundan geçici aciz vesikasına dayanan alacaklının iptal davası açıp açamayacağı, farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bu görüşlere ileride değinilecektir⁶⁷.

Hacizdeki iptal davasında durum böyle iken, iflastaki iptal davası bakımından aciz vesikası ibrazı ve borç ödemedi aciz halinin veya borca batıklığın bu şekilde tespiti gerekmez. İİK m. 277/II'de geçici veya kesin aciz vesikasının varlığına bağlanmaksızın, iflas idaresinin iptal davası ikame edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm değerlendirilirken tek başına borca batıklığın iflas nedeni olmadığı

⁶⁵ Peter, Art. 285 LP §21; Peter, Restatement, §16.

⁶⁶ Bkz. aşağıda “1.1.4.4.5. Borç Ödemedi Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁷ Bkz. aşağıda “1.1.3.1.2. Aciz Vesikasının Davacı Sifatının Belirlenmesindeki Önemi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

unutulmamalıdır. Yani, iflas davasının açılması, müflisin borca batık olduğu anlamına gelmez. Hukukumuzda iflasın ancak mahkeme kararı ile gerçekleşebileceği, bu kararın verilmesi için de borçlunun borca batık olup olmadığının bir önem ifade etmediği unutulmamalıdır. Borca batık halde olmasa dahi takipli iflas yolunda depo kararını yerine getiremeyen (İİK m. 158/II) borçlu hakkında iflas kararı verilir⁶⁸.

Sermaye şirketleri bakımından borca batıklık durumunda iflas isteme ihtiyari nitelikte olmayıp, anonim şirketlerde yönetim kurulunun, limited şirketlerde ise müdürlerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür⁶⁹.

Gerçek kişiler için ise borca batıklık bir iflas nedeni olmamakla birlikte, iflasa tabi ve borç ödemediği aciz halinde olan borçlu isterse borç ödemediği aciz halinde olduğunu bildirerek, iflasını da talep edebilir (İİK m. 178/I). Burada borçlu, muaccel borçlarını ödeyebilmek için gerekli ödeme araçlarından yoksun olduğunu beyan etmektedir. Borçlunun malvarlığındaki pasif değerlerin aktiflerden fazla olması da gerekmez⁷⁰. Yalnız İİK m. 178/III'de gerçek kişi borçlu için de belli koşulların varlığı halinde borç ödemediği aciz haline iflası talep etme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre iflasa tabi bir borçlu aleyhinde yapılan haciz yoluyla takip sonucunda haciz borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına neden olmuş; kalan malvarlığı da muaccel ve vadesi bir sene içinde gelecek diğer borçlarını ödemeye yetmiyorsa borçlu da derhal aczini bildirerek iflâsını talep etmeye mecburdur. Doktrinde bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı; zira hükmün uygulanabilmesi için borçlunun tüm mevcudu ile birlikte haciz ile elden çıkan malvarlığı değerinin araştırılması ve kalan miktarın muaccel ve vadesi bir yıl içerisinde gelecek borçları

⁶⁸ Peter, Art. 285 LP §28; Kuru, İcra, C. III, s. 2600 vd, 2681; Umar, Aciz Hali, s 317, dn 1; iflas idaresi veya İİK m. 245 uyarınca alacaklıların açacağı davada aciz vesikasının ibrazına gerek olmadığı yönünde, Haşmet Sırrı Akşener, Tasarrufun İptali Davalarında Aciz Belgesi, Legal HD, Ocak 2003 (Aciz Belgesi), s. 53.

⁶⁹ Atalay, İflâs, ss. 44-45; Oğuz Atalay, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir, 2007 (Borca Batıklık), s. 40; Cometta, Art. 192 LP, §2; Roland Ruedin, **Droit des Sociétés**, 2^e Edition, Stämpfli, Berne, 2007, § 2042 ; Henry Peter ve Francesca Cavadini **Art. 725 LP**, Commentaire Romande, Code des Obligations II (Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz), 2003 (Art. “*madde numarası veya başlık*”, CO-II), §31. Borca batıklık durumunda iflas isteme yükümlülüğü Anonim Şirketler için TTK m. 376'da, Limited Şirketler için ise TTK m. 633 vd. nda düzenlenmiştir.

⁷⁰ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 656; Kuru, İcra, C. III, s. 2793; Atalay, İflâs, s. 45.

karşılamaya yetip yetmeyeceğinin hesaplanması gerektiği; bunun da neredeyse imkânsız olduğu görüşü savunulmuştur⁷¹.

1.1.2.3. Alacaklının Cebri İcra İmkânının Kısıtlanması

İptal davasına konu edilen işlemin alacaklının cebri icra imkânını kısıtlaması gerekir. Alacaklı bu şekilde alacağına kavuşamaz; alacağına kavuşamadığı için de bir zararı oluşur. Zarar koşulu kanunda açıkça aranmamakla birlikte, iptale tabi işlemlerin aslen alacaklıları zarara sokan işlemler olduğu doktrinde kabul edilen görüştür⁷². Bu kapsamda borçlunun yaptığı iptale tabi işlem nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, iptal davasının bir diğer koşulu olarak karşımıza çıkar.

Zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak öne sürülen ve İsviçre hukukunda doktrin ve yargı kararlarında rastlanan klasik görüşe göre, iptale tabi işlemin bir veya birden çok alacaklı bakımından zarar meydana getirmiş olması gerekir⁷³. İsviçre doktrinindeki bir diğer görüşe göre ise⁷⁴ zarar, mutlaka işlemin alacaklıya yaptığı etki bakımından değil (Dolaylı zarar), borçlunun malvarlığındaki yansıma bakımından (doğrudan zarar) da hesaplanabilir. Bu durumda takibe ve hacze konu olacak borçluya ait malvarlığı değerlerindeki azalmadan bahsedilir. Borçlunun karşılıksız yaptığı her işlem bakımından bu şekilde bir azalma gerçekleşir. Dolayısıyla edimler arasında bir denklik mevcutsa, kural olarak takip ve haciz konusu malvarlığında da azalma olmaz. Ancak bazen edimler arasında denklik bulunsa da alacaklılardan birinin durumunun diğerine göre ağırlaşması söz konusu olabilir. Borçlunun bir malvarlığı değerinin kredili biçimde satarak bir alacağı temlik almasında durum böyledir. Bu durumda aynı bir hakka sahip olan borçlu, bu hakkı karşılığında şahsi bir alacak hakkı elde etmiş olur. Kredili işleme konu edilerek

⁷¹ Kuru, İcra, C. III, s. 2797; Atalay, İflâs, s. 45; Ansay, İcra, s. 212; Gönen Eriş, **Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku**, Ankara, 1991, s. 400.

⁷² Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs s. 859; Umar, İptal Davası, s. 57; Sıtkı Akyazan, **Takip Hukukunda İptal Davası**, Adalet Dergisi, Yıl: 54, Mart-Nisan 1963, S. 3-4 s. 235; Brand, s. 66; Brustlein ve Rambert, Art. 285, § 5; Jäger, Art. 285, § 1, B; Gilliéron, §2930.

⁷³ Brustlein ve Rambert, Art. 285, § 5; Jäger, Art. 285, § 1, B; Gilliéron, §2861; Umar, İptal Davası, s. 57.

⁷⁴ Bu görüş özellikle Peter tarafından savunulmaktadır, Peter, Art. 285 LP §14 vd.; Peter, Restatement, §7-11. Umar, bu görüşün İİK m. 283'ün "elde ettiğini" ifadesi nedeniyle kabul edilemez olduğu görüşündedir, Umar, İptal Davası, s. 102. Ancak bu ifade 1965 yılında kanunumuzda yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Umar, İptal Davası, s. 102.

temlik alınan bu alacağın ödeme anındaki nominal değeri önem kazanır⁷⁵. Edimler arasındaki denklığe rağmen, takip ve haciz konusu malvarlığında azalmaya yol açabilecek bir diğer işlem çeşidi de, borçlunun önceden doğmuş fakat vadesi gelmemiş bir borcu ödemesi veya bu borç için teminat vermesi durumu olabilir. Borçlu bu şekilde bu borçtan kurtulmakla beraber, bir aktif değerini de kaybetmektedir. Görünürde fakirleşmeyen borçlu, alacaklıların eşitliği prensibine aykırı biçimde bir alacaklıyı kayırmıştır⁷⁶. Nitekim kanun koyucu da bu ihtimali dikkate almıştır. Diğer şartları da mevcutsa bu durumda İİK m. 279 veya İİK m. 280 uygulama alanı bulur.

Hukukumuzda, alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulması bir iptal sebebi veya iptal davasına ilişkin bir objektif koşul olarak düzenlenmemiştir. Böyle bir durum ancak zarara ilişkin bir alt vakıa olarak ortaya çıkabilir. Yani edimler arasında eşitlik bulunduğu durumlarda, alacaklılar arasındaki dengenin bozulması şeklinde ifade edilebilecek fiili durum ancak ilgili hukuki sebep altında altlanması gereken bir hayat olayı olarak tanımlanabilir.

Kanaatimizce, alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanması şeklindeki objektif koşulun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, iptale tabi işlemin alacaklının malvarlığında yaptığı etkiye göre belirlenmelidir. Zira sadece borçlunun malvarlığında meydana gelen nominal değişiklikler, iptale konu işlemde kaynaklanan zararı ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Özellikle edimler arasında denklik bulunan durumlarda alacaklının uğradığı zararın borçlunun malvarlığı hareketlerine göre belirlenmesi çoğu örnekte mümkün olamaz.

Borçlunun yaptığı ve alacaklılar arasındaki eşitliği bozan işlem neticesinde iptal davası açan alacaklının durumunda diğer alacaklılara nazaran bir ağırlaşma ortaya çıkar. İsviçre doktrininde doğrudan zarar olarak tanımlanan ve alacaklının malvarlığındaki etkiyi dikkate alan görüşten hareketle, burada alacaklı malvarlığında söz konusu olabilecek muhtemel bir artıştan mahrum olduğu söylenebilir. İİK m. 279/I, 1'e göre önceden taahhüt edilmemiş olmasına rağmen muaccel borç için teminat verilmesinde durum böyledir.

⁷⁵ Peter, Art. 285 LP §16.

⁷⁶ Peter, Art. 285 LP §16; Federal Mahkemenin bu görüşe örnek teşkil edebilecek nitelikte kararları mevcuttur, bkz. JdT 1975 II 27, JdT 1976 II 109. Her iki karar da İİK m. 280, yani zarar verme kastından dolayı iptale ilişkindir.

İptale tabi fiil ile, zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerektiği de doktrinde ileri sürülen bir diğer görüştür. Bu görüşe göre borçlunun fiili, hayatın olağan akışına göre, alacaklının cebri icra imkânının kısıtlandığını ortaya koymaya elverişli olmalıdır. Fiil bu zararı doğurmaya elverişli olsa bile, özel bir durumun ortaya çıkması nedeniyle zararın gerçekleşmemesi durumunda iptale tabi olamaz⁷⁷.

1.1.3. Davanın Tarafları

Tasarrufun iptali davasının tarafları, İİK m. 277’de sayılmıştır. “İptal Davası ve Davacılar” başlığını taşıyan madde uyarınca “(1)Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı, (2) İflâs idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri” iptal davasını açabilir. İkinci fıkrada belirtilen 245. Maddede sayılan alacaklılara, iflas içi iptal davasında rastlanır. Buna göre alacaklıların masa tarafından sonuçlandırılmasına gerek görmedikleri bir alacağın takibi isteyen alacaklıya bırakılabilir. Yine İİK m. 255/III’ de, alacaklılardan birine alacağın takibinin devredilmesinin, iflas tasfiyesinin kapanmasından sonra tasfiyeye katılmamış bir mal bulunması durumunda nasıl gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

İncelememizi, hacizdeki tasarrufun iptali ve iflastaki tasarrufun iptali olarak iki ana başlık altında yapacağız.

1.1.3.1. Hacizdeki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı

Tasarrufun iptali davasının tarafları, İİK m. 277’de sayılmıştır. “İptal Davası ve Davacılar” başlığını taşıyan madde uyarınca “(1)Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı, (2) İflâs idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri” iptal davasını açabilir. İkinci fıkrada belirtilen 245. Maddede sayılan alacaklılara, iflas içi iptal davasında rastlanır. Buna göre alacaklıların masa tarafından sonuçlandırılmasına

⁷⁷ Peter, Art. 285 LP §18; Schüpbach, §288, N. 8; dolaylı olarak Umar, İptal Davası, s. 61. Zararın doğması ve fiil ile arasındaki illiyet bağına ilişkin ispat sorunları her bir iptal sebebi bakımından ayrı ayrı incelenecektir, bkz. “2.1.1.2.3. Zarar ile İşlem Arasındaki İlliyet Bağı”, “2.2 İVAZSIZ TASARRUFLARDAN (İİK m. 278) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER” başlıkları ve devam eden başlıklar altında yapılan açıklamalar.

gerek görmedikleri bir alacağın takibi isteyen alacaklıya bırakılabilir. Yine İİK m. 255/III' de, alacaklılardan birine alacağın takibinin devredilmesinin, iflas tasfiyesinin kapanmasından sonra tasfiyeye katılmamış bir mal bulunması durumunda nasıl gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

İncelememizi, hacizdeki tasarrufun iptali ve iflastaki tasarrufun iptali olarak iki ana başlık altında yapacağız.

1.1.3.1.1. Genel Olarak Hacizdeki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı

Elinde geçici veya kesin aciz vesikası bulunan alacaklılar, iflas idaresi, iflas sırasında veya iflasın kapanmasından sonra bir malın ortaya çıkması durumunda alacağın takibi kendisine bırakılmış alacaklı tasarrufun iptali davasının davacısı olabilir (İİK m. 277).

İİK m. 277, iptal davasında aktif taraf (davacı) sıfatını düzenlemektedir. İsvİİK m. 285'in kenar başlığının "Davayı takip yetkisi" olması, doktrinde maddenin içeriğine ilişkin bazı tartışmalara yol açmıştır. Ancak anılan maddede davacı sıfatının düzenlendiği yönünde görüş birliği vardır⁷⁸.

Hacizdeki tasarrufun iptali davasında davacı sıfatına elinde kesin veya geçici aciz vesikası bulunan alacaklılar sahiptir. Davacı sıfatının tespiti, takibin semeresiz kalması ve bunun neticesinde düzenlenecek aciz vesikası ile doğrudan bağlantılıdır⁷⁹. Bu nedenle aciz vesikası ile davacı sıfatı arasındaki ilişkinin öncelikle incelenmesi gerekmektedir.

1.1.3.1.2. Aciz Vesikasının Davacı Sıfatının Belirlenmesindeki Önemi

Aciz vesikasının tasarrufun iptali davası bakımından özel bir dava şartı olduğu, Yargıtay⁸⁰'ın yerleşik içtihatlarında kabul edilmiştir. Bununla birlikte

⁷⁸ Peter, Art. 285 LP §31; Peter, Restatement, §21 ; Stoffel ve Chabloz; §7, N. 59-60 ; Pauline Erard-Gillioz, **La Révocation**, FJS, 742, Genève, 1999, s. 3. Bu düzenlemeye ilişkin eski görüşler için bkz. Jäger, Art. 285 LP, §2 ; Favre, s. 374 ; Brustlein ve Rambert; Art. 285 LP, § 4a.

⁷⁹ Peter, Art. 285 LP §31; Peter, Restatement, §22; Favre, s. 374, Peyrot, s. 301

⁸⁰ 17. HD, E. 2011/12904, K. 2012/4878, T. 18.04.2012: "İptal davasının koşullarından biri alacaklının elinde kesin (İİK 143) veya geçici (İİK 105/11) aciz belgesinin bulunması gerektiğidir.

doktrinde, davacı sıfatının kime ait olduğunu belirlemeye de yaraması nedeniyle aciz vesikasının dava şartı olarak değil, sadece davacı sıfatına ilişkin bir husus olarak değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur⁸¹. Takibin semeresiz kalması neticesinde verilen aciz vesikasının davacı sıfatı ile de ilgili olduğu gerçeği yadsınamaz. Ancak takibin semeresiz kalması sonucunun hem davacı sıfatına etkisi, hem de dava şartı olarak ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır.

İsviçre Federal Mahkemesi, eski bazı kararlarında, aciz vesikasının, doğrudan davacı sıfatına ilişkin olduğuna hükmetmiştir⁸². Anılan kararlarda dikkati çeken husus, Yüksek Mahkemenin geçici ve kesin aciz vesikaları bakımından yaptığı ayırımdır. Federal Mahkemenin anılan kararlarına göre, aciz vesikasının kesin olması, takibin semeresiz kalması koşuluna ilişkin alacaklı lehine kesin karine teşkil eder. Bu durumda alacaklının bu koşula ilişkin delil ikame etmesine gerek kalmaz. Borçlunun borcun tamamen ödendiği veya geçici aciz vesikası sahibinin bu vesikadan kaynaklanan haklarını herhangi bir nedenle kaybettiği yönünde yeni vakıalar ileri sürerek aksi ispat faaliyetinde bulunması gerekir⁸³. Ancak aciz vesikasının geçici olması, takibin semeresiz kaldığına ilişkin bu şekilde bir karine teşkil etmez, bu koşula ilişkin olarak durumu ancak geçici bir biçimde tespit eder. Zira bu durumda, borçlunun iptale tabi işleme başladığı kesin olmakla birlikte, işlemin amacına ulaşmış olmadığı şüphelidir. Takip neticesinde kesin aciz vesikası alınmasının imkânsızlaşması durumunda, iptali talep etme imkânı da ortadan kalkar⁸⁴. Federal Mahkeme bir diğer kararında da, iflastan veya hacizden sonra verilmiş kesin aciz vesikasının resmi senet ve davacının uğradığı kayba ilişkin delil niteliğinde olduğunu hükme bağlamıştır. Geçici aciz vesikası veya iflasın açılması ise alacaklının kaybına

Kesin veya geçici aciz vesikasının bulunması, iptal davası için ön koşul ise de, bunun davanın açılmasından önce alınması zorunlu değildir. Davanın açılmasından sonra alınabileceği gibi, temyiz aşamasında ve hatta bozmadan sonra karar düzeltme aşamasında bile alınıp ibraz edilmesi yeterlidir...”; HGK, E. 2012/17-49, K. 2012/114, T. 29.02.2012: “Tasarrufun iptali davasını elinde geçici veya kesin aciz belgesi bulunan alacaklı açabilir. (İİK.m.277) Bu husus, dava şartı olup, hâkim görevi gereği doğrudan gözetmek zorundadır...”; benzer yönde bkz., 17. HD, E. 2010/10365, K. 2011/3655, T. 19.04.2011, 17. HD, E. 2010/11494, K. 2011/2012, T. 08.03.2011(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 12.11.2012).

⁸¹ Kamil Yıldırım, **Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası İle İlişkisi Hakkında Düşünceler**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı-Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, 2009 (Aciz Vesikası), s. 974.

⁸² Peter, Art. 285 LP §21-24; Gilliéron, § 2931; bu yönde, JdT 1913 I 426; JdT 1979 II 130; JdT 1971 II 66.

⁸³ Peter, Art. 285 LP §25; Peter, Restatement, § 18; Gilliéron, § 2926.

⁸⁴ Peter, Art. 285 LP §25; Yıldırım; Aciz Vesikası, s. 974; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 872; Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Ceditac, s. 185.

ilişkin olarak ancak bir karine teşkil etmekte olup, davalının karşı ispat faaliyetinde bulunması mümkündür⁸⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, doktrinde savunulan ve kısaca açıklanmaya çalışılan bu görüşlerden hareketle sadece iptal iddiasını hükümden düşürebilecek bir istihkak iddiasının⁸⁶ söz konusu olması durumunda kesin veya geçici aciz vesikası ayrımı yapmaksızın, davacı sıfatının bu vesikalardan birini almış kişiye ait olduğunu belirtmiştir. Geçici aciz vesikasına dayanan iptal iddiası, bu vesikanın verilmesine neden olan takipte ileri sürülen bir istihkak iddiasını hükümden düşürmeye yönelik olabilir. Bu durumda geçici aciz vesikası; davacı sıfatına ilişkin olmanın yanında, kesin aciz vesikası gibi, davacı sıfatına ilişkin kesin karine teşkil edebilir. Davacı sıfatı hâkim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen incelenebilir, ayrıca davacı da davacı sıfatına kesin biçimde sahip olduğunu ispat yükü altındadır⁸⁷. Doktrinde ise Federal Mahkeme'nin vardığı bu sonuç eleştirilmiştir. **Gilliéron**'a göre, Federal Mahkeme'nin aciz vesikasının türüne göre yaptığı ayırım, ispat yükü kurallarına aykırıdır. Zira geçici aciz vesikasına kanunda davacı sıfatı tanınmış olması, kanuni karine niteliğindedir. Kanuni karineye dayanan taraf ispat yükünden kurtulur. Farklı bir ifade ile artık davalının davacı sıfatının mevcut olmadığını ispat etmesi gerekir. Federal Mahkeme ise aksine davacının, aktif dava sıfatını ortadan kaldıracak bir durumun gerçekleşmediğini ispatlaması gerektiğini savunmuştur⁸⁸. Biz bu görüşe farklı bir gerekçe ile katılıyoruz. Geçici aciz vesikasının karine teşkil etmesinin kabulü dahi, ispat yüküne ilişkin kurallardan ayrılmayı gerektirmez. Sorunun genel ispat kuralları ile çözümü mümkündür. İptal davasının davacısı, geçici aciz vesikasına dayanarak dava açmış olup, bu vesikayı hükümden düşürecek bir durumun var olmadığı, farklı bir ifade ile; vesikadan

⁸⁵ JdT 1983 II 134.

⁸⁶ İsviçre Hukukunda, istihkak davasına karşı açılacak iptal davasında, aciz vesikası sunulmasından muafiyet öngörülmemiştir, bkz. İstihkaka ilişkin İsvİİK m. 106 ss. Hacizdeki istihkak davaları ile ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Aslan, Kudret, **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara, 2005, s. 13 ve devamı.

⁸⁷ Peter, Art. 285 LP, §25, 45.

⁸⁸ Pierre-Robert Gilliéron, **Note à l'Arrêt RO 103-III-97**, JdT 1979 II (Note), s. 149 ; Gilliéron, §2932. Yazara göre, geçici aciz vesikasının sahibine tanıdığı dava hakkı, bu vesikasının geçiciliğinden etkilenmez. Yani, dava hakkının kullanılabilmesi için geçici aciz vesikasının yargılama sonuna kadar kesin aciz vesikasının dönüşmesi şartı aranmamalıdır. Bununla beraber hüküm anına kadar geçici aciz vesikasının kesin aciz vesikasına dönüşmesi gerekir, **Schüpbach**, Acte de Défaüt de Bien – Ceditac, s. 185.

kaynaklanan dava hakkının halen bulunduğunu ispat ile yükümlü tutulamaz⁸⁹. Böyle bir durumun varlığından lehine hak çıkaran davalıdır, dolayısıyla bu vakıayı ispat yükü de, bundan lehine hak çıkacak davalıya ait olmalıdır.

Hacizdeki iptal davası bakımından, takibin semeresiz kaldığının aciz vesikası ile tespit edilmesi gerekir. İsviçre doktrininde aciz vesikasının, tıpkı iflasın açılması gibi, borçlunun mallarının borçlarını karşılamayacağına delalet ettiği savunulmaktadır. Buna göre geçici aciz vesikasına dayanılarak açılmış bir tasarrufun iptali davasında, dava devam ederken borçlunun tüm borçlarını ödemesi halinde dava konusuz kalacaktır⁹⁰. Böyle bir durumda davanın davacı sıfatı yokluğundan reddedilmesi yukarıda değindiğimiz Federal Mahkeme kararları çerçevesinde makul görülebilirse de, kanaatimizce sorunu doğrudan davacı sıfatına bağlamak mümkün değildir.

1.1.3.2. İflastaki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı

1.1.3.2.1. İflâs İdaresi

İflâsın açılmasından sonra davacı sıfatı, kural olarak iflas masasına aittir (İİK m. 277/II). Her ne kadar kanun metninde “iflas idaresi” tabiri kullanılmışsa da, aslında iflas masası davacı sıfatını haizdir. Zira iflas idaresi, aslen iflas masasına bağlı olup, onun kanuni temsilcisidir⁹¹.

⁸⁹ Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1980, ss. 28-29.

⁹⁰ Gilliéron, Note, s. 149; Schüpbach, Acte de Défaüt de Bien – Ceditac, s. 150; Muşul, C. II, s. 1491; Erard-Gillioz, s. 3. Bu yönde bkz. 15. HD, E. 1998/727, K. 1998/1691, 28.04.1998; “...Tasarrufun iptali davaları icra takibine bağlı davalar olup, sonuçta verilen iptal kararı da icra takibindeki miktarla sınırlı tutulmaktadır. Bunun sonucunda da alacağın herhangi bir şekilde tediyesi halinde davanın konusu kalmamaktadır. Bu nedenle mahkemece, “İİK. ’nun 143. maddesi de gözetilerek”, borcun ödendiğinin anlaşılması halinde dava konusuz kalacağından buna göre hüküm tesisi ve davanın açılmasına hangi tarafın neden olduğu araştırılarak sonucuna göre masraf ve vekalet ücretinin takdir edilmesi gerekir...” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013)

⁹¹ Peter, Art. 285 LP §34; Stoffel/Chabloz, §7, N. 57; Schüpbach, Acte de Défaüt de Bien – Ceditac, s. 185; Jäger, Art. 285, §4; Erard-Gillioz, s. 3; Ansay, İcra, s. 331; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 27. Baskı, Ankara 2013 (İcra ve İflâs), s. 563; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs. 624; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, Cilt IV, 3. Baskı, İstanbul, 1997 (İcra, C. IV), s. 3517; Umar eserinde böyle bir ayrıma gitmeden, dava açma yetkisinin iflas idaresinde olduğunu belirtmiştir, Umar, İptal Davası, s. 44 ve devamı.

İİK m. 187 (İsvİİK m. 200) uyarınca iflas idaresi, takasa itiraz ve iptal davalarını açmaya yetkilidir. Anılan madde metninde, iflas idaresinin “iptal davasına mevzu olabilecek bütün şeylerin masaya intikali için” gereken davayı açmakla yetkili olduğuna değinilmiştir. İflastaki iptal davası ile borçlunun malvarlığının, iptale tabi tabi işleminden önceki haline getirilmesi amaçlanır. Dolayısıyla sadece aktif azalması değil, pasifin artması sonucunu doğuran işleme karşı da dava açılacağı unutulmamalıdır⁹².

Genel kural iptal davasını, iflas masası adına, iflas idaresinin açabileceği ise de, kanun, bu duruma istisna da getirmiştir. Buna göre, İİK m. 245 uyarınca alacaklıların masa tarafından takip edilmesine gerek görmedikleri bir iddianın takibi isteyen alacaklıya devredilir. İşte böyle bir devrin gerçekleşmesi durumunda alacaklı tek başına iptal davası ikame edebilir. Benzer bir istisna da, iflasın kapanmasından sonra ortaya çıkan ve tasfiyeye katılmayan malvarlığı değerleri için öngörülmüştür. Böyle bir durumda, iflas dairesi, bu malvarlığı değerini takip etmeleri alacaklıları bilgilendirir. Bir alacaklı, bu malvarlığı değerini takip etmek isterse, iflas dairesi İİK m. 245'e göre bu alacaklıyı yetkilendirir.

İflâs dışı konkordato, iptal davasında davacı sıfatı bakımından bir özellik arz etmez⁹³. Buna karşın malvarlığının terki suretiyle konkordato da davacı sıfatı konkordato masasına aittir (İİK m. 309/ğ)⁹⁴. Konkordato masası, tıpkı iflasta olduğu gibi İİK m. 245 uyarınca, iptal davasını takip yetkisini bir alacaklıya devredebilir. Bununla beraber, konkordato masasına yöneltilen taleplerin tasarrufun iptali yoluyla

⁹² Gilliéron, §2919; borçlunun malvarlığının artışı engelleyen işlemlerin, örneğin mirasın reddi işleminin de iptale tabi olabileceği görüşü için bkz., Uyar, Konu, s. 212; Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Cédidac, s. 158-159, yazara göre genel olarak iptal hakkı, malvarlığının aktif kısmına ilişkindir, s. 161, aynı yönde bkz. Umar, İptal Davası, ss. 56-57, s. 65.

⁹³ Burada, İİK m. 290/II'ye değinmek gerekir. Anılan madde uyarınca “*Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür...*” Devam eden fıkrada ise, borçlunun bu sayılan tasarruflarda bulunması halinde konkordato komiserinin talebi üzerine icra mahkemesinin borçlunun malları üzerindeki tasarrufunu sınırlayabileceği veya mühleti kaldırabileceği hükme bağlanmıştır. Bir an için borçlunun bu tip işlemlerine karşı İİK m. 290' daki çareye başvurulmayıp iptal davası açıldığını varsayarsak, lehine hüküm olsa dahi, alacaklının karşısına takip yasağı çıkacaktır. Gerçekten, konkordato müddetince hukuk davaları tatil olmaz ancak borçluya karşı devam eden takipler durur. Dolayısıyla alacaklı iptal davasını kazansa dahi, borçlu aleyhine bu kararı takibe koyamayacaktır (İİK m. 289). Ayrıca kanunun tanıdığı bu imkan karşısında borçlunun İİK m. 290 kapsamındaki işlemlerinin hükümsüzlüğünü tespit ettirmek, iptal davasına göre daha basit bir yoldur.

⁹⁴ Peter, Art. 285 LP §39; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 831.

kısmen veya tamamen reddini sağlamak mümkün ise konkordato tasfiye memurları, def'i yoluyla iptal talebinde bulunmaya yetkili ve yükümlüdürler (İİK m. 309/k, III). İflasın kaldırılması (İİK m. 182, İsvİİK m. 195) ve iflas tasfiyesinin tatili (İİK m. 217, İsvİİK m. 230) durumunda, iflas organları da ortadan kalkacağından, iflas idaresinin davayı takip yetkisi de ortadan kalkar. Bu durumda alacaklılar şahsi takip yetkilerine yeniden kavuşur⁹⁵.

1.1.3.2.2. Alacaklıların Tasarrufun İptali Davası Açabilmesi (İİK m. 245 ve İİK m. 255/III)

İflâs tasfiyesi sırasında alacaklılar ancak, İİK m. 245'e göre yapılmış uygun bir devirden yararlandıkları takdirde tek başlarına dava açabilirler. Buna göre, iflas idaresi takibine gerek görmediği iddiayı isteyen alacaklılardan birine devredebilir. Bu devir neticesinde masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır (İİK m. 245). İflasın kapanmasından sonra tasfiyeye katılmamış şüpheli bir hakkın varlığından haberdar olunursa, iflas dairesi benzer İİK m. 245'e göre bu hakkın takibini de isteyen alacaklılardan birisine verebilir (İİK m. 255/III). Bu nedenle, iflas tasfiyesinden sonra verilen aciz vesikasına dayanan alacaklının tek başına iptal davası açması da mümkün değildir. İflâs idaresi (İİK m. 255/II'te iflas dairesi) iptal dava açma yetkisini verir. Buradaki devir medeni hukuk anlamında bir devir olmadığından devralan hakkın bizatihi sahibi olmaz. Sadece davayı takip yetkisini haiz olur. Devir halinde, iflas idaresinin söz konusu iddiaya ilişkin dava takip yetkisi ortadan kalkar⁹⁶.

İflasın kapanmasından sonra müflisin iptale tabi bir işlem yapması durumu üç adımda incelenebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, iflas idaresi iflastan sonra yapılan iptale tabi işlemin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu hakkını kullanmadıysa, artık iptal davası açma hakkından zımnen feragat etmiş kabul edilir⁹⁷. İptale tabi işlemin varlığı iflas masası tarafından bilinmiyor veya bilinmesi

Peter, Art. 285 LP §37; Gilliéron, §2873; Umar, İptal Davası, s. 47; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 766.

⁹⁶ Umar, İptal Davası, s. 46; Akyazan, s. 241; Brustlein/Rambert, Art. 285, § 4, b; Schüpbach, Art. 285 §263; Peter, Art. 285 LP §35; Gilliéron, §2873, 2936; Jäger, Art. 285, §3, B, a; Karşlı, İcra, s. 653.

⁹⁷ Umar, İptal Davası, s. 45; Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Cédidac, s. 175.

gerekmiyorsa, İİK m. 255/II uyarınca işlem yapılır yani işlemi takip yetkisi isteyen alacaklılardan birine devredilir. İptale tabi işlemin varlığı iflastan sonra öğrenilir ve takip yetkisi alacaklılardan birine devredilirse; bu alacaklı işlemin takibini yapar, gerekli davaları ikame eder, hacizden sonraki aciz vesikasını alana kadar iptal davasını açabilir. Yani burada alacaklı doğrudan iptal davasını ikame etmeden önce farklı yollardan bu alacağın tahsilini sağlamaya yönelebilir. Ancak her durumda genel prensibin, iddiayı takip yetkisinin devri olmaksızın alacaklının tek başına iptal davası ikame edemeyeceği olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁹⁸.

Sıra cetveline itiraz davası sırasında, alacaklının iptal def'ini ileri sürmesi, iflas tasfiyesi sırasında iptal iddiasının münferiden alacaklı tarafından ileri sürülebildiği ayrık bir durumdur. Sıra cetveline dahil edilen bir alacağın, iptale tabi bir işlemten kaynaklandığı iflas idaresince incelenmemiş veya ileri sürülmemişse, iflas alacaklısı, iptal iddiasını sıra cetveline itiraz davası sırasında masasının yetkilendirmesine gerek olmaksızın tek başına ileri sürebilir. Ancak alacak bu haliyle sıra cetveline kabul edilmişse, yani alacak hakkında herhangi bir iptal iddiası ileri sürülmemişse, artık sıra cetveline itiraz yoluyla bu alacağın reddi veya azaltılması mümkün olamaz⁹⁹. Aksi kabul halinde, iflas tasfiyesi sırasında iflas masasının davacı sıfatının kanunun cevaz vermediği bir şekilde alacaklı tarafından münferiden kullanılması sonucu doğar.

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında¹⁰⁰ bu konuyu iflasta tasarrufun iptali davasının yöneldiği malvarlığı kısmı bakımından çözümlenmiştir. Anılan kararın İsviçre doktrininde sonunun çözümüne ilişkin görüşleri etkilediğini gözlemek mümkündür. İptal davasının amacı malvarlığının aktif kısmını yeniden tesis etmek amacına yöneliyorsa, münferit iflas alacaklısının iptal davasını tek başına açabilmesi ancak İİK m. 245 (İsvİİK m. 260) veya İİK m. 255/II (İsvİİK m. 285) gereğince yetkilendirilmesi halinde mümkündür. Bu durumda münferit alacaklılardan her biri, iflas masasından, müflisin malvarlığının aktifini artması sonucunu doğuracak işlemlere karşı iptal davası ikame etmesini isteyebilir.

⁹⁸ Gilliéron, §2938; Favre, s. 379 ; Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Ceditac, s. 175; Schüpbach, Art. 285 § 213, 250; , zira buradaki aciz vesikası, iflas neticesinde verilenden ayrı, devredilen iddiaya ilişkin bağımsız olarak devam ettirilen icra takibine ilişkindir.

⁹⁹ Jäger, Art. 285, §4; Gilliéron, §2938; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. Baskı, , İstanbul, 1997, s. 3521; Umar, İptal Davası, s. 45. Ayrıca bkz. aşağıda “2.5.2. Sıra Cetveline İtiraz” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁰⁰ ATF 33 II 684.

Alacaklılar adına iptal davasını davayı iflas masası açar ve yürütür. Buna karşın iptal davası, müflisin malvarlığının pasifini azalması sonucunu doğuracaksa, münferit alacaklı iptal iddiasının ancak sıra cetveline itiraz sırasında ileri sürebilir. Böylece iflas alacaklısı İİK m. 245 ve İİK m 255/III'deki devirden faydalanmaksızın sıra cetveline itiraz davası esnasında iptal iddiasını ileri sürebilir¹⁰¹.

1.1.3.2.3. Müflisin Yabancı Ülkede Bulunan Malvarlığı Değerlerinin İflâs Masasına Dahil Edilip Edilmeyeceği Sorunu ve Buna Bağlı Olarak Yabancı İflâs İdaresinin Davacı Sıfatı

Alacaklıları zarara uğratma amacıyla işlem yapılarak malvarlığı değerini malvarlığından çıkarmak, ülke sınırları içerisinde bir işlemle olabileceği gibi, uluslararası boyutta da olabilir. Borçlunun bir malvarlığı değerini iptale tabi bir işlemle yurtdışına çıkarmasında durum böyledir. İflasın mülkiliği prensibi gereğince, iflasın açıldığı yer iflas idaresinin, yurtdışında bulunan ve iptale tabi işleme konu olan mal hakkında dava açabilmesi mümkün değildir. Yani, iflas idaresi, yurtdışında bulunan böyle bir malvarlığı değerine doğrudan el atamaz. Nitekim iflasın mülkiliği prensibinin sıkı sıkıya uygulanması, yurtdışında açılan iflasın borçlunun yurtiçindeki mallarına etki etmemesi ve yurtiçinde açılan iflasın da borçlunun sadece yurtiçindeki mallarına etki etmesi sonucunu doğurur. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunu (LDIP) iflasın mülkiliği prensibini benimsemekle beraber, gelişen uluslararası ilişkiler ve yabancılık unsuru taşıyan işlemler nedeniyle bu prensibin kimi yerlerde esnetilmesini öngörmüştür. Ancak bu esneklik de bazı şartlara tabi tutulmuştur¹⁰².

LDIP, iflas tasfiyesi sırasında gerçekleşen iptale tabi işlemler bakımından yabancı iflas idaresinin, İsviçre'de bulunan mallar hakkında iptal davası açılabilmesini öngörmüştür. İptal davası yanında kanunun iflas kararının tanınması ve koruma tedbirlerine ilişkin yargılama (Art. 166-168 LDIP), iflas kararının ilanı

¹⁰¹ Gilliéron, §2938; Schüpbach, Art. 285 § 250-251.

¹⁰² François Knoepfler, Philippe Schweizer ve Simon Othenin-Girard, **Droit International Privé Suisse**, Berne, 2004, § 748; Andrea Braconi, **Introduction aux Art. 166-175 LDIP**, Commentaire Romande, Loi sur Le Droit International Privé et Convention de Lugano, 2011 (Introduction aux Art. 166-175 LDIP), § 4; Louis Dallèves, **Faillites Internationales**, FJS 987, Genève, 1991 (FJS Faillite), ss. 2-3, 9.

(Art. 169 LDIP), sıra cetvelinin yapılması (Art. 172 LDIP) ve paraların paylaşılması (Art. 173 LDIP) konularında da özel hükümler içerdiğini görmek mümkündür.

LDIP m. 166-175 hükümlerinin ve dolayısıyla iptal davasına ilişkin hükmün uygulama alanı sınırlıdır. Buna göre, iflasın açıldığı yer ile İsviçre iflas tasfiyesi arasında bir paralellik bulunması halinde, yabancı iflas kararı İsviçre’de tanınabilir. Ayrıca iflas kararının mutlaka bir yargı kararı olması gerekir. İdarenin iflasa ilişkin verdiği kararların tanınması mümkün değildir. Bunların yanında tanınmanın mümkün olması için mütekabiliyet şartı aranır¹⁰³.

LDIP m. 171’de düzenlenen iptal davası, yabancı iflas idaresine İsviçre’deki malvarlığı değerine doğrudan el atma hakkı vermediği gibi, anılan madde yabancı ülkede alınmış iptal kararının tanınmasına ilişkin de değildir. Burada yabancı iflas kararının tanınmasının ortaya çıkaracağı genel etkiler ışığında iptal davasının nasıl ikame edileceği düzenlenmiştir¹⁰⁴.

Kural olarak yabancı iflas idaresi, İsviçre’de doğrudan taraf sıfatını haiz değildir. Yabancı iflas idaresinin yerine İsviçre’de açılacak tasarrufun iptali davasında taraf olmak üzere bir tali iflas idaresi kurulur. Bu iflas idaresi, asıl iflas idaresi yerine İsviçre’deki tasarrufun iptali davasında davacı sıfatını haiz olur. Bu iptal davasının, borçlunun malvarlığının sadece aktif kısmını tamamlamaya yönelik olduğu unutulmamalıdır. Yani borçlunun pasifini azaltmak için yaptığı işlemlere karşı bu şekilde dava açılması mümkün değildir. İddia takip yetkisi yabancı iflas idaresi tarafından alacaklılardan birine devredildiyse, bu alacaklı İsviçre’de doğrudan ve tek başına dava açabilir¹⁰⁵.

Tali iflas idaresi, yabancı iflas idaresi adına dava takip yetkisini değil, doğrudan davacı sıfatını haiz olup, bu dava neticesinde iflas masasına katılan

¹⁰³ Knoepfler ve diğerleri, s. 750; Braconi, Introduction aux Art. 166-175 LDIP, §2 ; diğer şartlar ve genel olarak İsviçre Hukukunda yabancı iflas kararlarının icrası için bkz. Sylvain Marchand, **Exécution des Décisions Etrangères en Matière de Faillite**, Schriften der Stiftung Für die Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 5, Rechtshilfe und Vollstreckung Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs (Entraide Judiciaire et Exécution Forcée Affaires Civiles, Enlèvements d’Enfant et Faillites), s. 177.

¹⁰⁴ Braconi, Art. 171 LDIP, §7 ; Jean-Luc Chenux, **Un Survol de l’Action Révocatoire en Droit International Privée Suisse**, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), Heft 12, 1996, 92. Jahrgang, s. 234 ; Francesco Naef ve Elena Neuroni Naef, **Droit Suisse de la Faillite Internationale : La Faillite d’un Système**, PJA 2008, s. 1410.

¹⁰⁵ Braconi, Art. 171 LDIP, §17 ; Dallèves, FJS Faillite, s. 13 ; Naef ve Neuroni Naef; s. 1410.

değerler tali iflas idaresince paraya çevrilerek yabancı iflas idaresine aktarılacaktır (LDIP m. 172-173).

Ülkemizde bulunmayan bu kurumun, yurtdışına hileli işlemlerle çıkarılan malvarlığı değerlerini iflas masasına katmak bakımından oldukça faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Hukukumuzda kural olarak iflasın evrenselliği prensibinin kabul edildiği de doktrinde dile getirilmiştir¹⁰⁶. Buna karşın Üstündağ'a göre, Türk Hukuku bakımından iflasın yurtiçinde tekliği ve Uluslararası bakımdan mülkiliği prensibi caridir. Bu prensip nedeniyle İİK m. 184 hükmü yurtdışındaki malların Türkiye'deki iflas masasına girmesi söz konusu değildir. Bunun aksi ancak iki ülke arasında bu konuda bir anlaşma bulunması halinde mümkündür¹⁰⁷.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunda LDIP m. 171'e benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Hukukumuz bakımından ise yabancı ülkede bulunan malvarlığı değerine el atılabilmesi amacına hizmet eden, Uluslar arası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'nden bahsedilmesi gerekir¹⁰⁸. Anılan düzenleme üye devletler arasındaki ikili anlaşmaların yerine geçerek iflas kararlarının üye devletlerde doğrudan tanınmasını sağlar. Buna göre müflisin ana menfaat merkezinin bulunduğu üye devlette verilen iflas kararının, diğer üye devletlerde de uygulanması mümkündür (m. 3/1). Bununla birlikte müflisin başka bir üye devlet toprağında işyeri varsa bu ülkelerde de yan (tali) iflas prosedürlerin açılması da söz konusu olur¹⁰⁹. Tüzük'ün kapsamı, borçlunun malvarlığına tamamen veya kısmen el koymayı ve bir tasfiye görevlisinin atanmasını tazammun eden külli aciz usûlleri ile sınırlıdır (m. 1/1).

Menfaat merkezinin veya işyerinin üye devletin bulunduğu ülke dışında bir ülkede bulunması halinde, menfaat merkezinden başka bir üye devlet mahkemesi tarafından atanan tasfiye memurunun, alacaklıların yararı için iptal davası da açabileceği Tüzük'ün 18/2 maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ Bu hususta bkz. Necmettin M. Berkin, **İflâs Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1972 (İflâs), ss. 69-70; Mustafa R. Belgesay, **İcra ve İflâs Hukuku I-Sentetik Bölüm, İkinci Cild, Konkordato-İflâs-İptal Davası-Tahliye**, 2. Basım, İstanbul, 1953, §122; İlhan E. Postacıoğlu, **İflâs Hukuku İlkeleri**, C. I: İflâs, İstanbul, 1987 (İflâs), s. 106-109; Gülin Güneysu Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, Ankara, 1997, s. 156.

¹⁰⁷ Saim Üstündağ, **İflâs Hukuku, İstanbul 2009** (İflâs),ss. 22-23

¹⁰⁸ Nuray Ekşi ve Ali Cem Budak, **Uluslar arası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü**, DEÜHFD, 2003, Cilt. 5, Sayı. 1, s. 41 vd.

¹⁰⁹ Ekşi ve Budak, s. 43.

Muamele merkezi Türkiye’de bulunan müflisin Türkiye dışında bir yerde bulunan malvarlığı değerlerine el atılması, ülkemizin taraf olduğu sözleşmelerle düzenlenmemiştir¹¹⁰. Bu bakımdan Türkiye’de verilen iflas kararına dayanılarak, müflisin yurtdışındaki malvarlığının iflas masasına dahil edilip edilmeyeceği de iflasın evrenselliği prensibine göre çözümlenecektir. Yani, İİK m. 165 ve 184/I hükümleri gereği, iflas masasına müflisin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde olsun ya da olmasın tüm mal ve hakları dahil edilebilir.

Bir takip hukuku kurumu olan ve şahsi nitelik gösteren iptal davası ise iflasın açıldığı yer (lex fori), yani Türk Hukukuna göre değerlendirilmelidir. Takip hukuku kurallarının ülkesel niteliği, bu kuralların ülke aşıcı etkisini ortadan kaldırır. Farklı bir ifade ile takip hukukundan kaynaklanan bir davaya ilişkin hüküm ancak ülke sınırları içerisinde etkisini gösterebilir. Bu nedenle Türk Mahkemesinde verilen iptal hükmüne dayanılarak müflisin yurtdışında bulunan malvarlığı değerlerine el atılması mümkün değildir¹¹¹. Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü bu anlamda İsviçre Hukukundaki uygulamanın benzerini, karşılıklı olarak bu tüzükle bağlanmayı kabul eden devletler bakımından getirmektedir.

1.1.3.2.4. Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Paylaştırılması Halinde Mirasçıların Davacı Sıfatı

TMK m. 640 gereğince birden çok mirasçı olması durumunda mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olacakları ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak bu ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyeti de bulunmamaktadır¹¹². Hukuk Usûlü Muhakemeleri

¹¹⁰ Yabancı ülkede verilen iflas kararının ülkemizde etkisi tanınması, Milletlerarası Özel Hukukta tanıma ve tenfize ilişkin hükümlere başvurulmasını gerektirecektir, Güneysu Güngör, s. 178.

¹¹¹ Güneysu Güngör, s. 160.

¹¹² Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 549; Ahmet Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, (Miras Hukuku) Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2009, s. 273; Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s. 420; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2008, §7; Zahit İmre ve Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 8. Basım, İstanbul 2011, s.404 ; Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Konya 2009,

Kanunu (HUMK) m. 11 de yer alan tereke tasfiye edilinceye kadar tereke aleyhine dava ikame etme imkânı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'na alınmamıştır. Dolayısıyla miras ortaklığına karşı açılacak davada mirasçılarının tek tek taraf gösterilmesi gerekmektedir¹¹³. Genel kural bu olmakla birlikte, kimi durumlarda miras ortaklığının iflas masası tarafından temsil edilmesi gerekebilir. İcra ve İflâs Kanunumuzun (İİK) 180. maddesine göre reddolunan mirasların tasfiyesi iflas hükümlerine göre yapılır. Böyle bir durumda iflas masası, tereke aleyhine açılan davalarda dava takip yetkisine sahip olur.

Terekenin iflas hükümlerine göre paylaşılmasının genel olarak mirasbırakanın borca batıklığına özgü olduğu söylenebilir. Bununla birlikte TMK m. 612 mirasın reddine ilişkin genel bir hüküm getirerek en yakın mirasçılar tarafından reddedilen mirasın iflas hükümlerine göre tasfiye edileceğini hükme bağlamıştır. Türk Medenî Kanununda terekenin iflas yoluyla tasfiyesine öncelikle borca batıklık nedeniyle hükmen red durumunda rastlanır.

TMK m. 605 uyarınca ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi acizi¹¹⁴ açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır. Doktrinde *hükmen red* olarak ifade edilen bu kurum, mirasbırakanın pasiflerinin aktiflerinden fazla olması durumuna özgülenmiştir. *Borç ödemedi acizin* açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olmasından kasıt mirasbırakanın ölüm tarihinde borca batık olduğunun resmi organlarca tespit edilmiş olmasıdır¹¹⁵. Mirasın kendiliğinden geçişi kuralının

s. 244 ; Gökçen Topuz ve Seçkin Topuz, **Miras Ortaklığında Mirasçılarının Dava Arkadaşlığı**, ABD, Yıl. 66, Sayı. 3, Yaz 2008, s. 61; André Baumgartner, **La Communauté Héritaire Dans le Procès Civil**, Lausanne, 1933, s. 73.

¹¹³ Abdurrahim Karşlı, **Medenî Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s. 349; Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, s. 277; Antalya, ss. 422-423; Serozan ve Engin, §7, 7; İmre ve Erman, ss. 418-419; İnan ve diğerleri, 549; s. Ayan, s. 249; Topuz ve Topuz, s. 66; Baumgartner, ss. 74, 76.

¹¹⁴ Ödeme güçsüzlüğü (aciz hali) ve borca batıklık kavramları için bkz. I, B, 2.

¹¹⁵ Ödemedi aciz ifadesinin aslında borca batıklığı ifade ettiği yönünde, Paul Piotet, **Dévolution de la Succession III, L'Acquisition, La Répudiation et L'Acceptation de l'Héritier**, (FJS III) FJS, 775 (Fiche de Remplacement), Genève, 1985, s. 4; Cumhuriyet Rüzgaresen ve Murat Erdem, **Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1-2, 2011, s. 240; Umar, Aciz Hali, s. 323; Hasan Petek, **Mirasın Hükmen Reddi**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı-2013, III, ss. 2209, 2211, yazar hem borca batıklı hem de aciz hali kavramlarının hükmen red için yeterli olduğu görüşündedir. Mirasbırakanın borç ödemedi aciz halinin yakınları tarafından bilinmesinin de hükmi ret için yeterli olduğu yönünde bkz. Mustafa Dural ve Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku, C. 4, Miras Hukuku**, Dördüncü Bası, İstanbul, 2009, s. 405. Yargıtay da kararlarında borca batıklığın objektif olarak tespit edilmesi gereğine değinmiştir: "...Mirasbırakanın ödemedi acizini belirlenmesi için öncelikle malvarlığı araştırılmalıdır. O halde mahkemece; mirasbırakanın tüm taşınır ve taşınmaz malların ilgili yerlerden sorularak ölüm günü itibariyle terekenin aktifinin belirlenmesi, borç miktarına göre ölüm tarihi itibariyle borçlarını karşılamaya yeter miktarda olup olmadığının

bir istisnasını teşkil eden hükmen red, mirasçılarının mahkemeye bir red beyanında bulunmasına gerek olmaksızın, mirasın reddi sonucuna bağlanan bir fiksiyon¹¹⁶ niteliğindedir¹¹⁷. Mirasın bu şekilde hükmen reddi, TMK m. 612¹¹⁸, de düzenlenen en yakın mirasçılar tarafından mirasın reddedilmesi ile aynı şekilde terekenin sulh hukuk mahkemesi tarafından iflas yoluyla tasfiyesi sonucuna bağlanmıştır.

Tereke mevcudunun borçları ödemeye yetmemesi durumu, ölüm tarihinde resmen tespit edilebileceği gibi, TMK m. 632 ve devamı hükümlerine göre yapılan tasfiye aşamasında da ortaya çıkabilir¹¹⁹. TMK m. 636 gereğince, *mevcudu borçlarını ödemeye yetmeyen terekenin tasfiyesi, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre yapılır*. Bu tasfiye usûlünde tereke alacaklılarının menfaatleri ön plana alınır¹²⁰.

Terekenin iflas yoluyla tasfiye edilmesi gereken bu durumlarda, terekede yer alan aktif ve pasif malvarlığı değerleri iflas masasını oluşturur (Karş. İİK m. 184). İİK m. 180 hükmünde de reddedilen mirasların iflasın tasfiyesinin düzenlendiği sekizinci bap hükümlerine göre tasfiye edileceği hükme bağlanmıştır¹²¹. İflâs yoluyla tasfiyeyi mirasçılar talep edebileceği gibi, alacaklarını elde edemeyeceklerinden inandırıcı sebeplerle kuşku duyan ve istedikleri hâlde alacakları ödenmeyen veya kendilerine güvence verilmeyen mirasbırakanın alacaklıları da talep edebilir (TMK m. 633). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli bir kararında¹²² mirasbırakanın alacaklıları tarafından da iflas tasfiyesi talep edilebileceğini, böyle bir durumda mirasçılarının teminat göstererek iflas tasfiyesini durduramayacaklarını

objektif olarak tespiti ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, bu yönler nazara alınmadan, mirasın terekesinin aktifi belirlenirken dava tarihindeki değerlerin esas alınması, yine mirasın vergi borcu ile kooperatife olan borçlarının ölüm tarihi itibarıyla değil 27.07.2009 ve 12.11.2009 tarihleri itibarıyla ulaştığı değerler esas alınarak tereke pasifinin belirlenmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...”, 2. HD, E. 2011/3007, K. 2012/9604, T. 16.4.2012 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 26.12.2012).

¹¹⁶ Umar, Aciz Hali; s. 322; yasa gereği geçişin, yasanın tanıdığı süre içerisinde onay veya red beyanı verilmezse söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Piotet, FJS III, s. 4. Yazar bunun bir fiksiyon olduğu yönündeki görüşleri de kabul etmemektedir.

¹¹⁷ İnan ve diğerleri, s. 507; Kılıçoğlu, Miras Hukuku s. 261; Antalya, s. 381; Serozan ve Engin, §6, 70. Bu durumun kanuni bir karine olduğu yönünde, İmre ve Erman, s. 336; Ayan, s. 228; Petek, s. 2195-2196.

¹¹⁸ TMK m. 612/I metni şu şekildedir: “*En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir.*”

¹¹⁹ Rüzgaresen ve Erdem, s. 240; Antalya, s. 417,

¹²⁰ Antalya, s. 417; İnan ve diğerleri, 534; Serozan ve Engin, §6, 103; Henri Deschenaux ve Paul-Henri Steinauer, **Droit des Successions**, Fribourg, 2003, s. 232.

¹²¹ Karş. İsvİİK m. 193.

¹²² JdT 1921 II 37.

belirtmiştir¹²³. Terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesinde iflas masası, mirasbırakanın iptale konu olabilecek işlemlerine karşı iptal davası ikame edebilir. Terekenin tasfiyesi sırasında söz konusu olabilecek iptal hakkının, TMK m. 617’de mirasçılarının alacaklılarının korunması amacıyla düzenlenmiş olan dava hakkı ile yarışıp yarışmayacağı sorusu akla gelebilir¹²⁴.

Tereke tasfiyesinin iflas hükümlerine göre yapılması durumunda mirasbırakanın alacaklılarının bireysel olarak mirasbırakanın işlemlerine karşı iptal davası açamayacağı kanaatindeyiz. Zira külli bir tasfiye şekli olarak iflas, bu alacaklıların da tereke mevcuduna katılması ve iflas masası tarafından bir bütün olarak tatmin edilmesini amaçlamaktadır. Bu noktada bir tacir aleyhine girişilen iflas yoluyla takip sırasında ikame edilebilecek bir iptal davası ile terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi sırasında ikame edilebilecek iptal davası arasında bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mevcudu borçlarını karşılamaya yeten bir terekenin resmi tasfiyesi söz konusu ise, mirasbırakanın alacaklıları tek başlarına, mirasbırakanın işlemlerine karşı iptal davası ikame edebilmelidir¹²⁵.

Medenî Kanunumuz, ölüme bağlı tasarruftan faydalanan mirasçılara, mirasbırakanın alacaklılarının korunması bakımından ek bir yükümlülük de getirmiştir. TMK m. 530’da düzenlemesini bulan bu hüküm uyarınca “*Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılayamıyorsa ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçıları, alacaklılara karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar*». Yani borca batık bir terekenin mirasçıları terekenin iflas yoluyla tasfiyesine ek olarak, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde edindikleri üzerinden kişisel olarak da sorumlu tutulmuşlardır. Ancak bu sorumluluk, terekenin açılması anındaki zenginleşme oranları ile sınırlıdır.

¹²³ İİK m. 183’e göre tasfiye halinde bir terekenin mirasçısının, iflas kapanmadan önce mirası kabul ettiğini beyan edip, borçlara karşılık teminat göstermesi halinde, terekenin iflas yolu ile tasfiyesi durur.

¹²⁴ Bu konuyla ilgili açıklama için bkz. aşağıda “3.1.3. TMK m. 617 (İsvMK 578) Uyarınca Mirasçının Alacaklıları Tarafından Açılabilir Mirasın Reddi İşleminin İptali Davası” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹²⁵ Deschenaux ve Steinauer; s. 232.

1.1.3.3. İptal Davasında Davalı

Davalı sıfatı bakımından Kanun iflas içi ve iflas dışı iptal davaları bakımından ayırım yapmamıştır. İİK m. 282’ye göre iptal davası “*borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları*” ve “*kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar*” aleyhine açılır. Kanun ifadesi, aslen ruhuna uygun değildir. Nitekim İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu’nda da, 1994 değişikliği öncesi benzer bir ifadeye yer verilmişse de, anılan değişiklikle bu ifade düzeltilmiştir. Böylece mirasçılar dışındaki halefler aleyhine de iptal davası açmak mümkün hale gelmiştir¹²⁶. Zira kanun metni, iptal davasının *borçlu ile hukuki ilişkide bulunan veya menfaat sağlamış kişiler ile bunların mirasçıları veya diğer külli haleflerine ve nihayet kötünietli üçüncü kişiler aleyhine ikame* edilebileceğini hükme bağlamıştır. İsvİİK m. 290’ın, İİK m. 282’den esas ayrıldığı nokta, borçlunun davalı sıfatına ilişkindir. İsvİİK m. 290 uyarınca iptal davasının borçluya iptal davasının yöneltmesi ancak kötünietli üçüncü kişi konumunda olması durumunda mümkün olur¹²⁷. Doktrinde asıl borçlunun iptale tabi işlemin tarafı olduğu, fakat iptal işlemi bakımından üçüncü kişi olduğundan, davalı sıfatını haiz olamayacağı görüşü savunulmuştur. Bu görüşe göre iptal borçlusu olamayan asıl borçlu, davaya fer’i müdahil olarak dahil edilebileceği gibi, yargılama sırasında tanık olarak da dinlenebilir¹²⁸. Türk Hukukunda borçlu aleyhine de iptal davası açılır, borçlu ve dava yöneltilen üçüncü şahıslar mecburi dava arkadaşlarıdır¹²⁹.

Bizim kanun metnimiz İsviçre İcra İflâs Kanunu’nun 1994 değişikliği öncesi haline benzemektedir. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından da, kanunda yer alan “*ödeme*” kavramının dar kaldığı söylenebilir. Bunun nedeni, davalının her zaman bir ödeme ile kayırılmış olmasının gerekmemesidir. Borçlu ile yapılan hukuki işlemde menfaat sağlamanın, doğrudan ve dolaylı biçimde gerçekleşmesi mümkündür. Kanun metninin karmaşık ifadesinden borçlu dışında üç çeşit davalı sıfatı çıkmaktadır: İptale tabi işlemin diğer tarafı, onun külli halefleri ve kötünietli üçüncü kişiler. Biz

¹²⁶ Peter, Art. 290 LP §3; Schüpbach, Art. 290, §7; değişiklikten önceki görüşler için bkz. Brustlein/Rambert, Art. 290, § 2; Jäger, Art. 290, §1.

¹²⁷ Peter, Art. 290 LP §2; Schüpbach, Art. 290, §22-23.

¹²⁸ Schüpbach, Art. 290, §22-23.

¹²⁹ Söz konusu değişiklik 18.2.1965 tarih ve 538 sayılı kanunla yapılmıştır. Değişikliğin eleştirisi için bkz. Yıldırım, ss. 264-265.

ise incelememizi, bu sistematikten ayrılarak, menfaatin ediniliş şekline ve halefiyetin niteliğine göre yapacağız.

1.1.3.3.1. Davalı Sifatını Aslen Haiz Olanlar

Davalı sıfatını aslen haiz olanlar, iptale tabi işlemin tarafı olanlar ve onların külli halefleridir. Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiler, iptale tabi işlemde sadece doğrudan değil, dolaylı biçimde de faydalanmış olabilir¹³⁰. Bu kişilerin davalı sıfatını aslen haiz olmalarının nedeni, iptale tabi işleme doğrudan katılmış olmaları veya katılan kişiye külliyen halef olmalarından kaynaklanmaktadır. Zira bu durumda malvarlığı değeri sadece el değiştirmiş olur. Bu kişilerin iptale tabi fiilden doğrudan ya da dolaylı faydalanmış olmaları mümkündür¹³¹.

Doğrudan menfaat sağlayan davalı, iptale tabi işleme taraf olabileceği gibi, işleme taraf olmadan da bu menfaati elde etmiş olabilir. İşlemin tarafı olan kişinin aynı zamanda menfaat de elde etmesi davalı sıfatının klasik olarak belirlendiği durumlardır. Örneğin, bağışlamayı kabul eden (İİK m. 278) ; rehin verilen (İİK m. 279/II, 1) veya lehine intifa hakkı kurulan (İİK m. 279/II, 2) kişi, işlemin tarafı olmanın yanında menfaati de kendisi elde eder. Bütün bunların yanında, işleme taraf olan kişi, bu işlemde menfaat sağlamamış olabilir. Örneğin, sözleşme akdetmesi için atanan temsilcinin durumu böyledir. Doktrinde bu durumda, bu kişinin işleme katılmasının nedeni ve yoğunluğunun araştırılması gerektiği savunulmuştur. Herhangi bir çıkar elde etmese dahi, örneğin işleme ilişkin karar vermeye yetkisi bulunması durumunda bu kişi davalı sıfatını kazanacaktır¹³². İşleme taraf olmayan kişinin, bu işlemde menfaat elde etmesi de mümkündür. Örneğin, iptale tabi bir işlemle, kefil olduğu borçtan kurtulan kişi, bu işlemde menfaat elde etmiştir¹³³. İsvİİK m. 290'da da, davanın borçlu ile hukuki işlem yapanlar yanında, iptale tabi işlemde fayda sağlayanların davalı sıfatını haiz olacaklarını hükme bağlamıştır¹³⁴.

¹³⁰ Umar, İptal Davası, ss. 48-49; Gillieron, § 2944; Peter, Art. 285 LP §7; Jäger, Art. 290, §1; Schüpbach, Art. 290, § 10-12.

¹³¹ Umar, İptal Davası, ss. 48-49; Peter, Art. 290 LP §6; Schüpbach, Art. 290, §10; Erard-Gillioz, s. 5.

¹³² Peter, Art. 290 LP §5; Schüpbach, Art. 290, §40-48.

¹³³ Umar, İptal Davası, s. 48-49; Jäger, Art. 290, §1.

¹³⁴ İİK m. 290 hükmü 1994'te yapılan değişiklikten önce, İsviçre Federal İcra İflâs Kanunu'nun Fransızca metninden (İsvİİK m. 290) alınmıştır. 1994 değişikliği (RO 1995 1227 1309)ile İsvİİK m. 290 belirttiğimiz şekilde değiştirilmiştir. Federal mahkeme de bu yönde kararlar vermektedir.

Bu ifade doğrudur. Zira çalışmamız içerisinde farklı yerlerde de değindiğimiz üzere, iptale tabi işlemin mutlaka borçlunun aktifini azaltmaya yönelik olması gerekmez. Pasif kalemi artıran veya aktif ve pasif kalemlere etki etmemekle beraber, alacaklılardan birine diğerine oranlı daha avantajlı hale getiren işlemler de iptale tabidir.

İptale tabi tek bir işlemde birden fazla kişi faydalanmışsa, bunlardan her biri, faydalandığı bölüm oranında sorumludur. Aralarında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunmaz¹³⁵. Birden fazla işlemde birden fazla kişi faydalanmışsa, bu işlemler bağımsız değerlendirilmelidir¹³⁶.

Dolaylı menfaat sağlama ise, külli halefler bakımından söz konusu olur. Külli halefin iptale tabi olan işlemde sorumluluğu, onun tereke borçlarından sorumlu olması prensibine dayanır (Karş. TMK m. 599). İptal davasının açılması için gerekli koşulların selefte bulunması, davanın külli halefe yöneltilebilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte, örneğin İİK m. 280’de olduğu gibi, davanın açılması subjektif bir koşula (kötüniyet gibi) daha bağlanmışsa, halefin bu koşulun gerçekleştiğini bilip bilmemesi önem arz etmez. Selefin kötüniyetli olması gerekir. Daha açık bir ifade ile, halefe karşı dava yöneltilebilmesi için halefin de kötüniyetli olması gerekmez¹³⁷. Külli halefiyette söz konusu olan dolaylı menfaat sağlama, öncelikle ölüme bağlı külli halefiyet durumlarında karşımıza çıkar. Bununla birlikte, kanunda külli halefiyet sonucuna bağlanan tüm devirler veya birleşmeler için de aynı sonuçlar geçerlidir. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 136 vd. maddelerinde düzenlenen şirket birleşmeleri bakımından da durum böyledir. TTK m. 136/IV gereğince devralan

Bir kararında, iptal davasının işlemde malvarlığından çıkan değeri dolaylı veya doğrudan elde eden tüm üçüncü kişiler aleyhine açılabilceğini, fakat iptal sebebine ilişkin hükümde ayrıca subjektif bir koşul belirlenmişse bunun da yerine getirilmiş olduğunun aranması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu karar bir dergide yayımlanmamakla beraber, karar numarası ile www.swisslex.ch veri tabanından karar metnine erişmek mümkündür: 5A_682/2011, 29.05.2011.

¹³⁵ Umar, İptal Davası, s. 49; Gilliéron, § 2944, Jäger, Art. 290, § 1; Schüpbach, Art. 290, § 20; ayrıca bkz. ATF 34 II 389; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 871, borçlu ile üçüncü kişi sadece şekli anlamda dava arkadaşdır, her biri ayrı usuli işlem yapabilir. 17. HD., E. 2008/362, K. 2008/2022, T. 17.04.2008: “...*Davalıların temyizine gelince; Davalılar F..., S... ve E...’un borçlu ile olan tasarruflarının ayrı ayrı yapılmış olmasından dolayı anılan her bir davalının tasarrufa konu taşınmazı elden çıkardıkları tarihte gerçek değer olan 8.000 YTL bedelden sorumlu tutulmaları gerekirken yazılı olduğu gibi üç taşınmazın toplam değerleri olan 24.000. YTL’den müşterek ve müteselsil olarak sorumlu tutulmaları doğru değildir...*” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.13)

¹³⁶ Schüpbach, Art. 290, § 16-17; ayrıca karşı. Jäger, Art. 290, § 1.

¹³⁷ Schüpbach, Art. 290, § 14; Erard-Gillioz, s. 5; Umar, İptal Davası, s. 49.

şirket, devrolan şirketin malvarlığını bir bütün olarak devralır¹³⁸. Külli halefin davalı sıfatına ilişkin yapılan açıklamalar, devralan şirket bakımından da geçerliliğini korur. Yani, devralan şirket, devrolunan şirketin iptal davasına ilişkin objektif koşulları sağladığını bilip bilmemesi önem taşımaz. Devrolunan şirket nezdinde ortaya çıkan iptal davası, onun külli halefi olan devralan şirkete yöneltilebilir¹³⁹.

1.1.3.3.2. Davalı Sıfatını Yansıma Yoluyla Haiz Olanlar

Kanunun “kötüniyetli üçüncü kişi” olarak tanımladığı davalı grubu, davalı sıfatını aslen değil, yansıma yoluyla elde eden cüz’i haleflerdir. Bu kişiler, üst başlıkta incelediğimiz, işlemin tarafı olan veya menfaat sağlayan kişilerin cüz’i halefleridir. Bu kişiler, iptale tabi işlem dışında onların cüz’i halef olmaları sonucunu doğuran bir başka işlem nedeniyle davalıdırlar¹⁴⁰. Buradaki durum, iptale tabi işlemin taraflarından yansıyan bir davalı olma durumudur. Cüz’i halef, asıl davalıdan, iptale tabi işleme konu değeri durumu bilerek alırsa, tali biçimde davalı olur. Burada önemli olan, cüz’i halefin, kötüniyetli olmasıdır. Eğer cüz’i halef, kayırıldığı yani malvarlığı değerinin kendisine aktarıldığı anda, devredilen bu değer iptale tabi bir işlemde kaynaklandığını biliyor veya koşullar gereği bilmesi gerekiyorsa kötüniyetli sayılır¹⁴¹.

Davacı, iptal davasını iptale tabi işlemin karşı tarafına yöneltebileceği gibi, bu işlemde menfaat sağlayan kişiye veya bu kişinin cüz’i haleflerine de yöneltebilir. Menfaat sağlayan kişi ve onun cüz’i halefi müteselsilen sorumludur. Buna karşın menfaat sağlayan kişinin birden fazla cüz’i halefi varsa, bunlar arasında müteselsil

¹³⁸Pascal G. Favre, **Le Transfert Conventionnel du Contrat**, Fribourg, 2005, §237; Amstutz ve Mabillard, **Intro LFus**, CO-II, § 117.

¹³⁹İsviçre Hukuku bakımından karşı. P. Favre; §234 ; Peter, Art. 290 LP §8, İsviçre Şirket Birleşmeleri Kanunu’nda da külli halefiyet prensibi kabul edilmiş, bunun nedeni de devrolan unsurlar arasındaki fonksiyonel bağlantının korunması olarak açıklanmıştır. Doktrinde bir görüş şirket birleşmelerinde yansıma şeklinde bir edinmenin söz konusu olduğunu, devrolunanın adeta muris gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş, bir hukuki işlemle gerçekleşen birleşme bakımından yeterince esnek olmadığı, sadece ortadan kalkma gibi objektif bir olaya bağlanması nedeniyle eleştirilmiştir. Ancak kanun genel kural olarak külli halefiyeti benimsemekle beraber, her özel durumda farklı uygulamalara imkân verebilecek esneklikler de içermektedir, CR CO II-Amstutz ve Mabillard, **Intro LFus**, CO-II, § 117 vd.

¹⁴⁰Peter, Art. 290 LP §10; Umar, İptal Davası, s. 49; Schüpbach, Art. 290, §77-81; Peyrot, s. 311.

¹⁴¹Peter, Art. 290 LP §12.

sorumluluk bulunmaz. Her cüz'i halef kendisine intikal eden kısım oranında sorumlu olur¹⁴².

1.1.4. Yargılamanın Gösterdiği Temel Özellikler

İcra İflâs Kanunu (İİK) m. 281/I iptal davasının basit yargılama usûlü ile görüleceğini; hakimin uyuşmazlığı hal ve şartları serbestçe dikkate alarak çözüme kavuşturacağını hükme bağlamıştır. Bu hüküm iptal davalarında yargılama bakımından bizi iki sonuca götürür. Bunlardan ilki, kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, davanın basit yargılama usûlüne göre görüleceğidir. İkincisi ise hakimin uyuşmazlığı hal ve şartları göz önünde tutarak serbestçe çözümleyeceğidir.

1.1.4.1. Yargılama Usûlü

HMK m. 320 uyarınca basit yargılama usûlünde davacı, dava dilekçesi ile tüm delillerini açıkça ve hangi vaktaya ilişkin olduğunu da belirterek mahkemeye sunmalıdır. Yine HMK m. 321 de de, iddianın genişletilmesi yasağının dava dilekçesinin; savunmanın genişletilmesi yasağının ise, cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nokta özellikle delil ikamesi bakımından önem taşır. Zira yazılı yargılamada, ön inceleme aşamasına kadar verilmeyen delillerin verilmesi, başka yerden getirilecek deliller hakkında bilgi verilmesi ve hatta bu bilgilerin ve belgelerin verilecek kesin sürede sunulması mümkün iken; basit yargılama usûlünde bu şekilde bir imkân yoktur¹⁴³. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda bu duruma tek bir istisna getirilmiştir. Buna göre bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme bu delilin sunulmasına karar verebilir (HMK m. 245).

¹⁴² Peter, Art. 290 LP §11, 13.

¹⁴³ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2014 (Şerh), ss. 932-933; Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2013 (Usûl), s. 862; Karşlı, s. 738;

Basit yargılama usûlünün gerekleri nedeniyle, tasarrufun iptali davasında davacının dayandığı iptal nedenine ait koşul vakıalara ilişkin iddia ve somutlaştırma yükünü de dava dilekçesi ile yerine getirmesi gerekir. Davacı dava dilekçesinde hem dayandığı koşul vakıaya denk gelen somut vakıayı net biçimde ortaya koymalı, hem de buna ilişkin elinde bulunan delillerini ibraz etmeli veya delillere ilişkin bilgileri vermelidir. Benzer bir sonuca savunma ve buna bağlı olarak karşı ispat faaliyeti bakımından davalı için de ulaşılabilir.

Tarafların somutlaştırma faaliyetleri bakımından ortaya çıkabilecek güçlükler nedeniyle basit yargılama usûlünün iptal davası bakımından uygun olmadığı kanaatindeyiz. İptal davasının koşul vakıalarına ilişkin somutlaştırma yükü her zaman hızlı bir biçimde yerine getirilemeyebilir. Yani davacı veya davalı dayandığı koşul vakıanın veya kurtuluş beyyinesinin somut olaydaki görünümüne ilişkin delil ikamesini dava dilekçesi ile hemen yerine getirmekte güçlük çekebilir. Hatta kimi zaman içsel bir durum olarak ortaya çıkan koşul vakıaların (örneğin zarar verme kastına ilişkin İİK m. 280) somutlaştırılması, hâkimde kanaat oluşturulması için daha yoğun bir faaliyete ihtiyaç duyulabilir. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile bu faaliyetin daha sağlıklı gerçekleştirilebilecek olması nedeniyle yazılı yargılama usûlü iptal davası bakımından daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

1.1.4.2. Hakimin Dilekçede Yer Alan İptal Sebebi ile Bağlı Olması

İcra İflâs Kanunumuz üç iptal nedeni saymıştır: Borçlunun yaptığı işlem ya ivazsız bir tasarruf olması nedeniyle (İİK m. 278); ya aciz halindeyken yapılmış olması nedeniyle (İİK m. 279) ya da zarar verme kastı ile yapılmış olması nedeniyle (İİK m. 280) iptale tabi olabilir. Yargıtay İcra İflâs Kanununda yer alan iptal sebeplerinin tahdidi biçimde sayılmadığı görüşündedir¹⁴⁴. Yüksek mahkeme bu

¹⁴⁴ 17. HD, E. 2010/8301, K. 2010/10368, T. 30.11.2010: “Borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları, üç grup altında ve İ.İ.K.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar, sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmıştır (İİK. md.281). Bu yasal sebeple de, davacı tarafından İ.İ.K.nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine göre iptal kararı verebilir. (Y.HGK 25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar Sayılı İlamı).”; 17. HD, E. 2009/4208, K. 2009/6214, T. 12.10.2009: “Yasa'nın 278-279 ve 280. maddelerinde borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları, üç grup altında düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar, sınırlı olarak sayılmış değildir... **Bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK'nun 278,**

tespitinden sonra, iptal davasında davacının ileri sürdüğü iptal nedeni ile bağlı olmadığını, İİK m. 278, 279, 280’de sayılan nedenlerden birine dayanarak iptale karar verebileceği yönündeki görüşünü belirtmiş; bu görüşünü de İİK m. 281/I’de yer alan “*Mahkeme, iptal davalarını basit yargılama usûlü ile görüp hükme bağlar ve bu davalara müteallik ihtilâfları hal ve şartları göz önünde tutarak serbestçe takdir ve halleder.*” hükmüne dayandırmıştır.

Maddi vakıalar yargılamaya taraflarca getirilir. HMK m. 119/I fıkrası e bendi uyarınca davacı, iddiasının dayanağı olan tüm vakıaların özetlerine dava dilekçesinde yer vermelidir. Aynı maddenin g bendinde de dayanılan hukuki sebeplerin belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu davacının dayandığı hukuki sebebi belirtmesi, bu sebep altında altlanabilecek vakıalara da dilekçesinde yer vermesini öngörmüştür¹⁴⁵. Doktrinde dava sebebinin vakıalara dayandırma görüşü ile açıklanması gerektiği yönünde görüş birliği vardır. Bu görüşe göre, dava sebebini dilekçede belirtilen vakıalar oluşturur. Bu görüş taraftarlarınca uyuşmazlığın çözümü bakımından esaslı ve temel vakıaların ileri sürülmesi gerekir; zira bu vakıalar dava sebebini oluşturur¹⁴⁶. Bu açıklamalar ışığında dava sebebi vakıalar ile bunlara denk düşecek hukuki sebebin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğini söylemek mümkündür. Ancak HMK m. 33’de ise hakimin Türk Hukuku’nu re’sen uygulayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu maddi vakıalara denk düşen, onlara hukuk alanında sonuç bağlayan hukuki sebepleri hakim, tarafların talebinden bağımsız biçimde uygulayacaktır¹⁴⁷. Hakim hukuku kendiliğinden uygulayacak; tarafları vakıalarını sunmaları ve delilleri tamamlamaları konusunda teşvik edecektir¹⁴⁸. Bu hükmü az önce değindiğimiz vakıaların ve hukuki sebebin dava dilekçesinde yer almasına ilişkin HMK m. 119 hükmü ile değerlendirdiğimizde

279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mahkeme bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebilir (YHGK 25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar sayılı ilamı).”, aynı yönde 17. HD, E. 2010/4398, K. 2011/49, T. 17.01.2011. (Erişim tarihi: 04.03.2013), ayrıca karşı. Kuru, İcra, C. IV, s. 3410; Karşı, İcra, s. 644

¹⁴⁵ Muhammet Özkes, **Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur**, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt. 1, Ankara, 2009, ss. 750-751.

¹⁴⁶ Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979, s. 106; Özkes, s. 753.

¹⁴⁷ Alangoya, ss. 95-96; Meriç, ss. 79-80; Henri-Robert Schüpbach, **Jura Novit Curia**, Stabilité et Dynamisme du Droit dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil offert au Tribunal Fédéral à l’Occasion de son Centenaire par les Facultés de Droit Suisse, Basel, 1975 (JuraNovitCuria), s. 513; M. Reşit Belgesay, **Dava Teorisi**, İstanbul, 1943 (Teori), s. 114.

¹⁴⁸ Schüpbach, Jura Novit Curia, s. 513; Meriç, s. 79.

ulaşılacak sonuç önemlidir. Zira eğer hakimin hukuku kendiliğinden uygulayacak olmasını koşulsuz olarak kabul edersek, taraflar dava dilekçelerinde hangi hukuki sebebi belirtmiş olursa olsun, hakimin bu sebeplerden bağımsız olarak vakıalara denk düşen hukuki sebebi uygulayacağını da kabul etmemiz gerekir. Kanaatimizce davacı dava dilekçesinde iddiasını dayandırdığı vakıaların özetlerine yer verdikten sonra, bu vakıaların hangi hukuki sebep altında altlanması istediğini de belirtilmesi, farklı bir ifade ile ilgili hukuki sebebi bildirmelidir. Tasarrufun iptali davaları bakımından da aynı sonuca ulaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Davacı/alacaklı, dayandığı hukuki sebep/iptal sebebinin haklı çıkararak biçimde dayandığı iptal sebebine ait koşul vakıalara denk düşen somut vakıalara dava dilekçesinde yer vermelidir. Nitekim ilgili iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmemiş olması halinde hakim davayı ispat yüküne ilişkin bir kararla reddetmelidir. Yani hakim örneğin ivazsız tasarruflardan kaynaklanan bir iptal davasında, bu sebebe ilişkin koşul vakıaların somut olayda bulunmadığını ve işlemin hükümde belirtilen şüpheli dönemde gerçekleşmediğini görürse, somut olay hakkında diğer iptal sebeplerine dayanılarak hüküm kurulup kurulamayacağını kendiliğinden inceleyememelidir. Bu kabul davacı/alacaklıya dava dilekçesini hazırlarken ve dayanacağı iptal sebebinin belirlerken iptal sebeplerine ilişkin koşul vakıalara denk düşen somut vakıaları doğru belirtme; işlemin de dayanılan şüpheli dönemde gerçekleşip gerçekleşmediğini doğru belirleme görevi yükler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz taraflara ileri sundukları vakıaları ispata elverişli biçimde somutlaştırmaları yönünde bir yük de yüklemektedir (HMK m. 194). Özellikle iptalin sübjektif sebeplerine yönelik olarak yürütülecek somutlaştırma faaliyeti de, kanaatimizce Yargıtay'ın andığımız yerleşik görüşü ile örtüşmemektedir. Her bir iptal nedenine aynı hukuki sonuç bağlanmışsa da, bu hukuki sonuca hükmedilebilmesi için aranan koşul vakıalar farklıdır. Her bir iptal nedeninin gösterdiği özellik ve birbirlerinin farklı oluşu, hâkimin uygun gördüğü iptal nedenine göre hüküm kurmasının önüne geçer. Bununla birlikte, her bir iptal nedeni bakımından işlemin gerçekleşmesi gereken sürenin de farklı oluşu, dayanılan iptal sebebine göre somut olayda süre koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca incelenmesi gereği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada somutlaştırma yükü önem kazanır.

1.1.4.3. Hakimin Uyuşmazlığı Serbestçe Çözümlemesi

İİK m. 281/I hükmü uyarınca, hakim iptal davasına konu edilen uyuşmazlığı durumun gereklerini de dikkate alarak serbestçe değerlendirir ve çözümler. Bu hüküm özellikle iptal davalarında başvurulabilecek ispat araçlarının belirlenmesi bakımından önem taşır.

İptal davasında hukuka uygun her türlü delilin kullanılması caizdir. Kural olarak senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz (HMK m. 201). Senede karşı senetle ispat kural veya senede karşı tanıkla ispat yasağı olarak adlandırılabilir bu kural iptal davaları bakımından uygulama alanı bulmaz. Zira İİK m. 281/I' e göre iptal sebeplerinin her türlü delille ispatı mümkündür¹⁴⁹. **Umar** ise anılan hükmün İsviçre kantonlarında geçerli farklı delil sistemleri karşısında hakime serbestlik sağlanması amacıyla getirildiğinden bahisle, Türk hukuku bakımından hükmün uygulama alanı bulamayacağı görüşündedir¹⁵⁰.

Kanaatimizce İİK m. 281/I hükmünü tarafların iptal sebebinin dayandığı hükme ait koşul vakıaların ispatında her türlü delile başvurabilecekleri şeklinde anlamak yerinde olur. Davacı alacaklı kendi lehine hak çıkardığı iptal sebebine ilişkin normun koşul vakıalarını iddia ve ispat etmelidir. Bu konuda ispat yükü kendisine düşmektedir. İptal davasının koşul vakıalarını çeşitli hukuki işlemler oluşturur. Davacı/alacaklı somut olayda koşul vakıaların gerçekleştiğini ispata çalışırken, İİK m. 281/I sayesinde sadece senet delili sunmak zorunda kalmayacak, diğer delillerle de ispat yoluna gidebilecektir. Özellikle zarar verme kastı gibi içsel vakıaları konu edinen koşul vakıalar bakımından emareler büyük önem taşır. Hâkim senede karşı senetle ispat kuralı ile bağlı da olmadığından, emare ispatı ile birlikte, davalının da sunduğu delilleri serbestçe değerlendirerek (HMK m. 98) hüküm kuracaktır.

¹⁴⁹ Jäger, Art. 288, § 5C ; Kuru, İcra, C. IV, s. 3550; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 875; Yıldırım, s. 166; Okay Durman, **İcra ve İflâs Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, 2009, s. 173.

¹⁵⁰ Umar, İptal Davası, ss. 96-97.

İİK m. 281/I hükmü aynı zamanda hakimin somut olayda uyuşmazlığı değerlendirirken de serbest olduğunu hükme bağlamaktadır. Uyuşmazlığın serbestçe değerlendirilip çözüme bağlanması, HMK m. 33 kapsamında hakimin önüne gelen somut olaya denk düşen iptal sebebini kendiliğinden uygulaması olarak anlaşılmamalıdır. Hakim hukuku kendiliğinden uygulayacaktır, tarafların belirttiği hukuki sebeple bağlı değildir. Ancak taraflar da koşul vakiyaya denk düşen somut olayı ispata elverişli biçimde somutlaştırma yükü (HMK m. 194) altında olduklarından, hakim tarafların getirdiği vakıalarla birebir örtüşen hukuki sebebi uygulaması gerekir¹⁵¹.

1.1.4.4. Özel bir Dava Şartı Olarak Aciz Vesikasının İbrazı ve İspat Bakımından Takibin Semeresiz Kalması ile İlgisi

1.1.4.4.1. Genel Olarak

Aciz vesikası, alacağın tatmin edilemeyen kısmını da belirterek; alacaklının, borçlunun paraya çevrilen malları ile tatmin edilemediği vakiasını resmi olarak tespit eden bir belgedir¹⁵². Aciz vesikasının geçici veya kesin olmasına göre, malvarlığı yetersizliğinin kesin veya muhtemel olduğu sonucuna ulaşılır¹⁵³. Yani aciz vesikası, takip borçlusuna karşı girişilen cebri icra prosedürünün takip konusu alacağın tamamen ya da kısmen ödenmemesi ile sonuçlandığına ilişkin resmi bir beyanı içerir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda “2.4. Genel Olarak” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁵² Nicolas Jeandin, **Actes de Défaut de Biens et Certificat d’Insuffisance de Gage**, FJS, 990, Genève, 1998 (ADB), s. 1; Favre, s. 247; Jäger, Art. 149, §1; Albert Rey-Mermet, **Art. 149 LP** Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn (Art. “Madde numarası”), 2005, §1; Brustlein/Rambert, Art. 149, §1; Üstündağ, Saim; **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004 (İcra), s. 301; Talih Uyar, **Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD) 2007/70 (Aciz Vesikası), s. 345; Selçuk Öztek, **İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası**, İstanbul, 1994, s. 13; Sıtkı Akyazan, **Borç Ödemeden Aciz Belgesi**, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’a Armağan, Ankara, 1964 (Aciz Belgesi), s. 315.

¹⁵³ Roland Ruedin, **L’Acte de Défaut de Biens Après Saisie (art. 115 et 149 LP)**, FJS no.990, Genève, 1991 (ADB), s. 2.

¹⁵⁴ Öztek, s. 14.

İcra ve İflâs Kanunumuz iki tür aciz vesikasını düzenlemektedir. Bunlardan ilki İİK m. 143'te (İsvİİK m. 149) yer alan kesin aciz vesikasıdır. Diğeri ise, hacze kabil mal bulunamaması nedeniyle düzenlenen haciz tutanağının teşkil ettiği ve İİK m. 105'te (İsvİİK m. 115/I) düzenlenen geçici aciz vesikasıdır. Aciz vesikasının geçici veya kesin olması, bu vesikanın hukuki niteliğine de doğrudan etki yapmaktadır. Hem külli hem de cüz'i icra yolunun aciz vesikası ile sonlanması mümkündür. Bu iki vesika temelde aynı amaca yönelik olsa da, bazı noktalarda farklı özellikler gösterebilmektedir. Bu nedenle açıklamalarımızı da bu ayrımları gözeterek yapacağız.

Aciz vesikası ile, bu vesikayı davada kullanan kişi arasındaki bağın dava takip yetkisinin temlik edilmesi yoluyla kopması nedeniyle, tasfiye sonrası verilen aciz vesikasının iptal davasındaki ispat gücü yok denecek kadar azdır. Bu nedenle biz burada sadece iptal davası bakımından asıl önem taşıyan hacizdeki borç ödmeden aciz vesikasını inceleyeceğiz.

1.1.4.4.2. Aciz Vesikasının Hukuki Niteliği

Aciz vesikası icra dairesi tarafından düzenlenen bir resmi senet niteliğindedir. İcra dairesi talep üzerinde aynı aciz vesikasının bir adet daha düzenleyip talep sahibine verebilir¹⁵⁵. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan 1994 değişikliğinden önce; aciz vesikasının bir örneğinin borçluya da verilmesi söz konusu değildi. Bu durum doktrinde eleştirilmiş; borçlunun alacaklılarına karşı sorumlu olduğu miktarı bilebilmesi bakımından kendisine de aciz vesikasının bir örneğinin verilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştü. Nitekim bu eleştiriler İsviçre kanunkoyucusu tarafından dikkate alınarak ilgili düzenleme kanun metnine eklenmiştir¹⁵⁶.

Aciz vesikasının en önemli özelliği borç ikrarı niteliğinde olmasıdır. İİK m. 143'te aciz vesikasının "*borcun ikrarını mutazammın senet mahiyetinde*" olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükmün lafzi yorumundan, aciz vesikasının maddi hukuk anlamında da bir borç ikrarı olduğu izlenimi doğabilirse de, aslen durum böyle

¹⁵⁵ Jeandin,ADB,s. 1; Ruedin, ADB, 2; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II**, 3. Baskı, İstanbul, 1990 (İcra, C. II), s. 1535; Akşener, Aciz Belgesi, s. 51; Uyar, Aciz Vesikası, s. 346. aciz vesikasının bir takip hukuku belgesi olduğu yönünde Öztekin, s. 53; Deliduman, s. 28.

¹⁵⁶ Message LP m. 149. Jäger,Art. 149, § 3. İsvİİK m. 149/I uyarınca borçluya da aciz vesikasının bir örneği verilir. Ayrıca borçlunun talebi aranmaz.

değildir. Mevzu İsvİİK m. 149/II'de aciz vesikasının İsvİİK m. 82 (İİK m. 68) anlamında borç tanınması teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Doğru ifade de budur. Nitekim borç ödemedi aciz vesikası dar anlamda bir borç tanınması niteliğinde değildir. Zira bu vesikada borçlunun herhangi bir irade beyanı bulunmadığı gibi, borçlu bir yükümlülük altına da girmemektedir. Borç ödemedi aciz vesikası hukuki ilişkinin veya borcun yenilenmesi sonucunu da doğurmaz; alacak bakımından kurucu bir etkisi de yoktur. Borç ödemedi aciz vesikası sadece alacağı tespit eder niteliktedir¹⁵⁷. Bu tespitlerden hareketle, borç ödemedi aciz vesikasının sadece icra hukuku ile sınırlı bir etkisinin olduğunu söylemek hatalı olmaz. Yani borç ödemedi aciz vesikası sadece bu vesikanın verilmesinden sona yapılacak takip bakımından bir borç tanınması teşkil eder¹⁵⁸. Bu durumun doğal bir sonucu da, borçlunun itirazın kaldırılması incelemesinde temel ilişkiden kaynaklanan itirazlarını ileri sürebilmesidir. Yani alacaklı eski bir borç senedine dayanarak itirazın kaldırılmasını talep ediyorsa, borçlu temel ilişkiden kaynaklanan itirazlarını borç ödemedi aciz vesikası ile bağılı olmadan ileri sürebilir, ispat faaliyetini de borç ödemedi aciz vesikasından bağımsız olarak gerçekleştirebilir¹⁵⁹. Benzer biçimde borçlunun borçtan kurtulma davası açması durumunda alacaklı da esas alacağını ispat yükü altındadır. Aciz vesikası bu vakıa bakımından ispat aracı olarak kullanılamaz¹⁶⁰.

1.1.4.4.3. Kesin Aciz Vesikasının Etkileri

Kesin aciz vesikası, icra takibine ilişkin olarak verilen son evraktır. Bu şekilde takip sonlanır¹⁶¹. Kesin aciz vesikası düzenlenebilmesi için, satış ve satış bedellerinin paylaştırılmış olması gerekir. Dolayısıyla artık borçlu hakkında tamamlama haczi yapma imkânı bulunmamalı; paraya çevirme usûle uygun

¹⁵⁷ Jeandin, ADB, s. 1, 6; Ruedin, ADB, 2; Jäger, Art. 149, § 3; Antoine Favre, De l'Acte de Défaut de Biens, RDS 50, 1931 (ADB), ss. 57-58; Ansay, İcra, s. 172; Üstündağ, İcra, s. 303, 305; Öztekin, ss. 56-57; Uyar, Aciz Vesikası, s. 353; iptal davası davacısı alacaklının aciz vesikasına dayanarak alacağının varlığını ispat yükünden kurtulacağı yönünde bkz. Börü, s. 497.

¹⁵⁸ Ruedin, ADB, 8; Jeandin, ADB, s. 7; Kuru, İcra, C. II, ss. 1535-1536; Akşener, Aciz Belgesi, s. 51; Uyar, Aciz Vesikası, s. 350; Jäger, Art. 149, § 4; Ansay, İcra, s. 173. Aciz vesikasının borcun yenilenmesini sağladığı yönünde bkz. Brustlein/Rambert, Art. 149, § 1.

¹⁵⁹ Jeandin, ADB, s. 1; Jäger, Art. 149, § 4.

¹⁶⁰ Ruedin, ADB, 8.

¹⁶¹ Ruedin, ADB, 7.

gerçekleşmiş ve sıra cetveli de kesinleşmiş olmalıdır¹⁶². Borçlunun haczi kabil başkaca malı olup olmadığını icra dairesi araştırmak zorundadır. Borçlunun başka malı olduğu tespit edilirse, şikâyet üzerine aciz vesikasının iptal edilmesi mümkündür¹⁶³.

1.1.4.4.3.1. Maddi Hukuka İlişkin Etkileri

Kesin aciz vesikasının maddi hukuk bakımından en önemli etkisi zamanaşımına ilişkindir. Aciz vesikasına bağlanmış olan borç borçluya karşı bu vesikasının düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (İİK m. 143/VI-İsvİİK m. 149a/I). Buradan hareketle kesin aciz vesikasının etkilerini borcun ödenmesine veya zamanaşımının dolmasına kadar göstermeye devam edeceği sonucuna ulaşılabilir¹⁶⁴. Buna göre borçlunun mirasçıları, mirasın açılmasından itibaren bir sene içinde alacaklı hakkını aramamışsa, borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilirler (İİK m. 143/VI- İsvİİK m. 149a/I).

Borçlu sadece kesin aciz vesikasında yer alan faiz ve borca ait diğer fer'ilerden sorumludur. Aciz vesikasına bağlanan alacak için faiz istenemez (İİK m. 143/IV). Borçlu bu ilişkiden bağımsız olarak kesin aciz vesikasının verilmesinden sonra faiz ödemeyi ayrıca taahhüt ettiyse, burada artık yeni bir borç doğmuş olur¹⁶⁵. Bunlar yanında, özel düzenlemelerde aciz vesikasına bağlanan sonuçlara rastlanabilir¹⁶⁶.

¹⁶² Jeandin, ADB, s. 6; Jäger, Art. 149, §3; Öztekin, s. 48 vd.; Akyazan; Aciz Belgesi, s. 319.

¹⁶³ Öztekin, s. 50; Jeandin, ADB, ss. 2, 6, yazara göre sadece alacaklının şikâyet hakkı vardır, borçlu aciz vesikası düzenlememesi işlemini şikâyete konu edemez.

