

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İCRA VE İFLAS HUKUKUKUNDA
BORÇTAN KURTULMA DAVASI

ZEYNEP SOMER

2501190660

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. SEDA ÖZMUMCU

İSTANBUL-2021

ÖZ

İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA BORÇTAN KURTULMA DAVASI

ZEYNEP SOMER

Tezimiz ile icra hukukuna özgü, teknik bir dava türü olan borçtan kurtulma davası ayrıntılı olarak incelenmek istenmiş olup, davanın özelliklerinin yanı sıra davaya ilişkin özel şartlar ve diğer davalar ile karşılaştırılması yapılmak suretiyle kapsamlı bir inceleme yapmak hedeflenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak borçtan kurtulma davasının tanımı ve hukuki niteliği ele alınmış, borçtan kurtulma davasının kapsamı ve amacı incelenmiş, akabinde diğer dava türleri ile karşılaştırması yapılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde borçtan kurtulma davasında yetkili ve görevli mahkeme hususu incelenmiş, davada arabuluculuk sorunu kaleme alınmış ve özel dava şartlarına yer verilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise borçtan kurtulma davasında yargılama ve hüküm, kanun yolları, kambyo senetlerine özgü haciz yolu konumuz ile sınırlı olarak incelenmiş, borçtan kurtulma davasına getirilen eleştiriler açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İcra ve İflas Hukuku, İcra ve İflas Kanunu, borçtan kurtulma davası, itirazın geçici kaldırılması, imzaya itiraz.

DEPT RELIEF LAWSUIT IN ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

ZEYNEP SOMER

ABSTRACT

With our study, it is aimed to examine in detail the case of getting rid of debt, which is a type of case specific to enforcement law. This comprehensive review includes the specifics of the case. In addition, it has been compared with other types of cases.

In the first chapter of the study, the definition and legal nature of the case were examined in general. The scope and purpose of the case were examined and compared with other types of cases. In the second chapter of the study, the issue of authorized court is examined. The issue of mediation in the case was written and special case conditions are included. In the last part of the study, provisions, legal remedies, lien specific to bills of exchange are examined in a limited way. Criticisms of the case have been tried to be explained.

Keywords: Enforcement and Bankruptcy Law, debt relief lawsuit, temporary suspension of objection, objection to signature.

ÖNSÖZ

“İcra ve İflas Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası” adını taşıyan bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Medeni Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Bu çalışmanın oluşum sürecinde emeği geçenlere teşekkür etme gereği hasıl olmuştur.

Öncelikle tez danışmanlığımı üstlenen ve desteğini esirgemeyen sayın hocam Prof. Dr. Seda Özmumcu’ya, tez jürimde yer alarak zaman ayıran ve değerli görüşlerini paylaşan sayın hocam Prof. Dr. Cenk Akil ve Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat Konuralp’e teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak bana her zaman yol gösteren ve hep arkamda olan annem Pervin Somer’e, yanımda olan kardeşim Pelin Somer’e ve hala ışığı ile yolumu aydınlatan babam Mehmet Somer’e teşekkür ediyorum.

Zeynep Somer
İstanbul, 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK BORÇTAN KURTULMA DAVASI.....	4
A. Borçtan Kurtulma Davasının Tarihsel Gelişimi.....	4
B. Tanımı.....	12
C. Hukuki Niteliği.....	13
II. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ KAPSAMI VE AMACI.....	16
A. Borçtan Kurtulma Davasının Kapsamı.....	16
B. Borçtan Kurtulma Davasının Amacı.....	17
III. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ BENZER DAVALAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	18
A. Menfi Tespit Davası.....	18
B. İstirdat Davası.....	27

İKİNCİ BÖLÜM

I. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME.....	32
A. Yetkili Mahkeme.....	32
B. Görevli Mahkeme.....	36
C. Davanın Tarafları.....	38
II. BORÇTAN KURTULMA DAVASI ve ARABULUCULUK KURUMU İLE BAĞLANTISI.....	39
III. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA ÖZEL DAVA ŞARTLARI.....	49
A. İtirazın Geçici Kaldırılması Kararı Verilmiş Olması.....	49
B. Borçtan Kurtulma Davasında Süre.....	56
C. Teminat.....	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA YARGILAMA VE HÜKÜM.....	67
A. Borçtan Kurtulma Davasında Hüküm Verilmeden Önce Ortaya Çıkan Sonuçlar.....	67
1. Genel olarak.....	67
2. İspat Meselesi.....	69
B. Borçtan Kurtulma Davasında Hüküm Verildikten Sonra Ortaya Çıkan Sonuçlar.....	81
1. Genel olarak.....	81
2. Davanın Reddi ve Sonuçları.....	82
3. Davanın Kabulü ve Sonuçları.....	83
4. Davanın Konusuz Kalması ve Sonuçları.....	85
5. Yargılama Giderleri.....	89

II. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA KANUN YOLLARINA BAŞVURU.....	91
A. İstinaf Kanun Yolu.....	91
B. Temyiz Kanun Yolu.....	99
III. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE İMZAYA İTİRAZ HALİNDE BORÇTAN KURTULMA DAVASI AÇILABİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER.....	105
IV. İTİRAZIN GEÇİCİ KALDIRILMASI KURUMU VE BORÇTAN KURTULMA DAVASINA GETİRİLEBİLECEK ELEŞTİRİLER.....	113
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	119

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
e.	: Esas
k.	: Karar
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Bireyler toplu yaşamının bir getirisi olarak birçok alacak ve borç ilişkisine girmektedir. Bu ilişkiler sonucunda doğan borçlar çoğu zaman devletin cebri icra gücüne ihtiyaç duyulmadan zamanında ve gerektiği gibi yerine getirilmektedir. Ancak bu alacak ve borç ilişkisinden doğan borçların rıza ile yerine getirilmediği durumlar da ortaya çıkmaktadır. Bu durumların ortaya çıkması halinde hakkı ihlal edilen yahut ihlal edildiği düşüncesinde olan tarafın devlet eliyle hakkına kavuşmak isteği doğmaktadır. İşte bireylerin kendi hakkını kendisinin aramadığı, keyfilikten ve ölçsüzlükten uzak bir mekanizma ile hakkın tesisinde devlet, görev üstlenmiştir. Ancak devlet bu görevi üstlenirken taraflara eşit mesafede olmak suretiyle, tarafları eşit silahlar ile donatarak hareket etmektedir. Bireyler, devletin yetkili yargı mercilerinden dava açmak suretiyle haklarını koruma yoluna gidebilmektedir. Ancak mahkeme kararı ile de tespit edilen hakkın yerine getirilmemesi durumunda devlet yetkili ve görevli icra organları aracılığı ile bu hakkın tesisini sağlamaktadır. İşte bu cebri icra faaliyeti, elde bulundurulmuş belgelere dayalı olarak farklı kollardan ilerlemektedir. Bu kollardan biri olan ve alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğinde bir belge bulunmadığı durumda söz konusu ilamsız icra takibi prosedüründe de taraflar itiraz ve dava hakları verilmek suretiyle eşit silahlar ile donatılmıştır.

Alacaklının elinde ilam yahut ilam niteliğinde bir belge bulundurmadan ilamsız icra prosedüründe takip başlatabilmesi ilk etapta alacaklıya avantaj sağlıyor gibi gözükse de yapılan kanuni düzenlemeler ile bunun önüne geçilmiş ve borçluya da ödeme emrine itiraz, şikâyet, menfî tespit davası, borçtan kurtulma davası gibi imkânlar sağlanmıştır. İşte borçlunun bu imkânları kullanarak ödeme emrine itiraz etmesi durumunda yine kanun koyucunun alacaklı ve borçlu arasındaki dengeyi sağlamak adına alacaklıya itiraz ile duran takibe devam etme imkânı tanımıştır. Alacaklının duran takip karşısında; itirazın iptali davası açmak, itirazın kesin kaldırılması ya da itirazın geçici kaldırılmasını talep etmesi mümkündür. Alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebinde bulunmasının en önemli sonucu ise borçluya

tanınmış olan borçtan kurtulma davası açma imkânıdır. Borçtan kurtulma davası, İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenmektedir. İcra hukukuna özgü ve teknik bir dava olan borçtan kurtulma davası hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olsa da menfi tespit davasından ayrılan özellikleri olan ve bünyesinde özel dava şartları barındıran, uygulaması basit ve karışıklığa mahal vermeyen bir davadır. İşte icra hukukuna özgü bir dava olan borçtan kurtulma davası "İcra ve İflas Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası" başlıklı bu çalışma ile ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın kapsamı, İcra ve İflas Hukukundaki imzaya itiraz ve itirazın geçici kaldırılması prosedürüne bağlı olarak sınırlandırılmış olup, ilgili konular borçtan kurtulma davası ile bağlantılı olarak incelenmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde borçtan kurtulma davasının tarihsel gelişimi açıklanmış, hukuki niteliği belirtilmiş ve tanımına yer verilmiştir. Borçtan kurtulma davasının kapsamı ve amacı incelenmiştir. Hukuki niteliği itibariyle menfi tespit davası olmasına rağmen mevcut farklılar olması sebebiyle menfi tespit davasıyla ve benzer bir diğer dava olan istirdat davası ile karşılaştırmaları yapılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde borçtan kurtulma davasında yetkili ve görevli mahkeme hususu incelenmiştir. Bu davanın tarafları değerlendirilmiştir. Borçtan kurtulma davasında arabuluculuk sorununa ilişkin tespitler yapılmaya çalışılmıştır. Menfi tespit davası temelinde arabuluculuğun dava şartı olması hususuna ilişkin öğretide mevcut tartışmalar borçtan kurtulma davasına da sirayet etmektedir. Zira borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olması dolayısıyla menfi tespit davası temelinde yapılan dava şartı arabuluculuğa ilişkin tartışmalar borçtan kurtulma davası bakımından da inceleme konusu olmuştur. Bu tartışmalar incelenirken öğretideki görüşlere yer verilmiş ve çeşitli Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir. Bu hususa ek olarak, borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartları incelenmiştir. Özellikle borçtan kurtulma davasının icra hukukuna özgü, teknik bir dava olması dolayısıyla diğer borçtan kurtulma davasını davalardan ayıran özel dava şartları mevcuttur. Bu özel dava şartları bakımından itirazın geçici kaldırılması kararı verilmiş olması, süre ve teminat

hususları incelenirken öğretideki tartışmalara yer verilmiş ve Yargıtay'ın görüşleri ortaya konulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, borçtan kurtulma davası bakımından hüküm verilmeden önce ve hüküm verildikten sonra ortaya çıkan sonuçlar incelenmiştir. Hüküm verilmeden önce ispat meselesi yine borçtan kurtulma davası temelinde incelenmeye çalışılmıştır. Hüküm verildikten sonraki sonuçlar bakımından ise davanın reddi ve kabulü durumunda ortaya çıkacak sonuçlar değerlendirilmiştir. Borçtan kurtulma davasında kanun yolları başlığı altında istinaf ve temyiz kanun yolu değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ancak şunu söylemek gerekir ki istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin açıklamalar konuların genişliği itibariyle borçtan kurtulma davası temelinde sınırlandırılarak incelenmiştir. Borçtan kurtulma davasının kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte nasıl karışımıza çıkabileceği değerlendirilmiştir. Son olarak öğretide, borçtan kurtulma davasına ve itirazın geçici kaldırılması prosedürüne getirilen eleştiriler dikkate alınarak bu eleştirilere yer verilmiştir. Tüm bu değerlendirmeler yapılırken Yargıtay kararları ile uygulama bakımından somut duruma da değinilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK BORÇTAN KURTULMA DAVASI

A. Borçtan Kurtulma Davasının Tarihsel Gelişimi

Hukukun temel amacı adaletin sağlanmasıdır. İcra hukukunun da amacı adaletin sağlanması amacıyla maddi gerçeğe ulaşmaktır¹. Takip prosedüründe de, bu maddi gerçeklere ulaşılması için taraflara eşit silahlar verilmesi, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. İcra hukukunda bu menfaat dengesi alacaklı ve borçlu sıfatını haiz kişiler arasında kurulmaya çalışılmaktadır. Öğretide *Karayalçın*, icra hukukuna ilişkin tanım yaparken “*İcra hukuku, borcunu vadesinde kendi iradesi ile ifa etmeyen borçluya karşı, alacaklının menfaatlerini devlet gücü ile korur.*” demek suretiyle icra hukukunun menfaatleri koruması ve denge sağlama noktasında üstlendiği ödevi ortaya koymaktadır². Zira icra hukukunda alacaklının ve borçlunun menfaatleri çatışmakta, borcunu vadesinde iradesiyle ifa etmeyen borçluya karşı alacaklının menfaatlerinin devlet gücüyle koruma gereği hasıl olmaktadır³. Devlet gücü ile yerine getirilen bu korumanın karşısında borçlunun zarar görmemesi önem taşımakta ve alacaklıya tanınan imkânlar karşısında borçlunun da aynı silahlarla donatılması gerekmektedir⁴. İcra ve İflas Kanunu’nda menfaat dengesine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulmasa dahi Kanunun 85. maddesinin son fıkrasına bakıldığında menfaat dengesinin korunmaya çalışıldığı görülmektedir. İcra ve İflas Kanunu’nun 85. madde hükmünün son fıkrası uyarınca: “...*haczi koyan memur*

¹ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. Bası, İstanbul, Alkım Yayınları, 2006, s. 26.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020, s. 10.

² Yaşar Karayalçın, “Devlet Borçları-‘Devlet Malları Hacedilemez’ Kuralı (İİK. M. 82 ve Anayasa Mahkemesi’nin 21.x1992 Tarihli Kararı)”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Ankara, 2001, s. 124.

³ Pınar Çiftçi, “İcra Hukukunda Menfaat Dengesi” (*Yüksek Lisans Tezi*), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2008, s. 7.

⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020, s. 13.; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 18.

borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.”. Görülmektedir ki, icra memuru takip prosedürü içerisinde ilgililerin menfaatleri gözeterek işlemleri gerçekleştirmeli ve menfaat dengelerine uygun şekilde icra prosedürünü sürdürmelidir. Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay da vermiş olduğu kararlar ile ilgili hükme uygun şekilde menfaat dengesini korumaya çalışmaktadır⁵.

Çalışmamızın konusu itibariyle, ilamsız icra yoluyla takip prosedürü içerisinde yer alan borçtan kurtulma davası da bahsi geçen menfaat dengesinin korunabilmesi adına borçluya tanınmış bir korunma mekanizmasıdır. Zira ilamsız icra takibinde bir mahkeme kararı olmadan borçluya karşı takip yapabilme ve takip kesinleştiğinde borçlunun malvarlığının haczini isteyebilme imkânına sahip olan alacaklı lehine terazinin bir tarafının ağır bastığı söylenebilir. Adi senede dayanarak ilamsız takip yapan alacaklı karşısında borçlunun imzaya itiraz etmesi ve bu itiraza konu imzanın icra mahkemesince incelenip adi senet altındaki imzanın borçluya ait olduğu kanısına varılması durumunda mahkeme borçlunun itirazının geçici kaldırılmasına karar vermektedir. Bu durumda alacaklının itirazın geçici kaldırılması kararına dayanarak icra takibine devam etmesi yahut geçici haciz istemesinin önüne geçebilmek adına borçluya borçtan kurtulma davası açma imkânı tanınmaktadır. İşte bu davanın alacaklıya tanınan imkanlar karşısında borçluya tanınması noktasında hukukumuzda düzenlenmesi; borçtan kurtulma davasına ilişkin tarihsel gelişimin incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle, hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davasına ilişkin düzenlemeye bakmadan önce menfi tespit davasının Türk hukukundaki tarihsel gelişimi ve yerine bakmak faydalı olacaktır. Menfi tespit davası, 06.03.1965 tarihli ve 538 sayılı “*İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bazı Yeni Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun*” hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile İcra ve İflas Kanunu’na madde eklenmek

⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 03.05.2010 tarihli, 2009/29738 e. ve 2010/10961 k. sayılı kararı: “...İİK’nun 85/son maddesinde yer alan “*Haczi koyan memur borçlu ve alacaklının menfaatleri mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir*” şeklindeki ifadesini bulan hükmü, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin güvenceye alınması amaçlanmaktadır. Bu ilkenin bir gereği olarak icra müdürü, işlemlerinde, bütün ilgililerin yararlarını dikkate almak zorundadır. İcra memurları, alacaklının alacağına kavuşması için gerekli takip işlemlerini yapacaktır...” www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

suretiyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 1929 tarihli 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda mevcut olmayan menfi tespit davası, istirdat davasının düzenlendiği 72. maddeye fıkralar eklenmesi suretiyle yasal temele kavuşturulmuştur⁶. Ancak bu değişiklikten önceki döneme baktığımızda, ilk olarak 1929 yılında İsviçre'den iktibas edilen 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun mevcut olduğunu görmekteyiz. 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun kötü niyetli borçlularla mücadele etmekte yetersiz kalması, aceleci davranılmış olması, ülkemiz insanının borçları ödememe yolundaki eğiliminin göz ardı edilmesi, bir hakkın alınması noktasında sadelikten ve çabukluktan yoksun olması, bazı hususların yeterince düzenlenmemiş olması nedeni ile yeni bir İcra ve İflas Kanunu gereksinimi ortaya çıkmıştır⁷. Daha kapsamlı bir kanuna duyulan ihtiyaç ile 1932 yılında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu yürürlüğe girmiştir. Günümüzde halen yürürlükte olan 2004 sayılı Kanun, 22 kez değişikliğe uğramıştır. Menfi tespit davasının ilk kez düzenlenmesi ise 1965 tarihinde 538 sayılı Kanun ile yapılan, İcra ve İflas Kanunu'nun 126 maddesinin değiştirildiği ve 30 maddenin eklendiği değişiklik ile olmuştur. 538 sayılı Kanun ile yapılan mühim nitelikteki değişikliklerin sebebi ise esas itibariyle yukarıda bahsi geçen menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Zira 538 sayılı Kanun'un Genel Gerekçe'sine bakıldığında esas amacın bu olduğunun açıkça kaleme alındığı görülmektedir: *“Medeni Kanun ile Borçlar Kanunumuzun İsviçre'den iktibas edilmesini müteakip, hakların müeyyidesini tanzim eden hükümlerin toplandığı İcra ve İflâs Kanununun da Federal Kanundan alınması tabii ve bir dereceye kadar, kaçınılması mümkün olmayan bir hareketti. Fakat Medeni Kanun'dan farklı olarak içtimaî muhitin reaksiyonu ve yeni hükümlerin memleket ihtiyaçlarına tevafuk edememesi vakası karşısında 1929 Kanunu, 193 yılında esaslı tadillere uğradığı halde yine de şikayetlerin arkası alınamamış, bu sebeple 1940 yılında yetmiş yakın maddenin tadili cihetine gidilmişti. - Buna rağmen İcra ve İflâs Kanunu'nun, memleket bünyesine ve ihtiyaçlarına daha uygun bir hale getirilmesi ve uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi yolunda basında, ilim ve adalet çevreleri ile yasama sahasında zaman*

⁶ Ahmet Türk, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 27.; Hanife Konyar, “İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası” (**Yüksek Lisans Tezi**), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2001, s. 13.

⁷ Ejder Yılmaz, “Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 3-4, 2003, s. 13.

zaman mütalaalar, arzu ve temenniler izhar edilmiş, halk efkârı ile ticari muhitlerde de kanunun ıslahı konusunda yaygın bir kanaat belirmiştir. – bütün bunlar göz önüne alınarak İcra ve İflas Kanunu üzerinde çalışmalara başlanmış ve yeni hükümlerin sevkinde, açıklanan mütalaa, arzu ve temennilerden büyük mikyasta istifade edilmiştir. –Cebri icrayı tanzim eden her kanun, alacaklının hakkını istihsal etmesi için koyduğu hükümler yanında borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatlerinin korunmasını sağlayacak hükümlere de yer vermek mecburiyetindedir. –Ancak yürürlükte olan kanunumuzun bu konudaki bazı hükümleri, mahiyetleri icabı çeşitli şumullü suiistimallere yol açmıştır. –Bu itibarla borçluya meşru müdafaa haklarını tanımakla beraber buna dair hükümlerin alacaklının hakkına kavuşmasını geciktirmeye yarayacak vasıtalar haline getirilmesinin önlenmesi lüzumu da aşîkârdır. İşte kanunumuz yeni baştan bu zihniyet içinde gözden geçirilmiş ve alacaklı ile borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatleri arasında makul bir ahengin tesisine çalışılmıştır.”

Bu kanun değişikliği ile kötü niyetli borçluların yararlanabileceği boşluklar önlenmeye çalışılırken, alacaklıların alacaklarına çabuk ve güvenli şekilde kavuşması mümkün kılınmıştır. En önemlisi ise alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıslar arasında menfaatler için bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Menfi tespit davasına ilişkin yapılan düzenleme de 538 sayılı Kanunun getirdiği önemli değişikliklerden olmuştur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki dönemde, İcra ve İflas Kanunu’nda menfi tespit davasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Yargıtay uygulamaları ile ve öğreti tarafından icra takibi esnasında menfi tespit davası açılabilceği kabul edilmekteydi⁸. Öğretide Kuru, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tespit davasının düzenlenmemiş olmasının bu davanın dinlenmeyeceği neticesini doğurmayacağı kanaatindedir⁹. Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda, tespit davalarının şartlarını tartışmadan bu davaların varlığını kabul etmiş ve yalnızca bu davanın dinlenilmesine ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş

⁸ Sabri Şakir Ansay, “Tespit Davaları”, **Adliye Ceridesi**, Sayı:2, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1940, s. 71-73.; Baki Kuru, **Tespit Davaları**, 2. Bası, İstanbul, Evrim Yayınevi, 1988, s. 59.; Kemal Galip Balkar, “Uyuşmazlık Mahkemesinin tesbit davalarında vazifeli mercii tayin eden kararları üzerinden bir inceleme”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 3, 1952, s. 364.

⁹ Kuru, **Tespit Davaları**, s. 59.

olduğu bir kararında “*Türk Kanunlarında, tesbit davalarının kabul edildiği bazı özel durumlar (örnek olarak, borçtan kurtulma davaları) varsa da bu davalar hakkında konulmuş genel bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnız Yargıtay içtihatlarıyla, davacının tesbit davası açmakta hukuki menfaati bulunan durumlarda, böyle bir davanın açılabilmesi benimsenmiştir.*” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁰.

Yapılan düzenlemeler ile yalnızca İcra ve İflas Kanunu’nun 72. maddesinde değil, 68. maddesinde de değişiklikler yapılmıştır. Esas olarak 72. madde haricinde yapılan değişikliklere bakıldığında; borçlu aleyhine şekli anlamda kuralların ağırlaşması sonucu ortaya çıkmış, bu sebeple değişiklikten önce Kanunun 72. maddesinde düzenlenmekte olan istirdat davasının tek başına alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini kurmaya yetmeyeceği anlaşılmıştır. 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda İcra ve İflas Kanunu’nda menfi tespit davası düzenlenerek takip hukukuna dahil edilmiştir. 1965 tarihli bu değişikliğin ardından 25.11.1988 tarihli ve 3494 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nun 72. maddesinin 4. ve 5. fıkraları değiştirilmiştir.

İcra ve İflas Kanunumuzun iltibas edildiği İsviçre hukukundaki duruma baktığımızda, menfi tespit davasının düzenlendiği 72. maddenin karşılığı olan SchKG. Art. 86 hükmünü görmekteyiz. 1994 yılında İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapılmadan önce İsviçre hukukunda menfi tespit davalarına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Kanun değişikliğinden önce İsviçre hukukunda, SchKG. Art. 86 hükmü ile yalnızca istirdat davalarını düzenlendiği, bu sebeple İcra ve İflas Kanunumuzda da yalnızca istirdat davasına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, menfi tespit davasına ilişkin düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. 1994 yılında Kanun değişikliği ile hukukumuzdaki kadar ayrıntılı bir şekilde olmasa da menfi tespit davası İsviçre icra hukukuna yasal düzenleme halini almıştır.

¹⁰ Kuru, **Tespit Davaları**, s. 60, dn. 13. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.10.1962 tarihli ve 2/128-54 sayılı kararı. Benzer yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 4. HD., 21.01.1954 tarihli ve 565 sayılı kararı.; Yargıtay 4. HD., 25.05.1960 tarihli ve 847/5455 sayılı kararı.; Yargıtay 4. HD., 05.02.1962 gün ve 24/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

Borçtan kurtulma davası özelinde bakıldığında ise, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun tamamlayıcı niteliğinde olan İsviçre'den 1929 yılında iktibas ettiğimiz 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda borçtan kurtulma davasına ilişkin düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun kabulünden önce hazırlanan kanun tasarısının Adalet Bakanlığı tarafından tasvip edilmemesi sebebiyle yeni bir tasarı hazırlanması yerine, özel hukukumuzun da temelini oluşturan Medeni Kanun ve Borçlar Kanunumuzun iktibas edildiği İsviçre hukukundan yararlanılmıştır. Bu kapsamda, İsviçre İcra ve İflas Kanunu; “Gesetz für Schuldbetreibung und Konkurs” Türkçeye çevrilerek İcra ve İflas Kanunu tasarısı hazırlandı. Bu hazırlanan tasarıda “II-İtirazın hükümleri” başlığı altında madde 62 hükmü uyarınca borçtan kurtulma davasına ilişkin husus da ilk haliyle kanunda düzenlenmiş oldu.

1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 62. madde hükmü uyarınca “*İtirazın muvakkaten refine karar verilirse alacaklı ödeme emrinde muayyen müddet geçtikten sonra 46 ıncı madde mucibince evvelce talep edilmemiş ise borçlunun sıfatına göre muvakkat haciz yahut 144 üncü maddeye tevfikân defter tanzimi talebinde bulunabilir. Borçlu dahi itirazın ref'inden itibaren yedi gün içinde salahiyyetli mahkemede [borçtan kurtulma] davası açabilir. Borçlu bu hakkı kullanmaz yahut dava reddolunursa itirazın refi kararı ve haciz kat'ileşir.*”. 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun kabulüne baktığımızda, hukuki niteliği itibariyle menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davasının menfi tespit davasına ilişkin düzenlemeden önce var olduğu görülmektedir. 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun gerek hukuki gerek sosyal gereksinimleri karşılamaması ile 1932 yılında halen yürürlükte olan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Kanun ile borçtan kurtulma davasına ilişkin madde de değiştirilmiştir. 1932 yılında yürürlüğe giren 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na baktığımızda, borçtan kurtulma davasının artık 62. madde ile düzenlenmediği, 69. madde ile “*Ref'in Hükümleri*” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. madde hükmü uyarınca: “*İtirazın muvakkaten refine karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. Muvakkaten refi kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu takibin yapıldığı mahal veya alacaklının ikametgâhı mahkemesinde*

(borçtan kurtulma) davası açabilir. Borçlu bu müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın refi kararı ve varsa muvakkat haciz katileşir. Davasının reddi hakkındaki kararı temyiz eden borçlu icra dairesinden 36 ncı madde mucibince mühlet istiyebilir. Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, dava veya hükmolunan şeyin yüzde onundan aşağı olmamak üzere münasip bir tazminat ile mahkûm edilir.” denilmektedir. İlgili madde hükmüne bakıldığında değişiklik ile birlikte, borçtan kurtulma davasına ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Bu değişiklik ile; borçtan kurtulma davasının açılması için öngörülen yedi günlük sürenin başlangıç tarihi, davanın açılacağı mahkeme, borçlunun bu davayı açmaması yahut davanın reddolması durumuna bağlanan sonuç ve davanın sonucunda haksız çıkanın mahkûm olacağı tazminat düzenlenmiştir. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu günümüze kadar 22 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden çalışmamızın konusu itibariyle borçtan kurtulma davasına ilişkin önemli bir değişik 1965 tarihinde 538 sayılı kanun ile gerçekleşmiştir.

538 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuzun 69. madde hükmü “İtirazın muvakkaten kaldırılmasının hükümleri” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının ikametgâhı mahkemesinde borçtan kurtulma dâvası açabilir. Bu dâvanın dinlenebilmesi için borçlunun dâva konusu alacağın yüzde 15 ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilât veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dâva reddolunur. Borçlu yukarda yazılı müddet içinde dâva etmez veya dâvası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir. Dâvanın reddi hakkındaki kara n temyiz eden borçlu, ayrıca 36 ncı madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet istiyebilir. Borçtan kurtulma dâvasında haksız çıkan taraf, dâva veya hükmolunan şeyin yüzde 15 inden aşağı olmamak üzere münasip bir tazminatla mahkûm edilir.”denilmektedir. Bu düzenleme ile birlikte madde metninde yapılan en önemli değişiklik borçtan

kurtulma davasına ilişkin özel bir dava şartı olan teminata ilişkin hususun düzenlenmesidir. İlgili kanun maddesi, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için teminat şartı öngörmüş, bu teminatın mahiyetini ve yatırılması gereken süreyi de düzenlemiştir. Buna ek olarak borçtan kurtulma davasında haksız çıkan tarafın mahkûm edileceği tazminatın değerine ilişkin de değişiklik meydana gelmiştir. Bu değişikliğin ardından çeşitli kanunlar ile İcra ve İflas Kanunumuzda değişiklik yapılmaya devam edilmiştir. Borçtan kurtulma davasının düzenlenmiş olduğu 69. madde kapsamında davayı kaybeden tarafın mahkûm edileceği tazminat tutarına ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

Son olarak 2012 yılında 6352 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*” ile yapılan kapsamlı bir değişiklik ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 69. madde hükmü son halini almıştır. Bu değişiklik İcra ve İflas Kanunun 69. maddesinde borçtan kurtulma davasını kaybeden tarafın mahkûm edileceği tazminat miktarı yüzde yirmi olarak düzenlenmiştir.

Borçtan kurtulma davası, 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun kabulünden itibaren yapılan kanun değişiklikleriyle yavaş yavaş günümüzdeki düzenlemesine kavuşmuştur. Bu değişiklikler ile davaya ilişkin özel dava şartları dahil olmak üzere giderek daha ayrıntılı bir düzenleme öngörülmüştür. Bu konuda oldukça fazla değişikliğe maruz kalan ve 2012 yılı değişikliği ile borçtan kurtulma davasının düzenlendiği 69. maddenin madde hükmü son halini almıştır. Bu düzenlemeye göre “*İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15 ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemeye kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur. Borçlu yukarda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın*

kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir. 113 Davanın reddi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvuran borçlu, ayrıca 36 ncı madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet istiyebilir. Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, dava veya hükmolunan şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere münasip bir tazminatla mahkum edilir.” denilmektedir.