¹⁶⁴ Müteselsil borçlu, kefil veya garanti veren bakımından bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Farklı bir ifade ile bu kişiler maddi hukuktaki zamanaşımı ile bağılıdır. Kural olarak aynı durum mirasçılara bakımından söz konusu olmakla birlikte bunlar bakımından özel bir düzenlemeye kanunda yer verilmiştir. Buna göre borçlunun mirasçıları, mirasın açılmasından itibaren bir sene içinde alacaklı hakkını aramamışsa, borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilirler (İİK m. 143/VI- İsvİİK m. 149a/I), Ruedin, ADB, ss. 11-12; Uyar, Aciz Vesikası, s. 353; Üstündağ; İcra, s. 303; Öztekin, s. 80; Akyazan; Aciz Belgesi, s. 322. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu yönünde bkz. Burhan Gürdoğan, **İcra-İflâs Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar**, BATİDER 1963, Cilt. II, Sayı. 1 (Aciz Vesikası), s. 26; Öztekin, s. 80, Jeandin, ADB, s. 8; Uyar, Aciz Vesikası, s. 354; Brustlein ve Rambert, Art. 149, § 4. Bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu yönünde bkz. Jäger, Art. 149, §9; Ruedin, ADB, s. 12.

¹⁶⁵ Ruedin, ADB, s. 13; Favre A.; ADB, s. 58.

¹⁶⁶ Örneğin, MK m. 513 (İsvMK m.480) gereğince mirasbırakanın hakkında aciz vesikası düzenlenmiş altsoyunu mirasçılıktan çıkarması; MK m. 562 (İsvMK m.524) gereğince saklı payı zedelenen mirasçı hakkında düzenlenmiş aciz vesikasına sahip alacaklıların tenkis davası açılmasını talep edebilmesi; BK m. 98 (İsvBK m. 83) gereğince hakkındaki takip semeresiz kalan borçlu ile

1.1.4.4.3.2. İcra Hukukuna İlişkin Etkileri

Kesin aciz vesikasının icra hukukuna ilişkin olarak gösterdiği en önemli etki, bu senedin borç tanınması niteliğinden kaynaklanır. Geçerli olduğu sürece kesin aciz vesikası takip hukuku ile sınırlı olarak borç ikrarı niteliğindedir¹⁶⁷.

Alacaklı aciz vesikasını aldığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde yeniden ödeme göndermesine gerek kalmaksızın takibe devam edebilir (İİK m. 143/III)¹⁶⁸. İlk takibe ilişkin tüm icra işlemleri tamamlanmış, borçlu itiraz haklarını tüketmiştir. Alacaklının talebi, yeni ortaya çıkan malın haczinden ibarettir¹⁶⁹.

Borç ödemedi aciz vesikasına sahip alacaklı, İİK m. 100/I, b. 1 'deki şartların gerçekleşmesi durumunda hacze iştirak edebilir¹⁷⁰.

Kesin aciz vesikasının çalışmamız ile ilgili olan en önemli etkisi, alacaklıya iptal davası açma imkânı vermesidir(İİK m. 143/II-İsvİİK m. 149/II)¹⁷¹.

1.1.4.4.4. Geçici Aciz Vesikasının Etkileri

İİK m. 105 uyarınca haczedilen malların alacağı karşılıma yetersiz olacağı anlaşılırsa, bu şekilde tutulan tutanak ve aynı şekilde haczi kabil mal bulunmadığı şeklindeki haciz tutanağı da geçici aciz vesikası hükmündedir¹⁷². Geçici aciz

karşılıklı borç yükleyen sözleşme akdeden tarafın karşı edimin ifası temin edilinceye kadar kendi ediminin ifasından kaçınması, maddi hukuk bakımından borç ödemedi aciz vesikasına bağlanan sonuçlardandır.

¹⁶⁷ Bkz. yukarıda “1.1.4.4.2. Aciz Vesikasının Hukuki Niteliği” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁶⁸ Bunun ödeme emri ile girişilen yeni bir takip olduğu yönünde de görüşlere rastlamak mümkündür, buyönde bkz. Öztek, s. 59; Gürdoğan, Aciz Vesikası, s. 23; Jeandin, ADB, s. 5; Uyar, Aciz Vesikası, s. 351. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Öztek, s. 60-63. İsviçre’de bu süre altı aydır. Bu düzenleme İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’na 1994 değişikliği ile girmiştir.

¹⁶⁹ Öztek, s. 59; Gürdoğan, Aciz Vesikası, s. 24.

¹⁷⁰ Kuru, İcra, C. II, s. 1537; Öztek, s. 65; Gürdoğan, Aciz Vesikası ss. 24; Jeandin, ADB, s. 5; Uyar, Aciz Vesikası, s. 352. Kanunun tanıdığı bu imkân ödeme emri göndermeksizin takibe devam etme imkânından farklıdır. Hatta Jeandin’e göre kanunun tanıdığı bu imkân geçici aciz vesikası bakımından söz konusu olan tamamlama haczi yapma imkânına benzemektedir, Jeandin, ADB, s. 5.

¹⁷¹ Bkz. Aşağıda “1.1.2.2. Takibin Semeresiz Kılması” ve “2.1.2.2.4. İspat Aracı Olarak Aciz Vesikasının Zarar ve Takibin Semeresiz Kılması Vakıyası Bakımından Aranacak İspat Ölçüsüne Etkisi” başlıkları altında yapılan açıklamalar.

¹⁷² “Somut olayda borçlu şirketin bilinen adreslerinde 11.02.2006 tarihinde yapılan hacizlerde bu adreslerinden ayrıldıkları bu nedenle haciz işleminin yapılamadığı dosyadaki haciz tutanağından anlaşılmuş olup yine borçlunun borcuna yetecek mal varlığının bulunmadığı da icra takip dosyasından anlaşılacakla haciz tutanağının İİK.nun 105.maddesi uyarınca geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir...” 17.HD, E. 2007/5641, K. 2008/1143, T. 11.03.2008.

vesikası, sahibine iptal davası açma ve tamamlama haczi yapma imkânı verir (İİK m. 105/II).

Bu şekilde düzenlenen vesikanın geçici olması, hacizli malların satış aşamasında tahmin edilen değerlerinin üzerinde satılarak alacağı karşılayabilme ihtimallerinin hala mevcut olmasından kaynaklanır. Farklı bir ifade ile geçici aciz vesikası haciz anında icra memurunun malın değeri ve alacağı karşılama ihtimali hakkında bir tahminine dayanır. Hacizli malların satışından sonra elde edilecek miktarın alacağı karşılama ihtimali de mevcudiyetini korur¹⁷³. Bu niteliği itibariyle geçici aciz vesikası icra prosedüründe ara bir dönemi ifade eder. Paraya çevirme işleminin tamamlanmasından sonra, alacağın karşılanmayan kısmı kesin biçimde belirlenecek ve geçici aciz vesikası kesin aciz vesikası ile değiştirilecektir¹⁷⁴.

1.1.4.4.5. Borç Ödemedi Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi

Takibin semeresiz kalması, aciz vesikası ile belgelendirilir. İİK m. 277 de davacı sıfatının aciz vesikasının varlığına bağlanmış olması nedeniyle, yargılamada aciz vesikasının yokluğunun davacı sıfatının yokluğu anlamına gelebileceği yönündeki görüşlere değinildi. Bugün Türk doktrini¹⁷⁵ ve yargı kararlarında¹⁷⁶

¹⁷³ Öztek, s. 24; Seyithan Deliduman, **Muvakkat Borç Ödemedi Aciz Belgesi**, TBBB, 1998/3 (Muvakkat), s. 1079.

¹⁷⁴ Jeandin, ADB, s. 4. İsvİİK m. 127, aciz vesikasına ilişkin bir başka hüküm daha içermektedir. Satışa çıkarılan hacizli mal, rehin ile temin edilmiş alacakların tamamını karşılamaya yetecek bir miktara ihale edilir. Yani, teklifin bu alacakların tamamından fazla olması gerekir (İsvİİK m. 126). İİK m. 115'te de benzer bir hüküm öngörülmüş; teklifin artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların tamamından fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması aranmıştır. Teklife ilişkin aranan bu şartın gerçekleşmemesine ise iki hukuk sistemi farklı sonuçlar bağlamıştır. Türk hukukunda ikinci ihalede de alıcı çıkmaması durumunda satış talebinin düşeceği hükme bağlanmıştır (İİK m. 115/III). Buna karşın İsviçre Hukukunda ise ihalenin 126. Maddede aranan şartlarla gerçekleşmesinin mümkün olmadığını anlaşılması halinde alacaklının talebi üzerine satışın reddedilerek geçici aciz vesikası düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır, Jeandin, ADB, s. 7; Deliduman, Muvakkat, s. 1087.

¹⁷⁵ Umar, İptal Davası, s. 38; Kuru, İcra, C. IV, s. 3494; **Üstündağ**, İflâs, s. 283; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 871; Muşul, C. II, s. 1515; Karşı, İcra, ss. 651-652; Akyazan, s. 236; Talih Uyar, **İcra ve İflâs Hukukundaki İptal Davalarında Yargılama**, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1986, Cilt 12, Sayı 1-2 (Yargılama), s. 139; Kamil Yıldırım, **Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFD, Özel Sayı, Yıl. 2013, Cilt. 19, Sayı. 2, İstanbul (Karine), s. 474.

neredeşye oybirliğiyle, İsviçre doktrini¹⁷⁷ ve yargı kararlarında ise çoğunlukla aciz vesikasının özel bir dava şartı olduğu kabul edilmektedir. Geçici veya kesin aciz vesikası, borçlunun alacaklılarının tamamını bütün borçlarını kapsayacak biçimde tatmin edememiş olması şeklinde tanımlanabilecek olan bu durumu gösteren bir belge olup, sahibine iptal davası açma imkânı tanır. Zira iptal davasının şartlarından biri de takibin semeresiz kalması; borçlunun malvarlığındaki eksilmenin alacaklının malvarlığına da etki etmesidir. Bu durumu tespit eden aciz vesikasıdır. Kanunda geçici veya kesin aciz vesikasına sahip olan alacaklıların iptal davası açabileceğinin öngörülmesi kanaatimizce yukarıda¹⁷⁸ tartışmaya çalıştığımız davacı sıfatına ilişkin görüşleri doğurmuştur. Aciz vesikası, davacının, bu davayı açmaktaki menfaatini ortaya koyan belgedir. Kanunun aciz vesikası şartını aramaması durumunda, alacağı tatmin edilmeyen her alacaklı, bu işlemlerin iptali için dava açabileceği sonucuna ulaşılır. Oysa iptal davasında davacı bakımından aranan menfaat, alacağını alamamış olması yanında, iptali istenen tasarrufun borçlunun malvarlığını eksilterek, alacaklının alacağını almasına imkân bırakmamış olmasıdır. Bu imkânsızlık da aciz vesikası ile tespit edilebilir. Dolayısıyla denilebilir ki, aciz vesikasının ibrazı, davacının davayı açmaktaki menfaatini tespiti ilişkin, özel bir dava şartı niteliğindedir. Aciz vesikasının dava şartı olduğunun kabulü, takibin semeresiz kalması olgusunun iptal davası bakımından ispatı gereken bir koşul vakıa olmaktan çıkarsa da, aciz vesikasının takibin semeresizliğini ve dolayısıyla davacının menfaatini göstermesi nedeniyle ispat faaliyetinde rol oynayacağı kuşkusuzdur.

Aciz vesikasının geçici veya kesin olması bakımından doktrinde yapılan farklı değerlendirmelere de katılmıyoruz. Borçlu bakımından alacaklıları tatmin edememe halinin, davacının dava açmadaki temel menfaatini oluşturduğuna

¹⁷⁶ 15. HD, E. 2006/4872, K. 2007-836, T. 13.02.2007: “...İİK.nun 277 ve müteakip maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasının koşullarından birisi de davaya dayanak yapılan icra dosyasında borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunmasıdır. (İİK.mad.277/1) İptal davasını elinde geçici (İİK.mad.105) veya kesin (İİK.mad.143) aciz belgesi bulunan alacaklılar açabilir. Bu hal dava koşulu olduğundan bulunup bulunmadığı görevi gereği mahkemece kendiliğinden gözetilir...”; aynı yönde, 15. HD, E. 2001/4764, K. 2001/5466, T. 27.11.2001; 17. HD, E. 2010/11494, K. 2011/2012, T. 08.03.2011;

¹⁷⁷ Gilliéron, § 2926; Schüpach, Acte de Défaut de Bien – Cédidac, s. 181; Schüpach, Art. 285 §228-229. Karşı görüş için bkz. Peter, Art. 285 LP §24; Peter, Restatement, § 18-19; aciz vesikasının zararı ortaya koyması bakımından iptal davasının asli unsuru olduğu yönünde bkz. Rolaz, s. 22.

¹⁷⁸ Bkz. yukarıda “1.1.3.1. Hacizdeki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

değirmiştik. İşte bu menfaatin –kural olarak- davanın açılma anında mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Hâkim esasa ilişkin incelemeye girişmeden önce, davacının dava açmadaki menfaatinin varlığını incelemelidir. Bununla birlikte menfaatin varlığı yargılamanın her aşamasında dikkate alınır¹⁷⁹. Geçici aciz vesikası da bu menfaatin dava açıldığı anda güncel ve doğmuş olduğunu ispatlamaya yeterlidir. Özel dava şartının yerine getirilmesi bakımından aciz vesikasının kesin veya geçici olması sonucu değiştirmez. Dolayısıyla dava şartının varlığı bakımından geçici aciz vesikasının kesin aciz vesikasından bir farkı bulunmamaktadır. Ancak aciz vesikasının yargılamanın her aşamasında sunulabileceği gerçeği karşısında, menfaatin araştırılmasının da yargılamanın ilerleyen aşamalarına bırakılabileceği şeklinde bir sonuca da ulaşılması mümkün değildir. Zira menfaat süre verilerek tamamlanabilecek bir dava şartı değildir. Aciz vesikasının menfaatin ispatına yarayan bir araç olması, davacının dava açmadaki menfaatinin sadece bu belgenin varlığı şartına bağlı olduğu anlamında da gelmez. Mahkeme, davacının menfaatini inceleyecek, özel bir dava şartı olarak da esas hakkında hüküm vermek için kesin veya geçici aciz vesikasının ibrazını arayacaktır.

Dava şartlarının incelenmesi bakımından kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olmamakla birlikte, hakim görevi gereği dava şartlarının varlığını davanın her aşamasında inceleyebilir. Şüphe halinde de hakim, ilgili dava şartının varlığı veya yokluğundan lehine hak çıkararak taraftan, bu hususun ispatını isteyebilir. Yani hakim dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda kuşku duyarsa, iddia ve ispat yükünü taşıyan taraftan bu dava şartına ilişkin vakıaların ve delillerin ibrazını isteyebilir¹⁸⁰. Aciz vesikası ve buna bağlı olarak takibin semeresiz kalması bakımından da benzer bir sonuca ulaşılabilir. Hakim aciz vesikasının ibraz edilmemiş olmasını, takibin semeresiz kalmadığı yönünde bir şüphe olarak değerlendirerek, davacıda takibin semeresizliğine ilişkin vakıaları iddia ve ispat etmesini isteyebilmelidir. Aksi halde davanın aciz vesikasının akıbetine göre farklı şekillerde reddi mümkündür.

Borçlunun dava devam ederken borçlarını tamamen ödemiş olması ihtimalinde davanın sıfat yokluğundan reddi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir

¹⁷⁹ Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara, 2009, s. 321; Jäger, Art. 285, §2.

¹⁸⁰ Alangoya, s. 133; Hanağası, s. 294.

durumda, dava menfaat yokluğundan reddedilmelidir¹⁸¹. Zira davacının iptal davası açmasındaki amaç, aslen işlemin iptaline yönelik olmayıp, alacağının tatmin edilememesidir. Davacı-alacaklının alacağı ödendikten sonra, iptal davası açmasında bir menfaati kalmayacağı açıktır (İİK m. 281/III). Bununla birlikte, aciz vesikasının dava devam ederken iptal edilmesi veya geçici aciz vesikasının, haczedilen malların bedellerinin alacağı karşılayacağına anlaşılması nedeniyle hükümsüz hale gelmesi durumunda, dava yine reddedilecektir¹⁸². Aciz vesikasının iptali durumunda dava özel dava şartının yokluğundan dava reddedilmelidir. Zira aciz vesikasının sahte veya hatalı olması da iptaline sebebiyet verebileceğinden somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır. Geçici aciz vesikasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda ise menfaat yokluğundan davanın reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira artık takibin semeresiz kalmadığı kesin biçimde ortaya koyulmuştur.

İflâs tasfiyesinden sonra verilen aciz vesikasının sahibi, tek başına iptal davasını ancak belli koşulların gerçekleşmesi durumunda açabilir. Alacaklı, İİK m. 245'e göre alacağı takip etmek için temlik almadıkça iptal davasını tek başına açamaz. İflasın kapanmasından sonra doğacak iptal hakkını ancak alacaklıların temsilcisi sıfatıyla iflas dairesi kullanabilir. İflâs sonrası aciz vesikasına sahip alacaklı, bu hakkını ancak İİK m. 245 kapsamında, iddianın takibi kendisine temlik edildiyse tek başına kullanabilir¹⁸³. Bununla birlikte iflasın kaldırılması halinde, iflasın açılmasından önce alınan aciz vesikasına sahip alacaklının, bu vesikaya dayanarak tek başına iptal davası açabileceğinde şüphe yoktur. Böyle bir durumda iflas organlarının varlıkları da sonra erdiğinden, alacaklıların tek başlarına icrai takibat yapabilme imkânları yeniden doğar. İflâs sonrası aciz vesikasına dayanarak yeniden takip yapan alacaklı, bu takip kapsamında kendi adına iptal davası açma hakkını da haizdir¹⁸⁴.

¹⁸¹ Davanın konusuz kalacağı yönünde görüş için bkz. Gilliéron, Note, s. 149. Uyar, sadece davanın reddedileceğini söylemektedir, Uyar, Yargılama, s. 136.

¹⁸² Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 872; Yıldırım, Aciz Vesikası, s. 974; Gilliéron, Note, s. 149.

¹⁸³ Umar, İptal Davası, s. 43; Üstündağ, İflâs, s. 285; Gilliéron, §2936-2937; Uyar, Yargılama, s. 140.

¹⁸⁴ Peter, Art. 285 LP §37; Jäger, Art. 285, §3, B, a.

İflâs idaresinin iddianın takibine gerek duymadığı, hiçbir alacaklının da iddiayı takip etmek istemediği hallerde, müflis davanın takibinden şahsen sorumlu olur¹⁸⁵.

1.1.5. Tasarrufun İptali Davasının Sonuçları

1.1.5.1. Genel Olarak

İptal davasının davacı lehine sona ermesi durumunda gerçekleşecek iade işleminin kapsamı İİK m. 283'te hükme bağlanmıştır. Bu hüküm incelenirken bir hususa özellikle dikkat etmek gerekir. Burada iade yükümlülüğü bulunan borçlu değil, iptale tabi işleme taraf olan veya menfaat elde eden üçüncü kişidir. Önem arzeden bir diğer nokta da, işlem lehdarı üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkidir. İptale tabi işlem ile borçlunun edimine karşılık işlem lehdarı üçüncü kişinin bir karşı edim vermiş olması mümkündür. Bu durumda, borçlunun bu işlemi, işlem lehdarı üçüncü kişi aleyhine, alacaklı için fazladan bir tahsil imkânı teşkil etmemeli; borçlu bu fiili gerçekleştirmeseydi, alacaklının elde edeceği değerden fazlasından işlem lehdarı üçüncü kişinin sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır¹⁸⁶.

Kanunda yer alan “iade” ifadesi aslen hatalıdır. Zira işlem lehdarı üçüncü kişi burada elinde bulunan iptal işlemine konu değeri iade etmez. İşlem lehdarı üçüncü kişinin yükümlülüğü, cebri icra işlemine katlanmaktan ibarettir. Yani iade ile asıl amaç, malvarlığını işlemden önceki haline getirmektir. Bu açıdan bu yükümlülüğün aynı değil, şahsi nitelikli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü iade ile, iadeye konu değerinin sahipliğinde bir değişiklik olmaz¹⁸⁷. Nitekim İİK m. 283 de hatalı ifadeye rağmen, iade yükümlülüğünün şahsi niteliğini göz önünde bulundurarak iptal

¹⁸⁵ Üstündağ, İflâs, s. 93; Jäger, Art. 207, §4, İsviçre hukukunda iptal davasının borçluya yöneltilmediğini hatırlattıktan sonra, Jäger'in iflasın açılmasının devam eden hukuk davalarına ve özellikle iptal davasına etkisine ilişkin bir görüşüne de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yazara göre borçlunun taraf olmadığı iptal davası dahi, borçlu hakkında iflasın açılması ile durmalıdır. Zira iptal davası masaya ilişkin bir hak veya mala ilişkin olarak ortaya çıkacaktır, §5.

¹⁸⁶ Umar, İptal Davası, s. 105; Jäger, Art. 291, §2, A, b.

¹⁸⁷ Jäger, Art. 291, §2, A; Peter, Art. 291 LP §3; Erard-Gillioz, s. 16 ; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 75; Favre, s. 379; Tschumy, s. 448; Yıldırım, Karine, s. 472.

davasının konusu bir taşınmazın oluşturması ihtimalinde tapu kaydının tashihiine gerek duyulmadan icra işleminin gerçekleştirilebileceğini hükme bağlamıştır¹⁸⁸.

İptal davası şahsi nitelikte bir davadır¹⁸⁹. Bu dava sonucu verilecek hükümden sadece davanın tarafları etkilenir. Elinde hacizde verilmiş aciz vesikası¹⁹⁰ bulunsa dahi davaya taraf olmayanlar bu hükümden etkilenmez¹⁹¹. İşlem lehdarı üçüncü kişinin iade yükümlülüğü de, sadece davacı alacaklının borcunu karşılayacak miktarla sınırlıdır. Yani, işlem lehdarı üçüncü kişi, alacaklının dayandığı aciz vesikasında belirtilen tutardan fazlasını iade ile yükümlü olamaz¹⁹². Ancak bir görüşe göre, borçlunun malvarlığındaymış gibi işlem yapılan değerden diğer alacaklılar da faydalanır. İptal işleminden sonra yapılan cebri icra işleminde bu işlem ile oluşan durum dikkate alınmaz. Yani iptal davasını açan alacaklının haciz işlemi sırasında diğer alacaklılara göre rüçhanlı olduğundan bahsedilemez. Zira bu değer, davayı açan alacaklı kadar, diğer alacaklıların da alacaklarının garantisi niteliğindedir. Şüphesiz bu görüş, işlem lehdarı üçüncü kişinin malvarlığında aynen bulunan değerler için öne sürülmüştür¹⁹³. Kanaatimizce iadenin şekline göre yapılan bu ayrıma katılmak mümkün değildir. Zira sıra cetvelinde alt sıralarda olan bir alacaklının da iptal davası açması durumunda, kendisine etki etmeyecek bir tahsil imkânı için harekete geçmesini beklemek gerçekçi değildir. Alacaklının, iptal davası yoluna başvurmasının bir şekilde “ödüllendirilmesi”, farklı bir ifade ile, şahsi nitelikte olduğu devamlı olarak vurgulanan davanın, sadece taraflara etki etmesi, onların öncelikle tatmin edilmesine yönelik olması gerekir. Aksi takdirde iptal davasının uygulanması alacaklılar bakımından anlamsızlaşır.

¹⁸⁸ Peter, Art. 291 LP §3; Jäger, Art. 291, §2, A; Schüpbach, Art. 291, §4, 6; Erard-Gillioz, s. 16; Umar, İptal Davası, s. 98; “...Somut olayda, takip dayanağı ilam İİK.nun 277 ve müteakip maddelerine göre açılmış tasarrufun iptali davası sonucunda, aynı yasanın 283/2. maddesi gereğince bedele hükmedilmesine ilişkindir. Bu tür kararlarda amaç yalnızca borçlunun tasarrufuna konu ettiği maldan alacaklının alacağına tahsili olanağını sağlamaktan ibaret olup, tapu kaydının iptaline yönelik bir hüküm yer almaz...”, 8. HD, E. 2012/6078; K. 2012/6234, T. 26.06.2012. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.2013)

¹⁸⁹ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 858, 878; Umar, İptal Davası, s. 19; Muşul, C. II, s. 1487; Akyazan, s. 237; Sarısözen, s. 56; Serdar Kurtoğlu, **İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği**, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Cilt 47, Sayı 7-8, 1973, s. 779.

¹⁹⁰ İflâs yolunda ikame edilebilecek olan iptal davası bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir. İflâsta ikame edilen ita davasında, dava neticesinde elde edilen değer masaya dahil edileceğinden, tüm alacaklılar bakımından etki doğuracaktır.

¹⁹¹ Jäger, Art. 291, §2, A, b; Peter, Art. 291 LP §14; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 878.

¹⁹² Peter, Art. 291 LP §14; Jäger, Art. 291, §2, A; Erard-Gillioz, s. 17; Favre, s. 380-381; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 70; Tschumy, s. 450.

¹⁹³ Schüpbach, Art. 291, §11-12.

İkinci bir alacaklının aynı işleme yönelik iptal talep ettiği ve işlem konusu malvarlığı değerinin işlem lehdarı üçüncü kişinin malvarlığında aynen bulunmadığı durumlarda ise, bu ikinci alacaklının, ilk iptal davasını açan alacaklının yaptığı hacze iştiraki söz konusu olabilir. İlk davanın davacısı olan alacaklı, işlem konusu malvarlığı değeri üzerinde cebri icra işlemi yürüttüğü sırada, aynı işlemi konu edinen ikinci iptal davasını açan ikinci alacaklı, ancak ilk hacze iştirak edebilir. Yoksa her iki davacı bakımından üçüncü kişiye karşı ayrı ayrı cebri icra imkânı tanınması mümkün olmamalıdır.

1.1.5.2. İşlem Lehdarı Üçüncü Kişinin Katlanma Yükümlülüğü

İade yükümlüğünün, bir borç ilişkisi, aynı bir hakkın tesisi veya diğer bazı hukuki ilişkiler neticesinde hasmın malvarlığında ortaya çıkmış değere ilişkin olması mümkündür. Benzer biçimde bu değer hasmın malvarlığında hâlihazırda bulunup bulunmaması iadenin şekline de etki eder. Bu nedenle hasmın iade yükümlülüğünü, iadenin konusunu oluşturan malvarlığı değerine ve farklı ihtimallere göre değerlendirmek gerekir.

1.1.5.2.1. İptale Tabi İşlemin Paradan Başka Bir Değere İlişkin Olması ve Halen Üçüncü Kişinin Malvarlığında Bulunması Durumunda

İptale konu değer halen malvarlığında bulunması durumunda, hasmın yükümlülüğü, sadece cebri icraya katlanmakla sınırlıdır. İptal davası lehine sonuçlanan alacaklı, o şey borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi takip işlemine devam edip haczi gerçekleştirir. Satış işlemi neticesinde bakiye kalırsa, bu bakiye borçluya değil, hasma iade edilir¹⁹⁴.

İade işlemine konu değer hasmın elindeyken elde edilen semereleri hasma bırakılır. Alacaklının bu semerelere el atması mümkün değildir. Zira bu semereler borçlunun malvarlığından çıkmış değildir¹⁹⁵. Hasmın değeri muhafaza için yaptığı zorunlu harcamaları alacaklıdan istemesi (ya da iade borcuna mahsup ettirmesi)

¹⁹⁴ Jäger, Art. 291, §2, A, b; Brustlein ve Rambert, Art. 291, §1; Favre, s. 379; Umar, İptal Davası, s. 99; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 878; Akyazan, s. 245.

¹⁹⁵ Umar, İptal Davası, s. 99; Schüpbach, Art. 291, §62.

mümkündür¹⁹⁶. Ancak bu hususta aksi bir görüş de ileri sürülerek, alacaklının, idare amaçlı yapılan temliklerde hâsıl olan semerelere de el atabileceği ileri sürülmüştür. Zira bu tip temliklerde borçlunun da malvarlığı değerini elinde tutarak kendisinin semerelendirmesi mümkündür¹⁹⁷. **Peter**, semerelerle birlikte faizin de iade kapsamında alınması gerektiği görüşünü savunmuştur¹⁹⁸. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Zira hem Türk hukukunda (İİK m. 143/IV) hem de İsviçre Hukuku'nda (İsvİİK m.149/IV) aciz vesikasına bağlanmış alacaklara faiz işletilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla iade yükümlülüğünün doğduğu anda, aciz vesikasında belirtilen miktara semeresiz haczin yapılmasından veya iflasın açılmasından itibaren faiz de işletilmesi, bu miktarın da iade yükümlülüğüne eklenmesi mümkün değildir. Yargıtay bir kararında¹⁹⁹, bu hükmün ancak alacaklının borçlunun malvarlığından tatmin edileceği durumlarda uygulama alanı bulabileceğini; alacaklının üçüncü kişinin malvarlığından tatmin edilmesi durumunda faiz istenebileceğini hükme bağlamıştır. Kanaatimizce bu karar, iptal davasının amacı bakımından eleştiriye açıktır. Teknik olarak, iade aşamasında hak sahipliği değişirse de, iptal davası aslen borçlunun malvarlığını yeniden kurmaya yöneliktir. Dolayısıyla, hak sahipliğinin değişmemesi nedeniyle; yani iadeye konu değer mülkiyetinin üçüncü kişide kalması nedeniyle, aciz vesikasına bağlanmış alacak miktarına faiz işletilebileceğine hükmedilmesi, kanaatimizce fazla şekilci bir yaklaşım olur.

Hacizde durum böyleyken, iflasta açılan iptal davası bakımından da iptale konu değer de iflas masasına intikal ettirilmesi gerekir. Doktrinde daha kısa bir yöntem olarak hasmın, iptale konu değerlerin bedelini tazminat olarak ödemekle yükümlü olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Zira her halükarda bu aktif değer de paraya çevrilmesi gerekecektir. İddiayı takip yetkisinin alacaklılardan birine devredilmesinde de durum aynıdır²⁰⁰.

¹⁹⁶ Schüpbach, Art. 291, §62; Peter, Art. 291 LP §10; Tschumy, s. 451.

¹⁹⁷ Peter, Art. 291 LP §8; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 70; Erard-Gillioz, s. 17 ; ayrıca bkz. JdT 1974 II 18/ATF 98 III 44.

¹⁹⁸ Peter, Art. 291 LP §8; aynı yönde Tschumy, s. 451-452.

¹⁹⁹ 12 HD., E. 2011/1875; K. 2011/16987, T. 29.09.2011, aynı yönde 19. HD., E. 2005/158, K. 2005/5948, T. 26.05.2005. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.2013)

²⁰⁰ Umar, İptal Davası, s. 100; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 878; Favre, s. 381; Erard-Gillioz, s. 18 ; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 70; Peter, Art. 291 LP §15. Yazar da aslında esas kuralın malvarlığı değerinin iadesi olduğunu belirttikten sonra, pratikte iade borcunun tazmin borcuna dönüşeceğini belirtmiştir.

1.1.5.2.2. İptale Tabi İşlemin Paraya İlişkin Olması veya Değerin Üçüncü Kişinin Malvarlığında Bulunmaması Durumunda

İptale tabi işlemin paraya ilişkin olması durumunda, hasım borcu aciz vesikasında yazan kadar miktarı kadar alacaklıya veya iflas masasına ödemelidir. İadeye konu olacak değer hasmın malvarlığında bulunmaması durumunda, hasmın iade borcu artık tazminat borcuna dönüşecektir (İsvBK m. 96/TBK m. 111)²⁰¹. Doktrinde iadenin güç veya mantıksız olacağı durumlarda da bu hükme dayanılabileceği ileri sürülmüş, özellikle şirket birleşmelerinde söz konusu olabilecek iptal davalarında bu hükmün uygulama alanı bulabileceğinden bahsedilmiştir²⁰².

Tazminatın miktarı, semeresiz haczin gerçekleştirildiği veya iflasın açıldığı anda, bu değer alacaklılara ne kazandıracak idiyse, onunla sınırlıdır. Bunun nedeni de, iptal davasının temel amacının, borçlunun malvarlığının iptale tabi işlem den önceki haline iadesine yönelik olmasıdır. Yargıtay'ın tazminat miktarının, malın elden çıkartıldığı tarihteki değerine göre belirlenmesi gerektiği yönünde kararları da mevcuttur: “...*Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin ve sonraki kişilerin iyi niyetli olması halinde İ.İ.K.nun 283/2 maddesi uyarınca koşullar oluştuğu takdirde üçüncü kişinin malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekir...*”. Yargıtay'ın bu kararına katılmıyoruz. Zira kanunun iade yükümlülüğünde iyiniyete sonuç bağladığı tek durum İİK m. 283/VI da yer almakta olup, o da kendisine bağış yapılan **üçüncü kişinin** durumuna ilişkindir. Burada genel kuraldan ayrılmak için bir neden görememekteyiz. Üçüncü kişiden malı devralan dördüncü kişi; yine semeresiz haczin gerçekleştirildiği veya iflasın açıldığı anda, bu değer alacaklılara ne kazandıracak idiyse onunla sorumludur. Bu durum dördüncü

²⁰¹ Umar, İptal Davası, s. 101; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 877; Favre, s. 382 ; Schüpbach, Art. 291, §26; Peter, Art. 291 LP §6; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 74; Tschumy, s. 449. Neuchâtel Mahkemesinin iade borcunun İsv BK m. 97 uyarınca tazmin yükümlülüğüne dönüşmesi ile ilgili olarak bkz. RJN 1982, s. 296.

²⁰² Peter, Art. 291 LP §6; Tschumy, s. 450.

kişinin haklarına hanel getirmez, zira bu kişinin kaybını borçludan veya kendisi ile işlem yapan üçüncü kişiden tazmin etme hakkı bakidir²⁰³.

1.1.5.2.3. İptale Tabi İşlemin Bir Hak Devri veya Kurulmasına İlişkin Olması Durumunda

İptale tabi işlemin bir hak devri veya bir hak tesis edilmesini ilişkin olduğu durumlarda alacaklı, bu işlem hiç yapılmamış gibi cebri icrayı yürütür. Örneğin davanın konusu taşınmaz üzerinde rehin tesisine ilişkin ise alacaklı, taşınmazı bu rehinden ari olarak haczettirip sattırma hakkı kazanır²⁰⁴. Nitekim Yargıtay da, iptale konu değer üzerinde sonradan ipotek tesis edilmiş olsa dahi, tasarrufun iptali davası davacısına iptal edilmiş tasarruf oranında ödeme yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır : « ...İİK.nun 283. maddesine göre hacizde iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılmalıdır... ». İpotek tesisi işleminin iptal davasına konu edildiği durumlarda bu işlemin iptali söz konusu olmaz; davacı alacaklı da üzerinde ipotek tesis edilen taşınmaz üzerinde cebri icra işlemi uygulanması satışını talep edebilir²⁰⁵.

Sayılanlar dışında bir biçimde hasmın iptale tabi işlemde menfaat elde etmesi durumunda da, genel kuraldan ayrılmaya gerek yoktur. Yani iade ile, üçüncü kişiye bu menfaat sağlanmasaydı, borçlunun malvarlığının bulunacağı durumun tesis edilmesi amaçlanır.

²⁰³ Umar, İptal Davası, s. 102; 17. HD., E. 2010/8141; K. 2010/3884; T. 25.04.2011; aynı yönde, 17. HD., E. 2010/10331; K. 2011/3653; T. 19.04.2011 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.2013)

²⁰⁴ Umar, İptal Davası, s. 102; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 877.

²⁰⁵ 19. HD., E. 2000/7450, K. 2000/8250, T. 30.11.2000. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.2013); ipotek tesisi işleminin iptal edilmesi gerektiği yönünde kararlar için bkz. Uyar ve diğerleri, s. 1200 vd.

1.1.5.2.4. İyiniyetin İade Borcuna Etkisi

İİK m. 283/VI, kendisine bağış yapılan kişinin iyiniyetli olması ihtimaline farklı bir sonuç bağlamıştır. Bağış kabul edenin iyiniyetli olması durumunda, bu kişi yalnız dava zamanında elinde bulunan miktarı iade etmelidir. İsviçre Hukukunda ise durum farklıdır. İsvİİK m. 291/III uyarınca bağışı kabul eden, aciz vesikasında belirtilen tutarı değil, zenginleştiği miktarı iade ile yükümlüdür. Bu durumda da iade borcu, borçluya bağışı kabul eden tarafça ödenen ile malın gerçek değerinin farkı kadar olur²⁰⁶.

Bağışlananın iyiniyeti, işlemin iptale tabi niteliğini kusursuz olarak bilmeme halidir. Yani bağışlanan, işlemin niteliğini biliyor ve bilebilecek durumda bulunuyorduyorsa, artık iyiniyetin varlığından söz edilemez²⁰⁷. Bağışlanan böyle bir şüphenin varlığı halinde, gerekli araştırmayı yaparak kendisine bağışlanan değer, iptale tabi bir tasarrufa konu olmadığından emin olmalıdır²⁰⁸.

İİK m. 283/VI, sadece İİK m. 278 uyarınca yapılan ivazsız kazandırmalar bakımından uygulama alanı bulur. Bu kapsama bağışlama ile birlikte, bağışlama ile eş tutulan işlemleri de katmak gerekir²⁰⁹.

Bağışlananın iyiniyetli olması vakıyasından lehine sonuç çıkarması beklenen yine bağışlananın kendisidir. Dolayısıyla, iyiniyetini ispat yükü de davalı bağışlanandır²¹⁰.

1.1.5.3. Borçlu ile İşlem Lehdarı Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki

Hasmın iptal davasını kaybetmesi durumunda, borçluya verdiği karşı edimi borçludan veya duruma göre iflas masasından talep etmesi mümkündür (İİK m. 283/III). Böyle bir durumda hasım bu talebini iptal davası içerisinde ileri sürebilir. Hasmın karşı edimi için dava açması, iptal davasının görülmesine ve daha önce hüküm verilmesine engel değildir (İİK m. 283/V). Hasmın karşı edimini talep

²⁰⁶ Peter, Art. 291 LP §11; Stoffel ve Chabloz, §7, N. 76; Jäger, Art. 291, §6; Erard-Gillioz, s. 19; Schüpbach, Art. 291, §86.

²⁰⁷ Peter, Art. 291 LP §13; Schüpbach, Art. 291, §83; Umar, İptal Davası, s. 103; Erard-Gillioz, s. 19.

²⁰⁸ Schüpbach, Art. 291, §85.

²⁰⁹ Schüpbach, Art. 291, §84; Umar, İptal Davası, s. 104; Jäger, Art. 291, §6; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 878; Tschumy, s. 454.

²¹⁰ Umar, İptal Davası, s. 104.

edebilmesi, şüphesiz edimlerin karşılıklı olarak değiştirildiği durumlarda söz konusu olur.

İflâs dışı iptal davasında hasmın verdiği karşı edimin, borçlunun malvarlığında aynen bulunması, sıklıkla rastlanabilecek bir durum değildir. Zira bu durumda, bu malvarlığı değerinin de borçlunun diğer malları ile birlikte paraya çevrilmiş olması beklenir. Ancak teorik olarak karşı edimin borçlunun malvarlığında aynen bulunması durumunda, hasım bu değer in iadesine yönelik aynı bir dava ikame edebilir. Hasım karşı edimini alabilmek için doğrudan borçluya yönelebilir. Hasmın verdiği karşı edim eğer borçlunun malvarlığında bulunmuyorsa talep hakkı, alacak hakkına dönüşür²¹¹. **Favre**, karşı edime ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda, geçici aciz vesikası ile kesin aciz vesikasının bu duruma etkisinin farklı olacağını söylemiştir. Yazara göre geçici aciz vesikasına dayalı olarak açılan iptal davasında, iptale tabi değer in borçlunun malvarlığında bulunması mümkün olabilir. Buna karşın, dava kesin aciz vesikasına dayanılarak açılmışsa, iptale tabi değer in, halen borçlunun malvarlığında bulunması imkânsızdır²¹². Haciz yoluyla takipte, hasmın borçlu aleyhine yapılan hacze İİK m. 100-101 maddeleri uyarınca iştirak etmesi mümkündür²¹³.

İflastaki iptal davasında ise hasım, karşı edimini, iflas masasından talep edebilir. Eğer karşı edim, iflas masasında aynen duruyorsa hasım, buna doğrudan el atabilir. Eğer karşı edim yükümlülüğü alacak hakkına dönüştüyse, yani karşı edim masada aynen bulunmuyorsa bu talep, masa borcu olarak kaydedilir²¹⁴.

İptale tabi işlemin, bir borcun sonlandırılmasına ilişkin olduğu durumlarda, hasmın alacağı, iade borcunun yerine getirilmesinden sonra yeniden doğar (İİK m. 283/V)²¹⁵. Borcun fer'ileri ile birlikte doğup doğmayacağı sorusu, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. **Schüpbach**, alacağın tüm fer'i leri ile birlikte ve geriye etkili biçimde yeniden doğacağı görüşündedir²¹⁶. Federal Mahkeme ise eski kararlarında sadece kefaletlerin alacak hakkı ile birlikte doğacağını hükme

²¹¹ Peter, Art. 291 LP §16-17; Umar, İptal Davası,s. 107; Jäger, Art. 291, §3, b.

²¹² Favre, s. 384.

²¹³ Peter, Art. 291 LP §20; Jäger, Art. 291, §3, b, yazar hasmın, şartlarını sağlamadan ve doğrudan hacze iştirak edebileceği görüşündedir.

²¹⁴ Jäger,Art. 291, §3, a; Favre,s. 385;Umar, İptal Davası,s. 106; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs,s. 878

²¹⁵ Peter, Art. 291 LP §19; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs,s. 878.

²¹⁶Schüpbach, Art. 291, §131.

bağlamıştır²¹⁷. İflâs içi iptalde bu şekilde yeniden doğan alacak, sıra cetveline eklenmeli, diğer alacaklıların da sıra cetveline itiraz etme haklarını kullanmalarına imkân tanınmalıdır²¹⁸. Federal Mahkeme de²¹⁹, alacağın konu olduğu iptal davası hâlihazırda görülmekte olsa dahi bu alacağın sıra cetveline “şarta bağlı” biçimde eklenebileceği görüşündedir. Kanaatimizce de sıra cetveline itiraz davasında da iptal iddiasının ileri sürülebilmesi imkânı karşısında, önceden iptal davasına konu olmuş bir alacağı sıra cetveline katmak mümkün olmalıdır. Hakkında iptal davası ikame edilmiş ve dava sonunda yeniden doğması mümkün olan hasma ait bir alacak, şarta bağlı biçimde sıra cetveline katılmış ve alacaklılardan biri aynı anda sıra cetveline de itiraz etmişse, iptal davası, sıra cetveline itiraz davasında bekletici mesele yapılabilir. İptal davası reddedilir, hasmın iade yükümlülüğü ve borçluya karşı alacak hakkı yeniden doğmazsa alacak sıra cetvelinden kaldırılır. İptal davası kabul edilir, iade borcu ve hasmın borçluya karşı alacak hakkı yeniden doğarsa, bu durumda hasım, alacak hakkı ile iade borcunu mahsup edebilir. Bu durumda sıra cetveli de kesinleşmiş olacaktır²²⁰.

1.2. İSPATA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE KURUMLAR

1.2.1. İspat Kavramı

Bir hukuk normunun uygulanması, somut olayda o hukuk normunda kendisine sonuç bağlanmış vakıaların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu vakıaların somut olayda gerçekleştiği ortaya koyulmadıkça, o hukuk normuna bağlanan sonuç doğmaz²²¹. Hukuk normunda yer verilen vakıaların gerçekleştiğine ve buna bağlı olarak normda öngörülen sonucun doğduğuna ilişkin hakimde bir kanaat oluşturulması gerekir.

²¹⁷ JdT 1939 II 19.

²¹⁸ Peter, Art. 291 LP §21.

²¹⁹ JdT 1979 II 38.

²²⁰ JdT 1965 I 223, ayrıca karşı. Aşağıda “2.5.2. *Sıra Cetveline İtiraz*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²¹ Umar ve Yılmaz, s. 1; Pekcanitez ve Diğerleri, Usûl, s. 643; Karslı, s. 546; Fabienne Hohl, **Procédure Civile, Tome I, Introduction et Théorie Générale**, Berne, 2001 (ProcédureCivile), § 931.

İspat en geniş tanımıyla, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı yönünde hakimde kanaat oluşturma işlemidir²²².

1.2.2. İspatın Konusu Olarak Vakıalar

1.2.2.1. Koşul Vakıa-Somut Vakıa

Bir maddi hukuk kuralının uygulanmasını sağlayabilecek şekilde bir araya gelen vakıalar, o hukuk kuralının koşul vakıalarıdır. Örneğin, akıl hastalığı nedeniyle boşanma davasında, taraflar arasında bir evlilik ilişkisinin bulunması veya eşlerden birinin akıl hastası olması maddi hukuk kuralları açısından koşul vakıaları teşkil etmektedir. Öyleyse ispat faaliyetinin konusunu somut vakıaların oluşturduğu sonucuna varmak mümkündür²²³.

Somut vakıalar ise hukuk normunun koşul vakıasına denk düşen, davanın çözümüne yönelik olan vakılardır²²⁴. Somut vakıa ile koşul vakıa farklı anlamlar taşımaktadır. Somut vakıalar, genel olarak uyuşmazlık konusu vakıayı meydana getiren sübjektif, alt vakılardır. Koşul vakıalar ise, kanunun objektif ve soyut olarak düzenlediği ve kendisine hukuksal bir sonuç bağladığı vakılardır. Somut vakıalar soyut ve objektif hukuk normunun sonucunu harekete geçirmeye uygun düştüğü ölçüde ispatın konusunu oluşturur. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olan ve önem

²²² Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 24. Baskı, Ankara 2013 (Usûl), s. 351; İlhan Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul 1975 (Usûl), s. 527; Walter J. Habscheid, **Droit Judiciaire Privé Suisse**, 2eme Edition, Genève, 1981, s. 419; Necmettin Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul 1969 (Usûl), s. 169; Haluk Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999, s. 9; Mustafa Çetintürk, **Hukuk Davalarında İspat Yükü**, Bursa Barosu Dergisi, Sayı. 13, s. 9; Jean Vincent, **Précis de Procédure Civile**, 16ème Edition, Paris, 1973, s. 809; Oğuz Atalay, **Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir 2001 (Menfi Vakıa), s. 5.

²²³ İsmail Hakkı Karafakih; **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ankara 1952, s. 165; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 645 vd.; Karslı, s. 546. İspatın konusunu vakıalar yanında yabancı kanun hükümleri ile örf ve adet kuralları da oluşturur. Kuru, bu hususu delilin konusu başlığı altında incelemiştir. Kanaatimizce, ispatın konusunu oluşturan vakıalar, yabancı hukuk kuralları ve örf ve adetin ayrı bir biçimde incelenmesi sistematik açısından daha uygundur zira delil, ispat faaliyetinde kullanılan araçlara verilen isimdir. Vakıayı ise bu aracın kullanılacağı alan olarak tanımlamak mümkündür, Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. II, Altıncı Baskı, İstanbul 2001 (Usûl C.), s. 1966; Kuru ve diğerleri, Usûl, s. 351; Hohl, Procédure Civile, §933.

²²⁴ Postacıoğlu, Usûl, s. 528; Kuru ve diğerleri, Usûl, s. 352; Karafakih, s. 166; Karslı, s. 547; Habscheid, s. 420; Phillippe Schweizer, **Art. 150 CPC**, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, 2011 (Art. "madde numarasi"-CPC) §5;

taşıyan vakıalar da işte bu vakıalardır. Buna bağlı olarak tarafların sunduğu her vakıanın ispatı gerekmez; çekişmesiz ve davanın çözümüne katkısı olmayan bir vakıanın ispatına da gerek yoktur²²⁵.

Emare ise, bir fiilin gerçekleştiğini teyit eden ancak tek başına delil niteliği ve gücü bulunmayan vakıa olarak tanımlanabilir. Konuralp'e göre ise bir ispat aracı olan emare, akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların hiç değilse bir kısmını açıklayıcı ve kısmen de olsa, ikna edici güce sahip olmalıdır²²⁶. Kanaatimizce de emare bir ispat vasıtası değildir. Aksine emare ispatın konusunu oluşturur²²⁷.

1.2.2.2. Müspet Vakıa-Menfi Vakıa

İspatı gereken olaylar müspet (olumlu) olabileceği gibi, menfi (olumsuz) vakıaların da ispatı söz konusu olabilir. Müspet vakıalar bakımından genel ispat kuralları geçerli iken, menfi vakıaların ispatı özellik gösterebilir.

Kanun koyucunun bir normdaki hukuki sonucun bir vakıanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine veya kişi ya da olay hakkındaki değer yargısının somut duruma uygun olmamasına bağladığı durumlarda, o hukuki normun koşul vakıasının menfi bir vakıa olduğu söylenebilir²²⁸. Örneğin gaiplik kararı verilebilmesine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 32. Maddesi hükmü uyarınca bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. Yani anılan hükme bağlanan gaiplik sonucuna ulaşabilmek için, "*kişiden son beş yıldır haber alınmadığı*" şeklindeki menfi vakıanın ispatı gerekir.

Dar anlamda menfi vakıa olarak adlandırılabilir olan, bir vakıanın gerçekleşmediği vakıası dolaylı ispat yoluyla gerçekleştirilebilir. Buna karşın belli bir değer yargısının somut olaya uygun olmaması şeklinde ortaya çıkan geniş anlamda menfi vakıalar duruma göre doğrudan veya dolaylı ispata konu edilebilir.

²²⁵ Necip Bilge, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, Ankara 1967, s. 435; Kuru ve diğerleri, Usûl, s. 352; Habscheid, s. 420; Schweizer, Art. 150 CPC, §9; David Hofmann ve Christian Lüscher, **Le Code de Procédure Civil**, Berne, 2009, s. 79; İbrahim Açıkan, **Delil**, Ankara Barosu Dergisi, 1975, S. 7-8, s. 478.

²²⁶ Konuralp, ss. 29-30.

²²⁷ Oğuz Atalay, **Emare İspatı**, Manisa BD, Y. 18, S. 20, Temmuz-Ekim 1999, s. 8; 213; M. Kamil Yıldırım, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 1990 (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 120; Üstündağ, Usûl, s. 621.

²²⁸ Atalay, s. 64 vd.; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 647; Üstündağ, Usûl, s. 620; Postacıoğlu, s. 551.

Menfi vakıalar, sebebin gerçekleşmediği, muhtemel sonuçların doğmadığı ya da iddia edilen menfi vakıanın aksinin mümkün olmadığı şeklinde ispatlanabilir²²⁹.

1.2.3. Karine Kavramı

1.2.3.1. Genel Olarak

Karine, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçtur²³⁰. İspat hukukunda karine, vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın, ispat edilemeyen sonucu olarak tanımlanmaktadır²³¹.

Karine, karine temeli ve karine sonucundan oluşur. Karine temelinin ispatı, karine sonucuna ulaşılabilmesi için gereklidir. Karine temeli ispat edilince, karine sonucuna ulaşılmış kabul edilir (HMK m. 190/II)²³².

Kanunda veya doktrinde karine olarak nitelenen tüm kurallar, teknik anlamıyla karine teşkil etmez. Örneğin MK m. 3'te “ (I) *Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. (II) Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” Denmektedir. Bu düzenleme bir karineden ziyade, kanunun bir kabulü niteliğindedir Bu tip kabullere, *sözde karine* adı verilmektedir²³³. Doktrinde, kötü niyeti ispata yarayan vakıaların, kötünüyeti ispat yükünü taşıyan taraf açısından bir

²²⁹ Atalay, s. 91 vd.; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 647

²³⁰ Kuru, Usûl, C. II, s. 2006; Karafakih, s. 170; Osman Kiper, **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara 1995, s. 18; Bilge, s. 446; Umar ve Yılmaz, s. 165; Aurélie Bergeaud, **Le Droit à la Preuve**, 2010, §208; Georges Brosset, **Preuves (En Matière Civile) II**, FJS no. 1177, Genève, 1957, s. 1. Bu tanım Fransız Medenî Kanununun 1349. Maddesinden esinlenerek yapılmış olup, anılan hüküm şu şekildedir: “*Karine olumlu veya olumsuz bir olaydan kanunun veya kanun koyucunun çıkardığı sonuçlardır.*”

²³¹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 658-659; Hohl, Procédure Civile, § 935; Bilge Umar, **Hususi Hukukta Karineler**, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964 (Karine), s. 181; Sema Taşpınar, **Fili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü**, AÜHF, C.45, S. 1-4, 1996, s. 534; Nilüfer Boran, **Bir Karar Işığında İspat Hukukunun Bazı Kavramlarına Bakış**, MİHDER, Sayı 8, 2007/3, s. 771.

²³² Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 660; Bergeaud, §208; Adrien Vion, **L'art. 320 Al. 2 CO: Une Règle Compatible Avec les Dispositions Sur La Conclusion des Contrats?**, SJ 2013 II, s. 41.

²³³ Umar, Karine, s. 184; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 661; iyiniyet kabulünün, karine niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **H. Yavuz Alangoaya, İspat Yükü Yönünden MK 3**, İÜHF, C. XXVII, Sayı 1-4, 1962(MK m. 3), s. 358; Taşpınar, s. 535; Bergeaud, §208.

ispat güçlüğü oluşturacağı, bu kabulün de ispatı kolaylaştırmak amacıyla düzenlendiği görüşü de savunulmaktadır²³⁴.

Karineler kanuni (yasal) karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır: *Fiili karineler*, kanunda yer almamakla beraber hakim tarafından somut vakiadan çıkarılan sonuçlardır²³⁵. Bu yönleriyle fiili karineler, yaşam deneyi kurallarıdır ve her somut olaya göre çıkarılacak sonuçlar farklılık gösterebilir²³⁶. Fiili karinelere belli olmayan bir olaydan hareketle bir kanaate ulaşmak amacıyla başvurulur. Fiili karineler ispat yükü açısından bir sınır veya istisna²³⁷ teşkil etmez.

Yargıtay içtihatlarında kabul gören “*hayatın olağan akışı*” kavramına da bu kapsamda kısaca değinmekte fayda vardır. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer²³⁸. Yargıtay’ın bu yönde içtihatları ile somut olayda hayatın olağan akışına uygun olmayan durumu tespit ederek, bu yönde karşı taraf lehine bir fiili karene oluşacağını kabul ederek, senetle ispat zorunluluğunun yumuşatılabileceğini kabul ettiğini söylemek mümkündür²³⁹. Hayatın olağan akışına göre kabul edilen fiili karinenin aksinin de karşı tarafça iddia ve ispat edilmesi mümkündür²⁴⁰.

²³⁴ Alangoya; MK m. 3, s. 358.

²³⁵ Umar/Yılmaz; s. 166; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 662; Taşpınar; s. 536; Boran, s. 772-773.

²³⁶ Umar/Yılmaz; s. 166; Kiper, s. 19; Karafakih, s. 170; Taşpınar; s. 537.

²³⁷ Bilge; s. 446. Yargıtay Hukuk Genel Kurul’nun, fiili karinelerin de ispat yükü açısından istisna teşkil edeceği yönünde kararlarına rastlamak mümkündür: “*Örneğin, yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler, diğer bir anlatımla MK. 6 da anlamını bulan genel kuralın istinaları şeklinde ispat yükümünü ortadan kaldıran olgular, ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya ispat yükünün düştüğü kabul edilmeli en önemlisi hükmedilecek zarar miktarı ve kapsamının tesbitinde BK. 43/1 hükmünden yararlanılmalıdır.*” HGK, T. 10.11.1999, E. 1998/13–353, K. 1999/929 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 12.10.2013).

²³⁸ “*Dava konusu makinalar: daha önce borçlu elinde haczedilerek yediemine teslim edilmiş olan yerde haczedilmiştir...Davacı 3. kişi makinaları borçludan 15.04.2002 tarihinde satın aldıktan sonra; 18.4.2002 tarihinde yeniden borçluya kiraya verdiğini ileri sürerek fatura ve menkul kira sözleşmesi ibraz etmiştir...Bir an için yapılan bu satışın; devir niteliğinde olmadığı düşünülse dahi; borçludan işyerine ait makinaları satın alıp; daha sonra yeniden borçluya kiraya verilmesi ve iddiaya göre kendisine satılan malları daha sonra borçlunun malıymış gibi haczettirmesi; hayatın olağan akışına aykırıdır. Satın alma ve kiralama borçluyu müteakip hacizlerden korumaya yönelik bir eylem biçimde danişıklı (muvazaalı) olduğu ve hukukça korunamayacağı ortadadır...” 21. HD, E. 2004/197, K. 2004/1226, 17.02.2004(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 12.10.2013).*

²³⁹ Yavuz Alangoya, “**Senede Karşı Senetle İspat**” Kuralı ve “**Hayatın Olağan Akışı**” Kavramı; Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşalıoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004 (Hayatın Olağan Akışı), ss. 529-530.

²⁴⁰ Fabienne Hohl, **Le degré de la preuve dans les procès au fond**, La preuve Dans le Procès Civil, Schriften der Stiftung Für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 1, Bern, 2000 (Degré), s. 134.

Kanuni karine ise, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkartılan sonuçtur²⁴¹. Kesin kanuni karineler ispat yüküne gerçek bir istisna teşkil eder. Zira kanuni bir karineye dayanan taraf artık onu ispatla yükümlü tutulamaz²⁴².

Kanuni karineler ulaşılan karine sonucu açısından da, olay (vakıa) karinesi ve hak karinesi olmak üzere ikiye ayrılır²⁴³. *Kanuni olay karinesi*, belli bir hukuksal sonucun doğumu için gerçekleşmiş olması gereken olumlu veya olumsuz bir olayın, varlığı anlaşılan ancak bir hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkartılmasına olanak veren bir kanun kuralıdır²⁴⁴. Ölüm karinesi (TMK m. 31) ve babalık karinesi (TMK m. 285) kanuni olay karineleridir. *Kanuni hak karinesi* ise bir hakkın veya hukuki ilişkinin halen var olduğu veya var olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğuran kanuni karinedir²⁴⁵. Bununla beraber kanuni hak karineleri daima bilinen ve saptanmış bir olaydan hareket etmektedir²⁴⁶. Kanuni hak karinelerine mülkiyet karinesi (TMK m. 985) örnek olarak verilebilir.

Yine kanuni karineler *kesin kanuni karine* ve *kesin olmayan kanuni karine* şeklinde iki başlık altında incelenir. Kesin kanuni karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez²⁴⁷. Bu tip karinelerin en belirgin örneği tapu sicillerine ilişkin olanıdır. Hiç kimse tapu sicilinde kayıtlı olan bir durumu kendisinin bilmediğini ileri süremez (TMK m. 1020/3).

Kesin olmayan (adi) kanuni karinelerin ise aksi ispat edilebilir. Ancak aksi ispat edilinceye kadar bu karinelere itibar edilir²⁴⁸. Şöyle ki, ispat yükü üzerinde düşen taraf belirsiz olan vakıayı ispat edecek, hakim de karinenin düzenlendiği kanun hükmünden hareketle sonuca vararak belirsiz vakıayı ispat edilmiş

²⁴¹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 661; Kuru, Usûl, s. 2012; Umar, Karine, 184 vd.; Taşpınar, s. 534, Boran, s. 773; Brosset, II, s. 1

²⁴² Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 660; Kuru, Usûl, s. 2012; Karşlı, s. 558; Bergeaud, §208; Vion, s. 29; Taşpınar, s. 563, yazara göre karine lehine olan taraf uygulanma şartlarını gösterdikten sonra ispat gerçekleşmiş olur. Artık karşı tarafın girişeceği ispat faaliyeti asıl ispat faaliyeti olur.

²⁴³ Atalay, s. 46, Umar, Karine, s. 182; Boran, s. 774.

²⁴⁴ Ansay, s. 264-265; Bilge, ss. 446-447; Kiper, ss. 18-19; Umar ve Yılmaz; s. 165; Taşpınar, s. 535; Bergeaud, §209.

²⁴⁵ Umar ve Yılmaz; s. 170.

²⁴⁶ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 661; Taşpınar; s. 536.

²⁴⁷ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 660; Kuru, Usûl, s. 2012; Karşlı, s. 558; Brosset, II, s. 2; Vion, s. 29.

²⁴⁸ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 661; Kuru, Usûl, s. 2013; Karşlı, s. 558; Brosset, II, s. 2.

sayacaktır²⁴⁹. Adi kanuni karineye dayanan taraf karine temelini teşkil eden (x) olayının ispat yükünü taşır²⁵⁰. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, (x) olayının meydana getirdiği (y) sonucunu artık buna dayanan tarafın ispat etmesi gerekmediğidir. Başka bir deyişle, ispat yükü karinenin sonucunu oluşturan ve koşul vakıaya karşılık gelen somut vakıaya ilişkin olmayıp, bu vakıanın varlığı veya yokluğunun belirleneceği karine temeli olan vakıaya ilişkindir²⁵¹. Karşı taraf (x) olayının gerçekleşmediği konusunda ise ispat yükünü değil, delil ikame yükünü²⁵² taşır.

Adi kanuni karineye dayanan tarafça gerçekleştirilen faaliyet asıl ispat faaliyetidir. Bu aşamada karşı taraf, delillerin değerlendirilmesi aşamasında hakimde yerleşen kanaati sarsmak amacıyla aksi ispat faaliyetine girişebilir²⁵³. Adi kanuni karinelerin ispatında, ispat yükü, uygulanacak asıl normun koşul vakıasından, karine temeline (karinenin koşul vakıasına) kaydırılmaktadır. Bunun sonucu olarak da karineye dayanan taraf açısından bir “delil ikame muafiyeti” doğmaktadır. Delil ikame muafiyetinin doğal sonucu da karşı tarafa karinenin aksini ispat etme yükünün yüklenmesidir. Adi kanuni karinenin aksini ispat faaliyeti aslen karine şeklindeki normda düzenlenen hukuki sonucun engellenmesi bakımından, karineye dayanan tarafın kendi lehine olan ve hakkı engelleyici bir vakıa teşkil eden karine temelinin aksini iddia etmek ve onu ispat etmek anlamında bir asıl ispat faaliyetidir²⁵⁴.

1.2.3.2. Varsayım Kavramı

Varsayım, kanuni karineden farklı olup kanun tarafından bir olay için saptanmış sonucun, başka bir olaya da bağlanması olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla varsayım hukuki sonuç bakımından iki farklı olayı birbirine eş görür²⁵⁵.

²⁴⁹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 660-661.

²⁵⁰ Umar, Karine, s. 189.

²⁵¹ Atalay, s. 47.

²⁵² Atalay, ss. 48, 50.

²⁵³ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 683; Atalay, s. 48.

²⁵⁴ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 683; Atalay, ss. 48-49.

²⁵⁵ Umar ve Yılmaz, s. 169; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 662; Taşpınar, ss. 535-536; Boran, s. 775; Umar, Karine, ss. 183-185; Sema Taşpınar, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, 2001 (İspat Sözleşmeleri), ss. 155-156; Fatma Tülay Karakaş, **Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar**, AÜHFD, 2013/3, s. 752.

Varsayımlar bu bakımdan karinelere ayrılr. Zira karinede bilinen bir (a) olayından bilinmeyen (b) sonucuna ulaılır. Varsayımda ise ya kanun bir olaya doğrudan sonuç bağlamakta ya da bilinen belirli bir olaya bağladığı sonucu başka bir olay için de kabul etmektedir. Bu noktada karine ve varsayımın farkı daha net ortaya çıkar. Karine de karine temeline denk düşen somu olay bilinmekte; bu olaydan hareketle bilinmeyen karine sonucuna ulaşlmaya çalışılmaktadır. Buna karşın varsayımda ise, hem dayanılan somut vakıa bilinmekte, hem de ona kanun tarafından bir sonuç bağlanmaktadır. Dolayısıyla karinenin aksine varsayımda her iki vakıa da bilinmektedir. Yani varsayım, bilinen vakıaları konu edinir ve onları aynı sonuca bağlar. Ancak karineler özellikle vakıanın varlığına ilişkin sorunların aşılması amacına yöneliktir²⁵⁶.

1.2.4. Usûli Yükler

1.2.4.1. İspat Yükü

İspat yükü belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılmasını, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesini kimin üstlendiğini belirler²⁵⁷. Farklı bir ifade ile, uyuşmazlık konusu olayın doğruluğunun belirlenememesi durumunda, bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağı sorunun yanıtı ispat yükü ile tespit edilir²⁵⁸. İspat yükü kuralları, maddi hukuka ilişkin kurallardır²⁵⁹. Tarafın dayandığı vakıayı ispat etmesi, özel

²⁵⁶ Umar ve Yılmaz; s. 169; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 662-663; Boran, s. 776.

²⁵⁷ Habscheid, s. 425; Atalay, Menfi Vakıa, s. 9; Umar ve Yılmaz, s. 3; Karafakih, s. 169; Hohl, Procédure Civile, §1163; Edouard Bonnier, **Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel**, 5ème Edition, Paris, 1888, s. 23; 13. HD., T. 31.01.1991, E. 1990/6807, K. 1991/860; “Kanun aksini emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispatla yükümlüdür (MK. m. 6). Buna göre ispat yükü kural olarak davacıya düşer. Davacı, davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmekle yükümlüdür. Davacı bunu ispat edince bu defa davalı, savunmasını dayandırdığı vakıaları ispat edecektir.”. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.05.2014)

²⁵⁸ Atalay, Menfi Vakıa, s. 9, Umar ve Yılmaz,s. 4; Postacıoğlu, s. 534; Habscheid, s. 423; Karlı, s. 551; Jean Vincent ve Serge Guinchard, **Procédure Civile**, 20ème Edition, Paris, 1981, s. 977.

²⁵⁹ Ansay, s. 253; Hohl, Procédure Civile, §1165. İspat kurallarının maddi hukuka ilişkin olmasının yanında, ispat araçları ve ispat yolları elbette ki usûl hukukuna ilişkin bir konudur.: “...fakat taraflardan birinin iddia ettiği hukuki neticeyi varid ve haklı kılmak, bu iddiaya uyan hukuku uygulamak için hangi vakıaların ispatı lazım geldiğini maddi hukuk tayin eder.”. Bu görüşe katılmakla beraber, bu hususta doktrinde tartışma olduğunu da belirtmek gerekir. İspat yükü kurallarının maddi hukuka ilişkin olduğunu savunan görüş, savını şu temele dayandırmaktadır:

hukuktaki anlamıyla bir yükümlülük değil, bir yüküdür. Zira ispat yükü kendisine düşen taraf bu yükün gereğini yerine getirmezse, ispata ilişkin bir zorlama ile karşılaşmaz.²⁶⁰ İspatsızlık durumuna bağlanan sonuç, iddianın ispatsız kalması ve buna bağlı olarak davanın kaybedilmesi riskidir²⁶¹.

Doktrinde ispat yükü, objektif ispat yükü (ispat yükü) ve sübjektif ispat yükü (delil ikame yükü) olarak iki başlık altında incelenmektedir²⁶².

1.2.4.2. İddia Yükü

Tarafların lehlerine olan hukuk normunun koşul vakıalarına denk düşen somut vakıaları yargılamaya getirmeleri gerekir. Bu somut vakıaların getirilmemesi durumunda, hakim bunları kendiliğinden dikkate alamaz. Farklı bir ifade ile taraf, hukuk normunu koşul vakıalarına denk düşen somut vakıaları iddia etme yükü altındadır²⁶³.

İddia yükü mahkemenin edilgenliği ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olur²⁶⁴.

İddia yükünün de objektif iddia yükü ve sübjektif iddia yükü olarak ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Objektif iddia yükü, tarafların gerekli vakıa iddialarını yapmamış olmaları durumunda, meydana gelebilecek olumsuz sonuçla ilişkin olup, bu eksikliğin sonuçlarına katlanma yükü olarak tanımlanabilir. Sübjektif

Uyuşmazlık konusu olayın koşul vakiasının ispatlaması gerektiğinden, bu koşul vakıayı belirleyen maddi hukuk olduğundan ve bu koşul vakıa ispatlanamadığında karşılaşılacak sonucu da maddi hukuk düzenlediğinden, ispat yükü kuralları maddi hukuka ilişkindir. İspat yükü kurallarını usûl hukuku kurallarının belirlediğini savunanlar ise, ispat yükü kurallarının ancak bir yargılama sırasında söz konusu olabileceğini, ispat faaliyetinin belli bir yargılama çeşidine bağlı olarak gerçekleşebileceğini, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ispat sorununun da çıkmayacağını, bu nedenlerle ispat yükü kurallarının usûl hukukuna ilişkin olduğunu savunmaktadır, Umar ve Yılmaz, ss. 8-9. **Bilge** ise neyin ispat edilmesi gerektiği meselesinin maddi hukuka fakat kimin ispat etmesi gerektiğinin ise yargılama hukukuna ait olduğu kanısındadır, Bilge, s. 442; Vincent ve Guinchard, s. 974.

²⁶⁰ Kuru, Usûl, C. II, s. 1972; Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1978, s. 499; Karşlı, s. 551.

²⁶¹ 18.HD, T. 02.10.2006, E. 2006/7144, K. 2006/7165; “Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek yoktur. O iddia (vakıa) ispat edilememiş sayılır.” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.05.2014)

²⁶² Habscheid, s. 425; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 663-664; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 8; Karşlı, s. 551; ayrıca bkz. aşağıda “1.2.4.4. Delil İkame Yükü” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁶³ Umar ve Yılmaz, s. 17; Hohl, Procédure Civile, §754 vd; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 24; Bergeaud, §353; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 664.

²⁶⁴ Umar ve Yılmaz, s. 18; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 24;

iddia yükü ise mahkemenin edilgenliği ilkesinin yürüdüğü davalarda istenen hükmün alınabilmesi için mahkemeye getirilmesi gereken vakıaların iddia edilmesine ilişkin yüküdür. Sübjektif iddia yükü olumsuz bir sonuçla karşılaşmak istemeyen tarafın hangi vakıayı ne ölçüde mahkemeye getirmek, iddia etmek zorunda olduğu sorusuna cevap verir²⁶⁵.

1.2.4.3. Somutlaştırma Yükü

HMK m. 194 uyarınca taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalı; hangi delilin hangi vakıanın ispatı için verildiğini açıkça belirtmelidirler. Somutlaştırma yükü olarak adlandırılan bu kavram; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerden biridir. Kanun gerekçesinde de yer verildiği üzere; bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit edip yargılama yapabilmesi ve karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir²⁶⁶.

Taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak, taraflar dayandıkları vakıaları mahkemeye kendileri sunmalıdır. Yargılamanın çerçevesini de taraflarca getirilen bu vakıalar ile deliller oluşturur²⁶⁷. Hakim hükmünü kurarken, tarafların getirdiği vakıaları ve bu vakıaları ispat için getirilen delilleri inceleyecek; vakıaların ispata elverişli biçimde mahkemeye sunulup sunulmadığını dikkate alacak ve ancak bu vakıalara göre hüküm kurabilecektir. Dava malzemesinin toplanması sırasında ortaya çıkan bu faaliyeti, somutlaştırma yükü olarak adlandırmak mümkündür²⁶⁸.

²⁶⁵ Atalay, Menfi Vakıalar, ss. 24-25

²⁶⁶ Bkz. 6100 sayılı Kanun Madde Gerekeçleri.

²⁶⁷ **Nicolas Jeandin, L'Administration des Preuves**, Le Code de Procédure Civile-Aspects Choisis, Schulthess, 2011, s. 91 ; Georges Brosset, **Preuves (En Matière Civile) I**, FJS no. 1176, Genève, 1957 (I), s. 7 ; Fabienne Hohl, (157) TF (BGr.) 28.6.96; SJ 1997 ss. 52-55, Note à l'Arrêt, DC 1997 (Note), s. 61 ; François Vouilloz, **Le Droit de la Preuve Dans le Code de Procédure Civile Suisse (Art. 150 à 193)**, Jusletter 27, Avril 2009 (Jusletter), §2; Georges Brosset, **Preuves (En Matière Civile) III**, FJS no. 1178, Genève, 1957 (III), s. 2 ; **Berkin** ; Usûl, s. 94 ; Bergeaud, § 353; Jacques Haldy, **Art. 55 CPC**, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, 2011 (Art. "madde numarasi"-CPC), §3-4; Sabri, Ş. Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara, 1957 (Usûl), s. 142 ; **François Chaix, L'apport des Faits en Procès, Procédure Civile Suisse**, Les Grands Thèmes pour le Praticien, Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2010, s. 127; Karafakih, ss. 74-75; 150; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 663-664.

²⁶⁸ Fabienne Hohl, **La Réalisation du droit et les Procédures Rapides**, Fribourg, 1994 (La Réalisation), § 202-203; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012

Somutlaştırma yükü, tarafların açıklama ödevinin bir parçası olup, aynı zamanda bu yükün dilekçelerin verilmesi aşamasındaki görünümüdür. Hakimin sadece iddia edilen vakılara hukuku uygulayabilmesi yeterli değildir. Bu vakıaların ilişkin delillerin değerlendirilmesine olanak tanıyacak biçimde somutlaştırılmış olması da gerekir. Farklı bir ifade ile somutlaştırma yükü, hem delil ikamesine hem de delillerin vakıa bazında değerlendirilmesi olanak verecek biçimde gerçekleştirilmelidir²⁶⁹.

Somutlaştırma yükünün iddia bakımından kapsamını, iddia edilen vakıanın belirlenmesine ve diğer vakılardan ayrılmasına yetecek kadar bildirilme olarak belirlemek mümkündür. Savunmanın somutlaştırılması ise, iddianın kapsamına göre belirlenir²⁷⁰. Ancak her durumda amir kanun hükmüne (HMK m. 194) göre, karşı ispat faaliyetine girişen taraf da, asıl ispatın konusunu oluşturan vakıanın yeterince somutlaştırılmış olup olmadığına bakmaksızın, ileri sürdüğü vakılara ilişkin somutlaştırma yükünü taşır.

Yılmaz, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımının, HMK m. 194'te düzenlenmediğinden bahisle, bu sorunun çözümünün HMK m. 29'daki dürüstlük kuralına göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷¹. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Somutlaştırılmamış bir vakıaya ilişkin olarak hakimin bu vakıaya ilişkin delilleri değerlendirmesi ve buna bağlı olarak uygun düşen normu uygulaması mümkün olmayacağından, davanın ispat yüküne dayanan bir kararla esastan reddi gerekir²⁷².

(Şerh), s. 1027; Atalay, Menfi Vakıa, s. 32-33; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 665; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 163, 170 vd.; Karlı, s. 564; Seda Özmumcu, **1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, C. 9, S. 101-102, s. 53.

²⁶⁹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 665; Atalay, Menfi Vakıa, s. 33; Hohl, L'Avis, s. 240; Hohl, La Réalisation, § 211-212; François Vouilloz, **La Preuve dans Le Code De Procédure Civile Suisse (art. 150 à 193 CPC)**, PJA 2009 (La Preuve), s. 833 ; Chaix, s. 127-128; Georges Brosset, **Preuves (En Matière Civile) I**, FJS no. 1176, Genève, 1957 (I), s. 7 ; Brosset,III, s. 2. Ayrıca bu yönde bkz. JdT 1983 I ss. 541-542.

²⁷⁰ Atalay, Menfi Vakıa, s. 34-35; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 163.

²⁷¹ Yılmaz, Şerh, s. 1027.

²⁷² Hohl, La Réalisation, § 244, Umar, Şerh, Ankara, 2011, s. 565; Atalay, Menfi Vakıa, s. 36; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 666; aksi görüş için bkz. Karlı, s. 564.

1.2.4.4. Delil İkame Yükü

1.2.4.4.1. Genel Olarak

Delil ikamesi, tarafların kendi iddialarının doğruluğu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispat edebilmek amacıyla, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli araçlar kullanarak hâkimi ikna etme faaliyeti olarak tanımlanabilir²⁷³. Delil ikamesi usûle ilişkin bir kavram olup, ispatın işleyişini ve biçimini belirler. Delil ikame yükü ise kavram olarak aleyhte bir karar verilmesi tehlikesi şeklindeki yaptırım ortadan kaldırmak amacıyla, taraflardan biri tarafından yerine getirilen, kendi iddiasının gerçekliği veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığı hakkında hakimde kanaat oluşturma ödevi olarak tanımlanabilir²⁷⁴. Sübjektif ispat yükü olarak da adlandırılan delil ikame yükü, davanın başında objektif ispat yükü ile birlikte davacı tarafa aittir. Ancak yargılamanın akışına göre hakim, objektif ispat yükünü taşımayan taraftan da delil ikamesi isteyebilir. Özellikle ispat güçlüğüne ortaya çıktığı durumlarda, hakimin hüküm kurmaya yetecek kanaat edinebilmesi için delil ikame yükünü diğer tarafa yüklemesinde fayda vardır²⁷⁵. Davacı tarafından iddia edilen bir vakiya ilişkin olarak karşı ispat faaliyeti sürdüren davalı için bu sonuca ulaşmak mümkündür. Böyle bir durumda davalı ispat yükünü üzerine almaz. Karşı ispat faaliyeti davacı tarafından ispat faaliyetine konu vakiya ilişkin hakimde oluşan kanaati zayıflatmak veya ortadan kaldırmak için yapılır. Davalı da bu amaçla ispat yüküne değil delil ikamesi yüküne katlanır²⁷⁶.

Delil ikame yükü davanın başında, ispat yükünü taşıyan taraftadır. İspat yüküne bağlı olarak belirlenen delil ikame yüküne *soyut delil ikame yükü* adı verilir.

²⁷³ Umar ve Yılmaz, s. 32; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 672; Atalay, Menfi Vakıa, s. 16; Hohl, La Réalisation § 262 ; Taşpınar, s. 165; Taşpınar, Fili Karine, ss. 546-547; Özmumcu, s. 45.

²⁷⁴ Umar ve Yılmaz, s. 32; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 673; Atalay, Menfi Vakıa, s. 17; Habscheid, s. 424 ; Brosset, I, s. 7; Hohl, Note, s. 61.

²⁷⁵ Umar ve Yılmaz, s. 34; Habscheid, s. 423-424; karinelerin delil ikame yüküne etkisi bakımından bkz. Bergeaud, §354; Hohl, La Réalisation, § 263-264 ; Özmumcu, s. 47; Fabienne Hohl, **L’Avis des Défaut de l’Ouvrage: Fardeau de la Preuve et Fardeau de l’Allégation**, RFJ 1994 (L’Avis), s. 248 ; kanunda öngörülen istisnalar dışında ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu değildir. Ancak kanunun ispat yükünün koşul vakiyadan lehine hak çıkaran tarafa değil de, karşı tarafa yüklediği durumlar, ispat yükü ile delil ikame yükü farklı taraflara yüklenmesi sonucunu da doğurabilir.

²⁷⁶ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 673; **Karşılı**, s. 560; Hohl, L’Avis, s. 239-dn 11; **Vouilloz**, La Preuve, s. 832 ; kanuni karineler bakımından François Bohnet, **Les Défenses en Procédure Civile Suisse**, ZSR 2009/II (Les Défenses), s. 311.

Bununla birlikte yargılama başladıktan sonra hakimin vakıalar hakkında belli bir kanaati hasıl olmasını takiben, delillerin durumuna göre taraflardan hangisinin delil ikame edeceği *somut delil ikame yüküne* göre belirlenir. Somut delil ikame yükü tamamen delillerin değerlendirilmesi faaliyetine göre belirlenir²⁷⁷.

1.2.4.4.2. Belgeyi İbraz Etme Yükümlülüğünün Delil İkamesindeki Yeri

1.2.4.4.2.1. Davanın Tarafları Bakımından

HMK m. 219, davacı veya davalı bakımından bir ayırım yapmaksızın tarafların ellerindeki belgeleri ibraz yükümlülüğünü hükme bağlamıştır. Buna göre taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde hâlihazırda bulunan belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar (HMK m. 219/I).

Tarafların davayı aydınlatma ödevinin bir parçası olarak, taraflar ellerinde bulunan her türlü belgeyi mahkemeye ibraz etmek zorundadır²⁷⁸. Burada özellikle dikkat edilmesi gereken husus ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olmasıdır. Yani söz konusu belge taraflardan birinin iddia veya savunmasına temel teşkil etmelidir. Belgeyi ibraz yükümlülüğü şüphesiz somutlaştırma faaliyeti ile de doğrudan bağlantılıdır. Yargılama bakımından önem arzeden ve tarafların arasında uyuşmazlık konusu olan vakıa net biçimde ortaya koyulduktan sonra, karşı tarafın veya üçüncü kişinin elindeki belgenin de bu vakıanın ispatında ne şekilde kullanılacağı da açıklanmalıdır²⁷⁹. Karşı tarafın elinde bulunan belgelerin ibrazının talep edilebilmesi bazı bazı şartların varlığı aranmalıdır. Öncelikle, görülmekte olan derdest bir dava bulunmalıdır. Ancak devam eden derdest bir dava içerisinde usûli ibraz yükümlülüğü²⁸⁰ ve buna bağlı olarak belgenin

²⁷⁷ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 673-674; Atalay, Menfî Vakıa, s. 19; Özmumcu, ss. 48-49.

²⁷⁸ Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Güray Erdönmez, **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, İstanbul, 2010, s. 117 vd.; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 744; Yılmaz, Şerh, s. 1105; Umar, Şerh, s. 686; Nicolas Jeandin, **Procédure Civile: Moyen de Preuve et Secret Bancaire**, Journé 2010 de Droit Bancaire et Financier, Publications du Centre de Droit Bancaire et Financier, 2011 (Secret Bancaire), s. 60 ; Hofmann ve Lüscher, s. 83.

²⁷⁹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 744; Erdönmez, s. 124. İsvHMK m. 154 hükmüne ilişkin olarak Jeandin, Administration, s. 94. Taraflar delillerin değerlendirilmesi aşamasına hukuki dinlenilme hakkını bir sonucu olarak katılır, Vouilloz, s. 834.

²⁸⁰ Henüz açılmamış bir dava bakımından belgenin ibrazı maddi hukuk hükümlerine göre talep edilebilir, Erdönmez, s. 100 vd., 124; Bilge ve Önen, ss. 584-585.

ibrazı talep edilebilir. İbrazı istenen belgenin dava konusu uyuşmazlığı çözmeye elverişli olması aranması gereken bir diğer şarttır. Belgenin ibrazının vakıanın ispatı için ne derecede gerekli olduğunu hakim takdir edecek; gerekli koşulların oluşması halinde belgenin ibrazını re'sen diğer taraftan isteyecektir²⁸¹. İbrazı istenen belgenin karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde bulunması gerekmesi ve belgenin ibraz edilmesinde ibrazı talep edenin hukuki yararının bulunması da gereklidir²⁸².

Belgenin ibrazının istenmesi, ön inceleme aşamasına ilişkin bir işlemdir. Yani bu belgeye dayanan taraf, dilekçesinde buna yer verecek; hakim de ön inceleme aşamasında delillerin toplanması sırasında belgenin dava dosyasına ibrazını isteyecek, gerekirse iki haftalık kesin süre verecektir (HMK m. 140/V). İbrazı istenen belgenin, belgeyi ibraz etmekle yükümlü olan tarafın aleyhine olması, yükümlülüğü etkilemez. Yani taraf kendi aleyhine de olsa belgeyi ibraz etmekle yükümlüdür²⁸³.

Elektronik belgelerin, belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilmesi mümkündür (HMK m. 219/I). Ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir (HMK m 219/II).

Tarafların veya üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesine kanun bazı yaptırımlar bağlamıştır. Taraflardan biri, iddiasının dayanağı olan belgenin karşı tarafın elinde olduğunu belirterek, mahkemeden bu belgenin ibrazını isterse; mahkeme ancak bazı koşulların gerçekleşmesi halinde belgenin ibrazına karar verebilir. Öncelikle, belge iddia edilen vakıanın ispatı için zorunlu ve aynı zamanda bu talep de mahkemeye kanuna uygun olarak yöneltilmiş olmalıdır. İbrazın zorunlu, talebin de hukuka uygun yapıldığı kanaatini edinen mahkeme, kendisinden belge ibrazı istenen tarafın davranışına göre hareket edecektir. Buna göre bu taraf; belgenin elinde olduğunu açıkça veya bir başka belgede ikrar ederse veya talebe karşı susarsa ya da bu belgenin o tarafın elinde olduğu resmi bir kayıttan anlaşılırsa; Mahkeme

²⁸¹ Umar, Şerh, s. 685; Vouilloz, Jusletter, §34; Erdönmez, ss. 127-128.

²⁸² Erdönmez, ss. 125, 130.

²⁸³ Yılmaz, Şerh, s. 1105. İsviçre Federal Usûl Kanunu'na göre (İsvHMK m. 154) deliller, önceden dilekçede yer verilmiş olması şartıyla yargılamanın her aşamasında toplanabilir veya tamamlanabilir, Jeandin, Administration, s. 94.

belgenin ibrazı için iki haftalık kesin süre verir (HMK m. 220/I). Bu şartlar gerçekleşmedikçe, mahkeme karşı tarafa kesin süre veremez²⁸⁴.

Belgeyi ibraz etmesi talep edilen tarafa böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir. Yemin teklifi için talebe gerek yoktur. **Umar**, tanıkla ispat yasağının söz konusu olduğu hallerde, eğer iddia sahibinin dayandığı delil karşı tarafın elindeyse, tanıkla ispat talebinin reddinden önce HMK m. 220/II uyarınca işlem yapılacağı görüşündedir²⁸⁵.

Belgeyi ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesine kanun ispat hukuku bakımından önemli bir sonuç bağlamıştır. Buna göre “*belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir*” (HMK m. 220/III). Yani elindeki belgeyi ibraz etmeyen taraf, belge içeriğine ilişkin diğer tarafın beyanının kabul edilmesi riskini de taşır.

Belgeyi ibraz yükümlülüğü şeklinde olmasa, İsviçre Federal Usûl Kanununda tarafların delillerin değerlendirilmesi aşamasında mahkemeye yardımcı olacakları 160 ve 167. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Taraflara yüklenen bu işbirliği ödevi tüm delil türleri bakımından uygulama alanı bulur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda olduğu gibi, işbirliği ödevi hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler söz konusudur²⁸⁶.

1.2.4.4.2.2. Üçüncü Kişiler Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu üçüncü kişiler bakımından da belgeyi ibraz yükümlülüğü getirmiştir. Resmi kurumlar da dahil olmak üzere mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder (HMK m. 221/I).

²⁸⁴ Yılmaz, Şerh, s. 1108; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 745; ayrıca bkz. Erdönmez, s. 251 vd.

²⁸⁵ Umar, Şerh, s. 687.

²⁸⁶ Nicolas Jeandin, **Art. 160 CPC**, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, 2011. (Art. “madde numarası”-CPC), §7 vd.; Vouilloz, s. 835; Jeandin, Administration, s. 94.

Üçüncü kişiler bakımından da ibrazın mahkeme tarafından emredilebilmesi için, ibrazı istenen belgenin ileri sürülen vakianın ispatı için zorunlu ve kanuna uygun olup olmadığının mahkeme tarafında incelenmesi ve buna göre belgenin ibrazına karar verilmesi gerekir.

Belgenin ibrazına karar verilmesinden sonra, üçüncü kişi veya kurum belgeyi ibraz etmek; edemiyorsa bunun nedenini delilleriyle açıklamak durumundadır. Mahkeme yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir (HMK m. 221/II)²⁸⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tanıklığın belgenin içeriğine ilişkin olmayıp; istemin muhatabı olan kişinin açıklamayı yeterli bulmaması ve mahkemenin o neden konusunda daha ayrıntılı bilgi istemesinden kaynaklanmıştır. Belgeye dayanan tarafın bu hükümden hareketle, iddiasını tanıkla ispatlaması söz konusu olamaz²⁸⁸.

1.2.4.4.2.3. Belgeyi İbraz Yükümlülüğünün İptal Davasında Uygulama Alanı

Belgeyi ibraz yükümlülüğüne ilişkin hükümler, iptal davası bakımından da uygulama alanı bulur. Bu noktada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin de iptal davasında davalı olmasıdır. Farklı bir ifade ile işlem lehdarı üçüncü kişi, iptale tabi işlemle ilgili elinde bulunana belgeleri HMK m. 219, yani tarafın belgeyi ibraz yükümlülüğü kapsamında ibraz etmesi gerekecektir. İşlemin lehdarı üçüncü kişi ve borçlu, gerçekleşen işlemin iptale konu olmadığı konusunda birbirlerinin elindeki belgelere de dayanabilir. Yani, belgeyi ibraz yükümlülüğü sadece karşılıklı iki taraf bakımından değil; dava arkadaşı olan davalıların ellerindeki belgeler bakımından da uygulanabilir.

Belgeyi ibraz yükümlülüğü, iptal sebeplerine bağlı olarak ispat yükünü taşıyan tarafta olabileceği gibi, ispat yükünü taşımayan fakat delil ikame yükünün dağıtımını neticesinde kendisine somut delil ikame yükü yüklenen tarafta da olabilir. Örneğin, mevcut borç için önceden taahhüt edilmemiş teminatın verilmesinde durum böyledir. Davacı/alacaklı teminatın önceden taahhüt edilmediğini ispat yükünü taşımaktadır. Hakimin bu menfi vakianın ispatında, somut delil ikame yükünü

²⁸⁷ Yılmaz, Şerh, ss. 1109-1110; Umar, Şerh, s. 688; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 746.

²⁸⁸ Umar, Şerh, s. 688.

davalılara yüklemesi halinde, üçüncü kişi kendi lehine verilen teminatın önceden taahhüt edildiğini (İİK m. 279/II) ve buna ilişkin sözleşmenin borçlunun elinde bulunduğu şeklindeki karşı ispat faaliyetinde, mahkemenin bu belgenin ibrazını emretmesini talep edebilir.

Tacirler arasında söz konusu olacak uyuşmazlıklarda ticari defterler önemli bir delildir. Ticari defterlerin hangi koşullarda delil olarak kullanılabilceği HMK m. 222’de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna karşın şirketlerin düzenlemeleri gereken ve finansal bilgileri içeren bazı raporların delil değerlerine ilişkin bu şekilde bir ispat yöntemi düzenlenmemiştir. Özellikle şirket topluluğunda bağlı şirket yönetim kurulunun düzenlemek zorunda olduğu bağlılık raporları (TTK m. 199) bu çerçevede ileride incelenecektir²⁸⁹.

1.2.5. İspat Türleri

1.2.5.1. Asıl İspat-Karşı İspat-Aksini İspat

Asıl ispat, dayanılan normun koşul vakıalarının somut olayda gerçekleştiğini ispat amacını güden ve bu iddianın sahibi tarafından yürütülen ispattır. Karşı ispat ise asıl ispat faaliyetinden sonra hakimde oluşan geçici kanaati sarsmak amacıyla diğer tarafça yapılan ispattır. Dolayısıyla asıl ispat ile karşı ispat birbirlerine karşıt işlevleri haizdir. Asıl ispat, dayanılan hukuk normundaki koşul vakıanın somut olayda gerçekleştiğini ya da gerçekleşmediğinin ispatlanması üzerine, hukuk normunun bağlandığı sonuca ulaşmayı konu edinirken; karşı ispat, asıl ispat ile ispat yükünü taşıyan tarafın hakimde oluşturduğu kanaatin sarsılması ve karşı taraf iddialarının doğruluğu hakkında hakimde şüphe uyandırılmasını amaçlar²⁹⁰.

Aksini ispat ise bağımsız bir ispat faaliyetini ifade eder. Zira karşı ispat özellikle kanuni karinelerin çürütülmesine yöneliktir. Kanuni karineye dayanan taraf, karine temelini ispatladıktan sonra karine sonucu da ispat edilmiş sayılır. İşte aksini

²⁸⁹ Bkz. Bu bölümde “2.6.2.3. *Bağlılık Raporlarının Sunulmasının Delillerin İbrarı Bakımından İncelenmesi*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁹⁰ Umar, Şerh, s. 588; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 746; Atalay, Menfi Vakıa, s. 7; **H. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul 2009; s. 294; Karslı, s. 561; Boran, s. 783.

ispat, ispatlanmış sayılan karine sonucunun aslında gerçekleşmemiş olduğunu ispat faaliyetidir. Bu bakımdan yeni bir ispat faaliyeti söz konusu olur²⁹¹.

1.2.5.2. Doğrudan İspat-Dolaylı İspat

İçeriği bakımından ispat faaliyeti doğrudan ve dolaylı ispat olarak iki başlık altında incelenebilir. Doğrudan ispat, ispatın vakıaya delalet edici deliller vasıtası ile yapılması durumunda söz konusu olur. Buna karşın iddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve onun gerçekleştiği hakkında doğrudan kanaat veren vakıalarla değil de, ona komşu, emare niteliğindeki vakıalarla ispat, dolaylı ispat olarak adlandırılır. Emareler yardımıyla da yürütülebilecek bu ispat türüne emare ispatı adı da verilir²⁹². Fiili karinelerle ispat da emare ispatıdır²⁹³.

1.2.6. İspat Ölçüsü

İspat ölçüsü, bir vakıa iddiasının hakim tarafından ispatlanmış kabul edilerek, o vakıanın karşıladığı koşul vakıanın gerçekleşmiş sayılacağı ve normdaki hukuki sonucun doğmuş kabul edileceği anın tespitine ilişkin bir kavramdır²⁹⁴. İddia edilen vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için hakimin bu vakıa hakkında bir kanaate ulaşmış olması gerekir. İşte bu kanaatin derecesini de ispat ölçüsü belirler²⁹⁵. Hakimin normdaki hukuki sonuca karar vermesi için, iddia edilen vakıanın ne ölçüde ispatlanmış sayılabileceği önemli bir sorundur. Kimi zaman vakıanın gerçekleştiğine ilişkin hakimde tam bir kanaat uyanması, kimi zaman ise iddia edilen vakıanın gerçekleştiği yönünde gerçeğe yakın bir ihtimalin varolması ve hakimde bu yönde bir kanaat uyanması, vakıanın ispatlanmış sayılması için yeterli sayılabilir²⁹⁶.

Hukukumuzda kural olarak iddia edilen vakıaya ilişkin tam ispat aranmakta olup, yaklaşık ispatın yeterli kabul edileceği haller de istisnai olarak

²⁹¹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 746; Atalay, Menfi Vakıa, s. 7; Karşlı, s. 561; Boran, s. 783.

²⁹² Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 746; Atalay, Menfi Vakıa, s. 8; Karşlı, s. 561; Alangoya ve diğerleri, 295; Boran, s. 783

²⁹³ Atalay, Emare İspatı, s. 14; Boran, s. 777.

²⁹⁴ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 677; Karşlı, s. 562; Atalay, s. 37.

²⁹⁵ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 677.

²⁹⁶ Atalay, s. 37.

düzenlenmiştir²⁹⁷. *Tam ispat*, hakimde iddia olunan vakianın gerçekleştiği yönünde tam bir kanaat oluşturma faaliyetidir²⁹⁸. Hakim, tam ispatın arandığı durumlarda tam araştırma ve değerlendirme yapmalı, beyanlar ile deliller arasındaki çelişkileri gidermeli, bunlar arasında bağlantı kurmalı ve vicdanen tam bir kanaate ulaşmalıdır²⁹⁹.