B. Tanımı

Borçtan kurtulma davasına ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu kapsamında yapılmış bir tanım bulunmamaktadır. İcra ve İflas Kanunu’nun borçtan kurtulma davasının düzenlendiği 69. maddesine bakıldığında, yalnızca bu davanın açılmasına ilişkin hususun düzenlendiği görülmektedir. Kanunun 69. maddesi uyarınca: “*İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.*” denilmektedir. İlgili madde metninde de açıklandığı üzere borçtan kurtulma davası, icra mahkemesi tarafından itirazı geçici olarak kaldırılan, aleyhine başlamış olan icra takibinin devam etmesini önlemek isteyen borçlunun; itirazın geçici kaldırma kararının tefhim yahut tebliğden itibaren 7 gün içinde genel mahkemede açtığı davadır¹¹. Esas olarak borçtan kurtulma davası; itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra, borçlunun borçlu olmadığını düşünmesi dolayısıyla ve icra takibine devam edilmesini önlemek için icra mahkemesinde yapılan incelemeyi yeterli görmeyerek itirazın geçici kaldırılması kararı kendisine

¹¹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2013, s. 328.; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 132.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020, s. 130.; Hasan Erdoğan, **Borçtan Kurtulma-Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2003, s. 4. Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 28. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 204.; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 172 .; Ahmet Türk, **Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 53.; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 53.; Müfit Erkuyumcu, “Borçtan Kurtulma Davalarına Dair Bir İnceleme”, **Adliye Dergisi**, Sayı: 6, Ankara, 1944, s. 510.; Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 4: İİK. 68-81)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005, s. 5895.

tefhim yahut tebliğ edildikten itibaren 7 gün içerisinde genel mahkemede, maddi hukuk bakımından daha geniş bir inceleme yapılmasını sağlamak amacıyla açtığı dava olarak tanımlanabilir. Yargıtay da vermiş olduğu kararda borçtan kurtulma davasına ilişkin şu tanıma yer vermiştir: Bu tanıma göre “*Borçtan kurtulma davası, itirazın muvakkaten kaldırılması halinde, kararın tefhim ya da tebliğinden itibaren 7 gün içinde açılan davadır.*”¹².

C. Hukuki Niteliği

Borçtan kurtulma davası, hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davasıdır¹³. Borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibariyle menfi tespit davası olduğu, negatif bir tespit davası olduğu Gesetz für Schuldbetreibung und Konkurs; İcra ve İflas Kanunu’nun 83. maddesinin şerhinde de belirtilmiştir¹⁴. Menfi tespit davası ile iddia edilen bir hak yahut hukuki ilişkinin yokluğunun belirlenmesi amaçlanmaktadır. İcra ve İflas Kanunu’nun 72. madde hükmünde menfi tespit davası düzenlenmiştir: “*Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir.*”. İlgili kanun maddesinde de görülmektedir ki bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığının iddia edilmesi üzerine kişi dava açmak suretiyle bu hak veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığını iddia etmektedir; ispat etmek için de menfi tespit davası açmaktadır. Davacının borçlu olmadığını tespit ettirmek için açtığı menfi tespit davasına örnek olarak verilebilir. Menfi tespit davasının kabulü durumunda verilen hükümle varlığı iddia edilen

¹² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 04.10.1995 tarihli ve 1995/6717 e. ve 1995/7855 k. sayılı kararında: “...Davacı tefhim tarihinden itibaren 7 gün içinde işbu borçtan kurtulma davası olarak nitelendirdiği davayı açmıştır. İİK’nun 69. maddesinde açıklandığı gibi, borçtan kurtulma davası, itirazın muvakkaten kaldırılması halinde, kararın tefhim ya da tebliğinden itibaren 7 gün içinde açılan davadır...” . www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹³ Baki Kuru, **Tespit Davaları**, 2. Bası, İstanbul, Evrim Yayınevi, 1988, s. 22.; Semih Öktemer, “Menfi Tespit Davası”, **Adalet Dergisi**, Sayı 8-9, 1972, s. 582.; Türk, **a.g.e.**, s. 53.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s.172.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 131.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 204.; Muşul, **a.g.e.**, s. 53.; Ömer Ulukapı, **İcra ve İflas Hukuku**, 1. Bası, İstanbul, Mimoza Yayınları, 2015, s. 126.; Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 126.; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, 5. Bası, Ankara, İstiklal Matbaası, 1960, s. 59.; Ansay, **Tespit Davaları**, s. 74.; Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 402.

¹⁴ Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, Schulthess Kommentar, 2017, s. 348.; Daniel Hunkeler, **Kurzkomentar SchKG**, 2.Auflage, Zürich, 2014, s. 511. “Die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Natur.”.

hakkın yahut hukuki ilişkinin mevcut olmadığı, reddi durumunda verilen hükümle ise hukuki ilişkinin var olduğu kesin olarak tespit edilmiş olmaktadır. Menfi tespit davası sonucunda yalnızca tespit hükmü verilmektedir. Dava sonucunda verilen hüküm maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. İşte borçtan kurtulma davasında da davayı açan borçlunun amacı davalı alacaklının iddia etmiş olduğu borcun mevcut olmadığını; borçlu olmadığını tespit ettirmektedir. Zira borçtan kurtulma davası sonucunda borçlunun davayı kazanması durumunda borçlunun borçlu olmadığı tespit edilmektedir. Bu durumda alacaklının artık ilamsız icra takibine devam etmesi mümkün olamayacaktır. Çünkü artık borçlunun takip konusu alacağın borçlusu olmadığı mahkeme kararı ile kesin olarak tespit edilmiş olmaktadır. Aşağıda borçtan kurtulma davasına ilişkin sonuçlar ayrıntılı olarak incelenecektir. İşte bu tespit hükmü ile görülmektedir ki borçtan kurtulma davası hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluda vermiş olduğu kararda borçtan kurtulma davasının bir tür menfi tespit davası niteliğinde olduğuna ilişkin hüküm kurmuştur¹⁵.

Türk hukukunda “Borçtan kurtulma davası” icra hukukuna mahsus teknik bir terimdir¹⁶. İcra takibi sonuçlanıncaya kadar borçlunun menfi tespit davası açma hakkı mevcuttur¹⁷. Borçlunun, borçlu olmadığını, dava konusu alacağın mevcut olmadığını tespit ettirmek için açmış olduğu bu davanın belirli şartlar sağlanarak açılması durumunda icra hukukuna mahsus olarak teknik bir terim olan borçtan kurtulma davası ismini almaktadır. Bu şartlar, borçtan kurtulma davasının

¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 18.01.2012 tarihli, 2011/19-622 e. ve 2012/9 k. sayılı kararı: “...Alacaklı genel haciz yoluyla ilamsız icra takibinde adi senede veya kambiyo senedine dayanmışsa ve borçlu takibin dayanağı olarak gösterilen senetteki imzaya itiraz edebilecek durumda ise menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Zira borçlu imzaya itiraz ederek ilamsız takibi durdurabilir. Alacaklının itirazının geçici kaldırılmasını talep etmesi durumunda ise kendisini savunabilir. İtirazın geçici kaldırılmasına karar verilmesi halinde ise İ.İ.K.nun 69. maddesi uyarınca borçtan kurtulma davası açabilir. Alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu genel mahkemede borçtan kurtulma davası açabilir. (İ.İ.K. m. 69). Bu davanın süresinde açılması halinde itirazın geçici kaldırılması kesin kaldırmaya dönüşmez... Borçtan kurtulma davası bir tür menfi tespit davası niteliğinde olduğundan ayrıca menfi tespit davası açmakta borçlunun hukuki yararı yoktur. Ancak borçlu borçtan kurtulma davasının şartı olan %15 teminatı yatırmamışsa veya süresinde borçtan kurtulma davası açmamışsa sahtelik nedenine dayanarak menfi tespit davası açabilir...”. www.kazanci.com (erişim tarihi:01.05.2021)

¹⁶ Taylan Özgür Kiraz, **İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması**, 4. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2013, s. 91; Kuru, **Adalet Dergisi**, s. 130.; Türk, **a.g.e.**, s. 54.; Öktemer, **a.g.e.**, s. 583.

¹⁷ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 132.; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 131.

düzenlendiği İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca: “*İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.*” denilmektedir. Görülmektedir ki, itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine menfi tespit davasının 7 gün içerisinde açılması durumunda bu dava borçtan kurtulma davası ismini almaktadır. Bu kapsamda davanın “borçtan kurtulma davası” ismini almasıyla artık bu dava; menfi tespit davasının düzenlendiği İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmüne tabi olmayacak, 69. madde hükmüne tabi olacaktır¹⁸. Zira borçlunun, bu yedi gün geçtikten sonra açacağı bütün davalar birer menfi tespit davası olacaktır ve takip alacaklısına karşı açılacak bu davalar yine İcra ve İflas Kanunu'nun 69. madde hükmüne değil, 72. madde hükmüne tabi olacaktır¹⁹. Ancak şunu da belirtmekte fayda olacaktır ki, itirazın geçici kaldırılması kararı verilmeden önce genel mahkemelerde takip konusu borcun mevcut olmadığının tespiti için menfi tespit davası açıldığı durumda artık borçtan kurtulma davası açılması mümkün olmayacaktır; zira borçtan kurtulma davası açılmasında fayda olmayacaktır²⁰.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartlarının yerine getirilmemesi durumunda Yargıtay'ın çeşitli kararlarında borçtan kurtulma davasının reddine karar vermeyip davanın menfi tespit davası olarak görülmesine karar vermesi de bu davanın tipik bir menfi tespit davası olduğunun göstergesidir.

¹⁸ Muşul, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul**, s. 202.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 132.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 172.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 204.; Muşul, **a.g.e.**, s. 53-54.

²⁰ Mustafa Okur, “Dava ve Takiplerde Teminat” (**Doktora Tezi**), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, s. 312.; Kuru, **El Kitabı**, s.286.

II. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ KAPSAMI VE AMACI

A. Borçtan Kurtulma Davasının Kapsamı

Borçlu, alacaklının adi senede dayanarak ilamsız icra yoluyla icra takibi yapmış olması durumunda adi senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığı gerekçesiyle itiraz etmiş ise bu durum imzaya itiraz olarak nitelendirilmektedir²¹. Genel haciz yoluyla takipte borçlunun imzaya itiraz etmesi halinde duracak olan icra takibini devam ettirmek ve itirazın kaldırılmasını sağlamak isteyen alacaklı, icra mahkemesinden itirazın geçici olarak kaldırılmasını talep edecektir²². İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesi uyarınca: “*Takibin dayandığı senet hususi olup, imza itiraz sırasında borçlu tarafından reddedilmişse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir...*” denilmektedir. İlgili kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere itirazın, geçici kaldırılması kararı, alacaklının icra takibi sırasında dayanmış olduğu adi senedin altındaki imzanın borçlu tarafından inkâr edilmesi durumunda söz konusu olabilmektedir. İtirazın geçici kaldırılması kararına ilişkin hususlar aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

İtirazın geçici kaldırılması kararı, icra mahkemesi tarafından verilmektedir. İcra mahkemesi, bu kararı verirken basit yargılama usulü bakımından bir inceleme yapmaktadır. İşte borçtan kurtulma davası icra mahkemesi tarafından itirazı geçici olarak kaldırılan borçlunun, borçlu olmadığını düşünerek usûlî bir inceleme ile yetinmek istemeyerek maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını tespit ettirmek için açtığı davadır. Borçtan kurtulma davasının temelini imzası inkâr edilmiş adi senet dolayısı ile durmuş icra takibine devam edilebilmesi için icra mahkemesine yapılmış olan başvuru ile verilmiş olan itirazın geçici kaldırılması kararı oluşturmaktadır.

²¹ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 99.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 164. Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 133.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 103.

²² Üstündağ, **a.g.e.**, s. 122.

İmzaya itiraza bağı olarak geçici kaldırılması kararının mevcudiyeti²³ borçlunun İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca borçtan kurtulma davası açıp açmamasına bağı bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. madde hükmü uyarınca: *“İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.”*. İlgili kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere borçtan kurtulma davası itirazı icra mahkemesi tarafından geçici olarak kaldırılması akabinde açılmaktadır.

B. Borçtan Kurtulma Davasının Amacı

Borçtan kurtulma davasının esas amacı, itirazın geçici kaldırılması aşamasında yapılan sınırlı incelemeden dolayı borçlunun genel mahkemede dava açarak maddi hukuk anlamında borçlu olmadığını tespit ettirmektir²⁴. Alacaklının adi senede dayanarak yapmış olduğu icra takibinde, borçlunun bu adi senet altındaki imzaya itiraz etmesi halinde; alacaklı, itiraz ile durmuş olan icra takibinin devamını sağlamak için itirazın geçici kaldırılması yoluna başvuracaktır. İtirazın geçici kaldırılmasına ilişkin inceleme icra mahkemesi tarafından yapılacak basit ve usûlî bir incelemedir. Bu inceleme ile icra dairesi adi senet altındaki imzanın borçluya ait olup olmadığını tespit edecektir. İcra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılması kararı vermesi üzerine borçlu, borçlu olduğunu düşünmüyor ve icra mahkemesinin yapmış olduğu usûlî inceleme ile yetinmek istemiyor, maddi anlamda daha geniş bir inceleme yapılmasını istiyorsa ve kesin hacze maruz kalmak istemiyorsa²⁵ genel mahkemelerde borçtan kurtulma davası açmak suretiyle bir inceleme yapılmasını sağlayacaktır.

İtirazın geçici kaldırılması kararı için yapılan incelemeden farklı olarak sadece imzaya ilişkin incelemeler yapılmaması, genel mahkemelerde açılan ve görülen bir

²³ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 125.

²⁴ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s.128.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 123.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 132.

²⁵ Yılmaz, **Şerh**, s. 402.; Ansay, **a.g.e.**, s. 57.

dava olması sebebiyle borçlu olup olmamaya ilişkin bir incelemenin yapılması söz olacaktır²⁶. Borçtan kurtulma davasının amacı, icra mahkemesinin itirazın kaldırılmasına ilişkin vermiş olduğu kararının doğru olup olmadığını incelemek değildir. Zira icra mahkemesinde itirazın geçici kaldırılması kararı verilirken icra hukuku kuralları kapsamında basit bir inceleme yapılmaktadır²⁷. İşte borçtan kurtulma davasının asıl amacı icra mahkemesi tarafından yapılan bu inceleme ile yetinmek zorunda kalmak istemeyen borçlunun maddi hukuk bakımından daha kapsamlı bir inceleme yapılmasını sağlamaktır²⁸. Borçlunun, borçlu olmadığını tespit ettirmesi için yaptırmak istediği inceleme itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra genel mahkemede dava açmak suretiyle gerçekleşecektir. Açıkça görülmektedir ki borçtan kurtulma davası saf bir şekilde borçlunun itirazının kaldırılması yahut itirazın geçici kaldırılması kararını ortadan kaldırmaya yönelik amaç taşımamakta aksine geniş bir inceleme yapılması suretiyle, borçlunun borcunun olup olmadığına yönelik tespit amacını hedef etmektedir.

III. BORÇTAN KURTULMA DAVASININ BENZER DAVALAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Menfi Tespit Davası

Borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibarıyla bir tür menfi tespit davası olması sebebiyle öncelikle menfi tespit davasına ilişkin düzenlemelere kısaca yer verilecek ve akabinde borçtan kurtulma davası ile karşılaştırması yapılacaktır. Hukukumuzda menfi tespit davası, 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na 72. maddenin ilave edilmesi ile düzenlenmiştir²⁹. 538 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde İcra ve İflas Kanunu'nda menfi tespit davası

²⁶ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 174.; Özlem Yazar, **İcra ve İflas Hukukunda İmzaya İtiraz ve İmzaya İtirazın Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 103.

²⁷ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 204.

²⁸ Baki Kuru, "Borçtan Kurtulma Davası", **Adalet Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 53, 1962, s. 129.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 125.

²⁹ 06.03.1965 tarihli ve 538 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bazı Yeni Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun.

düzenlenmemiş olmasına rağmen uygulamadaki ihtiyaçlar sebebiyle bu kurum Yargıtay kararları ile düzenlenmiştir³⁰. İlgili maddenin İcra ve İflas Kanunu'na eklenmesi ile esas itibariyle menfi tespit davasının icra takibine etkileri düzenlenmiştir. Bu madde itibariyle menfi tespit davasına ilişkin bir tanım yapılmamış yalnızca menfi tespit davasının konusu belirtilmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmü uyarınca: *“Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat etmek için menfi tespit davası açabilir.”*. Madde metninde de açıkça düzenlendiği üzere menfi tespit davası icra takibinden önce yahut takip sırasında borçlunun³¹, borçlu bulunmadığının ispatı için açılabilmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nda, menfi tespit davası esas olarak icra takibine etkileri bakımından düzenlendiği için, borçlunun hangi nedenlere dayanarak borçlu olmadığını ileri sürdüğü maddi hukuka ilişkin bir husustur; icra-iflas hukuku bakımından borçlunun ne sebeple borçlu olmadığını ileri sürdüğü önemli değildir.

Kanun'da menfi tespit davasına ilişkin bir tanım bulunmaması sebebiyle öğretide ve Yargıtay kararlarında³² bu davaya ilişkin tanımlar yapılmıştır. Öğretideki yazarlar da menfi tespit davasına ilişkin tanımlar kullanmıştır. Öğretide Kuru, menfi tespit davasını tanımlarken şu ifadelerle yer vermiştir: *“Borçlunun, ödeme, borç doğuran akdin butlanı, bedelsizlik, senedin sahteliği gibi, sebeplerle takip konusu alacağın borçlusu bulunmadığının tespiti için açtığı dava menfi tespit davası*

³⁰ Türk, **a.g.e.**, s.27.; Kuru, **Tespit Davaları**, s.2.

³¹ Kuru, madde metninde geçen borçlu kavramı bakımından daha doğru olan kullanımın *“alacaklı olduğunu ileri süren kişi tarafından borçlu olduğu iddia edilen kişi”* olduğunu kaleme almıştır. Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.12.

³² Mahmut Çoşkun, **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat-Tasarrufun İptali Davaları**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 588. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22. 06. 1984 tarihli 3276/3641 sayılı kararında menfi tespit davasını şu şekilde tanımlamıştır: *“Bir hukuki ilişkinin ya da ondan doğan bir hak veya yetkinin mevcut olmadığının, bir belgenin sahteliğinin ya da herhangi bir nedenle hükümsüzlüğünün tespiti için, hukuki yarar bulunması koşuluna bağlı olarak açılan ve sonucunda herhangi bir mahkumiyet istemini içermeyip, konusunu teşkil eden hususun bir kararla tespitini amaçlayan dava.”*; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.01.2012 tarihli, 2011/19-622 e. ve 2012/9 k. sayılı kararında menfi tespit davasının tanımına ve davaya ilişkin şu ifadelerle yer vermiştir: *“...Yasaya ve adalete aykırı karar yada kesin bir yasa buyruğuna aykırı hareketinin bulunmadığı açıktır. Davacıların iddiaları ancak temyiz nedeni olarak ileri sürülebilir. Nitekim davacılar bu haklarını da kullanmışlar ve temyiz incelemesi sonucu davalı Hakimin kararı Yargıtay'ca bozulmuş ve davalı hakimce bozmaya uyulması yönünde karar verilmiştir...Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere menfi tespit davasında amaç bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın gerçekten mevcut olmadığının tespitine yöneliktir. Başka bir deyişle hukuki bir yarar bulunması koşuluyla sonuçta alacak-borç ilişkisi doğuracak bir durumun olmadığının tespiti amaçlanır...”*. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

denir.”³³, “*Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığını (yok olduğunun) tespiti için açılan davaya, menfi (olumsuz) tespit davası denir.*”³⁴. Atalı ise menfi tespit davasını şu şekilde tanımlamıştır: “*Bir hak yahut hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitine yönelik açılan dava.*”³⁵. Öğretide yapılmış bir diğer tanım ise şu şekildedir: “*Bir şahsın borçlu bulunmadığını ispat ederek bu konuda hüküm almasına matuf, ve her zaman açılabilen bir dava türüdür.*”³⁶. Bütün bu tanımlardan hareket ederek menfi tespit davasını şu şekilde tanımlamak mümkün olacaktır; borçlunun takip konusu alacağın borçlusu olmadığını ispat etmek için açtığı bir davadır³⁷. İcra ve İflas Kanunu’nun 72. madde hükmünde düzenlenmiş olan menfi tespit davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine; genel hükümlere tabi bir davadır. Bu sebeple görevli mahkeme, yetkili mahkeme, davanın açılması gibi hususlar bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri dikkate alınacaktır.

Menfi tespit davası açılma zamanı bakımından icra takibinden önce yahut icra takibinden sonra yani icra takibi devam ederken açılabilir. İcra takibinden önce, borçlu, kendisini ödemek zorunda olmadığı bir borç ile tehdit eden kişiye karşı borçlu olmadığının tespiti için dava açabilmektedir. Ancak icra takibinden önce açılacak olan menfi tespit davası bakımından borçlunun korunmaya değer hukuki menfaatinin bulunması gerekmektedir³⁸. İcra takibinden önce açılacak olan menfi tespit davasında aranan hukuki yararın kapsamı öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları bakımından farklılık arz etmektedir. Bahsi geçen hukuki yararın kapsamına ilişkin öğretideki ortak görüşe bakıldığında borçlunun davayı açmakta, borçlu olmadığının tespitinde korunmaya değer güncel bir hukuki yararının bulunması gerektiği bu hukuki yararın ise ancak alacaklının elinde İcra ve İflas Kanunu’nun 68. madde hükmünde sayılan nitelikte belgelerin mevcut olması durumunda varlığının kabul

³³ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt 1, 2. Bası, Ankara, 1965, s. 175.; Türk, **a.g.e.**, s. 46-47.

³⁴ Kuru, **a.g.e.**, s.140.

³⁵ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 341.

³⁶ Öktemer, **a.g.e.**, s. 581.

³⁷ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 231.; Öktemer, **a.g.e.**, s. 581.

³⁸ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 141.; Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 232., Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 137.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 24.; Türk, **a.g.e.**, s. 61.

edilebileceği görüşü mevcuttur³⁹. Bu kapsamda, alacaklının elinde itirazın kesin kaldırılmasını sağlayacak olan İcra ve İflas Kanunu'nun 68. madde hükmünde sayılan belgelerin bulunmaması durumunda borçlunun ödeme emrine itiraz etmek suretiyle icra takibini durdurması mümkün olabilecektir. Bu durumda borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu bahsedilemez. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlar ile yalnızca alacaklının elinde İcra ve İflas Kanunu'nun 68. madde hükmündeki belgelerin bulunmasını aramamış menfi tespit davası açılması için borçlunun güncel ve somut hukuki yararının olması bakımından bir ihtarnameyi, borçla tehdit edebilecek durumun varlığını yahut bir talebi dahi yeterli bulmuştur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce olası yapılacak icra takibini düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kişiye karşı borçlu olmadığının saptanması için dahi menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu yönünde karar vermiştir⁴⁰. Yargıtay 3.

³⁹ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 142.; Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 232., Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 137.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 26.; Türk, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 18.10.2018 tarihli, 2018/2609 e. ve 2018/8198 k. sayılı kararı: *"...Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmişken, hakkında yürüümekte olan bir icra takibine muhattap olan davacının bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu hiç kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Kurumun davacıyı borçlu olarak görmesi, davacının aleyhine takip yapılacıklardan olması, adına ve adresine tebligat çıkarılması nedenleriyle davacı, takip tazyiki altında olduğundan menfi tespit davası açmada hukuki yararı vardır. Çünkü takip kesinleştiğinde, haciz tatbiki ile karşı karşıya kalacaktır... tebliğ edilmiş bir ödeme emrinin ya da başlatılmış bir icra takibinin bulunmaması, yapılan bu tebliğatin ödeme emri niteliğinde olmayıp borç bildirim yazısından ibaret bulunması ve davacının dava açmada hukuki yararı bulunması karşısında, davanın menfi tespit davası olarak kabul edilip esastan karara bağlanması gerekirken, yazılı biçimde husumet yokluğundan reddine hükmedilmesi isabetsiz bulunmuştur..."*. Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 06.07.2017 tarihli, e.2016/4417 ve 2017/11255 k. sayılı kararı: *"...Borçlunun icra takibinden önce veya sonra menfi tespit davası açabilmesi için borçlu olmadığının tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır. Buna rağmen, borçlunun, alacaklının harekete geçmesini beklemeden borçlu olmadığının tespitinde korunmaya değer bir yararı bulunabilir. Bu tür bir yararının bulunması halinde borçlu, borçlu olmadığının tespiti için dava açabilir... Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmesi karşısında ,davacının davalının yukarıda anılan ve kendisini bir borçla tehdit eden cevabi ihtarı sonrasında, bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu hiçbir kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Tüm bu açıklamalar ve özellikle İİK'nun 72. maddesinde icra takibinden önce de menfi tespit davası açılmasına cevaz verilmesi karşısında, mahkemece; işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme neticesinde yazılı gerekçe ile davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun görülmemiş, hükmün bozulmasını*

Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir başka kararda, kira farkları kendisine bildirilen borçlunun kira farklarının tahsili için icra takibi başlatılmadan yahut dava açılmadan önce menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu yönünde hüküm kurmuş kişiye borcu olduğunun kendisine bildirilmesini yeterli görmüştür; icra takibinin başlatılmasını, dava açılmasını yahut ihtar çekilmiş olmasını aramamıştır⁴¹. Son olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu karara baktığımız da öğretide benimsenen alacaklının elinde İcra ve İflas Kanunu'nun 68. madde hükmünde sayılan belgelerin bulunmaması durumunda borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmaması görüşünün aksi yönde karar verdiği görülmektedir⁴². Yargıtay 13. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, Kanunun 68. maddesinde sayılan belgelerin mevcut olmadığı durumda dahi borçlunun güncel hukuki yararının bulunması gerekçesiyle davanın reddini yerinde bulmamış icra

gerektirmiştir.”. ; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2016 tarihli, 2014/19-674 e. ve 2016/76 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 03.05.2021)

⁴¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2017 tarihli, 2017/1745 e. ve 2017/2755 k. sayılı kararı: “...Davalı cevap dilekçesinde, uyumsuzluğun 2005-2010 yılları arasındaki kira farklarından meydana geldiğini, davalı kiracının belediye encümenince belirlenen kira bedellerini ödemediğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, kira farklarının tahsili için bir icra takibi, dava veya ihtar yapılmadığından, davacının dava açmakta hukuki yarar bulunmadığından davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar arasındaki uyumsuzluk, icra takibi veya ihtar yapılmadan önce borçlunun menfi tespit istemekte hukuki yararı bulunup bulunmadığı noktasındadır. Davacı kiracının başvurusu üzerine, davalı alacaklı davalının 54.238,20 TL kira farkı ve gecikme zammı borcu olduğunu bildirmiştir. Menfi tespit davası gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki sebebiyle icra takibine maruz kalması muhtemel olan veya icra takibine maruz kalan bir kimsenin gerçekte borçlu bulunmadığını ispat için açacağı bir dava olarak adlandırılmaktadır. Davacının davalı belediye kayıtlarına göre borcu olduğu bildirildiğine göre... davayı açmakta hukuki yararı vardır.” www.kazanci.com (erişim tarihi:03.05.2021)

⁴² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07.10.2015 tarihli, 2015/29681 e. ve 2015/28841 k. sayılı kararı: “...Mahkemece, itiraz edilen faturanın İİK.nun 68. maddesinde sayılan belgelerden olmadığı, bu hali ile davalının itiraza uğrayan faturaya dayanarak ilamsız icra yolu ile takip başlatabileceği, davacının başlatılması muhtemel takibe itiraz ederek takibi durdurabileceği, bunun üzerine davalının itirazın iptali davası açması gerekeceği, açılması muhtemel itirazın iptali davasında da davacının cevap layihası ile borçlu olmadığı savunmasını ileri sürebileceği bu hali ile takipten önce açılan somut davada davacının korunmaya değer güncel bir hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmiş ise de; borçlu, “itirazın iptali” davası için alacaklıya tanınan bir yıl gibi uzun bir süreyi beklemeden maddi hukuk anlamında, borcun bir an önce ve kesin olarak ortadan kaldırılmasını istemek hakkına sahip olup, böyle bir durumda dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki, yapılmış bir icra takibi olmadan da borç tehdidi altında olan kişinin menfi tespit davası açabileceği, İcra İflas Kanunu'nun 72/2. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Üstelik davacı taraf fatura içeriğine itiraz etmiş davalı cevap olarak ürün bedeli olan 7.750,00 TL.nin derhal ödenmesini aksi halde yasal yollara müracaat edeceğini bildirmiştir. O halde dava konusu olayda kendisine karşı bir itirazın iptali davası açılmasını beklemeden iş bu menfi tespit davasını açmakta hukuki yararı bulunduğu kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, aksine düşüncelerle hukuki yarara ilişkin “dava şartı” yokluğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”. www.kazanci.com (erişim tarihi:03.05.2021)

takibi olmadan borç tehdidi altında olan kişinin menfi tespit davası açabileceği yönünde hüküm kurmuştur. İcra takibinde önce açılacak olan menfi tespit davasında hukuki menfaate ilişkin Yargıtay kararları ile öğretideki ortak görüş farklı olsa dahi bu kurumun düzenlenme amacına bakıldığında iyi niyetli ve ihtiyatlı bir kişi olarak görülen borçluya icra takibinden önce menfi tespit davası açılması imkânı verildiği görülmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrası; icra takibi öncesinde açılmış olan menfi tespit davasının icra takibini kendiliğinden durdurmayacağı için davacının yani borçlunun talebi üzerine menfi tespit davasına bakan mahkemeye teminat yatırılması durumunda icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı alınabileceğini düzenlemektedir. Bu noktada mahkemenin borçlunun iyi niyetli olup olmadığını değerlendirmesi, icra takibinin durmasını gerektirecek bir hususun olup olmadığını değerlendirerek ihtiyati tedbir talebine ilişkin karar vermesi gerekecektir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinin 1. fıkrasına bakıldığında icra takibinden sonra da menfi tespit davası açılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Borçlu, icra takibi başladıktan sonra (takip sırasında) icra takibi sonuçlanıncaya kadar (borç alacaklıya ödeninceye kadar) borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilecektir⁴³. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasına benzer olarak yine davanın açılmasında korunmaya değer güncel bir hukuki yararın bulunması gerekecektir. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasından farklı olarak ihtiyati tedbir yolu ile icra takibinin durdurulması mümkün değildir. Fakat davacının yani borçlunun yatıracığı teminat ile icra dairesinin banka hesabına yatırılmış paranın alacaklıya ödenmesi durdurulabilir. Bu hususa ek olarak borçlunun mallarının haczedilmesini ve satılmasını da önlemek istemesi durumunda, takip giderleri ve faizleri ile birlikte alacağın tamamını karşılayacak parayı icra dairesine ödemesi gerekmektedir. Öğreti görüşleri⁴⁴ ve Yargıtay içtihatları ile ortaya konulduğu üzere, alacağın tamamını karşılayacak olan bu paranın icra dairesine nakit

⁴³ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 143.; Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 232., Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 137.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 36.; Türk, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 233.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 55.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 139.

olarak yatırılması gerekmektedir. Banka teminat mektubu, paradan başka bir teminat yatırılması mümkün değildir. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davası bakımından borçlu davacının, iyi niyetli ve ihtiyatlı bir kişi gibi kabul edilmesinin aksine icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası bakımından borçlu davacıya kötü niyetli olma ihtimali ile yaklaşılmaktadır bu sebeple görülmektedir ki icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında borçluya daha geniş imkanlar tanınmıştır.

Menfi tespit davasının sonuçlanması da yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri bakımından normal bir hukuk davasındaki gibidir. Menfi tespit davasının reddedilmesi durumunda; alacaklının iddia ettiği, takip konusu yaptığı alacağın mevcut olduğu maddi hukuk bakımından tespit edilmiş olacaktır ve bu kararın kesinleşmesi ile birlikte ret kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. Bu hükmün kesinleşmesinin akabinde menfi tespit davasını kaybeden borçlunun artık alacaklıya karşı istirdat davası açması mümkün olmayacaktır. Menfi tespit davası devam ederken ihtiyati tedbir kararı alınmış ve paranın alacaklıya ödenmesi engellenmiş ise, menfi tespit davasının reddi kararı ile birlikte artık ihtiyati tedbir kararı da kendiliğinden kalkacaktır. İhtiyati tedbir kararı ile durmuş olan icra takibi de kaldığı yerden devam edecektir. Eğer ihtiyati tedbir karar verilmiş ise, borçlunun bu ihtiyati tedbir kararı ile alacağına geç kavuşması sebebiyle doğan zararları için borçlu asgari olarak yüzde yirmi oranında tazminata mahkûm edilecektir⁴⁵. Bu durum, İcra ve İflas Kanunu'nun 73. madde hükmünün 4. fıkrası ile düzenlenmiştir: *“Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez.”* denilmektedir. Menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanması yani davanın kabulü ile ise borçlunun borçlu olmadığı kabulüne karar verilmektedir. Böylece borçlunun (davacının) maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı tespit edilmiş olacaktır. Bu kararın kesinleşmesi ile birlikte, bu karar

⁴⁵ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 148.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 235.

davanın reddi kararının kesinleşmesinde olduğu gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. Kararın kesinleşmesiyle icra dairesi tarafından, icra kısmen yahut tamamen eski hale iade edilecektir. Mahkemenin davanın kabulüne karar vermesiyle alacaklının da borçluyu menfi tespit davasını açmaya zorlayan icra takibini haksız ve kötü niyetle yapıp yapmadığını tespit etmesi gerekecektir. Mahkeme, icra takibinin haksız ve kötü niyetle yapılmış olduğu kanısına varırsa, borçlunun da talep etmesi şartı ile, borçlunun menfi tespit davası nedeniyle uğradığı zararın alacaklıdan tahsiline karar verecektir. Tahsiline karar verilecek olan bu zararın takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamayacağı da İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmünün 5. fıkrasında düzenlenmiştir: Bu düzenlemeye göre *“Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhal takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz.”* denilmektedir.

Menfi tespit davasına ilişkin hukukumuzdaki düzenlemelere bakıldıktan sonra çalışmamızın esas konusu itibariyle menfi tespit davasının borçtan kurtulma davası ile karşılaştırılması uygun olacaktır. Borçtan kurtulma davası, İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmünde düzenlenen menfi tespit davası ile birçok bakımdan benzerlik taşımaktadır. Söz konusu iki dava ile de icra takibinin tarafları arasındaki uyuşmazlık, genel mahkemede maddi hukuka ilişkin yapılan inceleme ile kesin olarak çözüme kavuşmaktadır⁴⁶. Yukarıda borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği başlığı altında, bu davanın bir menfi tespit davası niteliğini haiz olduğu belirtilmişti. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2012/17087 esas, 2013/3166 karar sayılı ve 19.2.2013 tarihli kararında borçtan kurtulma davasının bir tür menfi tespit davası niteliğinde olduğuna ilişkin hüküm kurmuştur⁴⁷.

⁴⁶ Türk, **a.g.e.**, s. 54.

⁴⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2012/17087 esas, 2013/3166 karar sayılı ve 19.2.2013 tarihli kararı.; Benzer nitelikte karar için bkz.: Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 15.9.2014 tarihli, 2014/11020 e. ve 2014/11765 k. sayılı karar: *“İcra ve İflas Kanunun 72. maddesinde “Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir.” hükmüne yer*

Borçtan kurtulma davası tipik bir menfi tespit davası olmasına rağmen, bu davayı menfi tespit davasından ayıran özellikler mevcuttur⁴⁸. Öncelikle borçtan kurtulma davasının menfi tespit davasından ayrıldığı en önemli noktalardan biri, bu davanın yalnızca icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine açılabilmesidir. Bu dava, icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılması kararı vermesi üzerine, bu kararın tefhim yahut tebliğden itibaren yedi gün içinde açılabilir. Bu durum İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir: *“İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.”*. Halbuki menfi tespit davası takipten önce veya sonra, bir takibe bağlı olmasına gerek olmaksızın açılabilen bir davadır. Buna ek olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere borçtan kurtulma davasının yedi günlük süreye bağlı olması da menfi tespit davası ile farklılık arz ettiği bir diğer husustur. Zira menfi tespit davası kural olarak süreye tabi değildir.

Borçtan kurtulma davası, aynı zamanda özel dava şartlarından olan teminat hususunda da menfi tespit davasından ayrılmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında teminata ilişkin husus düzenlenmiştir: Bu düzenlemeye göre *“...Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde onbeşini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değer esham ve tahvilat veya banka teminat mektubunu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.”* denilmektedir. Kanun koyucu, borçtan kurtulma davasında, dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında bir teminat yatırma zorunluluğu ön görmüştür. Ancak menfi tespit davasında davanın dinlenmesi bir teminat koşuluna bağlanmamıştır. Menfi tespit davasında yalnızca takibin durulması yahut icra veznesindeki paranın alacaklıya

verilmiştir. Menfi Tespit kelime anlamı olarak olumsuz tespittir. Hukuk içerisindeki anlamı ise *“Borçlu Olunmadığının Tespiti”* dir. Bu davaya *“Borçtan Kurtulma”* davası da denebilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 106. madde gereği menfi tespit davaları tespit davası niteliğindedir. İcra hukukunda borçlu olarak kabul edilen birinin eğer gerçekten borçlu değilse yapması gereken şey genel mahkemelerde *“Menfi Tespit Davası”* açmaktır.”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

⁴⁸ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s.173.

ödenmesinin engellenmesi noktasında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için teminat koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir.

Borçtan kurtulma davası takibe etkisi bakımından da menfi tespit davasından ayrılmaktadır. İtirazın geçici kaldırılması kararı üzerine açılan borçtan kurtulma davası sonuçlanıncaya kadar icra takibine devam edilemez iken; ancak menfi tespit davası bakımından bu durum farklıdır. Menfi tespit davası kural olarak icra takibini durdurmamaktadır⁴⁹. Takibi durdurmak isteyen borçlunun, eğer takipten önce dava açmış ise, menfi tespit davasının görüldüğü mahkemeden teminat göstermek suretiyle ihtiyati tedbir kararı alması gerekmektedir.

Borçtan kurtulma davasında davayı kazanan lehine tazminata hükmedilmesi bakımından da menfi tespit davasından farklılık arz etmektedir. Menfi tespit davasında davayı kazanan borçlu lehine tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının haksız ve kötü niyetle bu takibi başlatmış olduğunun kanıtlanması gerekir. Ancak borçtan kurtulma davasında borçlunun davayı kazanması durumunda lehine tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının kötü niyetli olduğunu ispat etmesi gerekli değildir. Borçtan kurtulma davasında kötü niyet aranmamasına ilişkin husus beraberinde şunu getirmektedir; menfi tespit davasının borçtan kurtulma davasına döndüğü hallerde menfi tespit davasında tazminata hükmedilmesi için aranan kötü niyet şartı aranmayacaktır. Borçtan kurtulma davasının alacaklı lehine sonuçlanması durumunda ise, tazminata hükmedilebilmesi için alacaklının cevap dilekçesinde tazminat talebinde bulunmuş olması aranmaktadır. Ancak menfi tespit davasına bakıldığında, bu davayı kazanan alacaklının lehine talebe gerek olmaksızın, re'sen (kendiliğinden) tazminata hükmedildiği görülmektedir.

B. İstirdat Davası

İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinde düzenlenen istirdat davası, kendisine ilamsız icra takibi yapılmış olan borçlunun borçlu olmadığı parayı cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalması durumunda, borçlu olmadığı için yahut borçlu

⁴⁹ Türk, **a.g.e.**, s. 55.

olmadığı düşüncesiyle söz konusu paranın iadesi için açtığı bir davadır⁵⁰. İstirdat davası ve menfi tespit davası aynı madde metninde düzenlenmesine rağmen, birbirinden farklı iki ayrı davadır. Menfi tespit davası, borçlunun borcu henüz ödemediğinden açabileceği bir dava iken istirdat davası ise artık borç ödendikten sonra açılabilir⁵¹. Dava icra takibinin borçlusu tarafından icra takibinin alacaklısına karşı açılmaktadır. İstirdat davası normal bir hukuk davası gibi genel mahkemede açılmaktadır. İstirdat davası da menfi tespit davasında olduğu gibi İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına karşın yargılama usulü bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel hükümlere tabi bulunmaktadır⁵².

İcra ve İflas Kanunu'nun 72. madde hükmünün 6. ve 7. fıkralarında düzenlenmiş olan istirdat davası bakımından biri takip hukuku, diğeri maddi hukuk olmak üzere şartlar⁵³ öngörülmüştür. Öncelikle, ödeme emrine itiraz etmemiş ya da itiraz etmiş ve icra mahkemesi tarafından itirazı kaldırılmış olması sebebiyle kesinleşen bir icra takibi mevcut olmalıdır. Borçlunun bu icra takibi sırasında, maddi hukuk anlamında borçlu olmadığını düşündüğü bir parayı ödemiş olması gerekmektedir. Borçlu bu ödemeyi yaparken cebri icra tehdidi altında olmalıdır. Bir başka ifade ile borçlunun mal, hak ve alacaklarının haczedilerek paraya çevrilmesi tehlikesi bulunmalıdır⁵⁴. Borçlunun cebri icra tehdidi altında bulunması; ödeme

⁵⁰ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 151.; Muşul, **Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, s. 465.; Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 236.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 233.

⁵¹ Mahmut Coşkun, **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat-Tasarrufun İptali Davaları**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 587.

⁵² Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 152.; Arslan, Yılmaz, Yaşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 236.

⁵³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2014/32692, K. 2014/35255 ve 11. 11. 2014 tarihli kararı: *"Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir"* hükmü düzenlenmiştir. İstirdat davasının biri maddi hukuka diğeri takip hukukuna ilişkin olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır. Maddi hukuk bakımından borçlunun gerçekte borçlu olmadığı bir borcu ödemiş olması ve takip hukuku bakımından ise borcun cebri icra takibi sebebiyle icra takibi sırasında ve cebri icra tehdidi altında ödenmesi gerekir. Ödemenin mutlak suretle takibin kesinleşmesinden sonra bir başka deyişle borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi veya itiraz edip de itirazının icra hakimliğince kesin olarak kaldırılmış olması durumunda yapılmış olması gerekir. Yapılan icra takibi henüz kesinleşmeden borçlunun ödeme emrine itiraz hakkı bulunduğu süre içerisinde ödemenin yapılması halinde bu ödemenin cebri icra tehdidi altında yapılan bir ödeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir." www.kazanci.com (erişim tarihi: 25. 11. 2020)

⁵⁴ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 354.; Türk, **a.g.e.**, s. 241.; Muşul, **Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, s. 491.

emrine itiraz etmemesi veya itirazın kesin kaldırılması nedeniyle kesinleşmiş icra takibi dolayısıyla parayı ödemek zorunda kalmasından kaynaklanabilir⁵⁵. İtirazın kesin kaldırılmasından kaynaklanması hali; itirazın geçici kaldırılması durumunda yedi günlük süre içerisinde borçtan kurtulma davası açılmaması halinde, itirazın geçici kaldırılması kararının kesinleşmesi ile de mümkün olabilmektedir. Ancak borçlu, yedi günlük borçtan kurtulma davası açma süresi içerisinde davayı açmış ve kaybetmiş ise artık istirdat davası açamaz⁵⁶.

İstirdat davasına ilişkin maddi hukuk ve takip hukuku bakımından öngörülen şartların gerçekleşmesinin yanı sıra davanın açılması için öngörülen hak düşürücü sürede Kanun'un 72. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir: Bu düzenleme gereğince *“Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir.”* denilmektedir. Yargıtay hukuk daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu kararlar ile istirdat davasının açılması için gereken şartları sıralamış ve davanın açılması için öngörülen hak düşürücü süreye ilişkin hususu da hükme bağlamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda, istirdat davası açılması için gereken şartları sıralamıştır⁵⁷. Bu karara göre

⁵⁵ Türk, **a.g.e.**, s. 241.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 152.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 237.

⁵⁶ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 153.; Kuru, **Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, s. 242.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 237.

⁵⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 tarihli ve 2007/3-164 e. ve 2007/204 k. sayılı kararı: *“...İstirdat davası, İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen, uyumsuzluğu maddi hukuk bakımından sona erdirmeye amacına yönelik bir davadır. İstirdat davası, normal bir eda davası olup, bununla icra takibi sırasında sebepsiz olarak ödendiği iddia edilen paranın geri verilmesi istenir. İstirdat davasının biri takip hukukuna, diğeri maddi hukuka ilişkin olmak üzere iki şartı vardır. İstirdat davası açılması için ilk şart, geri verilmesi istenen paranın icra takibi sırasında ödenmiş olmasıdır. Borçlunun, ödeme emrine itiraz etmemesi veya itiraz etmiş olmasına karşın itirazının kesin kaldırılması nedeniyle, kesinleşmiş olan icra takibi dolayısıyla, bu parayı gerek nakden, gerek mallarının haczedilip satılması suretiyle cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalmış olması gerekir. İstirdat davasının açılmasının ikinci şartı ise, maddi hukuk bakımından, aslında borçlu olmadığı bir parayı cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalmış olmasıdır (İİK. m.72/VII). Borçlar Kanununun 62. maddesinin aksine, burada davacı (borçlu), yalnız borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kaldığını ispat etmekle yükümlü olup; bu parayı hataen, kendisini borçlu sanıp ödemiş olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Önemle vurgulanmalıdır ki; istirdat davasının, borç olmayan paranın tamamen ödendiği tarihten itibaren 1 (bir) yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir (İİK. m.72/VII). Dolayısıyla, borçlunun bu parayı doğrudan doğruya alacaklıya veya icra dairesine ödediği veya borçlunun haczedilen mallarının satılıp, bedelinin icra dairesine ödendiği tarihte, 1 yıllık istirdat davası açma süresi başlar. Paranın icra dairesince alacaklıya*

istirdat davasının biri takip hukukuna diğeri maddi hukuka ilişkin olmak üzere iki şartı bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; ilk şartın geri verilmesi istenen paranın icra takibi sırasında ödenmiş olması gerektiği, ikinci şartın ise borçlu tarafından aslında borçlu olunmayan bir paranın cebri icra tehdidi altında ödenmek zorunda kalınması gerektiği, bu borç olmayan paranın tamamen ödendiği tarihten itibaren de davanın bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. İstirdat davasının sonuçlarına bakıldığında ise, istirdat davasının kabulü yahut istirdat davasının reddi ile sonuçlanacağı görülmektedir. İstirdat davasının kabulü durumunda, yani davacı borçlunun istirdat davasını kazanması durumunda, alacaklıya icra takibi sırasında ödenmiş olan para ve aynı zamanda icra takibinde ödenmiş olunan icra harç ve giderlerinin davalı alacaklı tarafından borçluya ödenmesine karar verilir⁵⁸. Borçlunun istirdat davası sonucunda almış olduğu ilamın kesinleşmesini beklemesi şart değildir, ilamın konusunun bir para alacağı olması sebebiyle borçlu almış olduğu ilamı hemen icraya koyabilecektir. İstirdat davasının reddi durumunda ise, yani davacı borçlunun istirdat davasını kaybetmesi durumunda, borçlu alacaklıya yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilecektir. Her iki durumda da; istirdat davasının kabulünde ve reddinde olmak üzere, kararın istinaf ve temyiz edilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel hükümlere tabi olacaktır.

İstirdat davasına ilişkin özellikler kısaca değindikten sonra çalışma konumuz itibariyle istirdat davası ve borçtan kurtulma davası arasındaki benzerliklere ve farklılıklara bakmak gerekmektedir. Öncelikle istirdat ve borçtan kurtulma davasına

ödendiği an, 1 yıllık istirdat davası açma süresinin başlaması bakımından önemli değildir. Borcun ödenmesi takside bağlanmışsa, 1 yıllık dava açma süresi son taksidin ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlar...". Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 11.11.2014 tarihli, 2014/32692 e. ve 2014/35255 k. sayılı kararında istirdat davası açılabilmesi için gerçekleşmesi için öngörülen şartlara yer vermiştir: "...İstirdat davasının biri maddi hukuka diğeri takip hukukuna ilişkin olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır. Maddi hukuk bakımından borçlu gerçekte borçlu olmadığı bir borcu ödemiş olması ve takip hukuku bakımında ise borcun cebri icra takibi sebebiyle icra takibi sırasında ve cevri icra tehdidi altında ödenmesi gerekir. Ödemenin mutlak suretle takibin kesinleşmesinden sonra bir başka deyişle borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi veya itiraz edip de itirazın icra hakimliğince kesin olarak kaldırılmış olması durumunda yapılmış olması gerekir. Yapılan icra takibi henüz kesinleşmeden borçlunun ödeme emrine itiraz hakkı bulunduğu süre içerisinde ödemenin yapılması halinde bu ödemenin cebri icra tehdidi altında yapılan bir ödeme olarak kabul edilmesi mümkün değildir..."; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.03.2007 tarihli, 2007/3-186 e. ve 2007/171 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.05.2021)

⁵⁸ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 155.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 239.

ilişkin benzer noktalara bakıldığında yetkili ve görevli mahkemeye ilişkin düzenleme dikkat çekmektedir. Hem istirdat hem de borçtan kurtulma davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeler uyarınca, genel mahkemede genel hükümlere göre görülen davalardır. İki dava için de yetkili mahkeme bakımında davalı alacaklının yerleşim yeri mahkemesi veya icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi öngörülmüştür. Görevli mahkemeye ilişkin düzenleme bakımından da yine hem istirdat davası için hem de borçtan kurtulma davası için benzer bir düzenlemenin olduğu söylenebilir; görevli mahkeme takip konusu alacağın miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir.

Yetkili ve görevli mahkeme hususuna ilişkin benzer düzenlemelerin yanı sıra esas olarak istirdat davası ile borçtan kurtulma davası arasında önemli farklar bulunmaktadır. İki dava arasındaki en belirleyici fark bu davaların icra takibi sürecinde, açıldıkları noktadır. Borçtan kurtulma davası itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra açılırken, istirdat davası ödeme emrine itiraz edilmemiş veya itiraz edilmiş ancak icra mahkemesi tarafından bu itirazın kesin olarak kaldırılması ile icra takibinin kesinleşmiş olması durumunda açılır. Söz konusu bu iki dava için de farklı hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Borçtan kurtulma davası için öngörülen hak düşürücü süre 7 gündür. Bu 7 günlük süre, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim ya da tebliğden itibaren başlamaktadır. İstirdat davası için öngörülen hak düşürücü süre ise 1 yıldır. Bu bir yıllık süre borçlunun borçlu olmadığını düşündüğü parayı icra dairesine tamamın ödemesi ile başlamaktadır.

Ayrıca söz konusu davaların, icra takibi süreci içinde farklı noktalarda açılması dolayısıyla dava sonundaki taleplerde farklılık arz etmektedir. Borçtan kurtulma davasında borçlu, borçlu olmadığının tespiti için bir dava açmıştır. İstirdat davasında ise borçlu cebri icra tehdidi altında ödemiş olduğu paranın kendisine geri verilmesi için bir dava açmıştır. Borçtan kurtulma davasında yalnızca geçici mal haczi istenebilmekte, ancak haczedilen malların satışı talep edilememektedir (davanın sonuna kadar ertelenmektedir). İstirdat davasına bakıldığında ise kesinleşmiş bir icra takibi bulunması sebebiyle cebri icra tehdidi altında ödenmiş bir para mevcuttur.

Tüm bu icra takibi sürecinde yukarıda da bahsi geçtiği üzere istirdat davası ile borçtan kurtulma davasının kesiştiği bir nokta mevcuttur. Bir fark yahut benzerlik olarak ele alınamayacak olan bu husus; borçtan kurtulma davasının itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten itibaren 7 gün içinde açılmaması halinde itirazın geçici kaldırılması kararının kesinleşmesi ile borçlunun istirdat davası açma hakkını elde etmesidir⁵⁹. Zira borçlu, 7 gün içinde borçtan kurtulma davası açmış ancak davayı kaybetmişse istirdat davası açamayacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

I. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

A. Yetkili Mahkeme

İcra ve İflas Kanunu, borçtan kurtulma davasının hangi mahkemede açılacağı hususunu yine kendi içinde düzenlemiş bulunmaktadır. Nitekim, İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca: *“İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.”* denilmektedir. Kanun'un 69. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere borçtan kurtulma davasında yetkili mahkeme alacaklının yerleşim yeri mahkemesi veya icra takibinin yapıldığı yer mahkemesidir⁶⁰. İlgili madde metninden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu iki mahkemeyi de aynı derece yetkili kabul etmiştir⁶¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ön gördüğü genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Borçtan kurtulma davasının davalısının alacaklı olduğu dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetki kurallarına uygun bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Öğretide Kuru, Arslan

⁵⁹ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 153.

⁶⁰ Ansay, **a.g.e.**, s. 58.; Kuru, **El Kitabı**, s. 329.; Kuru, **a.g.e.**, 132.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 175.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 92.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 126.; Yılmaz, **Şerh**, s. 402.

⁶¹ Kuru, **Adalet Dergisi**, s. 131.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 92. Kiraz adı geçen eserinde, borçtan kurtulma davasında yetki bakımından kanunda özel ve açık bir düzenleme olması sebebiyle itirazın iptali davasında olduğu gibi yetki hususuna ilişkin bir tartışma yaşanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

ve Yılmaz⁶², borçtan kurtulma davası bakımından alacaklının davalı durumunda olması sebebiyle davanın alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilmesine ilişkin hususunun hükme bağlanmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. madde hükmünde açıkça belirtilen genel yetki kuralını teyit niteliğinde olduğu kanaatindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetki kurallarına ilişkin hususun yanı sıra borçtan kurtulma davasının icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde de davanın açılması mümkündür. Bu yetki kuralı icra hukukuna özgü bir yetki kuralı olarak kabul edilmektedir⁶³. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, borçtan kurtulma davası için özel yetki hükümlerinin de kabul edildiğine; borçtan kurtulma davasının icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilmesine ilişkin hüküm kurulmuştur⁶⁴. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararda itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim yahut tebliğden itibaren yedi gün içinde borçlunun takibin yapıldığı yer veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesi hükme bağlanmıştır⁶⁵.

⁶² Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s.16.

⁶³ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 175

⁶⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14.3.2018 tarihli, 2016/3218 e. ve 2018/2456 k. sayılı kararında hüküm kurarken borçtan kurtulma davasında özel yetki hükümlerine ilişkin hususa şu şekilde yer vermiştir: "...Hukukumuzda borçtan kurtulma davası (İİK. m. 69/II,) menfi tespit ve istirdat davaları (İİK. m. 72/VIII ve İİK. m. 89/III) için özel yetki hükümleri kabul edilmiş, bu davaların icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilmesi düzenlenmiştir..." Benzer yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14.11.2018 tarihli, 2017/1087 e. ve 2018/11533 k. sayılı kararı: "...Hukukumuzda borçtan kurtulma davası (İİK. m. 69/II,)... için özel yetki hükümleri kabul edilmiş, bu davaların icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilmesi düzenlenmiş olmasına karşın, itirazın iptali davası için özel bir yetki kuralı düzenlenmemiştir..."; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 23.10.2015 tarihli, 2015/4638 e. ve 2015/5309 k. sayılı karar: "...Zira usul yasamızda, itirazın iptali davası ile ilgili özel yetkili bir mahkemenin varlığı kabul edilmemiştir. Oysa borçtan kurtulma davası (İİK'nın 69/II)...için özel yetki hükümleri kabul edilmiş, bu davaların icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilmesi düzenlenmiştir." ; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 06.10.1983 tarihli, 1983/1382 e. ve 1983/2284 k. sayılı kararı: "...İcra ve İflas Kanunu, İcra-İflas Hukuku ile ilgili bazı davalar hakkında özel yetki kuralı getirmiştir, hakkında özel yetki kuralı bulunan davalar, borçtan kurtulma davası (m. 69,II),...dır.".; www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021).

⁶⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 11.6.2015 tarihli, 2015/6421 e. ve 2015/16366 k. sayılı kararı uyarınca: "...kanunun 69. Maddesinin 1. Fıkrası, itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. 2. Fıkrası, itirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.".; www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

Borçtan kurtulma davası kapsamında Kanunun 69. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen yetkiye ilişkin hususlar kesin yetki kuralları kapsamında değildir⁶⁶. Bu sebeple tarafların tacir olması yahut kamu tüzel kişisi olması durumunda yetki sözleşmesi yapmaları mümkündür⁶⁷. Buna ek olarak borçlunun davayı yetkisiz mahkemede açması durumunda, alacaklının süresi içinde yetki itirazında bulunmasıyla davanın bu yetkisiz mahkemede görülmesi sonucu doğabilir.

Borçtan kurtulma davasında yetkili mahkemenin davalı alacaklının yerleşim yeri mahkemesi ile icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi olduğu İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Borçtan kurtulma davasının yetkisiz mahkemede açılmış olması durumunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. madde hükmüne bakılması gerekecektir. Davanın yetkisiz mahkemede açılması hususu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'nun 193. madde hükmünde düzenlenmekteydi⁶⁸. Eski kanun döneminde, borçtan kurtulma davasının yetkisiz mahkemede açılması sebebiyle dava reddedilmişse, borçlu 193. maddenin 3. fıkrası uyarınca on günlük süreden yararlanmak suretiyle yetkili mahkemeye başvurarak borçtan kurtulma davasının yetkili mahkemede süresi içinde açılmış gibi işlem görmesini sağlayacak idi. Borçlunun yetkili mahkemeye başvurmaması durumunda ise borçtan kurtulma davası açılmamış sayılacak idi. Yapılan kanun değişikliği ile davanın yetkisiz veya görevsiz mahkemede açılması hususu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. madde hükmünün 1. fıkrası uyarınca: *“Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği*

⁶⁶ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, 205.; Uyar, **İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası**, s. 329.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 221.

⁶⁷ Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 120.; Yazar, **a.g.e.**, s.112.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, 205.

⁶⁸ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi:

“Davacı, iptaline karar verilen dilekçenin yerine yeni bir dilekçe düzenleyip vermek zorundadır. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine davacının karşı tarafa görevli veya yetkili mahkemede tebligat yaptırması zorunludur. Her iki halde kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren on gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kâğıdı tebliğ ettirilmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır. Kanunda belirtilen ayrık hükümler saklıdır.”

tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, dava açılmamış sayılır ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece bu konuda resen karar verilir.” denilmektedir. Bu madde ile artık yetkisizlik kararı verilmesi durumunda taraflardan birinin yetkisizlik kararı veren mahkemeye başvurarak davanın yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekmektedir. Madde gerekçesinde⁶⁹ yapılan kanun değişikliğinin amacının yetkili mahkemede davanın açılması noktasında daha pratik bir yol oluşturmak olduğu kaleme alınmıştır. Madde gerekçesinde: “...bu başvuru, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeye yapılmaktadır. Burada, görevsizlik veya yetkisizlik kararında görevli veya yetkili olduğu belirtilen mahkemeye başvuru kabul edilmeyerek, daha pratik bir yol oluşturulmak istenmiştir. Gerçekten, kendisinde dava açılmamış veya dosya diğer mahkeme tarafından kendisine henüz gönderilmemiş bir mahkemeden davaya devamın istenmesi, pratik değildir. Mahkemenin, içinde bulunulan bu aşamada, yapabileceği tek şey, dosyayı görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeden istemektir. Oysa, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemenin tarafların başvurusu üzerine, dosyayı görevli

⁶⁹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 20. madde hükmü gerekçesi:

“Bilindiği gibi, görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler, 1086 sayılı Kanunun 193 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, sözü geçen Kanunun sisteminden kısmen ayrılmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre, davanın açıldığı mahkeme, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verirse, bu karar (kanun yoluna tâbi olmadığı için) kesinse bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmişse, sürenin dolmasından itibaren, kanun yoluna başvurulup, başvuru reddedilmişse, ret kararının tebliğinden itibaren, onbeş gün içinde, taraflardan birinin kararı veren mahkemeye başvurarak, dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istemesi gereklidir. Bu süre içinde başvurulmayacak olursa, yine aynı mahkeme, davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir. Görüldüğü gibi, bu başvuru, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeye yapılmaktadır. Burada, görevsizlik veya yetkisizlik kararında görevli veya yetkili olduğu belirtilen mahkemeye başvuru kabul edilmeyerek, daha pratik bir yol oluşturulmak istenmiştir. Gerçekten, kendisinde dava açılmamış veya dosya diğer mahkeme tarafından kendisine henüz gönderilmemiş bir mahkemeden davaya devamın istenmesi, pratik değildir. Mahkemenin, içinde bulunulan bu aşamada, yapabileceği tek şey, dosyayı görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeden istemektir. Oysa, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemenin tarafların başvurusu üzerine, dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi daha pratik bir yoldur. Gönderme işlemi sırasında, gönderme masraflarının ve gönderilen mahkemenin tebliğ giderlerinin varsa avanstan karşılanacağı, artan kısmın da dosya ile birlikte gönderileceği, avans bu masrafı karşılamıyorsa gönderme isteğinde bulunandan alınacağı tabiidir. İkinci fıkraya göre ise görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine, görevli veya yetkili olduğu belirtilerek dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara bir davetiye göndererek davaya devam edilmesini sağlayacaktır.”.

veya yetkili mahkemeye göndermesi daha pratik bir yoldur...” denilmek suretiyle bu husus ortaya konulmuştur.

Bu kapsamda borçtan kurtulma davasının yetkisiz mahkemede açılması durumunda; yetkisizlik kararı kesinse bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmişse sürenin dolmasından itibaren, kanun yoluna başvurulup reddedilmişse ret kararının tebliğden itibaren, iki hafta içinde yetkisizlik kararı verilen mahkemeye başvurmak suretiyle dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 20. maddesinde kaleme alındığı üzere iki haftalık süre içerisinde yetkisiz mahkemeye başvurulmaması ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesinin istenmemesi durumunda davanın açılmamış sayılması durumudur. Borçtan kurtulma davası bakımından, 1086 sayılı Kanun döneminde yetkili mahkemeye başvurulmaması halinde borçtan kurtulma davasının açılmamış sayılması sonucu doğacak idi. Borçtan kurtulma davasının açılmamış sayılması halinde, İcra ve İflas Kanunu’nun 69. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüş olan 7 günlük dava açma süresinin yetkili mahkemeye harç ödenerek yeniden borçtan kurtulma davası açıldığında tekrar başlayacağı ve davanın süresinde açılmış sayılacağı bahis konusu olmuştur. Bu bağlamda borçtan kurtulma davasının; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 20. maddesinde yapılan düzenleme uyarınca da yetkisiz mahkemeye başvurma suretiyle dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilmemesi halinde davanın açılmamış sayılması kararından itibaren 7 günlük borçtan kurtulma davası açma süresi içinde yeniden yetkili mahkemede bu davanın açılması mümkün olacaktır.