Yaklaşık ispat ise, kanunda (kesin delille ispat zorunluluğu gibi) açıkça bir düzenlemenin bulunmadığı ve hakimde tam kanaat oluşturacak delillerin objektif olarak ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin imkânsız olduğu veya dürüstlük kuralı gereği beklenmesinin de mümkün olmadığı durumlarda başvurulabilecek bir ispat ölçüsüdür³⁰⁰. Bu durumda iddia edilen vakianın gerçekleşme ihtimalinin mevcut olması yeterlidir. Burada hakim açısından değerlendirme yapılırsa, iddia edilen ve ispatına çalışılan durumun gerçekleşmiş olma ihtimali, gerçekleşmiş olmama ihtimalinden daha fazla olmalıdır³⁰¹. İspat ölçüsünün bu şekilde düşürülmesi ancak takdiri delillerle ispatın caiz olduğu durumlarda mümkündür, yoksa kesin delille ispatın kanun tarafından öngörüldüğü durumlarda yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır³⁰².

²⁹⁷ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 679; Atalay, s. 44; Karşlı, s. 563; İsviçre hukuku bakımından da aynı kural geçerlidir, Hohl, Degré, s. 130.

²⁹⁸ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 680; Atalay, s. 43-44; Alangoya ve diğerleri, s. 294-295; Karşlı, s. 563; Hohl, Degré, s. 130.

²⁹⁹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, ss. 680-681; Karşlı, s. 562.

³⁰⁰ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 681; Atalay, s. 44; Karşlı, s. 562; Alangoya ve diğerleri, 295; Hohl, Degré, s. 130.

³⁰¹ Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 681; Alangoya ve diğerleri, ss. 295, 304.

³⁰² Atalay, s. 45. Alangoya ve diğerlerine göre kanun bir ispat ölçüsü tespit etmemiş ve bunu mahkemelere bırakmıştır. Bu nedenle vakianın önemi, ispat güçlüğü gibi sebeplerle ispat ölçüsü farklı durumlara göre farklılaşabilir, Alangoya ve diğerleri, s. 304.

İKİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

2.1. İPTAL DAVASINA İLİŞKİN GENEL HUSUSLARIN İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK

Kanunda sayılan tüm iptal sebepleri bakımından ortak vakıalar tespit etmek ve bunları iptalin objektif (genel) koşulları şeklinde adlandırmak mümkündür. Hangi iptal nedenine dayanılırsa dayanılsın, davacı/alacaklının iddia ve ispat etmesi gereken bazı koşul vakıalar vardır. Davacı iptale tabi işlem nedeniyle bir zarara uğradığını; davalı/borçlunun yaptığı ve iptal davasına konu edilen işlemin kanunda belirtilen süre zarfında yapıldığını iddia ve ispat etmesi gerekir. Davacının, iptal davasını açmaktaki menfaatini ortaya koyan ve özel bir dava şartı olan aciz vesikası verilmesi ile sonuçlanan takibin semeresizliğini de iddia ve ispat etmesi söz konusu olabilir. Bu üç objektif koşulun iptal sebeplerine ilişkin maddelerdeki görünüşleri ve ispata ilişkin arz ettikleri özellikler de farklıdır. Biz de öncelikle bu üç objektif koşulu açıkladıktan sonra, her bir iptal nedeninde bu koşulların yansımaları ve iptal nedenine özgü subjektif (özel) koşulları ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

Burada özellikle dikkat çekmek istediğimiz husus takibin semeresiz kalması ile zarar vakıaları arasındaki sıkı ilişkidir. Zararın doğumu, takibin semeresiz kalmasını takip eder. Ancak zarara ilişkin somut vakıanın farklı şekillerde ortaya çıkması da mümkündür. Bu nedenle zarar vakıasını, takibin semeresiz kalmasından ayırarak incelemenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

2.1.1. Zarar

2.1.1.1. Genel Olarak

Zarara ilişkin olarak alacaklının ispatlaması gereken iki vakıa vardır. Bunlardan ilki, zararın gerçekleştiği, diğeri ise zararın iddia edilen miktarda

olduğudur³⁰³. İptal davası bakımından ise zararın miktarının belirlenmesi bakımından aciz vesikası önem taşır. Zira zararın miktarı, alacaklının icra takibi ile tatmin edilemeyen veya duruma göre iflas masasına dahil edilen alacağı kadardır. Bu alacak da kesin veya geçici aciz vesikasında belirtilen miktardadır. Aciz vesikasının özel bir dava şartı olmasının ve alacaklının tatmin edilemediğinin tespitine yaraması yanında, iptale tabi miktarı da belirleme fonksiyonu vardır³⁰⁴.

İptale tabi işlemin doğurduğu zarar farklı biçimlerde kendisini gösterebilir. Bu kimi zaman bir malvarlığı değerinin, malvarlığından çıkarılması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; rehin verilmesi gibi bir işlemle malvarlığına etki edilmesi şeklinde de olabilir. Bugün İsviçre doktrinde taraftar bulan ve kanaatimizce günümüz gereklerine daha uygun olan görüşe göre, işlemin yarattığı zararları dolaylı ve doğrudan zararlar olarak iki ana başlık altında incelemek daha doğru olacaktır³⁰⁵. Borçlunun karşılıksız olarak yaptığı tüm işlemler, aktifin azalması sonucunu doğurur. Farklı bir ifade ile iptale tabi olan işlemin etkileri doğrudan borçlunun malvarlığında gözlemlenir. Doğrudan zarar olarak tanımlanabilecek olan bu durum, icra takibi neticesinde elde edilmesi beklenen semerenin azalması sonucunu doğurur. Buna karşın işlemin alacaklının malvarlığına yaptığı etkiye göre belirlenecek dolaylı zararın doğduğu durumlarda kimi zaman edimler arasında eşitlik bulunur. Dolayısıyla aktif veya pasif kalemlerde azalma veya artma meydana gelmez. Bu işlem neticesinde alacaklılardan biri diğerlerine nazaran avantajlı konuma gelir. Aktifin azalması sonucunu doğuran işlemler dışında kalan, yani edimler arasında eşitlik bulunan işlemlerde dikkate alınması gereken alacaklıların konumlarındaki değişikliklerdir (karş. İİK m. 279)³⁰⁶. İptale tabi işlem zarar yaratmaya uygun olmakla birlikte, işlem sonucu zarar doğmadıysa işlem iptale tabi olmaz³⁰⁷.

İcra semeresinin azalması ve alacaklılardan birinin kayırılması şeklinde tanımlanabilecek alt vakıalar, somut olayda birlikte ortaya çıkabileceğinden, çoğunlukla bu iki vakıanın ayrı ayrı tespiti her zaman kolay olmayabilir. İleride Yüksek Mahkeme kararlarından vereceğimiz örneklerden görülebileceği üzere,

³⁰³ Gilliéron, §2930.

³⁰⁴ Bkz. aşağıda “2.1.2.2.4.İspat Aracı Olarak Aciz Vesikasının Zarar ve Takibin Semeresiz Kalması Vakıası Bakımından Aranacak İspat Ölçüsüne Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁰⁵ Jäger, Art. 288, § 3; Peter, Art. 285 LP §16.

³⁰⁶ Brand, ss. 66-67.

³⁰⁷ Peter, Art. 285 LP §18, ayrıca bakınız aşağıda “2.1.1.2.3.Zarar ile İşlem Arasındaki İlliyet Bağı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

zararın gerçekleştiği vakiasının iptali düzenleyen maddeler bakımından net biçimde değerlendirilmesi de her zaman mümkün değildir. Örneğin kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler kimi zaman icra semeresinin azalması sonucuna yönelik olabileceği gibi, kimi zaman da alacaklılardan birinin kayırılması sonucuna yönelik olabilir.

2.1.1.2. Zarara İlişkin Olarak Somut Olayda Ortaya Çıkması Muhtemel Alt Vakıalar

2.1.1.2.1. İcra Takip Semeresinin Azalması

Malvarlığının aktif kısmında etkisini gösteren icra takibi semeresinin azalması, örneğin İİK m. 278’de sayılan işlemler ile İİK m. 279/II, III ve İİK m. 280 kapsamında malvarlığından değer çıkarma amacına yönelik işlemler bakımından söz konusu olur. Bu tip işlemler ile borçlu; malvarlığının aktif kısmına ait bir değeri icra takibinden kaçırmak amacıyla mal varlığından çıkarmayı amaçlar³⁰⁸. Böyle bir işlem neticesinde borçlunun malvarlığının aktif kısmında doğrudan bir eksilme gerçekleşir. Doğrudan zarar niteliğinde olan bu zararların tespiti ve ispatı, dolaylı zararlara nazaran daha kolaydır. Bu durum çoğunlukla cebri icraya konu edilebilecek bir malvarlığı değerinin malvarlığından çıkartılması şeklinde ortaya çıkar. Yapılan işlem, pasifin artması yoluyla icra semeresinin azalması sonucunu doğurabilir. Bu şekilde gerçekleştirilen işlemler de iptale konu olur³⁰⁹.

Zarar, alacaklıların el atabileceği malvarlığı değerlerinin değiştirilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Kendine ait bir gayrimenkulü eşine devredip işleme konu gayrimenkul üzerinde kendi lehine ömür boyu sükna hakkı tesisinde de durum böyledir. Federal Mahkeme bu hususa ilişkin olarak verdiği bir kararında evini eşine satan borçlu lehine daha sonra satışa konu ev üzerinde sükna hakkı kurulması durumunda, borçlunun haczi kabil bir malvarlığını, haczi kabil olmayan sükna hakkına³¹⁰ dönüştürdüğünü tespit ettikten sonra, bu işlem ile sükna hakkının iflas

³⁰⁸ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 857; Brand, s. 66.

³⁰⁹ Schüpbach, Art. 288, §5.

³¹⁰ Sükna hakkı intifa hakkı gibi kişiye bağlı bir irtifak hakkıdır, Jale G Akipek, ve Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 643 vd. İntifa hakkında haczin konusu (İİK m. 83) o şeyin

masasına dahil olmaması; devre konu gayrimenkulün de masaya dahil olmasının önüne geçildiğini hükme bağlamıştır³¹¹.

İptal davası açılabilmesi için sadece icra takibinin semeresinin azalması yeterli değildir. Borçlu hakkında borç ödemediği aciz vesikası düzenlenmesinin gerekmediği durumlarda, borçlunun yaptığı ve icra takibinin semeresini azaltıcı işlemleri iptale tabi değildir. Yani icra takip semeresinin azalması, borçlu aleyhine aciz vesikası düzenlenmesini gerektirecek miktarda olmalıdır. Ancak her bir iptal sebebi bakımından farklı koşul vakıaların öngörüldüğü ve iptal sebeplerinde borca batık olma haline ayrı bir koşul vakıa olarak yer verildiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Yargıtay bir kararında, icra ile elde edilebilecek miktarın azalmasının, malvarlığı olarak bildirilen ve üçüncü kişilere devredilen taşınmazlar üzerindeki haciz ve ipoteklerden hareketle tespit etmiştir. Anılan kararda bir davalı, kendisine devredilen taşınmaz hakkında kıymet takdiri yapılmadığını bu nedenle aciz hali doğmadığı yönünde savunma yapmışsa da Yargıtay aksi yönde karar vermiştir: *“...Mahkemece davacı tarafın aciz vesikası ibraz edememesi düşüncesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç dosyadaki bilgi ve belgelere uygun düşmemektedir. Davalı Salih’in mal beyanında 17 adet taşınmazını bildirdiği anlaşılmakta ise de, taşınmazların üzerinde pek çok sayıda haciz bulunduğu, bir kısmının ipotekli olduğu anlaşılmaktadır. Alacaklı Sevimin sırasının ise, diğer alacaklılara göre çok arka sıralarda bulunduğu görülmüştür. Bu durumda, borçlunun borç ödemekten aciz içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönden dava şartının gerçekleştiği düşünülerek tarafların delilleri toplanmalı, varılacak sonuca göre işin esası yönünden bir karar verilmelidir...”*³¹². Burada Yargıtay’ın borç ödemediği aciz haline ilişkin olarak yaptığı tespiti dikkatle yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. İcraya konu malvarlığının ve dolayısıyla el atılabilecek takip

mülkiyeti değil, intifa konusu olan hasılat, temettü, semere ve kiralardır, oturma hakkının haczi kabil değildir, Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, ss. 305, 296.

³¹¹ SJ 2004 I 336-339. Anılan kararda iptal kararı işlemin kanunun öngördüğü süre içinde yapılmamış olması nedeniyle, alacaklılara zarar verme kastı (İsvİİK m. 288) nedeniyle verilmiştir. İsvİİK m. 286 sükna hakkı tesisini de bir iptal nedeni olarak saymıştır. Türk Hukuku bakımından sükna hakkı tesisinin iptale tabi olup olmayacağı hususunda bkz. aşağıda “2.2.1.2.3.Karma Bağıştan Kaynaklanan İptal Davası” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹² 17 HD, E. 2008/4002, K. 2008/4853, T. 24.10.2008 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013).

semeresinin aciz vesikası ile belgelendirildiğine değinmiştik³¹³. Bu karar bakımından önem arzeden husus esasen Yargıtay'ın icraya konu malvarlığının tespitinde taşınmaz üzerinde yer alan haciz ve ipoteklerden hareket etmesidir. Burada icra takip semeresinin iptal davasının davacısı bakımından azaldığı söylenebilir de, bu hususun aciz vesikası ile belgelendirilmesi gerekir. Bunun yanında Yüksek Mahkemenin verdiği karar şu açıdan da tartışılabilir. Üzerinde çok sayıda ipotek ve haciz bulunan bir taşınmazın elden çıkarılması, icra semeresinin azalması yanında bazı alacaklıların diğerlerine göre daha avantajlı hale getirilmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle kanaatimizce mahkemenin takibin semeresiz kaldığını ve buna bağlı olarak aciz vesikası verildiğini iddia ve ispatını davacıdan istemesi; davacının takibin semeresizliğini aciz vesikası ile ispat edememesi halinde davanın menfaat yokluğu nedeniyle reddine karar vermesi gerekirdi.

Tahsil cirosu şeklinde gerçekleştirilebilecek işlem ile borçlu malvarlığının aktif kısmına dahil olan kıymetli evrakı üçüncü kişiye devrederek malvarlığından çıkarır. Bu işlem herhangi bir üçüncü kişi ile yapılırsa, işlemin icra semeresinin azalacağı sonucunu doğuracağı açıktır. Ancak bu işlem alacaklılardan biri ile yapılıyorsa burada artık o alacaklının diğer alacaklılara göre avantajlı duruma getirileceği sonucuna ulaşılabilir. Benzer bir tespit alacağın mahsup amacıyla alacaklılardan birine devrinde de ortaya çıkar³¹⁴.

2.1.1.2.2. Alacaklılardan Birinin Diğerine Göre Avantajlı Duruma Getirilmesi

Alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı duruma getirilmesi şeklinde tanımlanabilecek olan vakıa, İİK m. 279 ve İİK m. 280 uygulanmasında ortaya çıkabilir. Bu durum özellikle edim ve karşı edim arasında bir eşitliğin mevcut olduğu durumlarda söz konusu olur³¹⁵. Hukukumuzda alacaklılardan birinin diğerine göre

³¹³ Bkz. aşağıda “2.1.2.2.4.İspat Aracı Olarak Aciz Vesikasının Zarar ve Takibin Semeresiz Kılması Vakası Bakımından Aranacak İspat Ölçüsüne Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹⁴ Bkz. aşağıda “3.6.2.3.2. Mutad Ödeme Vasıtası Dışında Kalan Borçlunun Yaptığı Ödemeler” başlığı altında yapılan ödemeler.

³¹⁵ Peter, Art. 285 LP §16; Jean-Luc Chenaux ve Loïc Pfister, **Aspects Juridiques de l'Assainissement (Cadre, Outils et Responsabilité)**, Aspects Pratiques du Droit de l'Entreprises, CEDIDAC 86, Lausanne, 2010, s.169-170; Jean Castella, **La Connivence de Bénéficiaire de l'acte Révocable d'Après L'Art. 288 LP**, JdT 1956 II, s.71.

avantajlı hale getirilmesi tek başına bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın somut olayda, özellikle edimler arasında eşitliğin söz konusu olduğu durumlarda, bir alacaklının alacağını elde etmek bakımından diğerinin önüne geçmesi söz konusu olabilir. Örneğin İİK m. 279 uyarınca borçlunun önceden vermeyi taahhüt etmediği rehinler, olağan ödeme araçlarından farklı biçimde veya vadesinden önce yapılan ödemeler ya da kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler genelde edim-karşı edim dengesini sağlasa da, zarar koşulu bakımından daha detaylı bir incelemeyi gerektirir. Zira bu işlemler çoğu zaman pasifin artması veya bir borçtan kurtulmakla birlikte alacaklının aktif bir değerini kaybetmesi sonucunu doğurur³¹⁶. Bu örneklerde edimlerin denkliği veya işlemin taraflarının iyiniyeti herhangi bir fonksiyon göstermez. Önemli olan alacaklılardan birine bu işlemler ile menfaat sağlanması, diğer alacaklılardan üstün konuma getirilmesidir. Benzer biçimde edim-karşı edim dengesinin mevcut olduğu bir işlem, alacaklılara zarar verme veya birini diğerine göre avantajlı hale getirme kastıyla da yapılmış olabilir. Bu durumlarda da işlemin İİK m. 280 kapsamında iptale tabi olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

İmtiyazlı alacaklılara borcun ifa edilmesi, her zaman alacaklılar arasındaki dengenin bozulması sonucunu doğurmaz. İİK m. 206'da imtiyazlı oldukları belirtilen aile hukukundan doğan alacaklar ile işçilik alacaklarının ifası durumunda, imtiyazlı olmayan diğer alacaklılar bakımından zarar koşulunun gerçekleşmediği söylenebilir. Benzer biçimde kamu alacaklarının ödenmesi veya kanuni ipotek tesisi bakımından da durum aynıdır. Buna karşın, bu borçların ifasının, aynı sıradaki alacaklara zarar verebileceği gözden kaçırılmamalıdır³¹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında³¹⁸ kredi sözleşmesinin teminatı olarak yapılan alacak temliklerinin sadece bu işlem nedeniyle iptale tabi olamayacağını; işlemin iptale tabi olabilmesi için ya icra takip semeresini azaltması ya da alacaklılardan birini kayırılması sonucunu doğurması gerektiğine

³¹⁶ Schüpbach, Art. 288, §13, ayrıca karş. "2.3. ACİZ HALİNDE YAPILAN TASARRUFLARDAN (İİK M. 279) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER" başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹⁷ Schüpbach, Art. 288, §19-20, benzer durum mahkeme kararı ile bir mal üzerinde kurulan aynı haklar için de söz konusudur, Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 860.

³¹⁸ JdT 1975 II 109. Anılan karara konu olada, davalı Z ile Banka arasında kredi ilişkisi kurulmuş, bu ilişkinin teminatı olarak da Z alacaklarının bir kısmını bankaya temlik etmiştir. Z nin iflası üzerine Banka ile aynı sırada olan Davacı W. Taraflar arasındaki bu işlemin iptalini dava etmiştir.

hükmetmiştir. Eğer bu iki durum da mevcut değilse, kullandırılan kredinin kullanım amacının bu yönde olup olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir. Yani eğer borçlu, hasım konumundaki bankadan aldığı krediyi, alacaklılarından birine diğerine göre daha avantajlı konuma getirmek amacıyla kullanıyorsa, zarar koşulunun gerçekleştiği söylenebilir. Bu durumun varlığını ispat yükü davacıya aittir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin koşul vakıaların ispatına ilişkin olarak son dönemde verdiği önemli kararlar bulunmaktadır. Federal Mahkeme, genel görüşünü köklü olarak değiştirmemekle beraber koşulların değerlendirilmesi hususunda önemli bir açılım yapmıştır. Yüksek Mahkeme, Zürih Kanton Bankası (BCZ) ile SAir Group arasında gerçekleşen kredi (ödünç) sözleşmesine ilişkin olarak verdiği karar³¹⁹ alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulması şeklinde ortaya çıkabilecek hayat olayının hangi iptal sebebi altında altlanabileceği bakımından yol göstericidir. Somut olayda Zürih Kanton Bankası (BCZ) uzun yıllardır ticari ilişki içerisinde olduğu "Swissair" (SAir Group) şirketine 1999 tarihinden başlamak üzere, kredi hesabı açmış, belirli dönemlerde bu krediler yenilenmiştir. SAir Group'un ekonomik problemler yaşamaya başladığı 2001 yılı başlarında üç aylık bir süre için yine kredisini uzatmış, Nisan 2001'de ise SAir Group 2,8 milyar CHF zarar ettiğini bildirmiştir. BCZ, SAir Group'un Mayıs 2001'de başka bir banka lehine bir grup ipotek tesis ettiğini öğrendikten sonra, krediyi 01.06.2001 tarihinden başlamak üzere üç ay yerine sadece 1 aylığına uzattığını şirkete bildirmiştir. 02.07.2001 tarihinde de taraflar, başka bir bankanın SAir Group'un kredilerini azaltması veya iptal etmesi durumunda BCZ'ye bilgi verileceği ve BCZ'nin derhal kredi geri ödemesini talep edebileceği hususunda anlaşmıştır. Öngörülen bu ihtimal gerçekleşmiş ve SAir Group BCZ'ye farklı tarihlerde toplam 80.516.263,90 İsviçre Frangı ödeme yapmak durumunda kalmıştır. 01.10.2001'de SAir Group lehine iflasın ertelemesine karar verilmişse de, 20.06.2003 tarihinde malvarlığının terki suretiyle konkordato tasdik edilmiştir (Karş İİK m. 287). 08.06.2005'te konkordato halinde SAir Group (yani konkordato tasfiye memuru) BCZ aleyhine 80.516.263,90 İsviçre Frangının %5 faiziyle beraber ödenmesi için iptal davası ikame etmiş, Zürih Kanton Mahkemesinin aksine Federal Mahkeme, davanın kabulü yönünde hüküm kurmuştur. Federal Mahkemeye göre edimler arasında eşitlik söz konusu olduğunda kural olarak alacaklıların zarara

³¹⁹ JdT 2009 II 107-121. Bundan sonra kısaca "Swissair Kararı" olarak anılacaktır.

uğradığından bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Buna karşın bir ödücün iadesi, birbirine eşit edimlerin ifası olmayıp ödünç sözleşmesinin sona ermesi sırasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Ödücün iadesi borcu, icra takibinin semeresini veya kendilerine düşen payı azaltmadığı sürece, iflas sıra cetvelinde alacağı imtiyazlı veya rehinle temin edilmiş olsun ya da olmasın, hiçbir alacaklıya zarar vermez. Ancak Federal Mahkeme uyuşmazlık konusu olan ödücün iadesi alacaklıları zarara uğrattığını şu gerekçelerle kabul etmiştir: SAir Group, iadelerden önce kötü finansal durumunun farkında olup, likit akışını güvence altına alabilmek için yabancı fonlarına başvurmak zorunda kalmıştır. Bu tutum bile yapılan iadelerin diğer alacaklılara zarar vereceği şüphesinin kabulü için yeterlidir³²⁰. Hukukumuz bakımından, iptale tabi işlemin alacaklılardan birini diğerine göre avantajlı hale getirmesi bir iptal nedeni olarak sayılmadığından, somut olayı pozitif düzenlemeler kapsamında değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce bu olay bakımından İİK m. 279/I, b. 4 uyarınca vadesi gelmemiş borç için yapılan bir ödemeden bahsedilebilir. Şüphesiz İİK m. 280 uyarınca zarar verme kastı nedeniyle iptal davası açılabileceği de akla gelebilir. SwissAir Group'un ödemeyi yaparken, diğer bankalara zarar verme kastı taşıyıp taşımadığı bu noktada önemlidir. Elindeki imkânları borçlarını kapatmak amacıyla kullanan ve diğer alacaklılarına zarar verme amacı gütmeksizin, borcunu ödeyen borçlu bakımından İİK m. 280 değil; duruma göre İİK m. 279 uygulama alanı bulmalıdır.

Alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı konuma gelmesi vakıası çoğunlukla işlemin tarafı olan hasmın borçluluyla arasında önceye dayanan bir borç ilişkisinin bulunması durumunda söz konusu olur. Bu işlem ile borçlu, önceden de alacaklısı olan üçüncü kişiye bu alacağına mahsuben bir kazandırmada bulunur. Borçlunun bir kredi ilişkisi nedeniyle kredi veren lehine rehin tesis etmesi veya alacak temlik edilmesi; baştan teminat verilmeyen ödünç sözleşmesi için sonradan teminat verilmesinde durum böyledir. Bu şekilde yapılan ödemelerin iptale tabi olabilmesi için, ödeme gerçekleşmeseydi, hasma kazandırılan değerlerin borçlunun

³²⁰ Anılan kararda tartışılan hususlardan biri de alacaklılara zarar verme kastının işlem yapılan üçüncü kişi tarafından bilinebilir olmasıdır. Kararın bu kısmı ile ilgili değerlendirme için bkz. aşağıda “2.4.2.1 Zarar Verme Kastı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

malvarlığında mevcut olacağıın ispat edilmesi gerekir³²¹. İspat yükü bu vakiadan kendi lehine hak çıkararak davacıya aittir.

Denetim (veya yeniden yapılandırma) şirketlerinin durumu alacaklılara eşit işlem yapılması kuralı bakımından ayrıca incelenmelidir. Federal Mahkeme yeniden yapılandırma süresince mutemet konumunda bulunan denetim (veya yeniden yapılandırma) şirketlerine, yeniden yapılandırma yaptıkları şirketin paylarından bir kısmının rehin olarak verilmesi durumunda İsvMK m. 895-TMK m. 950³²² hükmü uyarınca yeniden yapılandırma yapan şirketin bu paylar üzerinde hapis hakkının bulunduğuna değinmiştir. Denetim şirketinin, borçlu şirketin finansal açıdan zor durumda olduğunu bildiği açıktır. Ancak iptal davası bu şekildeki yeniden yapılandırma çalışmalarına da engel teşkil etmemelidir. Bu şirketlerin gördüğü hizmet karşılığı aldıkları edimlerin iptale tabi olmaması gerekir. Zira burada zarar mevcut olsa dahi, borçlunun zarar vermeye yönelik bir kastı yoktur³²³. Ancak Federal Mahkeme, bu görüşe katılmayarak, hizmet akdinden kaynaklanan bu tip alacaklar bakımından İsvİİK m. 288’de bir ayırım gözetilmediğini, bu alacakların imtiyazlı olmadıklarını belirterek iptale hükmetmiştir³²⁴. Kanaatimizce, Federal Mahkemenin vardığı bu sonuç İsvİİK m. 288’in fazla katı bir yorumudur. Denetim şirketinin, borçlu şirketi yeniden yapılandırmak ve borçlarını ifa edebilir hale getirmek amacıyla çalıştığı, bu yönde herhangi bir şüphe hâsıl olmadığı durumlarda, zarar verme kastı da mevcut bulunmayacağından, bu şirkete yapılan ödeme veya verilen rehin iptale tabi olarak değerlendirilmelidir.

2.1.1.2.3. Zarar ile İşlem Arasındaki İlliyet Bağı

Zarar ile işlem arasındaki illiyet bağının, iptal davasının objektif koşullarından biri olduğu doktrinde savunulan bir görüştür³²⁵. Bu görüşe göre

³²¹ ATF 135 III 281.

³²² Anılan madde metni şu şekildedir: “(1)Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. (2) Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır ..”

³²³ Dieter Zobl, **Fragen zur paulianischen Anfechtung**, RSJ 96/2000, s. 25-37, özellikle ss. 31-32. (ATF 134 III 619’dan naklen)

³²⁴ ATF 134 III ss. 615-623. Denetim organının şirketin finansal durumunu bilmesi gerektiği hususunda bkz. BİSchK 2010, ss. 36-46.

³²⁵ Schüpbach, Art. 288, §8; Peter, Art. 285 LP §19; Chenux ve Pfister, s. 166.

borçlunun eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Eylemin, hayatın olağan akışına göre alacaklıya zarar vermeye elverişli olması yanında aynı zamanda zararın da bu eylem neticesinde doğmuş olması gerekir. Buna bağlı olarak, borçlunun zarar verme amacıyla, bu amaca ulaşmaya elverişli bir harekette bulunmasına rağmen, zarar doğması yerine, borçlunun beklenmedik bir kazanç elde etmesinde, uygun illiyet bağı koşulunun gerçekleşmemiş olduğu söylenebilir³²⁶.

İspat faaliyeti bakımından, zararın iptale tabi işlemde kaynaklandığı karine olarak kabul edilir. İptale ilişkin hükümlerin güttüğü amaç da bu sonucu gerektirir. Zira iptal davasına konu olacak işlem sonucunda bir zarar meydana gelmesi muhtemeldir. Dolayısıyla kanunun, işlem ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının varlığını karine olarak kabul etmesi makul bir çözümdür³²⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu karinenin zararın varlığı veya miktarına ilişkin olmadığıdır. Dolayısıyla zararının varlığını ve miktarını iddia ve ispat yükü altındaki davacı; zararının iptale tabi işlemde kaynaklandığına ilişkin karineden faydalanacaktır. Davacının karine temeli olarak zararının mevcut olduğu iddia ve ispat etmesi yeterli olacak, bunun sonucunda zararın iptale tabi işlemde kaynaklandığının kabulü mümkün olacaktır.

İptale tabi işlem ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığı yolundaki karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir kesin olmayan kanuni bir karinedir. Davalı veya hasım zararın bu işlemde kaynaklanmadığını; hatta işlem gerçekleşmeseydi dahi zararın doğacağını ispat ederek iptal davasının reddini sağlayabilir. Bu durumda davalı bu karinenin aksini ispat yükünü taşımaktadır. Örneğin borçlunun imtiyazlı alacak olan işçilik alacaklarını ödemesinde durum böyledir³²⁸.

Federal Mahkemenin Swissair/Total Oil (ATI ve ATS) arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği kararında³²⁹, işlemin daha büyük bir zararın önlenmesi amacıyla gerçekleştirildiği yönündeki savunmaya itibar etmeyerek, zarar doğuran işlemin şirketin faaliyetlerini sürdürmesi bakımından kaçınılmaz olup olmadığına göre hüküm kurulması gerektiğine dikkati çekmiştir. Somut olayda,

³²⁶Schüpbach, Art. 288, §8-9.

³²⁷Peter, Art. 285 LP §19; Chenaux ve Pfister, s. 166; ATF 134 III s. 617.

³²⁸Peter, Art. 285 LP §19; Umar, İptal Davası, s. 61; bu yönde ATF 135 III ss. 279-280.

³²⁹ATF 135 III ss. 276-287.

finansal güçlük içindeki Swissair yeniden yapılandırma sürecine girmiş, bu süreçte de, ödeme yapılmaması nedeniyle kendisine yakıt ikmali sağlamaktan imtina eden ve uzun zamandır karşılıklı ticari ilişki içerisinde bulunduğu Total şirketine de ödeme yapmıştır. Yapılan ödemenin, önceden kalan yakıt borçları ile ödemeyi takip eden on günlük yakıt alımına ilişkin olduğu sözleşmede belirtilmiştir. Bu ödemeden sonra, Swissair'in teklif ettiği konkordato tasdik edilmiş, tasfiye memurları ATI ve ATS aleyhine bu ödemenin iptali için dava açmıştır. Federal Mahkeme İsvİİK m. 331 (İİK m. 309/k) gereğince konkordatonun tasdikinden önce yapılan işlemlerin iptale tabi olduğuna değinmiştir. Önceden teslim edilen yakıtın ödemesinin daha sonra yapılması, alacaklılar arasındaki eşitliği bozar. Zira ödeme yapılan alacaklı, alacağının tamamına kavuşmuşken, diğer alacaklılar, tasfiye neticesinde kendilerine düşen miktar kadar tatmin olurlar. Bu ödeme gerçekleşmeseydi, ödenen miktar, konkordato masasına dahil edilecek ve alacaklılar arasında pay edilecekti. İlk derece mahkemesinin, yakıt temin edilemediğinden ticari faaliyetin durması ve bu nedenle ATI'ya ödeme yapıldığı yönündeki tespitine de katılmayan Federal Mahkemeye göre borçlunun ticari faaliyeti, yakıt temini dışında başka birçok faktöre de bağlı olup, bu ödeme sayesinde daha büyük bir zararın önlenmediği yönündeki savunmanın yerinde olmadığına hükmetmiştir. Davalının yürüttüğü bu karşı ispat faaliyeti başarıya ulaşmamış, davalı bu hususa ilişkin ispat yükünü yerine getirememiştir. Federal Mahkemenin bu içtihadı, Vogt tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, iptale tabi işlem gerçekleşmeseydi dahi zararın doğacağı veya daha büyük bir zararın önlenmesi için işlemin yapıldığı vakıalarının ispatı neredeyse imkânsızdır. Şirketin kayıplarını azaltmak için bazı tedbirler alması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda artık işlem ile zarar arasındaki illiyet bağının koptuğu sonucuna ulaşılmalıdır³³⁰. Kanaatimizce yakıt için ödeme yapılması, bir havayolu şirketi için ticari faaliyetinin devamı ve nakit akışının sağlanması bakımından değerlendirilmelidir. Yani SwissAir'in Total Oil'e ödeme yapılması ticari faaliyetin ve nakit akışının devamını sağlayarak uzun vadede masa mevcudunun azalmasını önleyecektir. Bu karar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, davalının ileri sürdüğü vakıaya ilişkin ispat yükünü yerine getirememiş olması nedeniyle davalı aleyhine karar tesis edildiğidir. Yani Yüksek

³³⁰ Chenaux ve Pfister, ss. 171-172; Hans-Ueli Vogt, **Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung**, in GesKR 2/2009, s. 178'den aktaran Chenaux ve Pfister, ss. 171-172.

Mahkeme yakıt ödemesinin yapılmasının şirketin faaliyetini ve nakit akışının devamlılığını sağladığı şeklindeki vakianın ispat edilememesi nedeniyle ilk derece (Kanton) mahkemesinin kararını bozmuştur. İlliyet bağının zararın doğumu için uygun olup olmadığı konusunda, üçüncü kişinin, borçlunun zarar verme kastını bilip bilmediğinin önem taşıdığı kanaatindeyiz. Sadece işlemin zarara yol açtığı kabulünden hareket etmek, borçlunun faaliyetini devam ettirmek amacıyla yaptığı iyiniyetli girişimlerin önüne geçebilir veya borçlunun çekingen davranmasına yol açabilir. Borçlu veya davalı üçüncü kişi, işlem ile zarar arasındaki illiyet bağının koştüğünü iddia ve ispat ettikten sonra davacı karşı ispat faaliyetine girişecektir. Karşı ispat faaliyetinin konusu az önce değindiğimiz karardaki gibi, iptale konu işlemin ticari faaliyeti sürdürmek için tek imkân olmadığı, borçlunun bir alacaklıyı kayırmak suretiyle diğerlerine zarar vermek kastıyla hareket ettiği ve işlem yaptığı alacaklının da durumu bildiği yönünde olmalıdır. Borçlunun muhtemel kayıplarını önlemek amacıyla yapacağı işlemler, bu kasta yönelik olmayacağından, iptale tabi olmaz.

2.1.1.3. Zarar Koşul Vakiası Bakımından Usûli Yükler

2.1.1.3.1. İspat Yükü

Zararın ispatına ilişkin genel kural zararın gerçekleştiği ve bunun iddia edilen tutarda olduğuna ilişkin ispat yükünün, tazmin talep eden alacaklıda olduğudur (karş. TBK m. 50/I)³³¹. Zira zararın meydana geldiği ve iddia edilen miktarda olduğu vakiasından lehine hak çıkaran alacaklıdır. İptal davası bakımından da ulaşılacak sonuç aynıdır: Davacı davalının yaptığı iptale konu işlem nedeniyle zarara uğradığını ispat yükü altındadır.

2.1.1.3.2. Delil İkame Yükü ve Kullanılabilecek İspat Araçları

Zararın ispatında delil ikame yükü de davanın başında kural olarak davacıdadır. Ancak hakim zararın gerçekleştiğine ilişkin belli bir kanaat edindikten

³³¹ Umar ve Yılmaz, s. 104;Brustlein ve Rambert, Art. 285, § 5.

sonra somut delil ikame yükünü davalı/borçlu veya davalı/üçüncü kişiye yükleyebilir. Yukarıda incelediğimiz ve iptal davasında alt vakıa olarak ortaya çıkabilecek icra takip semeresinin azalması ya da alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı hale gelmesi vakiasına dayanan alacaklı bakımından soyut ve somut delil ikame yükünün ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.

İcra takip semeresinin azaldığı ve buna bağlı olarak zararın gerçekleştiği alt vakiasına dayanan davacı, davanın başında bu vakıa bakımından hem soyut hem de somut delil ikame yükünü taşır. İcra takip semeresinin azaldığı vakiasına ilişkin soyut delil ikame yükünün öncelikle ve özellikle aciz vesikasının ibrazı ile yerine getirileceği söylenebilir. Zarar vakiasının ispatı bakımından icra takip semeresinin azaldığının ispatlanması yeterli değildir. Alacaklının borçluya karşı yürüttüğü takibin semeresiz kaldığının ortaya koyulması gerekir. Aciz vesikası, davalı/borçlunun malvarlığında yürütülen haciz işleminin semeresiz kaldığı buna bağlı olarak alacaklının, borçlunun malvarlığından alacağını alamadığını ortaya koyar. Şüphesiz davacı/alacaklının delil ikame yükünün gereğini yerine getirirken uğradığı zararın iptale tabi işlemde kaynaklandığı, farklı bir ifade ile iptale tabi işlem ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu da ortaya koyan delillerini sunması gerekir. Davacının bu faaliyetini takiben davalıya iki ihtimalde somut ikame yükünün yükleneceği akla gelebilir. Bu kapsamda davacı tarafından geçici aciz vesikasına dayanılarak iptal davasının açılmış olması durumunda, davalı malvarlığının alacağın karşılanmasına yeteceği yönünde delil ikamesine girişebilir. Aciz vesikasının, davacının dava açmadaki menfaatine ilişkin bir dava şartı niteliğinde olduğuna değinmiştik³³². Geçici aciz vesikasının yargılamanın sonuna kadar kesin aciz vesikasına dönüşmemesi halinde de davacının dava açmadan menfaatinin vardır ve özel dava şartının yerine getirilmiştir. Buna karşın davalı, karşı ispat faaliyetine girişerek, alacaklı bakımından takibin semeresiz kalmadığını, hacizli malların paraya çevrilmesi neticesinde alacaklının alacağını alabileceği yönünde delil ikamesi yürütebilir; bu noktada hacizli mallarla ilgili kıymet takdirlerinin gerçeği yansıtmadığını ileri sürebilir. Dikkat edilmesi gereken husus, davalının delil ikamesini yürütürken yeni bir vakıa ileri sürmemesi gerektiğidir. Örneğin aciz

³³² Bkz. yukarıda “1.1.4.4.5. Borç Ödemeden Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

vesikasının sahte olduğunu ileri süren davalı bu vakıya ilişkin hem ispat hem de delil ikame yükünü taşıyacaktır.

Alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı hale gelmesi alt vakıası da, alacaklının davalı/borçlunun yaptığı işlem neticesinde zarara uğradığı vakıası kapsamında ortaya çıkabilir. Bu vakıanın iptal sebebine bağlı olarak ortaya çıkması daha muhtemeldir. Örneğin, alacaklılarından biri lehine önceden taahhüt etmediği bir rehni tesis eden borçluya karşı açılacak iptal davasında davacı/alacaklı, İİK m. 279'un koşul vakıalarına göre ispat faaliyetini yürüttüğünde, dolaylı olarak zarara ilişkin olarak da delil ikamesini gerçekleştirecektir. Davacı/alacaklının iddia ettiği ve soyut delil ikame yükünü taşıdığı vakıa kapsamında, davalıya yüklenebilecek somut delil ikame yükü de belirli hale gelir.

2.1.1.3.3. Somutlaştırma Yükü

Zararın gerçekleştiğine ilişkin davacı tarafından iddia edilecek vakıaların³³³, ispata elverişli biçimde somutlaştırılması gerekir. Alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı hale getirilmesi farklı şekillerde somutlaştırılabilir. Yukarıda değindiğimiz Federal Mahkeme kararına³³⁴ konu olayda olduğu gibi ödünç sözleşmesinin sona ermesi neticesinde ödücün iadesi gerekecekse de, bu iade, birbirine eşit edimlerin ifası olmayıp ödünç sözleşmesinin sona ermesi sırasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Ancak ödücün iadesi mali durumu bozuk bir borçlu tarafından yapıldığında işlemin lehdarı üçüncü kişiyi, diğer alacaklılara göre avantajlı duruma getirebilir. Yine icra takip semeresiz azalmakla birlikte, takip alacaklı bakımından semeresiz kalmadıkça, alacaklı lehine hüküm kurulamayacaktır.

³³³ Şüphesiz bu vakıalar da icra takip semeresinin azalması veya alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı hale gelmesi alt vakıaları kapsamında ortaya çıkacaktır.

³³⁴ ATF 135 III 281.

2.1.2. Takibin Semeresiz Kalması

2.1.2.1. Genel Olarak

Takibin semeresiz kalmasının iptal davasının açılmasındaki menfaate ilişkin olduğuna değinmiştik. Takibin semeresizliği iptal davası bakımından bir koşul vakia olmamakla birlikte, semeresizliğin menfaate ilişkin olması ve aciz vesikasının da iptal davası bakımından özel dava şartı olarak kabul edilmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Davacının menfaatinin varlığı hakkında şüpheye düşen hakim, gerek görmesi halinde takibin semeresiz kaldığının iddia ve ispatını davacıdan isteyebilir³³⁵.

Alacaklı, borçlunun malvarlığı üzerinde kesin haciz işlemi gerçekleştirmiş, takibe konu ettiği alacağını edinememiş ve bu durumu belgeleyen aciz vesikası düzenlenip kendisine verilmiştir. Alacaklının alacağını elde edememiş olması, farklı nedenlerle gerçekleşebilir: Hacizli malları paraya çevirme işlemi sonucunda elde edilen miktar yetersiz kalmış olabileceği gibi, geçici aciz vesikası niteliğindeki haciz tutanağının düzenlenmesinden sonra, hacizli malların değerinin alacağı karşılamaya yetmeyeceği anlaşılmış ve fakat tamamlama haczi yapılması (İİK m. 139) da mümkün olmamış olabilir³³⁶.

Aciz vesikası takibin semeresizliğine ilişkin delil olmakla birlikte, hakimin edineceği kanaati aciz vesikasının kesin veya geçici olmasına göre çözümlenmek gerekir. Bu şekilde bir geçici aciz vesikasına dayanan alacaklı, borçlunun aciz haline ilişkin ispat yükünü taşır. Borçlunun, iptal davasının ikamesi için aranan menfaat olan takibin semeresiz kalması vakiasının aslında gerçekleşmediği yönünde

³³⁵ Bkz. yukarıda “1.1.4.4.5. Borç Ödemeden Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³³⁶ Rey-Mermet, **Art. 149 LP**, §6; 15. HD, E. 2006/7344, K. 2007/1533, T. 13.03.2007, “...Borçlu hakkında alınan 23.01.2004 tarihli "geçici aciz vesikası" Kadıköy 2. İcra Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Daha sonra 04.10.2004 tarihinde yeniden geçici aciz vesikası düzenlenmiş ise de borçluya ait hacizli taşınmazların kıymet takdiri yapıp borcu karşılayıp karşılamadığı da anlaşılamadığından borçlunun aciz halinde bulunduğu kabul edilemez. Nitekim geçici aciz vesikasının iptalinden sonra mahcuzların kıymet takdirlerinin yapıldığına ve borcu karşılamadığına dair yeni bir belge de sunulmamıştır. Bu durumda mahkemece davanın her aşamasında ibrazı mümkün olan kesin aciz belgesinin sunulmamış dava şartının gerçekleşmemiş olması- nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulü cihetine gidilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...”. (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012)

yürüteceği karşı ispat faaliyeti neticesinde, hâkimin kanaatinin sarsılması söz konusu olabilir. İşte bu durumda, ispatsızlığın riskine alacaklı katlanacak, iptal davası ispat yüküne dayanan bir kararla reddedilecektir.

Gilliéron'un geçici aciz vesikası ile kesin aciz vesikasının ispat güçlerine ilişkin olarak yaptığı tespiti değinmiştik³³⁷. Yazar, Federal Mahkeme'nin aciz vesikasının türüne göre yaptığı ayrımın ispat yükü kurallarına aykırı olduğunu; zira geçici aciz vesikası sahibi alacaklıya kanunda davacı sıfatı tanınmış olmasının, kanuni karine niteliğinde olduğunu ve kanuni karineye dayanan tarafın ispat yükünden kurtulacağını savunmaktadır. Farklı bir ifade ile artık davalının davacı sıfatının mevcut olmadığını ispat etmesi gerekir. Federal Mahkeme ise aksine davacının, aktif dava sıfatını ortadan kaldıracak bir durumun gerçekleşmediğini ispatlaması gerektiğini savunmuştur³³⁸. Kanaatimizce iptal davasının davacısı, geçici aciz vesikasına dayanarak dava açmış olup, bu vesikayı hükümden düşürecek bir durumun var olmadığı, farklı bir ifade ile; vesikadan kaynaklanan dava hakkının halen bulunduğunu ispat yükünü taşımamalıdır³³⁹. Böyle bir durumun varlığından lehine hak çıkararak taraf davalıdır. Bununla beraber hüküm anına kadar geçici aciz vesikasının kesin aciz vesikasına dönüşmesi gerekir. Geçici aciz vesikası verilmesine neden olan haciz işlemi neticesinde satış yapılmış, elde edilen bedel alacağı karşılamışsa, geçici aciz vesikası hükümsüz kalacaktır. Dolayısıyla takibin semeresiz kaldığı vakiasının varlığından artık bahsedilemeyecektir. Takibin semeresiz kalması artık söz konusu olmadığından davanın menfaat yokluğundan reddi gerekir³⁴⁰. Kesin aciz vesikasının yokluğuna da aynı sonuç bağlanmakla beraber, takibin semeresizliği bakımından sahip olduğu ispat gücü ve buna bağlı olarak hakimde oluşturacağı kanaat farklıdır. Zira kesin aciz vesikası, İİK m. 68 anlamında borç tanınmasını içeren ve resmi bir makam tarafından düzenlenmiş bir belge niteliğindedir. (Karş. İİK m.

³³⁷ Bkz. yukarıda “1.1.3.1.2. Aciz Vesikasının Davacı Sıfatının Belirlenmesindeki Önemi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³³⁸ Gilliéron, Note, s. 149 ; Gilliéron, §2932. Yazara göre, geçici aciz vesikasının sahibine tanıdığı dava hakkı, bu vesikasının geçiciliğinden etkilenmez. Yani, dava hakkının kullanılabilmesi için geçici aciz vesikasının yargılama sonuna kadar kesin aciz vesikasına dönüşmesi şartı aranmamalıdır. Aynı yönde, Schüpbach ; Acte de Défaut de Bien – Ceditac, s. 185.

³³⁹ Umar ve Yılmaz, ss. 28-29.

³⁴⁰ Schüpbach, Acte de Défaut de Bien – Ceditac, s. 185; geçici aciz vesikasının icra takibindeki ara bir dönemi tespit ettiği ve borç tanınması niteliğinde olmadığı hususunda bkz. Jeandin, ADB, s. 5 ve bkz yukarıda “1.1.4.4.4. Geçici Aciz Vesikasının Etkileri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

251/IV)³⁴¹. Buna bağılı olarak aciz vesikasına bağlanmış alacak sona ermemekte, aksine alacaklının hakkı borçluya karşı daha da kuvvetlenerek devam etmektedir³⁴².

2.1.2.2. Takibin Semeresiz Kalması Bakımından Usûli Yükler

2.1.2.2.1. İddia ve İspat Yükü

İcra takibinin semeresiz kalması vakıası, davacı/alacaklının iptal davasının açmaktaki menfaatini ifade eder. Dolayısıyla, aynı zamanda dava şartı olarak menfaatin ispatına ihtiyaç duyulduğu hallerde iptal davasının davacısı alacaklı takibin semeresiz kaldığı vakıasına ilişkin iddia ve ispat yükünü taşımaktadır³⁴³.

İcra takibinin semeresiz kalması çoğu zaman akla borçlunun borca batık veya borç ödemedi aciz halinde olduğu ihtimalini getirebilir. Şüphesiz aciz vesikası takibin semeresiz kaldığını belgeleyen bir belgedir³⁴⁴. Ancak, alacaklı lehine aciz vesikası düzenlenmesi veya genel olarak icra takibinin semeresiz kalması her zaman borçlunun borca batık olduğunu göstermez. Borca batıklığın koşul vakıa olarak ispatı gereken hallerde (İİK m. 279-280) bu vakıanın da ayrıca iddia ve ispat edilmesi gereği gözden kaçırılmamalıdır³⁴⁵.

2.1.2.2.2. Delil İkame Yükü

Takibin semeresizliğine ilişkin delil ikame yükünün belirlenmesinde delil ikame yüküne ilişkin ana kuraldan ayrılmaya gerek yoktur. Takibin semeresizliğinin ispatının gerekmesi halinde hakim, davacı/alacaklıdan delil ikame etmesini

³⁴¹ Rey-Mermet, Art. 149 LP, §18; Umar, İptal Davası, s. 41; Seyithan Deliduman, **İcra ve İflâs Hukukumuzda Borç Ödemedi Aciz Belgesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 43; Jeandin, ADB, s. 4; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 408. Aciz vesikasının içerdiği borç tanınması, takip hukuku alanında etki gösterir. Daha ayrıntılı açıklama için bkz. yukarıda “1.1.4.4.3.2. İcra Hukukuna İlişkin Etkileri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁴² Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 406.

³⁴³ Umar ve Yılmaz, s. 113.

³⁴⁴ Umar, İptal Davası, İptal Davası, s. 37; HGK, E. 2005/15-100, K. 2005/119, T. 2.3.2005, “...Aciz belgesi borçlunun mal varlığının alacaklının alacağını karşılamaya yetmediğini gösteren tek ispat aracıdır...”(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

³⁴⁵ Anonim şirketlerde borca batıklık ve aciz halinin bir arada ortaya çıkması olağandır, Atalay, İflâs, s. 48. Her iptal sebebi bakımından takibin semeresizliği ve dolayısıyla aciz halinin iddia ve ispat edilmesi gerekirken, borca batık anonim şirkete karşı açılacak iptal davasında, takibin semeresizliğine ek olarak borca batıklığında iddia ve ispat edilmesi gerekir.

isteyecektir. Özel dava şartı olarak aciz vesikasının ibrazı ile delil ikamesi yükü yerine getirilmiş olacaktır.

2.1.2.2.3. Somutlaştırma Yükü

Takibin semeresiz kalması vakasına ilişkin somutlaştırma yükünü davacı/alacaklı taşır. Takibin semeresiz kalması somut olayda aciz vesikasının düzenlenmiş olması ile somutlaşır. Bu bakımdan somutlaştırma yükü aciz vesikasının düzenlenmiş olması veya duruma göre düzenlenmesi gerektiren koşulların oluşmuş olmasının ortaya koyulması şeklinde yerine getirilebilir. Aciz vesikasının düzenlenmesini gerektiren koşulların oluşmasından kasıt, kanunun aciz vesikasının düzenlenmesi için aradığı tüm şartların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Malvarlığının alacağı karşılıma yetmeyeceği çoğunlukla sıra cetvelinin düzenlenmesi sırasında anlaşılır. Kesin aciz vesikasını, malvarlığı eksikliğini, farklı bir deyişle takibin semeresizliğini kesin biçimde ortaya koyar. Bu nedenle takibin semeresizliğinden kesin olarak bahsedebilmek için hacizli malların tamamının paraya çevrilmiş olması gerekir³⁴⁶. Geçici aciz vesikasını ise icra dairesinin bir öngörüsüne dayanır. Bu öngörü, malvarlığının alacağı karşılımda muhtemelen yetersiz kalacağıdır³⁴⁷. Buna karşın malvarlığı yetersizliğinin daha erken anlaşılması da mümkündür. Örneğin, haciz aşamasında haczi kabil hiçbir mal bulunmaması³⁴⁸, yeni alacaklıların hacze iştirak etmeleri ile başta yeterli olan malvarlığının yeni alacaklılarla birlikte yetersiz olması durumunda, malvarlığı eksikliği sıra cetvelinin düzenlenmesinden önce bellidir³⁴⁹. Şartların oluşması halinde aciz vesikasının resen düzenlenmesi gerekir. Aciz vesikasının etkileri de, düzenlenmesinden sonra ortaya çıkar. Farklı bir ifade ile, önceden malvarlığının yetersizliği anlaşılmış olsa bile, aciz vesikasını düzenlenmeden alacaklı bu durumu ileri sürerek kendi lehine hak çıkaramaz³⁵⁰. Böyle bir durumda davacı/alacaklı somutlaştırma yükünü aciz vesikasını

³⁴⁶ Ruedin, ADB, 5; Jäger, Art. 149, § 2; Kuru, İcra, C. II, s. 1544; Akyazan, Aciz Belgesi, s. 315.

³⁴⁷ Jeandin, ADB, s. 4; Ruedin, ADB, 2; Akyazan, Aciz Belgesi, s. 316; Deliduman, Muvakkat s. 1077.

³⁴⁸ Kanun bu şekilde tutulan haciz tutanağının geçici aciz vesikasını hükmünde olduğunu hükme bağlamıştır (İİK m. 105-İsvİİK m. 115/I).

³⁴⁹ Ruedin, ADB, ss. 4-5.

³⁵⁰ Öztekin, s. 53; Ruedin, ADB, s. 8.

verilmesi için gereken şartların olduğu şeklinde yerine getirmekle yetinmeyerek, aciz vesikasının mahkemeye ibrazını da sağlayacaktır.

İflasın kapanmasından sonra düzenlenen aciz vesikasına dayanan alacaklının, münferiden iptal davası açması mümkün değildir. İflasın kapanmasından sonra doğacak iptal hakkını ancak alacaklıların temsilcisi sıfatıyla iflas dairesi kullanabilir. İflâs sonrası aciz vesikasına sahip alacaklı, ancak kendisine İİK m. 245 kapsamında iddianın takibinin kendisine temlik edilmesi halinde, tek başına davayı açabilir³⁵¹. İptal sebeplerini düzenleyen hükümlerde takibin semeresiz kalması yanında “borcunu ödemeyen” (İİK m. 279) veya “malvarlığı borçlarına yetmeyen” (İİK m. 280) borçludan bahsedilmektedir. İsviçre İcra İflâs Kanunu’nda 1994 değişikliğinden önce borca batıklık nedeniyle iptale ilişkin madde hükmünde “*insolvable*” yani borçlunun aciz halinde olması aranmaktaydı. Fakat 1994 değişikliği ile doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına uygun olarak bu ifade değiştirilmiş ve borca batık anlamındaki “*surendetté*” ifadesine yer verilmiştir³⁵². Ancak yukarıda da değinildiği üzere borca batık olmak her zaman borçlu hakkında aciz vesikası düzenlenmesini gerektirmeyebilir.

2.1.2.2.4. İspat Aracı Olarak Aciz Vesikasının Zarar ve Takibin Semeresiz Kalması Vakıası Bakımından Aranacak İspat Ölçüsüne Etkisi

Takibin semeresiz kalması ve zarar vakıalarının tam ispat ölçüsünde ispatı gerekir. Bu bakımından aciz vesikası hakimde tam kanaat tesisi için yeterlidir. İşlem iptal davasına konu edilmeye uygun olsa dahi, zararın ortaya çıkmaması durumunda iptal davası açmak da mümkün değildir. Bu nedenle zarar da tam ispat derecesinde ispatlanmalıdır. Zararın dolaylı ve doğrudan ortaya çıkmasının ispat ölçüsü bakımından bir farklılık doğurmayacağı kanaatindeyiz.

Takibin semeresizliği bakımından başvurulacak delil aciz vesikasıdır. Bununla birlikte borçlunun borç ödemediği aciz halinde bulunduğu vakıasının ispatında aciz vesikası siciline dayanmak da mümkündür.

³⁵¹ Umar, İptal Davası, s. 43; Gilliéron, §2936-2937; Uyar, Yargılama, s. 140; Akyazan, Aciz Belgesi, s. 318.

³⁵² Peter, Art. 287 LP §3; Türk hukukunda bu ifade ile ilgili tartışmalar için bkz. Umar, Aciz Hali, ss. 318-319.

Kesin aciz vesikası ispat gücü bakımından ibraz edildiği andan itibaren alacağın varlığına yönelik bir resmi senet olarak bu senetlerin tabi olduğu ispat rejimine göre değerlendirilir. HMK m. 204/II uyarınca da kesin aciz vesikası aksi ispatlanıncaya kadar kesin delildir (Karş. İİK m. 8).

Aciz vesikası, borçluya yöneltilen icra takibin tamamen veya kısmen semeresiz kaldığını resmi biçimde tespit eden ve takibin semeresiz kaldığına ilişkin olarak icra dairesinin düzenlediği ve İİK m. 8 uyarınca aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir belgedir³⁵³. Bununla birlikte aciz vesikasının delil değeri, kesin veya geçici olmasına göre değişkenlik gösterir.

Geçici aciz vesikası takibin semeresizliğine ilişkin olarak hakimde bir kanaat tesis etse dahi bu kanaatin derecesi kesin aciz vesikası ile aynı olmaz. Zira bu vesika, icra dairesinin hacizli malların değerine ilişkin bir öngörüsünden ibarettir. Bu belirsizlik nedeniyle icra prosedüründe sadece belli bir döneme ilişkin olarak delil değeri taşır. Yine aynı gerekçe ile geçici aciz vesikasına dayanılarak açılan iptal davasında yargılama sonuna kadar kesin aciz vesikasının sunulması, hükümde de kesin aciz vesikasının dikkate alınması gerekir.

Kesin aciz vesikası ise takip hukuku ile sınırlı olsa dahi bir borç tanınması niteliğindedir³⁵⁴. Tamamlanmış icra prosedürün sonucunu kesin biçimde tespit eder. İspat hukuku anlamında geçici aciz vesikası gibi kesin aciz vesikası da icra dairesinin düzenlediği resmi bir belgedir. Ancak şüphesiz bu iki vesikanın hâkimde uyandıracığı kanaat farklı olacaktır. Geçici aciz vesikası ile açılan iptal davasında yargılama süresince hâkim, geçici aciz vesikasının ispat aracı olarak kullanılabileceği vakıalara ilişkin ispat faaliyetini de değerlendirmelidir. Zira hacizli malların satışı neticesinde elde edilen meblağ alacağı karşılırsa dava şartı yokluğu söz konusu olacaktır.

Kesin aciz vesikası ile açılan iptal davasında ise böyle bir ihtimal söz konusu değildir. Hacizli malların satılıp, elde edilen meblağın alacağı karşılamadığı ve takibin semeresiz kaldığı vakıası kesin aciz vesikası ile ispatlanacaktır. Bu noktada hâkimde oluşacak kanaat de tam olacaktır. Hem kesin, hem de geçici aciz vesikasına

³⁵³ Ertekin ve Karataş, s. 85. Ayrıca bkz. ATF 98 Ia 355; HGK E. 2012/17-49, K. 2012/114, T. 29.2.2012: "...Aciz belgesi borçlunun mal varlığının, alacaklının alacağını karşılamaya yetmediğini gösteren tek ispat aracıdır..."(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

³⁵⁴ Bkz. yukarıda "1.1.4.4.3.2. İcra Hukukuna İlişkin Etkileri" başlığı altında yapılan açıklamalar.

İİK m. 8'deki düzenlemeye paralel olarak resmi senetlerin tabi olduğu ispat rejimi uygulanacaktır. Yani HMK m. 204/II uyarınca her iki aciz vesikası da aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil olarak değerlendirilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, aciz vesikasının sadece verildiği takip (veya sonradan aciz vesikasına dayanılarak açılan takip) bakımından borç tanınması niteliğinde olmasıdır. Farklı bir ifade ile, aciz vesikası herkese ileri sürülebilecek biçimde maddi hukuk anlamında alacağın varlığına ilişkin kesin delil değildir³⁵⁵.

Aciz vesikası ile sonlanan veya sonradan aciz vesikasına dayanılarak devam edilen takip kapsamında, kesin aciz vesikasının sahteliği veya bu vesikada belirtilen tutarın gerçeği yansıtmadığı yönünde karşı ispat faaliyeti yürütülmesi mümkünse de, burada yeni bir vakıa ileri sürülecek ve buna bağlı bir delil ikamesi faaliyetine girişilecektir. Bununla birlikte kesin aciz vesikasının sahte olduğunun iddia edilmesi bu senedin takibin semeresizliği vakiasının ispatında değerlendirilmeye alınmaması için yeterli olmayacaktır. Kesin aciz vesikasının gerçeği yansıtmadığının şikâyet veya itiraz yoluyla ileri sürülmesi, sahteliğinin mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerekir. Daha açık bir ifade ile kesin aciz vesikası, ancak sahteliği kesin biçimde tespit edildikten sonra, ispat faaliyetinde kullanılamaz.

2.1.3. İşlemin Kanunda Belirtilen Süre İçerisinde Gerçekleşmiş Olması

İptal davasının davacısı işlemin gerçekleşme anının her bir iptal nedenine ilişkin maddede belirtilen süreler içerisinde gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür. Bunun yanında İİK m. 284 uyarınca iptal davasının 5 yıllık hak düşürücü sürede açıldığı da hüküm anında dikkate alınmalıdır. 1965 yılında İcra İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikten³⁵⁶ önce madde metninin yanıltıcı düzenlemesi, bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu yönünde tereddütlere yol açmıştı. Sürenin niteliği ispat yükü bakımından da önem taşır.

Bu kısımda öncelikle 5 yıllık hak düşürücü süreyi, daha sonra da her iptal sebebi için ayrı ayrı düzenlemesini bulan takip yapma sürelerini inceleyeceğiz.

³⁵⁵ Borçlunun takibe itiraz etmemiş ya da itiraz etmiş fakat itirazının reddedilmiş olmasının, onun maddi hukuk anlamında da kesin ve nihai olarak borçlu olduğunun kabulü için yeterli olmadığı hususunda bkz. Gürdoğan, s. 21.

³⁵⁶ Kanun no: 538, 18.2.1965.

2.1.3.1. İİK m. 284 Uyarınca İptal Davasında “Hak Düşürücü” Süre

2.1.3.1.1. Genel Olarak

İİK m. 284 uyarınca iptal davasının beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir. Bu süre tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Hak düşürücü süre, İİK m. 280’de yer alan takip yapma süresinden farklı olup; işlem tarihinden ileriye doğru beş yıl içerisinde takip başlatılması, bu takibin aciz vesikası ile sonuçlanması ve bu aciz vesikasına dayanarak iptal davası açılması aşamalarının tümünün gerçekleşmesi için belirlenmiş bir süredir³⁵⁷. Yargıtay da takip süresinin geçmiş olsa dahi, hak düşürücü sürenin de ayrıca incelenmesi gerektiği görüşündedir³⁵⁸.

538 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce bu sürenin niteliğine ilişkin bir tereddüt söz konusuydu³⁵⁹. Fakat güncel düzenleme, bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. İspat yükünün dağılımı bakımından itiraz niteliğinde olan hak düşürücü süre kural olarak hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır³⁶⁰.

2.1.3.1.2. Davanın Hak Düşürücü Süre İçerisinde Açılmasına İlişkin İspat Faaliyeti

Hak düşürücü süreye ilişkin ispat faaliyetini belirlemek için öncelikle hak düşürücü sürenin ispatın konusu olup olmadığını, farklı bir ifade hak düşürücü sürenin bir koşul vakıa niteliğinde olup olmadığını belirlemek gerekir.

³⁵⁷ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 869; Peter, Art. 292 LP §1; Akyazan, s. 248.

³⁵⁸ “...Davacı taraf, ölen borçlu Mehmet’in icra takibinden mal kaçırmak amacıyla taşınmazlarını kardeşleri olan diğer davalılara sattığı iddiası ile dava açmıştır. Tasarruf tarihinden aciz vesikası veya borçlunun iflasının gerçekleştiği tarihe kadar 2 yıllık sürenin bir an için geçtiği düşünülse bile, İİK’nun 284. maddesinde düzenlenen 5 yıllık hak düşürücü sürenin gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmalıdır...”, 17. HD, E. 2008/2841, K. 2008/4334, T. 26.09.2008 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

³⁵⁹ Umar, İptal Davası, ss. 111-112.

³⁶⁰ Umar, İptal Davası, s. 112; Peter, Art. 292 LP §1.

Hak düşürücü süreler, işlevleri bakımından maddi hukuk bakımından herhangi bir hakkın doğum koşulu olarak değerlendirilemez³⁶¹. Bu bakımdan hak doğuran bir norm veya böyle bir normun koşul vakıası olmayan hak düşürücü süre, o hakkın dava yoluyla ileri sürülmesini belli bir süreye bağlar. Dolayısıyla hak düşürücü süre davanın dinlenme koşulu; farklı bir ifade ile bir dava şartı olarak kabul edilebilir. Bir koşul vakıa olarak nitelendirilemeyen hak düşürücü sürenin ispatsız kalması durumunda dayanılan hukuk normuna bağlanan sonucun koşul vakıanın ispat edilememiş olması nedeniyle doğmaması söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durum hak düşürücü sürenin ispatına gerek olmadığı olarak anlaşılmalıdır. Dosya içeriğine girdiği müddetçe hakim hak düşürücü süreyi dikkate alacak, gerekirse hak düşürücü sürenin dolmamış olmasından lehine hak çıkararak tarafı ispata çağıracaktır. İşte bu bakımdan ispatsızlığın riskine de hak düşürücü sürenin dolmamış olmasından lehine hak çıkararak taraf katlanacaktır.

Hak düşürücü sürenin usûl hukuku bakımından itiraz niteliğinde olması nedeniyle davalı borçlu veya üçüncü kişinin bu hususu öne sürmesi gerekmez. İşlemin hak düşürücü süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğini dosya içeriğine hak düşürücü sürenin başlangıç tarihine veya hak düşürücü sürenin dolduğuna ilişkin bilgi girdiği takdirde hakim kendiliğinden dikkate almalıdır. Durması veya kesilmesi söz konusu olmayan hak düşürücü süreye uyulduğunu ispat yükü davacı/alacaklıdadır. Farklı bir ifade ile hak düşürücü sürenin ispatsızlığına davacı/alacaklı katlanır. Şüphesiz bu durum hak düşürücü sürenin yargılama hukuku bakımından bir dinlenme koşulu niteliğinde olduğu ihtimaller³⁶² bakımından geçerlidir. Buna göre hakim, hak düşürücü sürenin dolmadığı konusunda bunu iddia eden tarafı ispata çağıracaktır. Belirsizliğin riskini de bunu ileri süren tarafa düşecektir³⁶³. Bu ihtimalde davalıya düşen bir iddia yükünden bahsedilemez. Ancak

³⁶¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Umar ve Yılmaz, s. 309 vd.; ayrıca bkz. **Bilge Umar**, Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf, İÜHFM Cilt XXX, Sayı. 1-2 (Hak Düşüren Süre), s. 897 ve devamı.

³⁶² Diğer hak düşürücü süre türleri için bkz. Umar ve Yılmaz, ss. 315-322.

³⁶³ Umar ve Yılmaz, s. 311 ve 314; Umar, İptal Davası, s. 112. "...*İİK.nun 284. maddesi uyarınca iptal davası hakkı batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren 5 sene geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekir. Somut olayda, davanın açıldığı 02.10.2003 tarihine kadar 5 seneden fazla bir süre geçmiş olup, sukutu hak süresi gerçekleştiğinden mahkemece bu durum re'sen nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi yerine, işin esasına girilerek tasarrufun iptal edilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...*" 15. HD, E. 2005/645, K. 2005/5927, T. 09.11.2005 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

dosya içeriğinden hak düşürücü sürenin dolduğunun anlaşılacağı veya buna ilişkin bilginin dosya içeriğine girmediği durumlarda, dinlenme koşulu olarak hak düşürücü sürenin dolduğunu, davanın artık dinlenemeyeceğini davalının iddia etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani davalı bu durumda hak düşürücü sürenin dolduğunu iddia yükü altındadır. İspatsızlığın riskine yine davacı/alacaklı katlanacaktır. Bu durumda hak düşürücü süre ulaşılması amaçlanan hukuki sonucun bağlandığı normun bir koşul vakıası olarak değerlendirilmez. Yine davanın dinlenme koşuludur, ancak dosya içeriğine girmediği sürece, hakim bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden araştıramaz.

2.1.3.2. İptale Tabi İşlemin Gerçekleştiği Dönem

Hak düşürücü süreden ayrı olarak kanunda her bir iptal neden bakımından farklı işlem süreleri aranmıştır. Hem İcra ve İflâs Kanunumuz hem de mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda geriye dönük biçimde işleyeceği kabul edilen bu sürelerin başlangıç anı, İcra İflâs Kanunu bakımından her bir iptal nedeni için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna karşın mehz kanunda bu husustaki yeknesaklık dikkati çeker. Buna göre genel kural uyarınca, bu süre haciz veya iflasın açılmasından itibaren geriye doğru işlemeye başlar³⁶⁴. İptale tabi işlemin gerçekleşme dönemi ve İİK m. 280'de öngörülen takip yapma süresi, koşul vakıa niteliğinde olup, davacı tarafından iddia ve ispat edilmelidir.

2.1.3.2.1. İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirme

Şüpheli dönem şeklinde adlandırılan bu süreç bakımından, İsviçre İcra Kanunu 1994 değişikliği ile yeni bir düzenleme getirmiş; işlem sürelerinin hesabında işlemlerle geçen sürelerin hesaba katılmayacağını (ölü dönem) hükme bağlamıştır. İsvİİK m. 288a işlem süresinin hesabı bakımından üç ölü dönem öngörmüştür. Öncelikle, iflastan önce verilmiş konkordato mühleti, takip süresinin belirlenmesinde

³⁶⁴ Peter, Art. 286 LP §18, Art. 287 LP §17, Art. 288 LP §8; Schüpbach, Art. 286, §107; Art. 287, §83 vd.; Art. 288, §45-47; Gilliéron, §2889, 2894, 2907.

hesaba katılmaz (İsvİİK m. 288a/1). İsviçre doktrinde aksi görüşler ileri sürülse³⁶⁵ de genel olarak kabul gören görüş bu dönemin, konkordato mühleti verilmesinin kabulü ile bu mühletin sona ermesi arasında geçen dönem olduğu yönündedir³⁶⁶. Bu ölü dönem mühletin sona ermesiyle biter. Bu sonlanma, herhangi bir şekilde olabilir. Konkordato tasdik edilmemiş, mühlet kaldırılmış veya alacaklılardan hiçbiri iflas istememiş olabilir (İsvİİK m. 295/V, 298/II, 309). İkinci ölü dönem, iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden iflas kararının kesinleşmesine kadar geçen dönemdir. Üçüncü ve son ölü dönem ise, mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesinde söz konusu olur³⁶⁷. Reddedilmiş mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesinde, ölüm anı ile tasfiye kararının maddi anlamda kesinleşmesine kadar geçen süre, işlem süresinin hesabına katılmaz. İsvİİK m. 288a/4 genel bir düzenleme daha getirerek, takipli iflasta veya haciz yoluyla takipte, talepten iflas veya haciz kararına kadar geçen süreyi de ölü dönem olarak nitelemiştir.

İncelenen bu değişiklikten önce İsviçre doktrinde özellikle borçlunun iflasını talep yükümlülüğünün bulunduğu ve konkordato talep edebileceği durumlarda, bu yükümlülüğünü müstakbel iptal davasının davacıları aleyhine kullanabileceği ileri sürülmüştür. Benzer durum, mirasın reddine ilişkin düzenlemelerde de karşımıza çıkar. Alacaklının icrayı yürütmesine borçlu kimi durumlarda mani olabilir. Örneğin İsvMK m. 567/II (TMK m. 606) uyarınca borçlu yasal mirasçı; mirasçı olduğunu mirasbırakanın ölümünden sonra öğrendiğini ispat ederek, üç aylık red süresinin başlangıcını erteleyebilir. Buna bağlı olarak miras ret hakkını kullanımına ilişkin hak düşürücü süre (İsvMK m. 569/II, TMK m. 608) bu öğrenme tarihinden başlar³⁶⁸. 1994 değişikliği ile bu süreç boyunca alacaklının borçlu/mirasçıyı takip etmesi mümkün hale gelmiştir.

³⁶⁵ Schüpbach mühlet talebine ilişkin dilekçenin verilmesinden itibaren hesap yapılması gerektiği görüşündedir, Schüpbach, Art. 288a, §42-44.

³⁶⁶ Peter, Art. 288a LP §6.

³⁶⁷ Anılan hükmün Fransızcası yanlışlığa neden olabilir. Bu hükmü kanunun Almanca metnindeki gibi anlamak gerekir, Peter, Art. 288a LP §11-13, Schüpbach, Art. 288a, §83.

³⁶⁸ Schüpbach, Art. 288a, §88; Jäger, Art. 286, §5; ayrıca bkz. Umar, İptal Davası, s. 73.

2.1.3.2.2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

İcra İflâs Kanunumuz bakımından tasarrufa tabi işlemin gerçekleşmesi gereken süresinin başlangıç ve bitiş anını her bir iptal nedeni bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Biz de kanun sistematığına sadık kalarak incelememizi her bir madde özelinde gerçekleştireceğiz.

2.1.3.2.2.1. İİK m. 278 Bakımından Şüpheli Dönem

İvazsız tasarruflar ve bağışlamalara ilişkin İİK m. 278 uyarınca “*hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflâsın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan*” en fazla iki yıllık süre içerisinde yapılan tasarruflar iptale tabidir.

Karmaşık bir ifadesi olan bu maddeyi, haciz yoluyla takipte söz konusu olabilecek iptal davası ve iflasta açılacak iptal davası kapsamında ayrı ayrı analiz etmek gerekir.

Haciz yoluyla takipte takip yapma süresinin başlangıcı haciz veya haczedilecek mal bulunmaması nedeniyle aciz vesikasının verilmesi anıdır. Süre bu andan geriye doğru işler³⁶⁹. İşlemin en erken haczin veya aciz vesikasının verilmesinin sebebi olan alacağın doğum tarihinde gerçekleşmiş olması gerekir. Genel bir ifade ile alacağın doğum anından aciz vesikası verilmesine kadar geçen takip süresi içerisinde borçlunun yaptığı ivazsız tasarruflar, bağışlamalar veya bunlarla aynı sonucu doğurduğu varsayılan işlemler iptale tabidir. İptal davasının davacısı, işlemin bu dönemde gerçekleştiğini iddia ve ispat etmelidir³⁷⁰.

İflâs yoluyla takipte haciz veya aciz vesikası verilmesi anı yerine iflasın açılması; hacze konu alacağın doğum anı yerine de alacaklardan en eskisinin masaya kayıt tarihi dikkate alınır.

³⁶⁹ Kuru, İcra, C. IV, s. 3439; Senai Olgaç, **Yargıtay İctihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara, 1974 (İptal Davaları), s. 464. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Schüpbach, Art. 286, §106; Peter, Art. 286 LP §2.

³⁷⁰ Jäger, Art. 286, §6.

Her durumda iptale tabi işlemin hacizden, acizden veya iflastan önceki iki sene içerisinde gerçekleşmiş olması gerekir (İİK m. 278/II).

Doktrinde iptal davası açılabilmesi için alacaklının alacağının iptale tabi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olması bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre iptal davasının açılabilmesi bakımından alacağın tasarruftan önce doğmuş olup olmamasının önemi yoktur³⁷¹. Bir diğer görüş olarak Yargıtay ise tasarrufun mutlaka alacağın doğumundan sonra yapılması gerektiğini birçok kararında hükme bağlamıştır³⁷². Bugün genel olarak doktrinde hakim görüşe göre alacağın tasarruftan önce doğması şartı sadece ivazsız tasarruflar ve bağışlamalara ilişkin İİK m. 278 bakımından aranır. Diğer iki iptal nedeni bakımından böyle bir şart aranmamıştır³⁷³. Gerçekten kanun hükmü, hem haciz hem de iflas bakımından sürenin sona ermesini alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarih olarak tespit etmiştir³⁷⁴. Bu şekilde iptale tabi işlemin gerçekleşmesi gereken şüpheli dönem hususunda ivazsız tasarruflar ve bağışlamalar bakımından özel bir şart öngörülmüştür.

2.1.3.2.2.2. İİK m. 279 Bakımından Şüpheli Dönem

Aciz nedeniyle iptal davası açılabilmesi için, iptali söz konusu olan işlemin hacizden veya mal bulunmaması nedeniyle acizden veya iflâsın açılmasından önceki bir sene içinde yapılmış olması gerekir. Yine geriye doğru işleyen bu sürenin

³⁷¹ Berkin, İflâs, s. 499; Üstündağ, İflâs, s. 291.

³⁷² 15. HD, E. 2006/6111, K. 2007/2661, T. 24.04.2007:“...Davalı borçlular tarafından Yusuf Bilal'e yapılan satışın tarihi 11.08.1998, Hilmi Selimoğlu'na yapılan satışın tarihi de 29.12.1998'dir. davalı borçlular bakımından borç bonolarının tanzim edildiği 09.09.1998 tarihinde doğmuş olup, Yusuf Bilal'e yapılan satış bu tarihten önceye, Hilmi Selimoğlu'na yapılan satış da sonrasına rastlamaktadır. Borcun doğumundan önceki tasarrufların iptali mümkün olmadığından 142 parseldeki hisse satışına ilişkin olarak davalılar Yusuf Bilal, Zehra Torlak, Levent Can Deval, Burhan Deval ve Hasan Bican Deval hakkında açılan davanın reddi gerekirken, Yusuf Bilal ve Zehra Torlak hakkındaki davanın kabul edilerek bu davalıların tazminatla sorumlu tutulmaları doğru bulunmamıştır. Açıklanan nedenle kararın bozulması gerekmiştir...”; 15. HD, E. 1996/1781, K. 1996/2984, T. 28.05.1996: “...Tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için borcun, tasarruf tarihinden önce doğmuş olması şarttır...” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2014).

³⁷³ Olgaç, İptal Davaları, s. 467; Tolga Akkaya, **İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar (İİK m. 277-284)**, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 11, Ekim 2006, (İptale Tabi Tasarruflar), s. 22-23; Serdar Kale, **Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK m. 279)**, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 193.

³⁷⁴ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, ss. 861-862; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 23.

başlangıcını haciz, mal bulunamaması nedeniyle aciz veya iflasın açılması oluşturabilir.

2.1.3.2.2.3. İİK m. 280 Bakımından Şüpheli Dönem

İİK m. 280’de düzenlenen iptal davası bakımından iptale tabi fiille ilgili olarak aranan tek koşul, fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmasıdır³⁷⁵.

İsviçre Hukukunda 1994 değişikliğinden önce iptale konu olacak işlem veya fiilin gerçekleştiği ana bakılmaksızın bu madde kapsamında iptal edilmesi mümkündü. 1994 değişikliğinden sonra bu düzenleme değiştirilmiş; işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde haciz veya iflas yoluyla takip yapılması şartı getirilmiştir. Sürenin bu şekilde sınırlandırılması, alacaklılara zarar verme kastı taşıyan işlemlere belli bir dönem dışında izin verilmesi sonucu doğurması nedeniyle eleştirilmiştir³⁷⁶. Bu eleştiriye katılmak güçtür. Zira bu şekilde bir sınırlamanın olmadığı durumlarda alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulacağı açıktır. Borçlunun borcu nedeniyle malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin süresiz biçimde sınırlanması mülkiyet hakkına da aykırılık teşkil eder.

2.1.3.2.3. Görüşümüz

Her bir iptal nedeni bakımından şüpheli dönemin başlangıç ve bitiş anlarının farklı biçimde düzenlenmesi kanaatimizce sürelerin hesabını karmaşıklaştırmaktadır. Davanın hâlihazırda mevcut bir aciz vesikasına dayanılarak ikame edilmesi durumunda şüpheli döneme ilişkin hükümler tarafların iddia yükü bakımından farklı sonuçlar doğurabilir. Özellikle aynı madde metni içerisinde şüpheli sürenin başlangıcı için hem haciz hem de mal bulunamaması nedeniyle aciz anının dikkate alınması farklı yorumlara açıktır. Davacı alacaklı, sürenin başlangıç anının haciz anı olduğunu, işlemin o andan itibaren geriye doğru işleyecek süre içerisinde

³⁷⁵ Umar, İptal Davası, s. 80; Jäger, Art. 288, §2.

³⁷⁶ Schüpbach, Art. 288, §44.

gerçekleştiğini iddia edebilir. Buna karşın davalı borçlu da, aciz vesikasının verildiği tarihin dikkate alınması gerektiğini, işlemin bu sürede gerçekleşmemiş olması nedeniyle iptal edilemeyeceği yönünde karşı ispat faaliyeti sürdürmesi mümkündür. Her halükarda kanunda iki başlangıç anı belirlenmesi eleştiriye açıktır. Taraf menfaatlerini bu derece yakından etkileyen bir hususun net biçimde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Haciz ile aciz vesikası verilmesi arasından oldukça uzun zaman geçmesi mümkündür. Geriye doğru işleyecek şüpheli dönem bakımından bu zaman hak kayıpları yaratmaya elverişlidir.

Hacizde söz konusu olacak iptal davası bakımından aciz vesikasının verildiği tarihin dikkate alınması gereği takibin sonlanıp, kesin aciz vesikasının verildiği durumlarda dikkate alınır. Buna karşın haczin yapıldığı tarihin dikkate alınması gereği ise, haczedilecek mal bulunmadığına ilişkin haciz tutanağının düzenlenmesi durumunda söz konusu olur. Özellikle zarar verme kastına ilişkin İİK m. 280’de mal bulunamaması nedeniyle aciz halinden bahsedilmemesi, ilk bakışta bu dava bakımından takip işleminin aciz vesikası ile sonlanmasından bağımsız da ikame edilebileceği izlenimi yaratır. Oysa burada sadece sürenin başlangıç anı bakımından haciz anı dikkate alınır. Yoksa iptal davasının esastan karara bağlanabilmesi için mutlaka haciz işleminin kesin veya geçici aciz vesikası ile sonlanması gerekir.

2.1.3.2.4. Şüpheli Dönemin İspatında Usûli Yükler

2.1.3.2.4.1. İspat Yükü

İvazsız tasarruflara ve aciz halinde yapılan tasarruflara dayanan işlemlerin şüpheli dönem içerisinde gerçekleşmiş olması; zarar verme kastı ile yapılan tasarruflar bakımından ise iptale tabi işlemin gerçekleştiği andan itibaren beş yıl içerisinde takip yapılması anılan hükümlerin koşul vakıasıdır. Farklı bir ifade ile ancak işlemin şüpheli dönemde gerçekleşmiş olması veya işlemde itibaren beş yıl içerisinde takip yapılmış olması halinde ilgili iptal sebebini düzenleyen hükümdeki sonuca yani iptale ulaşılabilir. Bu nedenle işlemin şüpheli dönemde gerçekleştiği veya işlemde itibaren beş yıl içerisinde takip yapıldığı vakıasından lehine sonuç çıkaran davacı, bu vakıayı iddia ve ispat yükünü de taşır. Yani davacı bu koşul

vakiyaya karşılık gelen somut vakiyayı ispata elverişli biçimde iddia edecek; ispatsız kalması halinde de bunun riskine katlanacaktır.

2.1.3.2.4.2. Delil İkame Yükü

Şüpheli döneme ilişkin delil ikame yükü de kural olarak davacı/alacaklıdır. İvazsız tasarruflardan kaynaklanan iptal davalarında ayrıca alacağın tasarruftan önce doğması şartı da aranmaktadır. Dolayısıyla davacı/alacaklı sadece işlemin kanunda öngörülen şüpheli dönemde gerçekleştiği vakıyası için değil; alacağın iptale tabi işlemde önce doğduğu vakıyası bakımından da delil ikame yükünü taşımaktadır. Gerçekten kanun hükmü, hem haciz hem de iflas bakımından sürenin sona ermesini alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarih olarak tespit etmiştir³⁷⁷. Bu şekilde iptale tabi işlemin gerçekleşmesi gereken şüpheli dönem hususunda ivazsız tasarruflar ve bağışlamalar bakımından özel bir şart öngörülmüştür.

Diğer iki iptal nedeni bakımından böyle bir şart aranmamıştır³⁷⁸. Dolayısıyla davacı/alacaklı aciz hali nedeniyle iptalde işlemin kanunda belirlenen sürede gerçekleştiğini; zarar verme kastı nedeniyle iptalde ise kanunda belirlenen süre içerisinde takip yapıldığını ispat için delil ikame yükünü taşıyacaktır.

2.1.3.2.4.3. Somutlaştırma Yükü

Şüpheli döneme ilişkin somutlaştırma yükü belirlenirken, öncelikle alacağın doğum anının belirlenmesi gerekir. İptal sebeplerine göre bir ayırım yapmak gerekir. Özellikle alacağın doğum anı ile senede bağlandığı anın farklı olduğu durumlarda sürenin geriye doğru bitiş anının ne zaman olacağını incelemek gerekir. Alacaklardan en eskisinin doğum tarihi belirlenirken alacağın kambiyo senedine bağlandığı durumlarda, sürenin hesabında kambiyo senedinin düzenlendiği tarih değil, asıl alacağın doğduğu tarih dikkate alınmalıdır. Benzer bir sonuca hesap kesimi, ihtar veya fatura gibi bir belge nedeniyle ikame edilen iptal davaları bakımından da ulaşılabilmektedir³⁷⁹. Dolayısıyla somutlaştırma yükü kendisine

³⁷⁷ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, ss. 861-862; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 23.

³⁷⁸ Olgaç, İptal Davaları, s. 467; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 22-23; Kale, s. 193.

³⁷⁹ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 862; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 24.

düŖen davacı/alacaklı, asıl alacağın doğum tarihi iŖlemin yapıldığı tarihten bu Ŗekilde öndeŖse, bu duruma iliŖkin olarak iddiasını somutlaŖtırmalıdır. Yargıtay'ın da yerleŖik içtihatları bu yöndedir. Hukuk Genel Kurulu bir kararında iki adet bono ve daha sonra bu bonoları takiben verilen bir adet çeke iliŖkin olarak açılan iptal davasında bu yönde hüküm kurmuŖtur. Karara konu olayda alacak için bono ve çeklere hakkında ayrı ayrı takip açılmıŖ, çeke dayalı takip semeresiz kalmıŖtır. Bu takipten sonra açılan bonoya dayalı takip de semeresiz kalmıŖ, bono takibi ile bağlantılı olarak ayrıca tasarrufun iptali davası açılmıŖtır. Davacı tarafından bu takip ve davalardaki borçların aynı hukuki iliŖkiye dayandığı ve aynı zamanda doğduğu iddia edilmiŖtir. Hukuk Genel Kurulu çekin ileri vade tarihli olması karŖısında borcun tasarruftan önce doğup doğmadığının ispatı hususunu tartıŖarak, öğreti ve uygulamada çeke dayalı alacaklarda çekin ileri tarihle düzenlenmesi halinde borcun daha önce doğduğunun alacaklı yanca ispatlanabileceğini tespit etmiŖtir. UyuŖmazlık konusu olay bakımından da, bonolardan kaynaklanan tasarrufun iptali davası ile eldeki davanın birleŖtirilerek, delil değerlendirmesi yapılması gerektiğine, bu açıdan eksik inceleme yapıldığına hükmederek bozma kararı vermiŖtir³⁸⁰.

İİK m. 278' deki Ŗüpheli dönem vakıası bakımından bu tespit davacı/alacaklının alacağının iŖlemden önce dođmuŖ olması koŖulu nedeniyle önem taŖır. Zira İİK m. 278'e dayanarak dava açacak olan davacı/alacaklı, iŖlemin kanunda belirlenen süre içerisinde doğduğunu ve aynı zamanda alacağın doğum anının da iŖlemden önce olduğunu bu Ŗekilde belirleyerek iddiasına iliŖkin somutlaŖtırma yükünü yerine getirmelidir.

Yargıtay diğer iptal sebepleri bakımından da bu Ŗartı aramakla birlikte, kanunda Ŗüpheli dönem ve takip yapma süresinin belirlenmesinde alacağın iŖlemden önce doğması Ŗartının aranmadığı özellikle belirtilmelidir³⁸¹.

³⁸⁰ HGK, E. 2002/15-849, K. 2002/861, T. 30.10.2002. Anılan karar kanaatimizce, davaların birleŖtirilmesi, kararların birbirine etkisi hususunda yapılan tespitler bakımından eleŖtiriye açıktır: *"Hemen belirtilmelidir ki, davacı yanca açılan ve yukarıda ayrıntıları açıklanan her iki davanın tarafları, konusu, sebebi ve maddi vakıaları aynıdır. Davacı yan eldeki davada hem dava dilekçesinde hem de 28.4.2000 tarihli beyan dilekçesinde "çek alacağının bonoların uzantısı olduğunu" ifade etmiŖ, aŖamalarda bu beyan ve iddiasını sürdürmüŖtür... İki ayrı tasarrufun iptali davasına konu olan bonolar ve çeke dayalı alacağın birbirinin uzantısı olup olmadığının tespit ve değerlendirilmesi, ancak aynı tasarrufun iptalini konu alan bu iki davanın birleŖtirilerek görölmesi ile mümkündür. Zira bu davalardan birisi hakkında verilen karar diğerini etkileyecektir..."*(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2014).

³⁸¹ 15. HD, E. 2006/6111, K. 2007/2661, T. 24.04.2007; 15. HD, E. 1996/1781, K. 1996/2984, T. 28.05.1996 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2014).

Aciz halinde yapılan işlemler (İİK m. 279) veya zarar verme kastı ile yapılan işlemlerde (İİK m. 280) işlemin kanunda belirlenen sürede gerçekleştiğinin; zarar verme kastı nedeniyle iptalde ise kanunda belirlenen süre içerisinde takip yapıldığının ispata elverişli biçimde somutlaştırılması gerekecektir.

İİK m. 279’da öngörülen bir yıllık sürenin hesabında aciz hali nedeniyle iptale tabi olacak fiilin gerçekleştiği an değil, el atılabilecek malvarlığı değerlerinin o fiil nedeniyle malvarlığının dışına çıktığı anın dikkate alması, şüpheli döneme ilişkin somutlaştırma faaliyetinin de bu an dikkate alınarak yerine getirilmesi gerekir³⁸². Farklı bir ifade ile davacı/alacaklı, işlemin şüpheli dönemde yapıldığına ilişkin ispat faaliyetini yürütürken, malvarlığı değerinin borçlunun malvarlığından çıktığı anı ve bu anın şüpheli dönem içerisinde yer aldığını belirtmelidir. **Jäger**’e göre ise fiilin gerçekleştiği anın tespiti çoğu zaman zordur. Davacı bakımından söz konusu olacak bu ispat güçlüğü’nün giderilmesi bakımından işlemin hem alacaklı hem de üçüncü kişi bakımından sonuçlarını doğurduğu anın dikkate alınması daha doğrudur³⁸³.

Zarar verme kastına dayanan iptal davasında ise somutlaştırma faaliyeti nispeten daha kolaydır. Zira işlemin “takip yapma süresi” olarak belirlenen şüpheli dönem içerisinde gerçekleştiği, icra takip dosyasından rahatlıkla anlaşılabilir. Ancak işlemin yapılma anı, beş yıllık sürenin başlangıcının belirlenmesi bakımından önem taşır. Kanaatimizce aciz halinde yapılan işlemler için doktrinde savunulan çözüm, zarar verme kastıyla yapılan işlemler için de uygulama alanı bulabilir. Farklı bir ifade ile davacı alacaklı, malvarlığı değerinin borçlunun malvarlığından çıktığı andan itibaren beş yıl içerisinde cebri icra yoluna başvurduğunu iddia ve ispat etmelidir. Bu noktada malvarlığı değerinin malvarlığından çıkış anının belirlenmesi ve ispata elverişli şekilde somutlaştırılması gerekir. Taşınmazlar bakımından bu anın tespiti kolaydır; davacı/alacaklı tapu siciline dayanabilir. Ancak taşınmazlar bakımından bu anın tespiti her zaman kolay olmayabilir. Taşınırlara ilişkin iptal davalarında hem İİK m. 279 hem de İİK m. 280 bakımından işleme ilişkin komşu vakıaların (örneğin taşınırın elden üçüncü kişiye verildiğinin görülmesi) iddia edilmesi ve bunların iptale konu taşınırın malvarlığından çıkması anının ispatına elverişli biçimde somutlaştırılması söz konusu olabilir.

³⁸² Umar, İptal Davası, s. 72; Jäger, Art. 286, §6; Kale, s. 192.

³⁸³ Jäger, Art. 286, §6.

2.1.3.2.4.4. İspat Ölçüsü

İşlemin şüpheli dönemde gerçekleştiği veya işlemten itibaren beş yıl içerisinde takip yapıldığı vakıalarının tam ispat ölçüsünde ispatı gerekir. İşlemin kanunun aradığı zaman diliminde gerçekleşmiş olduğunun net biçimde ispatı da mümkündür. Bununla birlikte alacağın doğduğu tarih ile, o alacağı temsil eden senedin düzenlendiği tarihin farklı olduğu durumlarda Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda alacağın doğduğu tarih dikkate alınacaktır³⁸⁴. Bu vakıanın yaklaşık ispata konu olabileceğinin kanunda yer almaması nedeniyle, kimi zaman asıl alacağın doğum tarihinin şüpheye yer bırakmaksızın ispatında güçlük yaşanabilir. İptal davası bakımından delil sınırlaması bulunmaması, hakimin bu vakıa bakımından kanaat oluşturma çabasını destekler. Yani, asıl alacağın doğum tarihi konusunda ispat yükünü taşıyan davacı/alacaklı, söz konusu alacak bir hukuki ilişkiden doğmuş olsa dahi bu konuda takdiri delillere de başvurabilecektir.

İşlem iptal davasına konu edilmeye uygun olsa dahi, zararın ortaya çıkmaması durumunda iptal davası açmak da mümkün değildir. Bu nedenle zarar da tam ispat derecesinde ispatlanmalıdır. Zararın dolaylı ve doğrudan ortaya çıkmasının ispat ölçüsü bakımından bir farklılık doğurmayacağı kanaatindeyiz.

2.2. İVAZSIZ TASARRUFLARDAN (İİK m. 278) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

2.2.1. İspatı Gereken Koşul Vakıalar

İİK m. 278 kapsamında iptale edilecek işlem farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bu maddeye dayanılarak ikame edilen iptal davalarında, somut olayda hangi koşul vakıanın gerçekleştiğinin de belirlenmesi gerekir.

İİK m. 278, genel olarak iptale tabi işlemleri ivazsız tasarruflar olarak belirledikten sonra, bazı diğer işlemleri de ispat faaliyetinin kolaylaşması bakımından aynı sonuca bağlamıştır. Yakın akrabalar arasındaki kazandırmalar, edimler arasında açıkça oransızlık bulunan kazandırmalar ile, borçlunun üçüncü

³⁸⁴ Bkz. aşağıda “2.1.3.2.4.3. Somutlaştırma Yükü” başlığı altında yapılan açıklamalar.

kişiyile yaptığı kaydı hayatla irat, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve borçlunun üçüncü kişi veya kendi lehine tesis ettiği intifa hakkı da bağışlamalar ile aynı rejime tabi tutulmuştur. Biz de bu bölümde sırasıyla koşul vakıaları ve ispat faaliyetini inceleyeceğiz.