B. Görevli Mahkeme

İcra ve İflas Kanunu’nun borçtan kurtulma davasına ilişkin 69. madde hükmünde davanın açılacağı yetkili mahkemeye açıkça yer verilmiştir. Ancak görevli mahkemeye ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bu sebeple borçtan kurtulma davasında görevli mahkemeye ilişkin hususu 01.10.2011 tarihinden önce ve 01.10.2011 tarihinden sonra açılan davalar bakımından ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır. 01.10.2011 tarihinden önce açılmış olan borçtan

kurtulma davaları bakımından 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olması sebebiyle, görevli mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1 ila 8. maddeleri uyarınca alacağın miktarına göre belirlenmekte idi. Alacak miktarına göre görevli mahkeme belirlenirken, borçlunun borçlu olmadığını iddia ettiği miktar para esas alınmakta idi⁷⁰. 01.10.2011 tarihinden sonra açılan davalar bakımından ise görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir⁷¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile Kanunun 2. madde hükmü uyarınca, takip konusu alacağın miktarına bakılmaksızın görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmekte idi. Kira ilişkisinden doğan alacaklar bakımından ise görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*”. Bu davada görevli mahkemeye ilişkin başka bir düzenlemenin bulunmaması ve dava konusunun mal varlığına ilişkin olması sebebiyle kural olarak asliye hukuk mahkemesi görevli mahkemedir. Borçtan kurtulma davası için ön görülen görevli mahkeme, takip konusu alacağın miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir. Davanın tarafları arasındaki alacağın ticari olması durumunda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi, kira ilişkisinden doğan alacaklar bakımından ise görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

Görevli mahkemeye ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus, tarafların takibe konu alacağın dayanağı olan hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tahkim yolunu kararlaştırmış olmasıdır. Bu noktada, borçtan kurtulma davasında görevli mahkeme hakem mahkemesi olacaktır. Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi yapılmış olması durumunda, hakem mahkemesi olarak kararlaştırılmış mahkemede borçtan kurtulma davası açılması öngörülmektedir⁷². Usul hukuku bakımından, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklar ve mallar hakkında

⁷⁰ Kuru, **El Kitabı**, s. 330.

⁷¹ Ulukapı, **a.g.e.**, s. 126.; Uyar, **İcra Hukukunda İtiraz**, s. 902.; Yılmaz, **Şerh**, s. 402.

⁷² Yazar, **a.g.e.**, s.112.

uyuşmazlık konusuna ilişkin tahkim yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir⁷³. Bu kapsamda, icra takibine konu hakkın bir para alacağına ilişkin olması dolayısıyla, bu alacağa ilişkin yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olacağını söylemek doğru olacaktır. Tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan mahkeme tarafında verilen kararın, borcun var olup olmadığı yönünde maddi hukuk uyuşmazlığını çözecek nitelikte genel mahkemelerin yargılama yetkisine sahip bir mahkeme tarafından verilen maddi anlamada kesin hüküm teşkil eden karar olduğu söylenebilir.

C. Davanın Tarafları

Davada taraf kavramı büyük önem taşımaktadır. Davacı ve davalı, davada eşit hak ve yetkiye sahiptir⁷⁴; iki taraf arasında silahların eşitliği ilkesi hakimdir. İtirazın geçici kaldırılması prosedürü ve devamında borçtan kurtulma davası sürecinde taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda Kanun tarafından tanınan karşılıklı imkanlar mevcuttur. İtirazın geçici olarak kaldırılması prosedüründe alacaklının bir adi senede dayanarak ilamsız takip yapması mümkün iken borçlunun da bu adi senet altındaki imzaya yalnızca itiraz etmek suretiyle takibi durdurması mümkündür. Yine alacaklının icra mahkemesinden borçlunun itirazının geçici olarak kaldırılmasını dava yoluyla isteme imkânı karşısında mahkemenin itirazın geçici kaldırılması kararı verdiği durumda borçlunun genel mahkemelerde açabileceği davalar mevcuttur. Borçlunun haiz olduğu bu imkanlardan biri de itirazın geçici olarak kaldırılması kararı verilmesini takiben 7 gün içerisinde açılacak olan ve çalışmamızın da konusunu oluşturan borçtan kurtulma davasıdır. Borçtan kurtulma davasının tarafları, icra takibinin alacaklısı ve borçlusudur⁷⁵; borçtan kurtulma davasının davacısı konumunda borçlu, davalısı konumunda ise alacaklı vardır⁷⁶.

⁷³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 790.; Ali Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017, s. 2632.; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, **Medeni Usul Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 760.; Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt 2, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 343.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 601.

⁷⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 250.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 144.

⁷⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 206.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 222.

⁷⁶ Yılmaz, **Şerh**, s. 402.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 126.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 222.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 206.

Borçtan kurtulma davasında davanın tarafları olan icra takibinin alacaklısı ve borçlusu bir maddi hak etrafında mücadele halindedirler⁷⁷. İcra mahkemesi tarafında itirazı geçici olarak kaldırılan borçlu⁷⁸, itiraz etmiş olduğu ve itirazı üzerine duran takibin durmaya devam etmesi için, borçlu olmadığını tespit ettirmek ve sonuç olarak borcundan kurtulmak için takip alacaklısına karşı bu davayı açar. Takip alacaklısı ise artık genel mahkemede açılmış olan bu davada davalı konumundadır.

II. BORÇTAN KURTULMA DAVASI ve ARABULUCULUK KURUMU İLE BAĞLANTISI

Çalışmamızın konusunu teşkil eden borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olduğu defaten açıklanmıştır. Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin yokluğunun tespiti için açılan bu davanın amacı borçlunun, borçlu olmadığını tespitidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenmiş olan borçtan kurtulma davası da menfi tespit davası çatısı altında düzenlenmiş, yine borçlunun borçlu olmadığını tespit ettirme amacı güttüğü, icra mahkemesi tarafında yapılan basit inceleme ile yetinmek istemeyen borçlunun genel mahkemede açtığı davadır. Günümüzde dava şartı anlamında zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi ve arabuluculuk kurumunun gelişmesiyle birlikte menfi tespit davasının; bu çatı altında borçtan kurtulma davasının açılmasından önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunup bulunmadığı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹.

Bu meselenin bir tartışma konusu teşkil etmesinin sebebi aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A hükmünün dava şartına

⁷⁷ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 126.; Ansay, **a.g.e.**, s. 59.: Ansay, bu davada borçlunun davacı taraf olarak talep edilen hakkın mevcut olmadığını tespiti isteyen taraf olduğunu ve borçtan kurtulma davasının, takipte bulunan alacaklı tarafa karşı açılacağını belirtmiştir.

⁷⁸ Akyazan, **a.g.e.**, s. 52.; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 126.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 94.: Bu davanın borçlusu “*borçtan kurtulma davası açmaya hakkı olan borçlu, itirazı icra mahkemesinde geçici kaldırılmış olan borçludur.*”.

⁷⁹ Muhammet Özkes, Pınar Çiftçi, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine”, **TBB Dergisi**, Sayı: 148, 2020, s.103-104. Muhammet Özkes, makalesinde menfi tespit davasında menfi tespit davasının bilenen bir dava türü olması sebebiyle zorunlu arabuluculuk kapsamında sayılıp sayılamayacağının tartışılmasının gereksiz olduğunu kaleme almıştır. Menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığını açık olduğu görüşündedir.

ilişkin düzenlemesi ve menfi tespit davasının konusudur. Özellikle menfi tespit davasının özel bir görünümü olan borçtan kurtulma davasının da dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu kapsamda kısaca dava şartı olarak arabuluculuk kurumuna değinildikten sonra asıl olarak menfi tespit davası ve borçtan kurtulma davasında dava şartı arabuluculuğa başvurma sorunu incelenecektir. Buna ek olarak farklı görüşlere ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına da yer verilecektir.

Arabuluculuk kurumu genel olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında düzenlenmiş ve tarafların iradelerine bağlı olarak cereyan eden bir süreçtir. Tarafların iradelerine bağlı olarak işlerlik kazanan bu süreçte; taraflar arabuluculuk sürecine başlama, süreci devam ettirme ve süreci sona erdirmeye konusunda serbestiye sahiptir. Ancak arabuluculuğun bu ihtiyariliğine çeşitli kanunlardaki düzenlemeler ile özel bir dava şartı yaratılmak suretiyle istisnalar getirilmiştir⁸⁰. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddesi ile, iş uyuşmazlıklarında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesi ile, ticari uyuşmazlıklarda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A ve tüketici uyuşmazlıklarında ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 73/A maddesi ile dava şartı arabuluculuk kapsamında düzenlemeler getirilmiştir. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin yapılması ile birlikte öğretide zorunlu arabuluculuk faaliyetine ilişkin olumlu ve olumsuz görüşler ortaya çıkmıştır. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinin olumlu yanlarına bakıldığında öncelikle mahkeme ortamının tarafların uyuşmazlığa ilişkin müzakere etmesine uygun bir ortam olmaması sebebiyle mahkemeye başvurulmadan önce taraflara bu müzakere ortamının verilmesini⁸¹ ve tarafların bu sayede uyuşmazlık

⁸⁰ Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 127.; Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, **TBB Dergisi**, Sayı:147, 2020, s. 119. Tanrıver, arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi noktasında hukuki uyuşmazlık ile dava şartı olarak öngörülen durum arasında mantıki ve hukuki bir bağ içerisinde olması gerektiğini kaleme almıştır.

⁸¹ Seda Özümücü, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s. 826. Öğretide Özümücü, zorunlu arabuluculuk faaliyeti ile birlikte tarafların müzakere sürecine girdiği ve bu müzakerelerin de hukuki uyuşmazlığın çözümü noktasında yapı taşları olduğu kanaatindedir.

konusu şeyi sağlıklı bir ortamda değerlendirme şansı bulması mümkün olmaktadır⁸². Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesine ilişkin bir başka olumlu husus ise zorunlu arabuluculuğun mahkemelerdeki dava yoğunluğuna çözüm oluşturabilecek nitelikte bir uygulama olmasıdır⁸³.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin olumsuz etkilerine ilişkin görüşlere bakıldığında ise, öncelikle dava şartı arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde mahkemelerin içtihat oluşturmalarını önlediği hususu karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda mahkemelerin uyuşmazlık çözümünün yanı sıra yargılama ile içtihat oluşturarak kamusal değerlerin güçlendirilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁴. Bu hususa ek olarak, dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlenmesinin arabuluculuğa başvurun noktasında gönüllülük esasının uygulanmasını engellediği, bu sebeple tarafların ortak iradeleri ile çözüme katılmalarının mümkün olmadığı; zira arabuluculuğun esas amacının ortak irade ve iyi niyet ile görüşmelere katılmak olduğu öğretide kaleme alınmıştır⁸⁵. Bu hususlara ek olarak üzerinde durulması gereken esas eleştirilerden biri arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi ile dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişlemesi ile bunun genel bir dava şartı haline gelmesi noktasındadır. Öğretide *Tanrıver*, arabuluculuğun iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları gibi alanlarda ve ileride aile hukuku gibi alanlar eklenerek özel bir dava şartından genel dava şartına dönüşmesi noktasında bu durumun 6100 sayılı

⁸² Betül Azaklı Arslan, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, 2018, s. 44.; Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, 2003, s. 174. Ildır, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin tarafların mahkemeye başvurmadan önce uyuşmazlığı sağlıklı bir ortamda değerlendirmesi için bir ön aşama oluşturduğunu ve böylelikle küçük uyuşmazlıkların yargıya taşınmadan daha büyük sorunlara yol açmadan engellenebileceği kanaatindedir.

⁸³ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 827. Özbek, mücadelecı sistemin yerini karşılıklı anlaşma ve iş birliğine bırakmak suretiyle uyuşmazlıkların mahkeme yoluna gitmek yerine müzakere ederek bizzat çözüme daha yararlı olduğu kanaatindedir. Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, 2007, s. 186. Öğretide Özbek, tarafların mahkemede kanunun kendilerine tanıdığı hakları elde etmekte ısrar etmeleri yerine uyuşmazlıktaki asıl menfaatleri üzerine yoğunlaşmak suretiyle birtakım haklarından vazgeçerek arabuluculuk yolu ile çözüme ulaşma yönünde hareket edilmesi gerektiği kanaatindedir.

⁸⁴ Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁵ Kübra Doğan Yenisey, **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 2016, s. 184.; Elif Kısmet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 70.; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 1198.; Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 49.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel dava şartları arasına eklenmesini gerektirecek bir sonuç doğuracağı üzerinde durmaktadır.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin öğretideki olumlu ve olumsuz görüşlere kısaca değindikten sonra dava şartına ilişkin düzenlemeye ve bu düzenlemenin menfi tespit davası kapsamında değerlendirmesine geçebiliriz. Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A hükmünün 1. fıkrası uyarınca: “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır...*”. Yapılan düzenleme ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır⁸⁶. Madde metninin düzenleniş şekli ile arabulucuya başvurma zorunluluğunun dava konusu üzerinden tanımlanması tartışmalara neden olmaktadır. Bu noktada uyuşmazlığın kapsamının ve içeriğinin belirlenmesi önem taşımaktadır zira uyuşmazlık konusunda tespit veya eda talebi⁸⁷ olup olmadığının belirlenmesi zorunlu arabuluculuğa tabi olup olunmadığının tespitinde yol gösterecektir.

Öğretide Koçyiğit ve Bulur'un da desteklediği görüş uyarınca menfi tespit davasının, bu kapsamda borçtan kurtulma davasının arabuluculuğa tabi olması gerektiği yönündeyken; Özekes, Ermenek ve Tanrıver olmak üzere öğretilde ağırlıklı olan görüş ise arabuluculuğa tabi olmaması gerektiği yönündedir. Öncelikle bu davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olmasına ilişkin görüşe baktığımızda esas olarak madde lafzının değil kanun koyucunun iradesinin temel alınması gerektiği ve kanun koyucunun TTK 5/A maddesi kapsamında herhangi bir şekilde dava türleri ayrımı yapmadan menfi tespit davalarının da bu kapsamda kabul etme iradesinde olduğu belirtilmektedir⁸⁸. Özellikle Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanmış olan

⁸⁶ İbrahim Ermenek, Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı: 148, 2020, s. 159.

⁸⁷ Ansay, **a.g.e.**, s. 59. Ansay, borçtan kurtulma davasında alacaklının bir edaya mahkumiyetinin değil, yalnızca talep edilen hakkın mevcut olmadığının tespitinin istendiğini bu yönüyle başlıca eda davalarından ayrıldığını belirtmektedir.

⁸⁸ Barış Toraman, **Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu**, s. 12. www.jurix.com.tr (erişim tarihi: 20.01.2021)

dava şartı arabuluculuğa ilişkin kitapçıkta⁸⁹ Koçyiğit ve Bulur menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin sebepleri ortaya koymuştur⁹⁰. Yazarlar, TTK 5/A maddesinde yapılan düzenleme ile arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi bakımından davalarda talep sonucuna değil, dava konusunun önemli olduğuna vurgu yapıldığı görüşündedir. Bu kapsamda müspet yahut menfi⁹¹ olmak üzere tüm tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğu düşünüldüğünde dava şartı olarak arabuluculuğun uygulama alanı bulduğu kanaatindedirler. Özellikle yukarıda da belirttiğimiz üzere yazarlar, kanun koyucunun iradesi üzerinde yoğunlaşmışlardır. Kanun koyucunun yapmış olduğu düzenleme ile korumak istediği menfaatin ne olduğuna dikkat edilmesi gerektiği, ilgili maddenin lafzına değil ruha bakılması gerektiği; bu kapsamda kanun koyucunun eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamında tutup tespit davalarını tutmadığına ilişkin bir gerekçelendirme yapılamayacağı ve esas amaçların tüm ticari davalarda başarılı bir arabuluculuk uygulaması yapılması olduğu belirtilmiştir. Aksinin kabulünün kanun koyucunun amacına aykırı yorum olacağı ve uygulama bakımından karışıklık yaratacağı kanaatindedirler.

⁸⁹ İlker Koçyiğit, Alper Bulur, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları**, Ankara, 2019.

⁹⁰ Özekes, Çiftçi, **TBB Dergisi**, s. 131-132. Özekes makalesinde, Koçyiğit ve Bulur'a katılmamaktadır; yazarların belirttiğinin aksine TTK m. 5/A hükmünün son derece açık olduğunu ve maddenin sınırlandırıcı şekilde dava şartı arabuluculuğa tabi olan davaları belirlediğini kaleme almıştır. Özellikle kanun metni yeterince açıkken kanun koyucunun iradesinin zorlama olacak şekilde yorumlamasının kanunun getirmediği bir sınırlandırmayı kabul etmek olacağını belirtmiştir. Yazar, tartışmaya konu hususu temel hukuk metodolojisi bakımından yanlış bulmaktadır, zira zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetine istisna getiren bir kurum olduğunu ve bu kapsamda kişilerin hak arama hürriyetinden bahsedilirken esas alınması gereken kurumların mahkemeler olduğunun altını çizmektedir. Bu doğrultuda zorunlu arabuluculuk kurumunun düzenlendiği madde metninin geniş yorumlanmasının hak arama hürriyetine aykırı bir yorum niteliğini haiz olduğunu kaleme almıştır. Özekes, menfi tespit davasının hukuki niteliğinden uzaklaştırılarak zorunlu arabuluculuk kapsamına sokulmaya çalışıldığını, davanın türü itibarıyla niteliği ile bağdaşmayacak bir şekilde arabuluculuk uygulamasının zorla meşrulaştırılmaya çalışıldığını kaleme almıştır. Bu hususlara ek olarak, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmeye çalışılması suretiyle açık olan bir konuyu kargaşık hale getirmek suretiyle mahkemelerin vermiş olduğu yahut vereceği kararlara da bu kargaşanın sirayet ettiğinin altını çizmektedir.

⁹¹ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 123. Tanrıver, İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi kapsamında düzenlenmiş olan menfi tespit davasının bir alacak ya da tazminatı konu almadığını, bu davanın parasal bir edime mahkûmiyet içeren eda davası niteliğini haiz olmadığını belirtmiş ve bu kapsamda İİK bünyesinde özel hükümler ile düzenlenen menfi tespit davasının başka davalarla ilişkilendirilmek suretiyle dava şartı arabuluculuk kurumuna dahil edilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Menfi tespit davasının diğer tespit davaları gibi değerlendirilemeyeceği görüşü ile Tanrıver, Koçyiğit ve Bulur'un aksi görüşte olduğunu açıkça belirtmiştir.

Öğretide başlıca Özekes, Ermenek ve Atalı'nın belirttiği aksi yöndeki görüş menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Zira yazarlar öncelikle menfi tespit davasından neyin anlaşılması gerektiğinin altını çizmek suretiyle bu davanın “bir tespit davası” olduğunu belirtmiştir⁹². Tespit davası niteliğinin altının çizilmesinin sebebi ise bu davanın bir eda yahut inşai dava özelliği taşımadığının yalnızca bir hukuki ilişkinin varlığının yahut yokluğunun tespitinin amaçlandığının anlaşılmasıdır. Bu kapsamda bir eda talebi içermeyen menfi tespit davasının arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği bakımından bir menfi tespit davası olduğu belirtilmiştir. Borçtan kurtulma davasının itirazın kaldırılması çatısı altında, ilamsız icra prosedürü içerisinde değerlendirileceği⁹³ açıktır. Bu kapsamda borçtan kurtulma davası; borçlunun borçlu olmadığının tespitini amaçlayan ve takip hukukuna özgü süreçte, icra hukukuna özgü teknik bir dava olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dava parasal bir edime mahkûmiyet içeren eda davası niteliğini haiz olmayıp borçlunun borçlu olmadığını kanıtlamak üzere genel mahkemelerde açtığı bir davadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi kapsamında özel bir hüküm ile düzenlenmiş olan menfi tespit davası nasıl ki icra takibine ilişkin nitelikleriyle bir eda davası ile ilişkilendirilemiyor ise borçtan kurtulma davasının da bir eda davası ile ilişkilendirilmesi mümkün değildir. Öğretide Ermenek/Arslan, borçtan kurtulma davası bakımından alacaklının eda içerikli bir ifa talebinde bulunduğu durumda dahi bu talebin mahkemeden değil icra dairesinden talep edildiğinin altını çizmektedir⁹⁴. Borçtan kurtulma davası, icra hukukuna özgü teknik bir dava olmasıyla imzaya itirazın hükümden düşürülmesi prosedürünün cüzü niteliğindedir⁹⁵. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde tıpkı menfi tespit davasında olduğu üzere kanunun özel hüküm sevk etmek suretiyle düzenlenen borçtan kurtulma davasının arabuluculuk kurumunun kapsamına bir başka davaymışçasına dahil edilmesi mümkün olmayacaktır.

⁹² Özekes, Çiftçi, **TBB Dergisi**, s. 126.

⁹³ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 123.

⁹⁴ Ermenek, Arslan, **a.g.e.**, s. 163.

⁹⁵ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 124.

Menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kurumu kapsamına dahil edilmesine ilişkin farklı görüşlerin mevcut olması konuya ilişkin yargısal kararlarda da tartışma yaratmıştır. Bu kapsamda hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davası bakımından da aynı tartışmalar bulunmaktadır⁹⁶. Yargısal kararlara bakıldığında bazı ilk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemelerinin menfi tespit davalarının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar verdiği ancak bazı mahkemelerin ise aksi yönde kararlarının mevcut olduğu görülmektedir⁹⁷. Menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilebileceği görüşünde olan mahkemeler⁹⁸ verilen kararlarda genel olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde bahsi geçen hususun “*talep sonucu*” değil dava konusu olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu doğrultuda menfi tespit davasının konusunun esas itibariyle bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması nedeniyle zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği aksi halde kanun koyucunun iradesine aykırı bir yorum yapılmış olacağı gerekçelendirilmektedir. İstanbul 3. Bölge Adliye Mahkemesi⁹⁹ vermiş olduğu bir kararı gerekçelendirirken; Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin amaçsal yorumlanması gerektiğine, parasal uyuşmazlık söz konusu olduğunda menfi tespit davasının ticari nitelikte bir dava gibi değerlendirilmesi gerektiğine, arabuluculuğun zorunlu olmasına ilişkin hususlar düzenlenirken dava tiplerine ilişkin bir sınırlama yapılmadığına ve bu sebepler ile menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine yer vermiştir.

⁹⁶ Cenk Akil, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 41, Yıl:11, 2020, s. 321.

⁹⁷ Özkes, Çiftçi, **TBB Dergisi**, s. 108. Özkes, aslında menfi tespit davasına ilişkin tartışmaların lüzumsuz olduğunu, açık bir konuya ilişkin dava şartı gibi davanın esasına girmeye engel teşkil eden hukuki sorun hakkında yargı mercilerinin bu kadar farklı karar vermesinin doğru olmadığını kaleme almıştır. Özellikle hukuk devleti ve hukuki güvenlik bakımından bu durumun sakıncalı olduğunun altını çizmiştir zira hukuk devletinde kişilerin yargıya olan güveni hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ile doğrudan bağlantılıdır.

⁹⁸ İstanbul 19. BAM, 28.06.2019, 1734/1521.; İstanbul 12. BAM, 26.12.2019, 2253/1641.; İstanbul 13. BAM, 11.12.2019, 1478/1806.; İstanbul 3. BAM, 21.11.2019, 1988/1829. İstanbul 3. BAM, 03.03.2020, 2143/299.; İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2152/1681. www.lexpera.com (erişim tarihi: 26.03.2021)

⁹⁹ İstanbul 3. BAM, 21.11.2019, 1988/1829. Benzer yönde karar için bkz.: İstanbul 3. BAM, 03.03.2020, 2143/299. www.lexpera.com (erişim tarihi: 26.03.2021)

İstanbul 12. Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰⁰ ise vermiş olduğu bir karar ile, dava konusunun bir miktar para olması durumunda açılan davanın ya da talebin ne olduğunun bir önemi olmadığı, sınırlandırıcı bir yorum yapılmaması gerektiği zira böyle bir yorumun kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil edeceği yönünde hüküm kurmuştur¹⁰¹.

Menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı görüşünde olan mahkemeler¹⁰² ise genel olarak; Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A maddesinde bahsi geçen hususun “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında*” olduğu, dava konusunun ancak dava dilekçesinde belirtilen netice-i talep kısmına göre belirlenebileceği ve menfi tespit davalarında davacının talebinin bir miktar paranın ödenmesi yahut bir tazminat alacağı olmadığı zira amacın bir hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun tespiti olduğu kanaatindedirler. Mahkemelerin menfi tespit davasına ilişkin gerekçelerinin borçtan kurtulma davasına ilişkin olarak da değerlendirileceği açıktır. Zira borçtan kurtulma davasının icra hukukuna özgü teknik bir dava olması ve esas itibariyle bir menfi tespit davası olması bu duruma dayanak teşkil etmektedir. İstanbul 17. Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰³ vermiş olduğu bir kararda, tespit davalarının amacının bir hakkın yahut bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti olduğu, Türk Ticaret Kanunu ilgili maddesinin lafzının menfi tespit davaları kapsayacak şekilde yorumlanamayacağı yönünde hüküm kurmuştur. Mahkeme önemli bir hususa da dikkat çekmiştir; alacaklının arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olmadan takip başlatması mümkün iken, borçlunun menfi tespit davası açmadan arabuluculuğa başvurmasının dava şartı olmasına ilişkin düzenlemenin amaca uygun düşmeyeceği

¹⁰⁰ İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2456/1688. Benzer yönde karar için bkz.: İstanbul 12. BAM, 31.12.2019, 2152/1681. www.lexpera.com (erişim tarihi: 26.03.2021)

¹⁰¹ Özkes, Çiftçi, **TBB Dergisi**, s. 114. Özkes, menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde verilen mahkeme kararlarını eleştirmiş; bu kararlara bakıldığında benzer gerekçeler ile hüküm kurulduğunu ancak bu gerekçelerin doğru olmadığını kaleme almıştır. Özkes bu kararları; gerekçelerde kanun koyucunun farazi amacından yahut menfi tespit davasının farazi sonuçlarından hareket edilmesi, menfi tespit davasının hukuki niteliğinin tartışılmaması ve yorum kurallarını zorlayan faraziyelere dayanılarak bu kararların verilmesi yönleriyle eleştirmektedir.

¹⁰² İstanbul 17. BAM, 02.06.2020, 3684/960.; İstanbul, 16. BAM, 27.02.2020, 528/495.; İstanbul 9. BAM, 29.11.2019, 2845/3863.; İstanbul 17. BAM, 27.02.2020, 2019-2227/594.; İstanbul 14. BAM, 26.12.2019.; İstanbul 14. BAM, 26.12.2019, 1621/1703. www.lexpera.com (erişim tarihi: 26.03.2021)

¹⁰³ İstanbul 17. BAM, 27.02.2020, 2019-2227/594. www.lexpera.com (erişim tarihi: 26.03.2021)

ve menfaat dengesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır. Benzer yönde bir karar veren İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰⁴ ise, menfi tespit davası ile bir miktar alacağının tahsilinin talep edilmediği, kanunun açık ifadesine rağmen tespit ve menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Yine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰⁵ de

¹⁰⁴ İstanbul 14. BAM, 26.12.2019 tarihli, e. 2019/1621 ve k. 2019/1703 sayılı kararı: "...Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır...". Benzer yönde karar için bkz.: İstanbul 14. BAM, 21.03.2019 tarihli, 2019/521 e. ve 2019/423 k. sayılı kararı: "...Dava hukuki niteliği itibarıyla, İİK'nın 72. maddesi uyarınca, icra takibinden sonra açılmış menfi tespit davasıdır. 6/12/2018 tarihli, 7155 Sayılı Kanun'un 20. maddesiyle TTK'ya eklenen 5/A maddesi uyarınca, " (1) Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesi uyarınca, (1) İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır. (2) Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde: Davacının iş bu davadaki talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticeyi talep esas alınarak belirlenir. Neticeyi talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesinin karar gerekçesi bu nedenle usul ve yasaya aykırıdır..."; www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.05.2021)

¹⁰⁵ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, 29.11.2019 tarihli, 2019/1498 e. ve 2019/1230 k. sayılı kararı: "...06/12/2018 tarihli ve 7155 Sayılı Kanun'un 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesinde, "Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmü bulunmaktadır. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde de, "İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine aşağıdaki hükümler uygulanır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu

dava dilekçesindeki talep sonucu esas alınarak dava konusunun belirleneceği, menfi tespit davaları sonucunda verilecek kararın eda hükmü içermeyeceği bu sebeple menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

Tüm bu görüşle ve yargı kararları ışığında, bizim görüşümüz de menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir. Borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olduğu dikkate alındığında, davanın türü itibariyle niteliği ile bağdaşmayacak şekilde dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Zira davanın konusu bir alacak yahut tazminat değildir, eda davası niteliğini haiz değildir. Kanun koyucunun iradesinin de menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilmesine imkan verecek şekilde geniş yorumlanması mümkün değildir. Kanun koyucunun farazi amacından hareketle, kanunun lafzında düzenlenmemiş bir hususu dava şartı arabuluculuk ile ilişkilendirmek doğru olmayacaktır.

sebebiyle usulden reddine karar verilir." hükmü bulunmaktadır. Somut uyuşmazlıkta davacıların talebi, menfi tespit istemine ilişkindir. TTK'nın 5/A maddesine göre ise, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu esas alınarak belirlenir. Talep sonucunun bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları 6100 Sayılı HMK'nın 106. maddesi uyarınca tespit davası niteliğinde olup, dava sonucunda borçlunun borçlu olmadığı anlaşılmaması halinde bu hususta tespit hükmüne yer verilir. Menfi tespit davaları sonucunda verilecek kararlar eda hükmü içermeyeceğinden menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır..." www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.05.2021)

III. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA ÖZEL DAVA ŞARTLARI

A. İtirazın Geçici Kaldırılması Kararı Verilmiş Olması

Çalışmamızın konusunu teşkil eden borçtan kurtulma davasına ilişkin olarak özel dava şartları mevcut bulunmaktadır. Bu dava şartlarından birincisi, borçtan kurtulma davası açılabilmesi için icra mahkemesi tarafından verilmiş olan bir itirazın geçici kaldırılması kararının mevcut olmasıdır. Bu sebeple itirazın geçici kaldırılması kararına ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra bu kararın verilmesinin akabinde borçtan kurtulma davası açılması hususu değerlendirilecektir. İtirazın kaldırılması prosedürü iki ayrı kolda ilerlemektedir. Borca itiraz edilmesi durumunda itirazın kesin kaldırılması, imzaya itiraz edilmesi durumunda ise itirazın geçici kaldırılması istenebilmektedir. Borçtan kurtulma davası kapsamında incelemeye konu olacak husus imzaya itiraz durumunda talep edilen itirazın geçici kaldırılması kararıdır. Öncelikle itirazın geçici kaldırılması kararına ilişkin hususları ele almak yerinde olacaktır. Zira borçtan kurtulma davası açılmasına ilişkin özel dava şartlarından ilki itirazın geçici kaldırılması kararı verilmiş olmasıdır.

Alacaklının adi bir senede dayanarak yapmış olduğu ilamsız takip kapsamında borçlunun adi senet altındaki imzayı inkâr etmesi durumunda icra takibi durmaktadır. Buna bağlı olarak alacaklı itirazın geçici kaldırılmasını talep edebilir¹⁰⁶. İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesinin birinci fıkrası uyarınca; *“Takibin dayandığı senet hususi olup, imza itiraz sırasında borçlu tarafından reddedilmişse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir...”* denilmektedir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, alacaklının itirazın geçici kaldırılmasını istemesi ancak borçlunun imzaya itiraz etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Alacaklının, borçlunun imzaya itirazının kendisine tebliğden itibaren 6 ay içerisinde bu davayı açması gerekmektedir. Alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebi üzerine icra mahkemesi, borçlunun

¹⁰⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 214.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 197.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 127.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 126.

imzasına itiraz ettiği adi senedi inceleyecek ve adi senet altındaki imzanın borçluya ait olup olmadığını değerlendirecektir. İcra mahkemesinin bu değerlendirmesi basit yargılama usulüne göre ve duruşmalı olarak yapılacaktır¹⁰⁷. İcra mahkemesi yargılamaya başlamadan, icra dairesinden takip dosyasını talep edecektir; icra dairesi ise takip dosyasını ve eğer mevcut ise borçlunun imza uygulaması için kullanılması mümkün olan imzalarını icra dairesine gönderecektir. İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a maddesinin 2. fıkrası uyarınca borçlu, duruşmada bizzat hazır bulunmalıdır: “*Senet altındaki imzayı reddeden borçlu takibi yapan icra dairesinin yetki çevresi içinde ise, itirazın kaldırılması için icra mahkemesi önünde yapılacak duruşmada, mazeretini daha önce bildirip tevsik etmediği takdirde, bizzat bulunmaya mecburdur. İcra dairesinin yetki çevresi dışında ödeme emri tebliğ edilen borçlu, istinabe yolu ile isticvabına karar verilmesi halinde, aynı mecburiyete tabidir.*”. Ancak ilgili madde metninden de anlaşıldığı üzere duruşmanın yapılacağı icra mahkemesi takibi yapan icra dairesinin yetki çevresi içinde değilse duruşmada bizzat bulunmak zorunda değildir, istinabe yolu ile de dinlenmesi mümkündür. Bu hususa ek olarak yine borçlunun bizzat duruşmada bulunmasına engel bir sebep, mazeret mevcut ise bu durumun belgelendirilmesi suretiyle duruşmanın yeni bir güne ertelenmesi mümkündür. Borçlunun bu durumlar hariç olmak üzere duruşmada bizzat bulunmaması halinde İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a maddesinin 5. fıkrası uyarınca para cezası öngörülmüştür: “*Yapılacak duruşmada, yukarıda yazılı mazerete dayanmaksızın, borçlunun hazır bulunmaması halinde icra mahkemesince başka bir cihet tetkik edilmeksizin itirazın muvakkaten kaldırılmasına ve borçlunun sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkumiyetine karar verilir. Duruşmaya gelmeyen borçlunun itirazının muvakkaten kaldırılmasına ve hakkında para cezasına karar verilebilmesi için keyfiyetin davetiyeye yazılması şarttır.*”. Ancak Kanun bu para cezasına hükmedilebilmesi için; borçluya gönderilecek olan duruşma davetiyesinde borçlunun yazılı mazerete dayanmaksızın duruşmaya gelmemesi durumunda başka bir inceleme yapılmaksızın

¹⁰⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 216.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 199.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 128.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 127.

itirazın geçici kaldırılmasına karar verileceği ve para cezasına hükmedileceği hususunun yazılmış olmasını aramaktadır¹⁰⁸.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesine uygun şekilde borçluya meşruhatlı davetiye tebliğ edilmesine rağmen borçlunun duruşmaya gelmemesi ve mazeretini de bilmemesi sebebiyle başka bir incelemeye gerek kalmaksızın itirazın geçici kaldırılmasına karar vermiştir¹⁰⁹. Mahkeme; avukatın davete uymuş bulunmasının sonuca etkili olmayacağı, borçlunun duruşmada bizzat bulunmak zorunda olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Kanunda alacaklının duruşmada bulunmamasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Alacaklının duruşmada hazır bulunmaması ve borçlunun duruşmaya devam edilmesini istemesi durumunda, icra mahkemesinin alacaklının yokluğunda inceleme yapacak ve karar verebilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesi uyarınca, iki tarafın da duruşmaya gelmemesi durumunda dosya işlemiden kaldırılacaktır: *"Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir."*

İcra mahkemesi, borçlunun duruşmada mevcut olması durumunda alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebini inceleyecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca, hâkim hem alacaklıdan hem de borçlu

¹⁰⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 128.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 200.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 217.

¹⁰⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 27.04.1987 tarihli, 1986/9717 e. ve 1987/5742 k. sayılı kararı: *"...İİK'nun 68-a maddesine uygun biçimde meşruhatlı davetiye tebliğ edildiği halde duruşmaya gelmemiş, gelmeyişi sebebini de daha önce tevsik etmemiştir. Bu durumda avukatının davete uymuş olması sonuca etkili değildir. İmza inkarında bulunan borçlu vekili olsa dahi borçlu ilk oturumda, bizzat bulunmak zorundadır. Aksi halde başkaca bir incelemeye geçilmeksizin itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmelidir. Olayda merciin bu yasa hükmünü ihmal ederek bilirkişi incelemesine gitmek suretiyle sonuca ulaşması füzuli olup bozma sebebidir."* Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 09.04.1987 tarihli, 1987/9066 e. ve 1987/5022 k. sayılı kararı: *"...Olayın özelliği itibariyle, imza inkarının kaldırılması dileğiyle açılan duruşmaya ait davetiye tebliğ olunduğu halde, borçlu gelmediği için duruşmaya son verilemeyeceği gibi bilirkişi incelemesine de geçilemez. Zira İİK'nun 170. maddesi yolu ile uygulanması gereken İİK'nun 68-a maddesi hükmü icabı borçlunun bulunduğu yer icra tetkik merciince isticvabını teminen talimat yazılması bu maddeye uygun meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen, borçlunun 68 a-2 bendine göre... mazerete dayanmaksızın gelmemesi halinde, başka bir cihet incelenmeden icra inkar tazminatı ve para cezası ile mahkum edilmeksizin itirazın geçici olarak kaldırılmasına gelip de imza inkarını devam ettirdiği takdirde bilirkişi incelemesi yapıp sonucuna göre karar verilmesi icap eder. İİK'nun 170, 68-a maddelerine uygun düşmeyen merci kararı bozulmalıdır."* www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.05.2021)

da izahat almaktadır. İtirazın geçici kaldırılması kurumu yukarıda da bahsi geçtiği üzere ancak adi senet altındaki imzaya borçlunun itiraz etmesi durumunda mümkün olacağı için eğer bu izahat sırasında borçlu imzaya itiraz ile inkâr etmiş olduğu imzaya ikrar ederse artık itirazın geçici kaldırılması kurumundan bahsedilmesi, mahkemenin itirazın geçici kaldırılması kararı vermesi mümkün olmayacaktır. Zira borçlunun imza ikrarı ile alacaklının dayanmış olduğu senet imzası ikrar edilmiş adi senet haline gelecektir ve itirazın kesin kaldırılması kurumundan söz edilebilecektir. Ancak borçlu izahat sırasında imzaya ikrar etmez ve inkâr etmekte direnirse, icra mahkemesi itirazın geçici kaldırılması kararı verebilmek için adi senet altındaki imzanın borçluya aidiyetini sorgulayacaktır, imzayı incelemeye başlayacaktır. İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a maddesinin 3. fıkrası imza incelemesinin ne şekilde yapılacağını düzenlemiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na yollamada bulunmuştur: *“Tatbika medar imza mevcutsa bununla, yoksa borçluya yazdıracağı yazı ve attıracağı imza ile yapılacak mukayese ve incelemelerden veya diğer delil ve karinelerden icra mahkemesi, reddedilen imzanın borçluya aidiyetine kanaat getirirse itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verir. Hâkim lüzum görürse, oturumun bir defadan fazla talikine meydan vermiyecek surette, bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.”*. İlgili madde metninden de anlaşılacağı üzere; borçlunun daha önce imzalamış bulunduğu başka bir belge mevcut ise yani “tatbike medar” yahut “uygulamaya elverişli belge” mevcut ise, senet altındaki imza bu imza ile karşılaştırılacaktır. Eğer borçluya ait böyle bir imza bulunmuyor ise, borçluya icra mahkemesi huzurunda yazı yazdırılması ve imza attırılması suretiyle yani “istiktab” veya “yazı yazdırılması” suretiyle imza karşılaştırılması yapılacaktır. Söz konusu imzaların karşılaştırılması; eğer hâkimin ilk bakışta görebileceği bir benzerlik mevcut ise hâkim tarafından yoksa bilirkişi eli ile yapılacaktır. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere bilirkişinin incelemesine ilişkin 68/a maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili maddelerine yollama yapılmıştır¹¹⁰.

İcra mahkemesi, yukarıda anlatıldığı üzere yapacağı imza incelemesi sonucunda itirazın geçici kaldırılması talebi hakkında iki şekilde karar verebilir; itirazın geçici

¹¹⁰ Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 129.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 202.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 218.

kaldırılması talebinin reddi kararı yahut itirazın geçici kaldırılması kararı. İtirazın geçici kaldırılması talebinin reddi kararı ile alacaklının dayandığı adi senet altında borçlunun inkâr etmiş olduğu imzanın, borçluya ait olmadığı tespit edilmiş olur. Adi senet altındaki imzanın borçluya ait olmaması sebebiyle mahkeme, alacaklının itirazın geçici kaldırılması talebinin reddine karar verir. Bu durumda alacaklı, borçlunun itirazı ile durmuş olan icra takibine devam edemez. İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesinin 8. fıkrası uyarınca bu karar ile, borçlunun itirazın geçici kaldırılması duruşmasında talep etmesi halinde alacaklı takip konusu miktarın yüzde yirmisinden az olmamak üzere tazminata mahkûm edilir: “İtirazın muvakkaten kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu, bu talebin reddi halinde ise alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir...”. İlgili madde hükmünde yalnızca borçlunun talebi aranmış, alacaklının kötü niyetli olması aranmamıştır. Bu itirazın geçici kaldırılması talebinin reddi karar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez¹¹¹. Bu kararın kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle alacaklının aynı alacak için genel mahkemede bir alacak davası açması mümkündür. Yine İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesinin son fıkrası uyarınca; alacaklı genel mahkemede bir alacak davası açarsa hükmedilen tazminatın tahsili de bu davanın sonuna kadar ertelenir.

Çalışmamızın konusu itibarıyla esas olarak üzerinde durulması gereken icra mahkemesinin imzaya ilişkin itiraza dair incelemesi sonucunda vereceği bir diğer karar olan itirazın geçici kaldırılması kararıdır. İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı ile alacaklının dayandığı adi senet altında borçlunun inkâr etmiş olduğu imzanın, borçluya ait olduğu tespit edilmiş olur. Adi senet altındaki imzanın, imzasını inkâr etmekte haksız olan borçluya ait olduğu kanaatine varan mahkeme, itirazın geçici kaldırılmasına karar verir. İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a maddesinin 6. fıkrası uyarınca, icra mahkemesi itirazın geçici kaldırılması kararı ile birlikte haksız olarak imzasını inkâr eden borçluyu takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder: “İcra hakimi, imzanın borçluya aidiyetine karar verdiği takdirde borçluyu sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu

¹¹¹ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 130.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 202.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 219.

oranında para cezasına mahkum eder...”. Bu para cezasına ek olarak İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a maddesinin son fıkrası uyarınca, icra mahkemesi eğer alacaklı talep etmiş ise borçluyu inkâr ettiği miktarın yüzde yirmisinden az olmamak üzere tazminata da mahkûm eder. Ancak itirazın geçici kaldırılması kararının da itirazın geçici kaldırılması kararının reddi kararı gibi kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle bu tazminat borçlunun borçtan kurtulma, menfi tespit yahut istirdat davası açması durumunda, davanın sonuçlanmasına kadar ertelenir.

Borçluya tanınmış olan bu borçtan kurtulma, menfi tespit yahut istirdat davası açma imkânı aynı zamanda itirazın geçici kaldırılması kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini de kanıtlar niteliktedir¹¹². Alacaklının bu geçici kaldırma kararına dayanarak bulunabileceği talepler sınırlıdır; alacaklıya geçici bazı icrai haklar verilmektedir ve takip hukuku bakımından sonuçlar doğurmaktadır¹¹³. Zira bu kaldırma kararının “geçici” olması sebebiyle alacaklının bu karara dayanarak yalnızca geçici haciz istemesi mümkündür. Bu geçici kaldırma kararına dayanılarak icra takibine devam edilmesi istenemez; verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere, borçlunun itirazın geçici kaldırılması kararı verilmesinden itibaren 7 gün içerisinde borçtan kurtulma davası açma hakkı mevcuttur.

İfade edildiği üzere, borçtan kurtulma davasına ilişkin düzenlemelere bakıldığında özel dava şartlarının mevcut olduğu; özel dava şartlarından ilkinin ise borçtan kurtulma davasının açılabilmesi için verilmiş olması gereken itirazın geçici kaldırılması kararı olduğu görülmektedir. Bu husus İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu’nun 69. maddesi uyarınca: “*İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir.*”. Kanun itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açılabilmesini düzenlemiştir. İlgili madde metninde de düzenlendiği üzere, itirazın geçici kaldırılması kararının

¹¹² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 219.

¹¹³ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 125.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 131.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 202.

kesinleşmesi aranmamıştır. İtirazın geçici kaldırılması kararı hakkında kanun yoluna başvurulması durumunda dahi borçtan kurtulma davasının açılması mümkündür. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararlarda itirazın geçici kaldırılması kararı verilmesi durumunda borçtan kurtulma davası açılabileceğine ilişkin hüküm kurmuştur¹¹⁴.

Bu durumda borçlu, borçlu olmadığını tespit edilmesini istiyorsa, ayrıca icra takibinin durmakta devam etmesini ve iptal edilmesini istiyorsa borçtan kurtulma davası açabilir¹¹⁵. Borçtan kurtulma davası açıldığı durumda ise bu dava sonuçlanıncaya kadar icra takibi durmakta devam edecektir. Borçlu, itirazın geçici kaldırılması kararının kesin kaldırma kararına dönmesini istemiyorsa yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açmalıdır. Borçlunun borçtan kurtulma davası açmaması durumunda konulmuş olan geçici haciz kesinleşecek ve itirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırılması kararına dönecektir.

Bu noktada uygulamada, özellikle Yargıtay içtihatlarına konu olmuş bir hususun üzerinde durmak gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızda borçtan kurtulma davası açılabilmesi için icra mahkemesinin itirazın geçici kaldırılmasına karar vermiş olması gerektiği belirtilmişti. Ancak Yargıtay kararlarına konu olan bir durum; icra mahkemesinin yalnızca “*itirazın kaldırılması kararı*” vermesi durumunda bu kararın geçici kaldırma kararı gibi kabul edilip edilemeyeceği ve bu karara karşı borçtan kurtulma davası açılıp açılmayacağıdır. Özellikle bu durum hem imzaya hem borca itiraz edildiğinde karşımıza çıkmaktadır. Zira icra mahkemesi hem borca hem imzaya itiraz edilmiş olması sebebiyle yalnızca “*itirazın kaldırılması*” şeklinde karar vermektedir. Bu noktada hem borca hem imzaya yapılmış itirazın kendi içerisinde ayrı bir imzaya itiraz barındırması sebebiyle bu kararın “*itirazın geçici kaldırılması*” kararı olarak kabul edilip borçtan kurtulma davası açılması yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,

¹¹⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 10.10.1966 tarihli, 1966/9374 e. ve 1966/9579 k. sayılı kararı: “İtirazın kaldırılmasına ilişkin merci kararı, asıl hak bakımından kesin hüküm oluşturmaz. Merci kararı geçici kaldırmaya ilişkinse, borçlu borçtan kurtulma davası açabilir. Karar, kesin kaldırma niteliğinde ise, “menfi tespit” ya da “istirdat” (geri alma) davası söz konusu olabilir...” www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹¹⁵ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 132.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 172.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 130.

verilen kararın lafzının da mutlaka “*itirazın geçici kaldırılması*” şeklinde olması gerektiği zira borçtan kurtulma davası açılması için verilen kararın itirazın geçici olarak kaldırılması kararı olduğu, icra mahkemesinin “*kesin*” ya da “*geçici*” olduğunu bildirmeden karar vermesi durumunda bu kararın “*itirazın kesin kaldırılması*” kararı olarak nitelendirilmesi gerektiği ve borçtan kurtulma davası değil menfi tespit davası açılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹¹⁶. Öğretide itirazın geçici kaldırılması kararı ve bu kararın akabinde borçtan kurtulma davası açılması hususu eleştirilmiştir; aşağıda ayrıntılı olarak bu eleştirilere yer verilecektir.

B. Borçtan Kurtulma Davasında Süre

Borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartlarından olan süre unsuru İcra ve İflas Kanunu’nun 69. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. “*İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu...borçtan kurtulma davası açabilir.*”. İlgili madde metni uyarınca, borçlunun veya vekilinin icra mahkemesindeki duruşmada bulunması durumunda itirazın geçici kaldırılması kararı tefhim edilmiş ise, yedi günlük dava açma süresi bu tefhim tarihinden itibaren işleyecektir; borçlunun veya vekilinin yokluğunda itirazın kaldırılması kararı verilmiş ise, yedi günlük dava açma süresi itirazın geçici kaldırılması kararının borçlu veya vekile tebliğ edilmesinden itibaren başlayacaktır¹¹⁷. Akyazan¹¹⁸, borçlunun duruşmada hazır bulunmasına rağmen kararın tefhim edildiğine dair bir kayıt mevcut değilse kararın tefhim edilmiş sayılmayacağını ve yedi günlük sürenin usulen tebliğden itibaren başlayacağına dikkat çekmiştir. Yazara göre, borçtan kurtulma davası açılabilmesi için itirazın geçici kaldırılması kararının kesinleşmesi şart olmayıp bu karar temyiz edilmiş olsa dahi tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açılması

¹¹⁶ Talih Uyar, “İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK. M. 69/II, III, IV, V)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 58, 2005, s.326. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 21.4.1989 tarihli ve 2827/2412 sayılı kararı.

¹¹⁷ Yılmaz, **Şerh**, s. 402.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 205.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 221.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 131.

¹¹⁸ Akyazan, **a.g.e.**, s. 53.

mümkündür.¹¹⁹ Zira borçlunun, bu yedi günlük süre geçtikten sonra açacağı dava artık borçtan kurtulma davası olmayıp menfi tespit davası olacaktır ve borçtan kurtulma davasının sonuçlarını doğurmayacaktır¹²⁰. Bu yedi günlük süre hak düşürücü niteliktedir¹²¹. Bu sürenin hak düşürücü nitelikte olması sebebiyle mahkemece kendiliğinden¹²² gözetilmesi gerekmektedir.

Öğretide *Postacioğlu*¹²³, borçtan kurtulma davasına ilişkin yedi günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra menfi tespit davası açılmasına ilişkin olarak bu hakkın borçluya tanınmasının işin doğasında olduğunu belirtmektedir. Zira borçlunun, borçtan kurtulma davası açmaması kendisini maddi hukuk bakımından koruyacak olan menfi tespit davasını açmasına engel sayılamamalıdır. Hak düşürücü olan yedi günlük sürenin geçmesinden sonra davanın açılacak olması durumunda, öğretide davanın akıbetine ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Öğretide mevcut görüşlerden *Ansay* ve *Üstündağ*'ın da savunduğu görüş¹²⁴, borçtan kurtulma davasına ilişkin 7 günlük sürenin hak düşürücü nitelikte olması ve borçtan kurtulma davasına teknik anlamda niteliğini kazandıran özel dava şartlarından biri olması sebebiyle mahkemenin bu sürenin geçtiğini re'sen gözeterek; bu süre geçmiş ise davayı reddetmesi gerektiğine ilişkindir. Bu görüş uyarınca, davanın açılması gereken 7 günlük süre geçmiş ise mahkeme bu hususu re'sen gözeterek davanın esasına girilmeden usuli bir karar ile davayı reddetmelidir, davanın esasına girilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda 7 günlük hak düşürücü sürenin geçmesi ile borçtan kurtulma davası açılmaması durumunda itirazın geçici kaldırılması kararı, itirazın kesin kaldırılmasına dönüşecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; “*Borçlu yukarıda yazılı müddet*

¹¹⁹ Sıtkı Akyazan, *İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar*, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1965, s. 53.; Kuru, *El Kitabı*, s. 330.; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 125.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 221.

¹²⁰ Kuru, Arslan, Yılmaz, *a.g.e.*, s. 205.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 221.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 131.

¹²¹ Kuru, *El Kitabı*, s. 330.; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 7.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 131.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 221.

¹²² Ansay, *a.g.e.*, s. 59.; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 125.

¹²³ İlhan E. Postacioğlu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, “İcra İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Davası”, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s. 829.

¹²⁴ Ansay, *a.g.e.*, s. 59.; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 125.; Muşul, *a.g.e.*, s. 55.

içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir.”. İtirazın geçici kaldırılması kararının, itirazın kesin kaldırılması kararına dönüşmesi ile birlikte geçici haciz varsa kendiliğinden kesin hacze dönüşür¹²⁵. Daha önce geçici haciz konulmamış ise imza itirazının geçici kaldırılması kararının kesin kaldırmaya dönüşmesi ile ödeme emri kesinleşir. Ödeme emrinin kesinleşmesiyle bu belge cebri icra belgesi halini alır ve alacaklıya kesin haciz isteme yetkisi verir.

*Kuru, Arslan ve Yılmaz’ın da desteklediği bir diğer görüş¹²⁶ ise özellikle uygulamada, bu davanın süresinden sonra açılması durumunda dahi reddedilmemesi ve bir ara karar ile davanın teknik anlamda borçtan kurtulma davası olmadığı açıklandıktan sonra, davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiği yönündedir. Ancak artık bu dava borçtan kurtulma davasının sonuçlarını doğurmayacak, genel olarak menfi tespit davasının sonuçlarını doğuracaktır¹²⁷. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.3.1981 tarihli ve 1981/1493-1373 sayılı kararında borçtan kurtulma davasının itirazın geçici kaldırılması kararından itibaren yedi gün içerisinde açılması gerekirken bu süre içerisinde açılmaması halinde davanın reddedilmemesi, davaya bir menfi tespit davası olarak devam edilmesi hakkında hüküm kurmuştur¹²⁸. Bu görüşün temelini; borçtan kurtulma davasının esasında bir menfi tespit davası olduğu hususu oluşturmaktadır. Kaldı ki, hâkim tarafların hukuki nitelendirmeleri ile bağlı değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. madde hükmü uyarınca; “*Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular.*” denilmektedir. Bu kanun maddesi hâkimin tarafların hukuki nitelendirmeleriyle bağlı olmamasının dayanağıdır ve bu yol ile tarafların hukuki bilgisizliklerinden zarar görmeleri de engellenmiş olur¹²⁹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir karar ile davanın*

¹²⁵ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 132.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 221.

¹²⁶ Kuru, **El Kitabı**, s. 330.; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 7.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 206.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 221.; Yazar, **a.g.e.**, s. 108.

¹²⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 131.

¹²⁸ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 15.

¹²⁹ Cenk Akil, “Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 1.; Ahmet Cahit İyilikli, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 106, 2013, s.173.; Kuru, **El Kitabı**, s. 330.; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 7.

hukuki nitelendirmesini yapmanın hâkime ait olduğuna dair hüküm kurmuştur¹³⁰. İlgili karara konu davada borçtan kurtulma davası açılmış ancak borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartları yerine getirilmemiştir. Yargıtay böyle bir durumda davanın bu hali ile menfi tespit davası olması dolayısıyla hukuki tasnifin hâkim tarafından yapılarak davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. madde hükmü uyarınca; hâkimin Türk kanunlarını re'sen uygulayacağını, verilen karar doğrultusunda mahkemenin tarafların netice-i talepleri ile iddia ve savunmalarını dayandırdıkları maddi vakıalar ile bağlı olduğunu ancak ileri sürülen maddi vakıaların hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığını ifade etmek gerekir¹³¹. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararda, benzer nitelikte hüküm kurmuştur. Karara konu olayda davacının, borcun kaldırılmasını istediği dava dilekçesinde davasını "borçtan kurtulma davası" olarak nitelendirmesine rağmen ileri sürülen olaylar incelendiğinde davanın menfi tespit davası niteliğini haiz olduğu görülmüştür¹³². Yargıtay, "hâkimin davacının yanlış nitelendirmesi ile bağlı olmaması" ve "borçlunun gereksiz yere düştüğü kötü durumdan kurtulması" gerekçeleri ile davanın reddedilmemesi; davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

Borçtan kurtulma davasının, icra mahkemesinin itirazın geçici olarak kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içerisinde açılması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Ancak icra mahkemesinin vermiş olduğu bu itirazın

¹³⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15.10.1985 tarih ve 1985/5473-5297¹³⁰ sayılı kararı. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 04.10.1995 tarihli ve 1995/7855 e. ve 1995/7855 k. sayılı karar: "...İİK'nun 69. maddesinde açıklandığı gibi, borçtan kurtulma davası, itirazın muvakkaten kaldırılması halinde, kararın tefhim ya da tebliğinden itibaren 7 gün içinde açılan davadır. İtirazı kesin olarak kaldırılmış bulunan borçlunun, borçtan kurtulma davası açma hakkı olmayıp, somut olayda olduğu gibi, genel mahkemede açtığı davayı borçtan kurtulma davası olarak isimlendirmesi halinde, yasaları resen uygulamakla yükümlü olan hakim, hukuki nitelendirmeye bağlı olmaksızın, davanın aslında bir menfi tespit davası olduğunu dikkate alarak davaya bu niteliği ile bakıp sonuçlandırmaktır...". www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹³¹ Abdullah Selman Arısoy, Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (Iura Novit Curia Prensibi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2017, s. 87.; Muşul, a.g.e., s. 116.

¹³² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.11.1971 tarihli, 1971/8497 e. ve 1971/9729 k. sayılı kararı: "...Borcun kaldırılmasını istediği dava dilekçesinde, bu davasını "borçtan kurtulma davası" olarak nitelemiştir. Yapılan yargılama sonunda mahkemece, ortada İİK/m. 68'e göre itirazın kesin ya da geçici olarak kaldırılması kararı bulunmadığı ve davacının borcu tamamen ödedikten sonra genel hükümlere göre geri alma davası açabileceği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Oysa, davacının ileri sürdüğü olaylara göre, bu dava, İİK/m. 72 de öngörülen "menfi tespit davası"dır. Hakim, davacının davayı yanlış nitelemesi ile bağlı değildir...". www.kazanci.com.tr

geçici kaldırılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda yedi günlük sürenin akıbeti öğretide tartışma konusu olmuştur. İstinaf yoluna başvurulması durumunda yedi günlük sürenin itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden itibaren mi başlayacağı yoksa istinaf incelemesi sonrasında kararın kesinleşmesinden sonra mı başlayacağı tartışılmıştır. Yargıtay ve öğreti tarafından da benimsenen görüş uyarınca, yedi günlük sürenin itirazın geçici kaldırılması kararı verilmesinden itibaren başlayacağı; bu kararın kesinleşmesine gerek olmadığı yönündedir¹³³. Bu sürenin başlangıcına ilişkin husus aynı zamanda İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

Süreye ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise aleyhine takip başlatılan borçlunun itirazın geçici kaldırılması kararı verilmeden, takipten önce veya sonra menfi tespit davası açmış olması durumunda itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra borçtan kurtulma davası açmak için yine yedi günlük sürenin beklenmesi gerekip gerekmediğidir. *Kuru*, borçlunun, itirazın geçici kaldırılması kararı verilmeden önce menfi tespit davası açmış olması halinde itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmesinden sonra artık yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açmasına gerek olmadığı görüşündedir; davacının mahkemenin vereceği uygun süre içinde borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartlarından biri olan teminat şartını yerine getirmesi durumunda menfi tespit davası borçtan kurtulma davasına dönüşecektir¹³⁴.

C. Teminat

Borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartlarından olan teminat; İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir: “...*Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15 ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.*” denilmektedir. Bu düzenleme ile ilgili Millet Meclisi

¹³³ Uyar, *Şerh*, s.5930.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 221.

¹³⁴ Kuru, Arslan, Yılmaz, *a.g.e.*, s. 205.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 220.

Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi'nde %15 oranındaki teminatın yatırılmaması durumunda davacıya müddet verilmeyeceği ve davanın reddedileceği kaleme alınmıştır¹³⁵. Maddenin lafzında teminat gösterilmemesinin davanın dinlenilmesine ve esastan incelemeye geçilmesine engel oluşturacağı ve davanın reddini gerektireceği açıkça belirtilmiştir¹³⁶. Bu bir özel dava şartı oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde dava şartları sayılmıştır, madde hükmünün 2. fıkrasında ise “*Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.*” denilmiştir.

İlgili maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde dava kapsamında gösterilebilecek olan teminatlar belirtilmiştir. Bu kapsamda davanın görülebilmesi için dava konusu alacağın %15'i para, hisse senedi, tahvil veya banka mektubu olarak teminat gösterilebilecektir¹³⁷. Aynı maddenin aynı cümlesi uyarınca yine para dışındaki teminat türleri ile teminat gösterilebilmesi ancak mahkemenin kabulü ile mümkün olacaktır. Mahkemenin teminatın türüne ilişkin kararını, davacının göstermek istediği teminatı uygun bulup bulmadığına ilişkin kararını duruşma gününden uygun bir süre önce davacıya bildirmesi gerekir. Öğretide *Postacıoğlu*¹³⁸, teminatın türüne ilişkin değerlendirmeyi yapmanın yalnızca mahkemenin yetkisinde olmasını eleştirmiştir; davalı konumundaki alacaklıya teminatın türüne itiraz etme hakkı tanınması gerektiği görüşündedir. Eğer mahkeme davacının göstermek istediği teminat türüne ilişkin herhangi bir karar vermez ise ve davacı bu sebeple teminat gösterme yükümlülüğünü yerine getiremez ise; bu durumda teminat gösterilmemesinden kaynaklanan dava şartının yokluğu nedeniyle davanın reddine

¹³⁵ Yılmaz, **Şerh**, s. 403.; Uyar, **Şerh**, s. 5900.; “*Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi (mesmu olması) için, davacının ilk duruşma gününe kadar yüzde 15 teminat yatırmış olması şarttır. Davacı, en geç bu ilk duruşma gününde yüzde 15 teminatı yatırmazsa, kendisine bunun için bir mühlet verilemeyecek ve davası “mesmu olmadığından” reddolunacaktır...Bunun dışında ilk duruşma gününe kadar teminat yatırmamasının müeyyidesi kesindir; dava reddolunacaktır.*”. Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi.