2.2.1.1. Genel Olarak İptale Tabi Olan İvazsız Tasarruflar

İcra ve İflâs Kanunumuz sadece bağışlamaları değil, tüm ivazsız tasarrufların iptale tabi olduğunu hükme bağlamıştır (İİK m. 278/I). Benzer bir düzenlemeye İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda da rastlamak mümkündür (İsvİİK m. 286/I). Anılan düzenlemeler bakımından, iptal davasının genel şartlarına ek olarak sadece işlemin kanunun aradığı şüpheli dönem içerisinde ve ivazsız olarak gerçekleşmiş olması aranır. Borçlunun zarar verme kastı ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesi iptal bakımından değil; bu kişilerin iade borcu bakımından fonksiyon doğurur³⁸⁵.

İvazsız tasarruf kavramının içeriğinin belirlenmesi, hangi işlemlerin iptale tabi olacağını tespiti bakımından önem taşır. Bir işlemin İİK m. 278/I kapsamında iptale tabi olabilmesi için, öncelikle ve özellikle borçlunun edimine karşılık gelen bir karşı edimden bahsetmenin mümkün olmaması gerekir. Yani işlem sonucunda borçlu ve üçüncü kişinin malvarlıkları arasında bir geçiş gerçekleşmeli fakat bu geçiş sonucunda borçlunun malvarlığının pasif kısmında bir artış veya aktif kısmında bir azalma olmalıdır³⁸⁶. Bu açıdan bakıldığında ivazsız tasarruf, bağışlamaya nazaran daha geniş bir kavramı ifade eder. Bağışlama kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir³⁸⁷, ivazsız tasarruf kimi zaman tek taraflı bir kazandırıcı işlemi ifade edebilir. İvazsız tasarruf ile borçlu malvarlığını bir karşı edim olmaksızın yük altına sokar. Örneğin borçlunun taşınmazını bir başkasının borcu için ipotek etmesinde durum böyledir³⁸⁸. Benzer bir sonuca borçlunun bir başkasının borcu için kefil olması veya borçlunun vakıf kurması bakımından da ulaşmak

³⁸⁵ Jäger, Art. 286, §1; Favre, s. 375; Ansay, İcra, s. 327; Karşlı, İcra, s. 647, Ertekin ve Karataş, s. 138.

³⁸⁶ Schüpbach, Art. 286, §4; Peter, Art. 286 LP §5; Jäger, Art. 286, §3.

³⁸⁷ Pascal G. Favre ve Pierre Tercier, **Les Contrats Spéciaux**, 4^e Edition, Schulthess, 2009, §1758; CR Margareta Baddeley, **Art. 239 CO-I**, Commentaire Romande, Code des Obligations I, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003 (Art. "madde numarası" CO-I), §4; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, İstanbul 2012, s. 165.

³⁸⁸ Peter, Art. 286 LP §7 ve ayrıca bkz. JdT 1970 II 78.

mümkündür³⁸⁹. Bununla birlikte borçlunun kendi borcunu ödemesi veya bu borç için teminat vermesi, İİK m. 278 kapsamında değil, duruma göre aciz veya zarar verme kastı nedeniyle iptale tabi olabilir³⁹⁰. Olağan hediyeler iptal davasına konu olmaz. Yine kanundan doğan veya ahlaki bir borcun ifası da iptale tabi değildir³⁹¹.

Kural olarak ölüme bağlı tasarruflar da ivazsız tasarruf olmakla beraber, iptal davasına konu edilemez. Zira iptal davası ancak sağlararası ivazsız işlemler ve bağışlama hakkında ikame edilebilir. Bununla birlikte terekenin veya mirasbırakanın borçları bakımından Medenî Kanun özel hükümler öngörmüştür³⁹². Ölüme bağlı tasarrufların iptal davasına konu olabilmesi, bu tasarrufun iptali konusunda değil; terekenin mirasçılara paylaştırılması veya mirasın hükmen reddedilmesi nedeniyle iflas masası tarafından tasfiyesi sırasında olabilir. Bu paylaşma sırasında mirasçılardan birinin alacaklıları aleyhine yapılan bir işlemin iptal davasına konu olması mümkündür³⁹³.

Durumun özelliklerine göre mirasın reddi de iptal davasına konu olabilir. Zira bu işlem ile, reddedilen pay da terekeye dahil olacak; diğer paydaşların elde edeceği değer artacaktır. Bu şekilde borçlu/mirasçı, malvarlığının aktif kısmında söz konusu olacak kesin bir artışın önüne geçmektedir³⁹⁴. Ancak kanaatimizce bu şekilde malvarlığını eksiltme, bağışlamadan ziyade borçlu/mirasçının alacaklılarına zarar verme kastı taşıması durumunda daha muhtemeldir.

Doktrinde bağışlama işleminin iptale tabi olabilmesinin, ifa edilmiş olmasına bağlayan görüşlere rastlamak mümkündür. Farklı bir ifade ile borçlunun yaptığı bağışlama sözünün iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Zira BK m. 296/II (İsvBK m. 250) uyarınca *“bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse ifa yükümlülüğü ortadan kalkar”*. Bu hükmün varlığı, bağışlama vadinin iptal davasına konu edilmesini gereksiz kılar. Yani, bağışlama sözü veren hakkında aciz vesikası düzenlenir veya bu kişinin iflasına karar

³⁸⁹ Peter, Art. 286 LP §7; Schüpbach, Art. 286, §21; Jäger, Art. 286, §3, yazara göre borçlunun malvarlığının eksilmesi, işlemin doğrudan sonucu olmayabilir. Sözleşmenin kurulma anı ile ifa anının farklı olduğu durumlarda borçlu ile üçüncü kişinin yaptığı işlemin sonucu, yani borçlunun bu işlem nedeniyle uğradığı “zarar” ifa anında ortaya çıkar.

³⁹⁰ Jäger, Art. 286, §3.

³⁹¹ Peter, Art. 286 LP §8-9; Schüpbach, Art. 286, §23; Jäger, Art. 286, §2-3; Favre, s. 375.

³⁹² Örneğin, ölüme bağlı tasarrufun irade sakatlığı nedeniyle geçersizliğine ilişkin MK m. 504 ve belirli mal bırakmaya ilişkin MK m. 517 bu duruma örnek gösterilebilir.

³⁹³ Peter, Art. 286 LP §5; Schüpbach, Art. 286, §17.

³⁹⁴ Schüpbach, Art. 286, §38.

verilirse, ifa yükümlülüğü de artık ortadan kalkacaktır³⁹⁵. Bu hükme rağmen bağışlama sözü veren edimini ifa ederse, burada artık tamamlanmış bir bağışlama işleminden bahsedilir. Dolayısıyla bu işlem iptal davasına konu edilebilir.

2.2.1.2. Kanunun İptal Davası Bakımından Bağışlama Sonucuna Bağladığı Diğer Fiiller

İcra İflâs Kanunumuz, aslında ivazsız olmayan bazı tasarrufları da iptal davası bakımında, ivazsız tasarruflarla aynı sonuca bağlamıştır. Varsayım³⁹⁶ olarak adlandırılabilir olan bu durum, ispat hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurur. Kanunda sayılan ve bağışlamaya bir tutulan her bir koşul vakianın ayrı ayrı incelenip bunlarla ilgili yürütülecek ispat faaliyetine değinilmesi yerinde olacaktır.

2.2.1.2.1. Akrabalık İlişkisi Nedeniyle İptal Tabi Tasarruflar

İcra İflâs Kanunumuz, mehzaz kanundan farklı olarak, borçlu ile akrabalık ilişkisinde bulunan bazı kişilere yapılan kazandırmaların da iptale tabi olduğunu hükme bağlamıştır. İİK m. 278/III, b. 1 uyarınca eşler ile altsoy ve üstsoy; kan veya evlilik yoluyla, bu derece de dahil olmak üzere, üçüncü dereceye kadar hısımlar ile evlatlık ve evlat edinen arasında yapılan kazandırmalar da iptale tabidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yakın akrabalar ile borçlu arasında yapılan *ivazlı* tasarruflar, anılan düzenleme uyarınca, ivazsız tasarruf gibi değerlendirilir. Dolayısıyla ispat yükünü taşıyan davacı, kazandırmanın kanunda sayılan yakın akrabalar ile borçlu arasında yapıldığı ispatlamalıdır. Zira burada asıl önem taşıyan vakıa, işlemin ivazlı olup olmaması değil, işlemin kimler arasında yapıldığıdır. Varsayım gereği borçlunun yakın akrabaları ile yaptığı bu işlem ivazlı dahi olsa, ivazsız yapılmış gibi değerlendirilir.

Bu düzenlemenin, yakın akrabalar arasında gerçekleştirilen, karşılıklı gösterilip aslen herhangi bir karşı edim almadan gerçekleştirilen kazandırma

³⁹⁵ Peter, Art. 286 LP §6; Schüpbach, Art. 286, §28; Jäger, Art. 286, §3; Gillieron, § 2883-2884; Ansay, İcra, s. 326; Kuru, İcra, C. IV, s. 3423; Kuru, İcra, C. III, s. 2966; Karlı, İcra, s. 645.

³⁹⁶ Varsayım kavramının tanımı için bkz. yukarıda “1.2.3.2. Varsayım Kavramı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

işlemlerinin çoğunlukla alacaklılara zarar vermek amacıyla gerçekleştiği ve bu durumun üçüncü kişiler tarafından ispatının güçlüğü nedeniyle getirildiği ileri sürülebilir. Bu görüşü savunan **Belgesay**, davalının tasarrufun ivazlı olduğunu ispat etme hakkının mevcut olduğunu da ileri sürmüştür³⁹⁷.

Bu yönde görüşlere öncelikle kanunun lafzı nedeniyle katılmak mümkün değildir. Anılan bu hükmün bir ispat güçlüğü gidermek amacıyla getirildiği açık olmakla birlikte, öncelikle bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar bakımından kanun alacaklılara zarar verme kastını aramadığını altını çizmek gerekir. Bununla birlikte yakın akrabalarla yapılan bu tip ivazlı işlemlerin her koşulda iptal davasına yol açabilecek bir iradenin ürünü olması da gerekmez. Bu nedenle **Umar** haklı olarak bu hükme ilişkin bir kurtuluş kanıtı düzenlemesi yapılmamasını eleştirmiştir³⁹⁸. Kanaatimizce de, bu hüküm bakımından ivazlı işlemlerin borçlunun aktif-pasif dengesini bozmadığı sürece iptale konu edilememesi gerekir. Yani, borçlu elinden çıkardığı malvarlığı değerine karşılık malvarlığını uygun bir karşı edim eklemişse, bu durumda alacaklıların alacaklarını tahsili bakımından bir farklılık olmayacaktır. Hatta kanunun İİK m. 278 bakımından alacaklılara zarar verme kastını da aramaması nedeniyle, alacakların tahsilini zorlaştıran işlemler, edimler arasında oransızlık olmadığı müddetçe iptale konu edilmemelidir.

2.2.1.2.2. Edimler Arasındaki Oransızlık Nedeniyle İptale Tabi Olan Tasarruflar ve Karma Bağış Kavramı

İcra İflâs Kanunumuz, sözleşmenin yapıldığı sırada edimler arasında oransızlığın bulunduğu hallerde, söz konusu işlem bakımından bağışlamaya ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını hükme bağlamıştır.

Doktrinde karma bağış olarak adlandırılan bu tür işlemler iptal davasında özellikle ispat hukuku bakımından özellik gösterir. Biz de kısaca kavram olarak karma bağışı inceleyip, ispata konu vakıalar bakımından genel anlamda bağış sözleşmesi ile arasındaki farklılıklara değineceğiz.

³⁹⁷ Belgesay, §305.

³⁹⁸ Umar, İptal Davası, s. 67.

Bağışlama, bağışlayanın kendi malvarlığından bağışlanana zenginleştirmek amacıyla denk bir karşı edim almaksızın gerçekleştirdiği sağlararası bir sözleşme niteliğindedir³⁹⁹. Bağışlama sözleşmesi sebebe bağlıdır, karşı tarafa yapılan karşılıksız kazandırma bağışlama iradesi ile yapılır (causa donandi)⁴⁰⁰.

Hukuki işlemin bağışlama niteliğini kazanabilmesi için mutlaka tamamen karşılıksız olması gerekmez. İşte karma bağışlama kavramı da bu noktada ortaya çıkar. Karma bağışlamada kendisine bağışlamada bulunulan kişi, bağışlama konusuna denk olmasa da kısmi bir edimi bağışlayana ifa eder. Bağışlama konusu ile karşı edim arasındaki fark da bağışlama olarak değerlendirilir⁴⁰¹. Bu sözleşme bir yönüyle satıma bir yönüyle bağışlamaya benzemekte olup, bedelsiz olan kısma bağışlamaya ilişkin hükümler uygulanır⁴⁰². Sözleşmenin şekli bakımından ise, ödeme ediminin ait olduğu sözleşme şekil şartına tabi ise, bu şartta uyulması gerektiği söylenebilir⁴⁰³.

Karma bağışlamanın varlığı iki koşula bağlıdır. Bunlardan ilki bağışlama konusu ile karşılığında ifa edilen edim arasındaki oransızlıktır. Bu koşul aşırı yararlanmaya ilişkin hükümlere de aykırılık teşkil etmeyecek biçimde, sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilmelidir. Yani kimi durumlarda tarafların uygun bir fiyat belirleme amacı gütmüş olabilecekleri de göz önüne alınmalıdır. Bu koşula ek olarak taraflardan birinin (bağışlayanın) bağışlama iradesi (animus donandi) ile hareket etmesi ve tarafların yapılan işlemin bir bağışlama sözleşmesi olduğunun bilincinde olması gerekir⁴⁰⁴. Buna göre alacaklı/bağışlayanın borçlu/bağışlanandan

³⁹⁹ Baddeley, Art. 239 CO-I, §4; Favre ve Tercier, § 1758; Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku, **Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 342; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, 2010, s. 145; Cem Akbıyık, **Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri**, İstanbul 1997, s. 2; bağışlayanın bu şekilde bağışlananın malvarlığında bir artışa neden olduğu veya muhtemel bir eksilmeye mani olduğu yönünde bkz. Paul Piotet, **La donation Mixte et La Reduction Selon L'Art. 527 ch. 1 ou 3 CC**, (JdT 1973) JdT 1973 I (JdT 1973), s. 333.

⁴⁰⁰ Baddeley, Art. 239 CO-I, §9; Favre ve Tercier, § 1778; Yavuz ve diğerleri, s. 165; Tandoğan, s. 342; Zevkliler ve Gökyayla, s. 147.

⁴⁰¹ Piotet, JdT 1973, ss. 333-334; Zevkliler ve Gökyayla, s. 147; Akbıyık, s. 7. Brand da, edimler arasında oransızlık bulunduğu durumlarda, alacaklının zararının; o malvarlığı değeri, normal şekilde elden çıksaydı elde edilecek miktar ile karşı edim arasındaki farktan ibaret olduğu görüşündedir, Brand, s. 68. Bu görüşe katılmıyoruz. Zira alacaklı, alacağının tatmin edilemeyen kısmı kadar zarara uğrar. Edimler arasındaki fark da her zaman bu farka denk olmayabilir. Yani bu farkın, alacak miktarından az veya çok olduğu durumlara da rastlamak mümkündür.

⁴⁰² Favre ve Tercier, § 1788; Peter, Art. 286 LP §10.

⁴⁰³ Baddeley, Art. 239 CO-I, §6; Yavuz ve diğerleri, s. 165.

⁴⁰⁴ Favre ve Tercier, § 1790-1791; Piotet, JdT 1973, ss. 333-334.

olan bir alacağını talep etmemesi veya etmeyi ihmal etmesi yoluyla bağışlanana fayda sağlaması karma bağışlama olarak değerlendirilemez⁴⁰⁵.

Edimler arasındaki oransızlığı miktarı işlemin niteliğinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira kimi zaman tarafların iradesi uygun fiyatlı bir satım işlemi yapmak da olabilir. Bir işlemin karma bağış olarak kabul edilebilmesi için, edimler arasındaki farkın anlamsız olmaması gerekir. Federal Mahkeme edimler arasındaki farklılığın hesaplanması bakımından farklı yöntemleri⁴⁰⁶ tartıştığı bir kararında oransızlığın tecrübe sahibi olmayan bir kişi tarafından dahi fark edilebilir olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak her somut olay bakımından bağışlama iradesi ile edimler arasındaki oransızlığın birlikte değerlendirilerek sonuca varılması doğru olacaktır⁴⁰⁷. Edimler arasındaki oransızlık, sözleşmenin yapıldığı andaki durum dikkate alınarak belirlenmelidir. Bağışlama konusunun değeri, sözleşmenin yapıldığı ana göre tespit edilir⁴⁰⁸.

2.2.1.2.3. Karma Bağıştan Kaynaklanan İptal Davası

Açıkça ifade edilmemiş olsa da İİK m. 278/III b. 2, karma bağışların da iptale tabi olduğunu hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte, edimler arasındaki oransızlığın sözleşmenin diğer tarafınca bilinip bilinmemesi noktasında, iptale tabi işlemin karma bağış olarak nitelendirilmesinde duraksama yaşanabilir. Doktrinde, iptal davasının davalısının edimler arasında bir oransızlık olduğunu bilmesinin iptal davası bakımından bir fonksiyon ifade etmediği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁰⁹. Yani iptal davasının davalısı, taraf olduğu sözleşmede edimler arasında oransızlık bulunduğunu bilmesede dahi, bu işlem iptal davasına konu edilebilecektir.

Karma bağışlama sözleşmesi bağışlama iradesine dayanmaktadır. Her ne kadar bağışlama konusunun karşı edimi mevcutsa da, temelde tarafların iradesi

⁴⁰⁵ Piotet, JdT 1973, s. 333.

⁴⁰⁶ Anılan kararda, karma bağış şeklinde gerçekleşmiş bir sağlararası kazandırmanın tenkise konu olması durumunda tenkise tabi olacak değerın hesaplanmasında çıkarma yöntemi, sabit değer yöntemi veya oranlama yönteminin kullanılabilmesine değinilmiştir. Federal mahkeme bu yöntemlerden oranlama yöntemine üstünlük tanımıştır. Bu yöntemde göre tenkise tabi değer, sözleşmenin yapıldığı anda karma bağışın bedelsiz ve bedelli kısımlarının birbirine oranı mirasın açıldığı anda devredilen şeyin değerine uygulaması ile bulunur, JdT I 1973 s. 329.

⁴⁰⁷ Akbıyık, s. 23.

⁴⁰⁸ Favre ve Tercier, § 1792; Brand, s. 69; Akbıyık, s. 15.

⁴⁰⁹ Jäger, Art. 286, §8; Favre, s. 375.

edimin karşılamadığı kısmın bağışlama olduğu yönünde uyuşmaktadır. Bağışlamanın karma nitelikte olması için ise edimler arasındaki oransızlığın özellikle taraflardan biri tarafından bilinmesi değil, objektif olarak göz ardı edilemeyecek nitelikte olması gerekir. Edimlerin oransızlığının tespiti bakımından borçlunun aldığı edimin makul karşılanma imkânı bulunmaması önem taşır⁴¹⁰. Farklı bir ifade ile, karma bağışlama sözleşmesinde taraflardan birinin (iptal davasının davalısı olan tarafın) bilgisizliğine veya tecrübesizliğine herhangi bir sonuç bağlanmaz. Bu tip bir sözleşmenin konu olduğu iptal davasında davacı/alacaklının edimler arasındaki oransızlık şeklindeki koşul vakıyı iddia ve ispat etmesi yeterli olacaktır. Yoksa gabinde olduğu gibi davalının bu konudaki bilgisizliği ile ilgili bir ispat faaliyeti sürdürmesine gerek yoktur.

Bedel farkına ilişkin olarak, lehine tasarruf yapılan kişinin, kendisine davacı/alacaklının iddia ettiği bedelden daha fazla ödeme yapıldığını ispat etmesi mümkündür. Üçüncü kişi bu iddiasını ispatlayabilmesi açısından diğer deliller yanında banka kayıtlara da başvurması mümkündür⁴¹¹.

İntifa veya sükna hakkını saklı tutarak yapılan bağışlamaların, karma bağış olup olmadıkları ve hangi iptal sebebini oluşturacakları da incelenmesi gereken bir diğer konudur. Önceden de değindiğimiz üzere Federal Mahkeme, evini eşine satan ve fakat kendi lehine sükna hakkı tesis eden davalının yaptığı bu işlemi, haczi kabil bir malı, haczi kabil olmayan sükna hakkına dönüştürerek bu değerini iflas masasına dahil edilmesini önlediğine hükmetmiştir⁴¹². Bu noktada iptal nedeninin tespiti, ispatı gerekecek vakıa bakımından da önem taşır. Doktrinde bu işlemin karma bağış niteliğinde olmadığı; bağışlama iradesinin sadece çıplak mülkiyete yönelik olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁴¹³. Kanaatimizce de, lehine sükna hakkı tesis ettirme, mülkiyetin devrine karşı bir edim olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla somut örnek

⁴¹⁰ Jäger, Art. 286, §8; Peter, Art. 286 LP §11. Karma bağış yoluyla malvarlığını eksiltme yoluna şirket topluluklarında sıklıkla başvurulduğu yönünde bkz. Peter, Art. 286 LP, §13.

⁴¹¹ 17.HD, E. 2012/6395, K. 2012/7369, T. 05.06.2012: "...bedel farkının hesaplanmasında satılan taşınmaz üzerinde ipotek ve haciz kayıtlarının bulunduğu hallerde, alıcının taşınmazı bu kayıtlarla yükümlü olarak satın almış olacağı, satışın bunların tamamı üzerinden yapıldığı kabul edilerek, oransızlığın belirlenmesinde, tapu kaydındaki ipotek ve haciz miktarlarının da göz önünde tutulması gerekecektir. Ayrıca lehine tasarruf yapılan üçüncü kişilerin resmi akit tablosunda belirtilen satış bedeli dışında daha fazla ödemede bulunulduğunun banka kayıtları gibi yasal ve geçerli belgelerle kanıtlanması da mümkündür..." (www.kazani.com.tr, erişim tarihi: 19.10.2013)

⁴¹² Bkz. yukarıda "2.1.1.2.1. İcra Takip Semeresinin Azalması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴¹³ Akbıyık, ss. 12-13.

bakımından işlemin İİK m. 278/III, b. 2 kapsamında iptale tabi olması düşünülemez. Ancak karşı edim içermese dahi bu işlemin yakın akrabalar arasında gerçekleşmesi durumunda İİK m. 278/III, b. 1 uyarınca iptale tabi olabileceği de düşünülebilir. İsvİİK m. 286/II, b. 2’de borçlunun kendi lehine intifa veya sükna hakkı tesis etmesi de iptale tabi kılınmıştır. Anılan maddenin hukukumuzdaki karşılığı olan İİK m. 278/II, b. 3 te ise bu imkân borçlunun intifa hakkı tesis ettiği sözleşmeler ile sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla bu şekilde yapılan işlemin İsviçre Hukuku bakımından İsvİİK m. 286/II, b. 2 uyarınca iptale tabi olduğu söylenebilirse de, hukukumuz bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Borçlunun lehine sükna hakkı tesis ettiği işlemleri ancak İİK m. 280 uyarınca zarar verme kastı nedeniyle iptal edilebilir. Böyle bir durumda davacının, yapılan bu işlemle haciz imkânının kısıtlandığı veya bu şekilde bu değer in iflas masasına dâhil edilmesinin önüne geçilmesi yoluyla zararı gerçekleştiğini ispat etmesi gerekecektir.

Konusu karma bağış olan iptal davası sonucunda doğacak iade borcu edimler arasındaki farktan ibarettir⁴¹⁴.

2.2.1.2.4. Kaydı Hayat Şartıyla İrat, Ölünceye Kadar Bakma ve İntifa Hakkı Tesis

Kanunun bağışlama hükmünde saydığı son grup tasarruflar da kaydı hayat şartıyla irat, ölünceye kadar bakma ve intifa hakkı tesisidir. Borçlunun bu işlemleri kendisi veya bir üçüncü kişi lehine gerçekleştirmesi bakımından kanun ayırım yapmamıştır(İİK m. 278/III, b. 3).

Kanunun saydığı bu işlemler gerçekleştirilirken, edimler arasında bir oransızlık bulunması gerekmez. Yani borçlu, gerçek değeri üzerinden bir malvarlığı değeri üzerinde intifa hakkı tesis etse dahi, bu işlem anılan madde gereğince iptale tabi olur⁴¹⁵. Bu noktada doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür. **Schüpbach**, bu işlem den menfaat elde eden kişinin, işlem karşılığı denk bir edim ifa etmesi

⁴¹⁴ Peter, Art. 286 LP §12.

⁴¹⁵ Peter, Art. 286 LP §14; Brand, s. 69; Umar, İptal Davası, s. 68. İşlemin diğer tarafının iyiniyetli olması da işlemin bu madde uyarınca iptal edilmesi bakımından fonksiyon göstermez, JdT 2005 II s. 10.

durumunda, iptalin söz konusu olamayacağı görüşündedir⁴¹⁶. Bu görüşe katılmıyoruz. Hem İcra İflâs Kanunumuzda, hem de mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanununda, varsayım olarak bağışlama ile bir tutulan işlemler birbirinde bağımsız biçimde düzenlenmiştir. Farklı bir ifade ile, somut olayda bağışlama sonucuna bağlanan bu üç durumun bir arada varlığı aranmaz. Yani intifa hakkı tesisinin tek başına varlığı yeterlidir; ayrıca bu işlemin denk olmayan bir edime karşılık olarak gerçekleştirilmesi şartı aranmaz. Bu işlemin orantısız bir edimle gerçekleştirilmiş olması durumunda, hem İİK m. 278/III b. 2 hem de b. 3 uygulama alanı bulabilecektir.

Düzenlemenin amacı borçlunun kendi geleceğini teminat altına almak amacıyla son imkânlarını, borçlarını ödemek yerine alacaklıları aleyhine kullanması kabul edilememesi noktasında yatar⁴¹⁷. Bu nedenle kaydı hayatla irat, ölünceye kadar bakma ve intifa hakkı tesisi işlemlerinin, borçlunun malvarlığında mutlaka bir etki yaratması gerekir⁴¹⁸. Nitekim oluşacak bu zarar iptal davasının objektif bir koşuludur.

Gerçek anlamda bir bağışlama olmayan ve fakat bağışlama ile aynı sonuca bağlanan bu işlemlerde⁴¹⁹ zarar çoğunlukla kolaylıkla paraya çevrilebilecek bir malvarlığı değerinin, paraya çevrilmesi daha güç ve uzun bir prosedür gerektiren bir değere dönüştürülmesiyle ortaya çıkar⁴²⁰. Federal Mahkemenin önceden de değindiğimiz kararında, müflis tarafından eşine satılmış bir taşınmaz üzerinde müflis lehine tesis edilmiş sükna hakkının iptal davasına konu olacağını hükme bağlamıştır. Her ne kadar satım sözleşmesindeki edimler birbirine denk olsa da, borçlu lehine tesis edilmiş bu hak, borçlunun haczi kabil evini elinden çıkartıp mülkiyet hakkını haczi mümkün olmayan sükna hakkına dönüştürmüş olması nedeniyle iptal edilir. Dolayısıyla burada ispata konu olacak vakıa, edimler arasındaki eşitsizlik değil, bu

⁴¹⁶ Henri-Robert Schüpbach, **Des Trois Dimensions Temporelles Du Droit de Révocation (Art. 285-292 LP du 11 Avril 1889, Révisée le 16 Décembre 1994)**, AJP/PJA, 11/96 (Trois Dimensions), s. 1448.

⁴¹⁷ Jäger, Art. 286, §9; Peter, Art. 286 LP §14.

⁴¹⁸ Jäger, Art. 286, §9.

⁴¹⁹ Schüpbach, temelde bu işlemlerin de bağışlama olduğu görüşündedir, Schüpbach, Art. 286, §80.

⁴²⁰ Peter, Art. 286 LP §14.

işlem ile taşınmazın mülkiyetinin iflas masasına dahil edilmesinin önüne geçilmiş olmasıdır⁴²¹.

Mehaz İsviçre İcra İflâs Kanunu 1994 değişikliğinden önce, tıpkı yürürlükte bulunan İİK m. 278/III b. 3 hükmü gibi, sükna hakkı tesisini iptal kapsamına almamaktaydı. 1994 değişikliği ile, bu hak da iptal davası kapsamına alınmıştır. Kanun gerekçesinde de, oturma hakkı tesisinin, kaydı hayatla irat veya intifa hakkı ile aynı amaca hizmet ettiği, bu nedenle aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine isabetle değinilmiştir⁴²². Anılan değişiklikten önce bu hükmün ölünceye kadar bakma sözleşmelerine uygulanamayacağı yönünde görüşlere rastlanmaktaydı⁴²³. Buna karşın, eski kanun zamanında da doktrinde ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ve sükna hakkı tesisinin de iptale tabi olması gerektiği yönünde görüşler mevcuttu⁴²⁴. 1994 değişikliği ile bu tartışmalara son verilerek sükna hakkı tesisinin de iptale tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira bu sözleşme de, borçlu alacaklıları tatmin etmek yerine, imkânlarını üçüncü bir kişi lehine kullanmayı tercih etmiş, bu şekilde alacaklının faydalanabileceği takip semeresini azaltmış olacaktır⁴²⁵.

İcra İflâs Kanunumuz ise, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin iptale tabi olduğunu hükme bağlamış, sükna hakkını kapsam dışında bırakmıştır. Biz, İsviçre doktrininde ileri sürülen görüşlere katılarak, sükna hakkının da iptale tabi olması gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.2.İvazsız Tasarruflardan Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler

2.2.2.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü

İvazsız tasarruflardan kaynaklanan iptal davalarında davacı/alacaklı İİK m. 278'de yer alan koşul vakıalar ile işlemin şüpheli dönemde gerçekleştiğini iddia

⁴²¹ JdT 2005 II s. 10-11, bkz. yukarıda “2.1.1.2.1. İcra Takip Semeresinin Azalması” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴²² Message LP, Art. 286, al. 2.

⁴²³ Jäger, Art. 286, §9; Brand bu konunun sadece tartışmalı olduğuna değinmiştir, Brand, s. 70; Türk Hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Umar, İptal Davası, s. 68.

⁴²⁴ Gilliéron, § 2888.

⁴²⁵ Peter, Art. 286 LP §4.

etmelidir. Yine alacağın iptale tabi işlem den önce doğduğu vakıasının da iddia ve ispat edilmesi gerektiği Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir⁴²⁶.

Koşul vakıa olarak bağışlama veya ivazsız tasarruflar; somut olayda çoğunlukla bağışlama sözleşmesi, karma bağışlama sözleşmesi veya ölüme bağlı olarak gerçekleştirilen ivazsız tasarruflar şeklinde ortaya çıkar. İvazlı olsa dahi kanun bazı kişiler arasındaki işlemlerin iptale tabi olacağını da hükme bağlamıştır. İİK m. 278/III, b. 1 uyarınca eşler ile altsoy ve üstsoy; kan veya evlilik yoluyla, bu derece de dahil olmak üzere, üçüncü dereceye kadar hısımlar ile evlatlık ve evlat edinen arasında yapılan karşılıklı kazandırmalar da iptale tabidir. Dolayısıyla davacı/alacaklının İİK m. 278 kapsamında iptal için koşul vakıa olarak hükümde yer verilen ivazsız veya ivazlı kazandırmaya denk gelen somut vakıayı, somut ve ispata elverişli biçimde iddia etmesi gerekir. İİK m. 278/III hukukumuzdaki varsayım örneklerinden biridir. Kanun aslında bağışlama sonucuna bağlanmayan bazı işlemleri bağışlama sonucuna bağlamış, bu bakımdan örneğin akrabalar arasında yapılan ivazlı tasarrufları ile bağışlama işlemi denk tutmuştur⁴²⁷. Bu nedenle davacı/alacaklının yapılan kazandırmanın hükümde sayılan akrabalar arasında gerçekleştirildiğini iddia ve ispat etmesi yeterlidir, ayrıca işlemin karşılıksız yapıldığını iddia ve ispat etmesine gerek yoktur.

İİK m. 278'e dayanılarak iptale hükmedilebilmesi için, işlemin sayılan bu kişiler ile borçlu arasında yapıldığı ve bu kişiler ile borçlu arasında İİK m. 278 de tanımlanan akrabalık ilişkisinin bulunduğu da iddia ve ispat edilmelidir. Kanun varsayımsal olarak aslında bu işlemlerin karşı edim alma iradesi olmaksızın gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Yine de borçlu ile üçüncü kişi arasında akrabalık ilişkisinin iddia edilmesi gerekir; akrabalık ilişkisinin ispatsızlığı riskine de davacı/alacaklı katlanacaktır.

Bu iptal sebebi bakımından alacaklılara zarar verme kastı aranmamıştır. Taraflar arasındaki bu tip bir ilişkinin her zaman iptal davasına konu olabilecek bir iradenin ürünü olması da gerekmez.

Karma bağışların iptal davasına konu edilebileceğini düzenleyen İİK m. 278/III, b. 2 bakımından ise ispatı önem arzeden vakıa, edimler arasındaki

⁴²⁶ Bkz. yukarıda yukarıda "2.1.3.2.4.3. Somutlaştırma Yükü" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴²⁷ Umar ve Yılmaz, s. 169; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 662, Ertekin ve Karataş, ss. 138-139.

oransızlıktır. İşlemin diğer tarafının edimler arasındaki oransızlık olduğunu bilmesi bu iptal nedeni bakımından fonksiyon ifade etmediğinden, ispatı da gerekmez. Ayrıca işlemin diğer tarafının bilgisizliği veya tecrübesizliğine de kanun bir sonuç bağlamamaktadır⁴²⁸. Bu tip tasarruflarda edimler arasındaki oransızlığın göz ardı edilememesi gerekir. Somut olayda farklı biçimlerde ortaya çıkabilecek bu vakıa bakımından bazı ölçütler belirlemek mümkündür.

Edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesinde, edimlerin işlem tarihindeki değerleri dikkate alınır⁴²⁹. İptalin konusunu ani edimli bir sözleşme oluşturuyorsa; yani, sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı birbirinden farklı ise doktrinde ifa anındaki değere öncelik verilmesi yönünde görüşler mevcuttur⁴³⁰.

Orta zekâda bir insanın objektif olarak edimler arasındaki oransızlığı makul karşılama beklenmemesi işlemin iptale konu olabilmesi bakımından önem arzeder. Bu kişinin işlemle ilgili bilgi sahibi olmasının da bir önemi yoktur. Oransızlığı iddia ve ispat yükünü taşıyan davacıya karşılık, davalı veya üçüncü kişi, karşı edimin elde edilene göre uygun olduğu yönünde karşı ispat faaliyeti sürdürebilir. Fakat özellikle piyasa bedelinin belirlenmesinde güçlük yaşanmayan veya borsada işlem gören malvarlığı değerleri bakımından bu faaliyetin sonuç vermeyeceğini düşünüyoruz. Bedel farkının hesaplanmasında, malvarlığı değeri üzerindeki haciz, ipotek, rehin ve diğer taşınmaz yüklerinin de dikkate alınması gerekir. Yargıtay bir kararında, kredi ile alınan ve bu kredi karşılığı üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazın bedelinin hesaplanmasında ipotek ve haciz kayıtlarının da dikkate alınması gerektiğine isabetle hükmetmiştir. Kredi karşılığı ipotek tesis edildiğini ispat yükü davalıya düşer. Davalının bu vakıayı sadece tapu kayıtlarına

⁴²⁸ Karma bağışlara ilişkin inceleme için bu bölümde bkz. I, B, 1, (i). Yargıtay bir kararında dolaylı olarak işlemin diğer tarafının iyiniyetli olmasının önemi olduğuna değinmiştir: "...İİY'nin 278/2. maddesinde edimler arasındaki aşırı farkın bağışlama hükmünde sayılıp yapılan tasarrufun iptale tabi olduğunun öngörülmesine, 3. kişi tarafından taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce belirlenen gerçek değerinin ödendiğinin yasal ve inandırıcı delillerle kanıtlanamamasına, **edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde 3. kişinin iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğine.... kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı Kahraman vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerekir...**", 17. HD, E. 2010/3086, K. 2010/3835, T. 26.04.2010. Bir diğer kararında ise Yargıtay edimler arasında fahiş fark varsa, üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenemeyeceğine doğrudan hükmetmiştir: "...edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde 3. kişinin iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceğine...", 17. HD, E. 2010/7886, K. 2010/7054, T. 20.09.2010 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.10.2013).

⁴²⁹ Schüpbach, Art. 286, § 68; Favre ve Tercier, § 1792; Brand, s. 69; Akbıyık, s. 15.

⁴³⁰ Akbıyık, s. 18; Schüpbach, Art. 286, § 65; Jäger, Art. 286, § 6. Yazar sözleşmenin kurulma anının dikkate alınması halinde, delil ikamesinin güçleşeceği kanaatindedir.

dayanarak ispat etmesi yeterli değildir; ipoteğin kredi nedeniyle tesis edildiğinin ispat edilmesi gerekir⁴³¹.

2.2.2.2. Delil İkame Yükü

İptale tabi işlemin doğası gereği, bazı ispat güçlükleri yaşanması mümkündür. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında (HMK m. 31), bu noktada davalı taraftan delil ikamesini istemesi beklenir. Farklı bir ifade ile, her ne kadar davacı/alacaklı ispatsızlığın riskini taşımaktaysa da; hâkimin somut delil ikame yükünü davalıya veya davalılara yükleyerek, uyuşmazlığı aydınlatmaya çalışması gerekir.

İİK m. 281/I gereğince senede karşı senetle ispat kuralının iptal davalarında uygulama alanı bulmaması, birer hukuki işlem olan karma bağışlama sözleşmesi ve ölüme bağlı tasarruflar bakımından büyük bir ispat kolaylığı sağlar. İptal davalarında alacaklı, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi durumundadır. Dolayısıyla bu işlem nedeniyle alacağını tahsil imkânının azaldığı vakiasının ispatı bakımından borçlunun elinden sadır olmuş bir belge alması beklenemez. Senede karşı senetle ispat kuralının uygulanması durumunda, alacaklının muvazaa iddialarında ispat güçlüğünü ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş HMK m. 203/d hükmünden yararlanması mümkün olabilecekti. Ancak İİK m. 281/I uygulaması ile, davacı/alacaklının işlemin ivazsız veya edimler arasında eşitsizlik olduğunu ispatı amacıyla, senet yanında, kesin veya takdiri tüm delillerden faydalanması mümkündür. Şüphesiz, kullanılacak delilin niteliği, hâkimde oluşacak kanaatin derecesine doğrudan etki edecektir.

Karma bağışlar bakımından da kanunun bir varsayımın getirdiği görüşüne kanaatimizce dikkatle yaklaşılmalıdır. Maddi hukuk bakımından karma bağışa niteliğine uygun düştüğü ölçüde bağışlamaya ilişkin kuralların uygulanacağına değinmiştik. Nitekim bu hükme dayanılarak açılan iptal davasında da iade edilecek kısım, edimler arasındaki farktan; yani bağışlama hükümleri uygulanacak kısımdan ibarettir. Dolayısıyla kanaatimizce karma bağışlar bakımından tam anlamıyla bir

⁴³¹ 17. HD, E. 2012/6395, K. 2012/7369, T. 05.06.2012 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.10.2013).

varsayımdan bahsedilemez. Buna bağılı olarak davalı borçlu/üçüncü kişinin karma bağışın söz konusu olmadığı, farklı bir ifade ile edimin kazandırmaya denk olduğu yönünde bir karşı ispat faaliyeti yürütmesi mümkündür.

Belgesay, yakın akrabalar arasında gerçekleştirilen, karşılıklı gösterilip aslen herhangi bir karşı edim almadan gerçekleştirilen kazandırma işlemlerinin çoğunlukla alacaklılara zarar vermek amacıyla gerçekleştiğini ve bu hükmün de bu vakıanın üçüncü kişiler tarafından ispatının güçlüğü nedeniyle getirildiğini; bu nedenle davalının tasarrufun ivazlı olduğunu ispat etme hakkının mevcut olduğunu ileri sürmüştür⁴³². Bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim anılan hükmün bir varsayım olması da bu görüşün kabulünü imkânsız kılar. Zira kanun işlemin ivazlı olmasına bir sonuç bağlamamıştır, burada yalnızca kanunun bir kabulü söz konusudur. Farklı bir ifade ile, borçlu ile akrabalık ilişkisinde bulunan tarafın davalının işlemin ivazsız olması vakiasından lehine çıkardığı bir hak yoktur. Burada işlemin diğer tarafı olan davalı (veya bizatihi borçlu) ancak borçlu ile arasında kanunda sayılan ve varsayımın sonucuna komşu bir vakıa niteliğinde bulunan akrabalık ilişkisinin mevcut olmadığı şeklinde bir karşı ispat faaliyeti yürütebilir.

Taraflar akraba dahi olsalar, birbirine denk edimlerle karşılıklı kazandırmada bulunmuş olabilirler. **Umar**'ın bu noktada anılan hükme karşı kurtuluş beyyinesi getirilmemesini eleştirildiğine değinmiştik⁴³³. Kanaatimizce de bu hüküm bir kurtuluş beyyinesi ihtiyaç duymaktadır. Ancak burada tarafların iradesinden ziyade, borçlunun malvarlığı değişimine sonuç bağlanması gerektiği görüşündeyiz. İptalin objektif koşulu olan zararın ispat yükünü davacı taşımaktadır. Davalı ise incelediğimiz iptal sebebine özgü olarak, akrabalar arasında gerçekleşen bu işlem neticesinde aktif-pasif dengesinin bozulmadığını ispatlayarak işlemin iptal edilmesinin önüne geçebilmelidir. Yapılan işlemin aktif-pasif dengesini bozmamakla birlikte, alacaklının tahsil imkânını güçleştireceği akla gelebilir. Bu tür işlemlerin çoğunlukla İİK m. 278/III, b. 3 uyarınca kaydı hayat şartıyla irat, ölünceye kadar bakma ve intifa hakkı tesisi veya İİK m. 279 uyarınca teminat tesisi ya da olağan ödeme vasıtası dışında bir araçla yapılan ödemeler şeklinde ortaya çıkması beklenir. Nihayet bu durumda tarafların iradesi zaten alacaklılara zarar vermeye yönelik

⁴³² Belgesay, §305, bu görüşün eleştirisi için bkz. yukarıda “2.2.1.2.1. Akrabalık İlişkisi Nedeniyle İptal Tabi Tasarruflar” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴³³ Umar, İptal Davası, s. 67.

olduğunu kabul etmek de mümkündür. Bu nedenle aktif-pasif dengesinin mevcut olduğu durumlarda İİK m. 278'e göre değil; somut olaya göre İİK m. 279 veya 280'e göre iptal davasının açılması mümkündür⁴³⁴.

HMK 203/ç'de yer alan aşırı yararlanmaya ilişkin olarak senetle ispat kuralına getirilen istisnanın karma bağışlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanma ve karma bağış tarafların iradeleri bakımından birbirinden farklıdır. Karma bağışlamada bağışlayan karşı edim almakla birlikte, edime denk gelmeyen kısım bakımından bir bağışlama iradesine sahiptir. Bağışlanan ise bu işlemin bir bağışlama işlemi olduğunun farkındadır. Dolayısıyla iradesi fesada uğramış olmaz. Buna karşın aşırı yararlanmada ise yararlanan taraf diğer tarafın içinde bulunduğu zor durumdan, bilgisizliği veya tecrübesizliğinden faydalanarak haksız bir yarar elde etmektedir⁴³⁵. Aşırı yararlanmaya ilişkin olarak getirilen ispat kolaylığı da kanaatimizce aslen işlem nedeniyle sömürülen taraf lehine getirilmiştir. Böylece iade veya denkleştirme talep edecek ve işlem nedeniyle senet alması da pratikte güç olan sömürülen tarafın yaşayacağı ispat güçlüğüne önüne geçilecektir. Aşırı yararlanma ve karma bağış arasındaki bu derin farklılık ve HMK m. 203 hükmünün getiriliş amacı ışığında, bu istisnasının karma bağıştan kaynaklanan iptal davası bakımından uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz.

2.2.2.3. İspat Yükü

Bağışlama ve ivazsız tasarruf sebebine dayanan iptal davasında, ispat yükü bakımından genel kuraldan ayrılmaya gerek yoktur⁴³⁶. Yani davacı/alacaklı, İİK m. 278/I'de yer alan koşul vakıaları bakımından ispat yükünü taşır. Ancak iptale tabi işlemin doğası gereği, bazı ispat güçlükleri yaşanması mümkündür. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında (HMK m. 31), bu noktada davalı taraftan delil ikamesini istemesi beklenir. Farklı bir ifade ile, her ne kadar davacı/alacaklı ispatsızlığın riskini taşımaktaysa da; hâkimin somut delil ikame yükünü davalıya veya davalılara yükleyerek, uyuşmazlığı aydınlatmaya çalışması gerekir.

⁴³⁴ Karş. Yukarıda "1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴³⁵ Kılıçoğlu, s. 208.

⁴³⁶ Umar, İptal Davası, s. 66.

Akrabalar arasında gerçekleştirilen ivazlı tasarruflar veya kaydı hayat şartıyla irat, intifa tesisi şeklinde ortaya çıkan kazandırmalar ile ölünceye kadar bakma sözleşmeleri bakımından hükümden lehine hak çıkararak davacı ispat yükünü taşır; ancak davacı/alacaklının burada sadece iddia ve somutlaştırma yükünü üstleneceği unutulmamalıdır. Öngörülen varsayım gereği somut delil ikame yükü davalıya ait olacaktır. Edimler arasında oransızlığın bulunduğu kazandırmalar yani karma bağışlar bakımından ise gerçek anlamda bir varsayımdan bahsedilemeyeceğinden, bu vakıa, İİK m. 278'den kaynaklanan iptal davaları bakımından bir koşul vakıa olup, genel kural gereğince ispatsızlığın riskine davacı/alacaklı katlanacaktır.

2.2.2.4. İspat Ölçüsü

İvazsız tasarruflar bakımından borçlunun ispat yükünü taşıdığı vakıalar, ispatından çoğunlukla güçlük yaşanmayacak objektif somut durumlar şeklinde ortaya çıkar. İİK m. 278'de içsel durumlara, borçlunun işlemi yapma iradesine herhangi bir sonuç bağlanmamakta; sadece sayılan koşul vakıaların gerçekleştiğinin ispatı aranmaktadır.

Bir işlemin ivazsız olup olmadığı veya kanunun ivazsız tasarruf gibi değerlendirdiği bir işlemin söz konusu olup olmadığı doğrudan delillerle ispatlanabilecek, objektif vakıalardır. Bu nedenle İİK m. 278'in koşul vakıaları bakımından yaklaşık ispatla yetinilmemeli; vakıanın iddia edildiği biçimde gerçekleştiği yönünde hâkimde tam kanaat tesis edilmelidir.

İvazsız tasarrufun ispatı bakımından, borçlunun pasifindeki artış bir emare⁴³⁷ olarak değerlendirilebilir. Yani, borçlunun karşı edim almaksızın işlemi gerçekleştirmesi ve buna bağlı olarak pasifinde ortaya çıkan artış şeklinde somutlaştırılabilecek vakıanın hükme esas alınmasına kanaatimizce imkân yoktur. Zira ivazsız tasarrufun gerçekleşmiş olduğu vakıası tam ispat ölçüsünde ispatlanmalıdır. Pasif artışı ise bu yönde ancak bir emare olarak değerlendirilebileceğinden, pasif artışının ispatı ile gerçeğe yakın kanaat oluşturulamayacağı kanaatindeyiz. Ancak pasif artışı yanında ivazsız tasarrufa ilişkin

⁴³⁷ Bkz. aşağıda "1.2.2.1. Koşul Vakıa-Somut Vakıa" başlığı altında yapılan açıklamalar.

diğer komşu vakıaların ispatı aracılığıyla dolaylı ispat faaliyetine girişilerek hakimde gerçeğe yakın kanaat tesis edilmesi de mümkündür.

2.3. ACİZ HALİNDE YAPILAN TASARRUFLARDAN (İİK M. 279) KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

“*Borcunu ödemiye bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebile acizden yahut iflâsın açılmasından evvelki bir sene içinde*” yapılan bazı tasarrufları İİK m. 279 iptale tabi kılmıştır. Bunlar kural olarak borçlunun alacaklıları arasındaki eşitliği bozmaya yönelik işlemlerdir. Borçlu üçüncü kişi lehine zenginleşerek malvarlığını eksiltmekte; bu şekilde diğer alacaklılarının alacaklarını almasına mani olmaktadır⁴³⁸.

Borçlunun bu iptal sebebi bakımından zarar verme kastıyla hareket etmesinin önemi yoktur. Farklı bir ifade ile, borçlunun zarar verme kastı bu iptal sebebi bakımından bir koşul vakıa değildir⁴³⁹. Anılan madde gereğince bazı koşul vakıaların gerçekleşmiş olması halinde işlemin iptaline karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

2.3.1. İspatı Gereken Koşul Vakıalar

2.3.1.2. Mevcut Borç İçin Önceden Taahhüt Edilmemiş Teminatın Verilmesi

İİK m. 279 kapsamında mevcut borç için önceden taahhüt edilmemiş teminatın verilmesi halinde bu teminat verme işlemi iptale tabi olur. Ana koşul vakıa bu şekilde olmakla birlikte, bu koşul vakıaya ilişkin vakıa unsurlarını “*mevcut bir borcun bulunması*” ve “*verilen teminatın önceden taahhüt edilmemiş olması*” şeklinde belirlemek mümkündür.

⁴³⁸ Jäger, Art. 287, § 1; Peter, Art. 287 LP § 1; Schüpbach, Art. 287, §1-3; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 864; Uyar ve diğerleri, s. 368; Sarısözen, s. 54; Kale, s. 191.

⁴³⁹ Jäger, Art. 287, § 1; Uyar ve diğerleri, s. 368; Selçuk Öztekin, **Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay’ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması**, Ergun Önen’ e Armağan, İstanbul, 2003 (Yargıtay), s. 326; Kale, s. 191.

Verilen teminatın önceden taahhüt edilmemiş olması şeklinde ortaya çıkması gereken vakıa unsurunun incelenmesi gerekir. Öncelikle bu şekilde teminat verilen borç, borçluya ait bir borç olmalıdır. Üçüncü kişilerin borçları için verilen teminatlar duruma göre İİK m.278 (İsvİİK m. 286) kapsamında iptale tabi olabilir⁴⁴⁰. Bununla birlikte üçüncü kişinin borçlu lehine tesis ettiği ipotek de bu madde kapsamında iptal davasına konu edilemez⁴⁴¹. Önceden taahhüt edilmiş veya kanunen gösterilmesi zorunlu olan teminatlar bu madde kapsamında iptale tabi değildir⁴⁴². TBK m. 98’de karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, taraflardan birinin (borçlunun) ödeme gücüne düşmesi durumunda, diğer taraf (alacaklı) karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Bununla birlikte aynı veya şahsi teminat sağlanmış borçlar bakımından TBK m. 98 uygulama alanı bulmaz⁴⁴³. Dolayısıyla alacak için başta verilen teminatın İİK m. 279’a göre iptali mümkün iken, ifa koşulu olarak talep edilen teminatın İİK m. 279 kapsamında iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Zira alacaklı kendi edimini ancak bu şartın gerçekleşmesi halinde ifa etmek zorundadır; karşı edimi de ancak bu şartın gerçekleşmesi halinde talep edebilir. İİK m. 279’un bu kapsamda uygulama alanı bulacağını kabul etmek, TBK m. 98’in ruhuna aykırı olacaktır⁴⁴⁴.

Borçlunun şahsi teminatları, özellikle kefaletleri bakımından ise, işlemin kefil konumundaki borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanıp kısıtlanmadığının dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Şahsi teminatın borçlandırıcı bir işlem olması⁴⁴⁵ ve borcun kefiliden tahsili halinde kefilin alacaklıya halef olması, her durumda iptale tabi niteliği haiz olmasına engel olur. Farklı bir ifade ile, borçlunun üçüncü bir kişiye verdiği şahsi teminatın ancak borçlunun

⁴⁴⁰ Peter, Art. 287 LP § 7; Jäger, Art. 287, § 2.

⁴⁴¹ Jäger, Art. 287, § 6.

⁴⁴² Umar, İptal Davası, s. 75; Peter, Art. 287 LP § 7; Gilliéron, § 2898.

⁴⁴³ Oğuzman ve Öz, C. I, s. 354; ödünç alanın borcunu edadan âciz hale gelmesine ilişkin TBK m. 390 ile TBK m. 98’in kapsamlı bir karşılaştırması için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, **BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması**, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 229 vd.; Sylvain Marchand, **Contrat et Insolvabilité**, Actualités du Droit des Contrats, Le Contrat à la Croisée des Chemins, CEDIDAC, 2008 (Insolvabilité), s. 21, bu teminatı kendisi de aciz halinde bulunmayan bir üçüncü kişi dahi verebilir. Bununla birlikte TBK m. 98 kapsamında üçüncü kişi tarafından verilecek kefaletlerin müteselsil kefalet şeklinde olması gerekir. Aksi takdirde alacaklı, aciz halinde bulunan borçluya takip yöneltmeden kefile başvuramayacaktır.

⁴⁴⁴ Marchand, *Insolvabilité*, s. 21; Grassinger, s. 227, ancak teminatın, teminat borçlusunun alacaklılarına zarar verme kastıyla verilmesi halinde İİK m. 280 uygulama alanı bulabilir.

⁴⁴⁵ Kefalet sözleşmesine ilişkin kapsamlı inceleme için bkz. Senai Olgaç, **Kefâlet**, Ankara, 1978 (Kefalet), s. 11; Yavuz ve diğerleri, s. 665 vd.

malvarlığından alacaklının tatmin edilmesini güçleştirdiği ölçüde iptale tabi olması gerekir. Borçlunun müteselsil kefil olduğu hallerde cebri icra imkânının kısıtlanması daha net ortaya çıkabilir.

Somut olayda verilen teminat farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Teminatın türü, söz konusu teminatı verme taahhüdünün şeklini, buna bağlı olarak da bu taahhüdün İİK m. 279 kapsamında iptale tabi olup olmayacağını da etkiler. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi⁴⁴⁶ bir kararında ipotek verme taahhüdünün, tıpkı ipotek tesisi gibi resmi şekil şartına tabi olduğunu ve resmin şeklin aynı zamanda ipotek verme taahhüdü bakımından geçerlilik şartı olduğuna işaret etmiştir. Bu tespitten hareketle Yargıtay resmi şekilde yapılmamış ipotek verme taahhüdü lehdarı üçüncü kişinin İİK m. 279/son da yer alan karineden faydalanamayacağına hükmetmiştir. Teminat tesisinin şekle bağlı olmadığı durumlar da ise bu teminatı tesis etmeyi borçlunun önceden taahhüt etmiş olması ihtimali değerlendirilmelidir⁴⁴⁷. Dolayısıyla şekil şartı, teminat tesisi taahhüdünün yapılış tarihi ve buna bağlı olarak teminat tesisinin önceden taahhüt edilmiş olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşır.

Tarafların iradesi teminat tesis etmek olduğu sürece, teminatın çeşitli biçimlerde ortaya çıkması da mümkün olacaktır. **Jäger** genel bir ifade ile rehlin konusunu borçlunun icraya konu edilebilecek malvarlığı değerlerinin oluşturabileceği görüşündedir⁴⁴⁸. Örneğin mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış veya alacaklı lehine hapis hakkı da iptal davasına konu edilebilir⁴⁴⁹. Bu noktada, teminatın konusu oluşturan malvarlığı değerinden çok, teminatın tesis edilmiş şekli bakımından farklı uygulamaların ortaya çıkabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Teminat tesisi şeklinde inançlı temliklerin iptal davasına konu edilmesi mümkündür⁴⁵⁰. Taşınır rehni şeklinde gerçekleşen bir inançlı temlikle, asıl iradesi teminat sağlamak yönünde olmakla birlikte borçlu değerli bir taşınırını üçüncü kişiye satabilir⁴⁵¹. Mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temlik şeklinde ortaya çıkan bu

⁴⁴⁶ 15. HD, E. 1984/3306, K. 1984/3923, T. 13/12/1984 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.10.2013); ayrıca bkz. Kale, s. 197.

⁴⁴⁷ Kuru, İcra, C. IV, s. 3446; Öztekin, Yargıtay, ss. 325-326.

⁴⁴⁸ Jäger, Art. 287, § 6; benzer yönde Peter, Art. 287 LP §6; Kale, s. 196.

⁴⁴⁹ Jäger, Art. 287, § 6; Umar, İptal Davası, s. 74.

⁴⁵⁰ Bkz. aşağıda “3.6.2.3. İnançlı Temliklerin İptal Davasının Konusunu Oluşturabilmeleri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁵¹ Taşınır rehlinin hükmen teslim ile gerçekleştirilmesi durumunda, hükmen teslimin geçersizliği ile iptal hakkının yarışması mümkündür. Bu konuda bkz. aşağıda “3.3. Hükmen Teslimin Üçüncü

işlem, temlik eden borçlunun malvarlığındaki aktif ve pasif dengesini bozmadan, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine aykırı bir sonuç çıkmasına neden olabilir. Bu malvarlığı değerine karşı borçlunun bir ödünç alması veya kredi imkânı edinmesi söz konusu olabilir. Ancak bu işlem borçlunun alacaklıların birini daha avantajlı bir konuma getirmesi amacıyla gerçekleştirilmiş olması muhtemeldir.

Alacağın teminat amacıyla temlik de, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında dikkati çeken ve cevaz verilen bir teminat türüdür⁴⁵². Bu tür temlikte asıl amaç teminat sağlamak olmakla beraber, temlik alan ana alacak sahibi, kendisine temlik edilen bu alacağın tek başına sahibi olur. Teminat veren borcunu ödemediği veya hak veya alacak herhangi bir şekilde sona erdiği takdirde, teminat (temlik) alan, teminat alacağını asıl sahibine iade etmekle yükümlüdür. Alacaklı (temlik alan) borç ödenmediği takdirde alacağı tahsil edebilir⁴⁵³. Mülkiyetin teminat amacıyla devrinden farklı olarak alacağın teminat amacıyla temlikinde üçlü bir ilişki söz konusu olur. Burada inanan (alacağı temlik eden), inanılana (alacağı temlik alan) üçüncü bir kişide bulunan alacağını teminat amaçlı biçimde temlik eder. Buna karşın mülkiyetin teminat amacıyla temlikinde inanan (temlik eden) maliki olduğu taşınır veya taşınmazın mülkiyetini, inanılan (temlik alan) ile arasındaki ilişkin doğan borcun teminatı olarak inanılana temlik eder⁴⁵⁴.

Federal Mahkeme bir kararında, alacağın edimin ifası amacıyla mı yoksa ödeme amacıyla mı yapıldığının dikkatle incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Anılan kararda eser sözleşmesi nedeniyle eserin yapımında çalışanlara teminat sağlama şeklinde bir edim üstlenen iş sahibinin yaptığı alacak temlikinin, ödeme

Kişilere Zarar Verme Amacıyla Taşınır Rehininde Uygulanması (TMK m. 766)" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁵² Alacağın teminat amacıyla temlik hukukumuzda da cevaz verilen bir teminat türüdür, Ali Şafak, **Teminat Amaçlı Alacağın Temlik, İstanbul, 2011**, s. 63 vd. Mülkiyetin teminat amacıyla devrinden farklı olarak alacağın teminat amacıyla temlikinde üçlü bir ilişki söz konusu olur. Burada inanan (alacağı temlik eden), inanılana (alacağı temlik alan) üçüncü bir kişide bulunan alacağını teminat amaçlı biçimde temlik eder. Buna karşın mülkiyetin teminat amacıyla temlikinde inanan (temlik eden) maliki olduğu taşınır veya taşınmazın mülkiyetini, inanılan (temlik alan) ile arasındaki ilişkin doğan borcun teminatı olarak inanılana temlik eder,

⁴⁵³ Thomas Probst, **Art. 164 CO-I**, Commentaire Romande, Code des Obligations I, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003 (Art. "madde numarası" CO-I), §2; Engel, *Traité*, s. 873; Ergun Özsunay, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul, 1968, s. 58; Şafak, s. 65; Jean Gauthier, **La Cession de Créance dans La Saisie et La Faillite**, SJ 1970, s. 396; alacağın teminat amacıyla temlik edilebileceğine ilişkin bkz. ATF 123 III s. 60, özellikle s. 63.

⁴⁵⁴ Şafak, s. 63

amacıyla değil, teminat sağlama amacıyla yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁴⁵⁵.

Alacağın ödeme amacıyla devri inanlı işleme konu olmaz. Zira burada temlik edenin iradesi de bir borcunu sona erdirmek yönündedir. Yani irade ile işlemin doğurduğu sonuç arasında bir uyumsuzluktan bahsedilemez. Olayın özelliklerine ve işlemin taraflarına göre alacağın ödeme amacıyla temlikinin, mutad olmayan bir ödeme aracı olarak değerlendirilerek İİK m. 279/II kapsamında iptale konu edilmesi ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Federal Mahkeme ise eski tarihli bir kararında bu şekilde yapılan temliklerin de İİK m. 279/I kapsamında iptale tabi olabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu kararda dahi ödeme amaçlı yapılan bu temlikte tarafların iradesi, aslında teminat sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla bu durumda iki iptal nedeninin yarışması da mümkün olabilir⁴⁵⁶.

İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda yer alan fakat bizim kanunumuzda karşılığı bulunmayan İsvİİK m. 287/III borsada işlem gören menkul kıymetler, kaydi sermaye piyasası araçları ve diğer finansal araçların teminat olarak kullanılmasının, bazı durumlarda iptale tabi olmayacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre borçlu teminatı tamamlamayı taahhüt etmiş ve teminatın veya teminata konu borcun bedeli değişmişse veya borçluya teminatı aynı değerde bir başka teminatla değiştirilmesi hakkı tanınmışsa, bu işlemlere dayanılarak iptal davası açılması mümkün değildir⁴⁵⁷. Bu düzenleme Kaydi Sermaye Piyasası Araçları Kanunu⁴⁵⁸, na eklenen bir madde ile İsvİİK' na eklenmiş, 01.01.2010'da yürürlüğe girmiştir. Borçlunun bu araçlarla teminat sağlama işlemini alacaklılarına zarar verme kastıyla kullanması halinde İsvİİK m. 288'in uygulama alanı bulacağına şüphe yoktur⁴⁵⁹.

İİK m. 279'da yer verilen ikinci vakia unsuru ise mevcut bir borcun bulunmasıdır. İİK m. 279/I, b. 1, mevcut bir borcu teminen verilmiş ve önceden

⁴⁵⁵ JdT 1993 I 302. Federal Mahkemenin daha eski tarihli bir kararına (BGE 38 II 724) Umar da değinmiştir. Bu kararda ise hem eda yerini tutan ifanın hem de ödeme yerine alacak temlikinin mutad ödeme vasıtası olarak değerlendirilemeyeceği, İsvİİK m. 287/II (İİK m. 279/II) uyarınca iptale tabi olacağına hükmedilmiştir, Umar, İptal Davası, s. 77.

⁴⁵⁶ Gauthier, s. 396; Peter, Art. 287 LP §6'de anılan ATF 85 III 193. Karar metni Almanca' dir. Kararın Fransızca ve İtalyanca özetleri bulunmaktadır.

⁴⁵⁷ Antoine Eigenmann, **La Réalisation des Sûretés sur Les Titres Intermédiés, Placement Collectif et Titres Intermédiés: Renouveau de la Place Financière Suisse**, CEDIDAC, 2008, s. 139.

⁴⁵⁸ RS 957.1, 03.10.2008, RO 2009 3577.

⁴⁵⁹ Eigenmann, s.139; Joël Leibenson, **Les Actes de Dispositions sur Les Titres Intermédiés**, CDBF, Schulthess, 2013, ss. 370-317.

taahhüt edilmemiş teminat tesisine özgülenmiştir. Dolayısıyla ileride doğacak ya da muaccel olmayan bir borç için verilmiş teminatlar bakımından kural olarak İİK m.279/I, f. 1'in uygulanamayacağı söylenebilir. Nitekim böyle bir durumda somut olay çerçevesinde İİK m. 278 ve İİK m. 280'in uygulama alanı bulması da mümkündür. Ancak İİK m. 279/I, f. 1 hükmünü Hukukumuzda doğmamış alacakları teminen de rehin tesis edilebileceği de göz önüne alarak değerlendirmek gerekir. TMK m. 851/I hükmü uyarınca alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir. Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeden kaynaklanan borçları teminen verilen üst sınır ipoteği, borçlunun sadece muaccel olan değil; ipotek sınırı dahilinde doğacak tüm borçlarını teminat altına alır. Örneğin banka ile borçlunun Genel Kredi Sözleşmesi akdetmesi ve bu sözleşme kapsamında doğacak alacakları teminen banka lehine üst sınır ipoteği tesis edilmesinde durum böyledir⁴⁶⁰. Bu ihtimalde İİK m. 279/I, f.1 'e dayanılarak iptale başvurulabilirse de; lehine işlem yapılan üçüncü kişinin İİK m. 279/II'de yer alan kurtuluş beyyinesinden yararlanıp yararlanamayacağı dikkatle incelenmelidir⁴⁶¹.

2.3.1.2. Mutad Olmayan Ödeme Vasıtası ile Yapılan Ödemeler

İİK m. 279/II uyarınca mutad olmayan ödeme vasıtası ile yapılan ödemeler de iptale tabidir. Bu koşul vakıa da iki unsurdan oluşur: “*ödeme*” ve “*ödeme aracının mutad olmaması*”. Kanun mutad ödeme aracının bulunmaması ya da kullanılan ödeme aracının mutad sayılmaması şeklinde ortaya çıkabilecek menfi durumu İİK m. 279/II'nin uygulanabilmesi için bir koşul vakıa unsuru olarak düzenlemiştir. “*Ödeme*” hem bu fıkra hem de devam eden fıkroda yer alan “*vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler*” iptal sebebi bakımından ortak bir vakıa unsurudur.

Biz bu başlık altında özellikle ödeme aracının ne zaman mutad sayılacağı, ne zaman mutad sayılmayacağını inceleyeceğiz.

Kural olarak para çek, muaccel faiz kuponu, banka havalesi ile yapılan ödemeler, farklı bir ifade ile likit biçimde yapılan ödemeler mutad ödeme araçlarıyla

⁴⁶⁰ Öztekin; Yargıtay, s. 328; Uyar ve diğerleri, s. 369.

⁴⁶¹ Bkz. aşağıda “2.3.2.5. Kurtuluş Beyyinesi” başlığı altında yapılan açıklamalar

yapılmış sayılır⁴⁶². Ancak şüphesiz, ödeme vasıtasının mutad olup olmadığı somut olaya göre belirlenecektir. Yukarıda da değindiğimiz üzere alacağın ödeme amacıyla temlikinin mutad bir ödeme aracı olup olmadığı somut olayın özellikleri ve işlemin taraflarına göre belirlenmelidir. Örneğin müteahhittin iş sahibinden olan alacağını, işin görülmesinde çalışan taşeronu devretmesi de olağan olarak değerlendirilmelidir⁴⁶³. Özetle borçlunun bu şekilde ödeme yapmasının makul karşılanabileceği; alacaklı tarafından ödemenin bu şekilde yapılmasının istendiği ya da sözleşmede ödemenin bu şekilde yapılacağına kararlaştırıldığı durumlarda mutad vasıta ile ödemenin bahsedilir⁴⁶⁴. Ödemenin yapıldığı dönem de önem taşımaktadır. Borçlunun hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden veya iflâsın açılmasından önceki bir sene içinde yükümlendiği mutad olmayan ödeme iptale tabi değildir⁴⁶⁵.

Ödeme şeklinin olağan olup olmadığının tespiti, hukuki ilişkinin niteliğine göre güçlük gösterebilir. Özellikle alacağın ödeme amacıyla temlik dikkatle değerlendirilmelidir. Federal Mahkeme kararlarında ödeme amacıyla yapılan alacak temlikinin çoğunlukla mutad olmayan bir ödeme vasıtası olarak değerlendirildiğine rastlanır⁴⁶⁶. Ancak kanaatimizce, burada önem taşıyan nokta, temlikin mutlaka borcu sona erdirmeye iradesi ile gerçekleştirilmiş olmasıdır. Yani, iptal davası davalısı üçüncü kişi yaptığı bu temlik ile alacaklılarından birine olan borcunu sona erdirmiş olmalı ve bu şekilde alacaklılar arasındaki denge zedelenmelidir. Temlike hakim iradenin borcu sona erdirmek dışında bir irade (örneğin teminat tesisi) olduğu durumlarda, diğer iptal sebeplerine göre işlemin iptale tabi olması da mümkündür (karş. İİK m. 279/I, 1.).

⁴⁶² Jäger, Art. 287, § 9, B; Brustlein/Rambert, Art. 287, § 5; Favre, s. 377; Peter, Art. 287 LP § 10; Gilliéron, § 2900; Umar, İptal Davası, s. 77.

⁴⁶³ Peter, Art. 287 LP § 10; Jäger, Art. 287, § 9, B.

⁴⁶⁴ Jäger, Art. 287, § 9, A; Ansay, İcra, s.329.

⁴⁶⁵ Peter, Art. 287 LP § 10

⁴⁶⁶ JdT 1993 I 302; ATF 85 III 193. Yargıtay kararlarında *mülkiyetin* ödeme amacıyla temlikinin mutad ödeme değerlendirilmediği gözlemlenebilir: “*Oysa, davalı şirket cevabında, borçlu Tayfun ile ticari ilişki içerisinde bulduklarını ve alacaklarının bir kısmının dava konusu dairesinin kendilerine temlik edilmek suretiyle ödendiğini belirttiğine göre bu tasarruf İİK'nın 279/2 maddesinde belirtilen (para veya mutad ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler) kapsamına girmekte olup... tasarrufun iptaline karar verilmelidir...*” 15. HD, E. 2003/1494, K. 2003/3342, T. 19.06.2003, aynı yönde HGK, E. 2004/15-444, K. 2004/551, T. 20.10.2004. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013)

Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin karşılıklı borç-alacak ilişkisinin bulunduğu durumlarda, alacağın mahsup amacıyla devri de söz konusu olabilir. İnançlı temlik biçiminde gerçekleştirilen bu işlemde, alacağın temliki işlemi neticesinde, alacak bütünüyle temlik edilene geçer⁴⁶⁷. Temlik edenin asıl iradesi, alacağın tahsili ile üçüncü kişiye olan borcunda mahsup edilmesidir. Bu şekilde alacağın temliki işlemi bir ödeme vasıtası olarak fonksiyon gösterir. Yargıtay uygulamalarında da alacağa mahsuben yapılan temliklerin mutad ödeme aracı olarak değerlendirilmediği gözlemlenmektedir⁴⁶⁸.

2.3.1.3. Vadesi Gelmemiş Borç İçin Yapılan Ödemeler

Bu koşul vakıa bakımından da, yine “*ödeme*” ve “*vadesi gelmemiş borç*” vakıa unsurlarını belirlemek mümkündür. İİK m. 279/III kapsamında, vadesi gelmemiş borçlar için yapılan ödemeler de iptale tabidir. Ödeme⁴⁶⁹ kavramı, sadece para borçlarını değil, her çeşit borcu kapsar. Vadesi gelmemiş para borçlarının ödenmesi, koşullarının oluşması şartıyla İİK m. 280’e göre iptal davasına da konu edilebilir⁴⁷⁰.

Bir borcun vadesinin gelip gelmediğinin tespiti bakımından farklı yaklaşımlar gözlemlenebilir. İsviçre Hukukunda vadesi gelmemiş borç kavramını, İsvBK m. 75 (TBK m. 90⁴⁷¹) anlamında “talep edilmesi mümkün olmayan” borç olarak değerlendirmek gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁷². Borçların muaccel olmasına ilişkin anılan hüküm uyarınca başka türlü kararlaştırılmadıkça borç doğduğu anda talep edilebilir olur. Bu şekliyle muacceliyet alacaklıya borcu talep etme hakkı veren,

⁴⁶⁷ Alacağın teminat amacıyla temlikine ilişkin genel bilgiler için bkz. aşağıda “3.6.2.3.1. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁶⁸ “...Alacağa mahsuben yapılan tasarruflar anılan Yasanın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mutat (olağan) ödeme vasıtası kabul edilmemektedir....” 15. HD, E. 2003/3452, K. 2003/4429, 30.09.2003, aynı yönde 17. HD., E. 2009/4127, K. 2009/6069, T. 06.10.2009 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013). Temlik cirosu zımında yapılan tahsil amacıyla yapılmış cirolar da, aslen senedin tahsilini sağlayıp elde edilen bedelin malvarlığı dışına çıkarılması sonucunu doğurabildiği için İİK m. 280’in koşulları oluştuğu takdirde iptale tabi olabilir, karşı. Aşağıda “3.6.2.3. İnançlı Temliklerin İptal Davasının Konusunu Oluşturabilmeleri”.

⁴⁶⁹ Borçlar hukuku anlamında “*ödeme*” ifa sözcüğünden daha dar bir anlam taşır. Buna göre ödeme sadece para borçlarının ifasını ifade eder, Eren, s. 907.

⁴⁷⁰ Umar, İptal Davası, s. 78, ödemenin olağan ödeme araçlarıyla gerçekleştirilmiş olup olmadığı bu madde kapsamında önem taşımaz.

⁴⁷¹ TBK m. 90 hükmü şu şekildedir: “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur”

⁴⁷² Peter, Art. 287 LP § 12-13.

alacağa ait bir özellik olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla şarta veya vadeye bağlı olmayan borçların muaccel olduğu söylenebilir⁴⁷³.

İptale tabi işlemin konusunu sadece borçlunun yüklendiği bir borç oluşturur. Borçlunun üçüncü kişinin borcunu ödemesi, koşulların oluşması durumunda İİK m. 278 kapsamında iptale konu olur⁴⁷⁴.

Bu iptal nedenine dayanan alacaklının ispat edeceği koşul vakıa, borçlunun yaptığı ödeme yanında borcun TBK m. 90 anlamında muaccel olmadığı; buna rağmen ödemenin gerçekleştirildiği şeklindedir.

2.3.1.4. Kişisel Hakların Kuvvetlendirilmesi İçin Tapuya Verilen Şerhler

İsviçre İcra ve İflâs Kanununda bulunmayan bu düzenlemeye İİK m. 279/IV’ te yer verilmiştir. Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler de, iptal davasına konu edilebilir. Bu iptal sebebi bakımından da koşul vakıa, “*kişisel hakların güçlendirilmesi amacıyla tapuya şerh verilmesi*”dir. Dolayısıyla kanunun iptal hukuki sonucunu sadece kişisel hakları güçlendirmek amacıyla tapuya şerh verildiği koşul vakiasının ispatına bağladığı söylenebilir. 09.11.1988 tarih ve 3494 sayılı kanunla İİK m. 279’a eklenen bu düzenleme, kişisel hakların tapuya şerh edilmesi ile cebri icra işleminin etkisiz kılınmasının önüne geçilmesini amaçlar. Taşınmazın konu edildiği adi kira veya hasılat kirası; önalım, alım ve geri alım hakkı (TMK m. 735, 736, 1009), taşınmaz satış vaadi ve ipotekli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı (TMK m.871/III), tapuya şerh verilebilecek kişisel haklara örnek gösterilebilir⁴⁷⁵.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda; davalı borçlu, diğer davalı üçüncü kişi lehine satış vaadi sözleşmesi yapılmış, bu işlemin iptali için dava açılmıştır. Davalı üçüncü kişi borçlunun kendisine borcu olduğunu, alacağının teminat altına alınması amacıyla satış vaadi sözleşmesi yapılarak tapuya şerh edildiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Yargıtay, bizim de katıldığımız kararında, yerel mahkemenin satış vaadi sözleşmesinin hacze engel teşkil etmediği gerekçesiyle

⁴⁷³ Fabienne Hohl, **Art. 75 CO-I**, Commentaire Romande, Code des Obligations I, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003 (Art. “*madde numarası*” CO-I), § 3; Kılıçoğlu, ss. 528-529.

⁴⁷⁴ Jäger, Art. 287, § 10.

⁴⁷⁵ Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 38; Ertekin ve Karataş, s. 190.

verdiği red kararını bozmuştur: “...Mahkemece davalı Hasan lehine yapılan satış vaadi sözleşmesinin taşınmaz üzerine haciz konulmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de tapu siciline şerh verilen şahsi haklar tapu sicilinin aleni olması itibariyle tapuda yapılacak her türlü işlemde üçüncü şahıslara karşı öne sürülebileceğinden mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Bu tür tasarruflar iptal davasına konu edilebilir. O halde borcun doğumundan sonra yapılan 06.12.2006 tarihli satış vaadi sözleşmesinin diğer deliller ve İİK'nun 279. ve 280. maddeleri ile birlikte incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir...”⁴⁷⁶. Bu kararda da görüleceği üzere, şerhin tapu kaydına verilme amacı önem taşımaz. Teminat amacıyla dahi olsa, bu şekilde alacaklının haciz yapma; farklı bir ifade ile borçlunun malvarlığından alacağını alabilme imkânını kısıtlama sonucunu doğuran şerh verme işlemleri iptal davasına konu edilir.

2.3.1.5. Borçlunun Borca Batık Olması

İİK m. 279’da yer alan iptal sebebi bakımından tüm iptal halleri bakımından ortak koşul vakıa “borca batıklık”tır. İsviçre İcra ve İflâs Kanununda 1994 değişikliğinden önce iptal davasının diğer objektif koşullarına ek olarak, 287. Madde hükmüne göre dava ikame edilebilmesi için borçlunun aciz halinde bulunması şartı da aranmaktaydı⁴⁷⁷. 1994 değişikliği ile kanunun ruhuna uygun biçimde borca batık olma⁴⁷⁸ koşulunun aranması şartı getirilmiştir⁴⁷⁹. Yani, bu madde kapsamında ikame edilecek iptal davalarında, iptalin objektif koşulları yanında İİK m. 278’de aranmayan, borçlunun borca batık olması koşulunun da gerçekleşmesi gerekir. Borca batıklık koşul vakıası nitelik itibariyle menfî bir vakıadır. Zira burada borca

⁴⁷⁶ 17. HD, E. 2008/1637, K. 2008/2353, T. 05.05.2008; aynı yönde 15. HD, E. 1989/5153, K. 1990/153, T. 26.01.1990 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013).

⁴⁷⁷ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Umar, İptal Davası, ss. 71-72.

⁴⁷⁸ Borca batıklık ve aciz hali kavramları arasındaki farklılık için bkz. “1.1.4.4. Özel bir Dava Şartı Olarak Aciz Vesikasının İbrası ve İspat Bakımından Takibin Semeresiz Kalması ile İlgisi” başlığı altında yapılan açıklamalar. İsviçre Hukukunda değişiklikten önceki görüşler için bkz. Jäger, Art. 287, § 5.

⁴⁷⁹ Peter, Art. 287 LP § 3, 14; Gilliéron, § 2895; Schüpbach, Art. 287, § 107 vd.

batıklık ile ifade edilmek istenen malvarlığına ilişkin bir özelliğin mevcut olmamasıdır⁴⁸⁰.

Genel olarak malvarlığındaki pasiflerin aktifleri aşması olarak tanımlanabilecek borca batıklık objektif bir kavramdır. Nitekim borçlunun bu durumunu bilip borçlularına zarar verme kastı taşımasının da bir önemi yoktur⁴⁸¹.

Bu koşul vakianın, davalı borçlunun malvarlığındaki pasif kalemlerin aktiflerden daha fazla olduğu şeklinde somutlaştırılması mümkündür. Davalının bir sermaye şirketi olduğu durumlarda borca batıklık ara bilanço ile tespit edilebilir⁴⁸². Sermaye şirketinin borca batık olduğu şüphesinin bulunduğu durumlarda yönetim kurulu (limited şirketlerde müdürler, TTK m. 663), aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır (TTK m. 376/II). Bu bilançoya göre aktifler, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmiyorsa, sermaye şirketi yöneticilerinin iflas isteme yükümlülüğü doğar.

Gerçek kişiler bakımından ise borca batıklık koşul vakiasının ispatı daha güçtür. Bu ihtimalde aciz vesikası borçlunun aciz haline ilişkin bir karine teşkil etmekte iken, borca batıklığını da ortaya koyan bir delil niteliğinde değildir. Davacının bu ihtimalde borçlunun malvarlığındaki aktif kalemlerin tespiti için mahkemeden talepte bulunması gerekir (HMK m. 195). Banka ve tapu kayıtları ile diğer sicillerdeki kayıtlar borçlunun aktif kaleminin tespitinde göz önüne alınabilir. Pasifler bakımından ise net bir sonuç elde etmek her zaman mümkün olmayabilir. **Umar**, işlemin yapıldığı tarihte aktifler bakımından sadece haczedilebilir malların; pasifler bakımından ise dava ve icra yolu ile talep edilebilecek borçların dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁸³.

Kanaatimizce, kanunda yapılacak bir düzenleme ile kişilerde borca batıklığın tespiti bakımında karşılaşılabilecek ispat güçlüğü nedeniyle yaklaşık ispatla yetinilebileceği hükme bağlanabilir.

⁴⁸⁰ Atalay, Menfi Vakıa, s. 73.

⁴⁸¹ Peter, Art. 287 LP § 16, borca batıklık durumunun işlemin yapıldığı anda gerçekleşmiş olması aranır.

⁴⁸² Atalay, İflâs, s. 51; Atalay, Borca Batıklık, s. 42, Yıldırım, s. 158.

⁴⁸³ Umar, İptal Davası, s. 72.

2.3.2 Aciz Halinden Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler

2.3.2.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü

Önceden taahhüt edilmemiş mevcut borç için verilen teminat nedeniyle iptal davası açan davacı, davalının üçüncü kişiye teminat verdiği, önceden taahhüt edilmemiş olan bu teminatın mevcut bir borç için verildiği vakıalarını iddia etmesi gerekir. Teminatın klasik biçimde taşınır veya taşınmaz rehni biçiminde sağlandığı durumlarda bu vakıayı iddia ve somutlaştırma faaliyeti güçlük göstermez. Ancak teminatın farklı şekillerde ortaya çıkması⁴⁸⁴ ihtimalinde, yapılan işlemin teminat sağlama amacı güttüğü de iddia edilmelidir. Örneğin mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temlik şeklinde gerçekleşen işlemde, davacı bu işlemin aslında mülkiyet nakli değil, teminat sağlama amacı güttüğünü de iddia etmelidir. Bu vakıayı somutlaştırma yükü de davacıya düşmektedir. Davacı, mülkiyet temlikinin inançlı bir biçimde teminat sağlama amacıyla gerçekleştiğini iddia ettikten sonra, bu vakıayı somutlaştırma ve ispata elverişli hale getirmek için bazı alt vakıalar da ileri sürebilir. Örneğin iddia edilen bu koşul vakıaya denk düşen hayat olayı; mülkiyetin temlik edilmesine karşın, davalı borçlunun halen taşınırı kullandığı veya bu temlik karşılığında bir kredi elde ettiği, bu şekilde alacaklılarından birine avantaj sağladığı şeklinde somutlaştırılabilir. Davacının delil ikame faaliyetini, iradenin teminat sağlamaya yönelik olduğu yönünde sürdürmesi; mahkemenin de inançlı temlikler bakımından öncelikle işlemin taraflarının iradelerini dikkate alması gerekir.

Bir ödeme aracının duruma göre olağan olup olmadığı, benzer durumda kullanılan ödeme araçlarının niteliğine göre belirlenmelidir. Davalının tacir olduğu kimi durumlarda çekle veya kambiyo senedi ile yapılan ödemelerin olağan olup olmadığı, benzer durumda olan bir tacirin kullandığı ödeme araçları ile karşılaştırma yaparak tespit edilmelidir. Bu yöndeki iddia ve somutlaştırma yükünü davacı taşır. Davacı ödemenin olağan olmadığını iddia ederek bu karşılaştırmayı yapmaya elverişli örnekleri mahkemeye sunmak suretiyle somutlaştırma yükünü yerine getirebilir. Buna karşılık davalının da karşı ispat faaliyetini yerine getirirken benzer

⁴⁸⁴Bkz. aşağıda “3.6.2.3.1. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

bir yöntem izleyeceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin alacağını alt yükleniciye temlik eden davalı yüklenici, bunun olağan bir ödeme yöntemi olduğunu, ticari geleneğin bu şekilde olduğunu iddia ve ispat etmelidir. Cari hesap ilişkisi içerisinde bulunan borçlu ve üçüncü kişi bakımından alacağın mahsup amacıyla temlik de olağan kabul edilebilir.

Vadesi gelmemiş borcun ödenmesi nedeniyle açılacak iptal davasında, davacı öncelikle borcun vadeye bağlı olduğunu iddia ve ispat etmelidir. Dolayısıyla borçlu ile üçüncü kişi arasındaki borcu doğuran hukuki ilişki ve bu borcun vadeye bağlı olduğu vakıası öncelikle iddia edilecektir. Bu konuda ispat yükünü davacı taşımasına karşın, hakim ispat güçlüğü nedeniyle delil ikame yükünü davalıya veya üçüncü kişiye yükleyebilir. Yani vadeye bağlanmış bir borcun varlığını iddia eden davacı, davalının veya üçüncü kişinin ibraz edeceği delillerden vadenin geçtiğini veya bu borç için takibe geçildiğinin tespit edilmesini isteyebileceği gibi; sözleşmenin mahkemeye ibrazını da talep edebilir. Senede karşı senetle ispat kuralının sadece senedin tarafları için geçerli olduğu da dikkate alınır, davacının davalı ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin varlığı ve içeriği hakkında tanık deliline de başvurabileceği sonucuna ulaşılır. Ancak kanaatimizce özellikle tacirler bakımından ticari defterler ve varsa sözleşme metninin üçüncü kişi veya borçludan istenmesi ve bu şekilde kanaat tesis edilemeye çalışılması ile daha doğru sonuçlar elde edilebilir.

Bu sübjektif iptal nedeni bakımından ödenen borcun miktarı bakımından ispat faaliyetine girişilmesine gerek yoktur. Zira davacı aslen zararının miktarını iddia ve ispatla yükümlüdür. Bu da ancak aciz vesikası ile ispatlanabilir.

Hasmın kişisel bir hakkının güçlendirilmesi için tapuya şerh verildiği vakıası genel kural uyarınca davacı tarafından iddia ve ispat edilmelidir. Bu vakıadan lehine hak çıkaran davacı, vakıaya ilişkin ispat yükünü de taşımaktadır. Bu koşul vakıa somut olayda tapu kayıtlarında yer alan şerhler şeklinde ortaya çıkar. Davacı bu vakıaya ilişkin iddia yükünün yerine getirdikten sonra, tapu kayıtlarının mahkeme tarafından istenmesini talep edecek ve bu şekilde delil ikamesini de gerçekleştirecektir.

2.3.2.2. Delil İkame Yükü

Önceden taahhüt edilmemiş mevcut borç için verilen teminat nedeniyle iptal davası açan davacı, davalının üçüncü kişiye teminat verdiği, önceden taahhüt edilmemiş olan bu teminatın mevcut bir borç için verildiği vakıalarını iddia etmesi gerektiğine değinmiştik. Teminatın önceden taahhüt edilmemiş olması vakıası, niteliği itibariyle menfi bir vakıadır. Bu vakıanın menfiliği ispat yükünü değiştirmemekle beraber, delil ikame yükünün davalı/borçlu veya davalı/üçüncü kişiye yüklenilmesine sebebiyet verebilir. Burada özellikle teminat taahhüdünün resmi olmayan yazılı şekle bağlanması durumunda, davalılar bakımından HMK m. 220 uyarınca belgenin ibrazı yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Davacının bu vakıaya ilişkin delil ikame faaliyetini, iradenin teminat sağlamaya yönelik olduğu yönünde sürdürmesi; mahkemenin de inançlı temlikler bakımından öncelikle işlemin taraflarının iradelerini dikkate alması gerekir.

Üst sınır ipoteği tesis edilmiş ileride doğacak alacaklarda ise, lehine ipotek tesis edilenin iradesi önem taşır. Özellikle İİK m. 279/II'de düzenlemesini bulan kurtuluş beyyinesi bakımından, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişki kapsamında ileride doğacak borçların teminatı olarak tesis edilen üst sınır ipoteğinin değerlendirilmesi gerekir. Özellikle kredi sözleşmelerine dayanılarak tesis edilen üst sınır ipoteği, kredi borçlusunun borcu ile bu borç için işleyecek faizlerin temin edilmesi amacına yöneliktir. Üst sınır ipoteği kapsamında ikinci bir kredi sağlanması teorik olarak mümkün olsa da, asıl amaç hâlihazırdaki kredi ilişkisinin teminat altına alınmasıdır⁴⁸⁵. İpotek, iptal davası açılabilmesi için kanunun aradığı şüpheli dönem

⁴⁸⁵ Kesin borç ipoteği ve üst sınır ipoteğinin alacakla ilişkisi bakımından bkz. HGK, E. 2011/12-778, K. 2012/94, T. 22.2.2012: “Kesin borç ve üst sınır ipoteği ayrımı, ipotekle alacak arasındaki ilişkinin yoğunluğu esas alınmak suretiyle yapılmıştır. İpotek tesis edilirken alacağın miktarının belirli ve borcun mevcut olması kaydıyla ipotek miktarı dışında faiz ve takip giderlerinin de rehin teminatından yararlanacağına öngörülmüş olması halinde, tarafların anapara ipoteği kurmak istedikleri kabul edilebilir. Rehin sözleşmesinde ipoteğin alacağa bağlı olarak limitli tesis edildiği hallerde üst sınır ipoteği olduğu kabul edilmelidir...Üst sınır ipoteği, ileride doğacak veya doğması muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edildiği için bu belirsizliğin ileride getireceği sorunları önlemek amacıyla taşınmazın bu belirsiz borca azami ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosunda bir limite belirlenir. İşte bu nedendir ki ileride vücut bulacak ana borç ile buna eklenecek faiz, icra takip giderleri ile yanlarca kararlaştırılan diğer ferileri, yani TMK.nun 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan toplam borç miktarı, bu tür ipotekte tarafların ipotek tesis edilirken rızaları ile tespit edilen bu limiti aşması mümkün değildir. Bu özellik üst sınır ipoteğini kesin borç ipoteğinden ayıran önemli bir unsur olmaktadır. Zira, kesin borç ipoteğinde ipotek akit tablosunda belirtilen ana alacaktan başka

içerisinde kurulsadahi, kredi verenin amacı dikkatle incelenmelidir. Farklı bir ifade ile, doğacak borçları için lehine ipotek tesis edilen üçüncü kişinin her durumda borçlunun içinde bulunduğu durumu bildiği kabul edilemez. Dolayısıyla İİK m 279/II’de yer alan kurtuluş beyyinesinin bu ihtimalde üçüncü kişi için uygulanıp uygulanamayacağı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Özellikle devam eden ticari ilişkiler bakımından, kredi kullandıran tarafın ipotek sınırı içerisinde borçluya yeni krediler açması, borçlunun içinde bulunduğu durumu bilmediği yönünde bir emaredir⁴⁸⁶.

İptal davası kapsamında inançlı temliklerin ispatında her türlü delilden faydalanılabilir. Bu durum İİK m. 281/1’de düzenlemesini bulan ve iptal davasında geçerli olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralının bir sonucudur. İnançlı temliklerin iptal davasına konu edilmesi durumunda yürütülecek ispat faaliyeti, inançlı işlemlerin ancak kesin delille ispat edilmesi kuralı ile çelişki de oluşturmaz. Yargıtay 05.02.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁴⁸⁷, nida inançlı işlemlerin ancak yazılı delille ispat edilebileceğini hükme bağlamış, 14. Hukuk Dairesi⁴⁸⁸ ise daha yeni tarihli bir kararında yazılı delil olmasadahi, inançlı işlemlerin yemin gibi kesin delillerle de ispat edilebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay’ın az önce değindiğimiz bu kararları ile iptal davası bakımından hâkim olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, iptal davasının konusu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira iptal davası, inançlı işlemin hükümsüzlüğünü konu edinmez. İptal davasında inançlı işlem ile alınanın iadesi talep edilemez. Bu dava inançlı işlem ile üçüncü kişiye devredilen malvarlığı değeri üzerinde cebri icra hakkı tanınması talebinden ibarettir. Bu bakımdan ispata konu vakıa, borçlu ile üçüncü kişi arasında inançlı işlem ilişkinin bulunduğu değil; bu işlemin kanunda tanımlandığı biçimde iptale tabi olduğudur.

Ödemenin olağan olup olmadığı her somut olay bakımından koşullar ve tarafların subjektif durumu da dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Menfi bir vakıa olan ödemenin mutad olmaması da ispat güclüğü gösterebileceğinden somut

TMK.nun 875. maddesi uyarınca takip giderleri ile faiz ve diğer fer`ileri de teminat kapsamında girmektedir...” (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013).

⁴⁸⁶ Öztekin, Yargıtay, s. 328-329; Uyar ve diğerleri, s. 369.

⁴⁸⁷ YİBGK, E. 1945/20, K. 1947/6, T. 05.02.1947 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013).

⁴⁸⁸ 14. HD, E. 2009/7747, K. 2009/9880, T. 28.09.2009 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.05.2014).

delil ikame yükü davalılara yüklenebilir. Mutad olarak değerlendirilemese de, tarafların aralarında seçimlik olarak bu ödeme şeklini de kararlaştırmış olmaları ve ödemenin de bu şekil seçilerek gerçekleştirilmiş olduğu durumlarda, bu işlem bakımından mutad olmayan ödeme aracı nedeniyle iptal davası açılmayacağı kanaatindeyiz.

Hasmın kişisel bir hakkının güçlendirilmesi için tapuya şerh verildiği vakıası da davacı tarafından iddia ve ispat edilecektir. Tapu kayıtlarının ispat gücü bakımından TMK m. 7'ye de ayrıca değinmek gerekir. Anılan hüküm uyarınca tapu kaydının doğru olmadığı ispatı, aksine bir hüküm bulunmadıkça herhangi bir şekilde ispat edilebilir. Kanuni karine niteliğindeki bu hükümden hareketle, tapu kaydında iptale konu olabilecek bir şerhin bulunması durumunda davalı veya üçüncü kişinin nasıl hareket edeceği de önemli bir noktadır. TMK m. 7 uygulamasıyla tapu kaydı içeriğinin doğruluğu yönünde hâkimde bir kanaat oluşacaktır. Davalı taraf oluşan bu kanaati sarsmak için de aksini ispat faaliyetinde bulunmalıdır.

2.3.2.3. İspat Yükü

Davacı, öncelikle dayandığı iptal nedenine bağlı olarak koşul vakıaya karşılık gelen somut vakıayı iddia ve somutlaştırma yükünü taşımaktadır. Yine davacı lehine hak çıkardığı bu vakıalara ilişkin ispat yükünü de taşımaktadır. Yani koşul vakıanın somut olayda karşılık bulmadığı yönünde hâkimde kanaat uyandırdığı takdirde, ispatsızlığın riskine de davacı katlanacaktır.

Bu kapsamda davacı somut olayda tezahür eden iptal sebebine göre:

- Önceden taahhüt edilmemiş teminatın mevcut borç için verilmiş olduğu koşul vakıasını ve bu koşul vakıaya ilişkin “*mevcut bir borcun bulunması*” ve “*verilen teminatın önceden taahhüt edilmemiş olması*” vakıa unsurlarını;
- Mutad olmayan ödeme vasıtası ile yapılan ödeme koşul vakıası ve bu koşul vakıaya ilişkin “*ödeme*” ve “*ödeme aracının mutad olmaması*” vakıa unsurlarını;
- Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödeme koşul vakıasını ve bu vakıaya ilişkin “*ödeme*” ve “*vadesi gelmemiş borç*” vakıa unsurlarını,

- Kişisel haklarını güçlendirmek için tapuya verilen şerh koşul vakiasını ispat yükünü taşıyacaktır.

2.3.2.4. İspat Ölçüsü

İptal nedenleri bakımından davacının hâkimde tam kanaat tesis etmesi gerekir. Muaccel olmayan bir borcun ödenmesi, ödemenin olağan dışı bir şekilde yapılması veya kişisel hakkın kuvvetlendirilmesi için tapuya şerh verilmesi vakiaları oldukça objektif ve tam kanaat edinilebilecek vakialardır. Buna karşın önceden de değindiğimiz üzere⁴⁸⁹ gerçek kişilerin borca bataklığının tespiti güçtür. Borçlunun malvarlığının aktif kalemlerinin tespiti mümkünken, pasif kalemlerinin tespiti için yapılacak inceleme, her zaman kesin bir sonuç vermeyebilir. Bu noktada, gerçek kişinin borca batıklığı vakiası bakımından borçluya borca batık olmadığı, borçlarını karşılamaya yetecek miktarda malı bulunduğu konusunda delil ikame yükü yüklenebilir. Gerçek kişiler bakımından borca batıklık koşul vakiasının ispatı, tüzel kişilere nazaran daha güçtür. Gerçek kişilerde borca batıklığın tespiti bakımında karşılaşılabilecek ispat gücü nedeniyle yaklaşık ispatla yetinilebileceği hükme bağlanabilir.

Üçüncü kişi lehine getirilen kurtuluş beyyinesi içsel bir duruma yönelik olduğundan, borçlunun borca batık olduğunu bilmeme vakiası bakımından tam ispat aranmaz. Davalı üçüncü kişi bu ihtimalde emarelerle ispat yoluna gidebilir⁴⁹⁰.

2.3.2.5. Kurtuluş Beyyinesi

Genel olarak kurtuluş beyyinesi, adi kanuni karinelerin sebep sorumluluğu, kusursuzluğa ilişkin olduğu hallerde, karine aleyhine olan tarafa ispat kolaylığı getirir. Farklı bir ifade ile kurtuluş kanıtı, aleyhine karine işletilen taraf lehine bu karinenin aksini nasıl ispat edeceğine, aksini ispat faaliyetini nasıl yürüteceğine dair bir yöntem belirler⁴⁹¹. İİK m. 279/II ile, davalı hasım, yani işlemin tarafı olan üçüncü

⁴⁸⁹ Bkz. yukarıda “1.1.2.2. *Takibin Semeresiz Kılması*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁹⁰ Jäger, Art. 287, § 11; Umar, İptal Davası, s. 79; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 865.

⁴⁹¹ Brosset, II, s. 3.

kişi lehine bir kurtuluş beyyinesi getirilmiştir. Buna göre, tasarruftan faydalanan kimse borçlunun durumu bilmediğini ispat ederse iptal davası reddedilir.

Doktrinde bu kurtuluş beyyinesini İİK m. 279/II'ye ilişkin sübjektif bir koşul olarak adlandıranlar da mevcuttur. Bu görüşe göre kanun lehine işlem yapılan üçüncü kişinin borçlunun durumunu bildiğini öngörür⁴⁹². Borçlunun borca batık olduğunun bilinmemesi durumunda lehine işlem yapılan üçüncü kişi bakımından iptal davasının ikame edilemeyeceği de bu yönde ileri sürülmüş görüşlerdendir⁴⁹³.

Kurtuluş beyyinesi, borçlunun borca batık olduğunun bilinmemesi haline sonuç bağlamaktadır. Yoksa borçlunun zarar verme veya alacaklılarından birini kayırma kastının, lehine işlem yapılan üçüncü kişi tarafından bilinip bilinmemesine kanun bir sonuç bağlamamıştır⁴⁹⁴.

Anılan düzenlemenin İİK m. 279 için getirilmiş sübjektif bir koşul olarak değerlendirilmesi durumunda, borçlunun borca batıklığına ilişkin ispat yükünü alacaklının taşıdığı; davacı/alacaklının bu vakıayı iddia ve ispat etmesi gerektiği sonucuna ulaşılır. İİK m. 279 zaten borca batık olan borçlunun yaptığı alacaklılar arasındaki eşitliği bozan işlemleri konu edinir. Yani alacaklı bu maddeye dayanarak ikame edeceği davalarda her halükarda borca batıklığı ispat etmelidir. Dolayısıyla bu düzenlemenin, Hukukumuz bakımından sübjektif bir koşul olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak bu görüşümüzü gerekçelendirirken Mehaz kanun ile İİK arasındaki iptal davasının davalısı bakımından ortaya çıkan temel farklılığa da dikkat çekmek isteriz. Şöyle ki; Mehaz İsviçre İcra İflâs Kanunu'nun aksine, İİK borçlunun da iptal davasında lehine işlem yapılan üçüncü kişi ile davalı olarak gösterilmesi gerektiğini, işlemin iki tarafının mecburi dava arkadaşı olduğunu hükme bağlar. Borca batıklığın bilinmesinin sübjektif bir koşul olarak değerlendirilmesi sadece lehine işlem yapılan üçüncü kişinin davalı olabileceği mehaz kanun bakımından anlam ifade eder. Zira bu durumda borca batıklığı iddia ve ispat yükünü taşıyan davacı/alacaklının hakimde uyandırdığı kanaate karşı lehine işlem yapılan üçüncü kişi de karşı ispat faaliyetinde bulunacaktır. Temel ispat faaliyetinin konusunu borca batıklık oluşturur. Buna bağlı

⁴⁹² Peter, Art. 287 LP § 18; Gilliéron, §2902; Yıldırım da bu yönde görüşlere yer vermiştir, Yıldırım, s. 199.

⁴⁹³ Schüpbach, Art. 287, § 105.

⁴⁹⁴ Umar, İptal Davası, s. 71,79; Ansay, İcra, s. 329; Yıldırım, s. 202; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 40.

olarak lehine işlem yapılan üçüncü kişinin de borca batıklığı bilmediği yönünde yeni bir vakıa iddia edip, buna ilişkin bir ispat faaliyeti sürdürmesi beklenir. Dolayısıyla lehine işlem yapılan üçüncü kişinin borca batıklığı bilmemesi nedeniyle, İsvİİK m. 287/II'nin sübjektif koşulunun gerçekleşmediği yönündeki görüşler makul karşılanabilir. Buna karşın İsviçre doktrininde dahi bu hükmü kurtuluş beyyinesi olarak adlandıranlar mevcuttur. Bu görüş taraftarlarına göre borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi, borçlunun durumunun kötü olduğunu ve yaptıkları bu işleme karşı iptal davası açılabileceğini göz önünde bulundurmalıdır. Bilmeme vakıasının ispatının güç olması nedeniyle davalı üçüncü kişi, emarelerle de ispata çalışabilir⁴⁹⁵. Bir diğer görüşe göre ise davacı/alacaklıya, davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu bilmesi veya bilmesi gerektiğini ispat yükünün yüklenmesi, İsvİİK m. 279'u, zarar verme kastından dolayı iptale ilişkin İsvİİK m. 280'den farksız kılar. İsvİİK m. 287/II 'de işlemin diğer tarafı üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu şeklinde adi kanuni karine getirilmiştir. Burada davalı üçüncü kişi iyiniyetini ispatlayarak karineyi tersine çevirebilir. Basit bir ihtimal yeterli görülmediğinden ispat güçlüğü de ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁶.

Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin borçlunun durumunu bilmemesi vakıasını sübjektif bir koşul olarak niteleyen görüşe üstünlük verilmesi halinde, bu koşulu ispat yükünü davacı/alacaklının taşınması gerektiği sonucuna ulaşılır. Nitekim İsvİİK m. 279/II olmasaydı dahi, maddenin doğası gereği davacı/alacaklının bu maddeye dayanarak iptal talep edebilmesi için borçlunun borca batık olduğunu ispat etmesi gerektiği de gözden kaçmamalıdır. Ancak buna ek olarak davacı/alacaklıdan bir de üçüncü kişiye ait içsel bir durum olan bilmeme vakıasının ispatının beklenmesi doğru değildir.

İsvİİK m. 279/II'yi bir adi kanuni karine olarak gören görüşe kısmen katılıyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki; borçlunun durumuna ilişkin ispat yükünün alacaklıya yüklenmesi, bu maddeyi zarar verme kastından dolayı iptale ilişkin İsvİİK m. 280'in tekrarı haline getirmez. İsvİİK m. 280'de sonuç bağlanan

⁴⁹⁵ Jäger, Art. 287, § 11. Yazar bu tespitlerini, borçlu ile mutad olmayan bir biçimde ticari ilişkiye giren tarafa özgülemektedir. Kanaatimizce, tacir olmayan bir kişiden bu ölçüde yüksek bir özen beklenmesi de makul değildir. Gilliéron ise, özen koşulunun sınırını, "koşulların gerektirdiği tüm özeni göstermesine rağmen durumu bilmesine imkân olmaması" olarak belirlemektedir, Gilliéron, §2903; emarelerle ispat bakımından bkz. Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 865;

⁴⁹⁶ Peter, Art. 287 LP § 18-19; Schüpbach, Art. 287, § 118.

asil vakia, üçüncü kişinin borca batıklığı değil, borçlunun zarar verme yönündeki iradesini ve içinde bulunduğu mali durumu bilmesidir. İşlemin diğer tarafı olan üçüncü kişi borçlunun borca batıklığını değil; zarar verme iradesini bilmelidir. Ancak burada kanaatimizce ispat güçlüğü ortadan kaldırma fonksiyonu da bulunan bir kurtuluş kanıtı vardır. Zira önceden de değindiğimiz üzere davacı/alacaklının borca batıklık yanında, üçüncü kişinin durumu bildiğini de ispat yükünü taşıması makul karşılanamaz.

Hukukumuz bakımından da İİK m. 279/II için benzer bir sonuca ulaşmak mümkündür. Ancak hukukumuz bakımından değerlendirme, borçlunun da davalı olarak iptal davasına taraf ve üçüncü kişi ile şekli anlamda mecburi dava arkadaşı olacağı da dikkate alınarak yapılmalıdır⁴⁹⁷. Taraflar arasındaki mecburi dava arkadaşlığı; iptale tabi işlemde kaynaklanmaktadır. Yani borçlunun malvarlığına iadesi istenen değer, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki hukuki işleme konu olduğundan mecburi dava arkadaşlığı ortaya çıkar. Kurtuluş kanıtı bu noktada, hem borçlu hem de borçlu ile işlem yapan üçüncü kişi bakımından fonksiyon gösterir. Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin İİK m. 279/II'de yer alan imkândan faydalanması durumunda, mecburi dava arkadaşlığı nedeniyle her ikisi bakımından da davanın reddi gerekir. Aksi durumda, yani işlemin iptale tabi olduğu konusunda hakimde kanaat olduğu durumlarda, pratik olarak üçüncü kişinin bu kurtuluş kanıtından faydalanması mümkün değildir. Zira üçüncü kişinin, borçlunun borca batıklığını bilmemesi İİK m. 279'a ait özel bir koşul olmadığından, hakimin iptale hükmetmesi için bu durumun gerçekleştiği yönünde kanaat edinmesine de gerek yoktur. Şüphesiz üçüncü kişi malvarlığında oluşacak eksikliğin giderilmesini aynı davada talep edebilir, hatta bu dava iptal davasından ayrılarak görülebilir. Bu açıklamalarımız ışığında hakimde işlemin iptale tabi olmadığı yönünde kanaat olduğu durumlarda İİK m. 279/II uygulamasının daha net görüleceği söylenebilir. Buna karşın işlemin iptale tabi olduğu yönünde hakimde kanaat olduğu durumlarda

⁴⁹⁷ Mecburi dava arkadaşlığı bakımından bkz. Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 870. Yargıtay'ın taraf teşkilinin sağlanması gerektiği yönünde kararları dikkati çekmektedir: "...*Bu tür davalar İİK'nın 282. maddesi uyarınca borçlu ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan kişiler aleyhine açılır. Zorunlu dava arkadaşı durumunda olan kişilerin tümünün davalı olarak gösterilmemesi halinde eksik gösterilen kişi veya kişilere dava dilekçesinin tebliği ile davaya dahil edilmeleri sağlanmalıdır...*" 17. HD, E. 2011/12041, K. 2012/2508, T. 05.03.2012; aynı yönde 17. HD, E. 2010/9373, K. 2011/6118, T. 13.06.2011; 15. HD, E. 2007/2304, K. 2007/4931, T. 17.07.2007 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 13.10.2013).

davalı/borçlu ve lehine işlem yapılan üçüncü kişinin mecburi dava arkadaşı olmaları, İİK m. 279/II'nin üçüncü kişi hakkında uygulamasını güçleştirir.

2.4. ZARAR VERME KASTI İLE YAPILAN TASARRUFLARDAN KAYNAKLANAN İPTAL DAVASININ İSPAT BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

2.4.1. Genel Olarak

İİK m. 280 (İsvİİK m. 288) uyarınca malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir.

İİK m. 280 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için kural olarak üç koşulun gerçekleşmiş olması aranır. Bunlar, işlemin kanunda aranan süre aralığında gerçekleşmiş olması, borçlunun zarar verme kastı ve bu kastın işlem yapılan üçüncü kişiler tarafın bilinebilir olması niteliğidir. Bu üç koşula ilişkin ispat yükü İİK m. 280 hükmüne dayanarak iptal davası açan kişiye, farklı bir ifade ile bu hükme dayanarak iptal sonucuna ulaşmak isteyen, bu hükümden lehine hak çıkaran davacı/alacaklıya düşer⁴⁹⁸.

İcra ve İflâs Kanunumuzun 280. maddesi, 4949 sayılı Kanun⁴⁹⁹ ile kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Anılan kanunla İİK m. 280'e göre iptal davası açılabilmesi için borçlunun "tediye kabiliyetinin bulunmaması" yerine "malvarlığının borçlarına yetmemesi" koşulu getirilmiştir. Eski düzeleme döneminde **Umar**, borca batıklık, aciz hali veya ödemelerin durdurulması hallerinden birinin gerçekleşmiş olmasının, İİK m. 280'in uygulama alanı bulması için yeterli olduğu görüşündeydi⁵⁰⁰. Maddenin 4949 sayılı kanundan sonraki şekliyle ancak borca batık olma, halinin ortaya çıkması halinde uygulanabileceği söylenebilir. Bu düzenleme ile tüm iptal davaları bakımından objektif bir koşul olarak ortaya çıkan icra takibinin semeresiz kalması

⁴⁹⁸ Peter, Art. 288 LP § 2; Castella, s. 67 ; Richa Alexandre, **Jurisprudence Civile Récente**, Journée 2009 de Droit Bancaire et Financier, 2010, s. 188.

⁴⁹⁹ RG: 30.7.2003/25184.

⁵⁰⁰ Umar, Tarihi Gelişim, s. 30.

yanında, İİK m. 280'e dayanılarak açılan iptal davalarında ayrıca borçlunun mevcudunun borçlarına yetmemesi de aranacaktır⁵⁰¹. Böyle bir düzenleme İsvİİK m. 288'de yer almamaktadır⁵⁰².

İsvİİK m. 288 de 1994 değişikliği ile değişikliğe uğramıştır. Hasmin borçlunun kastını bilmesi durumunu; borçlunun "işlemin diğer tarafınca bilinmesi mümkün olan bir kasıtle" hareket edilmesi olarak tanımlamıştır. Yine 1994 değişikliğinden önce bu kasıtle yapılan işlemler süreye bağlı olmaksızın iptale tabi iken; bu değişiklik ile işlemlerin İsvİİK m. 288 kapsamında iptale tabi olabilmesi için beş yıl içerisinde gerçekleşmesi koşulu getirilmiştir⁵⁰³.

Doktrinde zarar verme kastı nedeniyle açılacak iptal davası, genel iptal davası niteliğinde olduğu yönünde görüşlere rastlamak mümkündür⁵⁰⁴. Bu görüş taraftarlarına göre zarar verme kastı nedeniyle iptalin, İİK m. 278 ve İİK m. 279'de yer alan tüm iptal sebeplerini kapsar; İİK m. 278-279'nin uygulanacağı hallerde dahi, İİK m. 280'e dayanılarak iptal davası açılabilir⁵⁰⁵.

İİK m. 280'nin genel iptal davası olduğunun kabulü halinde İİK m. 278 (ivazsız tasarruflar nedeniyle iptal)'in İİK m. 280 ile 278 veya İİK m. 279'un (aciz hali nedeniyle iptal) İİK m. 280 ile yarışması durumunda, iptal davasının hangi iptal nedenine göre ikame edileceği ispat faaliyetlerinin ağırlığına göre belirlenebileceği de akla gelebilir. İvazsız tasarruf veya aciz hali nedeniyle iptalde, tam ispat ölçüsünde ispatı gereken, somut olayda oldukça net biçimde ortaya çıkabilecek koşul vakıalar söz konusu iken; zarar verme kastından dolayı iptalde, zarar verme kastı ve bunun işlemin karşı tarafınca bilinmesi gibi, içsel ve hakimde tam kanaat oluşturmanın güç olduğu, durumlar ispat faaliyetinin konusunu oluşturur⁵⁰⁶. Yine İİK m. 278 ve İİK m. 279 'un işlemin gerçekleştiği süre koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle uygulanmadığı durumlarda, İİK m. 280'e göre iptal davası açılabilir⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ Haşmet Sırrı Akşener, **İİY'nin 280. Maddesinde 4949 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik Üzerine Bir İnceleme**, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2003, s. 2210; Talih Uyar, **İcra ve İflâs Hukukunda "Alacaklılara Zarar Verme Kasdı İle Yapılan Hileli Tasarruflardan Dolayı" İptal (İİY mad. 280)**, Manisa BD; Yıl. 11, Sayı. 41, s.15 (Zarar Verme Kasdı); Börü, s. 505.

⁵⁰² Schüpbach, Art. 288, §89-90.

⁵⁰³ Peter, Art. 288 LP § 3-4.

⁵⁰⁴ Umar, İptal Davası, s. 81; Peter, Art. 288 LP § 5; Yıldırım, Karine, s. 476.

⁵⁰⁵ Umar, İptal Davası, s. 82; Jäger, Art. 288, § 1; borçlunun malvarlığına etki eden tüm işlemlerin bu iptal nedenine göre dava edilebileceği yönünde bkz. Peter, Art. 288 LP § 6; Gilliéron, §2906.

⁵⁰⁶ Jäger, Art. 288, § 8.

⁵⁰⁷ Gilliéron, §2909.

Dayanılan iptal nedeninin yargılama sırasında, iddianın genişletilmesi kapsamına girmediği müddetçe değiştirilebileceği yönünde görüşlere rastlanabilir. Bu görüş taraftarlarına göre bu imkân sadece yeni vakıaların ileri sürülmemiş olması, yani karşı tarafın muvafakatinin bulunması veya ıslah yoluna başvurulmuş olması durumunda söz konusu olur⁵⁰⁸.

Yukarıda kısaca değindiğimiz ve İİK m. 280'nin genel iptal davası niteliğinde olduğu yönündeki görüşe ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle somut olayda birden fazla hukuki sebebin uygulanabilir olması için, aynı somut olayda bu hukuki sebeplere ilişkin koşul vakıaların mevcut olması gerekir. Dolayısıyla İİK m. 280 ile İİK m. 278 veya 279'un yarıştığı kabulü, bu hukuki sebeplerin aynı somut olaya uygulanabilmesi için tüm koşul vakıaların gerçekleştiğinin kabulü demektir. Böyle bir kabul, her bir iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların birbirinden farklı olduğu gerçeği karşısında makul karşılanamaz. Yine İİK m. 280'nin genel iptal sebebi olarak kabul edilmesi halinde İİK m. 278 ve İİK m. 279 hükümleri anlamsızlaşır. Dayanılan iptal nedeninin yargılama sırasında, iddianın genişletilmesi kapsamına girmediği müddetçe değiştirilebileceği yönünde görüşlere de özellikle somutlaştırma yükü nedeniyle katılmıyoruz. İptal sebeplerine ilişkin koşul vakıaların farklılığı, hayat olayındaki somut vakıaların da farklı olmasını gerektirir. Yani bir iptal sebebi altında altlanan somut vakıanın, farklı bir iptal sebebi altında altlanması çoğunlukla mümkün olmaz. İspat faaliyeti bakımından dayanılan iptal sebebinin değişmesi halinde, bunun ileri sürülen vakıalara ilişkin somutlaştırma yükünü değiştirip değiştirmediğine de dikkat edilmelidir. Nitekim somut olayda gerçekleşen somut vakıanın ispata elverişli hale getirilmesi de zaten dayanılan bu vakıanın değiştirilmesi halinde değişkenlik gösterir. Yani koşul vakıayı karşıladığı iddia edilen somut vakıa aynı olduğu müddetçe, somutlaştırma faaliyeti bakımından bir farklılık ortaya çıkmayacaktır. Ancak somut vakıa değiştirilirse, burada iddianın genişletilmesinden ve buna bağlı olarak somutlaştırma faaliyetinin değişmesinden bahsedilir⁵⁰⁹.

Seçilen iptal sebebi, iade borcuna da etki edebilir. Örneğin İİK m. 280'e göre iptale konu olmuş bir işlem bakımından, İİK m. 283/VII'in bağışlananın iyiniyeti

⁵⁰⁸ Jäger, Art. 288, § 1; Umar, İptal Davası, s. 82.

⁵⁰⁹ Ayrıca bkz. yukarıda "1.1.4.2. Hakim Dilekçede Yer Alan İptal Sebebi ile Bağlı Olması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

koşuluna bağladığı, sadece elinde kalan miktarı iade etme imkânı uygulama alanı bulamaz. Zira İİK m. 280'nin uygulama alanı bulacağı bir işlem bakımından, işlemten fayda sağlayan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğundan bahsedilemez⁵¹⁰.

İİK m. 280'in koşul vakıaları, borçlunun zarar verme kastı ile bu kastın ve borçlunun içinde bulunduğu mali durumun işlemten fayda sağlayan tarafça bilinmesi (veya bilinmesi gerektiren açık emarelerin bulunması) olarak belirlenebilir. Somut olaydaki yansımaları bakımından oldukça sübjektif olan bu iki koşul vakıayı genel sistematığımızdan ayrılarak, somutlaştırma yükü ile birlikte inceleyeceğiz.

2.4.2. İspatı Gereken Koşul Vakıalar

2.4.2.1 Zarar Verme Kastı

Zarar verme kastı en yalın ifadesiyle, alacaklılardan birine veya bir kaçına zarar verme amacı olarak ifade edilebilir⁵¹¹. Her ne kadar zarar verme kastı olumsuz bir değer yargısını ifade etmekteyse de, işlemin taraflarında belli bir tutum ve niyetin bulunması gerekliliğini de ifade eder. Dolayısıyla zarar verme kastı niteliği itibariyle müspet bir vakıadır. İsviçre Doktrininde zarar verme kastının ispatında ortaya çıkabilecek güçlükler nedeniyle Federal Mahkemenin verdiği zarar verme kastının ihmale kadar genişletildiği kararlara değinilmektedir. Bu kararlar genel olarak zarar verme kastının varlığının borçlunun bilinçli bir hareketine bağlanamayacağı yönündedir. İşlemin iptale tabi olabilmesi için mutlaka borçlunun bu işleminin zarar verme kastı ile gerçekleştirmesi gerekmez. Borçlunun, gerçekleştirdiği işlemin doğal sonucu olarak alacaklıların zarar göreceğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması da yeterlidir. Yani borçlunun yaptığı işlemin alacaklılara zarar verdiğini bilebilecek veya öngörebilecek durumda olması, bu koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir⁵¹².

⁵¹⁰ Schüpbach, Art. 288, §103; Schüpbach, Trois Dimensions, ss. 1447-1448.

⁵¹¹ Peter, Art. 288 LP § 9; Schüpbach, Art. 288, §68; Castella, s. 68.

⁵¹² Jäger, Art. 288, § 1, 6; Peter, Art. 288 LP § 9-10; Gilliéron, §2912; Umar, İptal Davası, s. 84; taşınır rehninde zarar verme kastı ile tesis edildiği durumlarda zarar verme kastının, basit üçüncü kişinin bilgisizliği ile gerçekleşmiş sayılamayacağı yönünde Antoine Eigenmann, **L'Effectivité des Suretés Mobilières**, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz/Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (AISUF) Band/Nr. 206 (Effectivité), § 466; Henry Peter, **L'Action Révocatoire dans Les Groupes de Sociétés**, Bale et Francfort sur-le-Main, 1990 (Les Groupes de Sociétés), s. 115. Bu kararlar için bkz. Peter, Art.

Zararın ortaya çıkış şekli bakımından edimler arasındaki eşitlik nedeniyle zararın doğmadığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir⁵¹³. Yani işlem denk edimlerin ifası ile sonuçlanmış olsa da alacaklılardan biri diğerine göre avantajlı konuma gelmiş olabilir. Edimler arasındaki denklik bulunan bir işlem İİK m. 278 ve İİK m. 279'daki koşulları sağlamıyorsa İİK m. 280 uyarınca iptale tabi olabilir. Ancak bu durumda da zarar verme kastının varlığı dikkatle incelenmelidir. Federal Mahkemenin bu hususa ilişkin olarak verdiği ve önceden değindiğimiz kararında⁵¹⁴, zarar verme kastının uzun zamandır iş ilişkisi içinde bulunan banka tarafından bilinebilir olduğuna değinilmiştir. Zira işlemde menfaat sağlayan BCZ; borçlu SAir Group'un ödünç iadesi işlemini yaparken diğer alacaklılara zarar vereceğine ilişkin birçok emare olmasına rağmen tamamlayıcı başka bilgiler talep etmeyerek pasif kalmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme, kredi verilmesinin veya uzatılmasının, şirketin durumunu istisnai bir durumdan yararlanarak iyileştirmeye yönelik şüpheli bir ödünç olabilmesi ihtimalini göz ardı etmiştir. Bu ihtimalin kabulü halinde, kredilerin geri ödenmesinin iptale tabi olacağı kabul edilebilir⁵¹⁵.

Federal Mahkeme tarafların hareketlerine ilişkin olarak yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda, zarar verme kastına ilişkin bir sonuca ulaşmıştır: Finansal sorunlar yaşayan bir borçlunun durumunu iyileştirme girişimi, borçlunun alacaklılara zarar verme kastını veya bu kastın bilinebilir olmasının kabulüne mani değildir. İyileştirme çabalarının umut verici olması ile birlikte, alacaklıların çıkarlarının öncelikli olarak dikkate alınması gerekmektedir. Federal Mahkemeye göre de BCZ'nin Mart 2001 de yaptığı 3 aylık kredi uzatması da, iyileştirme çalışmasına yönelik olmayıp, bankanın müşterisine uyguladığı mutad bir işlemde ibarettir. Aksine 02.07.2001 tarihli sözleşme, BCZ'nin diğer bankalarla eşit konuma gelmek için yaptığı bir sözleşmedir. Sayılan bu gerekçelerle Federal Mahkeme,

288 LP § 10; Yıldırım, Karine, s. 478. Hukukumuzda gayrı muayyen kastın da İİK m. 280'e dayanılarak iptal davası açılmasına elverişli olduğu yönünde bkz. Yıldırım, s. 167; Börü, s. 509.

⁵¹³ Zararın ortaya çıkış şekillerine ilişkin olarak bkz. yukarıda "2.1.1. Zarar" başlığı altında yapılan açıklamalar. Alacaklılardan biri lehine teminat verilmesi, lehine teminat verilen alacaklıyı daha avantajlı bir duruma getirecektir. Bu nedenle teminat verilmesi vakıası bakımından kastın sınırının bilgisizlik derecesine çekilmesi mümkün olmamalıdır. Bu kabul, zarar verme kastına dayanan iptal davasının teminat verilmesini konu edildiği durumlarda belirleyici olamaz, Eigenmann, Effectivité, §468.

⁵¹⁴ Bu karara önceden objektif koşul vakıalarının ispatı konusunda da değinmiştik, bkz. yukarıda "2.1.1.2.2. Alacaklılardan Birinin Diğerine Göre Avantajlı Duruma Getirilmesi".

⁵¹⁵ JdT 2009 II s. 107 vd.

yapılan kredi geri ödemesinin uygun bir karşı edim olmadığına hükmetmiş, bankanın zarar verme kastını bildiğini kabul etmiştir. Yine mahkemenin yapılan kredi ödemesinin iyileştirmeye yönelik yapılıp yapılmadığını da geniş biçimde araştırdığı ve değerlendirdiği de dikkati çekmektedir⁵¹⁶.

Zarar verme kastının varlığı, her somut olayda kolayca tespit edilemeyebilir. Kimi durumlarda borçlunun malvarlığı, borçlunun samimi bir çaba ile borçlarını ödemeye çalışması nedeniyle de azalmış olabilir. Borçlu mali durumunun bozulmaya başladığını görünce, hâlihazırdaki borçlarını ödemeye girişmiş, bu sürecin sonunda tasfiye aşamasına gelmiş, ödeme yaptığı dönemde henüz vadesi gelmemiş olan borçlarını tasfiye aşamasında ödeyemeyecek konuma gelmiş olabilir. İlk bakışta zarar verme kastı nedeniyle iptale tabi olacağı düşünülecek olan bu ödemeler, aslında borçlunun mali durumunu düzeltme ve borçlarını ödeme amacıyla gerçekleştirdiği iyiniyetli girişimlerdir. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde borçlunun zarar verme kastı hassasiyetle incelenmeli; borçlarını ödeme yönündeki bu girişimleri cezalandırılmamalıdır. Borçlunun bu işlemleri gerçekleştirirken kayıtsız şartsız kötüniyetli olduğunun kabulü halinde, vadesi gelmiş alacağını tahsil etmiş alacaklı bakımından da olumsuz bir durum ortaya çıkacaktır. Zira iptal durumunda bu alacaklının hakkı, henüz alacağını borçludan tahsil ederken muaccel olmayan bir alacağın alacaklısı tarafından ihlal edilmiş olacaktır.

İflâs etmiş bir şirketin işçilerine maaş ödemesi yapılması durumunda Federal Mahkeme, işçilerin şirketin hassas durumu bilebilecek durumda olmaları nedeniyle, şirketin alacaklılardan birini kayıracak olan bu işlemin zarar verme kastıyla gerçekleştirildiği sonucuna ulaşmıştır⁵¹⁷. Bu karar işlemin diğer tarafı işçilerin şirketin içinde bulunduğu durumu bilmeleri yanında, borçlu/şirketin iflas halinde olması nedeniyle girişeceği işlemlerin alacaklılarına zarar verme kastı taşıyacağı sonucuna ulaşılması bakımından önemlidir.

⁵¹⁶ Alexandre, s. 188-190.

⁵¹⁷ 5A_93/2008, 15.09.2008, §3.

2.4.2.2. İşlemin Diğer Tarafının Borçlunun Kastını ve İçinde Bulunduğu Durumu Bilmesi

İptale tabi işlemin diğer tarafının borçlunun kastını ve içinde bulunduğu durumu bilmesi, İİK m. 280'in uygulanması bakımından somut olayda gerçekleşmesi gereken bir diğer koşul vakiadır. Bu koşul vakıa temelde işlemin diğer tarafının borçlunun kastını bilmesi ile işlemin diğer tarafının borçlunun içinde bulunduğu mali durumu, daha açık bir ifade ile borçlunun borca batık olduğunu bilmesi şeklinde ifade edilebilecek iki alt vakıayı içerisinde barındırır⁵¹⁸. Bu kapsamda “*bilmek*” zihni bir süreci ifade eder, soyut nitelik taşıyan “bilmek” vakıası her somut olayda netleştirilmelidir⁵¹⁹. Bilmek müspet bir vakıadır, zira bu koşul vakıa, bir bilginin işlemin taraflarının zihninde bulunmasını da gerektirir.

Üçüncü kişinin bilme durumu da çoğunlukla, borçlunun maddi durumunun gösterdiği özellik ile ortaya çıkar. Farklı bir ifade ile üçüncü kişi borçlunun kastını ve içinde bulunduğu durumu, borçlunun maddi durumu veya ödemelerindeki dengesizlikten hareketle bilebilir. Şüphesiz, üçüncü kişinin bu konudaki bilgisi her zaman tesadüfi biçimde ortaya çıkmaz. Üçüncü kişi borçlu ile birlikte hareket ederek, diğer alacaklılara göre avantajlı duruma gelmek istemesi de mümkündür⁵²⁰. Borçlunun maddi durumunu bilme çoğunlukla daha objektif bir nitelik arz eder. Bununla birlikte borçlunun kastı ile üçüncü kişinin bu kastı bilmesi şeklinde ortaya çıkan koşul vakıanın gösterdiği bu değişkenlik, üçüncü kişinin “bilme” derecesine ilişkin bazı tespitler belirlemeyi de zorunlu kılmıştır.

İsviçre doktrininde, üçüncü kişinin borçlunun zarar verme kastını öngörebileceği veya öngörmesinin gerektiği durumlarda, koşulun gerçekleştiği görüşü hâkimdir. Bu kabul, üçüncü kişinin ihmali hareketlerini de kapsar⁵²¹. İşlemden faydalanan üçüncü kişi, borçlunun maddi durumunun kötü olduğu ve alacaklılarına zarar verme kastı taşıdığı yönünde şüphe taşıyorsa, bu şüpheyi gidermek için gerekli incelemeyi yapmalıdır. Ancak bu şüphenin tam olarak

⁵¹⁸ Umar, İptal Davası, s. 82; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 865; Ertekin ve Karataş, s. 203.

⁵¹⁹ Atalay, Menfi Vakıa, s. 72.

⁵²⁰ Peter, Art. 288 LP § 13.

⁵²¹ Jäger, Art. 288, § 5; Schüpbach, Art. 288, §73; Castella, s. 68; Michel Heinzmann, (196) TF (BGr.) 5A 421/2008 26.11.2008 (Karar İncelemesi), DC 2009, s. 167-168; aynı yönde bkz Ansay, İcra, s. 330; borçlunun zarar verme *amacı* taşınması gerektiği yönünde Eigenmann; Effectivité, § 479.

giderildiğine kanaat edilebilecek derecede çaba gösterildiği takdirde, üçüncü kişinin borçlunun zarar verme kastını ve içinde bulunduğu maddi durumu bilmediği sonucuna ulaşılabilir. Üçüncü kişinin borçlunun hem mali durumunun bozuk olmadığı, hem de alacaklılarına zarar verme kastı taşımadığı yönündeki şüpheyi bertaraf etmesi gerekir. Zira borçlunun mali durumunun kötü olması, yaptığı işlemlerin her zaman alacaklılarına zarar verme kastı taşıdığı sonucuna ulaşılmasını sağlamaz.

Bu çabanın derecesi borçlu ve işlem yaptığı üçüncü kişinin ne kadar zamandır birlikte çalıştıkları ve işlemin niteliğine göre değişkenlik gösterebilir⁵²². Dolayısıyla her somut olayın gösterdiği koşullar çerçevesinde üçüncü kişinin borçlunun kastını ve mali durumunu bilip bilmediği değerlendirilmeli; işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin ihmali hareketi bu şartın gerçekleşmesi için yeterli sayılmamalı; bu kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsü de yine somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.

İspatlanması gereken vakıa, borçlunun kastının bilinebilir olması değil; davalı üçüncü kişinin işlemin alacaklılardan biri veya bir kısmına zarar vereceğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir⁵²³. Bir görüşe göre de borçlunun alacaklılarından birine zarar verme veya içlerinden birini kayırma kastı ile hareket etmesine gerek yoktur. Borçlunun yaptığı bu işlemin doğal sonucu olarak zararın ortaya çıkması yeterlidir⁵²⁴. Kanaatimizce üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin derecesi, bu kişinin subjektif koşullarına göre değerlendirilmelidir. Bir tacirin işlerini yaparken göstermesi beklenen özenin derecesi ile sıradan bir tüketicinin günlük hayatındaki işlemlerinde göstereceği özenin derecesi farklıdır. Dolayısıyla her somut olay bakımından özenin derecesinin münferiden değerlendirilmesi gerekir.

⁵²² Peter, Art. 288 LP §14; Jäger, Art. 288, § 5; Schüpbach, Art. 288, §73; Castella daha düşük bir özen seviyesinin yeterli olduğu kanaatindedir, Castella, s. 70.

⁵²³ Jäger, Art. 288, § 5.

⁵²⁴ Heinzmann, s. 167.

2.4.3. Zarar Verme Kastından Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler

İİK m. 280 kapsamında ikame edilen iptal davaları bakımından somut olayda koşul vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda alacaklının yaşayacağı ispat güçlüğü oldukça belirgindir. Tüm iptal sebepleri içerisinde zarar verme kastı nedeniyle iptal, hem ispatın şekli hem de ölçüsü ve buna bağlı olarak delil ikamesinin güçlüğü bakımından diğer sebeplerden ayrılır.

İşte bu güçlük nedeniyle kanun koyucunun alacaklı lehine getirdiği bazı imkânlar ve ispat kolaylıkları getirmiştir. Kanun koyucu madde hükmünde emare ispatı yanında, alacaklının faydalanabileceği iki karineye yer vermiştir. Bunlardan ilki ticari işletmenin devrine, diğeri de işlemin diğer tarafının borçlu ile akrabalık ilişkisi bulunduğu hallere özgülenmiştir. Koşul vakıalarda ispat faaliyetini bir bütün olarak ortaya koyduktan sonra bu iki karinenin bu faaliyete etkisine de ayrıca değineceğiz.

2.4.3.1. İddia ve Somutlaştırma Yükü

Borçlunun zarar verme kastı vakıası davacı alacaklı tarafından iddia ve ispat edilmelidir⁵²⁵. Zarar verme kastının somutlaştırılması, yani davacı/alacaklının yürüteceği somutlaştırma faaliyeti kimi zaman güçlük gösterebilir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, “zarar verme kastı”nın sınırının Federal Mahkeme ve İsviçre Doktrini’nde kabul edildiği üzere, zararın işlemin doğal sonucu olarak ortaya çıkması haline kadar genişletilmesi; adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle borçlunun iyiniyetli bir çaba ile borçlarını ödemeye çalışması, bu kapsamda da denk bir edim karşılığı bir borcunu sona erdirmesi, diğer alacaklıya güç duruma sokabilecekse de; işlemin zarar verme kastıyla gerçekleştirildiği sonucuna ulaşamaz. Dolayısıyla davacı/alacaklı, zarar verme kastına ilişkin somutlaştırma faaliyetini yerine getirirken, yapılan işlemin borçlunun gerçekleştirdiği iyiniyetli bir ödeme olmadığını, malvarlığını eksilterek cebri icra semerini kötüniyetli biçimde azaltmaya yönelik bir işlem olduğunu somut biçimde ortaya koymalıdır.

⁵²⁵ Umar, İptal Davası, s. 82; Ertekin ve Karataş; s. 203.

Davacı/alacaklı, ispat yükünü taşıdığı bu vakıanın ispatsız kalması durumunda davanın esastan reddi riskini de taşımaktadır. Zira bu durumda alacaklının kendi lehine hak çıkardığı hükmün koşul vakıası gerçekleşmemiş olacaktır.

İşlemin diğer tarafının borçlunun zarar verme kastı ile içinde bulunduğu durumu bilmesi vakıasına ilişkin ispat yükünü alacaklı taşır⁵²⁶. İİK m. 280'in koşul vakıalarından birini oluşturan bu vakıa, alacaklı tarafından iddia ve ispat edilmelidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, borçlunun zarar verme kastının objektif olarak bilinebilir olması değil; işlemin diğer tarafı üçüncü kişinin bu işlem neticesinde alacaklıların zarar görebileceğini öngörebilmesidir. Borçlunun zarar verme kastı ile üçüncü kişinin bu kastı ve borçlunun içinde bulunduğu durumu bilmesi hali, somut olayda çoğunlukla birlikte ortaya çıkar. Üçüncü kişi ile borçlunun birlikte hareket etmeleri, bu konuda irade birliği içinde bulunmaları da muhtemeldir⁵²⁷.

2.4.3.2. Delil İkame Yükü

2.4.3.2.1. Genel Olarak

Kastın ispatı dolaylı ispat faaliyetine konu olur. Somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurulmak koşuluyla borçlunun dışarıdan görüntüsü ve işlemin yapıldığı anda içinde bulunulan koşullara göre değerlendirme yapılmalıdır⁵²⁸.

Kastın ispatında emarelerden faydalanılabilir. Farklı bir ifade ile, borçlunun zarar verme kastının ispatında dolaylı ispat yoluna kanun cevaz vermektedir⁵²⁹. Borca batık borçlunun yaptığı işlemlerde zarar verme kastı gütmesi muhtemel olmakla birlikte her somut olay bakımından zarar verme kastının varlığı da ayrıca

⁵²⁶ Castella, s. 77; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 41.

⁵²⁷ Castella, s. 70.

⁵²⁸ Heinzmann, s. 168; Castella, 67-68; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 866; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 43.

⁵²⁹ Peter, Art. 288 LP §12; Gilliéron, §2913; Jäger, Art. 288, § 5C; Umar, İptal Davası, s. 82; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 42

aranmalıdır. Borçlunun ödemeleri bakımından istikrarsız bir görüntü sergilemesi zarar verme kastına ilişkin bir emare olarak değerlendirilebilir⁵³⁰.

Borca batık olmanın yanında borçlunun borç ödemediği aczi borçlunun zarar verme kastına ilişkin ayrıca bir emare teşkil edebilirse de⁵³¹ bu kabule ihtiyatlı yaklaşmak gerekir⁵³². Borçlunun malvarlığının borçlarına yetmediğini ispatlayan alacaklı, borçlunun zarar verme kastıyla hareket ettiğini de ayrıca iddia ve ispat etmelidir.

Üçüncü kişinin borçlunun zarar verme kastını bilmesi emareler ile ispat edilebilir. Borçlunun zarar verme kastı gibi, bu kastın ve işlemin zarara neden olabileceğinin bilinmesi de içsel ve ispatı güç bir vakiadır⁵³³. Bu nedenle üçüncü kişinin borçlunun kastını bilmesi vakıası emare ispatının konusunu oluşturur. Burada dikkat edilmesi gereken, borçlunun zarar verme kastının objektif olarak bilinebilir olması değil; işlemin diğer tarafı üçüncü kişinin bu işlem neticesinde alacaklıların zarar görebileceğini öngörebilmesidir. Buna karşılık davalı üçüncü kişi de borçlunun böyle bir kastının bulunmadığını ispatlayarak işlemin iptale tabi olması sonucundan kurtulamaz.

Önceden de değinildiği üzere, çoğunlukla borçlunun zarar verme kastı ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesinin ispatı kimi zaman benzer hatta aynı emareler ile yapılabilirse de, somut olay bakımından bu iki vakıanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin borçlunun iflasının öngörülebilir, hatta kaçınılmaz olduğu durumlarda, işlemin diğer tarafının borçlunun içinde bulunduğu mali durumu bildiğinden bahsedilir⁵³⁴. Ancak bu durum dahi her zaman lehine işlem yapılan üçüncü kişinin alacaklılarına zarar verme kastı taşıdığına ilişkin bir emare olarak değerlendirilemeyebilir. Benzer bir sonuca borçlunun ticari senetlerinin protesto edilmesi ya da borçlunun konkordato teklif etmesi⁵³⁵ durumunda da ulaşılabilir.

⁵³⁰ Peter, Art. 288 LP §12; Gilliéron, §2913; Jäger, Art. 288, § 6; Umar, İptal Davası, s. 82.

⁵³¹ Peter, Art. 288 LP §12; Jäger, Art. 288, § 6; Umar, İptal Davası, s. 82.

⁵³² Karş “2.4.3. *Zarar Verme Kastından Kaynaklanan İptal Davasında Usûli Yükler*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵³³ Uyar, Zarar Verme Kasdı, s. 16; Castella, s. 77.

⁵³⁴ Peter, Art. 288 LP §16; Schüpbach, Art. 288, §92; Castella, s. 70.

⁵³⁵ Uyar, Zarar Verme Kasdı, s. 15.

2.4.3.2.2. Zarar Verme Kastından Kaynaklanan İptal Davasına Özgü Karineler

2.4.3.2.2.1. Borçlunun Akrabaları Bakımından Getirilen Karine

İsviçre Hukuku'nda borçlunun yakın akrabaları lehine gerçekleştirdiği malvarlığını eksiltici işlemler, İsvİİK m. 288 uygulaması bakımından bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın doktrinde akrabalık ilişkisinin üçüncü kişinin borçlunun kastını bildiği yönünde güçlü bir emare olduğu yönünde görüş birliği vardır⁵³⁶. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi yeni tarihli bir kararında, akrabalık bağının bir adi karine olarak değerlendirilebileceğini, ancak bunun da belli koşullara bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Davalının alt soyu lehine annesi ile yaptığı mirastan feragat sözleşmesinin İsvİİK m. 288 kapsamında iptale tabi olup olmadığı noktasında çıkan uyuşmazlıkta, Federal Mahkeme, sözleşmenin tarafları bakımından bir inceleme yapmıştır. Buna göre, mirastan feragat sözleşmesi davalı ile annesi arasında gerçekleşmiş olup, diğer davalılar yani altsoy bu sözleşmeye taraf değildir. İşlemin diğer tarafının davalının akrabası (olayımızda annesi) olması durumunda borçlu/davalının bu işlemi yaparken alacaklılarına zarar verme kastı güttüğü fiili bir karine olarak kabul edilebilir. Ancak anne, bu davada davalı değildir. Lehine mirastan feragat sözleşmesi yapılan altsoy bu sözleşmenin tarafı olmadığından, altsoyun davalı/babanın zarar verme kastı güttüğünü bildiğinin kabulü hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, altsoyun, davalı/babanın alacaklılarına zarar verme kastı güderek mirastan feragat sözleşmesi yaptığının ayrıca iddia ve ispat edilmesi gerekir. Bu ispat faaliyeti sırasında emarelerden faydalanılabilir. Örneğin, altsoyun davalı/baba ile aynı evde yaşaması ve ekonomik olarak ona bağımlı olması bu vakıa bakımından önemli bir emare teşkil eder⁵³⁷.

Hukukumuzda ise bu emareye kanun metninde yer verilmiştir. Buna göre işlemin diğer tarafı üçüncü kişi “*borçlunun karı veya kocası, usûl veya fîruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları evlât edineni veya evlâtlığı*” ise borçlunun zarar verme kastını ve içinde bulunduğu maddi durumu

⁵³⁶ Peter, Art. 288 LP §16; Jäger, Art. 288, § 5C; Schüpbach, Art. 288, §92 vd.

⁵³⁷ JdT 2013 II ss. 232-233.

bildiği kabul edilir. Üçüncü kişi bu kanuni karineyi, İİK m. 279/II'ye göre borçlunun kastını ve içinde bulunduğu durumu bilmediğini ispatlayarak çürütebilir.

Davacı alacaklının ispat etmesi gereken karine temeli, borçlunun işlem yaptığı üçüncü kişinin kanunda sayılan akrabalarından biri olduğudur. Bu temele, borçlunun işlemi alacaklılara zarar verme kastıyla yaptığı değil; üçüncü kişinin borçlunun zarar verme kastını ve içinde bulunduğu durumu bildiği şeklindeki karine sonucu bağlanır⁵³⁸.

İİK m. 279/II'nin İİK m. 280'de gösterdiği fonksiyon farklıdır. İİK m. 280/II'de alacaklı lehine düzenlenen bu karine, anılan maddenin koşul vakıalarından biri bakımından ispat kolaylığı sağlar. Yani bu karineden faydalanan alacaklı, sadece İİK m. 280'de yer alan koşul vakılardan birini ispatlamış sayılır. Bu koşul vakıa da üçüncü kişiye ilişkindir. İptal davasının alacaklı lehine sonuçlanabilmesi için ise, borçlunun zarar verme kastının bulunması gerekir. Nitekim, alacaklı her ne kadar bu karineden faydalanabilirse de, borçlu her zaman işlemi gerçekleştirirken zarar verme kastı taşımadığı yönünde karşı ispat faaliyetine girişebilir.

2.4.3.2.2.2. Ticari İşletmenin Devri Bakımından Getirilen Karine

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilmeyen fakat bizim hukukumuzda İİK m. 280/III'de düzenlemesini bulan karineye göre “*Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği*” kabul olunur. Bu karine aksi ispat edilebilir, iki yönlü bir kanuni karinedir. Karine temeli, ticari işletme veya işyerinde bulunan ticari emtianın önemli bir kısmı veya tamamının devredilmesi şeklindedir. Bu temele bağlanan iki karine sonucu ortaya çıkar. İlki işlemin diğer tarafı olan kişinin borçlunun bu kastını bildiği; diğeri ise borçlunun bu hallerde zarar verme kastı ile hareket ettiği⁵³⁹. İİK m. 280'in iki koşul vakıasını karine sonucu olarak düzenleyen bu madde, davacı/alacaklı bakımından oldukça önemli bir ispat kolaylığı sağlar. Alacaklının bu

⁵³⁸ Uyar, Zarar Verme Kasdı, s. 15.

⁵³⁹ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 867; Kuru, İcra, C. IV, s. 3464 vd; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 41.

karineye dayanması halinde sadece karine temelini ilişkin ispatlaması yeterlidir. Karine temelini ispatlanması halinde, İİK m. 280'nin iki koşul vakıası ispatlanmış kabul edilir.

Kesin olmayan kanuni bir karine olan İİK m. 280/II düzenlemesi bakımından kanunkoyucu bir kurtuluş kanıtı da getirmektedir. Buna göre davacı/alacaklıya devir terk ya da satış işleminin gerçekleştiği, bu işlemde üç ay öncesine kadar bildirildiği ya da işlem ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicil Gazetesiyle; bu da mümkün değilse alacaklıların öğrenmesini sağlayacak uygun bir araçla ilan edildiği ispatlanırsa, karine çürütülebilir. Bu şekilde temel amacın ticari işletme veya işyerine ilişkin işlemin aleni biçimde gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir⁵⁴⁰.

İİK m. 280/III'te yer verilen karine bakımından önem taşıyan bir diğer madde ticari terk eden tacirin yükümlülüklerine ilişkin İİK m. 44 hükmüdür. Yargıtay'ın, özellikle istihkak davaları bakımından tacirlerin mülkiyet karinesinden faydalanmasını oldukça güçleştiren içtihatları vardır. Borca batık borçlunun malvarlığı üzerinde istihkak iddiasında bulunan alacaklının İİK m. 97/a maddesindeki mülkiyet karinesinden faydalanması, işyeri devri, hatta büyük çapta emtia satışının dahi, İİK m. 280 kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmaması şartına bağlanmaktadır. Yani yapılan devir veya büyük çaptaki emtia satışının, alacaklılara zarar verme kastından arı biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Ancak bu durumda devralan İİK m. 97/a da yer alan mülkiyet karinesine dayanarak istihkak iddia edebilir. Hatta Yargıtay bu karineye dayanan alacaklı kendi lehine olan İİK m. 97/a'da yer alan karine temelini ispat etse dahi, borçlunun diğer alacaklısı, yani iptal davasının davacısının lehine olan İİK m. 280/II'nin karine temelini ve İİK m. 44'e ilişkin iddia ve ispat faaliyetinin de tamamlanması gerektiği kanaatindedir⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Uyar, Zarar Verme Kasdı, s. 17.

⁵⁴¹ "...Dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna göre borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olan İ.İ.K.97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin aksinin davalı 3.kişi tarafından ispatlanamadığı, davalı 3.kişi şirketle borçlu arasında kuruluş adresleri, isim ve faaliyet alanları, ortakları yönünden organik bağ bulunduğu davacı 3.kişi şirketin borçlu şirketin devamı mahiyetinde olup işyeri devrinin alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik muvazaalı olduğu, biran için devrin muvazaalı olmadığı kabul edilse bile İ.İ.K.44, 280. maddedeki şartların yerine getirildiğinin iddia ve ispatlanamadığı. B.K.179 uncu madde gereğince işyerini devralan şahsın devredilen işletmenin borçlarından sorumlu olduğu yasal düzenlemesi karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir..." 17. HD, E. 2011/3953, K. 2011/8312, T. 27.09.2011; aynı yönde 17. HD, E. 2012/6781, K. 2012/8268, 28.06.2012 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2013).

Bu şekilde İİK m. 44 ve 280'deki karineler iptal davasının davacısı alacaklı lehine sonuçlanırsa, istihkak iddia eden yani iptal davasının davalısı üçüncü kişinin talebi reddedilecektir. Değınilen bu üç hükmün uygulanma alanlarının, bu hukuki sebeplere dayanılarak açılmış davalarla sınırlı olduğu kanaatindeyiz. Farklı bir ifade ile, hangi dava sebebine dayanılarak dava açılmışsa ancak o hukuki sebep için öngörülen karineye faydalanılması mümkün olabilir. İİK m. 280'e dayanılarak açılan iptal davası bakımından borçlunun ancak İİK m. 280/III'de öngörülen karineden faydalanması mümkündür. Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya önemli bir kısmını devir veya satın alan ya da bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, iptal davası bakımından lehine işlem yapılan üçüncü kişi olması; aynı somut olayda İİK m. 44'de yer alan ticareti terkeden tacirin sorumluluğuna ilişkin maddenin uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusunu akla getirebilir⁵⁴². Hatta tacirin ticareti terk etmesinin ticari işletmenin devri şeklinde olması halinde sorun daha da karmaşık hale gelebilir.

İİK m. 280'e dayanılarak açılan iptal davasında davacı/alacaklı, davalı gerçek kişi tacirin⁵⁴³ İİK m. 44/I'de yer alan ilan yükümlülüğünün yerine getirmediğini, bu nedenle devralan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenemeyeceğini ileri sürebilir mi? Kanaatimizce bu soruyu olumsuz cevaplamak gerekir. Öncelikle İİK m. 280/III kapsamında davalı ticareti terkeden tacir değildir. Ticareti terk etmek, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak ya da tasfiye etmektir. İİK m. 44 ticari işletmesini kapatan dağıtan, yani tacir sıfatını kaybedilmesi sonucunu doğuracak biçimde işine son veren tacirin durumunu düzenler. İİK m. 280/III sadece devir durumunda uygulama alanı bulur⁵⁴⁴. Ticareti kısmen terkeden tacir bakımından İİK m. 44/II hükmünün uygulanmasına gerek olmaz. Zira bu kişinin tacir sıfatı devam etmektedir. Ticareti kısmen terkeden tacirin yaptığı devirler koşul vakıaları karşıladığı ölçüde İİK m. 280'e göre iptal edilebilir. Bu durumda da alacaklı İİK m. 44/I'e değil, İİK m. 280/III'e dayanabilir.

⁵⁴² Baki Kuru, **Ticareti Terkeden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler**, AÜHFD, Cilt. 27, Sayı. 1-2, 1970 (Ticareti Terkeden Tacir), s. 113; Evrim Erişir, **Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki**, BATİDER, Aralık 2008, C. XXIV, S. 4, s. 274.

⁵⁴³ İİK m. 44 gerçek kişi tacirlere yönelik bir hükümdür. Tüzel kişi tacirler bakımından bu madde uygulanamaz. Zira ticaret şirketleri ticareti terkedinde tasfiyeye gireceklerinden ve tasfiye sonunda sicilden terkin iile tüzel kişiliklerini kaybeceğinden iflas yolu ile takip edilmeleri mümkün değildir, Kuru, **Ticareti Terkeden Tacir**, s. 115; Durman, s. 205.

⁵⁴⁴ Durman, s. 191-192; Erişir, s. 276.

İİK m. 280'e göre açılan bir iptal davasında, iddia ve somutlaştırma faaliyeti de bu hukuki sebep altında yapılacaktır. Bununla birlikte tarafların faydalanabilecekleri karine de İİK m. 280'de yer alanlardan ibarettir. Dolayısıyla İİK m. 280'e dayanılarak açılan iptal davasında, bu hukuki sebep altında altlanması mümkün olmayan İİK m. 44/II hükmünün uygulanma olanağı yoktur. İİK m. 44'e uygun biçimde yapılmayan ticari işletme devirlerine bağlanan tek yaptırım İİK m. 337a'da yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca *“44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* İİK m. 44'e uygun biçimde yapılmayan ticari işletme devirlerine maddi anlamda hükümsüzlük yaptırımını bağlanmamıştır. Ancak anılan maddeye uygun biçimde ticareti terketmeyen tacir İİK m. 337a'da yer alan yaptırımla karşı karşıya kalır⁵⁴⁵.

TBK m. 202'de düzenlemesini bulan ticari işletme devrinde bir malvarlığı veya ticari işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralanan, devreden ile birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olur. Farklı bir ifade ile devre konu ticari işletme veya malvarlığının alacaklıları, devreden ve devralanana müteselsilen başvurma imkânına sahiptir. Dolayısıyla devirden sonra iki yıl içinde ticari işletmenin bir borcu nedeniyle alacak davası açılması durumunda, davacı/alacaklının TBK m. 202 uyarınca hem devredene hem de devralana karşı dava açması mümkündür. Bu durumda ticari işletmenin devri işleminin geçersizliği ya da bu devrin hangi amaçla yapıldığı inceleme konusu yapılmaz. Bu talep alacağın tahsiline yönelik olup, tarafların işlemi zarar verme kastı ile gerçekleştirdikleri ya da devralananın malvarlığı üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına ilişkin değildir. Nitekim TBK m. 202 hükmü tek başına ticari işletmenin borcu için doğrudan devralananın sorumluluğunu öngördüğünden, ayrıca cebri icra yetkisi için dava açmakta alacaklının hukuki yararı da bulunmaz. Ticari işletmeyi devreden gerçek kişi aynı zamanda ticareti de terkediyorsa, İİK m. 44'ün uygulanması akla gelebilir. Ticari işletmesini devreden ve ticareti terkeden tacir, ticari işletmenin borçları nedeniyle

⁵⁴⁵ Erişir, s. 285.

takip edilerek haciz uygulanabilir. Ancak bu durumda dahi, ticari işletmeyi devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunu öngören TBK m. 202 hükmü karşısında, İİK m. 44 hükmüne başvurmaya gerek yoktur. Zira TBK m. 202 hem devreden hem devralana karşı alacaklının başvurabilmesi imkânını tanımaktadır. Bu şekilde dava açıp lehine ilam elde eden alacaklı, bu ilama dayanarak devreden ile birlikte devralana da başvurabilecek; bu halde İİK m. 44'ün pratik olarak uygulanmasına gerek kalmayacaktır⁵⁴⁶.

Ticari işletmesini devreden tacire karşı İİK m. 44'e dayanılarak doğrudan devre konu işyerinde haciz uygulanması ve işyerini devralan kişinin istihkak iddiasının gündeme gelmesi halinde, alacaklı devralana karşı İİK m. 99 kapsamında istihkak davası açmalıdır. İstihkak incelemesi sırasında devrin hükümsüzlüğü ileri sürülerek incelenebilir⁵⁴⁷. İstihkak iddiasının mesnetsiz olduğu ve ticari işletmenin alacaklılara zarar verme kastı ile devredildiği kanaatinde olan alacaklının başvuracağı yol ise İİK m. 280'e göre iptal davası olmalıdır. Zira burada devrin geçerliliği tartışma konusu değildir. Buna bağlı olarak İİK m. 99 kapsamında açılacak istihkak davasının davacısı alacaklının hem hacze konu malvarlığı değerinin devreden borçluya ait olduğunu iddia etmesi hem de işlemin iptalini ve kendine cebri icra yetkisi verilmesini talep etmesi makul değildir⁵⁴⁸. Bu kapsamda alacaklı mahcuz malların devrinin muvazaalı olduğunu iddia ve ispat edecektir. Yani devralan üçüncü kişinin borçtan sorumluluğu İİK m. 99 uyarınca açılan istihkak davasında inceleme konusu yapılmayacaktır. Farklı bir hukuki sebep olan İİK m. 280'e göre açılacak iptal davasında uygulanması gereken İİK m. 280/III hükmünün bu şekilde açılan istihkak davası bakımından uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

Hacedilecek malın (ticari işletmenin) üçüncü kişinin (devralanın) elinde bulunduğu hallere özgülenen İİK m. 99 hükmüne karşın, malın borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde olduğu durumlarda İİK m. 97 hükmü gereğince ikame edilebilecek istihkak davası şüphesiz farklı değerlendirilmelidir. Öncelikle bu şekilde açılacak istihkak davasının davacısı üçüncü kişi yani devralan, davalısı da

⁵⁴⁶ İcra hukukunda sübjektif taraf yığılması söz konusu olmadığından, müteselsil sorumluluk gereği tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla devralana da karşı ayrı bir takip başlatılması düşünülebilir, bkz. Erişir, s. 291; Durman, s. 200.

⁵⁴⁷ Ertekin ve Karataş, s. 205; Durman, s. 195; Erişir, s. 281.

⁵⁴⁸ Erişir, s. 287; ayrıca Bkz. aşağıda "3.6.1.2.3. Hukukumuz Bakımından Tasarrufun İptali ve Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlük Taleplerinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

alacaktır. Yine İİK m. 97/XIII’te istihkak iddiasına karşı iptal davası açılabileceği, hatta bu dava bakımından aciz vesikası şartının aranmadığı da hükme bağlanmıştır. Bu ihtimalde karşı dava olan iptal davasının İİK m. 280’e dayanması ve bunun doğal sonucu olarak davacı/karşı davalı üçüncü kişinin alacaklının giriştiği ispat faaliyetine karşı İİK m. 280/III’teki karineden faydalanması mümkündür. Zira burada karşı davanın dayandığı hukuki sebep İİK m. 280’dir.

2.4.3.3. İspat Yükü

Zarar verme kastından kaynaklanan iptal davasında zarar verme kastı ve işlemin diğer tarafının bu kast ile borçlunun içinde bulunduğu durumu bilmesi koşul vakıalarına ilişkin ispat yükünü, bu vakılardan lehine hak çıkararak davacı/alacaklı taşır.

İsviçre Hukukunda akrabalık ilişkisinin borçlunun zarar verme kastının işlemin lehdarı üçüncü kişi tarafından bilindiği yönünde bir emare olarak kabul edildiğine, hukukumuzda ise işlemin diğer tarafı üçüncü kişi “*borçlunun karı veya kocası, usûl veya fîruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları evlât edineni veya evlâtlığı*” ise borçlunun zarar verme kastını ve içinde bulunduğu maddi durumu bildiği yönünde bir kanuni karinenin düzenlendiğine değinmiştik. Bu karineye dayanan davacı/alacaklı karine temeli olan akrabalık ilişkisini ispat yükünü taşır. Üçüncü kişi bu kanuni karineyi, İİK m. 279/II’ye göre borçlunun kastını ve içinde bulunduğu durumu bilmediğini ispatlayarak çürütebilir.

İİK m. 280/III’de düzenlemesini bulan diğer karineye göre ise “*Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği*” kabul olunur. Bu karineye dayanan davacı/alacaklı, davalı/borçlunun zarar verme kastı ile hareket ettiğini, davalı/üçüncü kişinin de bu kastı bildiği yönündeki karine sonucuna ulaşabilmek için, ticari işletmenin veya işletmedeki ticari emtianın önemli bir kısmının veya tamamının temlik edildiği yönündeki karine temeline ilişkin ispat yükünü taşır.

2.4.3.4. İspat Ölçüsü

İçsel bir durum olan zarar verme kastının⁵⁴⁹, tam ispat ölçüsüyle ispatı oldukça güç hatta kimi zaman imkânsız olabilir. Dolayısıyla borçlunun zarar verme kastının yaklaşık ispat ölçüsünde ispatı yeterlidir⁵⁵⁰. Borçlunun zarar verme kastının bilinmesi de içsel bir süreci ifade ettiğinden, yaklaşık ispat ölçüsünde ispatı mümkün ve yeterlidir.

Koşul vakıalara ilişkin ispat ölçüsünü bu şekilde belirledikten sonra davacı/alacaklının İİK m. 280’de yer verilen karinelere dayanması halinde ispat ölçüsünün ne şekilde ortaya çıkacağına da değinmek gerekir .

İşlemin diğer tarafının borçlunun kastını ve içinde bulunduğu durumu bilmesi şeklindeki karine sonucuna bağlanan her iki kanuni karinede de, karine temelinin ispatlanması halinde (akrabalık ilişkisi veya ticari işletmenin devri) koşul vakıaların da ispatlanmış sayılacaktır. Dolayısıyla İİK m. 280’de yer alan karinelere dayanarak ispat faaliyetine girişildiğinde hakim karine sonucu ve buna bağlı olarak koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmiş olduğu hususunda tam kanaat edinmiş olacaktır.

2.5. TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ KARŞI DAVA OLARAK AÇILABİLECEĞİ BAZI ÖZEL DURUMLAR VE BU DURUMLARIN İSPAT BAKIMINDAN İNCELENMESİ

2.5.1. Hacizdeki İstihkak Davasında Malın Üçüncü Kişiye İntikalini Doğuran İşlemin İptali

İptal davası, istihkak iddiasına karşı dava olarak da ikame edilebilir. İİK m. 97/XVII’de bu hususa açıkça değinilmiştir. Buna göre “*İstihkak davasına karşı haczi yaptırın alacaklı bu Kanunun 11 inci babı hükümlerine dayanarak ve muvakkat veya katî aciz belgesi ibrazına mecbur olmaksızın müteakiben iptal davası açabilir. Dava*

⁵⁴⁹ Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 43; Heinzmann, s. 167.

⁵⁵⁰ Peter, Art. 288 LP §10; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 866.

ve mütekebil davada tarafların gösterecekleri bütün delilleri hâkim serbestçe takdir eder.”.

Hacze konu malın borçlunun elinde bulunması (İİK m. 97) ile üçüncü kişinin (İİK m. 99) elinde bulunması halinde istihkak iddiasının nasıl yapılacağı ve istihkak davasının kimin tarafından açılacağı farklı hükümlere bağlanmıştır.

2.5.1.1. Hacze Konu Malın Borçlunun Elinde Bulunması Halinde (İİK m. 97)

Hacze konu olan malın borçlunun elinde bulunması durumunda istihkak davası mal üzerinde istihkak iddiasına konu olabilecek bir hakka sahip olduğunu iddia eden üçüncü kişi tarafından açılır. Bu ihtimalde İİK m. 97/XVII’de yer alan ve iptal davası açılması halinde alacaklıyı aciz vesikası ibrazından muaf tutan hüküm uygulama alanı bulur. İstihkak davası açan üçüncü kişiye karşı alacaklının karşı dava olarak iptal davası açması mümkündür. Farklı bir ifade ile alacaklı, üçüncü kişinin istihkak iddiasına konu olabilecek bir hakkı doğuran işlemin İİK m. 278 vd. maddelerine göre iptalini dava yoluyla isteyebilir. Bu şekilde karşı dava yoluyla açılan iptal davasında görevli mahkeme icra mahkemesidir⁵⁵¹.

İsviçre Hukukunda alacaklıya aciz vesikası ibrazından muafiyete ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Alacaklının istihkak davası devam ederken kesin aciz vesikası elde etmesi mümkün değildir. Zira kesin aciz vesikası, borçluya ait tüm malların paraya çevrilmesinden sonra, alacağın tatmin edilemeyen kısmını da belirterek takibin semeresizliği vakıasını kesin olarak tespit eden bir belgedir⁵⁵². Bu bağlamda istihkak davasına karşı dava olarak açılan iptal davasında geçici aciz vesikasının yeterli görülmesi gerektiğine yargı kararlarında vurgu yapılmıştır⁵⁵³.

⁵⁵¹ Umar, İptal Davası, ss. 92-93; Kuru,C. II, 3. Baskı, ss. 1020-1021; **Üstündağ**, İcra s. 225; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs,s. 870; **Yıldırım**, s. 234; Selahattin Sulhi Tekinay, **Hacedilen Mala İstihkak Davası Üzerine Alacaklı Tarafından Açılan İptal Davasında Vazife Meselesi**, İBD, C. XXIX, S. 3, Mart 1955, s. 136; Karşlı, İcra, s. 519; Ertekin ve Karataş, s. 86; Olgaç, İptal Davaları, s. 461; Arslan, s. 484; bu durumda istihkaka ilişkin ispat hükümlerinin uygulanacağı yönünde görüş için bkz. Burhan Gürdoğan, **İcra Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970, s. 96.

⁵⁵² Karşç yukarıda “1.1.4.4.3.Kesin Aciz Vesikasının Etkileri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁵³ JdT 1979 II 137. Anılan kararda ayrıca geçici aciz vesikasının davacı sıfatının belirlenmesindeki fonksiyonu da değerlendirilmiştir, karşı, yukarıda “1.1.3.1.2. Aciz Vesikasının Davacı Sıfatının Belirlenmesindeki Önemi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

İstihkak iddiasının incelendiği davada iptal alacaklı tarafından bir def'i olarak ileri sürülebileceğine ilişkin görüşlere rastlamak mümkündür. **Umar**'a göre, iptal edilebilirlik iddiası terditli olarak ileri sürülebilir. İlk aşamada alacaklı, üçüncü kişinin istihkak iddiasına temel teşkil eden hakkın varlığını inkâr edecek; ikinci aşamada ise iptal iddiasını ileri sürecektir. İptal iddiası, üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın varlığının alacaklı tarafından ikrar edildiği anlamına gelmez⁵⁵⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz. İptal davası, maddi hukuk tarafından geçerli biçimde kurulmakla beraber, takip hukukunun tanıdığı özel bir imkânla, bazı işlemlerin belli kişilere (alacaklı) karşı hüküm ifade etmemesi, bu kişilerin haciz işlemlerini bu işlem yokmuş gibi devam ettirebilmeleri imkânını sağlar. Davanın şahsi niteliği de bundan kaynaklanır. Bir hakkın geçişini sağlayan işlemin iptale konu edilmesi, o işlemin maddi hukuk alanında geçerli olduğu kabulünü de beraberinde getirir. İptal iddiasının def'i yoluyla ileri sürülmesi de hakkı geçiren işlem her ne kadar geçerli de olsa, kanunun tanıdığı özel bir imkâna dayanarak haciz işlemine devam edilmesini sağlar.

İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda 1994 yılında yapılan değişiklikle, iptal davasının düzenlendiği onuncu başlığın adı "*İptal*" olarak değiştirilmiş; kanun gerekçesinde bu değişikliğin sebebi, iptal hakkının sadece dava yoluyla değil, *def'i* yoluyla da ileri sürülmesinin mümkün olması olarak ifade edilmiştir⁵⁵⁵.

İptali istihkak prosedüründe def'i yani bir savunma aracı olarak ileri süren davalı/alacaklı, dayandığı iptal nedenine ilişkin koşul vakıaları iddia edecek, bu vakıalara ilişkin delil ikame edecek ve ispatsızlığın riskine katlanacaktır. Bu bakımdan iptal iddiasının asıl ispat faaliyetine konu edileceğini söylemek mümkündür. İptal iddiasını def'i yoluyla ileri süren davalı/alacaklı, bu halde iptale ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleştiğini ispatlayacaktır.

Yargı kararları⁵⁵⁶ ve doktrinde⁵⁵⁷ iptal iddiasının, istihkak davasında karşı dava olarak açılacağı görüşünün hakim olduğu söylenebilir. İstihkak prosedürü

⁵⁵⁴ Umar, İptal Davası, s. 93; Aynı yönde görüş için bkz. Yıldırım, s. 234; Aslan, s. 489.

⁵⁵⁵ Peter, Art. 197 LP §6; Schüpbach, Art. 285, §211.

⁵⁵⁶ "...Gerçekten İİK'nun 97/17. maddesinde istihkak davasına karşı haczi yaptırın alacaklının bu kanunun 11. bab hükümlerine dayanarak geçici veya kesin aciz belgesi ibrazına mecbur olmaksızın karşılık dava olarak iptal davası açabileceği, her iki davada tarafların gösterecekleri tüm delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirileceği yazılıdır. Davalı alacaklı tarafından açılan tasarrufun iptali davası 6.6.2001 tarihli dilekçe ile "karşılık dava" olarak açılmıştır. 24.2.1954 günü E.2, K:7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da ayrıca vurgulandığı gibi, karşılık dava olarak açılan tasarrufun iptali davası Tetkik Merciiince görülür. Öte yandan; bu davalar dava konusu malın aynuna ilişkin olmayıp, şahsi nitelikte olduğundan; istihkak davasının kabulü,

içerisinde iptal iddiası def'i olarak ileri sürülebileceği gibi şüphesiz karşı dava yoluyla da ileri sürülebilir. Karşı davada alacaklı tarafından ileri sürülecek vakıalar, istihkak iddiasından bağımsız olarak açılan iptal davasından farksızdır. Kural olarak asıl dava ve karşı dava hakkında dava sonunda birlikte hüküm verilir. Ancak iptalin karşı dava yoluyla ileri sürüldüğü durumlarda hâkim, istihkak iddiası hakkında bir karar verebilmek için mutlaka öncelikle iptal davasını sonuca bağlamalıdır. İptal, işlemin maddi hukuk anlamında geçerliliğine yönelik değildir. Buna karşın istihkak iddiasına konu malın üçüncü kişiye intikali sonucunu doğuran işlemin iptaline karar verilmesi durumunda üçüncü kişinin alacaklının haczine katlanma yükümlülüğü doğar. Böyle bir ihtimalde istihkak davası, bu iddianın yerinde olmamasından, istihkak iddiasına imkân veren bir hakkın bulunmamasından veya işlemin geçersiz olmamasından ötürü değil; malın intikalini sağlayan işlemin İİK m. 278vd. Hükümlerine göre iptale tabi olması nedeniyle reddedilir⁵⁵⁸.

İster def'i olarak ileri sürülsün, isterse karşı dava olarak açılsın, istihkak iddiasına karşı ileri sürülen iptalde aciz vesikası ibrazının gerekmemesi, tasarrufun iptali davası açmadaki menfaati ortaya koyan takibin semeresiz kalması halinin somut olayda tespitini güçleştirir. Nitekim istihkak davasına karşı dava veya def'i yoluyla ileri sürülen iptalde dahi alacaklının bu iddiayı ileri sürmesindeki temel sebep, alacağının tahsilinde güçlük yaşayacağını düşünmesi; borçluya karşı yürüttüğü takibin semeresiz kalacağına inanmasıdır. Aciz vesikasının yokluğunda da alacaklının takibin semeresiz kalma ihtimali nedeniyle iptali def'i veya karşı dava olarak ileri sürdüğünü; farklı bir ifade ile iptali ileri sürmekte hukuken korunmaya

tasarrufun iptali davasının yargılama yapılmasını engel teşkil etmeyeceğinden, davalı alacaklının delillerinin serbestçe değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." 21. HD, E. 2001/9439, K. 2002/464, T. 29.01.2002, aynı yönde 17. HD, E. 2009/7109, K. 2010/4852, T. 27.05.2010; 21. HD, E. 2005/3206, K. 2005/9598, T. 17.10.2005. Üçüncü kişinin açtığı istihkak davasının borçluya da ihbar edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. 21. HD, E. 2004/759, K. 2004/2173, T. 09.03.2004 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

⁵⁵⁷ Kuru, İcra, C. II, s. 1021-1022; Üstündağ, İcra, s. 225; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 867; Ertekin ve Karataş, s. 86; Uyar ve diğerleri, s. 603; Olgaç, İptal Davaları, s. 461.

⁵⁵⁸ İptal davasının müstakil bir dava olarak açılması halinde, istihkak davası bakımından iptal davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapılması yönünde bkz. Kuru, İcra, C. II, s. 1022; Aslan, s. 491; aksi görüş için bkz. Olgaç, İptal Davaları, s. 473. "...Davalı, istihkak davasına karşı, aracın davacıya satışının iptali için dava açmış bulunduğu göre, İİK'nun 277 ve izleyen maddeleri hükümlerine göre satışın iptali gerekip gerekmediği hakkında tarafların göstereceği deliller toplanıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yön incelenmeksizin istihkak davasının kabulüne ve karşı davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." 16. HD, E. 1995/4372, K. 1995/4557, T. 13.09.1995 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

değer bir menfaati bulunduğunu mahkemenin araştırması; gerek duyulması halinde de alacaklının dava açmadaki menfaatini ispata davet edilmesi gerekir⁵⁵⁹. Dolayısıyla hacze konu malın borçlunun elinde bulunması halinde açılacak istihkak davasında da, her ne kadar aciz vesikası bir dava şartı olarak öngörülmemişse de; iptali ileri süren davalı/alacaklının hacze konu malın üçüncü kişiye ait olduğunun belirlenmesi halinde borçluya yürüttüğü takibin semeresiz kalması ihtimalinin bulunduğunu, iptale ilişkin bir koşul vakıa olarak değil; dava açmadaki menfaati olarak ortaya koyması gerekir.

2.5.1.2. Hacze Konu Malın Üçüncü Kişinin Elinde Bulunması Halinde (İİK m. 99)

İİK m. 99 uyarınca haczedilen şey, borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir ayni hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, alacaklı üçüncü kişi aleyhine yedi gün içerisinde istihkak davası açmalıdır. Dikkat edilirse, bu ihtimalde davacı alacaklı; davalı da üçüncü kişidir. Üçüncü kişiye malın intikalini sağlayan işlemin iptal iddiasına konu edilmesi, bu bakımdan mümkün değildir. Yani alacaklı tarafında ileri sürülmesi gereken bu iddia, istihkak davasında karşı davaya konu edilemez⁵⁶⁰. Alacaklı istihkak davasında davacı olarak yer aldığı bu ihtimalde, açılacak istihkak davasının iptal davasından farksız olacağı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür⁵⁶¹.

Üçüncü kişinin istihkak iddiasını borçlunun kabul etmesi alacaklıyı etkilemez. Borçlunun ikrarına rağmen üçüncü kişi iddiasını ispatlamalıdır. Ancak borçlunun bu ikrarı üçüncü kişiye karşı bu ikrara aykırı iddiada bulunmasına engel teşkil eder (İİK m. 97/XII)⁵⁶². İstihkak iddiasını kabul eden, yani istihkak iddia edilen malın kendisine ait olduğunu iddia eden borçlu, üçüncü kişi ile birlikte davada hasım olarak gösterilebilir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Bkz. yukarıda “1.1.4.4.5. Borç Ödemedi Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁶⁰ Tekinay, s. 137. Bu yönde 21. HD, E. 2004/759, K. 2004/2173, T. 09.03.2004 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

⁵⁶¹ Yıldırım, s. 234.

⁵⁶² Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 342.

⁵⁶³ Kuru ve diğerleri, Usûl, s. 291.

Umar, İİK m. 99 çerçevesinde açılan iptal davalarında dahi, cevaba cevap dilekçesi ile iptal iddiasının def'i yoluyla ileri sürülebileceği kanaatindedir⁵⁶⁴. Yazarın dayandığı 1954 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararına göre, alacaklının malın borçluya ait olduğunu ispat etmesi gerekir. Şayet üçüncü kişi malın borçlu tarafından kendisine satıldığı iddia ve ispat ederse, alacaklı bundan sonra işlemin iptalini talep edebilir. (HUMK m. 185/II, HMK m. 141). Nitekim Yargıtay'ın 24.02.1954 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararı'nda da İİK m. 99'a göre açılan istihkak davalarında İİK m. 97/XVII hükmünün uygulama alanı bulmayacağına hükmedilmiştir⁵⁶⁵. İstihkak ve iptal davasının birlikte açıldığı durumlarda her iki davanın da aslında takip konusunun kapsamına ilişkin olduğu şüphesizdir. **Yıldırım** bu tespitten hareketle, maddi hukuk anlamında davalar arasında fark bulunduğunu, istihkak talebinde bulunan kişinin malın borçluya değil kendisine ait olduğunu iddia ettiğini; alacaklının ise üçüncü kişinin mülkiyet hakkına itiraz etmemekle beraber, malın intikalini sağlayan işlemin iptali kabil olduğunu ve bu nedenle haczedilebileceğini ileri sürdüğünü savunmaktadır. Kanaatimizce İİK m. 97/XVII'de aciz vesikası ibraz edilmeksizin iptal davası ikame edilmesi imkânı, istisnai bir düzenleme olup, sadece bu ihtimalde uygulama alanı bulmalıdır. Alacaklının bu talebi iddia ve savunmanın genişletilmesi kapsamında değerlendirilmeli; kanunda sayılan istisnalar gerçekleşmedikçe mahkeme tarafında dikkate alınmamalıdır. İleri sürdüğünü belirtmiştir⁵⁶⁶. Bu görüşe, öncelikle istihkak davasının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi; verilecek kararın sadece o takip kapsamında hüküm ifade edeceği; üçüncü kişinin mülkiyet veya istihkaka konu edilebilecek hakkının herkese dermeyeran edilebilecek şekilde hüküm altına alınamayacağı gerekçesiyle katılmıyoruz⁵⁶⁷. İptal davası da şahsi bir dava olup, sadece aciz vesikasının verildiği takip bakımından hüküm ifade eder. Her iki dava da takip hukukuna ilişkin, haciz işleminin devamını sağlamaya yönelik özel imkânlardır. Haciz konusunun aynına ilişkin bir karar her iki dava neticesinde de verilmez. Maddi hukuk kapsamında yapılacak bir değerlendirme davaların amacı ile bağdaşmaz⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Umar, İptal Davası, s. 94; aynı yönde Uyar ve diğerleri, s. 604; Kuru, İcra, C. IV, s. 3474.

⁵⁶⁵ İBK, 24.02.1954, E.1953/2, K. 1954/7.

⁵⁶⁶ Yıldırım, s. 235.

⁵⁶⁷ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, ss. 343-344; Gürdoğan; İcra, s. 99.

⁵⁶⁸ Ayrıca bkz. yukarıda "2.4.3.2.2.2. Ticari İşletmenin Devri Bakımından Getirilen Karine" başlığı altında yapılan açıklamalar.

Üçüncü kişinin mülkiyet veya ayni hakkına temel teşkil eden işlemin İİK m. 278 vd. uyarınca iptale tabi olduğunu düşünen davacı/alacaklı istihkak davası dışında ayrıca iptal davası açmalıdır. **Uyar/Uyar/Uyar**, böyle bir durumda, davacı alacaklının iptale konu malvarlığı değeri üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın varlığını peşinen kabul ettiğini, sadece kendisine bu mal üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasını istediği görüşündedir⁵⁶⁹.

İİK m. 99 kapsamında açılan istihkak davaları ile iptal davaları bakımından dar anlamda terdit ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Zira alacaklı, istihkak iddiasını sadece üçüncü kişiye yöneltebilecekken; iptal davasının hem borçlu hem de üçüncü kişiye yöneltilmesi gerekir. Ancak borçlunun da üçüncü kişinin istihkak iddiasını kabul ettiği ve bu şekilde davalı olarak istihkak davasına katıldığı hallerde alacaklı istihkak talebi ile terditli biçimde iptal davasına açabilir.

2.5.2. Sıra Cetveline İtiraz

İİK m. 140 uyarınca haciz yoluyla takipte, paraların paylaşılmasından elde edilen tutar alacakların tamamını karşılamaya yetmezse, icra dairesi bir sıra cetveli düzenler. İİK m. 140/II atfıyla anılan hüküm iflas yoluyla takipte de uygulama alanı bulur.

Hacizdeki sıra cetveline itiraz davasında karşı dava veya def'i olarak iptali ileri sürmek mümkün değildir. Zira sıra cetveline itirazda, istihkak davasında olduğu gibi, aciz vesikası ibrazından muafiyet öngörülmediğinden, özel dava şartının eksikliği nedeniyle davanın reddi gerekir.

Yargıtay kararına konu bir olayda davacı/alacaklı, dava dışı Banka lehine tesis edilmiş ipotekle temin edilmiş alacağın temlik alan davalıya karşı sıra cetveline itiraz davası açmış, bu “*temlik işleminin muvazaalı olması nedeniyle İİK m. 277vd. Hükümleri uyarınca butlanına*” hükmedilmesini talep etmiştir. Yargıtay, yapılan ödemenin temlik işleminin karşılığı olarak mı yoksa borcun sona erdirilmesi iradesiyle yapıldığı ispat edilemediğinden temyiz ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵⁷⁰. Yargıtay'ın bu kararı bir çok açıdan eleştiriye açıktır. Öncelikle

⁵⁶⁹ Uyar ve diğerleri, s. 70.

⁵⁷⁰ “Alacağın temlikinin ivazı olarak ipotek tutarı kadar bir paranın bankaya yatırılmış olması, kural olarak borcun ödemeye sona erdiği anlamına gelmez. Aksine ödeme tutarının, dekontta temlik

hacizdeki sıra cetveline itiraz davasında iptal iddiasının ileri sürülmesi aciz vesikası yokluğu nedeniyle mümkün değildir, talep dava şartı yokluğundan reddedilir. Bununla birlikte Yargıtay'ın itiraza konu olayda hukuki nitelendirmede yine hataya düştüğü gözlemlenmektedir. Belirttiğimiz gibi, sıra cetveline itiraz davasına konu işlem bakımından ancak işlemin muvazaalı olarak gerçekleştirildiği ileri sürülebilir. İşlemin İİK m. 277 vd. maddelerine göre iptali söz konusu olamaz. Buna karşın doktrinde, iflas tasfiyesinde yapılan sıra cetveline itiraz davasında tasarrufun iptali talebinin alacaklı tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin görüşler mevcuttur⁵⁷¹.

İflâs tasfiyesi sırasında iptal davası açma yetkisinin İİK m. 245 hükümlerine göre alacaklılardan birine devredilmediği sürece münferiden iflas idaresi tarafından kullanılacağına değinmiştik⁵⁷². İflâs tasfiyesinde sıra cetveline itiraz davasında alacaklının iptal iddiasını da ileri sürmesi bu durumun bir istisnasını teşkil eder. Sıra cetveline dahil edilen bir alacağın, iptale tabi bir işlemde kaynaklandığı iflas idaresince incelenmemiş veya iflas idaresi bunu ileri sürmemişse, iflas alacaklısı, masasının yetkilendirmesine gerek olmaksızın iptal iddiasını sıra cetveline itiraz davası sırasında tek başına ileri sürebilir. Ancak alacak bu haliyle sıra cetveline kabul edilmişse, yani alacak hakkında herhangi bir iptal iddiası ileri sürülmemişse, artık

ivazı olarak gösterildiğinde tartışma yoktur; temlik de aynı tarihte noterlikte yapılmıştır. Borçlunun şahsının önem taşımadığı borç ilişkilerinde edimin, üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine engel bir durum bulunmamakla birlikte, temlik işleminin iptale tâbi bir tasarruf olarak (İİK.m.277 vd.) ödemeyi gizleyecek bir muvazaaya dayandığı ispatlanmadıkça, ödemenin dekontu sunan ve alacağı temlik alan kişi tarafından değil de asıl borçlu tarafından yapıldığı kabul edilemez.... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ödemenin dava dışı borçlu tarafından borcu sona erdirmek (söndürmek) amacıyla yapıldığı fakat bunun üçüncü kişilere karşı varlığını koruyor gibi gösterilmesi için temlik ivazı olarak bankaya yatırıldığını ispat yükünün davacı alacaklıda olduğu gözetilerek bir karar verilmek gerekirken...”, 23. HD, E. 2012/6894, K. 2013/1200, T. 1.3.2013 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

⁵⁷¹ Umar, İptal Davası, s. 45; Jäger, Art. 285, §4; Gilliéron, §2938; Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, **Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli**, 3. Bası, Ankara, 2005, ss. 724-725, yazarların İİK m. 277-280'de yer alan tasarrufları batıl olarak nitelendirmelerine dikkat edilmelidir. “Alacağın temlikinin ivazı olarak ipotek tutarı kadar bir paranın bankaya yatırılmış olması, kural olarak borcun ödemeyle sona erdiği anlamına gelmez. Aksine ödeme tutarının, dekontta temlik ivazı olarak gösterildiğinde tartışma yoktur; temlik de aynı tarihte noterlikte yapılmıştır. Borçlunun şahsının önem taşımadığı borç ilişkilerinde edimin, üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine engel bir durum bulunmamakla birlikte, temlik işleminin iptale tâbi bir tasarruf olarak (İİK.m.277 vd.) ödemeyi gizleyecek bir muvazaaya dayandığı ispatlanmadıkça, ödemenin dekontu sunan ve alacağı temlik alan kişi tarafından değil de asıl borçlu tarafından yapıldığı kabul edilemez.... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ödemenin dava dışı borçlu tarafından borcu sona erdirmek (söndürmek) amacıyla yapıldığı fakat bunun üçüncü kişilere karşı varlığını koruyor gibi gösterilmesi için temlik ivazı olarak bankaya yatırıldığını ispat yükünün davacı alacaklıda olduğu gözetilerek bir karar verilmek gerekirken...”, 23. HD, E. 2012/6894, K. 2013/1200, T. 1.3.2013 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

⁵⁷² Bkz. yukarıda “1.1.3.2. İflastaki Tasarrufun İptali Davasında Davacı Sıfatı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

sonradan sıra cetveline itiraz yoluyla bu alacağın reddi veya azaltılması mümkün olamaz⁵⁷³.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁵⁷⁴ iflas idaresinin sıra cetveline kabul edilecek alacakların iptale tabi bir işlemde kaynaklanıp kaynaklanmadığını incelemek zorunda olduğunu da hükme bağlamıştır. İflâs idaresi alacağı kabul ettikten sonra, isteyen alacaklı sıra cetveline itiraz davası açarak, söz konusu alacağın iptale tabi bir işlemde kaynaklandığını ileri sürebilir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da, konkordato masasına yöneltilen taleplerin tasarrufun iptali yoluyla kısmen veya tamamen reddini sağlamak mümkün ise konkordato tasfiye memurları, defî yoluyla iptal talebinde bulunmaya yetkili ve yükümlüdürler (İİK m. 309/k, III).

2.6. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA ÖZELLİK GÖSTEREBİLECEK BAZI DELİLLER

2.6.1. Ticari Defterler

Tacirler arasında açılan veya taraflardan birinin tacir olduğu iptal davalarında ticari defterlerin ispat bakımından büyük önem arz ettikleri açıktır. Nitekim ticari defterler üçüncü kişiler bakımından alacaklarının varlığı ve miktarına ilişkin önemli bir kayıt olmanın yanında aynı zamanda tacirin ödeme gücüne ilişkin bir gösterge

⁵⁷³ Jäger, Art. 285, §4; Gilliéron, §2938; Umar, İptal Davası, s. 45; Ansay, İcra, s. 290; Kuru, İcra, C. IV, s. 3474; Deynekli ve Kısa, s. 724-725, yazarların İİK m. 277-280'de yer alan tasarrufları batıl olarak nitelemelerine dikkat edilmelidir; Yıldırım, s. 259. Ayrıca bkz. ATF 33 II 684 (§1, dn 181 de yer verilen İsviçre Federal Mahkemesi Kararı).

⁵⁷⁴ JdT 1991 II s. 88-93, kararın Almanca metni için bkz. BGE 114 III 110. Anılan karar, iflas idaresinin alacağın sıra cetveline kabulü sırasında sahip olduğu değerlendirme yetkisinin kapsamı açısından dikkat çekicidir. Olayda iflas idaresi ipotekli borç senedi ile teminat altına alınmış alacağı, adi alacak kabul ederek cetvele bu şekilde kabul etmiştir. Temyiz eden, iflas idaresinin mahkemenin yerine geçerek teminat tesisi işleminin iptale tabi olduğu kabul ederek alacağın adi alacak gibi işlem gördüğünü ileri sürmüştür. Federal Mahkeme ipotekli borç senedinin asıl alacaktan bağımsız, soyut bir ilişki kurduğundan bahisle, iflas idaresinin işlemini yerinde bulmuştur. İpotekli borç senedi kıymetli evrak niteliğinde olup bu ilişki asıl alacak yanında ayrı bir incelemeye konu edilir. İpotekli borç senedi verilmesi işleminin iptale tabi olduğunu düşünen iflas idaresinin, asıl alacak ilişkisini dikkate alarak sıra cetveline alacağı adi alacak olarak kaydetmesi mümkündür.

niteliğindedir. Ticari defterlerin ticari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda denli önemli bir ispat aracı olduğu da göz ardı edilemez⁵⁷⁵.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4 ve devamı maddeleri, ticaret hukukuna özgü bazı usûl kuralları getirmekteydi. Bu hükümleri tamamlar biçimde ayrıca 82 ila 86 maddelerde ticari defterlerin ispat gücüne ilişkin hükümlere yer verilmişti. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Ticaret Kanunumuzun hükümet gerekçesinde düzenlemeye yer verilmemesi, modern kanunlarda benzer düzenlemelerin yer almaması olarak açıklanmıştır. Yine Ticaret Hukuku doktrinde ticari defterde yer alan kayıtların dayanaklarının da kural olarak mevcut olması gerektiği, ispatın bu senetlerle de gerçekleştirilebileceği ileri sürülmüştür. Yani ticari defterler aslen tacirler arasında yapılan işlemlerin yansımasıdır; bu işlemlere ilişkin asıl delil bu işlemlerin dayanağı olan senetlerdir⁵⁷⁶.

Medenî Usûl Hukuku doktrinde ise ticari defterlerle ispatın senetle ispat kuralının katılığını yumuşattığı; bu nedenle kaldırılmasının büyük sakıncalar yaratabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁷⁷. Bir görüşe göre ticari defterlerin özellikle kayda dayanak teşkil eden belgelerin ibrazı bakımından pratik bir uygulama sağlar; zira ticari defterdeki kayıt sayesinde işleme dayanak teşkil eden belgelerin ayrı ayrı ibrazı gerekmez⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme**, BATİDER, Temmuz 1971, Cilt. VI, Sayı. 1, s. 2; İsmail Kayar, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, YÜHFD, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, s. 371; Nihat Taşdelen, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.3, Sayı. 1, Yıl: 2012, s. 259.

⁵⁷⁶ Bu yönde görüş için bkz. Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2009, s. 58 vd.; Necip Ortan, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 22; 175; Ejder Yılmaz, **Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler**, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 28; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2010, §252a; Taşdelen, s. 262.

⁵⁷⁷ Yılmaz, Şerh, s. 1111; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 747; Ali Cem Budak, **Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır**, YÜHFD, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, s. 511; aynı yönde, Halil İ. Şua, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlerle Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi**, s. 240; Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Kasım, 2012, s. 349; Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 13. Bası, İstanbul, 2013.

⁵⁷⁸ Arkan, s. 353; Yılmaz, Ticari Defterler, s. 33.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tamamlayıcı yemine yer vermemesi, ticari defterlerin hakimde oluşturduğu kanaati kuvvetlendirmek amacıyla Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 83. Maddesinde yer alan ve defter yemini olarak adlandırılan yeminin de kaldırılmasını gerektirmiştir⁵⁷⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesinde tamamlayıcı delile yer verilmemesi, takdiri delille ispatın mümkün olduğu hallerde hakimin kanaatini tamamlayıcı yeminle değil, diğer delillerle tamamlaması gereği ile açıklanmıştır.