¹³⁶ Okur, **a.g.e.**, s. 314.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 207.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 221.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.

¹³⁷ Yılmaz, **Şerh**, s. 403.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 126.; Akyazan, **a.g.e.**, s. 54.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.

¹³⁸ İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 288.

karar verilemez¹³⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer yönde bir karar vermek suretiyle mahkemece uygun görülen güvencenin ilk duruşma gününe kadar saptanmamış olması durumunda davanın reddinin usul ve yasaya aykırı olduğuna dair hüküm kurmuştur¹⁴⁰. Bu durumda teminat gösterilememesinin sebebi davacıdan kaynaklanan bir gecikme değil, mahkemenin teminat türünün uygunluğuna ilişkin görüşünü bildirmemesidir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapmak suretiyle borçta kurtulma davasına ilişkin teminatın ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo edilmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka mektubu tevdi etmesi gerektiğini aksi halde davanın reddolunacağını belirtmiştir¹⁴¹. Ancak kararda davacının teminatın türüne ilişkin hususu mahkemenin takdirine sunduğu ve mahkemenin takdir etmesi halinde bu teminatı ilk duruşma gününe kadar yatıracağını dava dilekçesinde belirttiği anlaşılmaktadır. Buna karşın mahkemece uygun görülen güvence saptanmamıştır. Bu sebeple davacının dava koşulunu yerine getirmemesi söz konusudur. Yargıtay,

¹³⁹ Okur, **a.g.e.**, s. 316.; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.02.1984 tarihli ve 1981/13-1229 e. ve 1984/182 k. sayılı kararı: “...Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde onbeşini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya başka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. dava dilekçesinde İİK.nun 69/2. maddesi gereğince mahkemece takdir edilecek güvenceyi ilk duruşma gününe değin yatıracağını bildirmiştir. Bu sözcük dizisinden nakden depo edilmeyecek güvencenin mahkemece belirlenmesinin istendiği apaçık ortadadır. Buna karşın tensip tutanağında mahkemece uygun görülen güvence saptanmamış, davacı yanda dava koşulu bu yüzden yerine getirilememiştir. Öyleyse davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı usul ve yasaya aykırıdır...”. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2.10.1985 tarihli, 1985/5249 e. ve 1985/5626 k. sayılı kararında borçtan kurtulma davasında teminatın davaya ilişkin ön şart olduğu ve yerine getirilmediği durumda davanın reddedilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır: “Davacı, davalı tarafından kendisi aleyhine icra takibi yapıldığını, itiraz üzerine itirazın muvakkaten kaldırılarak takibin devamına karar verildiğini belirterek, İcra ve İflas Kanunu'nun 72. Maddesi gereğince borçlu bulunmadığının tespitine ve vaki muarazanın men'ine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın İcra ve İflas Kanunu'nun 69. Maddesinde dava olduğu ve davacının dava konusu alacağın yüzde 15'i kadar teminat yatırması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, yüzde 15 teminat verilen mehle rağmen yatırılmadığından ön şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir...” www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹⁴¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 13.04.1981 tarihli 1973/2741 sayılı kararı: “Davacının açtığı borçtan kurtulma davası, mahkemece “dava konusu alacağın yüzde onbeşi tutarındaki güvencenin ilk duruşma gününe değin yatırılmamış olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir. İcra ve İflas Yasasının 69/2 maddesi hükmünce...Dava dilekçesinde “mahkemece takdir edilecek güvenceyi ilk duruşma gününe kadar yatıracağını” belirten davacının bu talebi doğrultusunda mahkemece tensip tutanağında uygun görülen güvence türünün açıklanmaması halinde “davacı tarafından teminat yatırılmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilemeyeceği...”. <https://app.e-uyar.com/karar> (erişim tarihi: 31.03.2021)

mahkemenin güvenceyi saptamamış olması sebebiyle davacının teminat yatıramaması halini dava şartının yerine getirilememesi olarak değerlendirmenin yanlış olduğu ve bu sebeple yerel mahkemenin davanın reddine karar vermesinin usul ve yasaya aykırı olduğu şeklinde hüküm kurmuştur.

İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında borçtan kurtulma davası açan borçlunun, göstermek yükümlülüğünde olduğu teminatın miktarı belirtilmiştir. Teminatın miktarı ilgili kanun maddesinde %15 olarak belirtildiğinden hâkimin yatırılacak teminatın miktarına ilişkin takdir hakkı yoktur. Bu sebeple hâkimin kanunda dava konusu alacağın %15'i olarak belirlenen teminat miktarından daha azına yahut daha fazlasına ilişkin bir teminat gösterilmesine karar vermesi mümkün değildir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında ortaya konulmuş olan bir diğer husus teminatın gösterilme zamanıdır. Madde metninde davacının en geç ilk duruşma gününe kadar teminat yatırması gerektiği belirtilmiştir¹⁴². İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde belirtilen “*ilk duruşma gününe kadar*” ifadesine ilişkin olarak ilk duruşma gününde gösterilen teminatın akıbetinin ne olacağına ilişkin sorular mevcuttur¹⁴³. Zira kanun hükmünde kullanılan ifadede ilk duruşma oturumu anlamının çıkarılması gerektiği ve ilk duruşma gününde yatırılan teminatın da kabul edileceği sonucuna varmak da mümkündür. Bu kapsamda önemli olan hususun dava başladığında davacının teminat gösterme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması ve bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini belgelemiş olması gerektiği olduğu göz önüne alınmalıdır. Kanunda teminatın “*ilk duruşma gününe kadar*” yatırılması açıkça belirtilmiş olsa da öğretide teminatın bu süre zarfında yatırılmaması hakkında ortaya çıkacak sonuçlar bakımından farklı görüşler mevcuttur. Öğretide hakim görüş¹⁴⁴; yüzde on beşlik teminatın yatırılmasına ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunması ve

¹⁴² Postacıoğlu, Altay, **İcra Hukuku Esasları**, s. 287. Postacıoğlu, kanunda belirtilen teminatın davanın dinlenilme koşulu olarak öngörülürken, bu teminatın gösteriliş zamanı hakkında kanunun fazla sert davranmamış olduğunu kanaatindedir. Aksi görüş: Üstündağ, **a.g.e.**, s. 126. Üstündağ, Postacıoğlu'nun davanın dinlenilmesi için teminatın ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo edilmesine ilişkin düzenlemenin sert olmadığı ve yerinde bir düzenleme olduğu hususundaki görüşüne katılmamaktadır.

¹⁴³ Okur, **a.g.e.**, s. 317.

¹⁴⁴ Ulukapı, **a.g.e.**, s. 127.; Muşul, **a.g.e.**, s. 56.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.

borçtan kurtulma davasında teminatın özel bir dava şartı olması sebebiyle ilk duruşmaya kadar yatırılmaması durumunda davanın başka bir incelemeye gerek olmaksızın reddedilmesi gerektiği yönündedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için bu davayı açan borçlunun alacağın %15 kadar bir teminatı ilk duruşma gününe kadar göstermesinin şart olduğuna dair hüküm kurmuştur¹⁴⁵. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de yine benzer yönde bir karar vererek, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için borçlunun davaya konu alacağın %15 ilk duruşma gününe kadar göstermediği takdirde davanın reddolunacağını hükme bağlanmıştır¹⁴⁶.

Öğretide bir diğer görüş ise kanundaki açık hükme rağmen borçtan kurtulma davasının yedi gün içinde açılmasına rağmen teminatın yatırılmaması durumunda davanın reddedilmemesi gerektiği yönündedir¹⁴⁷. Bu görüşün temelini borçtan kurtulma davasının hukuki niteliğinin menfi tespit davası olması oluşturmaktadır. Bu kapsamda borçtan kurtulma davasının 7 günlük süre içerisinde açılmasına rağmen teminat şartı yerine getirilmediği için davanın reddedilmesi yerine mahkemenin bir

¹⁴⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2014/11623 esas, 2015/4437 karar ve 19.3.2015 tarihli kararı.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 05.06.1970 tarihli ve 1970/4248 e. ve 1970/4691 k. sayılı kararında, Yargıtay 3. HD. ile benzer yönde hüküm kurmuştur : “*Davacıya karşı yapılan icra takibinde, itirazın geçici olarak kaldırılması yoluna gidildikten sonra "borçtan kurtulma davası" açılmıştır. İİK m.69'a göre bu davanın dinlenme koşulu, takip konusu alacağın % 15'inin ilk duruşma gününe değin aynen ya da Yasa'da gösterilen biçimde depo edilmesidir. Bu koşulun yerine getirilmemesi durumunda dava dinlenemez.*”. www.kazanci.com

¹⁴⁶ Yargıtay 11.6.2015 tarihli, 2015/6421 esas ve 2015/16366 karar sayılı kararı: “...kanunun 69. Maddesinin 1. Fıkrası, itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. 2. Fıkrası, itirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun davaya konu alacağın yüzde 15'ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur. 3. Fıkrası, borçlu yukarıda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir hükümleri düzenlenmiştir...”. Benzer nitelikte karar: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007/12-786 esas ve 2007/752 karar ve 24.10.2007 tarihli kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1985/5249 esas ve 1985/5626 karar ve 2.10.1985 tarihli kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹⁴⁷ Yazar, **a.g.e.**, s. 110.Yazar eserinde, Kuru'nun aksine kanunun açık ifadesi sebebiyle teminat şartının yerine getirilmemesi durumunda davaya normal bir menfi tespit davası olarak devam edilmesi gerektiği ve davanın reddedilmemesi gerektiği görüşüne katılmamaktadır. Teminatın bir dava şartı olması, kanunda açık düzenleme olması sebebiyle yokluğu taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkimin bu dava şartı noksanlığını re'sen dikkate alması gerektiği ve davaya menfi tespit davası olarak devam edilmeyeceğini savunmaktadır. Yazar, özellikle menfi tespit davasının teminat koşuluna bağlı bir dava olmamasının da altına çizmektedir.

ara karar ile davaya normal bir menfi tespit davası olarak devam edilmesine karar vermesi uygun olacaktır. Ayrıca mahkemenin davayı reddetmesinin usul ekonomisine ve hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir; davaya devam edilmesinin karar verilmesi hem usul ekonomisi ilkesi hem de menfaatler ilkesine daha uygun olacaktır.¹⁴⁸ Zira borçtan kurtulma davasının reddine karar verildikten sonra davacının menfi tespit davası açmak zorunda kalması gereksiz masraf, emek ve zaman harcanmasına sebebiyet verecektir. Usul ekonomisi yalnızca yargılamanın basit, ucuz ve çabuk şekilde bitirilmesini amaçlamamaktadır; usul ekonomisi yargılamanın amacına hizmet etmektedir¹⁴⁹. Bu doğrultuda borçtan kurtulma davasının amacının belirlenmesi, yargılamanın yürüyüş biçiminin, taraflara ve mahkemeye düşen görevlerin neler olduğunun ve borçtan kurtulma davası sonucunda nasıl bir karara varılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu doğrultuda adaletli bir karar verilmesi, tarafların tatmin edilmesi ve maddi gerçeğin hüküm ile ortaya konulması bakımından borçtan kurtulma davasında da usul ekonomisi ilkesini dikkate almak gerekecektir. Öğretide *Kuru* da davanın reddedilmesinin çok ağır bir müeyyide olduğu, kanunun açık hükmüne rağmen davanın reddolunmasının yanlış olduğu görüşündedir. Öğretide davanın reddolmaması gerektiğini savunan görüş uyarınca, davada bir ara karar verilerek borçlunun teminat yatırmaması nedeniyle davaya menfi tespit davası olarak devam edileceği tespit edilmelidir¹⁵⁰.

Kanun gerekçesinde de açıklandığı üzere borçlunun ilk duruşma gününe kadar teminat göstermemesi durumunda ikinci bir süre verilmeyeceği yukarıda açıklanmıştı. Bu hususlara ek uygulamada önem taşıyan bir konu da borçlunun zorlayıcı bir nedenle bu teminatı gösterememesi halinde eski hale iade isteminde bulunma hakkı olup olmadığıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesine ilişkin

¹⁴⁸ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, 173.

¹⁴⁹ Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, Sayı: 1, 2008, s. 246.; İbrahim Çetin, "Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi", **Sayıştay Dergisi**, Sayı:78, 2010, s. 84. Çetin, Usul ekonomisi kapsamında değerlendirilen önemli hususlardan birinin "*hâkimin mevcut düzeni zorlaştırmayacağı*" kuralı olduğunu kaleme almıştır. Bu kural hâkimin yahut tarafların çeşitli nedenlerde mevcut durumun öngörmediği şekilde hareket ederek yargılamayı daha güç hale getirmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Borçtan kurtulma davası bakımından değerlendirildiğinde 7 günlük teminat yatırma süresinin sona ermesinden sonra davanın reddedilmesi ve ayrıca menfi tespit davası açılması yerine var olan davaya menfi tespit davası olarak devam edilmesi hem hâkimin mevcut düzeni zorlaştırmaması noktasında hem de usul ekonomisi altında değerlendirilebilecek bir husustur.

¹⁵⁰ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 207.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, 173.

Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi' ne bakıldığında ilgili madde metnine referans yapılmak suretiyle borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için yüzde on beşlik teminatın ilk duruşma gününe kadar yatırılması gerektiği aksi takdirde davacıya bunun için bir ek mühlet verilmeyeceği ve davanın reddedileceği belirtilmiştir. Ancak bu yaptırıma bir istisna getirilmiştir. Gerekçede davacı veya vekilin “*arzu ve ihtiyarı dışında bir sebepten dolayı*” ilk duruşmaya gelememesi durumunda eski hale iade şartları da mevcutsa davacının bu yola gidebileceği belirtilmiştir. Davacı eski hale iade yoluna giderek bu talebin kabulü halinde derhal teminat yatırmak suretiyle davaya devam edilmesini sağlayabilecektir¹⁵¹.

¹⁵¹ Uyar, **Şerh**, s. 5894. Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi: “Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi (mesmu olması) için, davacının ilk duruşma gününe kadar %15 teminat yatırmış olması şarttır. Davacı, en geç bu ilk duruşma gününde %15 teminatı yatırmazsa, kendisine bunun için bir mühlet verilemeyecek ve davası ‘mesmu olmadığından’ reddolunacaktır. Davacı veya vekili arzu ve ihtiyarı dışında bir sebepten dolayı ilk duruşmaya gelmemiş ve eski hale getirme şartları da mevcutsa, davacı, eski hale getirme yoluna giderek bu talebinin kabulü halinde derhal teminat yatırarak davaya devam edilmesini sağlayabilir. Bunun dışında ilk duruşma gününe kadar teminat yatırmamasının müeyyidesi kesindir; dava reddolunacaktır”.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

I. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA YARGILAMA VE HÜKÜM

A. Borçtan Kurtulma Davasında Hüküm Verilmeden Önce Ortaya Çıkan Sonuçlar

1. Genel olarak

İtirazın geçici kaldırılması kararının tefhim yahut tebliğden itibaren kanunda öngörülen yedi günlük süre içinde açılan borçtan kurtulma davasının hükümden önce ortaya çıkan sonuçları mevcuttur. Bu sonuçlardan birincisi icra takibinin durmaya devam etmesidir¹⁵². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2007 tarihli bir kararında, süresi içinde açılan borçtan kurtulma davası ile takibin kendiliğinden duracağına ilişkin hususun Yargıtay içtihatları ile kabul edildiği belirtilmiştir¹⁵³. YHGK süresinde açılan borçtan kurtulma davası ile takibin kendiliğinden duracağını, doktrinde de bu hususun benimsendiğini hükme bağlamıştır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2004 tarihli kararında, önüne gelen olayda, itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra yasada öngörülen sürede, teminat yatırılarak açılan borçtan kurtulma davası mevcuttur¹⁵⁴. Yargıtay bu kararında, İcra ve İflas Kanunu'nun 69.

¹⁵² Kuru, **El Kitabı**, s. 333.

¹⁵³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007/12-786 esas ve 2007/752 karar ve 24.10.2007 tarihli kararı www.kazanci.com

¹⁵⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 30.09.2004 tarihli, 2004/20679 e. ve 2004/20679 k. sayılı kararında şu şekilde hüküm kurmuştur: "İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verildikten sonra borçlu yasal süresi içinde teminat da yatırarak borçtan kurtulma davası açmıştır. Süresinde açılan borçtan kurtulma davası ile takip kendiliğinden durur... İİK'nun 66-69. maddeleri uyarınca süresinde açılan borçtan kurtulma davası ile takibin kendiliğinden duracağı İİK'nun 69. maddesinin 2-3. fıkralarında açıkça öngörülmüştür. Ayrıca bu durum doktrinde de aynen benimsenmektedir...". Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.10.2007 tarihli, 2007/12-786 e. ve 2007/752 k. sayılı kararında süresinde teminat yatırılarak açılan borçtan kurtulma davasının takibi kendiliğinden durduracağına, aksi yönde karar veren mahkemenin hakiminin görevini yaparken yasaya aykırı davrandığına hüküm kurmuştur: "...İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verildiği, davacı borçluların 7 günlük sürede 07.05.2003 tarihinde Ankara 4.Asliye Ticaret Mahkemesine 2003/293 esas sayılı dosyası ile borçtan kurtulma davası açtıklarına dair derkenar dilekçe sunarak İİK'nun 66 ve 69. maddesi uyarınca icra müdürlüğünden takibin durdurulmasını talep ettikleri ve icra müdürlüğünün 07.05.2003 tarihinde talebi kabul ederek borçluların müddeti içinde borçtan kurtulma davası açmış olmaları nedeniyle İİK'nun 69. maddesi uyarınca takibin durdurulmasına karar verildiği görülmüştür... 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesine göre; "İtirazın muvakkaten

maddesi uyarınca şartları yerine getirilerek açılan borçtan kurtulma davasının takibi kendiliğinden durduracağı yönünde hüküm kurmuş; “*bu durumun doktrinde de aynen benimsendiği*”ni belirtmiştir.

Bir diğer sonucu ise geçici haczin, kesin hacze dönüşmesinin dava sonuna kadar önlenmesidir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2015 tarihli bir kararında borçlunun süresi içinde açtığı borçtan kurtulma davasının hacizlerin kaldırılması sonucunu doğurmayacağı yalnızca geçici hacizlerin kesin hacze dönüşmesini engelleyeceğine ilişkin hüküm kurmuştur¹⁵⁵. Bunlara ek olarak borçlunun mahkûm edildiği para cezası ve tazminatın tahsili de davanın sonuna kadar ertelenecektir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2006 tarihli bir kararında itirazın geçici kaldırılması talebinin kabulü durumunda borçlunun, talebin reddi durumunda ise alacaklının talep ile tazminata mahkûm edilesi durumunda borçtan kurtulma davası açılması ise hükmolunan

kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur. İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının teftih veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15'ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemeye kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur. Borçlu yukarıda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir.” Bu madde de açıkça belirtilmemekle beraber süresinde açılan borçtan kurtulma davası ile takibin kendiliğinden duracağı Yargıtay'ın süreklilik arzeden içtihatlarında kabul edildiği gibi doktrinde de aynen benimsenmektedir. (Prof. Dr. Baki Kuru İcra İflas Hukuku cilt: 1 baskı: 1988 S f:439) Anılan bu yasal düzenlemelere göre olaya bakıldığında, İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde süresinde açılan borçtan kurtulma davası ile takibin kendiliğinden duracağı yönünde açık ve kesin bir ifade bulunmayışı, bu hususun Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş olması karşısında, davalı hakim görevi savsaması, tutanaklara geçmemiş bir nedene dayanması kasıtlı hareketle yasaya ve adalete aykırı karar yada kesin bir yasa buyruğuna aykırı hareketinin bulunmadığı açıktır. Davacıların iddiaları ancak temyiz nedeni olarak ileri sürülebilir. Nitekim davacılar bu haklarını da kullanmışlar ve temyiz incelemesi sonucu davalı Hakim karar Yargıtay'ca bozulmuş ve davalı hakimce bozmaya uyulması yönünde karar verilmiştir...” www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹⁵⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2015/6421 esas ve 2015/16366 karar sayılı, 11.6.2015 tarihli kararı. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.06.1991 tarihli, 1991/12-314 e. ve 1991/385 k. sayılı kararı: “... inceleme sonunda imzanın borçluya ait olduğu saptanırsa, borçlunun itirazı, “geçici olarak” kaldırılır. Bu karara rağmen alacaklı, itirazla durmuş olan icra takibinin devamını isteyemez. İcra takibi borçlunun 7 günlük süre içinde borçtan kurtulma davası açması halinde dava sonuna kadar durmakta devam eder. İİK.nun 69. maddesine göre geçici kaldırma üzerine sadece, “geçici haciz” isteminde bulunulabilir. Borçlu yedi gün içinde dava açmazsa, itirazın geçici kaldırılması kararı ve geçici haciz kesinleşir. Yukarıdan beri yapılan açıklamalara göre, itirazın kesin veya geçici olarak kaldırılması ibareleri farklı hukuki sonuçlar doğuran ve yanlış uygulamalara sebep olunmaması için özenle seçilip hatasız kullanılması gereken deyimlerdir...” www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

tazminatın tahsilinin dava sonuna kadar erteleneceği hükme bağlanmıştır¹⁵⁶. Son olarak borçtan kurtulma davasının açılması ile ortaya çıkacak bir başka sonuç da dava sonucunda verilecek hükmün kesinleşmesine kadar geçecek sürenin haciz isteme süresinin hesabına dahil edilmeyeceğidir. Borçtan kurtulma davasında da tıpkı menfi tespit davalarında olduğu gibi, davanın açılmasıyla zaman aşımı kesilmeyecektir¹⁵⁷.

2. İspat Meselesi

İspat, dava konusu hakkın ve taraf taleplerinin temelini oluşturan, taraflar arasındaki çekişmeli maddi vakıaların doğruluğuna hâkimi inandırma, hâkimde bir kanaat oluşturma çabasıdır¹⁵⁸. İspat faaliyeti ile amaçlanan davadan önce gerçekleşmiş olan uyuşmazlığa ilişkin vakıaların gerçekliği hakkında yargılama sırasında hâkimde bir kanaat uyandırmaktır. Davadan önce gerçekleşmiş olan uyuşmazlık hâkimin bilgisi dahilinde değildir. Hâkim, tarafların ispat faaliyetinde bulunmaları ile bilgisi dışında gerçekleşmiş olan vakıaların oluş şekline ilişkin kanaat sahibi olacaktır¹⁵⁹.

İspat faaliyeti, yargılama sürecinde taraflar bakımından bir temel hak olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁰. Bu hak, öncelikle temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinde "*Hak arama hürriyeti*" başlığı

¹⁵⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2006/17268 esas ve 2006/20359 karar sayılı, 3.11.2006 tarihli kararı: "*İİK'nun 68/son maddesinde 'itirazın muvakkaten kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu, bu talebin reddi halinde ise alacaklı diğer tarafın talebi üzerine...tazminata mahkum edilir. Borçlu, borçtan kurtulma...açarsa yahut alacaklı genel mahkemede dava açarsa hükmolunan tazminatın tahsili dava sonuna kadar tehir olunur' düzenlemesi yer almaktadır. Somut olayda,...tazminatın tahsiline dair takibin ertelenmesine karar vermek gerekirken işlemde kaldırılması yönünde karar verilmesi isabetsiz ve hükmün bozulması gerekir ise de, yanlışlığın yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir...*" www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

¹⁵⁷ Kuru, *Adalet Dergisi*, s. 136.

¹⁵⁸ İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 543.; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 754.; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1585.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, *a.g.e.*, s. 450.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *Medeni Usul*, s. 380.; Kuru, *Usul El Kitabı*, C.:1, s. 612.; Muşul, *a.g.e.*, s. 291.

¹⁵⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 381.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 324.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, *a.g.e.*, s. 450.

¹⁶⁰ Atalay, *a.g.e.*, s. 1586.; Tanrıver, *a.g.e.*, s. 755.

altında, garanti altına alınmıştır¹⁶¹. Anayasa'nın 36. madde hükmünün ilk fıkrası uyarınca: *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* denilmektedir. Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararda, ispat hakkının anayasal bir temele dayandığı görüşündedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin bu kararı uyarınca, ispat hakkı anayasal temelde, hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶²: *“...Hak arama özgürlüğü, dava açma (iddia etme) ve savunmayı kapsayan genel bir kavramdır. Davada tarafların (ve hatta dava ile ilgili üçüncü kişilerin) iddia ve savunma haklarını fiilen kullanabilmeleri, kendilerine ispat etme hakkını verilmesiyle sağlanabilir...”*. Tarafların, davacı veya davalı olarak, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip oldukları görülmektedir. Bu ispat hakkının kullanımına ilişkin husus ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. madde hükmünün birinci fıkrası uyarınca: *“Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.”*. Görülmektedir ki, ispat hakkı kanunda belirtilmiş olan süre ve usule uygun olarak kullanılacaktır. İlgili madde uyarınca yalnızca ispat hakkına ilişkin geniş bir çerçeve çizilmiştir. Bu durumun sebebi ise ispat hakkının kapsamının ve uygulama alanının oldukça geniş olmasıdır.

İspat faaliyetine konu vakıaların hangileri olabileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187. madde hükmünün 1. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili madde hükmü uyarınca: *“İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.”*. İspat faaliyetine konu olabilecek vakıalar,

¹⁶¹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 25.10.2011 tarihli, 5101/5433 sayılı kararı: *“...davalılar vekilinin bildirmiş olduğu tanıkların dinlemede; başka bir anlatımla TC Anayasasının 36.maddesi uyarınca davalıya tanınan savunma hakkı kısıtlanarak ya da savunmasını ispat imkanı tanınmadan davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.”* www.kazanci.com (erişim tarihi:10.04.2021)

¹⁶² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 11.09.2011 tarihli, 12921/18468 sayılı kararı: *“Hâkim, tarafların ispat hakkı çerçevesinde ibraz ettikleri bütün delilleri kararında tartışır, değerlendirir ve bundan çıkan sonucu kararına yazar (m.297,1/c). Aslında bu husus, Anayasa'nın düzenlediği (m.141/III), “bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği” ilkesinin bir sonucudur...Keza, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi, temyizde bozma sebepleri arasında sayılmıştır (m.371). Bu düzenlemelerde, hakimnin delillerin tümünü değerlendirip bunu kararın gerekçesine yazmasının önemini ve gereğini vurgulamaktadır.”* www.kazanci.com (erişim tarihi:10.04.2021)

tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümü bakımından etkili olabilecek vakılardır. Bu vakıalar, müspet (olumlu) vakıalar olabileceği gibi menfi (olumsuz) vakıalar da olabilir¹⁶³. Müspet bir vakıadan söz edilebilmesi için; bir hukuki sonucun doğumunun bir vakıanın gerçekleşmiş olmasına bağlanması gerekmektedir. Menfi vakıa bakımından ise, bir hukuki sonucun doğumunun bir vakıanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine bağlanması gerekmektedir. Menfi vakıaların ispatının müspet vakıalara oranla daha zor olduğu söylenebilir zira bir vakıanın vuku bulmadığının ispatı; örneğin bir işlemin yapılmadığı, bir ödevin yerine getirilmediği, bir vakıanın gerçekleşmediğinin ispatı bir vakıanın vuku bulduğunun ispatına nazaran daha zordur.

İspat faaliyetinin amacının tarafların uyuşmazlığa konu teşkil eden çekişmeli vakıanın varlığının ya da yokluğunun ispatlanması suretiyle hâkimi inandırma faaliyeti olduğundan bahsedilmiştir. Bu kapsamda hâkimin, tarafların arasında davadan önce gerçekleşmiş olan olayı bilmesi beklenemeyeceği gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu olan vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini de re'sen araştırması beklenemez¹⁶⁴. Bu çekişmeli ve davanın çözümü bakımından önem taşıyan vakıanın varlığının yahut yokluğunun taraflarca ispat edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, ispat yüküne ilişkin kurallar hangi tarafın ispat faaliyetini gerçekleştireceği, ispatın gerçekleşmemesi durumunda ortaya çıkacak sonucun ne olacağı ve bu sonuca kimin katlanacağı hususlarına ışık tutacaktır.

İspat yüküne ilişkin düzenlemelerin amacı, hâkimin uyuşmazlık konusuna ilişkin delilleri değerlendirirken iddia edilen vakıanın mevcudiyetine ilişkin belirsizlik halinde olması durumunda hükmün tesisine ilişkin karar vermesine imkan sağlamaktır¹⁶⁵. Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararda ispat yüküne ilişkin tanıma yer

¹⁶³ Atalay, **a.g.e.**, s.1629.; Tanrıver, **a.g.e.**, s.762.

¹⁶⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 344.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, 380.

¹⁶⁵ Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1990, s. 74.; Atalay, **a.g.e.**, s.1693.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 791.; Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 555.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 460.; Kiraz, **a.g.e.**, s.92. Kiraz, borçtan kurtulma davası bakımında ispat meselesinin özü şu şekilde ifade etmektedir: “*borçlunun maddi hukuk bakımından borçlu olmadığına tespitine yönelmiş bir menfi tespit davası olan bu davada, davalı alacaklı, alacağın varlığını ve miktarını ispat etmekle yükümlüdür.*”.

vermiştir: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vermiş olduğu kararda ispat yükünün tanımına ilişkin yer verdiği husus şu şekildedir: “...Bir davada çekişmeli olguların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusuna ispat yükü denir...”¹⁶⁶.

Bahsedildiği üzere, taraflar arasındaki çekişmeli vakıaların ispatı gerekmektedir. Bu kapsamda bir davanın kazanılması yahut kaybedilmesi hâkimi, bu çekişmeli vakıaya ilişkin ispat faaliyeti ile haklılığa inandırma suretiyle gerçekleşecektir. Hâkim bu ispat faaliyetinin sonucunda bir hüküm vermek zorundadır. Hüküm kimin aleyhine verileceğine ilişkin husus da ispat yükü kuralları sonucunda belirlenecektir. Taraflar, dava süresince uyuşmazlığı hâkimin gözünde canlandırma ve lehe sonuç elde etme amacıyla hareket edeceklerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ da vermiş olduğu bir kararda, ispat yükü ortaya çıkması için davada taraflarca gösterilen deliller sonucunda hâkimde bir kanaat oluşmamış olmasının, söz konusu vakıaların çekişmeli olması gerektiğinin arandığına kanaat getirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu karar uyarınca: “Her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur...Buna karşılık, gösterilen deliller hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemişse, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır. İspat yükü, özellikle bu hal için önem taşımaktadır. O halde, delillerin davayı etkileyecek çekişmeli hususlarda gösterileceği ve ispat faaliyetinin çekişmeli vakıalar için söz konusu olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır.” denilmektedir¹⁶⁷.

“İspat yükü” kavramının amacının yanı sıra niteliğinin de incelenmesi gerekmektedir. Zira taraflardan birine yüklenen bu külfetin bir mükellefiyet yani bir yükümlülük olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Zira bu yükün yerine

¹⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03.07.2013 tarihli, 2012/6-1849 e. ve 2013/1006 k. sayılı kararı: “Bir davada çekişmeli olguların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusuna, ispat yükü denir.”. www.kazanci.com (erişim tarihi:10.04.2021). Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24.05.1999 tarihli, 1999/2458 e. ve 1999/4372 k. sayılı karar.