Tamamlayıcı yemin, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun (HUMK) 335 ila 362. Maddelerinde düzenlenmişti. Tamamlayıcı yemini "uyuşmazlık konusunda gösterilen takdiri delillerin hakimde kesin kanaat oluşturmaması halinde, hakimin hükmüne esas olmak üzere tarafa teklif ettiği yemin"⁵⁸⁰ olarak tanımlamak mümkündür. Hakimin tamamlayıcı yemine başvurusu için iki koşulun varlığı aranır. Bunlardan ilki iddia olunan hususun kesin delillerle ispat edilememiş olması, ikincisi ise iddia edilen hususun ispatı için gösterilen delillerin hüküm verilebilecek derecede hakimi ikna edememesiydi. Bu iki koşulun aynı anda varlığı aranır⁵⁸¹.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda tamamlayıcı delile yer verilmemiştir⁵⁸². Kanunun genel gerekçesinde tamamlayıcı yemine yer verilmemesinin nedeni, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde, hâkimin kanaatini yemin ile değil, diğer delillerle tamamlaması gereği olarak açıklanmıştır. Yemin son çare olarak, vakıanın diğer delillerle ispat edilemediği durumlarda başvuru bir delildir. Ayrıca yemin kendisine teklif edilen tarafın vicdanına bırakılan bir durum olduğundan, hakimin kendiliğinden yemin teklif etmesine izin verilmemiştir⁵⁸³. Belgeyi ibraz yükümlülüğü bakımından HMK m. 220/II'de öngörülen inkâr yeminini, hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yeminden ayırmak gerekir. HUMK'da öngörülen tamamlayıcı yemin, uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin olarak ispat yükünü taşıyan tarafa hakim tarafından teklif edilen yemini ifade etmekteydi. Oysa ki inkâr yemini, uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin değil, sadece

⁵⁷⁹ Yılmaz, Ticari Defterler, s. 29; Müjgan Tunç Yücel, **HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar**, MİHDER, Y. 2013/2, Cilt. 9 Sayı. 25, s. 123.

⁵⁸⁰ Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara, 1989 (1989), s. 161.

⁵⁸¹ Yılmaz, Yemin 1989, s. 163.

⁵⁸² 6100 sayılı kanun bakımından yemin için bkz. Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Ankara 2012 (2012), s. 1 ve devamı.

⁵⁸³ Pekcantez ve diğerleri, Usûl, s. 760.

ibrazı emredilen belgenin, belgeyi ibraz etmekle yükümlü tarafın elinde olmadığı vakıasına yöneliktir. Yani ibrazla yükümlü olan taraf, belgenin içeriğine ilişkin olarak değil, bu belgenin elinde olmadığına ilişkin olarak hakim tarafından kendisine teklif edilen yemini eda etmektedir⁵⁸⁴.

Ticari defterlerin ispat gücü bir senedin ispat gücünden az değildir⁵⁸⁵. Kesin delil olan senede dayanılarak ispat faaliyeti gerçekleştirilen bir hukuki işlem bakımından da hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ticari defterlerle ispatlanan bir hukuki işlem bakımından, hakimin kanaatini kuvvetlendirmesi için bir de ispat yükü üzerine düşen tarafa yemin teklif etmesine zaten gerek kalmaz.

6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'muz yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmeyen bu düzenlemeye 222. Maddesinde yer vermiştir. Anılan madde ticari defterlerin hem sahibi hem de karşı taraf lehine delil olması halini düzenler.

Türk Ticaret Kanunu ticari defterlerin kayıt zamanı ve içeriğine ilişkin olarak Vergi Usûl Kanunu'na da atıfta bulunmuştur. TTK m. 64 ve devamı maddelerinde ticari defterlerin tutulması yükümlülüğü, defter türleri ve bu defterlerin nasıl tutulacağı, envanterin bilançoların finansal tabloların çıkarılması, değerlendirme ve düzenleme ilkeleri, defterlerin saklanması, ibrazı, suret alınması, teslimi, incelenmesi ve Kamu gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun yetkisi hükme bağlanmıştır.

TTK m. 64/III ve IV'te ticari işletme bünyesinde tutulan ve ticari defter niteliğinde olan defterler sayılmıştır. Buna göre yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri şirketin muhasebesi ile ilgili ticari defterlerdir (TTK m. 64/III). Şirketin muhasebesi ile ilgili olmamakla birlikte yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi defterler de ticari defter sayılır (TTK m. 64/IV). TTK m. 64/III'e dayanılarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından defterlerin nasıl tutulacağını, defterlerin kayıt zamanını, onay yenileme ile açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları hakkında müştereken bir tebliğ çıkarılmıştır⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Yılmaz, Yemin, 2012, s. 199 vd.

⁵⁸⁵ Bkz. aşağıda "2.6.1.2. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yer Alan Ticari Defterlerin İspat Gücüne İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi ve Bu Hükümün İptal Davasındaki İşlevi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁸⁶ Gerçek Ve Tüzel Kişi Tacirler Tarafından Fiziki Veya Elektronik Ortamda Tutulacak Ticari Defterlerin Nasıl Tutulacağını, Defterlerin Kayıt Zamanını, Onay Yenileme İle Açılış Ve Kapanış

Yevmiye defteri, kayda geçirilmesi gereken işlemlerin belgelerden çıkararak tarih sırasıyla ve maddeler halinde düzenli olarak yazıldığı defterdir (ETTK m. 70/I). Yevmiye defterine geçirilmesi gereken işlemler, tacirin ticari işletmesi dolayısıyla malvarlığında meydana gelen ve mal, para veya senet verilmesi gibi değer hareketlerine ilişkin işlemlerdir (TTK m. 64/III)⁵⁸⁷.

Defteri kebir, yevmiye defterine geçirilen işlemleri buradan alarak sistemli bir şekilde hesaplara dağıtan ve tasnifli olarak bu hesaplarda toplayan defterdir (Karş. ETTK m. 71/I). Yevmiye defterine geçirilen işlemler hesap türüne göre ve tarih sırasıyla defteri kebere geçirilir⁵⁸⁸. Defteri kebirin açılış onayı, yevmiye defteri ile aynı esaslara tabidir⁵⁸⁹.

Envanter defterine ise, işletmenin açılış tarihinde ve bunu takiben her iş yılı sonunda çıkarılan envanter ve bilançolar kaydolunur (Karş. ETTK m. 72/I).

Bu defterlerin elektronik ortamda da tutulmaları mümkündür. Bu ihtimalde her üç defterin de açılışında ve yevmiye defterinin kapanışında noter onayı aranmaz (TTK m. 64/III).

Şirketin muhasebesine ilişkin olmayan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere de defteri de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ticari nitelikte defter olarak kabul edilmiştir⁵⁹⁰. *Pay defteri*, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketlerde şirket ortaklarının, anonim şirketlerde pay sahiplerinin kaydedildiği defterdir (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m. 9/I). *Yönetim kurulu karar defteri*, anonim şirketlerde yönetim kurulunun, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticinin veya yöneticilerin şirket yönetimi ile ilgili olarak aldığı kararların yazılacağı defterdir (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m. 10/I). *Genel Kurul toplantı ve müzakere defteri* ise tüzel kişi

Onaylarının Şekli Ve Esasları Hakkında Tebliğ, RG: 19.12.2012/28502. Bundan sonra kısaca "*Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ*" olarak anılacaktır, Fatih Bilgili, **Ticari Defterler-Cari Hesap-Acente**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, s. 77; Moroğlu, pay defteri, yönetim kurulu ve genel kurul karar defterlerinin noter onayına tabi olup olmadığının anlaşılacağı kanaatindedir, Moroğlu, s. 60.

⁵⁸⁷ Arkan, s. 337; Bahtiyar, ss. 156-157.

⁵⁸⁸ Arkan, s. 337; Bahtiyar, s. 156.

⁵⁸⁹ Arkan, s. 337. Kanun koyucunun iradesinin yevmiye defteri ve yönetim kurulu karar defteri dışındaki defterlerin kapanış onayına tabi olmadığı yönünde görüş için bkz. Taşdelen, ss. 276-277.

⁵⁹⁰ Taşdelen, s. 262; Ortan, s. 24. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu bakımından, ticari defterlerin özel delil fonksiyonu sadece tasdike tabi defterler bakımından söz konusuydu. İhtiyari defterler, ancak zorunlu defterlerle birlikte delil olarak kabul ediliyordu, Poroy ve Yasaman, §267; Bilgili, s. 62.

tacirlerin genel kurul toplantılarında görüülen hususların ve alınan kararların kaydedildiği defterdir (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m. 11/I).

Tasarrufun iptali davası bakımından şirketin muhasebesine ilişkin defterler ve pay defterinin büyük önem taşıdığını söylemek mümkündür. Muhasebeye ilişkin defterler iptale konu tasarrufun gerçekleşip gerçekleşmediği ve tasarrufun miktarı bakımından ispat faaliyeti sırasında dikkate alınabilir. Pay defteri ise, hem iptalin konusunun borçlu ile üçüncü kişi arasında pay devri olduğu durumlarda, hem de pay üzerinde, örneğın İİK m. 279 kapsamında, aynı hak veya rehin tesisinin söz konusu olduğu durumlarda ispat fonksiyonuna sahiptir.

2.6.1.1. Ticari Defterlerin Delil Olarak Kullanılabilmesinin Koşulları

HMK m. 222 uyarınca sahipleri lehine ve aleyhine delil olarak kullanılabilen ticari defterler, ancak bazı şekil şartlarının varlığı halinde bu güce sahip olabilir. Ticari defterler, tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda olduğu kadar, taraflardan birinin tacir olmadığı uyuşmazlıklarda da delil olarak kullanılabilir. Bunun için tacir olmayan tarafın, tacirin ticari defterlerindeki kayıtlar kabul edeceğini beyan etmesi gerekir (HMK m. 222/V).

Her şeyden önce genel olarak ticari defterlerin bir davada delil olarak kullanılabilmeleri defterin kanuna göre eksiksiz ve usûlüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şartına bağlıdır (HMK m. 222). Defterler ister tacirin kendi lehine ister aleyhine kayıtlar bakımından kullanılacak olsun, mutlaka HMK m. 222/II’de belirtilen şekilde tutulmuş olmaları gerekir.

Tacirin ticari defterindeki kayıtların aleyhinde delil olması HMK m. 222/IV’te düzenlenmiştir. Buna göre “*Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur*”. Açılış ve kapanış onayı, ister sahibi lehine ister aleyhine olsun, ticari defterlerin delil olarak kabul edilebilmesinin temel koşuludur. Dolayısıyla içerdiği kayıtlar birbirini tutmakla beraber, açılış kapanış onayı bulunmayan bir defterin delil olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Yine kayıtlar arasında çelişki bulunması

halinde, defterin açılış ve kapanış onayı yoksa, delil olarak kullanılabilmeleri mümkün değildir⁵⁹¹.

Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan tarafın ticari defterine dayanarak ispat faaliyetine girişmesi mümkündür. Tacir olmayan taraf, tacirin ticari defterlerinde yer alan kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak tacir olan karşı taraf defterleri ibrazdan kaçınırsa, tacir olmayan taraf iddiasını ispat etmiş sayılır (HMK m. 222/V)⁵⁹². Eğer tacir ticari defterlerini ibraz ederse, öncelikle defterlerin kanuna uygun tutulup tutulmadığına bakılmalıdır. Açılış kapanış onayları yapılmamış veya kanunun aradığı şekilde tutulmamış olan ticari defterlerin ispat gücü ortadan kalktığından, artık tacir olmayan tarafın bu defterlerden faydalanma imkânı kalmamıştır. Dolayısıyla kendisine başka delillerle ispat imkânı verilmelidir. Buna karşın, defterler kanuna uygun tutulmakla berabere iddia edilen hususa ilişkin herhangi bir kayıt yer almıyorsa, tacir olmayan taraf iddiasını ispat edememiş sayılır. Defterde sahibinin hem lehine hem de aleyhine kayıtlar yer alıyorsa, kayıtların birbirinden ayrılmaması ilkesine göre davranılmalıdır⁵⁹³. Yani, iddia edilen vakıanın ne derece ispatlanmış olduğunu dikkate alarak, gerekirse davayı aydınlatma yükümlülüğü (HMK m. 31) çerçevesinde o hususa ilişkin olarak başkaca delil sunulmasını isteyebilmelidir.

Ticari defterler, diğer delillerden farklı olarak, kendisinden sadır olduğu tacir lehine ispat gücüne sahiptir. Bu ispat hukuku bakımından istisnai bir durumdur. Dolayısıyla kanun ticari defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılabilmesi imkânını çok sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Öncelikle, her iki tarafın da tacir olması ve defterlerin genel şartlara uygun tutulmuş, açılış kapanış onaylarının yapılmış olması gerekir. Defter kayıtları arasında çelişki bulunmaması veya karşı

⁵⁹¹ Arkan, s. 350; Soner Altaş, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması**, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 81, Mayıs 2013, s. 50. Taşdelen de benzer bir ayırım yapmakla birlikte, açılış **ve** kapanış onayı bulunmaması ile içerdiği kayıtların birbirini tutmaması halini, kanaatimizce hatalı olarak, sahibi aleyhine delil teşkil etme sonucuna bağlamaktadır, Taşdelen, s. 286-287. Ancak HMK m. 222/II’de yer alan ve “*Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için...*” şeklinde başlayan fıkra ışığında farklı bir ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Açılış **veya** kapanış onayı bulunmayan ve aynı zamanda içerdiği kayıtlar birbirini tutmayan defterlerin ise sahibi aleyhine delil olacağı HMK m. 222/IV’te hükme bağlanmıştır.

⁵⁹² Bilgili, s. 64. Ayrıca karşı., senetlerin ibrazına ilişkin hükümlerini ticari işlerde de uygulama alanı bulacağına ilişkin TTK m. 83/II.

⁵⁹³ Defterdeki kayıtların bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sahibi lehine yorumlanması gerektiği hususunda bkz. Taşdelen, s. 287.

tarafın ticari defterinde bu hususa ilişkin hiçbir kayıt bulunmaması bir diğer koşuldur. Defterde yer alan kaydı aksi resmi senet veya diğer kesin delillerle ispatlandıysa, ticari defterin sahibi lehine delil olması mümkün değildir. Burada kanun, kendi ticari defterine dayanmak isteyen tacirin bu imkânını ortadan kaldırmak için karşı taraf ticari defter ile aynı ispat gücüne sahip senet veya diğer kesin delillerle de ispat imkânı tanımıştır⁵⁹⁴. Ancak her halükarda bu koşullara uygun tutulmuş defterdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz (HMK m. 222/III).

2.6.1.2. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yer Alan Ticari Defterlerin İspat Gücüne İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi ve Bu Hükümün İptal Davasındaki İşlevi

2.6.1.2.1. Ticari Defterlerin İspat Gücü

Ticari defterlerle ispatın, karşı taraf bakımından senede karşı senetle ispat kuralının uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. **Postacioğlu**'na göre ticari defterler kanuna uygun tutulmadığı takdirde ancak sahibi aleyhine yazılı delil başlangıcı niteliğinde kabul edilebilir. Ancak kanuna uygun biçimde tutulan defterlerdeki kayıtlar bir bütün olarak dikkate alınabilir. Bu durumda tacirin lehine olan kayıtlar da ispat gücüne sahiptir. Buna karşın ticari defter kayıtları ile sabit olan bir hususa senetle ispatlanmış gözüyle bakılamaz. Zira her yazılı delil senet olarak değerlendirilemez. Sonuç olarak hukuki işlemler bakımından tanık dinlenmesi imkânı mevcuttur ve bu durumda tanık muteber delil olarak değerlendirilmelidir⁵⁹⁵. **Ortan** da, kanun gerekçesinden hareketle ticari defterlerin takdiri delil olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, **Postacioğlu**'nun görüşüne yaklaşmaktadır⁵⁹⁶. **Umar**'a göre ise, ticari defterler kişinin kendi elinden sadır olmuş bir belgeye kendi lehine dayanamayacağı kuralının önemli bir istisnasını teşkil ettiği görüşündedir. Defterler

⁵⁹⁴ Yılmaz, Ticari Defterler, s. 30. Ticari defterdeki kayıtların ibrazının sadece tarafın kendi defterine dayandığı durumlarda gerektiği yönünde bkz. Budak; s. 517.

⁵⁹⁵ Postacioğlu, ss. 633, 635.

⁵⁹⁶ Ortan, s. 24; aynı yönde Taşdelen, s. 284; Şua, s. 241.

zorunlu imza tasdikine tabi olduklarından içerdikleri kayıt belli bir vakıa iddiasının ispatı için ek delil gerektirmeksizin yeterli ise, o vakıanın ispatı bakımından ticari defterler senet işlev ve değerindedir. Dolayısıyla tacirin aleyhinde bir vakıayı onun ticari defterine dayanarak ispat etmiş olan taraf, senetle ispatta bulunmuştur⁵⁹⁷.

Biz de **Umar**'ın görüşüne katılıyoruz. Ticari defterlere noter vasıtasıyla yapılan açılış ve kapanış onayının ticari defterlere kazandırdığı ispat gücü, herhangi bir senetten az değildir. Ayrıca HMK m. 222/III'te ticari defterin sahibi lehine delil olabilmesi için defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması aranmaktadır ki; buradan kanun koyucunun ticari defteri kesin delil olarak gördüğü sonucuna ulaşılabilir.

2.6.1.2.2. Ticari Defterlerle İspatın İptal Davasındaki Uygulama Alanı

Taraflarından biri veya her ikisi de tacir olan iptal davasında, her ne kadar İİK m. 281'e göre her türlü delille ispat mümkün kılınmışsa da, ticari defterlerin önemli rol oynayacağı açıktır. Özellikle edimler arasında oransızlık bulunan işlemler ile İİK m. 279 kapsamında borçlunun önceden taahhüt etmediği, mevcut borç için verilen teminatlar ile vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemelerin konu olduğu iptal davalarında yevmiye defteri ve defteri kebir delil olarak kullanılabilir. Bu defterler, işlemin miktarı (İİK m. 278/II) için olduğu kadar, borcun doğum tarihi bakımından da ispat gücüne sahip olabilir. Nitekim Yargıtay uygulamasında, hem borçlu ile üçüncü kişi hem de borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin doğum tarihinin tespiti için ticari defterlere başvurulduğu görülmektedir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Umar, Şerh; s. 691; aynı yönde Yılmaz; Ticari Defterler, s. 30; Tunç Yücel, s. 123.

⁵⁹⁸ Yargıtay her ne kadar ticari defterlere öncelik tanımaktaysa da, ticari defterlerle ispatın yapılması için gerekli koşulların oluşmadığı durumlarda, tamamlayıcı delilleri de dikkate almaktadır. Örneğin bkz. : "Eldeki dosyada ise takip konusu çeklerin 26.7.2006, 27.7.2006, 26.8.2006, 29.8.2006, 9.9.2006 ve 19.9.2006 tarihlerinde keşide edildiği, bankaya ibraz tarihinin 5.7.2006, ihtiyati haciz tarihinin 10.8.2006, takip tarihinin ise 17.8.2006 olduğu anlaşılmaktadır. Takip konusu çeklere dayalı davalı borçlu ile dava dışı A... Ltd. Şti. arasındaki alacak borç ilişkisinin tesbiti yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de dava dışı şirkete ve ticari defterlerine ulaşılabilmesi, davalı borçlu Ö.'ün de ticari defter tutmaması nedeniyle sonuca ulaşamadığı anlaşılmaktadır. Davacının delil olarak dayandığı banka kayıtlarından takip konusu çeklerin davacı alacaklı bankanın sistemine giriş tarihlerinin 30.1.2006-18.4.2006 tarihleri arasında olduğu anlaşılmaktadır. Davacı bankanın sistem kayıtlarının doğruluğu kabul edildiğinde takip konusu çeklerin 28.4.2006 ve sonra yapılan tasarruf tarihinden önce keşide edilerek davacı bankaya verildiği dolayısıyla borcun, iptali istenen tasarruflardan önce doğduğunun kabulünü zorunlu kılacaktır. Ancak davalı borçlu Ö. vekili, banka sistemine giriş tarihlerinin tek tarafı

Ticari işletmenin muhasebesi ile ilgili defterler yanında pay defteri de iptale tabi işlemin niteliğine göre ispat fonksiyonuna sahip olabilir. Şirket payı üzerinde teminat amacıyla rehin tesisi örneğinde olduğu gibi, pay defteri işlemin gerçekleşme tarihinin tespiti bakımından büyük önem arz eder.

Limited şirketlerde şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasının genel kurulun onayına bağlanabileceği; bu hâlde geçişe ilişkin hükümler uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 600). Ayrıca rehin haklarının şirket pay defterine kaydedileceği de TTK m. 594/I'de düzenlenmektedir. Dolayısıyla, rehin hakkı tesisi bakımından pay defterine kaydın genel kurul kararına bağlandığı durumlarda, işlemin gerçekleşme tarihi ile rehnin karşılık geldiği miktarın tespitinde şirket pay defteri ve genel kurul karar defterine başvurulabilir. Anonim şirketlerde ise, nama yazılı senetler bakımından, rehnin pay defterine işleneceği şeklinde bir bağlamın getirildiği haller bakımından da benzer sonuçlara ulaşılabilir. İsviçre Hukuku'nda kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçlarının teminat aracı olarak kullanılması halinde İsviçre m. 287'nin uygulama alanı bulmayacağına değinmiştik. Buna göre borçlu teminatı tamamlamayı taahhüt etmiş ve teminatın veya teminata konu borcun bedeli değişmişse yahut borçluya teminatı aynı değerde bir başka teminatla değiştirilmesi hakkı tanınmışsa, bu işlemlere dayanılarak iptal davası açılması mümkün değildir⁵⁹⁹. Türk hukukunda böyle bir düzenleme bulunmamasıyla beraber, kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçlarının rehni bakımından Merkezi

düzenlenmiş belge olması nedeniyle itiraz edilerek takip konusu çeklerle ilgili çek hesabının açıldığı ve verildiği yer olan ... bank Bodrum şubesine müzekkere yazılarak ilgili belgelerin istenmesi ve üzerinde inceleme yapılmasını talep ettiğinden takip konusu çek hesabına ilişkin ... bank Bodrum şubesindeki kayıtlar istenerek takip konusu çeklerin davalı borçlu tarafından dava dışı A... Ltd. Şti.ne, anılan şirket tarafından da davacı bankaya verilmiş tarihlerinin tespiti bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılması, İzmir 4.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2007/312 E-2010/625 sayılı dosyası ve bu dosyadaki dava dışı borçlu şirket ve ortağı ile borçlu Ö. arasındaki maddi ve hukuki olgular ve eldeki dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek davalı borçlu Ö. yönünden borcun gerçek doğum tarihinin belirlenmesi, borcun tasarruftan önce doğduğunun tespiti halinde işin esasına girilerek dava konusu tasarrufların İİK 277, 278, 279 ve 280 maddelere göre iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi, borcun doğum tarihinin tasarruftan sonra olduğunun tespiti halinde ise şimdiki gibi davanın önşart yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.” 17. HD, E. 2012/2959, K. 2012/12122, T. 06.11.2012. Alacak miktarının belirlenmesinde ticari defterler üzerinde detaylı inceleme yapılması gereği hakkında Bkz. 17. HD, E. 2010/3019, K. 2010/5107, 03.06.2010 (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 13.01.2014).

⁵⁹⁹ Borçlunun bu araçlarla teminat sağlama işlemini alacaklılarına zarar verme kastıyla kullanması halinde İsviçre m. 288'in uygulama alanı bulacağına şüphe yoktur, Eigenmann, s. 139; Leibenson, ss. 370-371.

Kayıt Kuruluşu⁶⁰⁰ kayıtlarının adeta o şirketin pay defteri gibi fonksiyon göstereceğini, hatta daha da açıklayıcı olabileceğini söylemek hatalı olmaz.

SPK m. 13/VI uyarınca kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Kural olarak misli ve tedavül gücü bulunan sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi söz konusu olsa da, genel olarak sermaye piyasası araçlarının tümünün kaydileştirilmesi mümkündür. Bu hususta Sermaye Piyasası Kurumu'nun Seri: IV ve 28 numaralı Kaydileştirme Tebliği yol göstericidir⁶⁰¹. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir⁶⁰². Hamiline ve nama yazılı olarak çıkartılabilen pay senetleri, kıymetli evrakın devrine ilişkin hükümlere göre devredildiğinden, kaydi sisteme ilişkin mevzuatın devre ve rehin gibi diğer hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi bakımından yetersiz olduğu görüşü doktrinde savunulmuştur⁶⁰³.

Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) nezdindeki bu paylar üzerindeki rehin işlemlerinin nasıl gerçekleştirileceği de Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usûl ve Esasları Hakkında Tebliğ⁶⁰⁴'de açıklanmıştır. Anılan tebliğin 19.maddesine göre “*Rehin, haciz, genel kurul blokajı, yatırımcı blokajı, satış blokajı ve MKK tarafından uygun görülecek diğer işlemlerin yapılması durumunda, bu işlemlere konu haklar MKK tarafından ilgili hesaplarla bağlantılı alt hesaplar açılmak sureti ile izlenir*”. Merkezi Kayıt kuruluşu nezdinde tutulan bu kayıtlarda lehine rehni hakkı tesis edilen kişinin kimlik bilgileri rehinle beraber izlenir (Tebliğ m. 19/IV)⁶⁰⁵.

Bu açıklamalar ışığında, İİK m. 279 kapsamında iptal davasına konu edilebilecek bir rehin tesisi işleminin MKK'nda takibi yapılan bir anonim ortaklık

⁶⁰⁰ Merkezi Kayıt Kuruluşu SPK m. 3/I, p bendinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, merkezî saklamasını yapmak ve Kurul tarafından sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bulunan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi*” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁶⁰¹ Öz Seçer, **Kaydi Sermaye Piyasası Araçları Üzerinde Rehin Tesisi ve Hükümleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kazancı Hukuk Dergisi), Y. 2013, C. 9, S. 105-106, s. 174.

⁶⁰² Bu hükmün eleştirisi için bkz. Huriye Kubilay, **Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 818.

⁶⁰³ Kubilay, ss. 821-822; Oğuz Kürşat Ünal, **Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. V, Y.2001, Sa. 1-2, ss. 3-4.

⁶⁰⁴ RG. 22.12.2002/24971. (Kısaca Tebliğ olarak anılacaktır)

⁶⁰⁵ Ayrıca bkz. Ünal, s. 19.; Seçer, s. 180 vd.

payı üzerinde gerçekleştirilmesi halinde, MKK'nın kayıtlarının da pay defteri gibi ispat gücüne sahip olabileceği kanaatindeyiz.

2.6.2. Şirket Toplulukları Bünyesinde Tutulan Bağlılık Raporlarının Delil Değeri

2.6.2.1. Şirketler Topluluğuna İlişkin Genel Bilgiler

Şirketler topluluğu kavramı, hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiştir⁶⁰⁶. Düzenlemenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bir şirketin bağlı şirket olmasına, bir toplulukta yer almasına rağmen, bağımsız olduğu görüşü günümüz ticari yaşamına ve gereklerine uygun değildir. Bağlı şirket konumundaki bir sermaye şirketinin bağımsız olduğu görüşü, ana şirket tarafından verilen talimatların koşulsuz biçimde uygulanması gerektiği gerçeği ile bağdaşmamaktadır. Ana şirket tarafından verilen talimatlar bağlı şirketin menfaatlerine aykırı dahi olsa, bağlı şirket yönetim kurulu bu talimatları uygulamak durumundadır. Buna rağmen, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda bu gerçek gözardı edilerek istinasız biçimde düzenlenmiştir.

Topluluk ortakları, ana şirketten hukuken ve ekonomik olarak bağımsız olmalarına karşın, ana şirketin verdiği talimatlarla da bağlıdır. Türk Ticaret Kanunu, bağlı yönetim kurullarının talimat ve klasik özen yükümlülüğü arasında kalmasını önlemek amacıyla, “*bağlı ortaklığa denkleştirilemeyecek kayıp verdirilmemesi ilkesi*” ni de düzenlemelere hakim kılmıştır⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ 13.01.2011 kabul tarihli Kanun. İsviçre hukukunda, Alman Hukuku'nun aksine şirketler topluluğuna ilişkin ayrı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İsvBK'nun Anonim Şirketlere ayrılan bölümünde m. 663e ve devamı maddelerinde konsolide hesap bildirimine ilişkin maddelerde Şirketler topluluğu kavramına yer verilmiştir. Şirketler topluluklarına uygulanabilecek bir yasalaştırma çalışmasının özellikle serbest pay sahipleri ve bağlı ortaklık alacaklılarının korunması bakımından gerekliliği konusunda bkz. Roland Ruedin ve Michèle Silbermann, **Les Groupes de Sociétés : Problèmes Actuels-Solutions Futures**, Université de Neuchâtel, faculté de Droit et des Sciences Economiques, Conférences, 1980, s. 63 vd.

⁶⁰⁷ Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 2013, §23-04.

Ülkemizde vergi, sermaye piyasası ve banka hukuku alanındaki münferit düzenlemeler⁶⁰⁸ dışında bu hususa ilişkin herhangi bir düzenlemeye 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na kadar yer verilmemiştir.

Şirketler Topluluğuna ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesi neticesinde, kimi ülkelerin bu kurumu katı kurullarla düzenledikleri dikkati çekmektedir⁶⁰⁹. Buna karşın daha esnek düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Şirketler topluluğunun yıllık hesap bildirimlerinin konsolide biçimde yapılması gerektiğini öngören İsviçre BK m. 663e maddesinin birinci fıkrasında şirketler topluluğunun tanımı yapılmıştır. Buna göre, oy çokluğunu elinde bulundurmamak veya başka bir yolla, bir veya birden çok şirketin tek elden yönetilmesi durumunda, bu şirketler topluluğu tek bir şirketmiş gibi kabul görür. Topluluğun finansal tablolarının konsolide biçimde sunulması zorunludur⁶¹⁰. Oy çokluğu dışında, sözleşmesel veya kişisel bağlantılar ile, tek elden yönetimin sağlanması da şirketler topluluğunun varlığını kabul için yeterlidir.

Şirketler topluluğunun varlığının kabulü bakımından ana şirketin yavru şirketle ilişkisini tanımlayan farklı görüşler mevcuttur. Ana şirketle diğer şirket arasında *tek elden yönetim* ilişkisi olduğunu savunan görüşe göre, ana şirket yavru şirketin faaliyetlerini koordine ediyorsa, ana şirket ve yavru şirket arasında hâkimiyet ilişkisi vardır. Oy oranı veya yönetim kurulunda karar alabilmek için yeterli üyeye sahip olmak gibi öğeler hâkimiyetin tespiti için önemliyse de; bir işletme, yavru ortaklık veya teşebbüs durumunda bulunmasa bile tek elden yönetim altındaysa,

⁶⁰⁸ Özellikle konsolide hesaplarla ilgili olarak bkz. 5411 sa. Bankacılık Kanunu m. 2, 38; 6362 sa. Sermaye Piyasası Kanunu m. 22/II. Ayrıca Türkiye Finansal Raporlama Standartlarında (TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar) bir veya daha fazla işletmeyi (bağlı ortaklıkları) kontrol eden bir işletmenin (ana ortaklığın) konsolide finansal tablo düzenlemesini zorunlu kılmaktadır, www.kgk.gov.tr.

⁶⁰⁹ Bkz. TTK Madde Gerekçeleri, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209 ncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar).

⁶¹⁰ Peter, Les Groupes de Sociétés, s. 51 ve devamı; Henri Torrione, **Art. 663e CO-II**, Commentaire Romande, Code des Obligations II (Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz) (Art. “*madde numarası*” CO-II), 2003, N 13; Mathieu Blanc, **Corporate Governance dans les Groupes de Sociétés**, Thèse de Licence et de Doctorat, Zurich/St Gall, 2010, s. 21 vd.; Michael Bolt, **La Protection des Créanciers Sociaux contre Les Conséquences de la Domination**, Lausanne, 1988, s. 23 vd. İsviçre Hukukunda konsolide finans tablosu sunma zorunluluğu 1991 yılında kanuna girdi. Ancak Federal Mahkemenin 11 Nisan 1975 tarihli bir kararında denetçiler tarafından belli koşulların varlığı durumunda gruba ait bir hesap özeti düzenlenmesi gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Buna rağmen doktrinde bu kararın şirket topluluklarının tanımlanması bakımından yeterli olmadığı görüşü hâkimdir, **Torrione**, Art. 663e CO-II N 3.

topluluğa dahildir. Bir şirket bir diğerinde oy çokluğuna sahip, ancak yönetiminde herhangi bir etkisi yoksa, hâkimiyetin varlığından bahsedilemez⁶¹¹.

Buna karşın, daha ziyade Anglo-Sakson hukukunda etkilerine rastlanan **kontrol** sistemine göre, ana şirket yavru şirketin oy haklarının yarısından fazlasına doğrudan veya dolaylı olarak sahipse, yavru şirketi kontrol ettiği kabul edilir. Kontrol, İsviçre Hukuku'nda ana şirketin, yavru şirketin finansal ve operasyonel politikalarını idare edebilme gücü olarak tanımlanmaktadır⁶¹². Daha belirgin ve matematiksel bir ölçüt olması nedeniyle, TTK⁶¹³'da kontrol ölçütü benimsenmiştir⁶¹⁴. Buna karşın, İsviçre Hukuku'nda Böckli, konsolidasyon zorunluluğu dikkate alındığında sadece oy çokluğunun yeterli olmayacağını, ana şirketin tüm topluluk bakımından tek elden yönetimi gerçekleştirmesi gerektiğini savunmuştur⁶¹⁵.

Türk Ticaret Kanununda, şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin “işletme”lerden değil, ancak sermaye şirketlerinden oluşabileceği kabul edilmiştir. Bunun nedeni ise, şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen bir ülkenin “işletme” gibi geniş

⁶¹¹ Tekinalp, §23-09. İsviçre hukukunda bu durumlarda, iki şirketin konsolide hesap bildiriminde bulunmalarının gerekli olmadığı savunulmaktadır, Torrione, Art. 663e CO-II, N 15.

⁶¹² Torrione, Art. 663e CO-II N 17; Blanc, s. 37, 39; Bolt, s. 17; aynı yönde Ruedin, §2377-2379, yazar şirketler topluluğunun karakteristik özelliğinin tek elden yönetim olduğunu, bu özelliğin de kontrolün fiilen uygulanması ile ortaya çıkacağı görüşündedir.

⁶¹³ TTK m. 195'te, bu ölçütün bir yansıması olarak hakimiyet araçları sayılmıştır: “a) Bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu kullanabiliyorsa;

b) Bir sermaye şirketi diğer bir sermaye şirketini bir sözleşmeye dayanarak veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa;

birinci şirket hâkim (ana), diğeri bağlı (yavru) şirkettir..”

⁶¹⁴ Tekinalp, §23-09. TTK Gerekeçesi'nin 195 ila 209. Maddelerine ait genel açıklamalarında da bu duruma açıkça değinilmiştir: “Bu anlayışa göre, şirketler topluluğunun tepesindeki işletme (bakınız. 195 (6) hükmü) konumuna ve yetkilerine göre, tek elden yönetim için gerekli politikaları oluşturup bunu en alttaki şirketlere kadar uygulatabiliyorsa, hakimiyet ve tek elden yönetim vardır. Yoksa, tek elden yönetimin bulunmaması sebebiyle, her işletme kendi politikalarını uyguluyor, kendi seçtikleri yoldan gidiyorsa hakimiyet ve dolayısıyla topluluk da yoktur. Alman sistemi tek elden yönetimi benimsemiştir. Ancak uygulamada ve öğretilerde genel kabul gören “kontrol” sistemidir. FE iki sistemin bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir. Tasarı, 195 inci maddenin birinci fıkrasından açıkça anlaşıldığı üzere “kontrol” sistemini temel almış, sadece ikinci fıkrasında bir karine kabul etmiştir...”. Kanaatimizce, anılan karine tek elden yönetimin kanun çalışmaları sırasında tamamen göz ardı edilmediğinin bir göstergesidir. Zira 195. Maddede sayılan kontrol araçları çoğunlukla bir şirketin diğer şirketi yönetmesi, finansal ve operasyonel kararlarına etki edebilmesi sonucunu doğurur.

⁶¹⁵ Böckli, §9 N 23'den aktaran, Torrione, Art. 663e CO-II N 17'den naklen; aynı yönde Ruedin, § 2375 vd.

ve sınırları kolay belirlenemeyen bir kavramın esas alınmasının bazı güçlükler yaratabilecek olmasıdır. Buna karşın, TTK m. 195/VI⁶¹⁶,te, *topluluğun tepesinde sermaye şirketi olmayan bir şirket, işletme veya gerçek kişinin de bulunabileceği* hükme bağlanmıştır. Şirketler topluluğunun tepesinde bir teşebbüsün bulunması istisnai bir durumdur. Anılan hüküm, tepeye bir teşebbüs getirilerek, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının önüne geçilmesini engellemek amacıyla öngörülmüştür⁶¹⁷.

Türk hukukunda ana şirketin, bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetinin bir sözleşme ile de kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Hâkimiyet sözleşmesi, TTK m. 195/I, b ve Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 106/I hükümleri dikkate alınarak aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlaşmış bir şekilde ticaret ortaklığının bir sermaye ortaklığının yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşme olarak tanımlanabilir⁶¹⁸.

Şirketler topluluğunda, bağlı şirketlerin karar alma özgürlüklerinin kısıtlanmış olması karakteristik bir özellik olarak ortaya çıkar. Farklı bir ifade ile, topluluğun çıkarı, bağlı şirketin çıkarına üstün gelir⁶¹⁹.

2.6.2.2. Bağlılık Raporları

Türk Ticaret Kanunu, her bir bağlı ortaklığın kendiliğinden veya hakim ortaklığın yönetim kurulu üyelerinden birinin talebi üzerine bağlılık raporu düzenlemesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu rapor ile, bağlı ve hakim ortaklık bakımından her bir faaliyet yılının sonuçları değerlendirilir⁶²⁰. Bağlı ortaklığın

⁶¹⁶ « Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması hâlinde, 195 ilâ 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır. Konsolide yıl sonu tablolarına ilişkin hükümler saklıdır.»

⁶¹⁷ Tekinalp, §23-15.

⁶¹⁸ Tekinalp, §23-29.

⁶¹⁹ Marc Bauen, Robert Bernet ve Nicolas Rouiller, **La Société Anonyme Suisse**, Droit Commercial, Lois Sur la Fusion, Droit Boursier, Droit Fiscal, Schulthess, 2007, §650; Bolt, s. 30; Nina Sauerwein; **La Responsabilité de la Société Mère**, Berne, 2006, s. 104.

⁶²⁰ Tekinalp, § 23-82. Hukukumuzda, bağlı ortaklığın, hakim ortaklıktan ayrı bir rapor düzenlemesine karşın İsviçre hukuku konsolide hesap sistemini kabul etmiştir. İsviçre BK m. 663 ve devamında, anonim şirketin hesap bildirim şekilleri düzenlenmiştir. 663e maddesi, şirket topluluklarının

bağlılık raporunun sonuç kısmına, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunda yer verilir (TTK m. 199).

Bankacılık Kanunu veya Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında olmayan Şirketler Topluluğu⁶²¹ bakımından Türk Ticaret Kanununda, bağlı şirket ile hakim şirket arasındaki ilişkilerin bağlılık raporları ile açıklanması öngörülmüştür. Buna göre bağlı şirket yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içerisinde, şirketin hakim ve bağlı şirketlerle ilişkisi hakkında bir rapor düzenler (TTK m. 199/I). Bağlılık raporu özellikle TTK m. 202 ve 203'te yer verilen sorumluluk davaları ile şirketler topluluğunda söz konusu olabilecek tasarrufun iptali davaları bakımından büyük öneme sahiptir.

2.6.2.2.1. Bağlılık Raporunun Amacı

Bağlılık raporu, bağlı şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanan, bağlı şirketin hakim şirketle ve diğer bağlı şirketlerle olan ilişkilerini, bu ilişkilerden kaynaklanan kazanç ve kayıpları açıklayan bir rapordur. Bu rapor ile pay ve menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi veya şeffaflığı sağlanması amaçlanmaz⁶²². Şirketler topluluğunu düzenleyen hükümler içerisinde, bağlılık raporuna ilişkin 199. Madde, özellikle kayıp ve denkleştirme davaları bakımından önem taşır. Şirketler arasındaki ilişkiyi doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun biçimde açıklayan bağlılık

hesaplarına ayrılmıştır. Anılan madde uyarınca şirketler topluluğu hesaplarını konsolide biçimde sunmak zorundadır. Konsolide tablolar, ana şirketin yavru şirketlerle birlikte tek bir şirketi oluşturdukları kabulünden (varsayımından) hareket eder. Hakim şirket bilançosunda, malvarlıklarının (diğer şirketlerdeki katılımı) ve (bağlı şirketi finanse etmek için imzaladığı sözleşmelerden kaynaklanan) borçlarının dökümünü yapar. Konsolide tabloların, ana şirket pay sahipleri bakımından bazı sakıncaları mevcuttur. Anılan tablolardan, yavru şirketlerin mali durumunun net biçimde anlaşılması güçtür. Zira bu tablolar aslen hakim şirkete ait hesaplardan oluşur. Konsolide tablolardan, bağlı şirketin sahip olduğu malvarlıkları (taşınır/taşınmaz) ile bunların gerçek değerlerinin tespit edilmesi mümkün değildir. Bağlı şirketin mali durumuna ilişkin bilgi almak isteyen pay sahipleri, hakim şirketten bağlı şirketin hesaplarını incelemeyi talep edebilir, Ruedin, §2433-2436.

⁶²¹ Hukukumuzda konsolide tablo beyanına ilişkin hüküm Bankacılık Kanununda yer almaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 38. Maddesine göre ana ortaklık, finansal durum ve faaliyet sonuçları hakkında bir bütün olarak bilgi vermek amacıyla 37 nci maddeye istinaden Kurulca düzenlenen usûl ve esaslar çerçevesinde konsolide finansal raporlar düzenlemek zorundadır. Konsolide finansal rapor kapsamında bulunan kuruluşlar, kendilerinden konsolide finansal raporların düzenlenmesine ilişkin olarak istenecek her türlü bilgi ve belgeyi ilgili ana ortaklığa vermekle yükümlüdür. Benzer bir düzenlemeye, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16. Maddesinde ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları bakımından da yer verilmiştir.

⁶²² Tekinalp, § 23-82.

raporu aynı zamanda pay sahiplerinin bilgi alma haklarını daha bilinçli kullanmaları amacına da hizmet eder⁶²³.

Çalışmamız kapsamı bakımından bağlılık raporu, içeriği nedeniyle şirketler topluluğunda ikame edilebilecek tasarrufun iptali davalarında ispat edilmesi gereken vakıalara ilişkin önemli bir delildir. Raporların ibrazı uyuşmazlık halinde mahkemeden talep edilebilir⁶²⁴.

2.6.2.2.2. Bağlılık Raporunun Kapsamı

İsviçre Borçlar Kanununda özellikle tasarrufun iptali davaları bakımından pay sahipleri veya alacaklıların topluluk içerisindeki işlemlere ilişkin bilgi almak amacıyla kullanabilecekleri iki araç bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda, şirketler topluluğunun ait hesap bildirimleri, öncelikle anonim şirketlere ilişkin 662. Madde hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu yapılan işlemlere ilişkin olarak şeffaflık ilkesine uygun biçimde kar ve zararları gösteren yıllık bir rapor düzenlemek zorundadır. Bu rapor eğer söz konusuysa şirket topluluklarına ilişkin hesapları da içerir⁶²⁵. Bu genel düzenlemenin ardından şirket topluluklarına ilişkin olarak konsolide hesap bildirim zorunluluğunu düzenleyen maddeye yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin amacı özellikle topluluk içerisinde yapılan işlemin iptali için tasarrufun iptali davası açan davacının, topluluk hesaplarına kolaylıkla ulaşabilmesinin sağlanmasıdır. Anılan hesapların açık ve doğru biçimde gösterilmesi esastır⁶²⁶.

TTK m. 199 uyarınca bağlılık raporu “(bağlı) şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan

⁶²³ TTK m. 199’un gerekçesinde bu hususa yer verilmiştir : “ Hüküm, şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk hükümleri ve özellikle 438 ve devamı maddelerde düzenlenmiş bulunan özel denetim ve 437 nci maddede öngörülen inceleme hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde amacı daha iyi anlaşılır. Çünkü pay sahipleri bu rapora dayanarak sorumluluk davası açabilecekleri gibi bilgi alma haklarını daha bilinçli bir şekilde kullanabilirler...”.

⁶²⁴ Tekinalp, § 23-81.

⁶²⁵ Torrione, Art. 662 CO-II N 1-3; Sauerwein, s. 187.

⁶²⁶ Sauerwein, s. 187; Torrione, art. 662a CO-II, N 80 vd.

veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlere” ilişkin açıklamalar içerir. Rapor sonunda, sayılan durumların gerçekleştiği anda,

- Her bir hukuki işlem için uygun karşı edimin sağlanıp sağlanmadığı,
- Alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarar uğrattıp uğratmadığı, uğrattıysa zararın miktarı
- Uğrattıysa zararın denkleştirilip denkleştirilmediği, denkleştirmenin nasıl gerçekleştirildiği, şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı açıklanır.

Faaliyet döneminin ilk üç ayı içerisinde verilecek olan bu ilk raporda hukuki işlemler ile bunlara karşılık verilen edimler yer alır. Kanun topluluk şirketleri arasında yapılan hukuki işlemlerden bir zarar doğsa dahi, bu zararın denkleştirilmesinin faaliyet yılı sonuna kadar yapılabileceğini öngörmüştür. Denkleştirme, karşı edim şeklinde olabileceği gibi, bir menfaate ilişkin istem hakkı şeklinde de olabilir.

Hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin, bağlı şirkete ilişkin sorgulama ve bilgi alma hakkının bir yansıması olarak TTK m. 199/IV’te bağlı şirketten rapor talep etme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, “*Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir*” (TTK m. 199/IV). Bağlı şirketin finansal ve malvarlıksal durumunun hakim şirket tarafından net biçimde görülebilmesi amacına hizmet eden bu rapora ilişkin olarak bağlı şirkete düzenleme yükümlülüğü de getirilmiştir. Bağlı şirket, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir sebebin varlığını ispat ederse, rapor için gerekli bilgi ve belgeleri hakim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekten çekinebilir. Anılan madde anlamında haklı sebep, istenen bilginin hükmün amacı dışında, bir davada veya raporda kullanılacak olması, bilginin rakibe, potansiyel rakibe veya yabancılara verilme tehlikesinin bulunması şeklinde ortaya çıkabilir. Bağlı şirketin istenen

belgeleri vermekten çekinmesi için bu kapsamda bir haklı sebebin varlığını ispat etmesi gerekir. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi bakımından da özel bir sorumluluk hali öngörülmüş, bağlı şirketin verdiği bilgi veya belgeyi bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla istediği anlaşılırsa, bunun sonuçlarından sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm emredici niteliktedir⁶²⁷.

2.6.2.3. Bağlılık Raporlarının Sunulmasının Delillerin İbrazı Bakımından İncelenmesi

Şirketler topluluğu bünyesinde tasarrufun iptali davası, farklı ihtimallerde ortaya çıkabilir. Bir bağlı şirketin diğer bir bağlı şirketle; bağlı şirketin hâkim şirketle veya hakim şirketin bağlı şirketle yaptığı işlemler, İİK m. 278 vd. maddelerindeki koşulları taşıması halinde iptal davasına konu edilebilir. Mali durumu bozulmuş olan bağlı şirkete hakim şirket tarafından patentini değerinin altında bir bedelle diğer bağlı şirkete devretmesi yönünde talimat verilmesi veya yavru şirketin kendi faaliyetinden elde ettiği kârı, hakim şirkete devretmesi halleri bu duruma örnek gösterilebilir. Bağlı ortaklık lehine denkleştirme yapılmış olsa dahi, gerçekleştirilen bu işlem alacaklılara zarar verme kastıyla gerçekleştirilmiş veya borca batık şirketin yaptığı ve iptale tabi olacağı İİK m. 279'da belirtilmiş işlemlerinden biri olabilir⁶²⁸.

Bu kapsamda şirketler topluluğu bünyesinde söz konusu olabilecek tasarrufun iptali davası bakımından bağlı şirketin ve duruma göre hakim şirketin bağlılık raporları, iptale tabi işlemin varlığının ispatında büyük önem taşır.

Temelde hakim şirketin kontrolünde olsa da ayrı tüzel kişiliği haiz olmaları nedeniyle bağlı şirketler tasarrufun iptali davasında işlemin niteliğine göre davalı/borçlu veya üçüncü kişi konumunda bulunabilirler. Benzer durum hakim şirket bakımından da söz konusudur.

Kural olarak bağlılık raporlarının gizliliği esas ise de, mahkemenin talebi halinde bu raporların mahkemeye ibraz edilmesi gerekir.

Bağlı şirketin alacaklısının açtığı tasarrufun iptali davasında davalı bağlı şirketin ve duruma göre diğer bağlı şirket veya hakim şirketin raporlarını sunması,

⁶²⁷ 6102 sa. Türk Ticaret Kanunu Madde gerekçesi.

⁶²⁸ Peter, Les Groupes de Sociétés, ss. 25-26; Bolt, s. 122.

HMK m. 219 ve 220 kapsamında gerçekleşir. Davacı alacaklı veya davalı şirket, delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmalıdır (HMK m. 219/I). Mahkeme dilekçede dayanıldığı belirtilen belgelerin ibrazını re'sen isteyebilir⁶²⁹. Tarafın belgeyi ibraz etmemesinin yaptırımını ise HMK m. 220'de düzenlenmiştir. Buna göre belgenin ibraz edilmemesi halinde mahkeme karşı tarafın beyanı kabul edebilir. Ancak bu sonuç için kanun bazı koşulların gerçekleşmesini aramıştır. Öncelikle ibraz talebinin kanuna uygun ve ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna mahkemece kanaat edilmesi gerekir. Buna ek olarak kendisinden ibraz beklenen taraf ya bu belgenin elinde olduğu ikrar etmiş, ya talep karşısında suskun kalmış da belgenin kendisinden ibraz beklenen tarafta bulunduğu resmi bir kayıtla yada bir başka belgeden anlaşılmış olmalıdır. Bu üç ihtimalden birinin somut olayda gerçekleşmesi halinde mahkeme karşı tarafa belgenin ibrazı için kesin süre verir. Belgenin elinde olmadığını iddia eden veya belgenin kendisinde olduğunu inkâr eden tarafa yemin teklif edilir (HMK m. 220/II). Kendisinden belgenin ibrazı beklenen taraf, verilen kesin sürede belgeyi ibraz etmez; aynı süre içerisinde belgeyi ibraz etmemesini haklı gösterecek kabul edilebilir bir mazeret göstermez; belgenin elinde olduğunu inkâr eder veya yemini icra etmezse mahkeme diğer tarafın beyanını kabul edebilir (HMK m. 220/III).

Davalı şirket bakımından durum böyleyken, tasarrufun iptali davası bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan hakim veya duruma göre bağlı şirket bakımından da bağlılık ve faaliyet raporlarının ibrazının HMK m. 221'e göre yapılması gerekir. Buna göre mahkeme, üçüncü kişi hakim veya bağlı şirketin şirketler topluluğu bünyesinde düzenlemek zorunda oldukları raporların ibrazını emredebilir (HMK m. 221/I). Hakim veya bağlı şirket raporu ibraz edememesi halinde bunun nedenini delilleri ile açıklamak zorundadır. Üçüncü kişi konumundaki hakim veya bağlı şirket, belgeyi ibrazdan ancak tanıklıktan çekilmeye ilişkin hükümlere dayanarak çekinebilir (HMK m. 221/III). Şirketler topluluğu bünyesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tanıklıktan çekilmeye ilişkin HMK m. 250/I, b bendi özellik ahzedebilir. Anılan hükme göre, tanığın beyanı meslek veya sanatına ait

⁶²⁹ Umar, Şerh, s. 685; hatta hakime 1086 sayılı HUMK m. 75 kapsamında hakime tarafların ileri sürmediği ve dayanmadığı delillerin de re'sen ibrazını isteyebileceği, ancak bunun sadece dava dosyasından anlaşılabilir veya dava dosyasında dayanağı bulunan deliller bakımından mümkün olabileceği yönünde görüş için bkz. Erdönmez, s. 177.

sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse tanıklıktan çekinme mümkündür. Bu hükmün şirketler topluluğuna uygulanması halinde, bağlı veya hakim şirketin raporun ibrazından, topluluğa ait ticari sırların açığa çıkma ihtimali nedeniyle çekinip çekinemeyeceği sorusu akla gelebilir. Benzer bir sorun davalı konumundaki şirketin, yine ticari sır gerekçesiyle bağlılık veya faaliyet raporunu ibrazdan kaçınıp kaçınmayacağı noktasında da ortaya çıkar.

Ticari sır kavramı, ticari, iktisadi ve mali sektörlerde hizmet veren ticari işletmeler, şirketler, para ve sermaye piyasaları bakımından bir üst kavram olarak değerlendirilmelidir⁶³⁰. Bu tespitin ışığında ticari sır, tacir tarafından oluşturulan ve tacirin üçüncü kişilerden gizlemekte haklı olduğu bilgilerin tümü olarak tanımlanabilir⁶³¹. Önceden de değinildiği üzere bağlılık veya faaliyet raporu sadece şirketler topluluğu bünyesinde gerçekleştirilen hukuki işlemlere ilişkin açıklamaları değil; alınan veya alınması öngörülen önlemlere ilişkin açıklamaları da içerir. Bu anlamda bağlılık veya faaliyet raporu, şirketler topluluğunun küçük aktörü bağlı şirket üzerinden topluluğun ticari stratejileri ve projelerine ilişkin önemli bilgiler içerir.

Bağlılık veya faaliyet raporunun ibrazının mahkeme tarafından emredilmesi durumunda üçüncü kişi konumundaki şirketin, bağlılık veya faaliyet raporunun ticari sırları içermesi nedeniyle ibrazdan kaçınabileceği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu durum hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir. Zira, topluluk içerisinde şirketlerden biri aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması nedeniyle alacaklıların iptal davasına başvurmaları durumunda, bağlılık veya faaliyet raporları topluluk şirketleri arasında gerçekleştirilen işlemlerin en net gözlemlenebileceği delildir. Ayrıca her ne kadar ayrı tüzel kişilikleri bulunsun da, şirket topluluklarında ana şirketin sırrının aynı zamanda topluluk şirketinin sırrı olarak değerlendirilmesi gerekir⁶³².

Denkleştirmenin yapılmamış olması, özellikle İİK m. 280 anlamında zarar verme kastının varlığına ilişkin önemli bir emaredir. Dolayısıyla HMK m. 221/III

⁶³⁰ Asuman Turanboy, **Ticari Sır**, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s. 360.

⁶³¹ Poroy ve Yasaman, s. 342; Bergeaud, §554; Erdönmez, s. 327-328; Turanboy, s. 359 vd.; bankacılık sırlarında bankacının işbirliği yükümlülüğü hakkında bkz. Jeandin, Secret Bancaire, ss. 62-63.

⁶³² Erdönmez, s. 332, belgeyi ibraz mecburiyetinde bulunan kişilerin mahkemeden, sırrın korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir, Bilge ve Önen, s. 585.

hükmünün atfıyla uygulama alanı bulacak olan HMK m. 250/I, b şirketler topluluğu bünyesindeki bir bağlı şirkete karşı açılacak iptal davaları bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Farklı bir ifade ile şirket topluluğunda ayrı tüzel kişiliklerin bulunması nedeniyle grup şirketlerinden birinin veya ana şirketin belgeyi ibrazdan kaçınmasının haklı sebep olarak değerlendirilmesi bazı sorunları da beraberinde getirir.

İktisadî, ticarî ve malî sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticarî işletme ve şirketler, bankalar, sigorta şirketleri ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumlarının ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının talep edilmesi, verilmesi, kullanılması ve korunmasına ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek amacıyla hazırlanan Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı⁶³³ halen Adalet Komisyonu'ndadır. Bu tasarı kapsamında bulunan sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulunduranlar mahkemelere sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler (Tasarı m. 5/I). Bu tasarinin yasalaşması halinde, üçüncü kişi konumundaki şirketin ticari sırları içermesi nedeniyle bağlılık veya faaliyet raporlarını mahkemeye ibraz etmekten çekinmesine imkân kalmayacaktır.

Anılan kanun yürürlüğe girmese dahi, şirketler topluluğunda grup şirketlerinden biri veya ana şirket aleyhine açılan tasarrufun iptali davasında, davanın tarafı olmayan ve üçüncü kişi konumunda kalan şirket, ticari sır sebebine dayanarak bağlılık ve faaliyet raporunu ibrazdan çekinemez. Az önce de değindiğimiz üzere, bu raporlar aslen şirket topluluğuna ilişkin ticari sırları içerir; buna bağlı olarak topluluğun bir parçası olan şirketin sırrı, aynı zamanda davalı konumundaki şirketin de sırrı olarak değerlendirilmelidir. İster davalı, isterse üçüncü kişi konumunda olsun, topluluk şirketlerinin raporlarını ibrazdan kaçınma istekleri, davacının topluluğun ticari sırlarına vakıf olmasının istenmemesine de dayanabilir. Ticari sırı belgeyi ibrazdan kaçınmak için mutlak bir haklı sebep olarak kabul etmemek gerekir. Raporun içerdiği sırrın açıklanması, kimi zaman topluluk bakımından objektif bir zararın doğmasına neden olmaz. Dolayısıyla ancak ticari sırrın açığa çıkmasının topluluğun mutlak olarak bir zararına yol açacağına ortaya koyulduğu hallerde, ticari sırı dayanılarak belgeyi ibrazdan kaçınılabılır.

⁶³³ Dönemi ve Yasama Yılı: 24/2, Esas No: 1/483.

Acaba HMK m. 220/III, iptal davasının tarafı davalı bağı şirkete de bağılık veya faaliyet raporlarının ticari sırları içerdiğini ileri sürerek mazeret bildirme imkânı tanımakta mıdır? Davalı şirketin ticari sırları içerdiğini ileri sürerek raporu ibraz etmemesi, davacı alacaklının beyanının kabul edilmesi şeklinde bir yaptırıma bağlanmıştır. Kanaatimizce davanın aleyhine sonuçlanması şeklinde ortaya çıkan bu yaptırım, davalı şirketi bağılık ve faaliyet raporlarını mahkemeye sunmasına yönlendirmek için yeterli bir yaptırımdır.

2.6.2.4. Bağılık Raporlarının Delil Değeri

İsviçre hukukundaki konsolide hesaplar ile topluluk içerisinde yapılan işlemlere ait raporların, Türk Hukuku bakımından ise bağılık raporlarının, tasarrufun iptali davası bakımından büyük önem taşıdıkları açıktır. Bu açıdan TTK m.199/II (İsvBK m. 662/II) de yer alan bağılık raporlarının doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olması gerektiği şeklindeki ilke önem kazanır. Zira açılan davada, davacı, sadece tasarrufa konu işlemin gerçekleştiğini değil, işlemin miktarını⁶³⁴ da ispat etmek durumundadır. Bu faaliyet özellikle işlemin konusunu oluşturan edimin bir pazar değerinin olmadığı durumlarda zorlaşır⁶³⁵. İsviçre Hukuku'ndaki konsolide hesap bildirimini temel olarak şirketler topluluğunun tek bir şirket olduğu fiksiyonundan hareket eder⁶³⁶. Dolayısıyla, denkleştirildiği müddetçe şirketler arasındaki hukuki işlemler konsolide hesapta kalem olarak yer almaz⁶³⁷.

Hukukumuzda şirketler topluluğu içerisinde yapılan hukuki işlemlerin ve bunlara karşılık verilen edimlerin veya menfaatlerin ayrı ayrı gösterilmesi, tasarrufun iptali davasının davacısı bakımından önemli bir ispat kolaylığı sağlar. Denkleştirme zorunluluğu ile birlikte Hukukumuzda hukuki işlemlerin faaliyet yılının ilk üç ayı içerisinde bir rapor olarak sunulması, tasarrufun iptali davasının

⁶³⁴ Ancak alacaklının alacağından tatmin edilmemiş kısım, hukuki fiilin değerinden azsa, tasarrufun iptali davasının konusunu bu tatmin edilmemiş kısım oluşturur, Umar, İptal Davası, s. 20.

⁶³⁵ Sauerwein, s. 187.

⁶³⁶ Torriane, Art. 663e CO-II, N 1, 4.

⁶³⁷ İsviçre hukukunda kabul edilen ve şirketler topluluğunun varlığının kabulü için aranan “*tek elden yönetim*” kriterinin bir sonucu olarak, topluluk şirketlerinin ayrı ayrı hesapları yanında, topluluğunun tek bir şirket gibi değerlendirilip konsolide bir bildirim yaptığı genel bilanço bildirimini zorunluluğu vardır. Topluluğun tek bir şirket gibi kabulü ve hesabın konsolide bildirilmesi, şirketler arasında yapılan işlemlerin dökümüne genel bilançoda yer verilmesini gereksiz kılar. Torriane, art. 663e CO-II N 6; Bauen ve diğerleri, §653; Sauerwein, s. 187.

davacısı bakımından iki aşamalı bir kontrol imkânı sağlar. Zira davacı, iptalin konusunu üç aylık faaliyet raporunda yer verilen hukuki işlemin varlığını bu ilk raporla, işlemin miktarını (dolayısıyla ne kadarlık bir tasarrufun iptal edileceğini) yıllık faaliyet raporuna dayanarak ispat edebilir. Bunun yanında faaliyet raporuna göre denkleştirmenin yapılmamış olması, özellikle İİK m. 280 anlamında zarar verme kastının varlığına ilişkin önemli bir emare teşkil eder. İşte bağlılık raporları, tek elden yönetim ve konsolide tablo bildirim sistemlerini kabul etmeyen Hukukumuz bakımından ticari defterleri tamamlayan oldukça önemli bir delildir. Kanaatimizce, şirketler topluluğuna bağlı bir şirket aleyhine ikame edilen tasarrufun iptali davasında, ticari defterlerin incelenmesi sırasında bağlılık ve faaliyet raporlarının da mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Bu raporlar olmadan yapılacak inceleme, şirketler arasındaki ilişkiyi ve buna bağlı olarak yapılan hukuki işlemin ispatında yetersiz kalacaktır. Şüphesiz bağlılık ve faaliyet raporları ticari defterler bakımından öngörülen şekil şartlarına tabi değildir. Buna karşın bu raporlar, kanunun şirketler topluluğu bünyesinde düzenlenmesi sorunluluğunu öngördüğü belgeler olup, takdiri delil niteliğindedir. Dolayısıyla ticari defterlerin tabi olduğu ispat rejimi bağlılık ve faaliyet raporları bakımından geçerli olmasa da, bu raporlar, şirketler topluluğu bakımından ticari defterler kadar önem taşır. Hâlihazırdaki düzenleme bu raporlar ile ticari defterleri ispat güçleri bakımından denk tutmamaktadır. Ancak şirketler topluluğuna ilişkin bir uyuşmazlıkta hakim davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, ticari defterler yanında bu raporların da ibrazını istemelidir. Tasarrufun iptali davasında hakim delilleri serbestçe değerlendirebilmesi, bağlılık raporlarını da iptale tabi olduğu ileri sürülen işlemin ispatı önemli bir delil haline getirir. Bu şekilde yapılacak delil değerlendirmesi, hakim ve bağlı şirket arasındaki bağı ve buna bağlı olarak bu şirketler arasında gerçekleştirilen işleme hakim olan iradenin ispatına hizmet edecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL DAVASIYLA İLGİLİ VE BAĞLANTILI ÖZEL DURUMLARDA

İSPATA İLİŞKİN ÖZELLİKLER

Hukukumuzda borç ödemedenden aciz vesikasına veya alacaklıları zarar uğratma kastının varlığına bağlanan tek dava türü tasarrufun iptali davası değildir. Farklı bir deyişle; borçlu adına düzenlenmiş bir aciz vesikasının veya borçlunun alacaklılarına zarar verme kastının varlığı halinde alacaklılar, uyuşmazlığın türüne göre iptal davası dışında da farklı yollara başvurabilirler. Farklı hukuk dallarında bu tip düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bu durum önceden de değindiğimiz üzere iptal kavramının maddi hukukta ifade ettiği anlamın doğal bir sonucudur.

Bu bölümde, hukukumuzda yer alan ve aciz vesikasının varlığına veya alacaklılara zarar verme kastına bağlanan tüm durumları incelemeyeceğiz. Bu bölümün konusu, iptal davası ile yarışabilecek veya alacaklı bakımından iptal davası yanında alternatif bir yaratabilecek dava tiplerinin incelenmesidir. İncelememizin kapsamı, ispat hukuku ile sınırlıdır. Yani her bir dava türü bakımından ispata konu vakıalar ve varsa ispat kolaylıkları açıklanacak; davacının hangi davayı açmasının iddiasının ispatı bakımından daha avantajlı olduğu değerlendirilecektir.

3.1 TMK M.617 (İSV MK 578) VE TMK M. 562 (İSV MK M. 524) UYARINCA MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ KORUNMASI İÇİN AÇILACAK DAVALAR

3.1.1. Genel Olarak

Medenî Kanunumuzda mirasbırakanın alacaklılarının veya saklı paylı mirasçılarının korunması için çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. En genel ifadesiyle, mirasbırakana dava açabilecek iki grup vardır. Bunlar mirasbırakanın alacaklıları ve saklı paylı mirasçılardır.

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları, paylarına zarar vermesi durumunda mirasbırakanın malvarlığı üzerinde yaptığı ölüme bağlı tasarrufların iptalini (TMK m. 557-558) dava edebilecekleri gibi, tenkis (TMK m. 560) veya mirasbırakanın

sağlığında yaptığı sağlararası kazandırmalara ilişkin olarak denkleştirme (TMK m. 669-672) de talep edebilirler. Yine mirasçılarının mirasbırakanının muvazaası nedeniyle tapu iptal davası veya miras sebebiyle istihkak davası açmaları da mümkündür⁶³⁸. TMK m. 565⁶³⁹ uyarınca, mirasbırakanının sağlığında yaptığı bazı karşılıksız kazandırmalar da tenkis davasına konu edilebilir.

Çalışmamız, mirasbırakanının saklı paylı mirasçılarını bakımından değil; alacaklıların başvurabileceği imkânlar bakımından Medenî Kanunumuzda yer alan düzenlemelerin incelenmesini gerektirmektedir. Mirasbırakanının alacaklıları, mirasçılarının mirası kabul edip etmemelerine göre farklı yollara başvurabilir.

Mirasbırakanının alacaklılarının miras hukukunda kapsamlı bir korumaya sahip olduklarını söylemek mümkündür. Mirasın açılması ile birlikte tereke yasa gereği (ipso iure) ve bütün olarak mirasçılara geçer⁶⁴⁰. Mirasçılar tereke borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar (TMK m. 488). Bu durumda mirasbırakanının alacaklılarının mirasçılara başvurması mümkündür. Miras ister red, isterse kabul edilmiş olsun, terekenin resmi tasfiye yoluyla tasfiyesinin iflas yoluyla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu şekilde gerçekleşen tasfiye sırasında, iflas idaresi mirasbırakanının alacaklıları bakımından bir muhatap olmaktadır⁶⁴¹. İflâs idaresi, tıpkı normal bir iflas yoluyla takipte olduğu gibi, gerekli olduğu anda mirasçılar veya mirasbırakanının yaptığı işlemlerin halefleri aleyhine tasarrufun iptali davası ikame edebilir.

Alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket eden mirasçının alacaklılarının korunması bakımından ise Medenî Kanunumuzun ayrı hükümler sevkettiğini görmekteyiz. Genel olarak bu düzenlemelerin mirasçının malvarlığının yeniden tesisine yöneldiğini söylemek hatalı olmaz.

⁶³⁸ İnan ve diğerleri, ss. 445-446.

⁶³⁹ “Aşağıdaki karşılıksız kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabidir:

1. Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,
2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,
3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,
4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar.”

⁶⁴⁰ İnan ve diğerleri, s.497; Piotet, FJS III, s. 1.

⁶⁴¹ Karş. yukarıda “1.1.3.2.4. Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Paylaştırılması Halinde Mirasçılarının Davacı Sıfatı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

TMK m. 617'ye göre alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddeden mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi bu reddin iptalini dava edebilirler. Ölümüne bağlı tasarruf ile saklı payı zedelenen mirasçının, bu durumu alacaklıları aleyhine kullanması ihtimali için kanun benzer bir düzenleme getirmiş; iflas idaresi veya ellerinde borç ödemededen aciz vesikası bulunan alacaklıların mirasçıyı tenkis davası açmaya zorlayabileceklerini hükme bağlamıştır (TMK m. 562/I). Tenkis davası açmayan mirasçının yerine iflas idaresi veya alacaklılar tenkis davasını açabilir. Bu davalar da tıpkı iptal davası gibi mirasçı/borçlunun malvarlığının yeniden tesis edilmesi amacını güder⁶⁴².

İlk bakışta tasarrufun iptali davası ile aynı amaca hizmet ettiği sonucuna ulaşılabilecek bu davaları özellikle tarafları ve dava konusu bakımından incelemek gerekir. Bu inceleme neticesinde davalar arasındaki fark ve dava haklarının yarışıp yarışmayacağı daha net anlaşılacaktır.

3.1.2. TMK m. 562 (İsvMK m. 524) Uyarınca Mirasçının Alacaklıları Tarafından Açılabilir Tenkis Davası

Genel olarak tenkis davası, tenkise tabi tasarrufun saklı pay oranında indirilmesine yönelik yenilik doğurucu bir davadır. Mirasbırakanın mirasçılarının saklı payını ihlal eden tasarrufları bu şekilde dava yolu ile geçersiz kılınacaktır⁶⁴³. Tenkis

⁶⁴² İlhan Helvacı, **Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi, (MK m. 605- MK m. 618)**, İstanbul, 2002 (Mirasın Reddi), s. 212. Piotet, maddi hukuk ve takip hukukunun alacaklılara tanıdığı bu imkanları, yönelikleri işlemlere göre tanımlamıştır. Yazara göre takip hukukunun sağladığı iptal davası imkânı borçlunun olağan olmayan ve uyumsuzluk konusu yapılabilecek işlemlerine yönelikken; medeni hukukun tanıdığı ve aşağıda incelemeye çalışacağımız imkânlar, aslında geçerli biçimde yapılmış devir veya işlemleri bazı yaptırımlara bağlar, Paul Piotet, **La Responsabilité Du Répudiant Ou Renonçant Envers Les Créanciers Successoraux Comparée Aux Solutions Des Art. 193 CC et 285 SS LP**, (Répudiant) RNRF 74/1993, s. 77. İptal davası da aslında kural olarak geçerli işlemleri konu edinir. Bu işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi, işlemin icra takibinin semeresini azaltmak iradesiyle belli bir zaman aralığında gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Aslında yazarın örneğini verdiği mal rejiminin değiştirilmesi veya tasfiyesine ilişkin düzenleme de benzer bir nedenle getirilmiştir. Bu iki kurum arasındaki fark, birinde sorumluluğun takip hukuku ile sınırlı olması, diğerinde ise, lehine kazandırma yapılan eşin edindiği değer miktarında şahsen sorumlu olmasıdır. Yani yasa koyucu, lehine kazandırma yapılan eş de, diğer eş yanında sorumlu tutarak bir yaptırım getirmiştir.

⁶⁴³ Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 217; Serozan ve Engin; §3, 81; Antalya, s. 305; İnan ve diğerleri, s. 387; Ayan, s. 174; Dural ve Öz; s. 271.

davası, kural olarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü aşmasının bir yaptırımıdır. Bu dava geçmişe etkili olup, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm ifade eder⁶⁴⁴.

TMK m. 560'de yer alan ve saklı paylı mirasçuları korumak amacıyla getirilen bu düzenleme, iflas etmiş veya borç ödemededen aciz içinde bulunan saklı paylı mirasçının alacaklıları bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Saklı paylı mirasçı, elde edeceği payın nasıl olsa alacaklıların veya iflas idaresinin eline geçeceğini düşünerek dava açmaktan kaçınmış olabilir⁶⁴⁵. Bu durumu öngören kanunkoyucu, saklı paylı mirasçının alacaklılarına da tenkis davası açma imkânı tanımıştır. Anılan hükme göre "*Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflası halinde iflas dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflas idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler...*". Tenkis davasının alacaklılar tarafından da saklı paylı mirasçının malvarlığını yeniden tesis etme amacıyla açılabilceğini düzenleyen bu hüküm, saklı paylı mirasçının borç ödemededen acizi veya iflas etmiş olması şartına bağlandığından, tasarrufun iptali davası ile karşılaştırılarak incelenmesinde fayda vardır.

3.1.2.1. Davanın Tarafları

Kural olarak tenkis davasında davacı sıfatı saklı paylı mirasçıya aittir. TMK m. 562 düzenlemesi ile, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, saklı paylı mirasçının alacaklıları ve iflas idaresinin de bu davayı açabileceği öngörülmüştür⁶⁴⁶. Saklı paylı mirasçı (iflasa tabi olup olmamasına göre) borç ödemededen aciz vesikasına sahip⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ İnan ve diğerleri, s. 387.

⁶⁴⁵ İmre ve Erman, s. 249; Serozan ve Engin; §3, 92.

⁶⁴⁶ Öncelikle saklı paylı mirasçının mirasbırakana bu davayı açma hakkının bulunması gerekir. Örneğin saklı paylı mirasçı mirasçılıktan çıkarılmışsa, bu mirasçının alacaklıları ve iflas idaresinin de tenkis davası açma hakları yoktur. Miras payını alacaklılarından kaçırmak amacıyla dahi olsa, altsoyu lehine mirasbırakan ile mirastan feragat sözleşmesi yapan mirasçı mirasçılık sıfatını kaybettiğinden, bu mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi de TMK m. 562'ye dayanarak tenkis davası açamaz. Bu yönde bkz. JdT 2013 II s. 227, §5.

⁶⁴⁷ Doktrinde alacaklının mutlaka saklı paylı mirasçı aleyhine borç ödemededen aciz vesikasına sahip olmasına gerek olmadığı, borç ödemededen aciz vesikası olmaksızın da alacaklının tenkis davası açabileceği görüşü ileri sürülmüştür, Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 221. Aksi yönde bkz. İnan ve diğerleri, s. 393; İmre ve Erman, s. 250; Ayan, s. 177; Antalya, s. 308.

veya iflas etmiş olmalıdır. Alacaklıların veya iflas idaresinin bu davayı açabilmelerinin bir diğer koşulu da saklı paylı mirasçılarının alacaklıları veya iflas idaresinin, saklı paylı mirasçıyı tenkis davası açması yönünde ihtar etmiş; bu ihtara rağmen saklı paylı mirasçının tenkis davası açmamış olmasıdır⁶⁴⁸. Bu koşulların gerçekleşmiş olması halinde, alacaklılar veya iflas idaresi, tahsil edilemeyen alacakları oranında tenkis davasını saklı paylı mirasçının yerine geçerek açabilir⁶⁴⁹.

Tenkis davası, sonradan kendisine yapılan kazandırmayı bir üçüncü kişiye devretmiş olsa dahi, kendilerine saklı pay ihlal edilecek şekilde kazandırma yapılmış kişilere yöneltilir. Ancak kazandırma konusunu devralan üçüncü kişi kötünietliyse; farklı bir ifade ile tenkis yükümlüsü bu malı tenkisten kaçırmak amacıyla devrettiyse ve üçüncü kişi de bu amaçla devraldıysa, tenkis davası üçüncü kişiye de yöneltililebilir⁶⁵⁰.

3.1.2.2. Davanın Konusu ve İspata Konu Vakıalar

Ölüme bağlı tasarruflar hangi tarihte yapıldığına bakılmaksızın, saklı payı zedelediği ölçüde tenkise tabidir (TMK m. 560). Bununla birlikte bazı sağlararası karşılıksız kazandırmaların da tenkise tabi olacağı TMK m. 565⁶⁵¹'te hükme bağlanmıştır. Alacaklılar veya iflas idaresinin açacağı tenkis davasında, tıpkı saklı paylı mirasçının açacağı tenkis davasında olduğu gibi öncelikle işlemin tenkise tabi kazandırmalardan biri olduğunun ispatlanması gerekir. Dolayısıyla saklı payı zedeleyen işlemin ölüme bağlı tasarruf veya TMK m. 565'te sayılan sağlararası kazandırmalardan biri olduğu vakıasından lehine hak çıkaran davacı taraf, bu vakıaya ilişkin ispat yükünü de taşır. İspatı gereken bir diğer vakıa da, mirasbırakanın yaptığı

⁶⁴⁸ Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 221; İmre ve Erman, s. 249; Serozan ve Engin; §3, 92; Antalya, s. 305; İnan ve diğerleri, s. 393; Ayan, s. 177.

⁶⁴⁹ İnan ve diğerleri, 393; Serozan ve Engin; §3, 83; Ayan, s. 178.

⁶⁵⁰ İnan ve diğerleri, 394; Antalya, s. 306-307; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 221; İmre ve Erman, s. 251; Ayan, s. 178. Ayrıca bkz. 13.01.1975 tarih ve 7/1 sayılı YİBK.

⁶⁵¹ Anılan hüküm uyarınca tenkise tabi olacak sağlararası karşılıksız kazandırmalar aşağıdaki gibidir:
“1. Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,
2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,
3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,
4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar.”

bu işlem ile saklı payın zedelendiği, yani saklı paylı mirasçı bakımından zarar doğduğu vakıasıdır. Saklı paylı mirasçı yerine dava açan alacaklı veya iflas idaresi de bu vakıayı ispat yükü altındadır.

Davacı alacaklı veya iflas idaresi, saklı paylı mirasçıyı, tenkis davasını açması için ihtar ettikleri buna rağmen saklı paylı mirasçının tenkis davası açmadığı şeklindeki koşul vakıayı da ispatlamalıdır⁶⁵². Zira bu vakıanın ispatsız kalması halinde dava, dava şartı⁶⁵³ yokluğundan reddedilecektir.

Nihayet davacı alacaklının saklı paylı mirasçının borç ödemededen aciz halinde bulunduğunu da ispat etmesi gerekir. İflâs idaresi tarafından açılan davada ise, saklı paylı mirasçının borç ödemededen aczinin ispatına gerek yoktur.

3.1.2.3. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız TMK m. 562 uyarınca alacaklı tarafından açılacak tenkis davası da, tıpkı tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, borçlu/saklı paylı mirasçının malvarlığının yeniden tesisi amacına yönelir. Hakkında borç ödemededen aciz vesikası düzenlenmiş bir borçlu aleyhine alacaklı, bu aciz vesikasına dayanarak iptal davası açabilir. Borçlu aleyhine elinde aciz vesikası bulunan alacaklının TMK m. 562 kapsamında tenkis davası açarak, borçlu/saklı paylı mirasçının el atılabilecek malvarlığının dışında bırakmaya çalıştığı saklı payının ihlal edilen kısmına da başvurma imkânı vardır. Benzer bir sonuca iflas idaresinin açacağı iptal davası bakımından da ulaşılabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, tenkise konu edilecek işlemin aynı zamanda mirasçının yaptığı bir kazandırma işlemi olmasının mümkün olmamasıdır. Zira tenkis, mirasbırakanın mirasçılardan biri lehine yaptığı kazandırma nedeniyle diğer mirasçıların saklı paylarındaki azalma olması durumunda söz konusu olur. Bu durumda, iptal davası ancak mirasçılar arasındaki işlemler nedeniyle açılabilir ki; bu işlemler de tenkis davasının konusunu oluşturmaz. Borçlunun kendi hareketi nedeniyle malvarlığının artışı engellediği durumlar⁶⁵⁴ ile mirasbırakanın yaptığı işlem nedeniyle borçlu/saklı paylı mirasçının malvarlığının

⁶⁵² Umar ve Yılmaz, s. 123.

⁶⁵³ İhtarın dava şartı olduğu yönünde bkz. İnan ve diğerleri, s. 393.

⁶⁵⁴ Örneğin mirasın reddi için bkz. yukarıda “1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili” başlığı altında yapılan açıklamalar.

eksilmesi halleri bu noktada birbirinden ayrılır. Zira mirasın reddi örneğinde olduğu gibi, borçlu kendi yaptığı işlemle malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı engellemekteyken; tenkise konu tasarrufta borçlu/saklı paylı mirasçının bir dahli yoktur. İşlem mirasbırakanın iradesine dayanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, tenkis davası ile tasarrufun iptali davası açma imkânın aynı somut olay bakımından ortaya çıkmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

3.1.3. TMK m. 617 (İsvMK 578) Uyarınca Mirasçının Alacaklıları Tarafından Açılabilecek Mirasın Reddi İşleminin İptali Davası

Türk Medenî Kanunu, mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunması için, özel bir hüküm içermektedir. Anılan hüküm aciz halinde olan veya iflas etmiş mirasçının, mirası reddetmesiyle alacaklılarının zarar görmesini engellemek amacıyla getirilmiştir. Yine bu hüküm ile mirasçının mirası reddetme hakkını alacaklılarının zararına kullanmasını önünde geçilmek istenmiştir⁶⁵⁵. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, TMK m. 617'nin mirasın reddini mirasçının alacaklıları bakımından düzenlemesidir. Mirasın reddinin mirasbırakanın alacaklılarına etkisi ise TMK m. 618'de düzenlenmiştir. Mirasbırakanın ölümü tarihinde borç ödemedi aciz halinde bulunması hükmi retle sonuçlanır. Bu şekilde iflas yolu ile tasfiye edilecek olan terekede mirasbırakanın alacaklılarının iptal davası açma imkânı, iflas yoluyla takipteki gibidir. Biz ise burada, mirasçının alacaklılarının korunması için öngörülmüş olan mirasın reddini iptal imkânını inceleyeceğiz⁶⁵⁶.

3.1.3.1. Davanın Tarafları

TMK m. 617'de düzenlemesini bulan dava, alacaklılar veya iflas idaresi tarafından açılır. Reddin iptali davasının mirası red eden mirasçıya ve red eden mirasçının mirasçılara karşı açılması gerekir⁶⁵⁷. İsviçre doktrininde

⁶⁵⁵ İmre ve Erman, s. 355; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 254; Serozan ve Engin; §6, 84; Dural ve Öz, s. 409.

⁶⁵⁶ Ayrıca karşı. “1.1.3.2.4. Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Paylaştırılması Halinde Mirasçılardan Davacı Sıfatı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁵⁷ İnan ve diğerleri, s. 515; Antalya, s. 390-391; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 254; İmre ve Erman, s. 355; Ayan, s. 230; Anouchka Hubert-Froidevaux, **Art. 578 CC-** Commentaire du Droit des

Deschenaux/Steinauer, bu davaya tasarrufun iptaline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğinden bahisle davanın sadece mirası red eden mirasçıya değil, mirasın reddinden yararlanan mirasçıya karşı da açılması gerektiği görüşündedir⁶⁵⁸.

3.1.3.2. Davanın Konusu ve İspata Konu Vakıalar

Davanın konusunu, red edilen mirasın mirasçının malvarlığına eklenmesi oluşturur. Mirasın reddinin iptal edilebilmesi için öncelikle mirası reddeden mirasçının mevcudunun borçlarından az olması gerekir. Kanun bu hüküm bakımından açıkça borca batıklığı aramaktadır⁶⁵⁹.

Mirasın reddinin iptali davasının açılabilmesi için mirasçının sırf alacaklılarına zarar verme kastı ile mirası reddetmiş olması gerekir. Bu işlem nedeniyle zararın doğması gerekmez, zarar verme kastının varlığı yeterlidir⁶⁶⁰. Zarar verme kastının varlığını ispat yükünü alacaklı taşır⁶⁶¹. Zarar verme kastı, TMK m. 617'nin koşul vakıalarından olup, zarar verme kastının bulunmadığı hallerde mirasın reddi mümkün değildir⁶⁶². Zarar verme kastının ispatı bakımından TMK m. 617'de, iptal davasında olduğu gibi, ispatı kolaylaştırıcı bir karine öngörülmemiştir. Dolayısıyla hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak zarar verme kastının varlığını araştıracaktır.

Mirası reddeden borçlunun, alacaklarını karşılayacak miktarda teminat vermemiş olması da, bu dava bakımından ispatı gereken koşul vakılardan biridir. Bu

Successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR), Berne, 2012 (Art. “*madde numarası*” CC) §4. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde bu yol itiraz olarak düzenlenmişti. HMK m. 382/II, c, 7 bendine göre mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili; mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi; mirasın reddi süresinin uzatılması işleri çekişmesiz yargı işlerindedir. Buna karşın mirasın reddi işleminin dava olduğu şüphesizdir, Süha Tanrıver, **Yeni Medenî Kanunun Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Açısından Etkilerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi**, 1. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 2003, ss. 113-129, (Makalelerim I, 1. Baskı Ankara, 2005, s. 193.).

⁶⁵⁸ Deschenaux ve Steinauer; ss. 215-216; benzer şekilde Jean Guinand, Audrey Leuba ve MartinStettler, **Droit des Successions**, 6^e Editions, 2004, §474, ayrıca bkz. Dural ve Öz, s. 410.

⁶⁵⁹ Helvacı, Mirasın Reddi, s. 215. Doktrinde de, buna paralel olarak alacaklının mirasçı aleyhine borç ödemediği vesikasına sahip olmasının önem arzetmediğini; borca batıklığın başkaca deliller de ispat edilebileceği yönünde görüşlere rastlamak mümkündür, bkz. İmre ve Erman, s. 355; İnan ve diğerleri, s. 515

⁶⁶⁰ İnan ve diğerleri, 515; Helvacı, Mirasın Reddi, s. 216; Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC, §5; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 254.

⁶⁶¹ Helvacı, Mirasın Reddi, s. 216.

⁶⁶² İmre ve Erman, s. 355.

vakıya ilişkin iddia ve ispat yükü alacaklıdadır. Menfi bir vakıa olan teminatın verilmemiş olmasına ilişkin ispat yükünü alacaklı taşımaktaysa da, hâkim ispat güclüğü nedeniyle, borçlu/mirasçıdan delil ikamesi isteyebilir. Bu menfi vakıaya karşılık gelen müspet vakıanın, yani teminatın verildiği vakıasının, iddia ve ispatı karşı ispat faaliyetinin konusudur. Burada asıl ispat faaliyeti bakımından borçlu/mirasçıya düşen delil ikame yükü ile bu vakıaya ilişkin olarak karşı ispat faaliyetine girişmesi halinde kendisine düşecek olan delil ikamesi konu bakımından aynı olacaktır. Her iki durumda da borçlu/alacaklı teminat verdiğiine ilişkin elinde bulunan delilleri mahkemeye sunacaktır⁶⁶³.

Mirasın reddinin iptaline karar verilirse, başkaca bir talebe gerek olmaksızın miras resmen tasfiye edilir. Tereke borçları ödendikten sonra öncelikle mirasın reddinin iptalini isteyen alacaklıya sonra diğer alacaklılara ödeme yapılır⁶⁶⁴.

3.1.3.3. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

Mirasın reddini iptal veya tasarrufun iptali davası davasından hangisine başvurulacağı, her iki dava sonucunda elde edilecek hükmün niteliğine göre belirlenebilir. Mirasın reddini iptal davasında, bu reddin yararlanan kişilerin, iptali talep eden tarafında yürütülecek takip işlemine katlanmaları gerekmez. Bu davanın davalı bakımından yaptırımı resmi tasfiyedir. Reddin iptaline karar verilmesi halinde mirasın reddinden fayda sağlayan kişi, elinde bulunan değerlerin resmi tasfiyeye tabi olmasına katlanacaktır⁶⁶⁵.

Tasarrufun iptali davasının sadece kazandırıcı işlemleri konu edinebileceği yönündeki görüşlere değinmiştik⁶⁶⁶. Buna karşın mirasın reddi gibi, borçlunun malvarlığının artışını engelleyen, alacaklının cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerin de tasarrufun iptaline konu olabileceği kanaatindeyiz⁶⁶⁷. Bu görüşümüzden hareketle,

⁶⁶³ Delil ikame yükü borçlu/mirasçıya verilebileceği gibi, alacaklının dolaylı ispat faaliyeti ile teminat vermemeye komşu diğer vakıaları iddia ve ispat etmesi de mümkün olabilir, Atalay, Menfi Vakıalar, ss. 92-93.

⁶⁶⁴ İnan ve diğerleri, 517; Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 256; İmre ve Erman, s. 357; Guinand/Leuba/Stettler, § 476; Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC, §9.

⁶⁶⁵ JdT 2013 II s. 222.

⁶⁶⁶ Bkz. aşağıda “1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili” başlığı altında yapıla açıklamalar.

⁶⁶⁷ Karş. aşağıda “1.1.2.1. Borçlunun Hukuki Fiili” başlığı altında yapıla açıklamalar. Sadece kazandırıcı işlemlerin tasarrufun iptali davasına konu edilebileceğinin kabulü halinde, mirasın reddinin iptali ile tasarrufun iptali davalarının yarışması söz konusu olmaz.

alacaklı bakımından mirasın reddinin iptali davası ile tasarrufun iptali davalarının yarışabileceğini söyleyebiliriz. İsviçre Doktrinde de, bu görüşe rastlamak mümkündür⁶⁶⁸. İİK m. 280'in uygulanması bakımından zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilinebilir olmasının da ispatlanması gereği nedeniyle, kimi durumlarda mirasın reddini iptalin ispat hukuku bakımından daha avantajlı olduğu sonucuna ulaşılabilirse de; bu iki dava hakkının yarışabilmesi için, mirasın reddinin iptalinde, bu koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. Farklı bir ifade ile mirası reddeden mirasçının zarar verme iradesinin, mirasın reddinden yararlanan diğer mirasçılar tarafından da bilinebilir veya bilinmesi gerekli olmalıdır⁶⁶⁹. İİK m. 280 de öngörülen ispat kolaylıkları mirasın reddi bakımından öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu faaliyet mirasın reddi davasında güçlük gösterir.

Bu iki dava hakkının yarışması veya iki talebin terditli olarak ileri sürülmesi mümkündür. Taleplerin terditli olarak ileri sürülmesi ihtimalinde önceliğin mirasın reddinin iptaline verilmesi ihtimalinde mirasın reddinden faydalanan kişinin de davalı olarak gösterilmesi gerekir. Bu davada, tıpkı tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, alacaklılara zarar verme kastının varlığı koşul vakiasının ispatı gerekecektir. Mirasın reddinin iptali talebinin reddi halinde bu sefer hâkim bu kastın reddin fayda sağlayan diğer mirasçılar tarafından bilinip bilinmediğini inceleyecektir. Taleplerin terditli olarak sürülmesi, zarar verme kastı nedeniyle iptal bakımından ispatı gereken koşul vakialara ilişkin ispat faaliyetini etkilemeyecektir. Yani davacı, mirasın reddinin iptalinde aranan koşul vakialara ek olarak, her iki hukuki sebep bakımından ortak olmayan zarar verme kastının işlemin karşı tarafınca bilindiği vakiasını da iddia ve ispat etmelidir.

⁶⁶⁸ Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC §2; Deschenaux ve Steinauer; s. 215-216; Türk Doktrinin de aynı yönde görüş için bkz. Helvacı, Mirasın Reddi, s. 212, dn.536.

⁶⁶⁹ Karş. "2.4.3.2.2.1. Borçlunun Akrabaları Bakımından Getirilen Karine" başlığı altında yer verilen JdT 2013 II s. 232-233.

3.2. ŞİRKET TOPLULUĞUNDA ALACAKLI TARAFINDAN HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI HALİNDE AÇILABİLECEK TAZMİNAT DAVASI

3.2.1. Genel Olarak

Türk Ticaret kanunu şirket topluluklarında hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını, zarara uğrayan taraf temelinde düzenlemiştir. Buna göre, hâkimiyetin kötüye kullanılması bağlı ortaklığa zarar verecek şekilde veya bağlı ortaklık bakımından açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebi olmaksızın bağlı ortaklığın yapısının veya esas sözleşmesinin değiştirilmesi ya da menkul kıymet ihraç edilmesi suretiyle ortaya çıkabilir. Bu tespitten hareketle, hâkimiyetin kötüye kullanılmasından ya alacaklılar ya da pay sahiplerinin zarar göreceğini söylemek mümkündür. Pay sahiplerinin bu nedenle uğrayacağı kayıplar, şirketler topluluğuna özgü yollarla (ortakların alternatif çözümlü tazminat davası ya da denkleştirmenin yetersizliği ve uygunsuzluğunun tespiti davası gibi) giderilebilir.

Çalışmamız sınırları bakımından bu bölümde sadece, alacaklıların hâkimiyetin kötüye kullanılması halinde uğrayacağı zararların şirket topluluğu hukukuna göre giderilmesi ile; topluluk içerisinde alacaklıya zarar verecek biçimde gerçekleştirilen bu işlemin aynı zamanda tasarrufun iptali davasına konu olup olamayacağını inceleyeceğiz.

Şirketler topluluğunda özellikle bağlı şirket alacaklılarının korunması önem taşır. Bağlı ortaklık alacaklıları her zaman hakim şirketin bağlı şirkete verdiği talimatlar nedeniyle doğrudan zarara uğramaz. Bağlı şirket bu talimatları yerine getirebildiği ve bu talimatlar nedeniyle alacaklılarını zarar uğratmadığı sürece alacaklılar bakımından risk, bağımsız bir şirketin alacaklıları nezdinde taşıdığı riskten farksızdır. Bağlı şirketin idaresinin, hakim şirket yönetim kurulu tarafından yürütüldüğü düşünülürse, ortaklık menfaati gereği kimi durumlarda bağlı şirketin, alacaklılarına karşı çaresiz kalabileceği ve hatta iflasa sürükleneceği öngörülebilir⁶⁷⁰. İsviçre hukukunda bağlı şirket alacaklıların korunması amacıyla özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bağlı şirket alacaklıları kanunun diğer alacaklılara tanıdığı

⁶⁷⁰ Ruedin ve Silbermann, s. 69; Bolt, s. 30.

imkânlarla yetinir⁶⁷¹. Buna karşın doktrinde hakim şirketin, bağlı şirket yanında alacaklılara karşı tali sorumluluğunun öngörülmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁶⁷².

Türk Ticaret Kanunu şirket topluluklarında hâkimiyetin kötüye kullanılması sonucunda bağlı şirketin kayba uğraması haline ilişkin olarak dört tür dava öngörmüştür. Bunlar, pay sahibinin açabileceği alternatif çözümlü tazminat davası; alacaklının açabileceği tazminat davası; denkleştirmenin yetersizliği ve uygunsuzluğu davası ve son olarak genel kurul kararının butlanı veya iptali davasıdır. Alacaklıların şirketler topluluğu hukukuna özgü bu davalardan tazminat davası (TTK m. 202/1, c) ile denkleştirmenin yetersizliği ve uygunsuzluğu davalarını açabileceği söylenebilir⁶⁷³.

Özellikle alacaklı tarafından açılacak tazminat davası, alacaklıların şirketler topluluğuna özgü bir yolla koruma altına alınmaları açısından önem taşır. Bu dava ile alacaklı bağlı ortaklığın hakim ortaklık tarafından hâkimiyetin kötüye kullanılması yoluyla kayba uğratıldığı ve bu kaybın süresi içinde giderilmediğinden bahisle, uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Davanın, bağlı ortaklık iflas etmiş olsa dahi ikame edilmesi mümkündür⁶⁷⁴.

3.2.2. Davanın Tarafları

Tazminat davasının davacısı bağlı ortaklığın alacaklılarıdır. Davalılar ise hakim ortaklık ve kayba sebebiyet veren hakim ortaklık yönetim kurulu üyeleridir (TTK m. 202/I, b'den kıyasen). Kayba sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluk söz konusudur⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ Ruedin ve Silbermann, s. 72.

⁶⁷² Ruedin ve Silbermann, ss. 84-85.

⁶⁷³ Tekinalp, § 23-100 vd.

⁶⁷⁴ Tekinalp, § 23-120 vd.

⁶⁷⁵ Tekinalp, § 23-116 vd.

3.2.3. İspata Konu Vakıalar

Davacı alacaklı temel olarak üç vakiayı ispat etmelidir. Bunlar kayıp⁶⁷⁶, hâkimiyetin kullanılması ile kayıp arasındaki nedensellik bağı ve kaybın denkleştirme ile giderilmemiş olmasıdır. Davacı/alacaklı her şeyden önce, lehine hak çıkardığı hakim şirket tarafından hâkimiyetin kötüye kullanılması nedeniyle bağlı şirketin kayba uğradığı vakiasını ispat etmelidir⁶⁷⁷. Davacı alacaklının sadece bağlı şirketin kayba uğradığını ispatlaması yeterli değildir; bu kaybın hakim şirket ve bağlı şirket arasında yapılan denkleştirme ile giderilemediği vakiasını da ispatlamalıdır.

TTK m. 202/I, d bendinde hakim ortaklık ve hakim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri bakımından bir kurtuluş beyyinesi öngörülmüştür. Anılan hüküm uyarınca kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispat edilmesi halinde tazminata hükmedilemez. Bu hükümden yararlanmak isteyen davalı/hakim şirketin ve yönetim kurulu üyelerinin iki vakianın somut olayda gerçekleştiğini ispat etmeleri gerekir. Bunlardan ilki yapılan işleme ilişkindir. Buna göre işlemin, bağımsız (yani bir şirket ortaklığına dahil olmayan veya hâkimiyet sözleşmesinin tarafı olmayan) bir ortaklıkta da aynı veya benzer koşullarda ortaya çıkabileceği ispatlanmalıdır. Diğer vakıa ise, hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen sorumluluğuna ilişkindir. Buna göre bağımsız bir ortaklığın menfaatini dürüstlük kuralına uygun gözeten tedbirli bir yöneticinin aynı işlemi yapması veya aksini yapmaması mümkün olmalıdır⁶⁷⁸. Kurtuluş beyyinesi, özellikle bağlı ve hakim şirketin somut olaydaki konumuna şirket topluluğundan bağımsız olarak yaklaşımı bakımından dikkat çekicidir. Düzenleme topluluk içindeki her şirketin ayrı tüzel kişiliği haiz olması ve şirket topluluğuna ilişkin hükümlerin, tek tek şirket türlerinde sorumluluğa ilişkin hükümlerle birlikte uygulanması açısından oldukça yerindedir.

⁶⁷⁶ Tekinalp kaybı şu şekilde tanımlamaktadır: "...Kayıp, topluluk yararına, sonucu bilinerek bağlı ortaklığın olumsuz bir duruma düşürülmesi, onun malvarlığındaki eksilmenin bilinerek göze alınması, kullanacağı bir olanaktan yoksun bırakılması veya bir gelir elde etmek şansını, hatta gelir kaynağını yitirmesi, gelişmesinin önlenmesidir...". Bu tanımdan hareketle yazar haklı olarak "kayıp" kavramının "zarar" kavramından farklı olduğunu belirtmiştir, Tekinalp, §23-92.

⁶⁷⁷ Aksi görüş için bkz. Tekinalp, § 23-106.

⁶⁷⁸ Tekinalp, §23-118.

3.2.4. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

Şirket toplulukları bünyesindeki tasarrufun iptali davası, topluluğa mensup şirketler arasında likit akışı, aktif veya pasif devri, iş olanaklarının değişimi gibi işlemlerden doğabilir. Hakim ortaklık, topluluk çıkarlarını dikkate alarak bağlı ortaklığın aleyhine fakat topluluk lehine işlemlerin yapılmasını kararlaştırabilir⁶⁷⁹.

Topluluk menfaatine yapılan bu işlemler, şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri haiz olmaları nedeniyle bağlı şirket bakımından bir zarara yol açarsa, genel kurallar gereğince bağlı şirketin iflası, borç ödemediği aczi veya borca batıklığı gündeme gelebilecektir. Alacaklıların TTK m. 202 uyarınca tazminat davası açabilmesi mümkün olmakla beraber; topluluk içerisinde yapılan ve bağlı şirketin kaybına yol açan işlemin aynı zamanda alacaklılar veya iflas idaresi yahut iflas idaresi tarafından yetkilendirilmiş alacaklılar tarafından iptal davasına konu edilebileceği kanaatindeyiz.

Topluluk içi bu işlemlerin net biçimde gözlemlenebileceği bağlılık raporları bu bakımdan büyük önem taşır. Bağlı şirket tarafından hazırlanan bağlılık raporunda hakim ortaklığın yönlendirilmesi sonucunda yapılan işlemler, bu işlemlerin neticesinde kayıp oluştuysa bu kaybın denkleştirilip denkleştirilmediğine yer verilir (TT K m. 199/I). Hakim ortaklığın bağlılık raporunda ise, bağlı ortaklıkla ve bağlı ortakların kendi aralarındaki ilişkilerine, gerçekleşen işlemlere tam ve doğru biçimde yer verilmesi gerekir (TTK m. 199/IV). Bu raporlar düzenlenirken haklı bir sebep bulunmadıkça bağlı şirketler, gerekli tüm bilgi ve belgeleri hakim ortaklığa vermek zorundadır (TTK m. 199/IV). Bağlı şirketin hazırladığı bağlılık raporu hakim şirketin hazırladığı bağlılık raporuna kaynaklık eder. Bu şirketler arasında gerçekleşen işlemler her iki raporda da birbirini destekler biçimde yer almalıdır. İsviçre hukukundaki konsolide hesap sistemi, iki bağlılık raporunda yer alan bilgi ve kayıtların bir hesap düzeni içerisinde yer almış halidir. Dolayısıyla bu hesap sistemi

⁶⁷⁹ Peter, *Les Groupes de Sociétés*, s. 50; Anne Petitpierre-Sauvin, **Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés**, Genève, 1972, s. 63 vd. İsviçre şirketler topluluğu hukukunda egemen ilke olan tek elden yönetim bakımından da benzer sonuçlara ulaşılabilir, Henry Peter ve Francesca Birchler, **Liquidation des Groupes de Sociétés et Consolidation-Enseignement de la Pratique Récente**, RSDA 3/1995, s. 122.

içerisinde her zaman şirketler arası işlem hareketlerini net biçimde gözlemlemek mümkün olmayabilir⁶⁸⁰.

Bağlılık raporları ışığında denkleştirmenin yapılması gereken ve fakat yapılmayan hallerde, alacaklılar bağlı ortaklığın uğradığı kayıptan ötürü tazminat davası yanında veya bu dava yerine tasarrufun iptali davası da açabilirler. Hatta kimi hallerde, tasarrufun iptali davası, alacaklının doğrudan hakim şirketin malvarlığı üzerinden tatmin edilebilmesi bakımından daha da avantajlıdır. Özellikle zarar verme kastı nedeniyle iptale ilişkin İİK m. 280 hükmü, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleşen işlemlerden zarar gören alacaklı bakımından uygulama alanı bulabilir⁶⁸¹. Aynı topluluğa mensup iki şirketin veya hakim şirket ile bağlı şirketlerden birinin yaptığı işlemin zarar verme kastı taşıyıp taşımadığının işlemin diğer tarafınca bilinmesi vakıasına ilişkin ispat faaliyeti, şirket topluluğunda güçlük arz etmez. Zira topluluk şirketinin, topluluk menfaati nedeniyle kendi lehine veya aleyhine yapılan kazandırmaların ne amaçla gerçekleştiğini bilmemesi çoğu zaman hayatın normal akışına aykırıdır⁶⁸². Hatta şirketlerin aynı topluluğa mensup olmaları veya hâkimiyetin varlığının kabulü için olarak Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen şartların somut olayda gerçekleşmiş olması dahi, zarar verme kastının varlığının işlemin karşı tarafı olan şirket tarafında bilindiğine ilişkin güçlü bir emare teşkil eder. Hakim ve bağlı şirket raporları da gerçekleşen işlemin miktarı bakımından önemli bir delildir.

Bu açıklamalarımız ışığında hakim şirkete karşı açılacak tazminat davası yanında alacaklıların tasarrufun iptali davası açma alternatiflerinin de bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Davaların tarafları farklı olduğundan, tasarrufun iptali davası açmak isteyen alacaklının davayı bağlı şirket ile birlikte, işlemin diğer tarafı olan diğer bağlı şirket veya hakim şirkete yöneltmesi gereklidir.

⁶⁸⁰ Ancak bu sistem duruma göre şirketler topluluğunda şeffaflığı da sağlayabilir, Peter ve Birchler, s. 130.

⁶⁸¹ Peter, Les Groupes de Sociétés, s. 104 vd.

⁶⁸² Petitpierre-Sauvin, s. 137 ; Peter, Les Groupes de Sociétés, s. 120.

3.3. HÜKMEN TESLİMİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ZARAR VERME AMACIYLA TAŞINIR REHİNİNDE UYGULANMASI (TMK M. 766)

3.3.1. Genel Olarak

TMK m. 766 hükmü uyarınca “*Bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukuki ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz*”. Böyle bir iradenin varlığını hâkim takdir eder.

Taşınır mülkiyetinin hükmen teslimle geçişinin kabulü, kimi zaman kötüye kullanım sonucunu doğurabilir. Zilyetliğin aynı hakka karine teşkil etmesi nedeniyle gerçek hukuki duruma uygun olması gerektiği şeklinde ortaya koyulabilecek temel ilkenin, hükmen teslim yoluyla yapılan taşınır mülkiyeti temliklerinde ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Nitekim hükmen teslim ile mülkiyeti devreden kişi, devralan ile aralarında kurulmuş başka bir hukuki ilişki nedeniyle taşınıra zilyet olmaya devam eder (Karş TMK m. 979/D)⁶⁸³. TMK m. 766 da işte bu kaygıdan hareketle, mülkiyetin hükmen teslimle geçişine neden olan içsel iradeyi dikkate alarak, üçüncü kişilerin korunmasını amaçlar. Bu hüküm aynı zamanda aynı haklarda aleniyet prensibinin de güvencesidir⁶⁸⁴.

TMK m. 766 hükmü aynı haklardaki aleniyeti sadece mülkiyet hakkı bakımından değil, rehin hakkı bakımından da teminat altına alır. Farklı bir ifade ile taşınır rehni kurallarını dolanmak amacıyla yapılan teslimsiz rehin de TMK m. 766 kapsamında geçersizdir. Bu ihtimal özellikle teminat amacıyla yapılan inançlı temliklerde söz konusu olur. Zira inançlı temlik, mülkiyetin temlik alana nakli sonucunu doğurmakla birlikte, aslen temlik amacına değil, teminat tesis etme amacına yöneliktir. Dolayısıyla bu tür temliklerde gerçek hukuki durum ile görünürdeki işlem uyuşmaz⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Esener ve Güven, s. 290; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011 (Mülkiyet Hukuku), s. 486.

⁶⁸⁴ Esener ve Güven, s. 290.

⁶⁸⁵ Helvacı, s. 280; Aydınçık, s. 135; Kurt, Fatma; **Lex Commisoria (Mülküne Geçirme Yasağı) – Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi**

Kanunda öngörülen istisnai durumlar dışında, taşınırılar ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir (TMK m. 939/I). Bu şekilde kurulan rehin, teslimine bağılı rehin olarak adlandırılır. Ancak teslimin kimi durumlarda rehin veren aleyhine zor durumlar doğurabilmesi, bu kurala istisna getirmeyi de gerekli kılmıştır. Hayvan rehni (TMK m. 840); taşınmazın teferruatının rehni (TMK m. 862/II) ve ticari işletme rehniinde ticari işletmeye dahil taşınır malların rehni bakımından teslimine bağılı rehin kuralları uygulanmaz. Yani sayılan bu hallerde rehin konusu taşınır, rehin alana teslim edilmeksizin de rehin kurulmuş olur⁶⁸⁶. Bu haller dışında rehnedilen taşınmazın, rehin alana teslim edilmemesi, farklı bir ifade ile sırf taşınır rehnine ilişkin bu genel kuralın dolanılması amacıyla rehin sözleşmesi kurulmuş olmasına rağmen taşınırın rehin verende kalması halinde, işlem sonuç doğurmaz.

Teminat amaçlı inançlı temlikler de, taşınır rehni ile aynı amaca yönelik olduklarından benzer sonuca bu temlikler bakımından da ulaşmak mümkündür. Yani bu şekilde mülkiyetin teminat tesis etmek amacıyla inançlı temliki, sadece rehin kurallarını dolanmak amacıyla gerçekleştiriliyorsa, bu işlem dahi TMK m. 766 nedeniyle sonuç doğurmayacaktır⁶⁸⁷.

Teminat amaçlı temliklerin rehin fonksiyonu kapsamında inançlı temlik, işlemin rehin verenin malvarlığının alacaklıları aleyhine azalması sonucunu doğurursa ve kanun aradığı diğer şartların da varlığı halinde, İİK m. 279 uyarınca iptal davasına konu edilebilir. Hatta İİK m. 279'un şartlarının somut olayda gerçekleşmemiş olması halinde, İİK m. 280 kapsamında inançlı temlikin iptal davasına konu edilmesi dahi söz konusu olabilir.

3.3.2. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler Bakımından İİK m. 279 ve TMK m. 766'nın Uygulanabilirliği

İİK m. 279 uyarınca önceden taahhüt edilmemiş ve mevcut borç için verilen teminatlar iptale tabidir. Mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temliki şeklinde de ortaya çıkabilecek bu işlem, temlik eden borçlunun malvarlığındaki aktif ve pasif

Verilmesi ile İlişkisi- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İBD, C. 82, S. 1, Yıl: 2008, s. 138; alacağın teminat amacıyla temliki için bkz. Eigenmann, *Effectivité*, § 39.

⁶⁸⁶ Aybay ve Hatemi, §41, N. 12-15.

⁶⁸⁷ Esener ve Güven, s. 291.

dengesini bozmaksızın, alacaklılar arasındaki eşitliğe zarar verici sonuçlar doğurabilir. Bu şekilde yapılan inançlı temlik çoğunlukla borçlunun temlik ettiği değer karşılığında bir ödünç alması veya kredi imkânı edinmesi amacına yöneliktir. Ancak şüphesiz borçlunun bu işlemin alacaklıların birini daha avantajlı bir konuma getirmesi amacıyla gerçekleştirilmiş olması da mümkündür.

Esener/Güven teminat amacıyla mülkiyetin devrine yönelik inançlı işlemlerde mülkiyetin naklinin, hükmen teslim yoluyla yapılamayacağı görüşündedir⁶⁸⁸. Buna karşın **Aybay/Hatemi** ise teminat amaçlı inançlı temliklerin hükmen teslim şeklinde gerçekleştirilebileceği, bu durumda ise TMK m. 766 uyarınca mülkiyet naklinin sonuç doğurmayacağını ileri sürülebileceğini belirtmiştir⁶⁸⁹.

TMK m. 766 hükmü acaba teminat amaçlı temliklerde hükmen teslimde cevaz vermeyen bir hüküm müdür? Kanaatimizce, teminat amaçlı temliklerin hükmen teslimde yapılması mümkündür. TMK m. 766 hükmü de taşınır rehninin hükmen teslim yoluyla kurulmasına izin veren ve aynı anda üçüncü kişilerin de haklarını koruyan bir hüküm niteliğindedir. Bu hükümle lex commissoria yasağının dolanılmasına da mani olunabilir⁶⁹⁰.

Her ne sebeple yapılmış olursa olsun, mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temlikinin hükmen teslim şeklinde yapılması, kanaatimizce diğer koşulların da varlığı halinde hem tasarrufun iptali davasına konu edilebilir, hem de bu işlem TMK m. 766 uyarınca taşınır rehni kurallarını dolanmak amacıyla gerçekleştirildiğinden *sonuç doğurmaz*.

TMK m. 766 bu şekilde yapılan inançlı temliklerin sonuç doğuramayacağını hükme bağlar. Acaba burada sonuç doğurmama şeklinde belirlenen yaptırım nedir?

⁶⁸⁸ Esener ve Güven, s. 291, aynı yönde bkz. Pierre Tercier ve Jean-François Ducrest, **La Simulation**, FJS, 606, Genève, 1988, s. 2, yazarlar böyle bir temlikin butlan ile sakat olacağı görüşündedir.

⁶⁸⁹ Aybay ve Hatemi, § 20, 9.

⁶⁹⁰ Teminatın temliklerin lex commissoria yasağına aykırılık teşkil etmediği yönünde Saibe Oktay Özdemir, **Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri; MÖHUK Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999- 2000, İstanbul**, s. 670. Taşınır rehni bakımından lex commissoria yasağına TMK m. 949'de yer verilmiştir: "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir*". Taşınmaz rehnine ilişkin olarak bkz. TMK m. 873/II. Aydıncık, teminat amacıyla temliklerde de bu maddenin kıyasen uygulanması gerektiği görüşünü savunmuştur, Şirin Aydıncık, **Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik**, İÜHFDC. LXIV, Sayı 1, s. 138; Akipek ve Akıntürk, s. 585. Aksi yönde görüş için bkz. Ahu Ayanoğlu Morali, **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, ss. 140-141.

Yani yapılan inançlı temlik işlemi mutlak olarak batıl mıdır? Yoksa mülkiyetin nakli işlemi geçerli olmakla beraber, bu naklin teminat amacına hizmet etmesine mi cevaz verilmemiştir? Kanaatimizce, burada ikinci çözüme ağırlık vermek kanunun ruhuna daha uygun olur. Zira kanun istisnai de olsa taşınır rehninin hükmen teslimine izin vermektedir. Kanunun izin vermediği, hükmen teslimle yapılan teminat tesisi değil; bu işlemin taşınır rehni kurallarını dolanmak amacıyla yapılmasıdır. Genel anlamıyla inançlı işlemlerin, tarafların gerçek iradelerini yansıttığına ve bu nedenle geçerli işlemler olduklarına değinmiştik. TMK m. 766'nın “*sonuç doğurmama*” diye ifade ettiği yaptırımın, işlemin geçerliliğine ilişkin değil, bu işlemle taşınır rehninin söz konusu olamayacağı şeklinde anlaşılmasının daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

Her iki hukuki sebep de temelde yapılan işlemin geçersizliğine yönelik değildir. Teminat amaçlı inançlı temlik, geçerli olmakla birlikte, kanunda belirtilen özel nedenlerden ötürü sonuç doğurmaz.

Teminat amaçlı inançlı temlik, İİK m. 279'da aranan şartları da taşıması halinde mütelahik davaya konu edilebilir. Yani burada yapılan temlik işlemine ilişkin açılan davada her iki hukuki sebep de ileri sürülebilir. Şüphesiz davacı/alacaklının davayı açarken hangi hukuki sebebe dayandığını belirtmesi gerekir. Ancak hukuki sebebin belirtilmediği ya da her iki hukuki sebebe de dayanılması halinde hakimin HMK m. 33 kapsamında değerlendirme yapması gerekir. Yani hakim, somut olaya uygun düşen hukuki sebebi belirleyerek ona göre hüküm kuracaktır.

Mahkemenin TMK 766 uyarınca hüküm kurması halinde, mülkiyet geçişi işlemi geçerli olarak kalacak; rehin tesisi ise geçerli olmayacaktır. Bu durumda, TMK m. 766'nın mülkiyetin malvarlığından çıkması nedeniyle alacaklı bakımından bir koruma fonksiyonu gösterdiğinden bahsedilemez. Yani alacaklı, iptal davasının sonucunda olduğu gibi, doğrudan temlik konusu mal üzerinde cebri icra işlemi uygulayamaz.

İİK m. 279'a dayanılması, temlik verenin alacaklılarının korunması bakımından daha işlevseldir⁶⁹¹. Hakimin İİK m. 279'a dayanarak hüküm kurması halinde, bu işlemde zarar gören alacaklı doğrudan temlik konusu üzerinde cebri icra işlemi uygulayacak ve alacağına kavuşacaktır.

⁶⁹¹ Eigenmann taşınır rehninde aciz nedeniyle iptalden çok, zarar verme kastı nedeniyle iptal davasının uygulama alanı bulabileceği görüşündedir, Eigenmann, Effectivité, § 478-479

3.4. İİK m. 200-201 ANLAMINDA TAKASA İTİRAZ

3.4.1. Genel Olarak Takas ve İflastaki Yeri

Takas, karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olan şahısların, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile alacak oranında borcu sona erdirmek olarak tanımlanabilir⁶⁹². TBK m. 139'a göre de "İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir". Takas, borçlunun bu yöndeki iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer (TBK m. 143/I).

Takasın genel olarak iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki ödeme kolaylığı, diğeri ise teminat sağlamasıdır. Takas ile gerçekleştirilen ifa, tarafları ifa külfet ve masraflarından kurtarır. Bu şekilde ticari işten kaynaklanan alacaklarda, daha basit bir işleyişle borcun sona erdirilmesi mümkün olur⁶⁹³. Takasın alacağa teminat sağlama özelliği de önem arzeder. Bu şekilde takas ileri süren hem bu sınırlar içerisinde alacağını tahsil eder hem de karşı tarafın ödeme güçlüğüne karşı kendisini koruma altına alır⁶⁹⁴. Teminat fonksiyonu özellikle iflasta ileri sürülebilecek takas beyanı bakımından önemlidir. Zira takas ile alacaklı, alacağını tamamen tahsil edememektense, en azından borçluya olan borcu oranında tahsil etmeyi garanti ederek, borçlunun aczinin etkilerinden en düşük seviyede etkilenir⁶⁹⁵.

⁶⁹² Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 2010 (Takas), s. 21; Postacıoğlu, İflâs, s. 144; Ejder Yılmaz, **Davada Takas ve Mahsup Talebi**, MİHDER, Yıl. 2010, Cilt. 6, Sayı. 16 (Takas), s. 248; Saim Üstündağ, **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler**, İÜHFD 1960, Cilt. XXV, Sayı 1-4 (Takas), s. 214; Eriş, s. 578; Nedim Meriç, **Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar**, MİHDER, Yıl. 2013, Cilt. 9, Sayı. 26 (Takas), s. 61; Gökçen Topuz ve Seçkin Topuz, **Takasın Davada İleri Sürülmesi**, AÜHFD, Yıl. 2008, Cilt. 57, Sayı. 3 (Takas), s. 720; Hüseyin Murat Develioğlu, Takas, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 5 vd.

⁶⁹³ Aral, Takas, s. 26; Develioğlu, s. 8-9; Özkaya-Ferendeci, s. 197; takasın karşılıklı borç ilişkileri bakımından borcu sona erdirmeye fonksiyonu, borcun ifa edilmesi veya alacağın ibra edilmesinden farklı bir nitelik arz etmez, Üstündağ, Takas, s. 215; Meriç, Takas, s. 61; Feriha Kuru, **Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 4.

⁶⁹⁴ Postacıoğlu, İflâs, s. 144; Aral, Takas, s. 26-27; Yılmaz, Takas, s. 248; Pichonnaz, Compensation, §1670, 2130; Develioğlu, s. 9.

⁶⁹⁵ Postacıoğlu, İflâs, s. 144; Pichonnaz, Compensation, §2131-2132; Kuru, Takas, s. 4.

Takasın iflasta uygulanması, alacaklıların eşitliği ilkesine ilk bakışta aykırı gibi görünse de, diğer alacaklılara verilen itiraz imkânı, eşitsizliğin doğmasına engel olur⁶⁹⁶.

İİK m. 200, iflas sırasında alacaklının alacağını, müflisin kendisinde olan alacağı ile takas edebileceğini hükme bağlar. Bu hüküm özellikle takasın hem teminat fonksiyonu hem ifayı kolaylaştırıcı yönü ile değerlendirildiğinde öne çıkar. Buna göre borçlar hukukuna göre takasın aksine iflastaki takasta, her iki alacağın da aynı neviden olması ve alacakların muaccel olması şartları aranmaz. İflasın açılması ile müflisin rehinle temin edilenler hariç tüm borçları (iflas alacakları) muaccel hale gelir (İİK m. 195). Ayrıca para ile ölçülemeyen alacak, dengi bir kıymetle para borcu olarak iflas masasına kaydedilir (İİK m. 198). Bu nedenle iflas sırasında ileri sürülebilecek takasın uygulanabilmesi için muacceliyet ve her iki borcun da aynı neviden olması şartları aranmayacaktır⁶⁹⁷.

Müflise borcu bulunan alacaklılar ile diğer alacaklılar arasında alacaklarını elde edebilme bakımından fark bulunur. Müflisin hem alacaklısı hem de borçlusu bulunanlar takas beyan ederek alacaklarına kavuşabildikleri halde, müflisten sadece alacaklı olanların böyle bir imkânı yoktur. Bu bakımından müflise borçlu olan alacaklılar için takas, alacaklarının güvencesini de oluşturur. Takas sayesinde müflisin borçlusu iflas tasfiyesi sonunda kendisine düşecek olan pay yerine, alacağının belki de tamamını tahsil edebilme şansı yakalayacaktır⁶⁹⁸.

Takasın iflas tasfiyesindeki yansıması, kurumun özel bir uygulamasıdır. Borçlar Hukukundaki takasın iflas hukukundaki görünümü, iflas kurumunun doğasından kaynaklanan bazı farklılıklar gösterir. Bu nedenle takasın iflas hukukunda uygulanması bakımından alacaklılar zararına kullanılmaması için bazı düzenlemelere de İcra ve İflâs Kanunumuzda (İİK m. 200-201) yer verilmiştir⁶⁹⁹. İflâs tasfiyesinde alacaklılar arasındaki eşitliğin takas nedeniyle bozulmaması

⁶⁹⁶ Pichonnaz, Compensation, §2131; Alman Hukukundaki görüşler için bkz. Özkaya-Ferendeci, ss. 187-188.

⁶⁹⁷ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 735; Muşul, C. II, s. 1359; Aral, Takas, s. 148; Ansay, İcra, s. 244; Eriş, s. 578; Marchand, Compensation, s. 61; Henri-Robert Schüpbach, Compensation et Exécution Forcée, Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz, Helbing&Lichtenhahn, 2000 (Compensation), s. 141; Özkaya-Ferendeci, s. 212; Kuru, Takas, s. 19-20; Develioğlu, s. 140.

⁶⁹⁸ Aral, Takas, s. 148; Yılmaz, Takas, s. 257; Marchand, Compensation, s. 61; Kuru, Takas, s. 51.

⁶⁹⁹ Aral, Takas, s. 149; Ansay, İcra, s. 246; Pichonnaz, Compensation, §2014 vd; Marchand, Compensation, s. 69; Kuru, Takas, s. 51; Develioğlu, ss. 193-204.

amacıyla kanun takasın caiz olmadığı halleri de belirlemiştir. Genel olarak takasın uygulama alanı bulabilmesi için alacağın veya borcun iflasın açılmasından önce doğmuş olması gerekir. Bu durum iflas tasfiyesinin de doğal bir sonucudur. Zira iflasın açılmasıyla müflisin malvarlığı ve buna dahil olan alacakları iflas masasını teşkil eder. Bu andan itibaren, iflastan sonra doğmuş alacakların takasa konu edilmesi mümkün değildir (İİK m. 200/b.1). Müflisin alacaklısının iflas açıldıktan sonra müflisin veya masanın borçlusu olması halinde de takas caiz değildir (İİK m. 200/b.1)⁷⁰⁰.

İİK m. 200/b.3 uyarınca hamiline yazılı senede dayanan bir alacağın da takasa konu edilmesi mümkün değildir. Zira hamiline yazılı senede bağlı alacağın devri için senedin teslimi yeterli olup, bu nedenle devrin iflasın açılmasından önce mi yoksa sonra mı yapıldığının anlaşılması mümkün değildir. Takasa ilişkin genel kural olan borç ve alacağın iflastan önce doğması gereği göz önüne alındığında bu düzenleme devrin tarihinin tam olarak belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle oldukça yerindedir⁷⁰¹.

Nihayet anonim, limited ve kooperatif şirketlerin iflasları halinde ana sözleşme gereğince verilmesi gereken hisse senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısımları veya konması taahhüt edilen ve fakat konmamış olan sermayelerin bu şirketlerin borçlarıyla takas edilmesi de mümkün değildir (İİK m. 200/son).

Kanun, takasın caiz olmadığı hallerin yanında, takasa itiraz etmenin mümkün olduğu halleri de 201. Maddede hükme bağlamıştır.

3.4.2. Takasa İtiraz Edilebilecek Durumlar ve Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

İcra ve İflâs Kanunumuz, bazı hallerde takasa itiraz etmeye imkân veren bir düzenlemeye yer vermiştir. Müflisin borçlusu, iflasın açılmasından önce, müflisin

⁷⁰⁰ Postacıoğlu, İflâs, s. 147; Aral, Takas, s. 165 vd.; Ansay, İcra, s. 247; Yılmaz, Takas, s. 258; Muşul, C. II, s. 1359; Eriş, s. 579; Schüpbach, Compensation, s. 145; Özkaya-Ferendeci, s. 216 vd.

⁷⁰¹ Aral, Takas, s. 168; Muşul, C. II, s. 1360, yazar alacağın ve borcun doğum tarihlerine göre oluşabilecek ihtimaller ışığında sorunu çözümlenmiştir. Genel olarak iflasın açılmasından sonra doğan alacağın takası, iflas masasının alacaklılar aleyhine azalması sonucunu doğurur. Alacak iflastan önce doğmuş olsa bile (iflas alacağı) takasa konu edilmek istenen borç, iflasın açılmasından sonra doğmuşsa, yine takas mümkün değildir. Bu durumda da garameye katılması gereken alacak, müflisin masa dışı kalması gereken, iflasın açılmasından sonra kazandığı malvarlığından karşılanmış olur.

aciz halinde olduğunu bilerek masanın zararına kendisi veya bir üçüncü kişiye menfaat sağlamak amacıyla müflise karşı bir alacak ihdas ederse, bu durumda takasa itiraz etmek mümkündür (İİK m. 201). Bu hükmün amacı, aciz halinde bulunan borçlunun borçluları ile alacaklılarının hileli işlemlerle müstakbel iflas masasını zarara sokmasını önlemek ve bu sayede alacaklıların iflas masasının kurulması ile doğacak menfaatlerini korumaktır⁷⁰².

Takasa itiraz genellikle aciz halinde olan müflisin borçlusunun, müflisin alacağını daha ucuz bir miktara temlik alarak, müflise olan borcu ile takas etmek istemesi durumunda ortaya çıkar. Böylece müflisin borçlusu borcu iflas masasına tam olarak ödemekten kurtulur. Diğer taraftan alacağı devreden de, iflas payından fazlasını elde etme imkânı kazanır⁷⁰³.

Takasın caiz olduğu iflasın açılmasından önceki dönemde ihdas edilmiş borçlar itiraza konu edilebilir. Farklı bir anlatımla takasın caiz olmadığı durumlarda, geçerli bir takastan bahsetmek de mümkün olmadığından, yapılan işleme zarar verme amacıyla yapılması nedeniyle itiraz da söz konusu olamaz. Bu tespitten hareketle, takasa itiraz edilebilecek işlemlerin, aynı zamanda iflas idaresi tarafından tasarrufun iptali davasına da konu edilip edilemeyeceğini inceleyebiliriz.

Masaya zarar vermeye yönelik olarak yapılan işlem, öncelikle işlemin tarafları bakımından tasarrufun iptali davasına konu olamaz. Şöyle ki, tasarrufun iptali davası, doğrudan borçlunun yaptığı bir işlemi konu edinir. Yani ancak borçlunun/müflisin alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı işlemler iptal davasına konu edilir. Buna karşın takas, borçlunun/müflisin tarafı olduğu bir işlem değildir. Müflisin borçlusu, masanın zararına veya kendine menfaat sağlamak amacıyla takas işlemini gerçekleştirir. Bu nedenle, takası yapan müflisin borçlusunun iptal davası bakımından pasif taraf sıfatı bulunmamaktadır. Dikkat edilirse tasarrufun iptali davasına konu edilemeyecek işlem, iflas idaresine yapılacak takas beyanıdır. Yoksa müflisin borçlusunun müflisle, müflisin iflasından önce gerçekleştirdiği ve masanın zararına olan işlem iptale tabi olabilir. Müflis borcun dış üstlenilmesine onay vererek borç üstlenmeye katıldıysa, bu işlem şüphesiz iptal davasına konu edilebilir⁷⁰⁴. Yine

⁷⁰² Muşul, C. II, s. 1361.

⁷⁰³ Postacıoğlu, İflâs, s. 146; Aral, Takas, ss. 171-172; Ansay, İcra, s. 248; Muşul, C. II, ss. 1364-1365.

⁷⁰⁴ Aral, Takas, s. 173; Gilliéron, §2866; Yvan Jeanneret, Art. 214 LP, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite

müflisin borçlularından biriyle takasa karşı koymak için işlem yapması durumunda da bu işleme karşı tasarrufun iptali davası ikame edilebilmesi mümkündür⁷⁰⁵.

Hem tasarrufun iptali davasında hem de takasa itiraz da aslen geçerli bir işleme zarar verme kastı veya menfaat sağlama amacı gütmesi nedeniyle karşı koyulmaktadır. Her ne kadar işlemin tarafları bakımından takas tasarrufun iptali davasına konu edilemese de, müflisin borçlunun takası gerçekleştirme iradesinin tespitinde, İİK m. 280-zarar verme kastından dolayı iptale ilişkin tespitlerden yararlanılabilir. Farklı bir ifade ile takasa itirazda ispatı gereken zarar verme kastı vakıyası bakımından İİK m. 280 yol gösterici olabilir. Takasa itirazda da, tıpkı İİK m. 280'e göre açılacak iptal davasında olduğu gibi, müflisin borçlusunun takasın alacaklılara zarar vereceğini bildiği veya öngördüğü durumlar aranır. Hatta İsviçre Doktrininde Federal Mahkemenin zarar verme kastı nedeniyle iptale ilişkin kararlarının iradenin tespitinde yol gösterici olabileceği de ileri sürülmektedir⁷⁰⁶.

Takasa itiraz ile tasarrufun iptali davasında ispata ilişkin bir diğer benzerlik de delillerin değerlendirilmesi aşamasında ortaya çıkar. Zarar verme kastının tespitinde, tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, delillerin serbest değerlendirilmesi kuralı uygulama alanı bulur. Buna göre hakim zarar verme kastı vakıyasına ilişkin ispat faaliyetinde delilleri hal ve şartları göz önünde tutarak serbestçe değerlendirir⁷⁰⁷.

3.5. ANLAŞMALI BOŞANMA YOLUYLA MAL REJİMİNİN TASFİYESİ

3.5.1. İncelenecek Sorun

İvazsız tasarruflara ilişkin İİK m. 278/III, b. 1 eşler arasında yapılan karşılıklı kazandırmaların iptale tabi olduğunu düzenlemektedir. Eşlerin bu kazandırmayı, mal rejiminin tasfiesi görünümünde yapmaları söz konusu olabilir. Aslında

ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005, (Art. “*madde numarası*” LP)§20; Develioğlu, ss. 201-211.

⁷⁰⁵ Gilliéron, §2866;Schüpbach, Compensation, ss. 149-150.

⁷⁰⁶ Jeanneret, Art. 214 LP §12; zarar verme kastının derecesine ilişkin bkz. Jäger, Art 214, §6, yazar kastın tespitinde iyiniyet kurallarının da fonksiyon göstereceği görüşündedir.

⁷⁰⁷ Aral, Takas,s. 174; Jäger, Art 214, §4-5; Özkaya-Ferendeci, ss. 270-271, hatta yazar iflasta takasa itiraz davasının, tasarrufun iptali davasının özel bir hali olduğu görüşündedir. Aynı yönde görüş için bkz. Üstündağ, İflâs, s. 114.

alacaklılardan mal kaçırma iradesiyle yapılan boşanmalarda, mal rejimini mahkemenin tasfiye etmesini beklemeksizin eşlerin kendi iradeleriyle mal rejimini tasfiye edip bunu mahkemeye bildirmeleri hali bu duruma örnek gösterilebilir. Bu şekilde mahkeme ilamına geçirilen boşanma protokolü ve mal rejimi tasfiyesine karşı alacaklının hangi yola başvurması gerektiği sorusu akla gelebilir. Mahkeme kararı ile yapılan devirler veya cebri icra yoluyla yapılan satışlar, iptal davasının konusunu oluşturamaz. Bu durumda koşulları mevcut ise ancak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir⁷⁰⁸. Ancak tarafların iradesinin hükmün oluşmasına yeterli olduğu örneklerde, mahkeme kararı ile mal varlığının eksiltilmeye çalışıldığına da rastlanır. Yargıtay'ın mal rejiminin tasfiyesi yoluyla alacaklılardan mal kaçırıldığı hallerde, bu işlemin mahkeme kararına bağlanmış olsa dahi alacaklı tarafından iptal davasına konu edilebileceği, aynı zamanda koşulların oluşması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini hükme bağlayan kararlarına rastlamak mümkündür⁷⁰⁹.

Yargıtay uygulaması ve tasarrufun iptali davasına ilişkin genel kurallar ışığında, bu şekilde malvarlığını eksiltmek amacıyla mal rejimi tasfiyesi protokolünün mahkeme kararına geçirilerek eşlerden birinin diğerine malvarlığı parçalarını kazandırdığı durumlarda yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Yani mahkeme kararı ile yapılan satışların iptal davasına konu olamayacağı gerçeği karşısında, alacaklının sadece yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma imkânı kalır.

Yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir kanun yolu olup, kanunda sınırlı biçimde sayılmış nedenlerin⁷¹⁰ varlığı halinde başvurulabilecek bir yoldur. Somut

⁷⁰⁸ Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 860; Muşul, C. II, s. 1490.

⁷⁰⁹ "...Davacı alacaklı, anılan protokol ile borçlu tarafından eşine devredilen 8 adet taşınmaz (bağımsız bölüm) hakkındaki tasarrufların iptalini istemiştir. Davacının asıl amacı, boşanmaya ilişkin mahkeme hükmünün iptali değil, taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun iptalidir. Tasarrufun tarafları karı-kocadır. Boşanma davasında tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı belirlenmiştir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK.nun 446. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur..." 17. HD, E. 2008/1908, K. 2008/5306, T. 13.11.2008; aynı yönde 17. HD, E. 2007/4042, K. 2008/445, T. 31.01.2008 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

⁷¹⁰ HMK m. 375'te sayılan yargılamanın yenilenmesini gerektiren durumlar şunlardır:

"a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.

olayda her zaman yargılamanın yenilenmesini gerektiren haller ortaya çıkmamış olabilir. Mal rejiminin değiştirilmesi ve tasfiyesi durumuna özel olarak, Türk Medenî Kanunu'muz, alacaklıya bir imkân daha tanımıştır. Kanaatimizce, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmaya gerek olmaksızın, eşin alacaklısı doğrudan TMK m. 213'ten faydalanarak malvarlığı değerini devralan eşe karşı takip başlatabilir veya alacak davası açabilir.

3.5.2. TMK m. 213. Kapsamında Alacaklıların Mal Rejiminin Tasfiyesinden Korunmaları

Türk Medenî Kanunu eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklıya, borçlusunun mal rejiminin mal ayrılığı olarak değiştirilmesini talep etme hakkı vermiştir (TMK m. 210). Böylece alacaklı doğrudan mahkeme aracılığıyla borçlu eşin malvarlığının ayrılmasını sağlayarak icra takibi işlemine devam edebilecektir⁷¹¹. İcra takibi devam ederken mahkemeden bu şekilde bir talepte bulunmayan alacaklının korunması için Kanun bir düzenleme daha içermektedir. Zira kimi zaman, eşler mal rejimlerini geçerli biçimde ancak alacaklılar aleyhine değiştirip tasfiye edebilir. Bu işlem sırasında gerçekleşen devirler de tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek devirler olabilir. Ancak devrin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmiş olması, bu işlemlere karşı tasarrufun iptali davası yoluna

-
- b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması.
- c) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması.
- ç) Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması.
- d) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması.
- e) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması.
- f) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması.
- g) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması.
- ğ) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması.
- h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması.
- ı) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması.
- i) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.”

⁷¹¹ Ali İhsan Özüğür, **Mal Rejimleri**, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 31; Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku**, Aile Hukuku, C. II, 11. Bası, İstanbul, 2008, ss. 151-152.

başvurulmasına mani olur. Bu ihtimale binaen, Medenî Kanunumuz devralan eşin de sorumluluğunu kabul etmiştir. Medenî Kanunumuzun 213. Maddesinde, mal rejiminin tasfiyesinin eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamayacağı hükme bağlanmıştır (TMK m. 213/I). Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur. Eş ancak malvarlığının borçları karşılamaya yetmediğini ispat edebildiği ölçüde sorumluluktan kurtulabilir (TMK m. 213/II). Mallar kendisine geçen eş, bu miktarla sınırlı olarak sorumludur⁷¹².

Eşlerin yeni bir mal rejimi kurmak, varolan mal rejimini değiştirmek veya mal rejimini tasfiye etmek yoluyla eşlerden birinin alacaklılarını zarar sokmasına bu hüküm ile engel olunabilir. Yani alacaklılar, malları edinen eş, edindiği mallarla sınırlı olarak takip edebilirler. Malların miktarı, eşin sorumluluk sınırını da belirler. Yani malları edinen eş, bu malların borcun ne kadarını karşılayabileceğini ispat edebilirse, alacaklılar da ancak o miktarla sınırlı olarak bu eşe yönelebilir⁷¹³.

Kural olarak mal rejiminin değiştirilmesi, alacaklılara zarar verme amacıyla gerçekleştirilemez. Ancak bu amaçla mal rejiminin değiştirilmesi veya boşanma nedeniyle tasfiyesi halinde alacaklının TMK m. 213'e göre hareket etmesi de mümkündür⁷¹⁴. İsviçre Federal mahkemesi bir kararında İsvMK m. 193(TMK m. 213)'ün İsvİİK m. 285 vd. (İİK m. 278 vd.)'na göre özel hüküm niteliğinde olduğu yönünde doktrinde savunulan görüşleri eleştirmiştir. Buna göre alacaklıya tanınan iki farklı imkân olan iptal davası ve İsvMK m. 193(TMK m. 213) koşulları ve sonuçları bakımından da birbirinden oldukça farklıdır. İsvMK m. 193(TMK m. 213) gereğince devralan eş, devraldığı mallar üzerinde diğer eşin alacaklısına karşı, ikinci derecede sorumlu⁷¹⁵ olur. Bu şekilde devreden eşin alacaklısı, hakkını devredilen mallar üzerinde kullanabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından alacaklılara zarar verme kastının varlığı önem taşımaz. Bununla birlikte İsvMK m. 193(TMK m. 213) işlemin gerçekleştiği an bakımından bir ayırım yapmazken; İsvİİK m. 285 vd. (İİK m.

⁷¹² Özüğür, s. 32; Akıntürk, s. 149; **ZaferZeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 2. Baskı, Ankara 2008, §117.

⁷¹³ Özüğür, s. 32.

⁷¹⁴ Peter, Art. 285 LP §17; Gilliéron, §2867, ayrıca bkz. ATF 111 III s. 46 ve JdT 1975 II s. 89.

⁷¹⁵ Bu yönde bkz. Zeytin, §120.

278 vd.)'na göre iptale karar verilebilmesi için, işlemin belli bir zaman aralığından gerçekleşmiş olması gerekir⁷¹⁶.

Tarafların hazırladıkları protokole göre yapılan mal rejimi değişiklik veya tasfiyesinin iptal davasına konu edilemeyeceği açıktır. Zira mahkeme kararına dayalı el değiştirmelerin iptali için tasarrufun iptali davası açılmaz. Kanaatimizce bu tür işlemlere karşı yargılamanın yenilenmesi yerine TMK m.210 uyarınca öncelikle mahkemeden mal ayrılığına karar vermesi istenmeli ve cebri icraya devam edilmelidir. İşlemin alacaklılara zarar verme kastı nedeniyle yapıldığına dair kuvvetli emarelerin bulunduğu hallerde ise doğrudan TMK m. 213'e dayanılarak devre konu malvarlığı üzerinde cebri icra işlemi uygulanabilir. Bu şekilde yürütülen takibe itiraz edilmesi halinde, alacaklı TMK m. 213'e göre yapılan devrin alacaklılar zararına gerçekleştirildiğinden hareketle devir konusu malın değeri oranında devralan eşin sorumlu olduğunu iddia ve ispat ederek takibe devam edebilir.

Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla anlaşmalı boşanma ile eşe geçen malvarlığı değerine diğer eşin alacaklılarının tasarrufun iptali davası açarak el atması mümkün değildir. Zira anlaşmalı boşanma protokolü, yargılama sonunda hakimin uygun bulduğu ölçüde hükme geçirilir. Farklı bir ifade ile karara geçirilen protokol kapsamında gerçekleştirilen devirler, tasarrufun iptali davasına konu edilemez. Burada artık mahkeme kararı neticesinde gerçekleştirilen bir devir söz konusudur⁷¹⁷. Uygulamada, protokole kararda yer verilmeksizin hüküm kurulduğuna da rastlanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre bu şekilde hüküm kurulması isabetli değildir. Anlaşmalı yapılan boşanmalarda hükmün protokolü de içerecek şekilde düzenlenmesi ve icra aşamasında tereddüde yer vermeyecek ölçüde açık

⁷¹⁶ JdT 2001 I s. 220; İİK m. 278 vd ile TMK m. 213'ün aynı amaca yönelmiş olmaları nedeniyle, TMK m. 213'ün İİK m. 285 vd'na göre özel hüküm teşkil etmediği yönünde görüş için bkz. Piotet, Répudiant, s. 77.

⁷¹⁷ Yargıtay'ın hatalı biçimde bu devirlerin dahi tasarrufun iptaline konu edilebileceği yönünde kararlarına rastlanabilir: "...Borçlu iki daire bir villasını boşandığı eşi Ayşe Zerrin Özalp'e boşanma davasında anlaşmalı şekilde devretmiştir. Boşanma davası 11.03.2005 tarihinde açılmış 21.03.2005 tarihinde anlaşmalı biçimde sonuçlandırılmıştır. Uygulamada tarafların anlaşmalı boşanmaları halinde eşe yapılan mal temliklerinin iptale tabi tasarruf gibi kabul edildiği bilinmektedir. Zira bu tür temliklerde mahkeme genellikle tarafların anlaşmalı biçimindeki iradelerini esas alarak hüküm kurmaktadır. Maddi olayların hukuki tavsifini hakimin yapması gerekir..." 17. HD, E. 2008/812, K. 2008/3427, T. 23.6.2008 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

olması gerekir⁷¹⁸. TMK m. 166/III hakime tarafların düzenlediği protokol bakımından bir takdir yetkisi getirmektedir. Buna göre hakim uygun görürse protokolda değişiklik veya düzeltme yapılabilir. Ancak bu durumda dahi, tasdik edilen protokolün bu halinin hüküm fıkrasına açık biçimde geçirilmesi gerekir.

Anlaşmalı boşanma görünümü altında alacaklılarından mal kaçırmaya çalışan eşin, protokol düzenlemesi ve protokolün de hüküm fıkrasına geçirilmeksizin tasdik edilmesi halinde, alacaklılar hangi yola başvuracaklardır? Acaba hüküm fıkrasında geçirilmese dahi bu protokol kapsamında yapılan devirler, mahkeme kararı ile yapılmış gibi işlem görecektir ve HMK m. 375/I, g (HUMK m. 445/I, 7) bendi gereğinde yargılamanın iadesi yoluna mı başvurulacaktır? Özellikle sorunun tarafların alacaklıları ve haleflerinin de hile nedeniyle yargılamanın iadesi yoluna başvurabileceklerini düzenleyen HMK m. 376 hükmü de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay bir kararında tasarrufun iptali davaları ile hile nedeniyle yargılamanın iadesinin aynı amaca yönelik olduğundan bahisle anlaşmalı boşanma protokolünün hükme geçirilmediği durumlarda bu ilama dayanılarak alacaklılardan mal kaçırmaları halinde tasarrufun iptali yoluna başvurulabileceğine hükmetmiştir: *“Davacı vekili, davalı borçlu Selami aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunmadığını, borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla taşınmazlarını boşanma protokolü ile diğer davalıya devrettiğini açıklayarak tasarrufların iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Mahkemece, dava konusu tasarrufların boşanma ilamının feri niteliğinde bulunduğu ve davacının ancak yargılamanın iadesi yoluyla böyle bir istekte bulunabileceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz*

⁷¹⁸ 2. HD, E. 2000/10748, K. 2000/12926, T. 26.10.2000: *“Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 388 /son maddesi; hükmün sonuç kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yükletilen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında birer birer şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Medenî Kanununun 134/3. maddesinde ifadesini bulan anlaşmalı boşanma halinde de eşlerin anlaşmaları her konuda infazda karışıklık yaratmayacak şekilde hüküm kurulmalıdır. Mahkemece, kocanın eşine vermeyi kabul ettiği 4 nolu taşınmazın tapusunun istenilmesi, taşınmazın koca adına olan kaydı iptal edilip kadın adına tapuya tescil edilmesi gerekir. Bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...”*; 2. HD, E. 2004/16025, K. 2005/852, T. 26.01.2005 *“Hüküm, açık ve infazda tereddüde yer vermeyecek nitelikte olmalıdır. Hüküm fıkrasında protokol hükümlerine hiç yer verilmemesi isabetsizdir...”*, aynı yönde 2. HD, E. 2009/17648, K. 2010/19842, T. 29.11.2010 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

edilmiştir...Davacı taraf, davalı borçlu Selami'nin eşi İnci Nur Ç.'e boşanma protokolü ile 8 adet bağımsız bölümü (taşınmaz) devrettiğini, bu devir işleminin tarafların anlaşmalı boşanmaları sonucu mahkeme hükmüne bağlandığını açıklayarak, söz konusu tasarrufun iptalini dava etmiştir. Mahkemece, mahkeme hükümlerinin tasarrufun iptali davalarına konu edilemeyeceği düşüncesi ile dava reddedilmiştir. Mahkemenin kabul şekli yasal düzenlemenin amacına uygun düşmemektedir. İlke olarak taraflar arasında bir anlaşmazlığı hükme bağlayan ilamlara karşı tasarrufun iptali davası açılmaz. Tarafların iradelerinin uygunluğu ile bir mahkeme hükmünün elde edilmesi halinde, nizalı bir yargıdan bahsedilemez. Bu gibi hallerde tarafların uygun iradesi hükmün oluşmasına yetmektedir. Alacaklısından mal kaçırmak amacıyla olabilen borçlu bu durumda amacına uygun bir mahkeme kararı elde edebilecektir. Somut olayda, davalı borçlu ile diğer davalı eşi, boşanma davasına esas olmak üzere bir protokol hazırlamış ve bunu mahkemeye sunmuşlardır. Davacı alacaklı, anılan protokol ile borçlu tarafından eşine devredilen 8 adet taşınmaz (bağımsız bölüm) hakkındaki tasarrufların iptalini istemiştir. Davacının asıl amacı, boşanmaya ilişkin mahkeme hükmünün iptali değil, taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun iptalidir. Tasarrufun tarafları karı-kocadır. Boşanma davasında tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı belirlenmiştir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK.nun446. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda mahkemece tarafların delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği halde, yazılı olduğu biçimde davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir.”⁷¹⁹. Yargıtay’ın bu kararını öncelikle boşanma protokolünün hüküm fıkrasında yer almaması bakımından incelemekte fayda vardır. Önceden de değindiğimiz üzere Yargıtay yerleşik içtihatlarında tarafların düzenledikleri protokolün hüküm fıkrasında yer alması gereğine işaret etmekte; aksi uygulamayı

⁷¹⁹ 17. HD, E. 2008/1908, K. 2008/5306, T. 13.11.2008 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014).

bozma sebebi olarak değerlendirmektedir⁷²⁰. Bu uygulamaya rağmen, hüküm fıkrasında tarafların düzenlediği protokolün yer almaması fakat hakimin protokolü tasdik ettiğini hükme geçirmesi ilk bakışta TMK m. 166/III’te sayılan koşulların yerine getirildiği yönünde bir kanı oluştursa da, aslen kanunun ruhu bu protokolün dosyaya alınması, hakim tarafında incelenmesi, gerektiğinde protokole ilişkin hususların taraflara sorulmasını gerektirir. Farklı bir ifade ile anlaşmalı boşanma davalarında hakimin görevini bir “onay makamı” haline getirmek kanunun ruhuna uygun değildir.

Boşanma protokolünün hüküm kısmında yer almamasının eşlerden birinin alacaklılarından mal kaçırma amacıyla yapılan boşanmalar bakımından yargılamanın iadesine konu edilebilmesi, tarafların temyiz haklarından feragat ederek kararı şekli anlamda da kesinleştirmeleri durumunda ortaya çıkar. Karara göre üçüncü kişi konumunda bulunan eşlerin alacaklılarının, kendilerine zarar veren; el atabilecekleri malvarlığı değerini eksilten bu kararı temyiz etmeleri söz konusu olmadığından, hangi yola başvurmaları gerektiği, bu yolların uygulanma koşullarına göre belirlenmelidir.

Değindiğimiz kararda, eşlerin mal kaçırma iradelerinin önüne tasarrufun iptali davası yolu ile geçilip geçilemeyeceği konusu tartışma konusu yapılmıştır. Bir an için boşanma protokolünün usûlüne uygun ve icrada tereddüte yer vermeyecek biçimde karara geçirildiğini düşünüldüğünde; bu ilamın tasarrufun iptali davasına dayanak teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılır. Zira mahkeme kararı ile gerçekleşen temliklerin tasarrufun iptaline konu edilmesi mümkün değildir⁷²¹. Alacaklılardan mal kaçırma iradesinin ürünü bir boşanma protokolü ve bu protokolün mahkeme kararına geçirilmeden onaylanması bakımından da farklı sonuca ulaşmak için bir neden görememekteyiz. Hüküm kısmındaki bu eksiklik, bu hükümle gerçekleştirilen temliklerin, mahkeme kararıyla yapılan temlik olduğu ve tasarrufun iptali davasına

⁷²⁰ HGK, E. 1997/2-803, K. 1997/1045, T. 10.12.1997 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014): “...Niteliği itibariyle bu tür sözleşmeler başkaca bir şekil şartına da bağlı değildir. Yazılı olarak mahkemeye verilebilecekleri gibi, tutanağa geçirilmeleri de mümkündür. Ancak taraflarca mahkemeye yazılı olarak verilmeleri ya da duruşma tutanağına geçirilmeleri aktin oluşması için yeterli değildir. Bunun boşanma kararının hüküm kısmında gösterilmesi, başka bir anlatımla infaz olanağını sağlayacak mahkeme hükmü haline gelmesi gerekir. Böylece hakimin tasvibine iktiran ettiği belgelenmiş olur. Bu nedenle ki, taraflarca sözleşme mahkemeye verilmiş olmasına rağmen, hakimin bu konuyu incelememesi olumlu olumsuz bir karar vermemesi halinde sözleşme hukuki sonuç doğurmaz...” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014).

⁷²¹ Kuru, İcra, C. IV, s. 3412; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 860; Karlı, İcra, s. 643.

konu edilemeyeceği gerçeğini değiştirmez. Yargıtay bu kararında tasarrufun iptali ve yargılamanın iadesini adeta aynı sonuca ulaşmak için başvurulabilecek iki yol gibi değerlendirmiştir. Oysa ki yargılamanın iadesinin aksine tasarrufun iptali davası, iradi temlikleri veya aynı hak tesislerini konu edinir⁷²². Kanaatimizce somut olay bakımından ancak yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir. Bu nedenle Yargıtay'ın kararına katılmıyoruz.

3.6. MUVAZAA VE İNANÇLI İŞLEM

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (TBK m. 1). Karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması olan sözleşmenin geçerliliğinin sadece beyan ile sağlanması mümkün değildir. İrade de sağlıklı biçimde oluşmalı ve beyan ile uyumlu olmalıdır. Uyumun bulunmadığı hallerde irade sakatlığından bahsedilir. Bu sakatlık iradenin oluşması aşamasında olabileceği gibi, beyan aşamasında da ortaya çıkabilir⁷²³.

İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk bulunması durumunda iradeye öncelik TBK m. 19'da düzenlemesini bulmaktadır. Buna göre “(1) Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır...”. Anılan düzenleme sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kural olup MK m. 5 gereğince tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulur⁷²⁴.

Sözleşmenin geçerli biçimde kurulması için aranan irade ve beyan uyumu, kimi zaman bilinçli kimi zaman da bilinçsiz biçimde bozulabilir. Borçlar hukuku bakımından irade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek oluşturulan uyumsuzluk halleri, işlemin taraflarının üçüncü kişiyi işlemin miktarı veya niteliği hususunda yanıltılmak istemeleri durumunda gözlemlenebilir. Bu durumda taraflar, iradelerine uygun olmayan bir beyanla bilinçli bir şekilde sözleşmeyi kurarlar. İrade ile beyan arasındaki bilinçli ve iki taraflı uyumsuzluk en çok muvazaa biçiminde kendisini

⁷²² Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 860.

⁷²³ Guhl, s. 91; Kılıçoğlu, s. 166; Rossel, s. 50.

⁷²⁴ Bénédicte Winiger, **Art. 18 CO-I**, Commentaire Romande, Code des Obligations I, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003 (Art. “madde numarası” CO-I), § 3.

gösterir⁷²⁵. Muvazaa, üçüncü kişiyi işlemle ilgili yanıltma veya üçüncü kişide işlemle ilgili farklı bir izlenim oluşturma amacı taşıdığından⁷²⁶ İcra İflâs Hukuku anlamında iptal ile sıklıkla karıştırılan bir kurumdur.

3.6.1. Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlük Davası

3.6.1.1. Muvazaanın Hukuki Niteliği, Taraflara ve Üçüncü Kişilere Etkisi

İki kişinin görünürde bir beyanda bulunmakla beraber, asıl iradelerinin başka bir hukuki işlem kurmaya yönelik olması durumunda muvazaanın varlığından söz edilir. İsviçre Federal Mahkemesi muvazaayı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Hukuki işlem, tarafların esas iradelerine uymayan bir irade beyan etmek hususunda anlaşmaları durumunda BK m. 19 anlamında muvazaalıdır. Sözleşmenin tarafları görünürde sözleşmeyi akdetmek istediklerini beyan etseler de aslında iç ilişkilerinde veya yanıltmak istedikleri üçüncü kişilerle ilişkilerinde bu sözleşmeden farklı gizli bir sözleşmenin varlığı hususunda anlaşmıştır. Tarafların esas iradeleri ya hiçbir hukuki sonuç doğurmamak ya da görünürde sözleşmeden farklı bir hukuki sonuç doğurmak yönündedir*”⁷²⁷.

Hukuki işlemin muvazaalı olabilmesi için işlemin taraflarının esas iradeleri ile beyanları arasında bilinçli bir ayırıklık olması gerekir. Görünürdeki işlem muvazaalıdır, aslen altta yatan esas işlemi gizlemek amacına yöneliktir⁷²⁸. Muvazaa, içerdiği işlem sayısına göre “*Mutlak Muvazaa*” ve “*Nispi Muvazaa*” olarak ikiye ayrılır. Tarafların gerçekte yapmayı arzu ettikleri gizli bir işlem bulunmamasına rağmen, istemedikleri görünürde bir işlem yapmaları halinde *mutlak muvazaadan* bahsedilir. Bu tür muvazaada esas irade farklı bir işleme yönelik değildir. Taraflar

⁷²⁵ Kılıçoğlu, ss. 166-167.

⁷²⁶ Guhl, s. 94.

⁷²⁷ 5C_279/2006, Karar tarihi: 31.05.2007; anılan karar herhangi bir dergide yayımlanmamış olup, karara Swisslex veritabanından 26.07.2012 tarihinde ulaşılmıştır. Federal Mahkeme'nin aynı tanımı içeren daha eski tarihli kararları da mevcuttur: ATF 123 IV 61 s. 68; 112 II 337 s. 343; SJ 1996 s. 554'te yer alan 26.03.1996 tarihli 4C.296/1995 sayılı karar.

⁷²⁸ Engel, *Traité*, s. 224; Tercier, § 439; Tercier ve Ducrest, s. 1 ; Tekinay ve diğerleri, s. 408; Fransız Hukukunda muvazaa için bkz. Philippe Delebeque ve Frédéric-Jérôme Pansier, **Droit des Obligations, 1. Contrat et quasi-contrat**, 5^e édition, Paris, 2010, § 306; Philippe Malinvaud, **Droit des Obligations**, 10^e Edition, Paris, 2007, § 279 ; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud ve François Chabas, **Leçons de Droits Civil**, Tome II, 1^{er} Volume, 8^e Edition, Paris, 1986, § 807 vd.

farklı amaçlarla aslında esas iradelerinin yönelmediği bir işlemi yapmaktadırlar. Buna karşın *nispi muvazaada* ise tarafların esas iradelerinin yöneldiği gizli bir sözleşme mevcuttur. Fakat bu sözleşme gizlenerek görünürde başka bir sözleşme yapılır⁷²⁹.

Muvazaanın etkilerini, tarafların birbirleri ile (iç ilişki) ve tarafların üçüncü kişilerle (dış ilişki) ilişkileri bakımından ayırarak incelemek gerekir. İç ilişkide görünürdeki işlem tarafların esas iradesini yansıtmadığından batıldır. Buna karşın tarafların esas iradelerine uygun olan gizli işlem tarafları bağlar⁷³⁰. Dış ilişki bakımından **Guhl**, iyiniyetli üçüncü kişinin çıkarlarının gözetilmesi gerektiğini savunmuştur. Buna göre sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ya da ayakta tutulması sonuçlarının hangisinin tercih edileceği, iyiniyetli üçüncü kişinin çıkarının hangisini gerektirdiğine göre belirlenmelidir⁷³¹. **Tekinay ve diğerleri** gizli anlaşmanın görünürdeki sözleşmenin yerine başka bir sözleşmenin geçmesine ya da görünürdeki sözleşmenin bir bölümünün değişmesine ilişkin olması durumunda gizli anlaşmanın geçerli olacağı görüşündedir⁷³².

Fransız Hukukunda muvazaanın üçüncü kişilere etkisi de tarafların iradelerinin nasıl yorumlanması gerektiği tartışmasının sonucuna göre değerlendirilmiştir. Muvazaalı işlemin üç şekilde yorumu mümkündür: Liberal görüş, tarafların gerçek iradelerini dikkate alır, buna bağlı olarak iki sözleşmeyi de geçerli kabul eder. Objektif görüş; işlemde zarar gören üçüncü kişilerin menfaatlerini öncelikli tutar ve görünürdeki işlemi geçerli sayar. Ahlaki görüş ise muvazaalı işlemin sadece üçüncü kişiyi zarara uğratma kastı ile yapılması durumunda iptal edilebileceğini öngörür⁷³³. Buna karşın pozitif hukuk soruna ikili bir inceleme ile yaklaşmıştır. Fransız Medenî Kanunu'nun (FrCC) 1321 maddesi uyarınca gizli sözleşme tarafları bağlar, üçüncü kişiler nezdinde bu işlemin herhangi bir etkisi yoktur. Bir işlemin muvazaalı olması onun doğrudan butlanını gerektirmez. Bu düzenleme uyarınca kural gizli işlemin üçüncü kişilere bir etki etmemesi ise de, iyiniyetli üçüncü kişi iki işlemde (gizli işlem-görünürdeki işlem) hangisi çıkarına

⁷²⁹ Kılıçoğlu, s. 170; Tekinay ve diğerleri, ss. 409-411; Tercier ve Ducrest, s. 3.

⁷³⁰ Guhl, s. 95; Kılıçoğlu, s. 171; Engel, *Traité*, s. 225; Tercier ve Ducrest, s. 2; Oğuzman ve Öz, C. I, s. 132; Walter Yung, **Simulation, Fiducie et Fraude à La Loi**, Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel, 1952, ss. 143-144.

⁷³¹ Guhl, s. 95.

⁷³² Tekinay ve diğerleri, s. 413.

⁷³³ Delebecque ve Pensier; *Contrat et Quasi-Contrat*, §307.

uygunsa onunla bağlanmayı tercih edebilir⁷³⁴. **Malinvaud** “üçüncü kişi” kavramını sözleşmenin taraflarının hak devrettikleri kişiler dışında kalan, muvazaanın geçerli veya geçersiz kabul edilmesinde çıkarı olan herkes olarak tanımlamaktadır⁷³⁵.

3.6.1.2. İptal Davası ile Muvazaa Nedeniyle Butlan Davasının Farkları

3.6.1.2.1. Türk/İsviçre Hukuk Sistemi ve Fransız Hukukunda Durum

Türk/İsviçre hukuk sistemlerinin iptal davası ile muvazaalı işlem nedeniyle hükümsüzlük davasına yaklaşımı paralellik gösterir. İptal davası ile muvazaa nedeniyle butlan davası öncelikle davanın konusunu oluşturan hukuki işlemin geçerliliği noktasında ayrılır. İptal davasına konu işlem geçerli bir işlemidir. Ancak kanun bu işlemin ortaya çıkardığı sonuçlardan korunmak amacıyla karşı alacaklıya özel bir imkân tanımıştır. Nitekim iptal davasının neticesinde işlemin geçersizliğine hükmedilmez. Borçlunun işlemlerinin iptaline iflas masası veya alacaklının talebi üzerine ve ancak bir mahkeme kararı ile karar verilebilir. İptal mutlak değildir, sadece talep eden-davacı bakımından sonuç doğurur⁷³⁶.

Muvazaalı işlem ise aslen hukuk alanında var olan bir işlem değildir. Bu tip işlemlere karşı iptal yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Zira bu işlemleri hukuk zaten tanımaz⁷³⁷. **Jäger**, bu farka değinerek, bir işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğünün tespit edilebileceği durumlarda, iptal davası yoluna başvurmanın mümkün olmadığını savunmuş; iyiniyetli üçüncü kişinin muvazaalı işleme konu şeyi kazanmasının geçerli olacağını, bu kişiye karşı ancak tasarrufun iptali davası yoluna başvurulabileceğini savunmuştur⁷³⁸. Nitekim Umar da, muvazaalı bir devir karşısında iptal davası açmanın faydasız olduğuna değindikten sonra, sonuç

⁷³⁴ Delebecque ve Pensier, §314; Malinvaud, § 287; Mazeaud ve diğerleri, §812.

⁷³⁵ Malinvaud, § 287.

⁷³⁶ İptal davasının şahsiliğine ilişkin olarak bkz. Kuru, C. IV, 3. Baskı, s. 3408; Ansay, İcra 330; Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 878; Ertekin ve Karataş, s. 17-18; Peter, Art. 291 LP §3; Jäger, Art. 291, §2, A; Schüpbach, Art. 291, §4, 6; Erard-Gillioz, s. 16; Umar, İptal Davası, s. 98. İflâs masası bakımından durum şüphesiz farklıdır. İflâs masasının iptal davası açması halinde, dolaylı olarak, alacağı masaya kayıtlı tüm alacaklılar bakımından sonuç doğar, Jäger, Art. 291, § 2; Art. 291, §1, B, a.

⁷³⁷ Ansay, İcra, s. 325; Jäger, Art. 285, §1, B; Tercier ve Ducrest, s. 2; aynı yönde Umar, İptal Davası, s. 17.

⁷³⁸ Jäger, Art. 285, §1, B.

doğurmamış bir işlemin sonucunun ortadan kaldırılamayacağı savunmuştur⁷³⁹. Buna karşın, tarafların iradelerine uygun gizli işlem bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir. Bunu konu aşağıda ele alınacaktır⁷⁴⁰.

Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı durumlarda taşınır mülkiyetinin teslimsiz geçmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması da mümkündür⁷⁴¹. TMK m. 766 (İsvMK m. 717) uyarınca “*Bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukukî ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz*”. Böyle bir iradenin varlığını hâkim takdir eder⁷⁴². TMK 766 maddesi rehnin kurulmasına karşın taşınırın zilyetliğinin yine rehin verende kaldığı durumları düzenlemektedir. Bu durumda kanuna karşı hileden bahsedilir. Hâkimin hükmen teslimin dayandığı hukuki sebebi doğru tespit etmesi gerekir. Teslim rehin hükümlerini bertaraf etmek veya üçüncü kişileri zarara sokmak amacıyla yapıldıysa, bu teslim ve rehin kurma işlemi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez⁷⁴³.

İsviçre İcra ve İflâs kanununda 1994 yılında yapılan değişiklikten önce, 286 ve devamı maddelerde (İİK m. 278 ve devamı) sayılan işlemlerin “butlanına” hükmedilebileceği şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Hatta bir adım daha ileri gidilerek, iptal davasının asli etkisinin İsvİİK m. 285’ten hareketle, davaya konu işlemlerin hükümsüzlüğünün tespit edilmesi olduğu görüşü de ileri sürülmüştür⁷⁴⁴. 1994 yılındaki değişiklikle iptal davasına özgülenen maddelerin tamamında gerekli

⁷³⁹ Umar, İptal Davası, s. 17; muvazaalı işlemlerin istihkak davasına konu edilebileceği yönünde bkz Kuru, İcra, C. IV, s. 3414; borçlunun takipten sonra alacaklısına zarar vermek ve mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların muvazaalı tasarruf olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Tolga Akkaya, **Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu**, MİHDER, 2006, S. 3, s. 668.

⁷⁴⁰ Bkz. “3.6.1.2.4. Nispi Muvazaada Gizli İşlemin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁴¹ Jäger, Art. 285, §1, B; Turhan Esener, **Teminatı İstihdaf Eden Temlik Tasarruflar**, AÜHF, Yıl: 1952, C.9, S. 3-4, s. 380. Ayrıca bkz. “3.3. Hükmen Teslimin Üçüncü Kişilere Zarar Verme Amacıyla Taşınır Rehininde Uygulanması (TMK m. 766)” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁴² Eren, Fikret; **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011, s. 486; **Esener**; Temlik Tasarruflar, s. 381.

⁷⁴³ Bkz. “3.3. Hükmen Teslimin Üçüncü Kişilere Zarar Verme Amacıyla Taşınır Rehininde Uygulanması (TMK m. 766)” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁴⁴ Brustlein ve Rambert, Art. 291, §1; İptal davasının İsvİİK m. 285 ve davasında sayılan fiillerin butlanının tespitine yönelik olduğu konusunda bkz. SJ 1972 s. 312; aksi görüş için bkz. Jäger, Art. 285, §1, A, yazar iptal davası ile, haksız fiile dayanılarak ikame dileyebilecek davanın yarıştığı görüşündedir.

düzeltilmeler yapılmış, anılan işlemlerin “iptal edilebileceği” hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme Federal Mahkemenin uzun zamandır yerleşmiş bulunan içtihatlarına da uygundur⁷⁴⁵.

Fransız hukukunda, tasarrufun iptali davasının şahsiliğine ve nispliliğine vurgu yapılmıştır. İptale tabi işlem üçüncü kişi ve borçlu arasında geçerliliğini korumaktadır. Hukuki işlemin taraflarının alacaklılarına bu işleme karşı koyma imkânı verilmiştir. Zarar verme kastı nedeniyle yapılan işlemin alacaklı bakımından sonuç doğurmaması amacı ancak iptal davası ile sağlanır⁷⁴⁶. Tasarrufun iptali davası da, şahsi niteliği itibarıyla sadece taraflar arasında etki doğuran bir davadır. Bu nedenle aslında borçlar hukuku anlamında bir iptal edilebilirlik söz konusu olur. Bu dava neticesinde işlemin butlanına hükmedilmez. Bu bir hükümsüzlük davası olmadığından, haleflere etkisi olmaz⁷⁴⁷. Borçlu işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı, işleme bağlı olmaya devam eder. Ancak iptal davasını ikame eden alacaklı bakımından bu işlem geriye dönük olarak iptal edilir⁷⁴⁸.

3.6.1.2.2. Yargıtay’ın Yaklaşımı

Yargıtay’ın bazı kararlarında, iptal ile muvazaalı işlemin butlanı arasındaki farkın net biçimde ortaya konulamadığı dikkati çekmektedir. Yüksek Mahkeme’nin, hukuki nitelendirmede de hataya düştüğü, tasarrufun iptalini TBK m. 20 kapsamında değerlendirdiği de görülmektedir⁷⁴⁹. Hukuk Genel Kurulu bir kararında muvazaanın, iptal davasından farklı olduğuna ve davada muvazaaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine değinmişse de tasarrufun iptali davasında söz konusu olabilecek sonuçlara hükmetmiştir: “...dava, alacaklıyı alacağından yoksun bırakmak amacı ile iki davalı arasında muvazaalı olarak düzenlenen taşınmaz satışına ilişkin

⁷⁴⁵ Örneğin ATF 134 III 616 “...Konkordatonun tasdikinden önce borçlu tarafından yapılan hukuki işlemler iptale tabidir...”; TF, 5A_210/2007, T. 07.02.2008, “...Devir işlemi batılsa, bu işlemlerin İsvİİK m. 285 kapsamında iptali talebi de konusuz kalacaktır...”, aynı yönde JdT 1978 II 124, JdT 1974 II 20.

⁷⁴⁶ Jacques Ghestin, Marc Billiau ve Grégoire Loiseau, **Traité de Droit Civil, Le Régime des Créances et des Dettes**, Paris, 2005, §525.

⁷⁴⁷ Mazeaud ve diğerleri, §1002; ancak iptale konu işlemin lehdarı üçüncü kişiye de iptal davasının yöneltileceği ya da alacaklının alacağını temlik ettiği kişinin de bu işleme karşı iptal davası açabileceği gözden kaçmamalıdır, Ghestin ve diğerleri, §312.

⁷⁴⁸ Mazeaud ve diğerleri, §1004-1005; Malinvaud, §840.

⁷⁴⁹ “Dava, Borçlar Kanunu’nun 18.maddesi uyarınca açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.”14. HD, E. 2008/9841, K. 2008/11131, T. 7.10.2008 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

işlemlerin iptallerine yöneliktir. Yerel mahkemece istek gibi karar verilmiştir. Bu durum karşısında sözleşmelerin iptalleri ile taşınmazlar, borçlu olan davalıya geri dönmez. Öyleyse alacaklının borçludan alacağının sağlanması için sözleşmelerin ve kayıtların iptallerine gerek kalmaksızın alacağın alınmasını sağlayıcı yönde hüküm kurulmalıdır. Tapu kayıtlarının iptalleri ile önceki malik davalı A.D. adına tapuya tesciline karar verilmesi yasaya aykırı olup davalının karar düzeltme isteğinin bu nedenle kabulü gerekmiştir... *gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir... Az yukarıda açıklanan ileri sürülüş biçimine göre, dava hukuksal nitelikçe BK. Md. 18`in özüne ve sözüne uygun muvazaaya dayanmaktadır... Gerçekte de, İİK.nun 277 md.sinde sözü edilen iptal davaları, borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış bazı tasarruf işlemlerin hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufi işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar, o nedenle bu iki dava arasındaki fark iptal davasının geçerli muamelelere karşı açılmasına karşın, muvazaa davasının görünürdeki (zahiri) işlemlere karşı açılmasında kendini gösterir... **Bu nedenlerle önümüzdeki davanın İİK. 277 ve ardından gelen maddeleri anlamında bir iptal davası olarak benimsenemez... Bu nitelikteki (iptal davası) dava sonunda taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti el değiştirmiş olmaz, davadan önceki malik şeyin mülkiyetini korur ve mülkiyet ne davacıya ne de borçluya döner. Bu durum karşısında; davalı iktisap eden; borcu ödeyerek, davadan kurtulma olanağına ve davaya son verme yetki ve hakkına sahiptir. Denilebilir ki; bu tür dava alacaklı davacıya, alacağını tahsil olanağını sağlayan nisbi nitelikte bir davadır... **Hal böyle olunca, mahkemece, çekişmeli taşınmazların davalı, iktisap eden adına oluşan tapu kayıtlarının iptali ile önceki malik olan ve satış yoluyla, davalıya temlik eden borçluya dönecek şekilde tapuya tesciline karar verilmesi usûle ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir...`**⁷⁵⁰.***

⁷⁵⁰ HGK, E. 2000/4-823, K. 2000/851, T. 3.5.2000 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2012). Nitekim karşı oy yazısında da bu çelişki eleştirilmiştir: "...Bu davada dayanılan hukuksal neden "muvazaa"dır ve bu husus tartışmalıdır. Bir iptal davasından söz edilmemiştir ve böyle bir kabul de yoktur. Davanın dayanağı ve mahkemenin kabulü muvazaa olunca, sonucun da bu kabule göre oluşturulması gerekir. Nitekim Özel Dairede davanın dayanağının İİK.nun 277 ve izleyen maddelerinde hükme bağlanan bir iptal davası olduğunu söylememekte, ancak hükmün bu tür bir davaya özgü biçimde oluşturulmasını öngörmektedir. .. Bir diğer anlatımla muvazaaya dayalı bir tapu iptali isteminde muvazaanın (butlanın) kabulü halinde aslolan, çekişmeye konu edilen

Bu kararda Yargıtay'ın muvazaa ile iptal davası arasındaki farkı net biçimde ortaya koyamadığı açıktır. Mahkeme öncelikle incelemeye konu davanın tasarrufun iptali davası olarak nitelendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Öyleyse bu durumda, söz konusu işlemlerin butlanına yönelik bir karar tesis edilmesi, tapu kayıtlarının iptali ve davacı adına yeniden tescili yönünde hüküm kurulması gerekir. Fakat Yargıtay, davanın muvazaalı işleme ilişkin bir dava olduğunu tespit ettikten sonra, tapu kayıtlarının iptali ve davacı adına tescili şeklindeki hükmün usûl ve yasaya aykırı olacağını belirtmiştir.

Yargıtay'ın iptal davasının şahsi niteliğine vurgu yaparak, sadece borçlunun iptale tabi işlemle devrettiği mal üzerinde alacaklıya cebri icra hakkı tanıyan bir dava olduğunu tespit eden kararları da mevcuttur: “...Dava, İİK.nun 277 ve sonradan gelen maddeleri hükümlerine dayalı, tasarrufun iptali davasıdır. İptal davaları için yetki konusunda bu kanunda özel bir hüküm yer almamıştır. Dava, taşınmazın aynı ile ilgili değildir. İptal davaları aynı hakka değil kişisel hakka ilişkin davalardandır. Bu dava sabit olduğu takdirde alacaklı davaya konu mal üzerinden, cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmaz ise davalı üçüncü kişinin üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir...”⁷⁵¹.

tapunun iptali ile ortada gerçek bir temlik söz konusu olmadığından tapunun eski malikine dönmesidir. Hem muvazaanın hem de tapunun iptal edilmeyerek tasarrufun iptaline karar verileceğinin kabulü; temelde muvazaa (butlan) ile illetli bir temlik işlemine, kısmen geçersizlik, kısmen de geçerlilik anlamını vermek olacaktır ki, böylece tecizli kabul etmez. Bir temlik işlemi ikiye bölmek anlamına gelir; bu da açık bir çelişki teşkil eder...”(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

⁷⁵¹ 15. HD, E. 2003/6319, K. 2003/6197, T. 23.12.2003; aynı yönde, 4. HD, E. 1976/11500, K. 1977/3670, T. 30.05.1977: “...Doktrinde baskın olan görüşe göre, iptal davası aynı bir dava olmayıp, şahsi bir davadır. Diğer bir deyişle, iptal davası, taşınır mala da taşınmaz mala da ait bulunsa, bu malların aynıyle ilgili bir dava değildir. Yani iptal davası, borçlunun hukuki muamelelerinin sonuçlarını yok edici nitelikte bir dava sayılamaz. Böyle olsaydı, iptal kararı ile, örneğin taşınmazın mülkiyeti alacaklıya geçerdi ve tapu kaydının iptali gerekirdi. Halbuki, tasarrufun hükümsüzlüğü, yani iptal kararı ile müktesip, alacaklının alacağını aciz vesikasındaki miktarı aşmamak ya da ammeye olan borçla sınırlı olmak üzere ödeme yükümü altına girmekte ve böylece alacaklı, müktesibin davalı malını icra kanalı ile ya da 6183 sayılı Yasa'ya göre sattırıp, alacağını alma yetkisini kazanmaktadır...” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012).

3.6.1.2.3. Hukukumuz Bakımından Tasarrufun İptali ve Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlük Taleplerinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi

Somut uyumsuzlukta hangi hukuki sebebe dayanılarak hüküm kurulacağı hakimin görevidir⁷⁵². Buna bağlı olarak hakimin önüne gelen somut hayat olayı, hükme dayanak olacak hukuki sebebin düzenlendiği hükmün koşul vakıalarını içermelidir. Farklı bir deyişle, hukuki sebep altında altlanan ve hükmün koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıalar, bu hayat olayının içerisinde yer almalıdır. Böyle bir durumda hakim, davayı kabul edecektir. Kabul hükmünde de hayat olayının tamamı değil, hukuki sebep altında altlanan ve hükme esas teşkil eden vakıalar yer alacaktır. Nitekim HMK m. 303/II'de de bir hükmün, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanların kesin hüküm teşkil edeceği hükme bağlanmıştır.

Hakimin önüne getirilen somut hayat olayına bağlanan talep bir hukuki sebep altında altlanmakla birlikte reddedilmiş ise, aynı hayat olayının bir başka hukuki sebep altında altlanarak başka bir davaya konu edilmesi mümkün olabilir. Şüphesiz kesin hükümle sonuçlanan yargılamada bu hukuki sebebi karşılayan koşul vakıalar ve hayat olayı reddedilmemiş olmalıdır⁷⁵³. Dolayısıyla kesin hükme esas teşkil eden ve davacı tarafından mahkemeye getirilen somut vakıaların hükümde incelenmemiş veya reddedilmemiş olması büyük önem taşır.

Tasarrufun iptali davası ile muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tespiti davası arasındaki ilişkiyi de bu kapsamda değerlendirmenin doğru olacağını düşünüyoruz. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, hem muvazaaya hem de tasarrufun iptali davasına ilişkin koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaların aynı olması mümkün değildir. Farklı bir ifade ile muvazaa nedeniyle hükümsüzlük ile tasarrufun iptali hukuki sebeplerinin her ikisine ait koşul vakıaların aynı hayat olayı içerisinde bulunması ve aynı hayat olayının her iki hukuki sebebi de haklı gösterebilmesi mümkün değildir.

⁷⁵² Kuru Usûl, C. II, s. 1598; Üstündağ, Usûl, s. 243; Postacıoğlu, Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 236; Bilge ve Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, s. 295-296; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 361; Cenk Akil, **Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, AÜHFD, 2008/3, s. 4.

⁷⁵³ Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)**, Ankara, 2011, s. 101; Vouilloz, Jusletter, §21; Bergeaud, § 354; karara esas teşkil eden vakıalar bakımından bkz. Denis Tappy, **Art. 238 -CPC**, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, 2011(Art. "madde numarası"-CPC), §7.

Böyle bir kabul, muvazaa nedeniyle hükümsüzlük ile tasarrufun iptali davasının telahuk ilişkisi içinde sonucunu doğurur ki, kanaatimizce bunun kabulü mümkün değildir. Muvazaalı işlemlerin de tasarrufun iptali davasına konu edilebileceği görüşünü savunanlar⁷⁵⁴, takip hukukuna özgü olan tasarrufun iptali imkânının daha özel bir hüküm olduğundan bahisle, somut uyuşmazlığa önce bu hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁷⁵⁵. Bu görüşe katılmıyoruz. Bir kişinin diğerine karşı aynı konuda belli bir sonucu sağlamak amacıyla farklı hukuki sebeplere dayanarak talepte bulunması olarak tanımlanabilecek olan hakların telahuku, mahkemen bu sonuca ilişkin hukuki koruma talep edilmesi durumunda usûl hukuku alanında da sonuç doğurur⁷⁵⁶. Bu haklara bağlı olarak açılan mütelahuk davalarda talep aynı olmakla birlikte bu talebi haklı gösteren birden fazla hukuki sebep bulunmaktadır⁷⁵⁷. Farklı hukuki sebeplerin ve buna bağlı taleplerin aynı vakıa karışımını konu edinmesi ve aynı amacı takip etmesi durumunda, davacının bu talepleri arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi kurarak terditli dava ikame etmesi de söz konusu olabilir⁷⁵⁸. İncelememiz bakımından iptal ile muvazaa taleplerinin terditli ileri sürülmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Somut olayda alacaklı, mali durumu kötü olan borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı ve malvarlığını eksilten işlemleri talebine konu eder. Bu somut olayı oluşturan vakıalar öncelikle alacaklının muvazaa nedeniyle butlan talebine; bu talep reddedildiği

⁷⁵⁴ Yıldırım, s. 142; Uyar, Konu, s. 214; Akkaya, İptale Tabi Tasarruflar, s. 20. Börü, muvazaanın maddi hukuka ya da takip hukukuna ilişkin olabileceğini belirttikten sonra, iptalin takip hukukuna yönelik bir muvazaa olduğunu ileri sürmektedir, Börü, s. 494. Durman, muvazaa iddiası ile iptal iddiasının bir arada bulunmasının mümkün olmadığını belirttikten sonra, istihkak davasında iptal ve muvazaa iddiasının terditli olarak ileri sürülebileceği görüşünü savunmuştur, bkz. Durman, s. 160. Biz bu bölümde bu iki talebin ileri sürülüp sürülemeyeceğini genel olarak inceleyeceğiz. İstihkak davalarında iptal iddiasına ilişkin incelememiz için bkz. yukarıda “2.5.1. *Hacizdeki İstihkak Davasında Malın Üçüncü Kişiye İntikalini Doğuran İşlemin İptali*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁵⁵ Akkaya, ss. 679-680.

⁷⁵⁶ Kuru, Usûl, C. II, İstanbul, 2001, s. 1502; Berkin, Usûl, s. 95; Ömer Faruk Karacabey, **Hakların Yarışması**, ABD, 1980/6, s. 667; ayrıca bkz. Akil, s. 4 vd.

⁷⁵⁷ Kuru, Usûl, C. II, s. 1503; Berkin, Usûl, s. 95; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 493 vd.; Karlı, s. 387; Timuçin Muşul, **Medenî Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 96 vd.

⁷⁵⁸ Terditli dava, HMK m. 111’de şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-fer'ilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır.

(2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.” Terditli davanın tanımı için bkz. Muşul, s. 29 vd.; Üstündağ, Usûl, s. 341; Umar, Şerh, s. 313-314, 84; Bilge ve Önen, s. 398-399; Kuru, Usûl, C. II, s. 1484; Berkin, Usûl, s. 95; Karafakih, s. 78; Pekcanitez ve diğerleri, Usûl, s. 472 vd.; Karlı, s. 383.

takdirde de iptal talebine konu edilebilir. Yani hakim öncelikle muvazaanın düzenlendiği hukuk normunun (TBK m. 19) koşul vakıalarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecek; gerçekleşmediyse tasarrufun iptaline ilişkin (İİK m. 277 vd.) koşul vakıaların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine bakacaktır. Dikkat edilirse burada hayat olayı aynıdır. Ancak hem iptal hem de muvazaaya ilişkin normların koşul vakıalarının tamamının somut olayda gerçekleşmiş olması her zaman mümkün değildir. İptal ile muvazaanın telahuk ilişkisi içerisinde olması söz konusu olsaydı, her iki normun koşul vakıalarının somut olayda gerçekleşmiş olmasından bahsedilebilirdi ki; bu durumda HMK m. 33 gereği hakim hukuki sebebi re'sen tespit edecekti. Yine TBK m. 60 uyarınca hakimin, zarar gören alacaklı aksini talep etmediği sürece, kendisine en iyi giderim imkanını tanıyan hükme göre karar vermesi söz konusu olacaktı.

Bazı hallerde muvazaa ve iptal taleplerinin bu sırayla terditli olarak ileri sürülebilmeleri mümkün olsa da bu durum bu iki hakkın telahuk ilişkisi içinde olduğu anlamına da gelmez. Bu iki talebin terdit ilişkisinde hangi sırada yer alacağını belirlerken, yargılama sonucunda verilebilecek muhtemel hükümlere göre değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

İlk talebin tasarrufun iptaline yönelik olması ve bu talebin tasarrufun iptaline ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmemiş olması nedeniyle reddi, dolaylı olarak hakimin önüne gelen işlemin geçerli biçimde kurulduğu kanaatini doğrularsa da, bu kabule dikkatli yaklaşılmalıdır. Davacı bu durumda somut olayda tasarrufun iptaline ilişkin koşul vakıaların gerçekleştiğini ve bu nedenle kendisine cebri icra yetkisi tanınmasını talep edecek; davalı ise yapılan işlemde iptalin koşullarının gerçekleşmediğini, işlem ile geçen malvarlığı değeri üzerinde davacı lehine cebri icra yetkisi tanınmayacağı yönünde karşı ispat faaliyeti sürdürecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, davalının işlemin geçerli olduğunun tespitine ilişkin bir talebi olmaması, varsa da bu talebin incelenmemiş veya reddedilmemiş olmasıdır⁷⁵⁹. Zira bu talebin değerlendirilerek reddedilmesi ve

⁷⁵⁹ Karş. Üstündağ, İflâs, s. 288, ayrıca bkz. 4. HD E. 2001/13125, K. 2002/435, T. 17.1.2002: "...Eldeki davada ise davacı BK.'nun 18. maddesine dayalı olarak muvazaa nedeniyle tapunun iptalini istemiştir. BK.'nun 18. maddesine dayalı olarak açılan davada alacaklının aciz vesikası sunma şartı olmadan İcra İflâs Kanunu'nun 283. maddesine göre taşınmazın satışını ve haczini isteyebilmesine olanak tanınması yolunda istemde bulunma ve dava açma hakkı vardır. Daha önce açılan "İcra İflâs Kanunu'nun 277. maddesine dayalı tasarrufun iptali davasının aciz vesikası

bunun hükme geçirilmesi, fer'i talep olan muvazaa hukuki sebebinin unsurlarından birinin somut olayda gerçekleşmediğinin mahkemece tespit edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durumda da fer'i talep olarak muvazaanın ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır. Zira ilk talebe (tasarrufun iptali) ilişkin olarak verilen bu hükmün ikinci hüküm (muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tespiti) bakımından olumsuz yönde bir unsur etkisi⁷⁶⁰ doğurduğu söylenebilir. Buna karşın Yargıtay bir kararında bu iki talebin terditli biçimde ileri sürülebileceğini, tasarrufun iptali kabul edilmezse, muvazaa talebi bakımından inceleme yapılması gerektiğine değinmiştir: *“Mahkemece ilk tasarruf tarihinden itibaren İİK. 284. maddesinde yazılı 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki davacı taraf dava dilekçesinde maddi vakıaları açıklamış, tasarrufların iptalini istemiş olmakla birlikte bu talebinin kabul görmemesi halinde satışların muvazaalı olarak yapılması nedeniyle taşınmazların devrine ilişkin tapu kayıtlarının iptali ile taşınmazların tapu sicilinin borçlu Ö... A... adına tesisini istemiştir. Açıklanan şekli itibariyle dava terditli (kademeli) isteği içermektedir... dayalı açılan davalarda zamanaşımı ve sükut-ü hak süreleri söz konusu değildir. Somut olayda davacı taraf terditli davasını muvazaa iddiasına dayandığına göre davacı tarafın dilekçesinde dayandığı tüm deliller toplanmalı, keza davalıların da karşı delilleri sorulmalı, tüm delillerin toplanmasından sonra yapılacak değerlendirmeye göre terditli talep konusunda hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz. Davacı vekilinin temyiz itirazlarının bu yönden kabulü gerekmiştir...”*⁷⁶¹. Bu kararın yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, tasarrufun iptali davasının reddi gerekçesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer tasarrufun iptali talebi, taraflar

yokluğundan reddi" bu davanın açılmasına ve dinlenmesine engel değildir. Şu durumda, davacının iddiası doğrultusunda kanıtları toplayıp sonucuna göre karar verilmelidir...” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 14.08.2012). Aciz vesikasının bulunmaması kimi durumlarda davacının davayı açmada menfaati bulunmadığını sonucunu doğurabilir. Bu konuda bkz. yukarıda *“1.1.4.4.5. Borç Ödemeden Aciz Vesikasının İptal Davası Bakımından Özel Bir Dava Şartı Olması ve Aciz Vesikasının Dava Açmadaki Hukuki Menfaatin Tespitine Etkisi”* başlığı altında yapılan açıklamalar. Bu nedenle Yargıtay'ın bu kararına sadece iptal davasına konu edilen işlemin geçerliliğinin incelenmeden reddedilmesi noktasına dikkat çekerek katıldığımızı belirtmek isteriz.

⁷⁶⁰ Deren-Yıldırım unsur etkisinin, bir hükmün verilmesi şartına bağlanan maddi hukuka ilişkin etkiler olduğu görüşündedir, Nevhis Deren-Yıldırım, **Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul 1996, s. 55. Budak ise, unsur etkisinin maddi hukuk yanında, usul hukuku alanında da kendisini göstereceğini savunmaktadır, Ali Cem Budak, **Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul 2000, s. 26.

⁷⁶¹ 17. HD, E. 2008/630, K. 2008/3223, T. 12.06.2008. (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 04.03.2013)

arasındaki işlemin iptal nedenlerinden arî bir işlem olduğu ve işlem konusunun bu nedenle cebri icraya konu edilemeyeceğinden bahisle reddedildiyse; kanaatimizce artık burada muvazaa incelemesi yapılmasına gerek yoktur. Zira bu karar ile, işlemin hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı olduğu tespit edilmiş olur. Böyle bir sözleşme için de muvazaa iddiası dinlenemez.

Tasarrufun iptali talebinin hak düşürücü sürenin geçmesi veya aciz vesikasının bulunmaması gibi usûle ilişkin⁷⁶² bir gerekçe ile reddedilmesi halinde ise, borçlunun işleminin geçerliliği inceleme konu yapılmayacağından hükümde de bu hususa ilişkin bir tespit yer almayacaktır. Bu durumda muvazaa nedeniyle hükümsüzlük şeklindeki tali talebin dinlenebileceği kanaatindeyiz.

Bu açıklamalarımız ışığında ilk talebin tasarrufun iptali; bu talebin kabul edilmemesi halinde muvazaa nedeniyle iptal talebinin yöneltilmesinin teorik olarak mümkün olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, asli talep olan tasarrufun iptalinin red gerekçesinin, tali talep olan muvazaa nedeniyle butlan talebinin dinlenebilirliği açısından dikkate alınması gerektiği önemle vurgulanmalıdır.

İlk talebin işlemin muvazaa nedeniyle butlanı; bu talebin kabul edilmemesi halinde işleme konu mal üzerinde cebri icra yetkisi tanınması için İİK m. 277 ve devamı hükümlerine göre iptal talep edilmesi mümkündür⁷⁶³. Muvazaaya ilişkin talebin esasa ilişkin bir nedenle reddi, söz konusu işlem geçerli bir işlem olduğu anlamına gelir. Zira BK m. 20 hükmünü karşılayan vakıalar, sadece işlemin hükümsüzlüğü sonucuna bağlanır⁷⁶⁴. Taraflar arasında geçerli olan bu hukuki işlem İİK m. 277 vd. maddelerince iptale tabi olabilir. İşlemin muvazaa nedeniyle butlanı talebinin reddedildiği durumlarda terditli talep olarak iptalin ileri sürülmesi mümkündür.