¹⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.03.2010 tarihli, 2010/4-125 e. ve 2010/144 k. sayılı kararı: “Her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur...Buna karşılık, gösterilen deliller hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemişse, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır. İspat yükü, özellikle bu hal için önem taşımaktadır. O halde, delillerin davayı etkileyecek çekişmeli hususlarda gösterileceği ve ispat faaliyetinin çekişmeli vakıalar için söz konusu olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır.”.

getirilmemesi durumunda, yerine getirmeyen kimse için bir ifaya zorlama yahut bir tazminat yaptırımını uygulanamayacağı açıktır. İspat yükünün bir külfet olması sebebiyle yalnızca bu yükü yerine getirmeyen kişi kendi aleyhine gerçekleşmiş olan sonuca katlanacaktır. İspat yükünün bir külfet niteliğinde olması ve bu külfetin yerine getirilmemesi durumunda yalnızca yerine getirmeyen yahut getiremeyen kişinin kendi aleyhine gerçekleşen sonuca, verilen hükme katlanacak olması dolayısıyla öğretide bazı yazarlar¹⁶⁸ bu külfeti “belirsizlik rizikosu” olarak isimlendirmektedir. Zira ispat yüküne ilişkin kuralların amacı; vakıaların belirsiz kalması durumunda yahut bir vakıanın varlığına veya yokluğuna kanaat getirilememesi durumunda hâkim nezdinde var olan vakıalara ilişkin belirsizliğin sonucuna kimin katlanacağını tespit edilmesidir. Bu sebeple ispat yükü kavramı yerine belirsizlik rizikosu kavramını da kullanmak yanlış olmayacaktır. *Postacıoğlu/Altay*¹⁶⁹, bu belirsizlik halinde dahi hâkimin karar verme zorunluluğunda olduğuna dikkat çekmektedir. Yazarlar, hâkim ve tarihçi karşılaştırması yapmak suretiyle; bir tarihçinin geçmişteki maddi olgunun gerçek durumunu tespit edemediği halde, hüküm vermemekte serbest olduğunu ancak bir hâkimin böyle bir olanağa sahip olmadığını belirtmektedir. *Tanrıver*¹⁷⁰ de *Postacıoğlu/Altay* ile aynı yönde kanaatini belirterek, hâkimin maddi vakıa belirsiz kalsa dahi hukuki sorun hakkında bir karar vermekle ödevli olduğu ve bu ödevi ispat kurallarını uygulamak suretiyle yerine getirebileceğini kaleme almıştır.

İspat yüküne ilişkin genel düzenlemeye bakıldığında öncelikle Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190. maddesi karşımıza çıkmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 6. madde hükmü uyarınca: “*Aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*”. Bu kanun hükmü, Mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’ndan çevrilerek alınmıştır¹⁷¹. Öğretideki bazı yazarlar¹⁷², bu hükmün eksik

¹⁶⁸ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 791.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, s. 476.; Atalay, **a.g.e.**, s. 1695.

¹⁶⁹ Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 556.

¹⁷⁰ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 791.

¹⁷¹ İsviçre Medeni Kanunu’nun 8. maddesinin Almanca ve Fransızca metinleri şu şekildedir: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art.8: “*Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.*”

çevrilmesi sebebiyle çözüm teşkil edecek nitelikte bir hüküm olmadığını, ispat yüküne ilişkin sorunu çözmeye tek başına yeterli olmadığını ifade etmektedir. Zira Almanca metne göre; kanunda başka bir çözüm öngörülmemişse, bir olaya yahut olguya ilişkin iddiada bulunan taraf, bu olaydan kendi lehine bir sonuç çıkıyor ise ispat yükü bu kişiye aittir. Aynı şekilde Fransızca metne bakıldığında da kanunda aksine bir hüküm bulunmuyorsa, taraflar haklı çıkmak yahut lehine sonuç çıkarmak istedikleri için öne sürdükleri olayları yahut olguları ispat etmekle mükelleftir. Almanca ve Fransızca kanun metinlerinin özüne bakıldığında, Türk Medeni Kanunu'nun aksine ispat yükünün belirlenmesinin kime düşeceğine dair hususa yer verildiği görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesine baktığımızda ise taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı hususu ispat etmekle yükümlü olduğuna yer verildiğini görmekteyiz. Bu durumda iki tarafın da bir olay hakkında zıt iddialarda bulunması durumunda, her iki tarafında iddiasını ispat etmesi gerekeceği durumu ortaya çıkmaktadır. Umar/Yılmaz, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin belirsizliğine rağmen kanun koyucunun bu madde hükmüne yer vermekteki amacının, ispat kurumuna ilişkin bir ana kural getirmek olduğu ve hâkime ispat yükünü paylaşırma görevini bırakmamak amacıyla hareket ettiği kanaatindedir¹⁷³.

Türk Medeni Kanunu'ndaki ispat yüküne ilişkin düzenlemenin, mehzaz kanundaki öze uygun olmaması sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu öze daha yakın ifadelerin yer aldığı bir düzenleme öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. madde hükmünün¹⁷⁴ 1. fıkrası uyarınca “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi

Code Civil Suisse, Art.8: “Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.”.

¹⁷² Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980, s. 86.; Atalay, **a.g.e.**, s. 1696.; Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 560.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, s. 477.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 461.

¹⁷³ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 82.

¹⁷⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 190: “(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. (2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.”.

lehine hak çıkaran tarafa aittir.”. Bu maddenin gerekçesine bakıldığında¹⁷⁵, ispat yüküne ilişkin hususun Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmesine rağmen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da düzenlenmesi gereği hasıl olduğu kaleme alınmıştır. Zira ispat yükü yalnızca maddi hukuka ilişkin bir mesele değil aynı zamanda bir usul hukuku meselesidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk Medeni Kanunu kapsamında yapılan düzenlemenin yeterince açık ve anlaşılır olmaması dolayısıyla eleştirilere maruz kalmıştır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190. madde hükmü ile getirilen bu düzenlemenin daha açık ve anlaşılır olduğunu söylemek mümkündür. İlgili kanun hükmü uyarınca ispat yükünün belirlenmesinde temel bir kural ortaya konulmuştur. Gerekçede de ortaya konulduğu üzere, bir olaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafın ispat yükünü taşıyacağı açıktır. Önemli olan uyuşmazlığa konu vakıayı kimin ileri sürdüğü değil; o vakıadan kimin lehine hak çıkardığıdır¹⁷⁶. Bu kapsamda, ispat yükünün tarafların davadaki konumları doğrultusunda belirlenmesi yerine iddia edilen vakıalara göre belirleneceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Gerek Türk Medeni Kanunu’ndaki düzenleme gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki düzenlemeye ilişkin Yargıtay kararlarına bakıldığında; Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, hakkını bir vakıaya dayandıran tarafın iddia ettiği bu vakıaya bağlanan hukuki sonuç ile lehine hak

¹⁷⁵ HMK madde 190 gerekçesi: “İspat yüküne ilişkin kural daha önce Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen ispat yükü kurallarının maddî hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle, bu Kanun içerisinde yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca bu durum, ispat hukukuna ilişkin tüm genel hükümlerin birlikte düzenlenmesinin de bir sonucudur. İspat yükü kuralı, Türk Medenî Kanunundaki düzenleniş tarzına göre daha açık ve üzerinde uzlaşılan bir şekilde ifade edilmiştir. Birinci fıkrada, ispat yükünün belirlenmesine ilişkin temel kural vurgulanmıştır. Buna göre, bir vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükünü taşıyacaktır. İspat yükünün belirlenebilmesi için önce ilgili maddî hukuk kuralındaki koşul vakıaların doğru bir şekilde tespit edilmiş olması ve buna uygun somut vakıaların ortaya konulmuş olması gerekir. Her bir vakıa bakımından lehine hak çıkarma çerçevesinde ispat yükü kuralları belirlenir. Ancak kanunda özel olarak ispat yükünün belirlendiği hallerde, genel kurala göre değil, kanunda belirtilen şekilde ispat yükü belirlenecektir. İkinci fıkrada, karinelerin varlığı halinde ispat yükünün nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Karine söz konusu olduğunda, karine temeli ile karine sonucunu birbirinden ayırt etmek gerekir. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olur, ancak karine temelini ispat etmek yükü altındadır. Bu durumu vurgulamak için, fıkrada açık düzenleme yapılmıştır. Kesin kanunî karineler dışında, karşı taraf karinenin aksini ispat edebilir. Fıkrada, özellikle aksini ispat kavramına yer verilmiştir. Zira, aksini ispat ve karşı ispat farklı kavramlardır. Karine söz konusu olduğunda, karşı ispat faaliyetinden değil, karine ile kabul edilen durumun aksini ispat etmek gerekir.”.

¹⁷⁶ Atalay, **a.g.e.**, s. 1696.; Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 560.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 793-794.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.461.

çıkaran taraf ise, o vakıayı ispat etmekle yükümlü olduğu şeklinde hüküm kurmuştur¹⁷⁷.

İddia edilen vakıalara göre ispat yükü belirlenirken vakıanın niteliği önem taşımaktadır. Öğretide *Postacıoğlu/Altay*¹⁷⁸, iddia edilen vakıanın niteliği bakımından genellikle kabul edilen sınıflandırmanın vakıanın “normal” sayılıp sayılmamasına göre yapıldığını kaleme almış normal nitelikte sayılan durumlar için iddiasını ileri süren tarafın bu iddiayı kanıtlamakla yükümlü olmadığını belirtmiştir. Ancak taraflardan biri normal durumun aksine bir iddiada bulunuyor ise, bu vakıayı iddia eden kişi bunu kanıtlamakla yükümlü olacaktır¹⁷⁹. Bu kapsamda şu sonucu çıkarmak yanlış olmayacaktır; ispat yükü normal durumun aksine iddiada bulunan tarafa düşecektir. Normal durumun sınırları bakımından ise hayatın olağan akışına, genel yaşam deneyimlerine ve çevreye egemen düşüncelere bakmak gerekecektir. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar bakımından da bu görüşü benimsediğini görmek mümkündür. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda; “...Gerek doktrinde, gerek Yargıtay İçtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın

¹⁷⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2016/21393 esas, 2018/8602 karar sayılı ve 4.07.2018 tarihli kararı: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK m. 6, 6100 s. HMK m. 190/1)”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2016/1858 esas, 2017/3537 karar sayılı ve 8.06.2017 tarihli kararı: “İspat kurallarına ilişkin yargısal uygulama ve gerekse MK’nın 6. maddesi ile HMK’nın 190. maddesi uyarınca ... ileri sürdüğü bu vakıadan lehine sonuç çıkaran davalı tarafın bu yoldaki savunmasını ispat etmesi gerekir.”

Benzer yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2016/20435, karar 2018/7718 ve tarih 20.06.2018.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, esas 2016/8617, karar 2017/18304 ve tarih 27.12.2017.

¹⁷⁸ Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 560-561.

¹⁷⁹ A. Egger, **İsviçre Medeni Kanun Şerhi**, Cilt 1, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947 (Çeviren: Volf Çernis), s. 124-138. İsviçre Medeni Kanun’u Şerhi’nin (Giriş ve kişinin hukuku) 8. maddesi ispat külfetine ilişkin hususu düzenlemektedir. Şerhin, 8. madde hükmü uyarınca “Kanunun başka türlü emretmediği hallerde, iddia olunmuş bir olayın varlığını, bundan hak çıkaran kimse ispat etmelidir.”. Egger, ispat külfetine ilişkin olarak öncelikle hâkimin davadaki konumuna açıklık getirmiştir. Bu kapsamda, hâkimin ancak davada ortaya konulan olaylar çerçevesinde hüküm verebileceği zira hukuk muhakemeleri usulüne göre hâkimin pasifliğine ilişkin prensibin benimsendiğini kaleme almıştır. Bu sebeple vakıaların bizzat taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir. Davanın başlangıcında tarafların hukuki taleplerinin dayandığı vakıaları ortaya koyması gerekmektedir. Hukuki taleplerin dayandığı maddi vakıaların taraflarca ispatlanması durumu ise ispat külfeti anlamına gelmektedir. Tarafların ispat külfeti altında olduğu bu vakıaların hukuki bakımdan önemli ve ispata muhtaç olmaları gerekmektedir. Bu noktada altı çizilmelidir ki ispat külfeti yalnızca vakıalara ilişkindir zira hukuki karineler bakımından bir ispat faaliyetine ihtiyaç duyulmaz çünkü hâkim bunları resen bilmek durumundadır. İspat külfetinin dağıtımının ise hakkaniyete uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu hakkaniyete uygun dağıtımın yapılabilmesi için öncelikle ispat olunması gereken vakıanın özelliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda maddi vakia bakımından, hayatın olağan akışı içerisinde normal olup olmadığı noktasından hareket etmek gerekmektedir. Zira Egger’e göre normal olayların iddia edilmesi ve ispatlanması gerekmez.

olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer...” demek suretiyle ispat yükünün hayatın olağan akışı dışında bir iddiada bulunana düşeceğini ve bu hususun Yargıtay İçtihatları bakımından kabul gördüğünü açıkça ortaya koymaktadır¹⁸⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da benzer yönde vermiş olduğu kararda, öğretinin ve Yargıtay’ın uygulamasının aynı yönde olduğu belirtilerek, ispat yükünün hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunan tarafa düştüğüne dair hüküm kurulmuştur¹⁸¹. Öğretide *Postacıoğlu/Altay*¹⁸², Yargıtay tarafından da kabul gören ispat yüküne ilişkin temel kural niteliğindeki bu hususa ek olarak, ispat yükünün belirlenmesi noktasında yan kuralların da mevcut olduğu kanaatindedir. Bu yan kurallar ispat külfetinin paylaştırılması noktasında normal duruma ek olarak iyi niyet kurallarının esas alınmasına dayanmaktadır. Bu görüş doğrultusunda, ispat yükünün kanıt elde etmeyi hususunda kolaylık sahibi olana yükletilmesi beklenmelidir.

Genel düzenlemelere kısaca değindikten sonra konumuz itibariyle borçtan kurtulma davası kapsamında ispat yükü meselesine açıklık getirmek yerinde olacaktır. İspat yüküne ilişkin husus diğer davalarda olduğu gibi borçtan kurtulma davası bakımından da oldukça önem taşımaktadır. Kendisine ispat yükü düşen tarafın davayı kazanması için hâkimde lehine bir kanaat yaratmak suretiyle iddiasını ispat etmesi gerekecektir.

Borçtan kurtulma davasının amacı, icra mahkemesinin vermiş olduğu itirazın geçici kaldırılması kararının doğruluğunu incelemek değildir. Bu dava, alacağın mevcut olup olmadığını maddi hukuk bakımından tespit etmeyi amaçlayan bir menfi

¹⁸⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 14.01.2013 tarihli, 2012/17967 e. ve 2013/113 k. sayılı kararı: “*Türk Medeni Kanunu’nun 6. Maddesi uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay İçtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir.*”. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 05.06.2008 tarihli, 2008/1867 e. ve 2008/7303 k. sayılı kararı.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 20.03.1986 tarihli, 1986/1585 e. ve 1986/2553 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.04.2021)

¹⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.09.1982 tarihli, 1981/2-1714 e. ve 1982/807 k. sayılı kararı: “*Hemen bütün bilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında a kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer...*”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.04.2021)

¹⁸² Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 562.

tespit davasıdır. Bu sebeptendir ki genel mahkemede yapılan incelemede de icra mahkemesinde yapılan inceleme ile yetinilmeyecek, daha geniş ve kapsamlı bir maddi hukuk incelemesi yapılacaktır. Öğretideki ağırlıklı görüş¹⁸³ uyarınca alacak miktarı aynı kalmak şartıyla itirazın kaldırılması duruşmasında bildirilenden başka sebep ve vakıalara dayanılabilecektir. Bu kapsamda Üstündağ ve Ansay¹⁸⁴; itirazın geçişi kaldırılması muhakemesinde ileriye sürülüp yetkili merci tarafından haksız bulunan, hiç ileri sürülmeyen ve hatta itirazın geçici kaldırılması muhakemesinden sonra ortaya çıkmış olan bütün defilerin ileri sürülebileceği kanaatindedir. Ancak Postacıoğlu, bu konuda farklı görüştedir. Postacıoğlu, borçtan kurtulma davası ile yapılmak istenenin itirazın geçici kaldırılması kararının maddi hukuk bakımından yerinde olup olmadığının denetlenmesi olduğunu belirterek, itirazın geçici kaldırılması kararından sonra ortaya çıkan savunma nedenlerinin bu sebeple ileri sürülmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir.

Borçtan kurtulma davasında ispat yüküne ilişkin öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Öğretideki bir görüş¹⁸⁵, davanın genel mahkemede açılması ve genel hükümlere göre görülmesi sebebiyle ispat hukuku bakımından kural olarak genel hükümlere (Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine) riayet edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesi uyarınca “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”. Bu kapsamda, borçlunun borçlu olmadığını ispat etmesi gerekecektir.

Ancak öğretideki hakim görüş uyarınca, ispat yükünün genel hükümler uyarınca borçluya düştüğünü söylemek iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay, bu hususu olumsuz olayların ispatının güç ve çoğu zaman imkânsızlık olmasına dayandırmaktadır¹⁸⁶. Menfi tespit davalarında, borçluya olumsuz olayın

¹⁸³ Ansay, **a.g.e.**, s. 59.; Üstündağ, **a.g.e.**, s.126.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 206.; Türk. **a.g.e.**, s. 54.

¹⁸⁴ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 126.; Ansay, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁸⁵ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 175.

¹⁸⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 6069/1189 sayılı ve 9.2.1973 tarihli kararı uyarınca: “...İspat yükü davacının iddiasının dayandığı nedenlerin niteliğine göre değişir. Eğer borçlu borçlanma iradesinin mevcut olmadığı,...borçlu olan bir hukuki sebebin varlığından söz edilemeyeceğini iddia ettiği...taktirde borcun varlığını ispat, davalı durumunda olmasına rağmen alacaklıya düşer. Buna karşılık varlığı sabit olan bir alacağın sonraki bir nedenle düştüğü borçlu tarafından ileri sürüldüğü

ispatını yüklemek objektif iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır zira olumlu olayların ispatı daha kolaydır¹⁸⁷. Olumsuz olaylar bakımından, delil bulmanın çoğu zaman çok zor olduğu bir gerçektir¹⁸⁸.

Öğretideki bir diğer görüş, ispat yükü belirlenirken dayanılan vakıanın ispat edilebilirliğinin önem taşıdığı yönündedir¹⁸⁹. Zira esas itibariyle menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davasında ispat meselesinin taraf sıfatlarından sıyrılması gerektiğini ve ispat yükü belirlenirken ispat edilmek istenen vakıa ile ilgili bu bağlantının kurulması gerektiğini söylemek yerinde olacaktır¹⁹⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca: “*Aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*”. Bu noktada Türk Medeni Kanunu kapsamındaki bu genel düzenleme bakımından tarafların haklarını dayandırdıkları olguların niteliği önem kazanacaktır. Davayı açan borçlunun menfi bir vakıaya dayanıp dayanmadığının tespit edilmesi gerekecektir.¹⁹¹ Bu kapsamda borçlunun dayandığı vakıa gerçek anlamda bir menfi vakıa ise bunun ispat edilebilecek nitelikte olup olmadığına dikkat edilmelidir. Zira menfi vakıanın ispatı mümkün ise ispat yükü borçluya ait olmalıdır. Ancak bu menfi vakıa bir yokluğu ifade ediyorsa bu durumda olmayan bir şey ispatı mümkün olmayacak, imkânsız olacaktır. İspatı imkânsız olan bir şeyin ispat yükünü davacı borçluya yüklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Davacı aksine davalı alacaklının o şeyin varlığını ispat etmesi beklenecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki ispat yükünün kimin üzerinde olacağı, tarafların davada konumlarına göre değil iddia ettikleri vakıalara göre belirlenmelidir. İspat külfetinin esas olarak davalı alacaklıya düştüğü söylenebilir. Ancak ispat yükünün davacı borçluya düştüğü durumlar da mevcuttur. Yukarıda belirtildiği üzere davacı borçlunun bir hukuki ilişkinin yokluğunu ispat etmesi çok

takdirde ispat külfetinin borçlu davacıya yükletilmesi gerekir. Genel hükümler uyarınca ispat yükü dağıtımında objektif iyiniyet kurallarını gözönünde tutulması gerekir. Olumsuz olayın isbatındaki güçlük ve çok zamandaki imkansızlığa karşılık olumlu olayların isbatının nedeniyle ayrık durumlar olmakla beraber, davalının olumsuz olayın isbatlanması gerektiğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşer...” Ankara Barosu Dergisi, 1973, sayı 3, s. 574.

¹⁸⁷ Muşul, **a.g.e.**, s. 302.

¹⁸⁸ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁸⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁹⁰ Mahmut Coşkun, **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat-Tasarrufun İptali Davaları**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 706.; Öktemer, **a.g.e.**, s. 584.

¹⁹¹ Yazar, **a.g.e.**, s. 114.

güçtür. Fakat borçlunun, davalı alacaklının iddia ettiği hukuki ilişkinin hiç doğmadığı iddiasında bulunmayıp tam aksine doğduğunu ancak başka bir nedenle sona geçersiz olduğunu veya sona erdiğini iddia ettiği durumda ispat yükü davacı borçluya ait olacaktır¹⁹².

Esas olarak borçtan kurtulma davasının açılmasına ilişkin dava şartlarından olan itirazın geçici kaldırılması kararı verilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştı. Bu kararın verilmesi için ise imzaya itiraz edilmiş olması gerektiği belirtilmişti. İspat meselesinde imzaya ilişkin hususa baktığımızda borçlunun icra mahkemesinde belirtmiş olduğu imza inkarına genel mahkemede yapılan inceleme sırasında da ısrarcı olması durumunda mahkemenin, icra mahkemesinin daha önce yaptırmış olduğu bilirkişi incelemesi ile yetinip yetinmeyeceği uygulama açısından önem taşıyan ve üzerinde durulması gereken bir husustur. Borçtan kurtulma davasında tekrar imza incelemesi yapılıp yapılmayacağına dair öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. İfade edildiği üzere borçtan kurtulma davasında yapılan incelemede icra mahkemesinin yapmış olduğu inceleme ile yetinilmemektedir. Bu kapsamda mahkemenin, icra mahkemesinin daha önce yaptırmış olduğu bilirkişi incelemesi ile yetinmeyeceğini ve yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini düşünmek yanlış olmayacaktır. Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir bonodaki imzanın sahte olduğu iddiasına dayalı borçtan kurtulma davasında davanın açıldığı mahkemenin, icra mahkemesi hakimliğince yaptırılan bilirkişi incelemesi ile yetinmemesi zira dar bir inceleme yapıldığı gerekçesiyle imzanın davacıya ait olup olmadığını tekrar bilirkişilere inceletmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁹³. Ancak öğretide *Kuru*'nun da belirttiği aksi görüş icra mahkemesi tarafından yapılan bilirkişi incelemesinin yeterli olduğu ve tekrar yapılmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu görüş uyarınca icra mahkemesinde itirazın geçici kaldırılması kararı verilirken yapılan inceleme sınırlı olsa dahi bilirkişi sınırlı bir inceleme yapmamaktadır, bilirkişinin yetkisi tamdır. Zira imza incelemesine ilişkin husus kanunla düzenlenmekte ve bu düzenlemede herhangi bir

¹⁹² Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 43.; Yazar, **a.g.e.**, s. 114. Yazar eserinde, bir vakianın yokluğunun yani hiçliğin ispatının çok güç hatta imkânsız olacağını belirtmiş, bu sebeple alacağın varlığının ispatının davalı alacaklı tarafından yapılması gerekecektir.

¹⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.3.1981 tarihli, 11-1466/154 sayılı kararı.

şekilde genel mahkeme – icra mahkemesi ayrımı yapılmamaktadır. Bu sebeple, borçtan kurtulma davasında tekrar bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek olmayacaktır ancak genel mahkemede bilirkişi incelemesi yapılmamış veya yapılan imza incelemesi yeterli bulunmamışsa yeni bir inceleme yapılması yerinde olacaktır¹⁹⁴. Tüm bu bilgiler ışığında, bilirkişi incelemesinin tekrar yapılmasının gerekli olmadığını söylemek yerinde olacaktır. Bizim görüşümüz de, bilirkişinin yapmış olduğu incelemenin sınırlı bir inceleme olmadığı, bilirkişi incelemesine ilişkin bir mahkeme ayrımı yapılmadığı bu sebeple yeni bir bilirkişi incelemesine gerek olmadığı yönündedir.

B. Borçtan Kurtulma Davasında Hüküm Verildikten Sonra Ortaya Çıkan Sonuçlar

1. Genel olarak

Borçtan kurtulma davasında hüküm verildikten sonra ortaya çıkan sonuçlar; borçtan kurtulma davasının reddi ve kabulü bakımından iki başlık altında değerlendirilmektedir. Borçtan kurtulma davasının hükümden sonraki sonuçları bakımından davanın reddi durumunda da kabulü durumunda da mahkemenin vereceği karar fark etmeksizin ortak bir nokta mevcuttur. İfade edildiği üzere borçtan kurtulma davası, icra mahkemesinde yapılan kısıtlı incelemenin aksine genel mahkemelerde genel hükümlere göre maddi hukuk bakımından yapılan kapsamlı bir incelemedir. Bu inceleme ile icra mahkemesinde yapılan inceleme ile yetinilmeyerek taraflar arasındaki hukuki ilişki kapsamlı olarak incelenmektedir. Genel mahkeme tarafından yapılan bu inceleme ile taraflar arasındaki hukuki ilişki maddi hukuk bakımından kesin olarak karara bağlanmaktadır. Bu yönüyle borçtan kurtulma davası sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir¹⁹⁵. Aşağıda borçtan kurtulma davasının reddi ve davanın kabulü durumunda ortaya çıkacak sonuçlar bakımından inceleme yapılacaktır.

¹⁹⁴ Kuru, **İcra El Kitabı**, s. 289.

¹⁹⁵ Yılmaz, **Şerh**, s. 403.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 223.

2. Davanın Reddi ve Sonuçları

Borçtan kurtulma davasını inceleyen mahkemenin alacaklıyı haklı bulması durumunda borçtan kurtulma davasını reddedilecektir; davanın reddi ise davacı konumundaki borçlunun borçtan kurtulma davasını kaybetmesi anlamına gelmektedir. Borçlunun davayı kaybetmesi ile borçlunun, takip konusu alacağın borçlusu olduğu tespit edilmiş olacaktır¹⁹⁶. Borçtan kurtulma davasının reddi kararı ile, itirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırılmaya dönüşür; geçici haciz ise kesin hacze dönüşür¹⁹⁷. Geçici haciz durumunda mallarının satışı istenemeyen borçlunun artık mallarının satışını talep edebilir hale gelmektedir. Davanın reddi kararına karşı borçlu kanun yoluna başvurmuş olsa dahi, alacaklı yine de malların haczini ve hacizli malların satışını talep edebilir. Davanın reddi kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş olması da kararın icrasına engel olmayacaktır. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin 4. fıkrası uyarınca: "*Davanın reddi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvuran borçlu, ayrıca 36 ncı madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet isteyebilir.*". İlgili madde hükmünde açıklandığı üzere, istinaf kanun yoluna başvurarak kararın icrasına engel olamayan borçlu ancak icra dairesinden icranın geri bırakılması için İcra ve İflas Kanunu'nun 36. madde hükmü uyarınca mühlet isteyebilecektir¹⁹⁸. Buna ek olarak borçtan kurtulma davası açılmadan önce verilmiş olan itirazın geçici kaldırılması kararının bir sonucu olarak borçlu mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Borçlu, borçtan kurtulma davasının reddini takiben üç gün içerisinde mal beyanında bulunmalıdır. İtirazın geçici kaldırılması kararını takiben yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açılması sebebiyle ertelenen yüzde yirmi oranındaki tazminat ise borçtan kurtulma davasının reddi ile kesinleşir; tahsil edilebilir hale gelir¹⁹⁹. İşbu itirazın

¹⁹⁶ Muşul, **a.g.e.**, s. 57.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 223.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.; Yılmaz, **Şerh**, s. 403.

¹⁹⁷ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 134.; Yazar, **a.g.e.**, s. 116.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, 176.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 223.

¹⁹⁸ Mehmet Köle, Para Alacaklarına İlişkin İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesince İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33, 33a), Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018, s. 36. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (erişim tarihi: 22.06.2021)

¹⁹⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 224; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 134.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.

geçici kaldırılması kararı sonucunda borçlunun mahkûm edilmiş olduğu ancak borçtan kurtulma davası açılması halinde dava sonuçlanıncaya kadar ertelenmiş olan tazminata ek olarak, borçlu davayı kaybetmesi sebebiyle dava konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak kaydıyla bir icra inkâr tazminatına daha mahkûm edilir. Borçlu, alacaklıya iki kez tazminat ödemekle yükümlü olur.²⁰⁰

Borçtan kurtulma davası sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği belirtilmiştir. Borçtan kurtulma davası sonucunda verilen maddi anlamda kesin hüküm ile takip konusu alacağın varlığı ve davacının borçlu olduğu artık kesin hüküm ile sabit hale gelmektedir. Borçlu, bu kesin hüküm üzerine takip konusu alacak hakkında menfi tespit davası açamaz. Buna ek olarak, borçlu olduğu kesin hüküm ile tespit edildiği için takip konusu alacağın ödendiği durumda ise istirdat davası açamaz²⁰¹ İstirdat davası da borçtan kurtulma davası gibi genel mahkemelerde genel hükümlere göre görülen bir davadır ve yine maddi hukuk bakımından bir inceleme yapılarak dava sonucunda taraflar arasındaki hukuki ilişki kesin olarak tespit edilmektedir. Zaten genel mahkemelerde genel hükümlere göre maddi hukuk bakımından yapılan inceleme ile taraflar arasındaki hukuki ilişki kesin anlamda hükme bağlandığı borçtan kurtulma davasının akabinde tekrar aynı nispette bir incelemenin yapılacağı bu davaları açmak mümkün olmayacaktır.

3. Davanın Kabulü ve Sonuçları

Borçtan kurtulma davasını inceleyen mahkeme davacı borçlunun borçlu olmadığına kanaat getirir ise, borçtan kurtulma davasının kabulüne karar verir. Borçtan kurtulma davasının kabulü ile borçlu davayı kazanır. Borçlu davacının, alacaklıya borcunun olmadığını mahkeme kararı ile kesin olarak tespit ettirmiş olur; borçlu borcundan kurtulur²⁰². Borçlunun borçlu olmadığı tespit edilmiş olur²⁰³.

²⁰⁰ Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 134.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 176.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 93.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 224.

²⁰¹ Ansay, **Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, s. 60.; Kuru, **Adalet Dergisi**, s. 138.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 224.

²⁰² Ansay, **Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, s. 60.; Yılmaz, **Şerh**, s. 403.; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 133.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, 176.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 224.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 132.