⁷⁶² İptal ve muvazaa nedeniyle hükümsüzlük taleplerinden iptalin zamanaşımı nedeniyle incelenmemesi halinde muvazaa nedeniyle hükümsüzlük talebinin incelenmesinin alacaklının menfaatine daha fazla hizmet edeceği yönünde görüş için bkz. Meriç, s. 102. Aciz vesikası iptal davası bakımından alacaklının dava açmadaki menfaatini ortaya koyan belgedir (Bkz. yukarıda “1.1.2.2. Takibin Semeresiz Kalması” başlığı altında yapılan açıklamalar). Ancak aciz vesikasının iptal davası bakımından özel bir dava şartı olduğu ve varlığının hakim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bu görüşümüz, davanın sadece özel dava şartının bulunmaması nedeniyle reddedildiği; dayanılan iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların kararda tartışılmadığı, incelenmediği veya reddedilmediği durumlarla sınırlıdır.

⁷⁶³ Belgesay, s. 156; Aslan, s. 494; Meriç, s. 103.

⁷⁶⁴ Meriç, s. 103.

3.6.1.2.4. Nispi Muvazaada Gizli İşlemin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu

Mutlak muvazaada tek bir işlem olduğunu, bu işlemin de tarafların gerçek iradesini yansıtmaması sebebiyle batıl olduğuna değinmiştik. Nispi muvazaada ise, görünürdeki işlem tarafların gerçek iradesini yansıtmadığından batıldır ancak gizli işlem tarafları bağlamaya devam eder. İptal kavramı kural olarak mülkiyetin geçirilmesi sonucunu doğuran sözleşmeler bakımından söz konusu olabilir⁷⁶⁵. İptal davası alacaklının borçlunun malvarlığına el atılarak tatmin edilememesi durumunda ikame edilebilecek bir davadır. Borçlu kendi malvarlığında bulunan bir malı, haciz veya iflastan kurtarmak amacıyla malvarlığı dışına çıkarmayı amaçlayabilir. Nispi muvazaada gizli işlemin iptale tabi olabilmesi durumu mülkiyetin nakli sonucunu doğuran bir sözleşme olması halinde daha belirgindir. Gizli işlemin satım veya bağışlama olması halinde iptale tabi olabileceği teorik olarak söylenebilir de, şekil şartı bakımından bu önermenin yeniden değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına ve doktrindeki baskın görüşe göre görünürdeki işlem için şekil şartlarına uyulmuş olması nedeniyle gizli işlemin de şekil şartlarına uygun gerçekleştirildiğinin kabulü mümkün değildir⁷⁶⁶. Örneğin gizli işlem bağış,

⁷⁶⁵ Malın alıcının malvarlığına geçmesi sonucunu doğuran iradi satışlar iptal davasının konusunu oluşturur, Pekcanitez ve diğerleri, İcra ve İflâs, s. 860. İİK m. 279 borçlunun verdiği rehinler ile, kişisel hakların güçlendirilmesi için tapuya verilen şerhler bakımından hükümde belirtilen koşullar dahilinde iptal davası açılabilceğini öngörmüştür.

⁷⁶⁶ “En sade anlatımla muvazaa, irade ile beyan arasında kasten yaratılan aykırılık olarak tanımlanabilir. 1974 tarihli Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı'nda ""bir kimsenin, mirasçısını miras hakkında yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmaz hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçuların görünürdeki satış sözleşmesinin danışıklık (muvazaalı) olduğu ve gizli bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri ve bu dava hakkının, geçerli sözleşmeler için söz konusu olan M.K.'nun 507 ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağı"" hükme bağlanmıştır.”, HGK, E. 1996/1-336, K. 1996/493, T. 19.6.1996 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2012); “Muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılsa bile gizli hibe akti geçerli olacağından mirasçının Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak açacağı davada yarar bulunmadığı ve bu nedenle bir sonuç doğurmayacağı düşüncesini de kabul etmek olanaksızdır. Gerçekten böyle bir davayı açacak kimsenin, davada yararının bulunması zorunludur. Ve ilke olarak da gizli akit geçerlidir. Ancak gizli aktin geçerli sayılabilmesi için tüm koşulların oluşmuş olması zorunludur. İctihadı birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışdır. Böyle bir durumda gizli aktin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü tapu memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmiyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi

görünürdeki işlem gayrimenkulün satışı ise, bağış işleminin MK m. 706 uyarınca tapuda resmi yazılı biçimde yapılması gerekir.

Mülkiyetin devredilmesi sonucuna yönelen ve şekle tabi olmayan taşınır satışı bakımından benzer bir örnekte farklı sonuçlara ulaşılabilir. Satımı şekil şartına bağlı olmayan bir taşınırın, satış gibi gösterilerek aslında bağışlanması durumunda, gizli işlem olan bağış da şekil şartına tabi değildir. Örneğin değerli bir tablonun satış gibi gösterilerek aslında bağışlanmasında durum böyledir. Burada gizli işlem olan bağış tarafları bağlar ve geçerlidir. Tablonun mülkiyeti üçüncü kişiye geçmiştir. Öyleyse bu tasarruf, İİK m. 278'deki koşullara uyduğu ölçüde iptale tabidir.

3.6.2. İnançlı İşlemden Kaynaklanan Davalar

İnançlı işlem, tarafların aralarında güvene dayalı olarak yaptıkları; öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde de taraflara sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü yükleyen bir işlemdir. İnançlı işlem ile taraflar üçüncü kişiyle bir işlem yapılması konusunda anlaşmakta, öngörülen koşulların ileride gerçekleşmesi halinde istenen asıl işlemin yapılmasını karşılıklı olarak taahhüt etmektedirler⁷⁶⁷. İnançlı işlemde, muvazaada olduğu gibi, tarafların gerçek iradesini yansıtan bir gizli işlem yoktur. Tarafların yaptıkları inanca işlem gerçek iradeleri ile uyumlu olup, onları bağlar. Bunun yanında üçüncü kişiyle taraflardan biri arasında yapılan sözleşme de gerçek iradeleri yansıttığından geçerlidir⁷⁶⁸. İnananın alacaklıları, hem inananın hem de inanılanın iptale tabi işlemleri aleyhine iptal davası açabilir⁷⁶⁹. İnançlı işlem, muvazaalı işleme nazaran, borçlunun malvarlığından mal kaçırmayı amacına daha iyi

işlemin gizli akti de içine alacağı kabul edilemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin kararlı içtihatları ve yabancı bilimsel hakim görüşler de bu doğrultuda yerleşmiştir. Ayrıca 7.10.1953 gün 8/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında bu temel görüş benimsenmiştir.” YİBGK, E. 1974/1, K. 1974/2, T. 1.4.1974 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2012); Oğuzman ve Öz, C. I, s. 133; Tekinay ve diğerleri, s. 413; Aybay ve Hatemi, §19, 23-24; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2011 (Eşya Hukuku), ss. 309-312.

⁷⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 126; Oğuzman ve Öz, C. I, s. 135; Tekinay ve diğerleri, ss. 413-414; Ayanoğlu Morali, s. 13 vd.; Aydıncık, s. 131.

⁷⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 128.; tahsil amacıyla yapılan alacak temlikleri bakımından kurumun incelemesi için bkz. Tekinay ve diğerleri, s. 418.

⁷⁶⁹ Luc Thévenoz, **La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse**, RDS (ZSR) 1995/II (La Fiducie), s. 275; Arzu Oğuz, **Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması**, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1991, s. 250.

hizmet eden bir kurumdur⁷⁷⁰. Zira inançlı işlem aslen tarafların gerçek iradelerini yansıttığından batıl değildir, dolayısıyla borçlunun alacaklılarının bu işlemin butlanına hükmettirerek çıkartılan malvarlığı değerini yeniden borçlunun malvarlığına dâhil etme imkânları bulunmamaktadır.

İnançlı işlemler, amaçları bakımından saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler olmak üzere ikiye ayrılır⁷⁷¹.

3.6.2.1. Saf İnançlı İşlemler

Saf inançlı işlemlerde inanılan inanç konusunu münhasıran inananın veya inanan tarafından belirlenen bir faydalananın yararına olmak üzere elinde bulundurur. İnanılan, inanç konusunu doğrudan inananın talimatlarına uygun biçimde kullanır. Saf inançlı işlemler çoğunlukla vekâlet veya vekâlet benzeri bir hukuki ilişki tesis eder⁷⁷².

Saf inançlı işlemler, bir alacağın veya ticari senedin tahsil veya mahsup amacıyla devrine⁷⁷³ yönelik olabilir. Benzer biçimde idare amacıyla yapılan inançlı devirlere de rastlamak mümkündür. İptal davası bakımından saf inançlı işlemlerden özellikle alacağın tahsil veya mahsup amacıyla devri ile tahsil amacıyla yapılan inançlı cirolar önem taşır.

3.6.2.2. Karma İnançlı İşlemler

Karma inançlı işlemler, alacağın veya genel olarak bir şeyin teminat amacıyla devri şeklinde olabileceği gibi, teminat maksadıyla inançlı ciro olarak da ortaya çıkabilir⁷⁷⁴.

Karma inançlı işlemlerde çok defa bir kredi alacaklısı olan inanılan inanç konusunu doğrudan doğruya kendi yararına elinde bulundurur. Ancak inanılan inanç

⁷⁷⁰ Umar, İptal Davası, s. 18; Yung, s. 158; Akkaya, s. 668.

⁷⁷¹ İnançlı işlemler ile ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Özsunay, s. 1 ve devamı.

⁷⁷² Claude Reymond, *Essai sur La nature et Les Limites de l'Acte Fiduciaire*, Montreux, 1948, s. 43; Özsunay, s. 45 ve devamı; Thévenoz, *La Fiducie*, s. 275 ve devamı; Yung, s. 146.

⁷⁷³ Yung tahsil amacıyla yapılan inançlı temlikleri de karma inançlı işlemler kapsamında değerlendirmiştir, Yung, s. 146.

⁷⁷⁴ Özsunay, s. 56 vd.; Oktay Özdemir, s. 657 vd.; Ayanoglu Morali, s. 66; Şafak, s. 50; Atiye B. Uygur, *Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt X, Sayı 1, 2 Y. 2006, s. 177 vd.

konusu üzerinde her zaman doğrudan tasarrufta bulunamayabilir. Örneğin bir alacağın bir diğer alacağa teminat teşkil etmesi amacıyla devri durumunda inanılan teminat alacağı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, ancak, bu tasarruflarında teminat verenin de menfaatlerini gözetmek durumundadır⁷⁷⁵.

Karma inançlı işlemlerin klasik görünümü, mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla devridir⁷⁷⁶.

3.6.2.3. İnançlı Temliklerin İptal Davasının Konusunu Oluşturabilmeleri

Farklı inançlı işlem türleri bakımından bu işlemlerin inananın malvarlığına etkilerinin değerlendirilmesi, özellikle inançlı işlemlere/temliklere karşı başvurulabilecek yolların iptal davasına alternatif teşkil edebilmeleri açısından önem taşır. Karma inançlı işlemlerden teminat amacıyla bir alacağın veya mülkiyetin devri ya da teminat maksadıyla yapılan ciolar ile saf inançlı işlemlerden tahsil amacıyla yapılan inançlı ciolar iptal davasına konu olabilir⁷⁷⁷.

İptal davasının konusunu oluşturabilecek inançlı temlikler, çoğunlukla teminat maksadıyla yapılan alacak ve mülkiyet temlikleridir. Bunun yanında İİK m. 278/I maddesi hükmünün ana-baba, evlat ve eşler arasında yapılan ivazlı tasarrufları bağışlama kabul ettiği ve bu nedenle bu kişiler arasında yapılan tasarruflar da iptal davasına konu olabileceği unutulmamalıdır. Bu tür tasarruflar bakımından mal kaçırma kastı aranmaz⁷⁷⁸.

İİK m. 279/II'ye göre, borçlunun teminat göstermeyi önceden taahhüt etmiş olduğu haller dışında borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler iptale tabidir. Anılan hükümde bahsedilen rehin kavramının taşınır ve taşınmaz rehini ifade ettiği açıktır. Teminat olarak verilen inançlı temliklerin de rehin olarak kabul

⁷⁷⁵ Özsunay, ss. 56-57.

⁷⁷⁶ Özsunay, s. 57; ayrıca bkz. yukarıda “2.3.1.2. Mevcut Borç İçin Önceden Taahhüt Edilmemiş Teminatın Verilmesi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁷⁷ Bkz. yukarıda “2.3.1.2. Mutad Olmayan Ödeme Vasıtası ile Yapılan Ödemeler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁷⁸ Umar, İptal Davası, s. 18, mülkiyet hakkının inançlı temliklere konu edilmesine ilişkin olarak bkz. **Ayanoğlu Moralı**, s. 31; İlhan Helvacı, **Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, İstanbul, 2008, s. 280; Erden Kuntalp, **Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı**, İnan Kıracı'ya Armağan, İstanbul, 1995, s. 159. Bu tip inançlı işlemlerin tasarrufun iptali davasına konu olup olamayacağına ilişkin geniş açıklama için bkz. yukarıda “2.2.1.2. Kanunun İptal Davası Bakımından Bağışlama Sonucuna Bağladığı Diğer Fiiller” başlığı altında yapılan açıklamalar.

edilebileceği doktrinde taraftar bulmuş bir görüşür⁷⁷⁹. İlk bakışta teminat göstermenin, borçlunun malvarlığında bir eksilmeye yol açmayacağı düşünülebilir. Zira bu teminat karşılığında borçlu bir ödünç almakta veya kredisini arttırmaktadır. Borçlunun malvarlığı aynı kalmakla birlikte, bu teminat alacaklıların durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olabileceğinden İİK m. 279 kapsamında iptale tabidir⁷⁸⁰.

3.6.2.3.1. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı Temlikler

Taşınmaz mülkiyetinin teminat amacıyla temlik bu duruma verilebilecek en net örnektir. Bu kapsamda İİK m. 279/II b. 1 uyarınca borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinlerin konusunu bu tip inanca işlemlerin oluşturması mümkündür⁷⁸¹.

Genel bir tanımla rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği takdirde hak sahibine rehin konusunu oluşturan taşınır veya taşınmaz mülkiyetini veya bir başka

⁷⁷⁹ Umar, İptal Davası, s.17-18, 74; Özsunay, s. 216; Turhan Esener ve Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2008, ss. 290-291; Aybay ve Hatemi, §20, 9; Oğuzman ve diğerleri, **Eşya Hukuku**, s. 313; Oktay-Özdemir, s. 657 vd.; Ayanoğlu Morali, s. 35; Şafak, s. 52; Uğur, s. 177; Helvacı, s. 280; aksi yönde bkz. Jäger, Art. 287, § 8, taşınır rehinleri bakımından ivazsız tasarruflar veya zarar verme kastı nedeniyle iptalin daha sık uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. Eigenmann, Effectivité, §439. Bu gün İsviçre doktrininde, farklı biçimlerde de teminat sağlanabileceği ve bunların iptal davasına konu olabileceği görüşü savunulmaktadır, Peter, Art. 287 LP § 5; Gilliéron, § 2897.

⁷⁸⁰ Peter, Art. 285 LP § 16; aktif azaltmaya, pasif de arttırmayan, fakat malvarlığı değerinin elden çıkmasını kolaylaştıran veya ispat yükünü değiştiren işlemler de söz konusu olabileceği yönünde bkz. Schüpbach, Art. 285, § 85.

⁷⁸¹ 17. HD, E. 2011/6003, K. 2011/6474, T. 21.06.2011: “*Dava, tasarrufun iptali istemidir. Davalı 4. kişi B. Ş., borçluya araç sattığı ve bedelinin ödenmediğinden davaya konu taşınmazın kendisi lehine rehin verildiğini ileri sürmüştür. Mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan raporda, borçlu ve anılan davalının ticari defterlerinin ibraz edilmediğinden bu satışın tesbitinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Takip dosyasında borçlunun yaptığı itirazda, borç kaynağı çeklerin araç alım satımı için verildiğini ancak borçlu ile yaptıkları alım- satım sözleşmesini iptal ettiklerini ve çekleri iade ettiğini belirtmesine rağmen davaya konu taşınmaz üzerinde bu takipten sonra anılan davalı lehine rehin hakkı tesis edildiği anlaşılmaktadır. Davalının davaya konu tasarruftan önce mali durumunu bildiği ve dolayısı ile kötü niyetli olduğu sabittir...*” (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 12.11.2012). Teminat amacıyla yapılan taşınmaz mülkiyeti temliklerinin İİK m. 278 anlamında ivazsız tasarruflara konu olması güçtür. Zira teminat amacıyla yapılan devirler çoğu zaman ivazlıdır. Bununla birlikte, bu temlikin İİK m. 278/III b.1 kapsamında “*Karı ve koca ile usul ve fiiruu, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlar, evlât edinenele evlâtlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar*” şeklinde yapılmış olduğu durumlarda bağışlama olarak kabul edileceği ve anılan madde uyarınca iptale tabi olacağı unutulmamalıdır, Umar, İptal Davası, s. 18.

hakkı paraya çevirip, elde edilen meblağdan öncelikle kendi alacağını tahsil etme yetkisini veren sınırlı bir aynı haktır⁷⁸².

Taşınmaz rehni⁷⁸³ bakımından Türk Medenî Kanunu, sınırlayıcı bir sayımla, ne şekillerde rehin kurulabileceğini düzenlemiştir. Buna göre taşınmaz rehni ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir (TMK m. 850). Taşınmaz rehni, şekil şartına tabidir. Resmi şekilde yapılmayan taşınmaz rehinleri geçersizdir (TMK m. 856/II)⁷⁸⁴. Pozitif hukukun sunduğu bu sınırlı teminat araçları yanında, inançlı temliklerin de teminat fonksiyonu taşıdıkları bugün doktrin tarafından kabul edilen bir görüştür⁷⁸⁵. İİK m. 279/I deki koşullar kapsamında, teminat amacıyla yapılan taşınmaz mülkiyeti temlikleri de iptal davasının konusunu oluşturabilir.

Taşınmaz rehni bakımından bu kadar sıkı şartlar öngörülmüşken, taşınır rehni⁷⁸⁶ bakımından kanun sadece zilyetliğin alacaklıya devrini aramıştır (TMK m. 939/I). Yine kanun, taşınırın fiilen rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı süre boyunca rehin hakkının doğmayacağını da hükme bağlamıştır (TMK m. 939/III). Ancak gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması amacıyla kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin

⁷⁸² Oğuzman ve diğerleri, Eşya Hukuku, s. 713; Esener ve Güven, ss. 423, 425; Akipek ve Akıntürk, s. 732.

⁷⁸³ "...Taşınmaz rehni bir alacak hakkının bir taşınmaz ile güvence altına alınmasını sağlayan aynı bir hak. Bu güvence sayesinde alacaklı, alacağın taşınmazın değeri üzerinden elde edebilme olanağına sahip olur. Borç ödenmezse alacaklı taşınmazı paraya çevirebilir ve bu yoldan alacağına kavuşur..."", Aybay ve Hatemi, §38, 1; Akipek ve Akıntürk, s. 735; Oktay-Özdemir, ss. 670-671.

⁷⁸⁴ "...Kefalet mektupları kredisi" açılmasına mütedair ve adi mahiyetli mukavelenamenin 10 maddesindeki "Herhangi bir sebebe müstenit olursa olsun veya hacze maruz kaldığım takdirde veya Banka'nızın gördüğü lüzum ve mülahaza üzerine, bende olan alacağınıza karşı yeni veya ilavei teminat olmak üzere menkul veya gayri menkul mallarımdan isteyeceğiniz her hangi birini veya kaffesini, bankanıza terhin veya ipotek etmeyi şimdiden taahhüt ve beyan eylerim" şeklindeki hüküm, yukarıda izah olunan mevzuat muvacehesinde, geçerli bir ipotek taahhüdü olarak kabul olunamaz. Kanunen geçerli "ipotek aktı yapma" taahhüdüne dayanmayan rehni, 279.maddedeki istisnalar arasına ithale imkan yoktur..."", 12 HD, E. 1964/11277, K. 1964/11752, T. 17.10.1964 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 30.10.2012); Esener ve Güven, s. 425; kanuni ipotek hakkının doğumu tapuya tescile bağlı değildir, bkz. TMK m. 892 vd.

⁷⁸⁵ Özsunay, s. 36; Oğuz, s. 243 vd.; Umar, İptal Davası, s. 74.

⁷⁸⁶ "...Bu kanuni düzene göre taşınır rehni, bir alacağı teminat altına almak için bir taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerinde kurulan bir yük olup, rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya çevirterek alacağını tahsil etme yetkisi verir..."", Oğuzman ve diğerleri, Eşya Hukuku, s. 804; Akipek ve Akıntürk, s. 833.

kurulması mümkündür (TMK m. 940/II). Nitekim inanlı sözleşmeler bakımından da durum aynıdır.

Taşınır rehni şeklinde gerçekleşen teminat amaçlı bir inanlı temlik, geçerli bir rehin olup İİK m. 279/I uyarınca “*borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler*” den sayılarak iptale tabi olabilir. Bunun yanında, bu şekilde yapılmış bir inanlı işlemin İİK m. 280 kapsamında üçüncü kişilere zarar verme kastıyla da gerçekleştirilmiş olması mümkündür. Bu durumda iptal hakkı ile TMK m. 766 da yer alan üçüncü kişiye hükmen teslimle yapılmış mülkiyet geçişinin geçersizliğini ileri sürme hakkı yarışabilir⁷⁸⁷.

Alacağın teminat amacıyla inanlı biçimde temlik edilmesi de mümkündür⁷⁸⁸. Bu tür inanlı işlemlerde, bir alacağın veya devre elverişli bir hakkın; bu hak veya alacağın sahibi olan kimse tarafından, borçlusu bulunduğu bir başka alacağa teminat teşkil etmek üzere, ana alacağın sahibine inanlı olarak temlik edilmesi söz konusu olur. Alacağın teminat amacıyla temlikinde asıl amaç teminat sağlamak olmakla beraber, temlik alan ana alacak sahibi, kendisine temlik edilen bu alacağın tek başına sahibi olur. Ancak devir inanlı olduğundan, temlik alan, temlik aldığı alacağı, teminat amacının gerektirdiği ölçüde kullanabilir. Teminat veren borcunu ödediği veya hak veya alacak herhangi bir şekilde sona erdiği takdirde, teminat (temlik) alan, teminat alacağını asıl sahibine iade etmekle yükümlüdür. Yine alacaklı (temlik alan) borç ödenmediği takdirde alacağı tahsil edebilir⁷⁸⁹. Zira inanlı temlik şeklinde gerçekleştirilmiş olsa da teminat, asıl hakka/ alacağa bağlı fer’i nitelikte bir hak sahipliği doğurur. Temlik alan alacaklının temlik konusu alacağı teminat amacı dışında kullanması durumunda, tam hak sahipliği ilkesi gereği, ancak temlik eden borçlunun zararından sorumlu olur. Yoksa temlik konusu alacağı iade yükümlülüğü olmaz. Karma bir inanlı işlem niteliğinde olan alacağın teminat amacıyla temlikinde, saf inanlı işlemlere özgü vekâlete ilişkin hükümler uygulama alanı

⁷⁸⁷ Bkz. yukarıda “3.3.2. Teminat Amacıyla Yapılan İnanlı Temlikler Bakımından İİK m. 279 ve TMK m. 766’nın Uygulanabilirliği” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁸⁸ Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Şafak, s. 1 ve devamı; Stéphane Konkoly ve Janusz Marty, **La Notification Des Cessions De Créances À Titre De Sûreté Dans Les Transactions De Financement**, GesKR 2012, s. 211.

⁷⁸⁹ Probst, Art. 164 CO-I, §2; Engel; Traité, s. 873; Özsunay, s. 58; Şafak, s. 63; Konkoly ve Marty, s. 211; alacağın teminat amacıyla temlik edilebileceğine ilişkin bkz. ATF 123 III s. 60, özellikle s. 63.

bulmaz. Dolayısıyla temlik alanın iflası halinde, temlik eden alacağının iflas masasından ayrılmasını talep edemez (karş. BK m. 503)⁷⁹⁰.

İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme kararlarında, alacağın teminat amacıyla temlikinin, sık kullanılan bir teminat kurumu olduğunu görmek mümkündür⁷⁹¹. Buna karşın Hukukumuz bakımından Yargıtay'ın kararlarında taşınmaz mülkiyetinin veya alacağın inanca temlikinin teminat olarak kabulü konusunda yerleşmiş bir içtihadın bulunmadığı gözlemlenebilir⁷⁹².

3.6.2.3.2. Mutad Ödeme Vasıtası Dışında Kalan Borçlunun Yaptığı Ödemeler

İİK m. 279/II de hükmünü bulan “*Para veya mutad ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler*” duruma göre, inanca işlem şeklinde gerçekleşebilir. Kural olarak para çek, muaccel faiz kuponu, banka havalesi ile yapılan ödemeler, farklı bir ifade ile likit biçimde yapılan ödemeler mutad ödeme araçlarıyla yapılmış sayılır⁷⁹³. Bu bölümde, İİK m. 279. Madde kapsamında ikame edilecek iptal davaları bakımından, ödeme araçlarının niteliği ve inanca işlem şeklinde ortaya çıkıp çıkmayacakları sorusuna yanıt bulmaya çalışacağız.

⁷⁹⁰ Probst, Art. 164 CO-I, § 44; aksi yönde bkz. Uygur, s. 193.

⁷⁹¹ JdT 1976 II s. 109, Eigenmann; Effectivité, § 39.

⁷⁹² “*Dava, inanca işlem (teminat mukabili temlik) hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, menfi tespit, bono iptali, olmazsa bono bedellerinin tahsili, birleşen dava ve çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir... Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmaz inanca sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmaz, inanca sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır. Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez.”, 1. HD, E. 2008/3229, K. 2008/7906, T. 24.06.2008; Yargıtay taşınmaz temliklerini de olağan dışı ödeme aracı olarak değerlendirmektedir: “...davalı şirket cevabında, borçlu Tayfun ile ticari ilişki içerisinde bulduklarını ve alacaklarının bir kısmının dava konusu dairenin kendilerine temlik edilmek suretiyle ödendiğini belirttiğine göre bu tasarruf İİK'nın 279/2 maddesinde belirtilen (para veya mutad ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler) kapsamına girmekte olup ve alıcı şirket, borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğinden şartları oluşan tasarrufun iptaline karar verilmelidir...”, 15. HD, E. 2003/1494, K. 2003/3342, T. 19.06.2003 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 30.10.2012).*

⁷⁹³ Jäger, Art. 287, § 9; Brustlein/Rambert, Art. 287, § 5; Favre, s. 377; Peter, Art. 287 LP § 10; Gilliéron, § 2900; Umar, İptal Davası, s. 77.

İptale tabi olan tasarrufun, mutad ödeme araçları içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini, olayın özelliklerine göre belirlemek gerekir. Yargıtay, alacağa mahsuben yapılan tasarrufların mutad ödeme şekli olamayacağını kimi kararlarında dile getirmiştir⁷⁹⁴. Nitekim benzer biçimde doktrinde de, ödeme yerine alacak temlikinin bu kapsamda değerlendirilebileceği görüşü savunulmuştur⁷⁹⁵. Bu noktadan hareketle, bir alacağın mahsup maksadıyla devri ile tahsil ciroları şeklindeki saf inançlı işlemlerin iptal davasının konusunu oluşturacağı sonucuna ulaşılabilir. Bir alacağın mahsup amacıyla temlik ve tahsil cirosu saf inançlı işlemlerden olup, aslen vekâlet benzeri bir ilişki kurar. Ancak bu durumu farklı ihtimaller ışığında değerlendirmekte fayda vardır.

Bir alacağın mahsup amacıyla devrinde inanan, var olan bir borcu ile mahsup edilmek üzere, sahip olduğu bir alacağı inanılana devreder. İnanılan da alacağı tahsil ettikten sonra gerekli mahsubu yaparak kalanı inanana devreder. Burada taraflar arasında vekâlet benzeri bir ilişki kurulur⁷⁹⁶. İnananın inanılana bir alacağını

⁷⁹⁴ 15. HD., E. 2003/1494, K. 2003/3342, T. 19.06.2003: "...Oysa, davalı şirket cevabında, borçlu Tayfun ile ticari ilişki içerisinde bulduklarını ve alacaklarının bir kısmının dava konusu dairenin kendilerine temlik edilmek suretiyle ödendiğini belirttiğine göre bu tasarruf İİK'nin 279/2 maddesinde belirtilen (para veya mutad ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler) kapsamına girmekte olup ve alıcı şirket, borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat etmediğinden şartları oluşan tasarrufun iptaline karar verilmelidir...". 15. HD, E. 2001/5306, K. 2002/1270, T. 20.3.2002: "...Alacaklının icra takibi yaparak varsa diğer alacaklıların haklarını ihlal etmeden alacağını temin imkanı varken bu yola gitmeyerek alacağına karşılık borçludan taşınmazı satın alması İİK'nin 279. maddesi uyarınca mutad dışı bir ödeme şekli olup, iptale tabidir..."; 15. HD, E. 2003/3452, K. 2003/4429, T. 30.9.2003: "...Alacağa mahsuben yapılan tasarruflar anılan Yasanın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mutad (olağan) ödeme vasıtası kabul edilmemektedir. Dairemizin süregelen uygulaması da bu yönde olup, alacağa mahsuben satışların butlanına karar verilmektedir...". 15. HD, E. 2003/3452, K. 2003/4429, T. 30.9.2003; 15. HD, E. 2001/5306, K. 2002/1270, T. 20.3.2002: "...Alacaklının icra takibi yaparak varsa diğer alacaklıların haklarını ihlal etmeden alacağını temin imkanı varken bu yola gitmeyerek alacağına karşılık borçludan taşınmazı satın alması İİK'nin 279. maddesi uyarınca mutad dışı bir ödeme şekli olup, iptale tabidir...". 15. HD, E. 2001/5306, K. 2002/1270, T. 20.3.2002 (www.kazanci.com.tr, erişim Tarihi: 03.02.2013). Bu yönde Umar, İptal Davası, s. 77; Jäger, Art. 287, § 9, yazar tarafların mutad ilişkileri içerisinde rastlanmayan mahsup işlemlerinin iptale tabi olacağı görüşündedir.

⁷⁹⁵ Jäger, Art. 287, § 9; Peter, Art. 287 LP § 10; Umar, İptal Davası, s. 77.

⁷⁹⁶ Özsunay, s. 49; Yargıtay borca mahsuben yapılan taşınmaz temlikinin mutad ödeme olmadığı kanaatinde: "...Mahkemece bedel farkı bulunmadığı ve borca mahsuben devrin yapıldığı gerekçesiyle talep reddedilmiş ise de; İİK 279/1 madde hükmüne göre borca mahsuben taşınmaz değerinin mutad ödeme olmadığı iptale tabi olduğu gözönüne alınarak Milas 2973 parsel 52 nolu dubleksin satışına ilişkin 26.01.2005 tarihli tasarruf yönünden de davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddi isabetli görülmemiştir...", 17. HD., E. 2009/4127, K. 2009/6069, T. 06.10.2009); "...Alacağa mahsuben yapılan tasarruflar anılan yasanın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mutad (olağan) ödeme vasıtası kabul edilmemektedir. Dairemizin süregelen uygulaması da bu yönde olup, alacağa mahsuben satışların butlanına karar verilmektedir. Kaldı ki, yine anılan yasanın 280. maddesinin 2. bendi uyarınca borçlunun ızzar kastıyla yaptığı bu tasarrufları diğer

devrederken esas amacı, bu alacağın tahsil edilip, inanıldaki borcundan mahsup edilmesidir. Bu işlem inanana hem tahsil kolaylığı, hem de borcundan kurtulma imkânı sağlar.

İflâs açıldıktan sonra müflisin tasarruf yetkisi sınırlandırıldığından, alacağını mahsup amacıyla temlik etmesi mümkün olamaz⁷⁹⁷. Buna karşın yine de alacağın mahsup amacıyla temlik işleminin, iflas açıldıktan sonra gerçekleşmesi durumunda, İİK m. 200 uyarınca takas ve takasa itiraz kurumlarına başvurulabilir. Müflisin iflas etmeden önce temlik ettiği alacaklar iflasın açılmasından sonra doğarsa onun iflas masasına girer. İİK m. 200/II b. 2 hükmü bu durumda müstakbel alacağın borçlusunun takas beyan etmesine engel teşkil eder⁷⁹⁸. Daha açık bir ifade ile burada başvurulacak yol iptal davası değil, takasa itiraz olmalıdır.

İflâs tasfiyesi dışında, alacağın tahsil amacıyla temlikinde, bu işlemin, taraflar arasındaki ilişkiye göre olağan olup olmadığı değerlendirilmeli ve ona göre bir sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin bir yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan bir hak edişini, üçüncü bir kişiye alacağa mahsuben devretmesi, bu üçüncü kişi ile yüklenici arasında cari hesap ilişkisi olması durumunda, mutad bir ödeme kabul edilebilir. Taraflar arasında cari hesap ilişkisi bulunması halinde, mahsup mutad sayılacak ve iptale tabi olamayacaktır.

İnançlı işlemlerin iptal davasına da konu olabilmesi muhtemel bir diğer türü de tahsil amacıyla yapılan cirolardır. Tahsil cirosu, senedin bedelini kendi tahsil edemeyen veya farklı nedenlerle kendi tahsil etmek istemeyen hamilin, bir başkasını bu iş için görevlendirmesi olarak tanımlanabilir. Tahsil ciroları açık veya gizli biçimde yapılabilir. Açık tahsil cirolarında senet üzerine cironun sadece tahsil amacıyla yapıldığına yönelik bir ifade (“vekâleten” “bedeli tahsil içindir” vb.) yer alır. Bu tür ciroların temlik fonksiyonu bulunmaz, daha açık bir ifade ile tahsil cirosu

davalıların bildikleri kendi savunmalarıyla ortada iken, var olan borcun ödenmesine ilişkin gerçek bir satış olduğu gerekçesiyle davanın tümüyle reddi usul ve yasaya aykırıdır. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekir"...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.... Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...", HGK, E. 2004/15-444, K. 2004/551, T. 20.10.2004 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 03.02.2013).

⁷⁹⁷ Ayrıca bkz. “3.4. İİK m. 200-201 Anlamında Takasa İtiraz” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁹⁸ Aral, Takas, s. 150; Develioğlu, ss. 206-207; bu konuda ayrıca bkz. Özkaya-Ferendeci, s. 219 vd. Müflisin alacaklısının yine müflisin borçlusuna iflasın açılmasından önce temlik ettiği alacak, iptal davasına değil, takasa itiraza konu olur. Zira bu temlik işlemi, borçlunun taraf olduğu bir işlem değildir (BGE 95 III 83), Gauthier, s. 397.

mülkiyetin ciroya rağmen ciro edende kalması sonucunu doğurur. Gizli tahsil cirosu ise, niteliği itibariyle iptale tabi bir tasarruf olmaya daha elverişlidir. Zira bu tip ciroda taraflar arasındaki ilişki inanca dayalıdır. Senedin temlik cirosuyla verilmesine karşın, taraflar aralarında yaptıkları bir anlaşma ile senet bedelinin devralan tarafından tahsil edilip devredene verileceği konusunda anlaşılır⁷⁹⁹. Bu şekilde yapılan gizli tahsil cirosu ile borçlu, malvarlığına ait bir değeri, bir senedi üçüncü kişiye sanki temlik ediyormuş gibi geçirse de, aslen tahsilini amaçlar. Dolayısıyla, temlik cirosu zımında yapılan tahsil amacıyla yapılmış gizli ciro ile yapılan emre ve nama yazılı senetler üzerinde İİK m. 280 kapsamında iptale tabi tasarruflar yapmak mümkündür.

⁷⁹⁹ Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara, 2012, s. 120.

SONUÇ

İcra İflâs Hukukundaki iptal davası, hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiye, sonucundan olumsuz etkilendiği işlemi iptal etme hakkı tanır. Bu iptal ettirme, medenî hukuktaki karşılığının aksine, üçüncü kişi bakımından alacaklının yürüttüğü cebri icra işlemine katlanma yükümlülüğünden ibarettir. Farklı bir ifade ile tasarrufun iptali davasına konu işlemin hükümsüzlüğü söz konusu değildir.

Tasarrufun iptali davasının genel olarak koşulları ve dayandığı sebepleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki borçlunun bir hukuki fiilinin bulunmasıdır. Tasarrufun iptali davasının konusunu borçlunun hukuki fiilleri oluşturur. Bu kapsamda borçlunun tasarruf işlemleri yanında; iptale tabi olacak işlemin aktifin değerini azaltıp azaltmadığı, azaltmıyorsa pasifte artışın gözlemlenip gözlenmediğine dikkat edilmelidir. Eğer pasifte bir artış gözlemleniyorsa, bu durumda işlem alacaklının cebri icra imkanını sınırladığı ölçüde iptale tabi olacaktır. Takibin semeresiz kalması, tasarrufun iptali davası bakımından ikinci koşul olarak karşımıza çıkar. Takibin semeresiz kalması, iptal davası bakımından ispatı gereken ayrı bir koşul vakıa olmamakla beraber, aciz vesikasının davacının iptal davasını açmaktaki menfaatini ortaya koyan belge olması, yargılama içerisinde takibin semeresiz kalmasının hakim tarafından dava şartı özelliğinden ayrı olarak gözetilmesini de gerektirir. Nitekim istihkak davasına karşı olarak ileri sürülebilecek olan iptal iddiası bakımından aciz vesikasının ibrazının gerekmemesi de takibin semeresizliğinin dava şartı olarak aciz vesikasının aranmasından bağımsız olarak incelenmesi gereğinin sonucudur. Menfaatin nedeni olarak ileri sürülen ve çekişmeye konu olabilecek takibin semeresiz kalması olgusunun da iddia ve ispatı gerekebilir. Bu bakımdan aciz vesikasının sahteliği veya iptal edildiğinin ileri sürüldüğü durumlarda dava menfaat yokluğundan reddedileceği sonucuna ulaşılır. Tasarrufun iptali davasına ilişkin üçüncü koşul ise alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanmasıdır. Bu koşulun somut olayda varlığı özellikle iptale konu hukuki fiilde edimler arasında eşitlik bulunması halinde güçlük arzeder. Bu nedenle alacaklının cebri icra imkânının kısıtlanması şeklindeki objektif koşulun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, iptale tabi işlemin alacaklının malvarlığında yaptığı etkiye göre belirlenmelidir. Zira sadece borçlunun malvarlığında meydana gelen

nominal değişiklikler, iptale konu işlemden kaynaklanan zararı ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır.

Tasarrufun iptali davasının davacısı elinde geçici veya kesin aciz vesikası bulunan alacaklıdır. Aciz vesikası doğrudan davacı sıfatına ilişkin olmamakla birlikte, davacı sıfatının belirlenmesinde etkisi olduğu da yadsınmaz. Ancak iptal davası bakımından aciz vesikası davalının dava açmadaki menfaatini ortaya koyması bakımından fonksiyon gösterir. Aciz vesikasını hükümden düşüren bir durumun varlığı örneğin borçlunun tüm borçlarını ödemiş olması durumunda hakim davayı menfaat yokluğundan reddedecektir. Kanunun aciz vesikası şartını aramaması durumunda, alacağı tatmin edilmeyen her alacaklı, bu işlemlerin iptali için dava açabileceği sonucuna ulaşılır. Oysa iptal davasında davacı bakımından aranan menfaat, alacağını alamamış olması yanında, iptali istenen tasarrufun borçlunun malvarlığını eksilterek, alacaklının alacağını almasına imkân bırakmamış olmasıdır. Bu imkânsızlık da aciz vesikası ile tespit edilebilir. Dolayısıyla denilebilir ki, aciz vesikasının ibrazı, davacının davayı açmaktaki menfaatini tespiti ilişkin, özel bir dava şartı niteliğindedir. Dava şartlarının incelenmesi bakımından kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olmamakla birlikte, hakim görevi gereği dava şartlarının varlığını davanın her aşamasında inceleyebilir. Hakim aciz vesikasının ibraz edilmemiş olmasını, takibin semeresiz kalmadığı yönünde bir şüphe olarak değerlendirerek, davacıda takibin semeresizliğine ilişkin vakıaları iddia ve ispat etmesini isteyebilmelidir.

İflâs idaresi de iflasın açılmasından sonra iptal davası açabilir. İflâs idaresinin İİK m. 245 ve 255'e dayanarak alacaklılardan birine iptal davası açma yetkisi vermesi de mümkündür.

İİK m. 282'ye göre iptal davası "*borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları*" ve "*kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar*" aleyhine açılır. Davalı sıfatını aslen haiz olanlar, iptale tabi işlemin tarafı olanlar ve onların külli halefleridir. Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiler, iptale tabi işlemde sadece doğrudan değil, dolaylı biçimde de faydalanmış olabilir. Bu kişilerin davalı sıfatını aslen haiz olmalarının nedeni, iptale tabi işleme doğrudan katılmış olmaları veya katılan kişiye külliye halef olmalarından kaynaklanmaktadır. Kanunun "*kötüniyetli üçüncü kişi*"

olarak tanımladığı davalı grubu, davalı sıfatını aslen değil, yansıma yoluyla elde eden cüz'i haleflerdir. Bu kişiler, üst başlıkta incelediğimiz, işlemin tarafı olan veya menfaat sağlayan kişilerin cüz'i halefleridir. Bu kişiler, iptale tabi işlem dışında onların cüz'i halef olmaları sonucunu doğuran bir başka işlem nedeniyle davalıdırlar. İcra İflâs Kanunu m. 281/I iptal davasının basit yargılama usûlü ile görüleceğini; hakim uyuşmazlığı hal ve şartları serbestçe dikkate alarak çözüme kavuşturacağını hükme bağlamıştır. Basit yargılama usûlünün gerekleri nedeniyle, tasarrufun iptali davasında davacının dayandığı iptal nedenine ait koşul vakıalara ilişkin iddia ve somutlaştırma yükünü de dava dilekçesi ile yerine getirmesi gerekir. Benzer bir sonuca savunma ve buna bağlı olarak karşı ispat faaliyeti bakımından davalı için de ulaşılabilir. Tarafların somutlaştırma faaliyetleri bakımından ortaya çıkabilecek güçlükler nedeniyle basit yargılama usûlünün iptal davası bakımından uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Davacı dava dilekçesinde iddiasını dayandırdığı vakıaların özetlerine yer verdikten sonra, bu vakıaların hangi hukuki sebep altında altlanması istediğini de belirtilmesi, farklı bir ifade ile ilgili hukuki sebebi bildirmelidir. Hakim uyuşmazlığı hal ve şartları serbestçe dikkate alması, somut olayda hakim tarafların bildirdiği iptal sebebi ile bağlı olmayacağı anlamına da gelmez. Davacı/alacaklı, dayandığı hukuki sebep/iptal sebebinin haklı çıkararak biçimde dayandığı iptal sebebine ait koşul vakıalara denk düşen somut vakıalara dava dilekçesinde yer vermelidir. Nitekim ilgili iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmemiş olması halinde hakim davayı ispat yüküne ilişkin bir kararla reddetmelidir. İİK m. 281/I hükmünü tarafların iptal sebebinin dayandığı hükme ait koşul vakıaların ispatında her türlü delile başvurabilecekleri şeklinde anlamak yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu hüküm sayesinde taraflar sadece senet delili sunmak zorunda kalmayacak, diğer delillerle de ispat yoluna gidebilecektir. Özellikle zarar verme kastı gibi içsel vakıaları konu edinen koşul vakıalar bakımından emareler büyük önem taşır. Hâkim senede karşı senetle ispat kuralı ile bağlı da olmadığından, emare ispatı ile birlikte, davalının da sunduğu delilleri serbestçe değerlendirerek (HMK m. 98) hüküm kuracaktır.

Her bir iptal sebebi bakımından ortak bazı koşul vakıalar belirlemek mümkündür. Bu koşul vakıalar iptalin objektif koşulları olarak adlandırılabilir. Bu

çerçeve de zarar ve işlemin kanunda belirtilen süre içinde gerçekleşmiş olması, her iptal sebebinde varlığı aranan vakıalardır. Takibin semeresiz kalması hali de her bir iptal sebebi bakımından varlığı aranan bir durum olmakla birlikte, aciz vesikasının özel bir dava şartı olması ve takibin semeresiz kalmasının davanın açılmasındaki menfaati ifade etmesi nedeniyle ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Somut olayda zarar, icra takip semeresinin azalması veya alacaklılardan birinin diğerine göre avantajlı hale gelmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Davacı davalının yaptığı iptale konu işlem nedeniyle zarara uğradığını ispat yükü altındadır. Zararın ispatında delil ikame yükü de davanın başında kural olarak davacıdır. Ancak hakim zararın gerçekleştiğine ilişkin belli bir kanaat edindikten sonra somut delil ikame yükünü davalı/borçlu veya davalı/üçüncü kişiye yükleyebilir. Özellikle geçici aciz vesikasına dayanılarak açılan iptal davasında bu durum daha da belirgindir.

Takibin semeresizliği iptal davası bakımından bir koşul vakıa olmamakla birlikte, semeresizliğin menfaate ilişkin olması ve aciz vesikasının da iptal davası bakımından özel dava şartı olarak kabul edilmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Davacının menfaatinin varlığı hakkında şüpheye düşen hakim, gerek görmesi halinde takibin semeresiz kaldığının iddia ve ispatını davacıdan isteyebilir.

İptal davasının İİK m. 284'te yer verilen hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir. Hak düşürücü süreler, işlevleri bakımından maddi hukuk bakımından herhangi bir hakkın doğum koşulu olarak değerlendirilemez. Hak düşürücü sürenin usûl hukuku bakımından itiraz niteliğinde olması nedeniyle davalı borçlu veya üçüncü kişinin bu hususu öne sürmesi gerekmez. İşlemin hak düşürücü süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğini dosya içeriğine hak düşürücü sürenin başlangıç tarihine veya hak düşürücü sürenin dolduğuna ilişkin bilgi girdiği takdirde hakim kendiliğinden dikkate almalıdır. Hakim, hak düşürücü sürenin dolmadığı konusunda bunu iddia eden tarafı ispata çağıracaktır. Belirsizliğin riskini de bunu ileri süren tarafa düşecektir. Ancak dosya içeriğinden hak düşürücü sürenin dolduğunun anlaşılmadığı veya buna ilişkin bilginin dosya içeriğine girmediği durumlarda, dinlenme koşulu olarak hak düşürücü sürenin dolduğunu, davanın artık dinlenemeyeceğini davalının iddia etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani davalı bu durumda hak düşürücü sürenin dolduğunu iddia yükü altındadır.

Hak düşürücü süreden ayrı olarak kanunda her bir iptal neden bakımından farklı işlem süreleri aranmıştır. İşlemin şüpheli dönem olarak adlandırılan bu süre içerisinde gerçekleştiğine ilişkin ispat yükünü de bu koşul vakiadan lehine hak çıkararak davacı/alacaklı taşır.

Her bir iptal sebebi bakımından koşul vakıaların ayrıca belirlenmesi gerekir. İİK m. 278 uyarınca ivazsız tasarruflardan kaynaklanan iptal davasında ispatı gereken koşul vakılardan ilki bir ivazsız tasarrufun gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bununla birlikte kanun bazı ivazlı tasarrufları da ivazsız tasarruflarla aynı sonuca bağlamış ve bir varsayıma yer vermiştir. Ancak karma bağışlar bakımından teknik anlamda bir varsayım bulunmadığı kanaatindeyiz. Kaydı hayat şartıyla irat, ölünceye kadar bakma ve intifa hakkı tesisi de kanunun bağışlama sonucuna bağladığı işlemlerdendir. Ayrıca akrabalar arasında gerçekleştirilen ivazlı tasarrufların her halde iptale tabi olmaması için anılan hükmün bir kurtuluş beyyinesine ihtiyaç duyduğu açıktır.

İİK m. 279 uyarınca aciz halinde yapılan tasarruflarda koşul vakıları; mevcut borç için önceden taahhüt edilmemiş teminatın verilmesi, mutad olmayan ödeme vasıtası ile ödeme yapılması, vadesi gelmemiş borç için ödeme yapılması ve kişisel hakların güçlendirilmesi için tapuya şerh verilmesi olarak belirlemek mümkündür. Bu hüküm bakımından ayrıca borçlunun borca batık olması da bir koşul vakıa olarak ortaya çıkar. Bu koşul vakılara ilişkin ispat yükünü davacı/alacaklı taşır. Önceden taahhüt edilmemiş mevcut borç için verilen teminat vakıanın menfiliği ispat yükünü değiştirmemekle beraber, delil ikame yükünün davalı/borçlu veya davalı/üçüncü kişiye yüklenilmesine sebebiyet verebilir. Ödemenin olağan olup olmadığı her somut olay bakımından koşullar ve tarafların subjektif durumu da dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Menfi bir vakıa olan ödemenin mutad olmaması da ispat gücü gösterebileceğinden somut delil ikame yükü davalılara yüklenebilir. Mutad olarak değerlendirilemese de, tarafların aralarında seçimlik olarak bu ödeme şeklini de kararlaştırmış olmaları ve ödemenin de bu şekil seçilerek gerçekleştirilmiş olduğu durumlarda, bu işlem bakımından mutad olmayan ödeme aracı nedeniyle iptal davası açılmayacağı kanaatindeyiz. İİK m. 279/II ile, davalı hasım, yani işlemin tarafı olan üçüncü kişi lehine bir kurtuluş beyyinesi getirilmiştir. Buna göre, tasarruftan faydalanan kimse borçlunun durumu bilmediğini ispat ederse iptal davası reddedilir.

Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin İİK m. 279/II'de yer alan imkândan faydalanması durumunda, mecburi dava arkadaşlığı nedeniyle her ikisi bakımından da davanın reddi gerekir.

İİK m. 280 (İsvİİK m. 288) uyarınca malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Doktrinde zarar verme kastı nedeniyle açılacak iptal davası, genel iptal davası niteliğinde olduğu yönünde görüşlere rastlamak mümkündür. Bu görüşe ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle somut olayda birden fazla hukuki sebebin uygulanabilir olması için, bu hukuki sebeplerin aynı koşul vakıaları içermesi gerekir. Dolayısıyla İİK m. 280 ile İİK m. 278 veya 279'un yarıştığının kabulü, bu hukuki sebeplerin somut olaya uygulanabilmesi için aynı koşul vakıaların gerçekleştiğinin kabulü demektir. Böyle bir kabul, her bir iptal sebebine ilişkin koşul vakıaların birbirinden farklı olduğu gerçeği karşısında makul karşılanamaz. İspat faaliyeti bakımından dayanılan iptal sebebinin değişmesi halinde, bunun ileri sürülen vakıalara ilişkin somutlaştırma yükünü değiştirip değiştirmediğine de dikkat edilmelidir. Nitekim somut olayda gerçekleşen somut vakıanın ispata elverişli hale getirilmesi de zaten dayanılan bu vakıanın değiştirilmesi halinde değişkenlik gösterir. İİK m. 280 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için kural olarak üç koşul vakıanın somut olayda gerçekleşmiş olması aranır. Bunlar, işlemin kanunda aranan süre aralığında gerçekleşmiş olması, borçlunun zarar verme kastı ve bu kastın işlem yapılan üçüncü kişiler tarafın bilinebilir olması niteliğidir.

Borçlunun zarar verme kastı vakıası davacı alacaklı tarafından iddia ve ispat edilmelidir. Kastın ispatı dolaylı ispat faaliyetine konu olur. Kastın ispatında emarelerden faydalanılabilir. Çoğunlukla borçlunun zarar verme kastı ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesinin ispatı kimi zaman benzer hatta aynı emareler ile yapılabilirse de, somut olay bakımından bu iki vakıanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin borçlunun iflasının öngörülebilir, hatta kaçınılmaz olduğu durumlarda, işlemin diğer tarafının borçlunun içinde bulunduğu mali durumu bildiğinden bahsedilir.

Zarar verme kastına dayanılarak ikame edilecek iptal davasında davacı/alacaklının yaşayacağı ispat güçlüğü nedeniyle kanun koyucu iki karineye yer vermiştir. Bunlardan ilki ticari işletmenin devrine, diğeri de işlemin diğeri tarafının borçlu ile akrabalık ilişkisi bulunduğu hallere özgülenmiştir. İİK m. 280/III’de düzenlemesini bulan karineye göre *“Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızrar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızrar kasdiyle hareket ettiği”* kabul olunur. Bu karine aksi ispat edilebilir, iki yönlü bir kanuni karinedir. İİK m. 280’e dayanılarak açılan iptal davasında davacı/alacaklı, davalı gerçek kişi tacirin İİK m. 44/I’de yer alan ilan yükümlülüğünün yerine getirmediğini, bu nedenle devralan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenemeyeceğini ileri süremez. İİK m. 280’e göre açılan bir iptal davasında, iddia ve somutlaştırma faaliyeti de bu hukuki sebep altında yapılacaktır. Bununla birlikte tarafların faydalanabilecekleri karine de İİK m. 280’de yer alanlardan ibarettir. Dolayısıyla İİK m. 280’e dayanılarak açılan iptal davasında, bu hukuki sebep altında altlanması mümkün olmayan İİK m. 44/II hükmünün uygulanma olanağı yoktur. İİK m. 44’e uygun biçimde yapılmayan ticari işletme devirlerine bağlanan tek yaptırım İİK m. 337a’da yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca *“44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. Yine TBK m. 202’de düzenlemesini bulan ticari işletme devrinde bir malvarlığı veya ticari işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralanan, devreden ile birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin hükme dayanılarak açılan davalarda tek başına ticari işletmenin borcu için doğrudan devralananın sorumluluğunu öngördüğünden, ayrıca cebri icra yetkisi için dava açmakta alacaklının hukuki yararı da bulunmaz.

Zarar verme kastı ve bu kastın karşı tarafça bilinmesi içsel bir durumu ifade ettiğinden yaklaşık ispat ölçüsü ile ispatı yeterlidir.

Tasarrufun iptali bazı hallerde karşı dava veya def’i yoluyla ileri sürülebilir. Hacizli malın üçüncü kişinin elinde olması durumunda açılacak istihkak davasında

(İİK m. 97/XVII) durum böyledir. İflâs tasfiyesinde sıra cetveline itiraz davasında alacaklının iptal iddiasını da ileri sürmesi, iflas tasfiyesi sırasında iptal davası açma yetkisinin İİK m. 245 hükümlerine göre alacaklılardan birine devredilmediği sürece münferiden iflas idaresi tarafından kullanılabilmesine bir istisnasını teşkil eder. Sıra cetveline dahil edilen bir alacağın, iptale tabi bir işlemde kaynaklandığı iflas idaresince incelenmemiş veya iflas idaresi bunu ileri sürmemişse, iflas alacaklısı, masasının yetkilendirmesine gerek olmaksızın iptal iddiasını sıra cetveline itiraz davası sırasında tek başına ileri sürebilir.

Her ne kadar tasarrufun iptali davasında hakim, durum ve delilleri serbestçe değerlendirecekse de, ticari uyuşmazlıklarda ticari defterlerin ispat faaliyetinde önemli rol oynayacakları kuşkusuzdur. Yine şirket topluluklarında bağlılık raporları önemli deliller olarak iptal davasında fonksiyon gösterir.

Maddi hukukta, iptal davasına benzer bazı dava türlerine rastlamak mümkündür. Bu dava türleri, kimi zaman iptal davası ile terditli biçimde ileri sürülebileceği gibi, kimi zaman da iptal ettirme hakkıyla bu davalara temel teşkil eden hakların yarıştığı gözlemlenebilir. TMK m.617 (İsv MK 578) uyarınca mirasçının alacaklıları tarafından açılacak mirasın reddi işleminin iptali davası tasarrufun iptali davası ile terdit ilişkisine girebilir. Taleplerin terditli olarak ileri sürülmesi ihtimalinde önceliğin mirasın reddinin iptaline verilmesi ihtimalinde mirasın reddinden faydalanan kişinin de davalı olarak gösterilmesi gerekir. Bu davada, tıpkı tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, alacaklılara zarar verme kastının varlığı koşul vakiasının ispatı gerekecektir. Mirasın reddinin iptali talebinin reddi halinde bu sefer hâkim bu kastın reddin fayda sağlayan diğer mirasçılar tarafından bilinip bilinmediğini inceleyecektir.

Şirket topluluklarında alacaklı tarafından hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde açılacak tazminat davası tasarrufun iptali davasında bir alternatif oluşturabilir. Alacaklılar bağlı ortaklığın uğradığı kayıptan ötürü tazminat davası yanında veya bu dava yerine tasarrufun iptali davası da açabilirler. Hatta kimi hallerde, tasarrufun iptali davası, alacaklının doğrudan hakim şirketin malvarlığı üzerinden tatmin edilebilmesi bakımından daha da avantajlıdır. Özellikle zarar verme kastı nedeniyle iptale ilişkin İİK m. 280 hükmü, şirketler topluluğu içerisinde gerçekleşen işlemlerden zarar gören alacaklı bakımından uygulama alanı bulabilir.

Mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temlikinin hükmen teslim şeklinde yapılması, diğer koşulların da varlığı halinde tasarrufun iptali davasına konu edilebilir; aynı zamanda bu işlem TMK m. 766 uyarınca taşınır rehni kurallarını dolanmak amacıyla gerçekleştirildiğinden sonuç doğurmayacaktır. Her iki hukuki sebep de temelde yapılan işlemin geçersizliğine yönelik değildir. Teminat amaçlı inançlı temlik, geçerli olmakla birlikte, kanunda belirtilen özel nedenlerden ötürü sonuç doğurmaz. Teminat amaçlı inançlı temlik, İİK m. 279'da aranan şartları da taşıması halinde mütelahik davaya konu edilebilir. Yani burada yapılan temlik işlemine ilişkin açılan davada her iki hukuki sebep de ileri sürülebilir.

İİK m. 201 çerçevesinde takasın caiz olduğu iflasın açılmasından önceki dönemde ihdas edilmiş borçlar itiraza konu edilebilir. Farklı bir anlatımla takasın caiz olmadığı durumlarda, geçerli bir takastan bahsetmek de mümkün olmadığından, yapılan işleme zarar verme amacıyla yapılması nedeniyle itiraz da söz konusu olamaz. Masaya zarar vermeye yönelik olarak yapılan işlem, öncelikle işlemin tarafları bakımından tasarrufun iptali davasına konu olamaz. Şöyle ki, tasarrufun iptali davası, doğrudan borçlunun yaptığı bir işlemi konu edinir. Yani ancak borçlunun/müflisin alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı işlemler iptal davasına konu edilir. Buna karşın takas, borçlunun/müflisin tarafı olduğu bir işlem değildir. Müflisin borçlusu, masanın zararına veya kendine menfaat sağlamak amacıyla takas işlemini gerçekleştirir. Bu nedenle, takası yapan müflisin borçlusunun iptal davası bakımından pasif taraf sıfatı bulunmamaktadır. Her ne kadar işlemin tarafları bakımından takas tasarrufun iptali davasına konu edilemese de, müflisin borçlunun takası gerçekleştirme iradesinin tespitinde, İİK m. 280-zarar verme kastından dolayı iptale ilişkin tespitlerden yararlanılabilir. Farklı bir ifade ile takasa itirazda ispatı gereken zarar verme kastı vakıası bakımından İİK m. 280 yol gösterici olabilir.

Medenî Kanunumuzun 213. Maddesinde, mal rejiminin tasfiyesinin eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamayacağı hükme bağlanmıştır (TMK m. 213/I). Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur. Bu hüküm de eşlerin alacaklılarını korumak amacıyla getirilmiş bir hüküm olup, mal rejiminin tasfiyesinin tasarrufun iptali davasına konu edilip edilemeyeceği de akla gelebilir. Tarafların hazırladıkları protokole göre yapılan mal rejimi değişiklik veya

tasfiyesinin iptal davasına konu edilemez. Zira mahkeme kararına dayalı el değiştirmelerin iptali için tasarrufun iptali davası açılmaz. Bu tür işlemlere karşı yargılamanın yenilenmesi yerine TMK m.210 uyarınca öncelikle mahkemeden mal ayrılığına karar vermesi istenmeli ve cebri icraya devam edilmelidir. İşlemin alacaklılara zarar verme kastı nedeniyle yapıldığına dair kuvvetli emarelerin bulunduğu hallerde ise doğrudan TMK m. 213'e dayanılarak devre konu malvarlığı üzerinde cebri icra işlemi uygulanabilir. Bu şekilde yürütölen takibe itiraz edilmesi halinde, alacaklı TMK m. 213'e göre yapılan devrin alacaklılar zararına gerçekleştirildiğinden hareketle devir konusu malın değeri oranında devralan eşin sorumlu olduğunu iddia ve ispat ederek takibe devam edebilir.

Tasarrufun iptali davası ile muvazaa nedeniyle hükümsüzlük taleplerinin terditli olarak ileri sürölmesi mümkündür. İlk talebin tasarrufun iptaline yönelik olması ve bu talebin tasarrufun iptaline ilişkin koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmemiş olması nedeniyle reddi her durumda işlemin geçerli olduğu sonucunu doğurmayabilir. Davacı bu durumda somut olayda tasarrufun iptaline ilişkin koşul vakıaların gerçekleştiğini ve bu nedenle kendisine cebri icra yetkisi tanınmasını talep edecek; davalı ise yapılan işlemde iptalin koşullarının gerçekleşmediğini, işlem ile geçen malvarlığı değeri üzerinde davacı lehine cebri icra yetkisi tanınmayacağı yönünde karşı ispat faaliyeti sürdürecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, davalının işlemin geçerli olduğunun tespitine ilişkin bir talebi olmaması, varsa da bu talebin incelenmemiş veya reddedilmemiş olmasıdır. Zira bu talebin değerlendirilerek reddedilmesi ve bunun hükme geçirilmesi, fer'i talep olan muvazaa hukuki sebebinin unsurlarından birinin somut olayda gerçekleşmediğinin mahkemece tespit edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durumda da fer'i talep olarak muvazaanın ileri sürölmesi mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla ilk talebin tasarrufun iptali; bu talebin kabul edilmemesi halinde muvazaa nedeniyle iptal talebinin yöneltilmesinin teorik olarak mümkün olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, asli talep olan tasarrufun iptalinin red gerekçesinin, tali talep olan muvazaa nedeniyle butlan talebinin dinlenebilirliği açısından dikkate alınması gerektiği önemle vurgulanmalıdır. İlk talebin işlemin muvazaa nedeniyle butlanı; bu talebin kabul edilmemesi halinde işleme konu mal üzerinde cebri icra

yetkisi tanınması için İİK m. 277 ve devamı hükümlerine göre iptal talep edilmesi mümkündür.



KAYNAKÇA

Açan, İbrahim. Delil, **Ankara Barosu Dergisi**, 1975, s. 7-8.

Akkaya, Tolga. İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar (İİK m. 277-284), **Eskişehir Barosu Dergisi**, S. 11, Ekim 2006, s. 13-49. (İptale Tabi Tasarruflar)

Akkaya, Tolga. "Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2006, S. 3, s.661-684.

Alexandre, Richa. Jurisprudence Civile Récente, **Journée 2009 de Droit Bancaire et Financier**, 2010, s. 171-196.

Akıntürk, Turgut. **Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II**, 11. Bası, İstanbul, 2008.

Akipek, Jale G. ve Turgut, Akıntürk. **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.

Akil, Cenk. Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, 2008/3, s. 1-32.

Akşener, Haşmet Sırrı. İY'nin 280. Maddesinde 4949 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklik Üzerine Bir İnceleme, **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Eylül 2003, s. 2209-2212.

Akşener, Haşmet Sırrı. Tasarrufun İptali Davalarında Aciz Belgesi, **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Ocak 2003, s. 51-56. (Aciz Belgesi)

Akyazan, Sıtkı. Takip Hukukunda İptal Davası, **Adalet Dergisi (AD)**, Yıl: 54, Mart-Nisan 1963, S. 3-4, s. 235-246.

Akyazan, Sıtkı. Borç Ödemeden Aciz Belgesi, **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'a Armağan**, Ankara, 1964, s. 315-324. (Aciz Belgesi)

Alangoya, Yavuz. **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979.

Alangoya, H. Yavuz. İspat Yükü Yönünden MK 3, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, Cilt XXVII, Sayı 1-4, 1962, s. 358-361. (MK m. 3)

Alangoya, Yavuz. "Senede Karşı Senetle İspat" Kuralı ve "Hayatın Olağan Akışı" Kavramı, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşalıoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 521-531. (Hayatın Olağan Akışı)

Alangoya, H. Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Altaş, Soner. Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 8, Sayı 81, Mayıs 2013, s. 46-50.

Ansay, Sabri, Ş..**Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara, 1957. (Usûl)

Ansay, Sabri, Ş..**Hukuk İcra ve İflâs Usulleri**, Ankara, 1960. (İcra)

Antalya, Gökhan. **Miras Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 2009.

Aral, Fahrettin. **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 2010. (Takas)

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Kasım, 2012.

Aslan, Kudret. **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara, 2005.

Atalay, Oğuz. **Anonim Şirketlerin İflası**, İzmir, 1996. (İflâs)

Atalay, Oğuz. **Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir 2001. (Menfi Vakıa)

Atalay, Oğuz. **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir, 2007. (Borca Batıklık)

Atalay, Oğuz. Emare İspatı, **Manisa Barosu Dergisi (MaBD)**, Yıl 18, Sayı 20, Temmuz-Ekim 1999, s. 7-22.

Ayan, Mehmet. **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Konya 2009.

Ayanoğlu Moralı, Ahu. **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006.

Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2010.

Aydıncık, Şirin. Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)** Cilt LXIV, Sayı. 1, s. 131-194.

Bahtiyar, Mehmet. **Ticari İşletme Hukuku**, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 13. Bası, İstanbul, 2013.

Bauen, Marc, Robert Bernet ve Nicolas Rouiller; **La Société Anonyme Suisse**, Droit Commercial, Loi sur La Fusion, Droit Boursier, Droit Fiscal, Schultess, 2007.

Baumgartner, André. **La Communauté Héritaire Dans le Procès Civil**, Lausanne, 1933.

Belgesay, Mustafa Reşid. **İcra ve İflâs Hukuku I, Sentetik Bölüm, İkinci Cilt, Konkordato-İflâs-İptal Davası-Tahliye**, İkinci Basım, İstanbul, 1953.

Belgesay, Mustafa Reşid. **Dava Teorisi**, İstanbul, 1943 (Teori).

Bergeaud, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**, Paris, 2010.

Berkin, Necmettin M. **İflâs Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1972. (İflâs)

Berkin, Necmettin M. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969. (Usûl)

Bilge, Necip ve Ergun Önen. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1978.

Bilge Necip. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, Ankara 1967.

Bilgili, Fatih. Ticari Defterler-Cari Hesap-Acente, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, Cilt XVI, Sayı 3-4, s. 55-91.

Blanc, Mathieu. **Corporate Governance dans les Groupes de Sociétés**, Thèse de Licence et de Doctorat, Zurich/StGall, 2010.

Bohnet, François. Les Défenses en Procédure Civile Suisse, **Revue de Droit Suisse-RDS (Zeitschrift für Schweizerisches Recht-ZSR)** 2009/II, s. 185-322. (Les Défenses)

Bolt, Michael. **La Protection des Créanciers Sociaux Contre Les Conséquences de la Dominations**, Lausanne, 1988.

Bonnier, Edouard. **Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel**, 5^e Edition, Paris, 1888.

Boran, Nilüfer. Bir Karar Işığında İspat Hukukunun Bazı Kavramlarına Bakış, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)**, S. 8, 2007, Sayı: 3, s.767-791.

Börü, Levent. İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2009, Cilt 58, Sayı 3, s. 482-537.

Brand, Ernest. L'Action Révocatoire, Tableau de la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, **Journal des Tribunaux (JdT)** 1943 II, s. 65-87.

Braconi, Andrea. Introduction aux Art. 166-175 LDIP, **Commentaire Romande, Loi sur Le Droit International Privé et Convention de Lugano**, 2011, §1-24.

Brosset, Georges. Preuves (En Matière Civile) I, **Fiches Juridique Suisses (FJS)**, no. 1176, Genève, 1957. (I)

Brosset, Georges. Preuves (En Matière Civile) II, **Fiches Juridique Suisses (FJS)**, no. 1177, Genève, 1957. (II)

Brosset, Georges. Preuves (En Matière Civile) III, **Fiches Juridique Suisses (FJS)**, no. 1178, Genève, 1957. (III)

Brustlein A. ve P. Rambert. **Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite**, Lausanne, 1892.

Budak, Ali Cem; Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)**, Cilt II, Sayı 1 Yıl 2005, s. 511-521. (Ticari Defterler)

Budak, Ali Cem. **Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul 2000.

Castella, Jean. La Connivence de bénéficiaire de l'acte Révocable d'Après L'Art. 288 LP, **Journal des Tribunaux (JdT)** 1956 II, s. 67-80.

Chaix, François. L'Apport des Faits en Procès, Procédure Civile Suisse, **Les Grands Thèmes pour le Praticien, Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel**, Neuchâtel, 2010, s. 115-140.

Chenau, Jean-Luc. Un Survol de l'Action Révocatoire en Droit International Privé Suisse, **Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ)-Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, Heft 12, 1996, 92. Jahrgang, s. 232-237.

Chenau, Jean-Luc ve Loïc Pfister. Aspects Juridiques de l'Assainissement (Cadre, Outils et Responsabilité), **Aspects Pratiques du Droit de l'Entreprises, Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne (CEDIDAC) 86**, Lausanne, 2010, s. 95-191.

Cometta, Flavio. Art. 191-196 LP, **Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé**, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing & Lichtenhahn, 2005. (Art. "madde numarasi" LP)

Çetintürk, Mustafa. Hukuk Davalarında İspat Yükü, **Bursa Barosu Dergisi**, S. 13, 2005, s. 9-13.

Dallèves, Louis. Faillites Internationales, **Fiches Juridiques Suisses (FJS)**, 987, Genève, 1991. (FJS Faillite)

Delebeque Philippe ve Frédéric-Jérôme Pansier. **Droit des Obligations, 1. Contrat et Quasi-contrat**, 5e édition, Paris, 2010. (Contrat et Quasi-contrat)

Deliduman, Seyithan. **İcra ve İflâs Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Belgesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995.

Deliduman, Seyithan. Muvakkat Borç Ödemededen Aciz Belgesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 1998/3, s. 1077-1087. (Muvakkat)

Deren-Yıldırım, Nevhis. **Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul 1996.

Deschenaux, Henri ve Paul-Henri Steinauer. **Droit des Successions**, Fribourg, 2003.

Develioğlu, Hüseyin Murat. **Takas**, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

Deynekli, Adnan ve Sedat Kısa. **Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli**, 3. Bası, Ankara, 2005.

Doğanay, İsmail. Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, Temmuz 1971, Cilt VI, Sayı 1, s. 1-40.

Dural, Mustafa ve Turgut Öz. **Türk Özel Hukuku, Cilt 4, Miras Hukuku**, Dördüncü Bası, İstanbul, 2009.

Okay Durman. **İcra ve İflâs Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, 2009.

Eigenmann, Antoine. La Réalisation des Sûretés sur Les Titres Intermédiés, **Placement Collectif et Titres Intermédiés: Renouveau de la Place Financière Suisse, Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne (CEDIDAC)**, 2008, s. 127-143.

Eigenmann, Antoine. L'Effectivité des Suretés Mobilières, **Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz/Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (AISUF)**, Band/Nr. 206. (Effectivité)

Ekşi, Nuray ve Ali Cem Budak. Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, 2003, Cilt 5, Sayı 1, s. 41-76.

Engel, Pierre. **Traité des Obligations en Droit Suisse, Disposition Générale de CO**, 2^e Edition, Berne, 1997. (Traité)

Erard-Gillioz, Pauline. La Révocation, **FichesJuridiqueSuisse (FJS)**, 742, Genève, 1999.

Erdönmez, Güray. **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İstanbul, 2010.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul 2012.

Eren, Fikret. **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, 2011. (Mülkiyet Hukuku)

Eriş, Gönen. **Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku**, Ankara, 1991.

Erişir, Evrim; Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, Aralık 2008, Cilt XXIV, Sayı 4, s. 271-301.

Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. **Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara, 1998.

Esener, Turhan ve Kudret Güven. **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2008.

Esener, Turhan. Teminatı İstihdaf Eden Temlikî Tasarruflar, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Yıl 1952, Cilt 9, Sayı 3-4, s. 376-383. (Temlikî Tasarruflar)

Favre, Antoine. **Droit des Poursuites**, 2e Edition, Fribourg, 1967.

Favre, Antoine. De l'Acte de Défaut de Biens, **Revue de Droit Suisse (RDS)** 50, 1931, s. 51-106. (ADB)

Favre, Pascal G. **Le Transfert Conventionnel du Contrat**, Fribourg, 2005. (Le Transfert)

Favre, Pascal G. ve Pierre Tercier. **Les Contrats Spéciaux**, 4^e Edition, Schulthess, 2009.

F. Fitting. Remarques Sur l'Action Révocatoire, **Revue Suisse de Jurisprudence-RSJ (Schweizerische Juristen-Zeitung-SJZ)**, 1953/49, s. 17-22.

Gauthier, Jean. La Cession de Créance dans La Saisie et La Faillite, **La Semaine Judiciaire (SJ)** 1970, s. 385-397.

Ghestin, Jacques, Marc Billiau ve Grégoire Loiseau. **Traité de Droit Civil, Le Régime des Créances et des Dettes**, Paris, 2005.

Gilliéron, Pierre-Robert. **Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat**, 4^e Edition, 2005.

Gilliéron, Pierre-Robert. Voies et Moyens Pour Remédier au Surendettement des Particuliers, Insolvence, Désendettement et Redressement, **Etudes Réunies en l'Honneur de Louis Dallèze**, Helbing & Lichtenhahn, 2000, s. 129-145. (Surendettement)

Gilliéron, Pierre-Robert. Note à l'Arrêt RO 103-III-97, **Journal des Tribunaux (JdT)** 1979 II, s. 130-155. (Note)

Grassinger, Gülçin Elçin; BK m. 82 ile BK m. 310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 221-235.

Guggenheim, Daniel. **Le Droit Suisse des Contrats, Tome II: Les Effets des Contrats**, Genève, 1991.

Güneysu Güngör, Gülin. **Milletlerarası Özel Hukukta İflâs**, Ankara, 1997.

Gürdoğan, Burhan. İcra-İflâs Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)** 1963, Cilt II, Sayı 1, s. 14-37. (Aciz Vesikası)

Gürdoğan, Burhan. **İcra Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970.

Guhl, Theo. **Le Droit Fédéral des Obligations**(Tra. René Des Gouttes), Zurich, 1947.

Guinand, Jean, Audrey Leuba ve Martin Stettler. **Droit des Successions**, 6^e Editions, 2004.

Habscheid, Walter J. **Droit Judiciaire Privé Suisse**, 2^e Edition, Genève, 1981.

Hanağası, Emel. **Davada Menfaat**, Ankara, 2009.

Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2011.

Heinzmann, Michel. (196) TF (BGr.) 5A 421/2008 26.11.2008, **Droit de la Construction (DC)** 2009, s. 167-168.

Helvacı, İlhan. **Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, İstanbul, 2008.

Helvacı, İlhan. **Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi, (MK m. 605- MK m.618)**, İstanbul, 2002. (Mirasın Reddi)

Hofmann David ve Christian Lüscher. **Le Code de Procédure Civil**, Berne, 2009.

Hohl, Fabienne. **Procédure Civile, Tome I, Introduction et Théorie Générale**, Berne, 2001. (Procédure Civile)

Hohl, Fabienne. **La réalisation du droit et les Procédures Rapides**, Fribourg, 1994. (La réalisation)

Hohl, Fabienne. L'Avis des Défaut de l'Ouvrage: Fardeau de la Preuve et Fardeau de l'Allégation, **Revue Fribourgeoise de Jurisprudence (RFJ)** 1994, s. 235-273. (L'Avis)

Hohl, Fabienne. (157) TF (BGr.) 28.6.96; **La Semaine Judiciaire (SJ) 1997 p. 52-55, Note à l'Arrêt, Droit de la Construction (DC) 1997**, s. 61. (Note)

Hohl, Fabienne. Le degré de la preuve dans les procès au fond, **La Preuve Dans le Procès Civil, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 1**, Bern, 2000, s. 128-137. (Degré)

Fabienne Hohl, Art. 68-83 CO-I, **Commentaire Romande, Code des Obligations I, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro)**, 2003 (Art. "madde numarası" CO-I).

Anouchka Hubert-Froidevaux, Art. 551-578 CC- **Commentaire du Droit des Successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)**, Berne, 2012 (Art. "madde numarası" CC).

İmre, Zahit ve Hasan Erman. **Miras Hukuku**, 8. Basım, İstanbul 2011.

İnan, Ali Naim, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş. **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2008.

Jäger, Charles. **Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite**, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome I-II-III, Lausanne/Geneve, 1920.

Jeandin, Nicolas. Actes de Défaut de Biens et Certificatd'Insuffisance de Gage,**FichesJuridiqueSuisse (FJS)**, 990, Genève, 1998. (ADB)

Jeandin, Nicolas. L'Admisnistration des Preuves, **Le Code de ProcédureCivile-AspectsChoisis**,Schulthess, 2011, s. 89-110. (Administration)

Jeandin, Nicolas. ProcédureCivile: Moyen de Preuve et SecretBancaire, **Journée 2010 de Droit Bancaire et Financier, Publications du Centre de Droit Bancaire et Financier**, 2011, s. 45-71. (SecretBancaire)

Kale, Serdar. Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK m. 279), **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 191-204.

Karacabey, Ömer Faruk. Hakların Yarışması, **Ankara Barosu Dergisi**, 1980/6, s. 666-685.

Karafakih, İsmail H..**Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara, 1952.

Karakaş, Fatma Tülay. Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, 2013/3, s. 761-817.

Karslı, Abdürrahim. **Medenî Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2012.

Karlı, Abdürrahim. **İcra Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2010. (İcra)

Kayar, İsmail. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)**, Cilt II, Sayı: 1 Yıl. 2005, s. 353-381.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2009. (Miras Hukuku)

Kılıçoğlu, Ahmet. **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, Ankara, 1979. (Halefiyet)

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlunun Alacaklıya İhbarı ile Halefiyetin Doğumu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 439-446. (İhbar ile Halefiyet)

Kiper, Osman. **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara 1995.

Knoepfler, François, PhilippeSchweizer ve SimonOthenin-Girard. **Droit International Privé Suisse**, Berne, 2004.

Koç, Nevzat. Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (= Butlan), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**. 1981, Sayı 2, s.127–172.

Konkoly, Stéphane ve JanuszMarty. La Notification Des Cessions De Créances À Titre De Sûreté Dans LesTransactions De Financement,**SchweizerischeZeitschriftfürGesellschafts- undKapitalmarktrechtsowieUmstrukturierungen (GesKR)** 2012, s. 209-219.

Konuralp, Haluk. **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 1999.

Kubilay, Huriye. **Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), Cilt XVII, Yıl 2013, Sayı 1-2, s. 805-829.

Kuntalp, Erden. **Lex Commisoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı**, İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 151-162.

Kurtoğlu, Serdar. İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İstanbul **Barosu Dergisi (İBD)**, Cilt 47, Sayı 7-8, 1973, s. 776-780.

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve EjderYılmaz. **İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 27. Baskı, Ankara 2013. (İcra)

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medenî Usûl Hukuku, Ders Kitabı**, 24. Baskı, Ankara, 2013. (Usûl)

Kuru, Baki. **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II**, 3. Baskı, İstanbul, 1990. (İcra, C. II)

Kuru, Baki. **İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Cilt III**, 1993. (İcra, C. III)

Kuru, Baki. **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV**, 3. Baskı, , İstanbul, 1997. (İcra, C. IV)

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt I-VI**, İstanbul, 2001. (Usûl, C.)

Kuru, Baki. Ticareti Terkeden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt 27, Sayı 1-2, 1970, s. 111-118.

Kuru, Feriha. **Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.

Kurt, Fatma. Lex Commisoria (Mülküne Geçirme Yasağı) –Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi ile İlişkisi- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, Cilt 82, Sayı 1, Yıl: 2008, 129-154.

Leibenson, Joël. **Les Actes de Dispositions sur Les Titres Intermédiés**, CDBF, Schulthess, 2013.

Malinvaud, Philippe. **Droit des Obligations**, 10^e Edition, Paris, 2007.

Marchand, Sylvain. Exécution de décisions Etrangères en Matière de Faillite, **Schriften der Stiftung Für die Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 5, Rechtshilfe und Vollstreckung Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs (Entraide Judiciaire et Exécution Forcée Affaires Civiles, Enlèvements d'Enfant et Faillites)**, s. 161-186.

Marchand, Sylvain. La Compensation Dans la Procédure de Poursuite, **Journal des Tribunaux (JdT)** 2012 II 61-79. (Compensation)

Marchand, Sylvain. Contrat et Insolvabilité, Actualités du Droit des Contrats, Le Contrat à la Croisée des Chemins, **Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne (CEDIDAC)**, 2008. (Insolvabilité)

Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud ve François Chabas. **Leçons de Droits Civil, Tome II, 1er Volume**, 8^e Edition, Paris, 1986.

Meriç, Nedim. **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)**, Ankara, 2011.

Meriç, Nedim. Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)**, Yıl 2013, Cilt 9, Sayı 26, s. 57-81. (Takas)

Moroğlu, Erdoğan. **Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2009.

Muşul, Timuçin; **Medenî Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2. Baskı, Ankara, 2009.

Muşul, Timuçin. **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I**, 5. Baskı, Ankara, 2013. (C. I)

Muşul, Timuçin; **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II**, 5. Baskı, Ankara, 2013. (C. II)

Naef, Francesco ve Elena Neuroninaef. **Droit Suisse de la Faillite Internationale: La Faillite d'un Système, Pratique Juridique Actuelle (PJA)** 2008, s. 1396-1412.

Oğuz, Arzu. Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt 41, Sayı 1-4, 1991, s. 225-284.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 10. Baskı, İstanbul, 2012.

Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. **Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 15. Bası, İstanbul 2008.

Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. **Eşya Hukuku**, s. 2011.

Saibe Oktay Özdemir. Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri; **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, 1999- 2000, İstanbul, s. 657-683.

Senai Olgaç. **Kefâlet**, Ankara, 1978.

Senai Olgaç. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara, 1974, s. 457-480. (İptal Davaları)

Necip Ortan. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 21-24.

Muhammet Özkes. Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 1, Ankara, 2009, s. 750-751.

Hamide Özden Özkaya-Ferendeci. **İflâs Hukukunda Takas**, İstanbul, 2013.

Seda Özmumcu. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 9, Sayı 101-102, s. 42-66.

Ergun Özsunay. **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul, 1968.

Fırat Öztan. **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara, 2012.

Selçuk Öztekin. **İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası**, İstanbul, 1994.

Selçuk Öztekin. Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması, **Ergun Önen' e Armağan**, İstanbul, 2003. (Yargıtay)

Ali İhsan Özüğür. **Mal Rejimleri**, 6. Baskı, Ankara 2011.

Hakan Pekcanitez. **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, Ankara, 1991.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2013.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medenî Usûl Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2013.

Petek, Hasan. Mirasın Hükmen Reddi, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı-2013, III, s. 2191-2235.

Peter, Henry. Art. 285-292, **Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé**, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005, (Art. "madde numarası" LP)

Peter, Henry. **L'Action Révocatoire dans Les Groupes de Sociétés**, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1990. (Les Groupes de Sociétés)

Peter, Henry. Restatement des Conditions Générales de la Révocation, **Jusletter**, 25 Octobre 2004.

Peter, Henry ve Francesca Birchler. Liquidation des Groupes de Sociétés et Consolidation-Enseignement de la Pratique Récente, **Revue suisse de Droit des Affaires et du Marché Financier (RSDA)** 3/1995, s. 122-131.

Peter, Henry ve Francesca Cavadini. Art. 725 CO-II, **Commentaire Romande, Code des Obligations II** (Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz), 2003. (Art. “*madde numarasi*” CO-II)

Petitpierre-Sauvin, Anne. **Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés**, Genève, 1972.

Peyrot, Aude. **Le Trust de CommonLaw et L'ExécutionForcée en Suisse**, Schulthess, 2011.

Pichonnaz, Pascal. La Pratique Contractuelle 2, **Symposium en Droit des Contrats**, Schultess, 2011, s. 21-54. (Symposium)

Pichonnaz, Pascal; Le point **sur La Partie Générale du Droit des Obligations**, **Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ)** 107/2011, s. 181-189. (RSJ 107/2011)

Piotet, Paul. A Propos De l'Arrêt Picasso Annulation Pour Vice De La Volonté Et Prescription De L'action En Répétition De L'indu, **Journal des Tribunaux (JdT)** 1988 I, s. 519-523. (Picasso)

Piotet, Paul. Dévolution de la Succession III, L'Acquisition, La Répudiation et L'Acceptation de l'Héritier, **FichesJuridiqueSuissees (FJS)**, 775 (Fiche de Remplacement), Genève, 1985. (FJS III)

Piotet, Paul. La DonationMixte et La ReductionSelonL'Art. 527 ch. 1 ou 3 CC, **Journal des Tribunaux (JdT)** 1973 I, s.333-341. (JdT 1973)

Piotet, Paul. La Responsabilité Du RépudiantOuRenonçantEnversLesCréanciersSuccessorauxComparéeAux Solutions Des Art. 193 CC et 285 SS LP, **Revue Suisse du Notariat et du RegistreFoncier (RNRF)** 74/1993, s. 73-83. (Répudiant)

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, 2010.

Postacıoğlu, İlhan E.; **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, Altıncı Bası, İstanbul 1975.

Postacıoğlu, İlhan E.; **İflâs Hukuku İlkeleri, C. I İflâs**, İstanbul 1978. (İflâs)

Probst, Thomas. Art. 164-183 CO-I, **Commentaire Romande, Code des Obligations I**, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003 (Art. “*madde numarasi*” CO-D).

Rey-Mermet, Albert. Art. 144-150 LP, **Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé**, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005. (Art. *Madde numarasi*)

Reymond, Claude. **Essai sur La Nature et Les Limites de l'Acte Fiduciaire**, Montreux, 1948.

Rolaz, Jules. **De l'Action Révocatoire en Droit Suisse**, Dissertation Présentée à la Faculté de Droit de Lausanne, Lausanne, 1902.

Rossel, Virgile. **Manuel du Droit Civil Suisse**, 3^e Tome, Lausanne, 1910.

Ruedin, Roland. **Droit des Sociétés**, 2^e Edition, Stämpfli, Berne, 2007.

Ruedin, Roland. L'Acte de Défaut de Biens Après Saisie (art. 115 et 149 LP), **Fiches Juridique Suisses (FJS)**, no.990, Genève, 1991. (ADB)

Ruedin, Roland ve Michèle Silbermann. Les Groupes de Sociétés: Problèmes Actuels-Solutions Futures, **Université de Neuchatel, faculté de Droit et des Sciences Economiques, Conférences**, 1980, s. 63-87.

Rüzgaresen, Cumhuriyet; Mirasbırakanın Borca Batık Olması, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XIV, Sayı 1-2, 2010, s. 271-311.

Rüzgaresen, Cumhuriyet ve Murat Erdem. Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, Cilt XV, Sayı 1-2, 2011, s. 231-254.

İsmet Sarısözen. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, 1977/1, s. 50-58.

Sauerwein, Nina. **La Responsabilité de la SociétéMère**, Berne, 2006.

Schimidlin, Bruno. Art. 21 CO, Art. 23-31 CO, **Commentaire Romande, Code des Obligations I**, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003, §1-50.

Schüpbach, Henri-Robert. **Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994**, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1997.

Schüpbach, Henri-Robert. Acte de Défaut de Bien-Droit et Action Révocatoires, **La LP Révisée, Centre du Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne (CEDIDAC) 35**, Lausanne, 1997, s. 145-249. (Acte de Défaut de Bien – CEDIDAC).

Schüpbach, Henri-Robert. Des TroisDimensionsTemporelles Du Droit de Révocation(Art. 285-292 LP du 11 Avril 1889, Révisée le 16 Décembre 1994), **AJP/PJA**, 11/96, s. 1446-1463. (TroisDimensions)

Schüpbach, Henri-Robert. JuraNovitCuria, Stabilité et Dynamisme du Droit dans la Jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, **RecueiloffertauTribunal Fédéral à**

l'Occasion de son Centenaire par les Facultés de Droit Suisse, Basel, 1975, s. 509-529. (Jura Novit Curia)

Schüpbach, Henri-Robert. **Compensation et Exécution Forcée, Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Helbing & Lichtenhahn, 2000, s. 135-173. (Compensation)**

Schweizer, Phillippe. Art. 150-159, Code de Procédure Civile Commenté, Bâle, 2011. (Art. "madde numarasi"-CPC)

Seçer, Öz. Kaydi Sermaye Piyasası Araçları Üzerinde Rehin Tesisi ve Hükümleri, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kazancı Hukuk Dergisi)**, Yıl 2013, Cilt 9, Sayı 105-106, s. 168-192.

Serozan, Rona ve Baki İlkey Engin. **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2008.

Stoffel, Walter A. ve Isabelle Chabloz. **Voies d'Exécution Poursuite pour Dettes, Exécution de Jugements et Faillite en Droit Suisse**, Berne, 2010.

Şafak, Ali. **Teminat Amaçlı Alacağın Temliki**, İstanbul, 2011.

Şua, Halil İ. Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticari Defterlerle Getirilen Yenilikler ve Değerlendirilmesi, **Adalet Dergisi (AD)**, Sayı 27, Ocak 2007, s. 273-244.

Tandoğan, Halûk. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, İstanbul 2008.

Tanrıver, Süha. Yeni Medenî Kanununun Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Açısından Etkilerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi, **1. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı**, 2003, s.

113-129.

Denis Tappy. Art. 228-247 -CPC, **Code de Procédure Civile Commenté**, Bâle, 2011(Art. “*madde numarası*”-CPC).

Taşdelen, Nihat. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari Defterler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 2012, s.257-295.

Taşpınar, Sema. Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, s. 533-570.

Taşpınar, Sema. **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, 2001. (Anlış: “İspat Sözleşmeleri”)

Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi. Haczedilen Mala İstihkak Davası Üzerine Alacaklı Tarafından Açılan İptal Davasında Vazife Meselesi, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, Cilt XXIX, Sayı 3, Mart 1955, s. 135-137.

Tercier, Pierre. **Le Droit des Obligations**, 2^e Edition, Schulthess, 1999.

Tercier, Pierre ve Jean-François Ducrest. La Simulation, **FichesJuridiqueSuisse (FJS)**, 606, Genève, 1988.

Thévenoz, Luc. La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse, **Revue de Droit Suisse-RDS (ZeitschriftfürSchweizerischesRecht-ZSR)**, 1995/II, s. 257-363. (La Fiducie)

Topuz, Gökçen ve Seçkin Topuz. Takasın Davada İleri Sürülmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Y. 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 719-731. (Takas)

Topuz, Gökçen ve Seçkin Topuz. Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, Yıl 66, Sayı 3, Yaz 2008, s. 60-67.

Torrione, Henri. Art. 662-674, 957-963 CO, **Commentaire Romande, Code des Obligations II** (Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz), 2003 (Art. “*madde numarası*” CO-II)

Tschumy, Jean-Luc. L’Action Révocatoire et Ses Conséquences, **La Semaine Judiciaire (SJ)** 2013 II s. 445-463.

Tunç Yücel, Müjgan. HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)**, Yıl 2013/2, Cilt 9 S. 25, s. 115-140.

Turanboy, Asuman. Ticari Sır, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, 2006, s. 349-369.

Umar, Bilge. **Türk İcra İflâs Hukukunda İptal Davası**, İstanbul, 1963.

Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2014. (Şerh)

Umar, Bilge. **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İzmir, 1973. (Tarihi Gelişme)

Umar, Bilge. Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlılık, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)**, 2004, Cilt 1, Sayı 1, s. 317-349. (Aciz Hali)

Umar, Bilge. Hususi Hukukta Karineler, **Sabri Şakir Ansay'ın Anısına Armağan**, Ankara, 1964, s. 181-195.

Umar, Bilge. Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, Cilt XXX, Sayı 1-2, s. 897-913. (Hak Düşüren Süre)

Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1980.

Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. **İcra Ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, 3. Baskı, 2008.

Uyar, Talih. İcra İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, 2011/1, s. 209-230. (Konu)

Uyar, Talih. Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 2007/70, s. 345-358. (Aciz Vesikası)

Uyar, Talih. İcra ve İflâs Hukukunda “Alacaklılara Zarar Verme Kasdı İle Yapılan Hileli Tasarruflardan Dolayı” İptal (İİY mad. 280), **Manisa Barosu Dergisi (MaBD)**; Yıl 11, Sayı 41, s.14-23. (Zarar Verme Kasdı)

Uyar, Talih. İcra ve İflâs Hukukundaki İptal Davalarında Yargılama, **Yargıtay Dergisi (YD)**, Ocak-Nisan 1986, Cilt 12, Sayı 1-2, s. 130- 147. (Yargılama)

Uygur, Atiye B.. Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt X, Sayı 1-2 Yıl 2006, s. 171-195.

Ünal, Oğuz Kürşat. Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GaÜHFD)**, Cilt V, Yıl2001, Sayı 1-2, s. 1-21.

Üstündağ, Saim. **Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II**, İstanbul, 2000. (Usûl)

Üstündağ, Saim; **İflâs Hukuku**, İstanbul 2009. (İflâs)

Üstündağ, Saim. **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004. (İcra)

Üstündağ, Saim. Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1960, Cilt XXV, Sayı 1-4, s. 214-224. (Takas)

Vincent, Jean. **Précis de Procédure Civile**, 16^e Edition, Paris, 1973.

Vincent, Jean ve Serge Guinchard. **Procédure Civile**, 20^e Edition, Paris, 1981.

Vion, Adrien; L'art. 320 Al. 2 CO: Une Règle Compatible Avec les Dispositions Sur La Conclusion des Contrats?, **La Semaine Judiciaire (SJ)**, 2013 II, s. 29-62.

Vouilloz, François. La Preuve dans Le Code De Procédure Civile Suisse (art. 150 à 193 CPC), **PJA** 2009, s. 830-848. (La Preuve)

Vouilloz, François. Le Droit de la Preuve Dans le Code de Procédure Civile Suisse (Art. 150 à 193), **Jusletter** 27, Avril 2009. (Jusletter.)

Bénédict Winiger, Art. 18 CO-I, **Commentaire Romande, Code des Obligations I**, (Ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), 2003.

Yavuz, Nihat. Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1986, Cilt 12, Sayı 1-2, s.101-107.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, İstanbul 2012.

Yıldırım, M. Kamil. **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi)

Yıldırım, M. Kamil. **İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, 1995.

Yıldırım, Kamil; Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi, **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı**, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2, İstanbul, s. 471-482. (Karine)

Yıldırım, M. Kamil; Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası İle İlişkisi Hakkında Düşünceler, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel Sayı-Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan**, 2009, s. 973-982. (Aciz Vesikası)

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012. (Şerh)

Yılmaz, Ejder. Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi, Özel Sayı**, Ocak 2013, s. 28-41. (Ticari Defterler)

Yılmaz, Ejder. **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara, 1989. (Yemin 1989)

Yılmaz, Ejder. **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Ankara 2012. (Yemin 2012)

Yılmaz, Ejder. Davada Takas ve Mahsup Talebi, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)**, Yıl 2010, Cilt 6, Sayı 16, s. 247-284. (Takas)

Yung, Walter. Simulation, Fiducie et Fraude à La Loi, **Mélanges Georges Sauser-Hall**, Neuchâtel, 1952, s. 139-161.

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, 2010.

Zeytin, Zafer. **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 2. Baskı, Ankara 2008.