Borçtan kurtulma davası öncesinde verilmiş olan itirazın geçici kaldırılması kararı ile borçlu aleyhine ortaya çıkmış olan tüm sonuçlar borçtan kurtulma davasının kabulüyle ortadan kalkar. İcra takibi hükümsüz kalır; bu kapsamda ödeme emri, itirazın geçici kaldırılması kararı, konulmuşsa geçici haciz hükümsüz kalır²⁰⁴. İcra takibinin hükümsüz kalmasıyla birlikte alacaklının ilamsız icra takibine devam etmesine imkan kalmayacaktır; takip sona erer.

Borçlu davanın kabul edilmesi halinde, borçtan kurtulma davasının reddinin aksine, üç gün içinde mal beyanında bulunmak zorunda değildir. Buna ek borçlunun, önceden aleyhine hükmedilmiş olan para cezası ve yüzde yirmi oranında icra tazminatını ödemek zorunluluğu da bulunmamaktadır²⁰⁵. Alacaklı, borçlunun davayı kazanması halinde borçluya, borçlunun borçlu olmadığı tespit edilen meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak koşuluyla uygun bir tazminat öder²⁰⁶. Bu tazminat için alacaklının kötü niyetli olması aranmamaktadır²⁰⁷. Alacaklının ödeyeceği tazminatın ödenmesi için borçlunun dava dilekçesinde bu tazminatı talep etmiş olmasının gerekip gerekmediğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Öğretide *Kuru, Pekcanitez ve Özkes*'in de desteklediği görüş²⁰⁸ borçlunun bu tazminatı talep edebilmesi için dava dilekçesinde tazminat talep etmiş olması gerektiği yönündedir. *Postacioğlu*'nun da desteklediği diğer görüş²⁰⁹ ise İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinin son fıkrasında tazminata mahkûmiyet için kazanan tarafın talepte bulunması şartı aranmadığı için borçtan kurtulma davasını kaybeden tarafın tazminata mahkûm edilmesi için talebe ihtiyaç olmadığı yönündedir. *Postacioğlu*, İcra ve İflas Kanunu'nun genel sistematığına bakıldığında; alacaklı ve borçlu arasında paralellik,

²⁰³ Kuru, *El Kitabı*, s. 334.; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, s. 133.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 132.

²⁰⁴ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, s. 133.; Kuru, Arslan, Yılmaz, *a.g.e.* s. 208.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 132.; Yazar, *a.g.e.*, s. 119.; Kuru, *Adalet Dergisi*, s. 137.

²⁰⁵ Muşul, *a.g.e.*, s.57.

²⁰⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 223.; Kuru, *Adalet Dergisi*, s. 138. Kuru, bu tazminatın niteliği itibarıyla Borçlar Hukuku anlamında bir tazminat olmadığı, borçlunun sebepsiz inkâr ve alacaklının haksız icra takibini önlemek için konulmuş bir yaptırım, ceza olduğu görüşündedir.

²⁰⁷ Kuru, Arslan, Yılmaz, *a.g.e.* s. 208.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 224.

²⁰⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 133.; Kuru, *Adalet Dergisi*, s. 138.

²⁰⁹ Postacioğlu, *İcra Hukuku Esasları*, s. 289.; Kiraz, *a.g.e.*, s. 92.; Muşul, *a.g.e.*, s. 57.

eşitlik sağlamak ve menfaat dengesini kurmak adına iki taraf için de tazminat bakımından talep şartı aranmaması gerektiği kanaatindedir²¹⁰. Öğretide tazminata ilişkin tartışmalar eleştirilmiş, bazı yazarlar tarafından²¹¹ kanunda tazminata ilişkin daha açık bir düzenleme yapılması gerektiği, menfaat dengesi bakımından tazminata ilişkin talepler hakkında genel bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde eleştiride bulunulmuştur.

4. Davanın Konusuz Kalması ve Sonuçları

Davanın açılmasından sonra davanın konusunun ortadan kalkması durumunda, dava ile ulaşılmak istenen sonucun davanın görülmesi sırasında gerçekleşmesi durumunda ve artık davacının hukuki yararının bulunduğu söz edilemeyecek halde davanın konusuz kalmasından durumu ortaya çıkacaktır²¹². Yargıtay 10. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, davanın konusuz kalmasından söz edilebilmesi için uyuşmazlık konusu çekişmenin ortadan kalkması gerektiği, bu hususun da *“her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmamış olması”* anlamına geldiği yönünde hüküm kurmuştur²¹³. Davanın konusuz kalması durumunda hukuki uyuşmazlığın, hayatın olağan akışı ile yahut taraf iradeleri sonucunda sona erdiği ve bu sebeple yargılamanın sürdürülmesine gerek kalmadığı, uyuşmazlığın hükme bağlanmasını

²¹⁰ Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, s. 289.; Okur, **a.g.e.**, s. 313.

²¹¹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 133. Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, s. 289. Yazarlar, İcra ve İflas Kanunu’nda tazminata ilişkin ortak bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir zira kanun yapma tekniği bakımından kanun koyucunun farklı maddeler hatta bazen aynı madde içinde farklı fıkralar bakımından değişik düzenlemeler yapmasını bilinçli bir tercih olarak görmek mümkün değildir. Yazarlar, menfaatler dengesi bakımından tüm tazminat talepleri bakımından ortak bir düzenlemenin yapılmasının da isabetli olacağı kanaatindedir.

²¹² Murat Atalı, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017, s. 2041.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 1083.

²¹³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 25.02.2013 tarihli, 2013/3116 e. ve 2013/3116 k. sayılı kararı: *“...Davanın, konusuz kaldığından bahsedilebilmesi için, uyuşmazlık konusu çekişmenin ortadan kalkması, başka bir anlatımla; her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmamış olması gerekir...”*. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 09.04.2012 tarihli ve 2012/3057 e. ve 2012/6957 k. sayılı kararı: *“...Ancak, davanın konusuz kaldığından bahsedilebilmesi için, davaya konu uyuşmazlığın tüm taraflar yönünden tamamen ortadan kalkması, başka bir anlatımla; davanın taraflarının da davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmamış olması gerekir...”*; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 09.02.2016 tarihli, 2014/22653 e. ve 2016/1407 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.04.2021)

gerektiren sebebin ortadan kalktığı söylenebilecektir²¹⁴. Hukukumuzda davanın konusuz kalması durumunda ne tür bir karar verilmesi gerektiğine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak dolaylı bir düzenleme mevcuttur; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 331. madde hükmü uyarınca: “*Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder.*”. İlgili madde metninden anlaşılabacağı üzere, davanın konusuz kalması durumunda bir hüküm verilmesine gerek kalmayacaktır. Mahkeme vereceği kararda, yalnızca davanın konusuz kaldığını belirterek “*esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” hükmedecektir. Tanrıver²¹⁵, bu kararın ne usule ilişkin ne de esasa ilişkin bir karar konumunda olduğu hatta verilen bu kararın gerçekten bir karar konumunda dahi olup olmadığının tartışılması gerektiği kanaatindedir. Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu²¹⁶ ise bu kararın usule ilişkin bir karar olduğu kanaatindedir. Yazarlar bu kararın usule ilişkin bir karar olması sebebiyle esasa ilişkin bir hüküm verilmediği görüşündedir. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda davanın konusuz kalması halinde mahkemenin vermesi gereken karara ilişkin hüküm kurmuştur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu bu kararda, davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin davanın reddine değil “*dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar vermesi gerektiğine ilişkin hüküm kurmuştur²¹⁷.

Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus; yargılama giderlerine ilişkin verilecek karardır. Zira dava konusuz kalsa dahi yargılama giderleri hakkında bir karar verilmesi gerekecektir. Bu kapsamda davanın açılmasında haksız olan taraf aleyhine; dava devam etseydi kimin aleyhine karar

²¹⁴ Nilüfer Boran Güneysu, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Ankara, 2014, s. 147.; Tanrıver, **a.g.e.**, s. 1083.

²¹⁵ Tanrıver, **a.g.e.**, s. 1083.

²¹⁶ Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 644.

²¹⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 25.04.2006 tarihli, 2006/2465 e. ve 2006/4930 k. sayılı kararı: “...Kabule göre de, davanın konusuz kalması halinde davanın reddine değil ve fakat “*dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” şeklinde hüküm kurulması gerekir...”. Benzer yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 02.03.2017 tarihli, 2016/11577 e. ve 2017/1702 k. sayılı kararı: “...Davanın konusuz kalması halinde, artık dava hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmaz. Başka bir deyişle, her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararı kalmamış demektir. Bu halde, mahkemece, davanın konusunun kalmaması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilir...”; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 24.01.2017 tarihli, 2016/6104 e. ve 2017/486 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi:24.04.2021)

verilecekti ise yargılama giderinin o kişi üzerine bırakılması gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331. madde hükmü de bu hususu açıkça belirtmektedir. Yargılama giderinin dava açıldığı tarihte kim haksızdı ise, kimin aleyhine karar verilecekti ise onun üzerine bırakılacağı düşüncesi ile mahkemenin yargılamaya devam etmesi ve haksız olan tarafı tespit etmesi beklenenecektir. Mahkeme haksız tarafı tespit ettikten sonra, haksız çıkan tarafı yargılama giderlerine mahkûm edecek ve sonrasında da davanın konusuz kaldığını bildirerek davaya son verecektir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda, davanın konusuz kalması durumunda yargılama giderlerinin ve vekalet ücretinin taktir edilmesine ilişkin olarak, davanın açıldığı tarihte haksız olan tarafın bunlardan sorumlu tutulacağı ve bu hususun Yargıtay yerleşik içtihadı olduğu yönünde hüküm kurmuştur²¹⁸. Benzer yönde bir karar veren Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de, her davanın açıldığı tarihteki koşullara bağlı olduğunu belirterek dava açıldığı andaki mevzuata ve içtihadı göre davasında haklı olan tarafın, dava açıldıktan sonra davanın konusuz kalması durumunda yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir²¹⁹.

²¹⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29.12.2009 tarihli, 2009/20253 e. ve 2009/21457 k. sayılı kararı: "...davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerinden ve bu arada vekalet ücretinden, davanın açıldığı tarihte haksız olan tarafın sorumlu olacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Bu durumda mahkemenin yargılamayı sürdürerek dava açıldığı tarihte haksız olan tarafı tesbit ile, o tarafın vekalet ücretinden sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde her iki taraf için vekalet ücretine karar verilmemesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...". Benzer yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.11.2019 tarihli, 2019/2703 e. ve 2019/5366 k. sayılı kararı: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326/2 maddesi gereğince; kural olarak yargılama giderleri, davadaki haklılık oranına göre haksız çıkan tarafa yüklenir. Ancak Kanun'un 331/1. maddesinde "...Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde, hakim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder..." biçiminde düzenleme bulunmaktadır. Yasada düzenlenen bu madde doğrultusunda davanın açıldığı tarihte haksız olduğu tespit edilen taraf yargılama giderini ödemekle yükümlü olacaktır."; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 20.12.2012 tarihli, 2012/11596 e. ve 2012/14582 e. sayılı kararı.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29.12.2009 tarihli, 2009/20253 e. ve 2009/21457 k. sayılı kararı. www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.04.2021)

²¹⁹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 20.06.2012 tarihli, 2012/8190 e. ve 2012/7583 k. sayılı kararı: "...her dava açıldığı tarihteki koşullara bağlıdır. Bir taraf, dava açıldığı andaki mevzuata ve içtihat durumuna göre davasında haklı olup da, dava açıldıktan sonra davanın konusuz kalması durumunda harç ve yargılama giderlerinden sorumlu tutulamaz...". Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25.04.2006 tarihli, 2006/2465 e. ve 2006/4930 k. sayılı kararı: "Davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin, yargılamaya devam ederek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine (bu arada vekalet ücretine de) mahkum etmesi gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir. (Bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı, c. 111, İst. 2001, sh. 303 vd.). Mahkemece bu yönde herhangi bir araştırma ve soruşturma yapılmamıştır.". www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.04.2021)

Borçlu tarafından açılmış olan borçtan kurtulma davası her zaman davanın reddi ya da kabulü ile son bulmak durumunda değildir. İcra takibine konu alacağın borçtan kurtulma davası devam ederken ödenmesi durumunda borçtan kurtulma davası konusuz kalacaktır. Alacağın borçlu tarafından bizzat ödenmiş olmasının yahut üçüncü bir kişi tarafından ödenmiş olmasının bir önemi yoktur. Davanın konusuz kalması, davaya konu asıl talebin konusuz kalmasıdır. Davanın konusuz kalması durumunda davanın esası hakkında yargılama yapılması gerekmeyecektir²²⁰. Bu durumda mahkeme, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine gerek olmadığına karar verecektir. Bu karar bir tespit hükmü niteliğindedir; davaya konu asıl talebin, asıl hakkın mevcut olmadığı tespit edilmektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli kararına konu olmuş olayda alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibinde borçlunun borçlu olmadığına tespitine ilişkin bir istem ile açılmış dava bulunmaktadır²²¹. Dava açıldıktan sonra davanın konusuz kalması sonucunda mahkemenin dava konusu edilen talep hakkında olumlu yahut olumsuz bir karar vermesine gerek kalmamıştır. Bu sebeple Yargıtay, verilecek hükmün bir tespit hükmü niteliğinde olduğuna ve esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.

Davanın konusuz kalması durumunda hangi tarafın yargılama giderlerine mahkûm edileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir çünkü Kanun'da bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. maddesinde yalnızca haksız çıkan tarafın tazminata mahkûm edileceği düzenlenmiştir. Davanın konusuz kalmasına yol açan durumun icra takibine konu alacağın ödenmesi olduğu göz önüne alındığında borçlunun yahut üçüncü bir kişinin bu alacağı ödemesinin "borçlunun haksız olduğunun kabulü" anlamına geldiği kabul edilebilir. Zira borçlu öncelikle imzaya itiraz ederek takibi durdurmuş, akabinde itirazın geçici kaldırılması kararı verildikten sonra borçtan kurtulma davası açmak

²²⁰ Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 882.

²²¹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 27.03.2014 tarihli, 2013/10702 e. ve 2014/3921 k. sayılı kararı: "...Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek kalmadığında davanın konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin bir tespit hükmü niteliğinde olarak esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve HMK'nun 331/1 maddesi gereğince davanın açıldığı tarihteki haklılık durumuna göre yargılama giderlerinden hangi tarafın ne oranda sorumlu olduğuna dair bir karar vermesi gerekir...". www.kazanci.com (erişim tarihi:24.04.2021)

suretiyle alacaklının alacağına kavuşmasına ilişkin süreci uzatmıştır. Bu noktada borçlunun borcunun ödenmesi gerek takibin sürüncemede kalmasına gerekse borçtan kurtulma davasının haksız yere açılmasına sebebiyet verdiğini görmekteyiz. Bu kapsamda borçlunun tazminata mahkûm edilmesinin yerinde olacağı söylenebilecektir.

5. Yargılama Giderleri

Yargılama giderleri, genel olarak yargısal faaliyetin yürütülmesi kapsamında, davanın görülmesi ve sonuçlanması için tarafların ödedikleri paraların tümüdür²²². Kural olarak yargılama giderleri, ilgili işlemin yapılmasını talep eden tarafça peşin ödenecektir²²³. Burada asıl mesele davanın sonunda bu yargılama giderlerinin kime yükletileceğidir. Yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 326. madde hükmünde düzenlenmiştir: “*Kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır. Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir.*” denilmektedir. İlgili madde hükmünden de anlaşılacağı üzere kural olarak, yargılama giderleri davada haksız çıkan; aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilecektir. Her iki tarafın kısmen haklı çıkması durumunda ise haklılık oranına göre paylaştırılacaktır. Yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin husus, davanın sonunda söz konusu olacaktır. Zira mahkeme tarafından esas hakkında verilen hüküm ile yargılama giderine de hükmedilecektir. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 332. maddesinde düzenlenmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 332. madde hükmünde belirtildiği üzere mahkeme re’sen, verdiği hüküm ile yargılama giderine hükmedecektir: “*Yargılama giderlerine, mahkemece resen hükmedilir. Yargılama*

²²² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 716.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 550.; Postacıoğlu, Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s.928.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, 617.

²²³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 557.; Firdevs Tanrıseven, “Medeni Yargılama Hukukunda Usule İlişkin Nihai Kararlarda Yargılama Giderlerinden Sorumluluk”, **Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 26.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 719.

gideri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümü hüküm altında gösterilir. Hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceği, mahkemece ilamın altına yazılır.” Prensip olarak esasa ilişkin nihai karar ile birlikte yargılama giderine hükmedilmektedir; istisnai olarak ise usule ilişkin nihai bir karar ile yargılama giderine hükmedilmektedir²²⁴. Esas olarak sonuçlanmayan davada yargılama giderlerinin takdirine ilişkin husus ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 331. madde hükmünde düzenlenmiştir: *“Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder. Görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder. Görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder. Davanın açılmamış sayılmasına karar verilen hallerde yargılama giderleri davacıya yükletilir.”* İlgili madde metni uyarınca, usule ilişkin davanın usule ilişkin nihai bir karar ile sona ermesi durumunda mahkemenin yargılama giderlerine hükmetmesi gerekecektir. Ancak usule ilişkin nihai karar ile dava sona ermiyor ise davanın sonuçlanmaması sebebiyle mahkeme yargılama giderlerine hükmetmeyecektir. Yine görevsizlik veya yetkisizlik kararını takiben davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş olması halinde ise talep üzerine davanın açıldığı mahkemede yargılama giderlerine hükmedilecektir.

Borçtan kurtulma davası bakımından yargılama giderleri hususunu davanın hükümden sonraki sonuçlarına ilişkin olarak ikiye ayırmak gerekmektedir. Borçlunun davayı kazanması durumunda (borçtan kurtulma davasının kabulü) ve borçlunun davayı kaybetmesi (borçtan kurtulma davasının reddi) halinde yargılama giderlerine hükmedilmesi hususu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 326. maddesi uyarınca yargılama giderinin mahkeme

²²⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 559.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 719.; Firdevs Tanrıseven, **a.g.e.**, s. 34.

tarafından davada haksız çıkan tarafa yükletileceğinden bahisle; borçtan kurtulma davasının kabulü halinde borçlunun davayı kazandığından söz edilecektir. Borçtan kurtulma davasının kabulü halinde haksız çıkan taraf davalı alacaklı olduğu için yargılama giderleri alacaklıya (davalıya) yükletilecektir. Borçlunun davayı kaybetmesi durumunda ise (borçtan kurtulma davasının reddi) borçlu yargılama giderlerine mahkûm edilecektir.

Borçtan kurtulma davasının esastan sonuçlanmaması durumunda yargılama giderlerine hükmedilmesi hususuna da bakıldığında; yetkisizlik yahut görevsizlik kararı verilmesi halinde bu karar üzerine bir başka mahkemede davaya devam edilip edilmediği hususu önem kazanacaktır. Yetkili veya görevli bir mahkemede davaya devam edilmesi durumunda yargılama giderlerine o mahkeme tarafından hükmedilecektir. Ancak görevsizlik ya da yetkisizlik kararını takiben davaya yetkili ya da görevli bir mahkemede devam edilmemesi halinde yargılama giderlerine talep üzerine davanın açıldığı mahkemede dosya üzerinden karar verilecektir. Borçtan kurtulma davasının konusuz kalması durumunda ise mahkeme davanın açıldığı tarihteki haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir edecektir.

II. BORÇTAN KURTULMA DAVASINDA KANUN YOLLARINA BAŞVURU

A. İstinaf Kanun Yolu

İcra ve iflas hukukuna ilişkin genel mahkemelerde açılan davalarda ve verilen kararlarda istinaf yoluna başvurulması durumunda İcra ve İflas Kanunu hükümleri değil Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341-360 madde hükümleri incelenmelidir²²⁵. Bu doğrultuda genel mahkeme kararlarına karşı istinaf yoluna ilişkin hususlar borçtan kurtulma davasına ilişkin de inceleme konusu olacaktır. Çalışmamızın konusu itibarıyla borçtan kurtulma davası sonucunda çıkan karara

²²⁵ Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1336.

karşı istinaf konun yoluna başvurulması hususu, istinaf kanun yoluna ilişkin genel hükümler doğrultusunda incelenecektir.

Genel mahkemede açılan borçtan kurtulma davası bakımından, bu davaya ilişkin kararların istinafi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin genel hükümlerine tabi olacaktır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar aleyhine öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulması gerekmektedir²²⁶. Zira temyiz ancak istinaf kanun yolunun devamı olarak kabul edilmektedir²²⁷. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de çeşitli kararların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesine atıf yaparak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu nihai karar aleyhine istinaf yoluna başvurulması gerektiğine yer vermiştir: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341. maddeleri uyarınca ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar istinaf yoluna tabidir.”²²⁸. Borçtan kurtulma davası sonunda verilen nihai karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.

“İstinaf” kavramı esas olarak yeniden başlama anlamı taşımaktadır²²⁹, bu geniş anlamıyla ilk derece mahkemesinin incelemesi ile sınırlı olmaksızın yeniden bir inceleme yapmak suretiyle, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu yargılamadan bağımsız şekilde yeniden uyuşmazlık hakkında karar verilmesini ifade etmektedir. Dar anlamda ise, ilk derece mahkemesinde yapılan incelemenin tekrarlanmaksızın yalnızca tekrar incelenmesi gereken hususlar bakımından, bu hususlarla sınırlı olarak yeniden incelenmesini ifade etmektedir. Esas olarak çalışmamızda da temel kabul

²²⁶ Murat Yavaş, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 18.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 470.

²²⁷ Kuru, Aydın, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 489.; Kuru, **Usul El Kitabı**, C.:2, s. 1353; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 648.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 486.

²²⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 2016/25866 esas ve 2017/21 karar sayılı, 09.01.2017 tarihli kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2017/1683 esas ve 2017/4531 karar sayılı, 18.04.2017 tarihli kararı. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) Yargıtay ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar aleyhine istinaf incelemesi yapılmadan temyiz incelemesi için başvurulamayacağına ilişkin hususu sıkı sıkıya uygulamaktadır. Özellikle istinaf incelemesi atlanarak dosyanın temyiz mahkemesine gönderilmesi durumunda, dosyanın ilgili istinaf mahkemesine gönderilmesi için ilk derece mahkemesine iadesine karar vermektedir. Kuru, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar aleyhine doğrudan temyiz incelemesine başvurulmamasına ilişkin özellikle istinaf incelemesi atlanarak temyize gönderilen dosyalar bakımından dosyanın bu durumda istinaf mahkemesine gönderilmesi gerektiği görüşündedir. Kuru, bu uygulamanın usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu görüşündedir. Kuru, **Usul El Kitabı**, C.:2, s. 1353.

²²⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul**, s. 593.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 648.

edilen istinaf bakımından dar anlamdır²³⁰ zira usul ekonomisi bakımından da yargılamanın baştan sona tekrarlanmasının ve gereksiz uzamasının önüne geçilmesi bakımından daha yararlı bir bakış açısı olduğu söylenebilir²³¹. İstinaf kanun yolunda dar anlamıyla istinaf incelemesinin benimsenmesinden kaynaklı olarak her olay bakımından tüm yargılamanın tekrarlanması ve incelenmesi söz konusu olmayacaktır; istinaf mahkemesi bazı olaylar bakımından hukuki denetim mahkemesi gibi görev yapacaktır²³².

İstinaf kanun yolunda yapılan incelemenin özelliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin gerekçesinde kaleme alınmıştır: “*Temyiz incelemesini, istinaf incelemesinden ayıran temel özellik, temyiz incelemesinin usûl hukuku veya maddî hukuk yönünden incelemeyi gerektirmesi, maddî vakıaların denetimi ile delil değerlendirmesine* *girmemesidir.* Maddede bu hukukî denetimin hangi sebeplerle yapılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bugüne kadar istinaf yolunun olmamasından dolayı zaman zaman Yargıtay maddî vakıalara ve delil değerlendirmesine de girmek zorunda kalabilmekteydi, istinafla birlikte artık bu ihtiyaç ortadan kalkmış ve Yargıtay tamamen bir hukukî denetim ve içtihat mercii olmuştur.”. Gerekçede de açıklandığı üzere bu incelemeyi esas olarak temyiz incelemesinden ayıran husus özellikle maddi vakıa denetimi ve delil değerlendirmesi yapılmasıdır. İstinaf mahkemesi maddi vakıa denetimi ve delil değerlendirmesi yaptıktan sonra hüküm kurmaktadır. İstinaf mahkemesi hüküm vererek yalnızca denetim mahkemesi olmadığını da göstermektedir.

²³⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul**, s. 594.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 649.

²³¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası eserinde kanunumuzun kabul ettiği istinaf yolunun dar anlamda istinaf yolu olmasının sebebinin davaların uzamasının önüne geçilmesi düşüncesi olduğunu ve makul sürede yargılamanın bitirilmesi ilkesi ile maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ilkesi arasında denge kurulmak istendiğini kaleme almıştır. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul**, s. 594.

²³² Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Bet Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 509.; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 382.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul**, s. 594.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “İstinaf yoluna başvurulabilen kararlar” kenar başlığını taşıyan 341. madde²³³ hükmünde aleyhine istinaf yoluna gidilebilecek mahkeme kararları sayılmış, koşullar düzenlenmiştir. Bu kapsamda aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecek kararlara ilişkin koşullar üç başlık altında toplanabilmektedir. İlk olarak, aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulacak karar bir ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olmalıdır. İkinci olarak, ilk derece mahkemesinin aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulacak kararı nihai bir karar olmalıdır. Son olarak kanunun öngördüğü belirli bir tutarın üzerinde olan ilk derece mahkemesinin nihai karar olmalıdır.

İstinaf incelemesi için öngörülen yetkili mahkeme ilk derece mahkemesinin yargı çevresinde bulunan istinaf mahkemesidir²³⁴. Kesin yetki olan bu durumda eğer yetkisiz istinaf mahkemesine başvuru yapılmış ise mahkeme yetki hususunu re’sen inceleyecek ve dosyanın yetkili istinaf mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Yetkinin kesin yetki olması sebebiyle tarafların istinaf mahkemelerinin yetkisine ilişkin yetki sözleşmesi yapması da mümkün değildir²³⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ilk derece mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapmamışken istinaf mahkemeleri bakımından yetki sözleşmesi yapılmasını açıkça yasaklamıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 357. maddesinin 2. fıkra hükmünde “*Bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamaz.*” denilmiştir. İstinaf incelemesi için yetkili görülen istinaf mahkemesine

²³³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu 341. madde:

“(1) İlk derece mahkemelerinin aşağıdaki kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir: a) Nihai kararlar. b) İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar. (2) Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir. (3) Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda üç bin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. (4) Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü üç bin Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz. (5) İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir.”

²³⁴ Kuru, **Usul El Kitabı**, C.:2, s. 1353.

²³⁵ Derya Ece Katayıfçı, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, **Yüksek Lisans Tezi**, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Ankara, 2020, s. 154.; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinafa Başvuru, İstinaf İncelemesi ve İstinaf Mahkemesinin Verebileceği Kararlar, **Doktora Tezi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2008, s. 156.

başvurma hakkı olanlar mevcuttur. Öncelikle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı istinafa başvurmakta hukuki yararı bulunanlardır. İstinaf mahkemesine başvurmada hukuki yararın bulunması; bu kanun yoluna başvuran taraf bakımından aleyhine kanun yoluna başvurduğu kararın kaldırılmasında yahut değiştirilmesinde korunmaya değer bir menfaatinin bulunması anlamına gelmektedir. İkinci olarak belirtmek gereken husus istinaf yoluna yalnızca davanın taraflarının başvurabileceğidir. Taraflar dışında, üçüncü kişilerin istinaf kanun yoluna başvuramayacaktır. Bu kişiler haricinde yargılama yokluğunda yapılmış olan ve hüküm yokluğunda verilmiş olan tarafın da yokluğunda verilmiş olan hüküm aleyhine istinaf kanun yoluna başvurması, dava arkadaşlarının başvurması ve asli müdahilin kendisi hakkında verilen hüküm aleyhine yalnız başına istinaf kanun yoluna başvurması mümkündür. Yine taraf vekili de vekaletnamesinde istinaf kanun yoluna başvuruya ilişkin özel bir yetki hükmü bulunmasına gerek olmaksızın istinaf kanun yoluna başvurabilmektedir. İstinaf kanun yoluna başvuru için öngörülen süre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 345. maddesinde düzenlenmiştir: *“İstinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır.”*. İlgili madde metninden de anlaşıldığı üzere kural olarak istinaf süresi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı iki haftadır. Bu iki haftalık süre ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın usulen taraflardan her birine tebliğ ile işlemeye başlamaktadır. Tebliğ süresinin “taraflardan her birine tebliğ” ile işlemeye başlaması hususunda her taraf için ayrı tarihlerde tebliğ gerçekleşmesi durumu önem taşımaktadır. İlk derece mahkemesi kararının her tarafa ayrı tarihlerde tebliğ edilmesi durumunda, istinaf süresi her taraf için ayrı tarihte işlemeye başlayacaktır. Özellikle belirtmek gerekir ki, ilamın bir tarafa usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi durumunda, usulsüz tebligatın söz konusu olması durumunda istinaf süresinin işlemeye başlamayacağı açıktır. İstisnai olarak istinaf süresinin tefhim ile başladığı durumlar da söz konusudur. İcra mahkemesinin vermiş olduğu kararın taraflara duruşmada tefhim edilmesi durumunda, bu karar aleyhine on günlük istinaf süresi tefhim ile başlamaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturması itibariyle borçtan kurtulma davasına baktığımızda, ifade edildiği üzere borçtan kurtulma davası genel mahkemede açılan bir davadır. İlk derece mahkemesi olarak borçtan kurtulma davası

hakkında verilen kararın taraflara tebliğden itibaren iki haftalık istinaf süresi işlemeye başlayacaktır.

İfade edildiği üzere, tebliğden itibaren iki hafta ve tefhimden itibaren on günlük sürelerin geçmesiyle birlikte artık istinaf yoluna başvurulması mümkün değildir²³⁶. Karar şekli anlamda kesinleşecektir. Ancak taraflardan yalnızca birinin istinaf süresini kaırması durumunda, istinafa başvuran tarafın süresi içinde yapmış olduğu istinaf başvurusunda istinafa cevap süresi içerisinde hükmün istinaf edilmesi mümkündür. Bu duruma katılma yolu ile istinaf denilmektedir²³⁷. Bahsi geçen sürelerde, yukarıda sayılan kişilerin bir istinaf dilekçesi ile talepte bulunması gerekmektedir; istinaf dilekçesi istinaf kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine yahut o mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer ilk derece mahkemesine verilmiş olabilir. İstinaf incelemesi yapılabilmesi için bu incelemeye dair bir talep bulunması gerekmektedir²³⁸. Zira ilk derece mahkemesinin kendiliğinden dava dosyasını istinaf mahkemesine göndermesi mümkün değildir.

Çalışmamızın esasını oluşturmaması sebebiyle istinafa kabil olan ve olmayan kararlara kısaca değinilecektir. İlk derece mahkemelerinin istinafa kabil kararları ve istinafa kabil olmayan kararları kanun tarafından düzenlenmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinde hangi kararların istinaf edilebileceği yer almaktadır. İlgili kanun maddesinde, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu tüm nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği görülmektedir. Bu kapsamda şahıs varlığına ilişkin davalara dair bir sınırlama öngörülmemiş ancak mal varlığına ilişkin davalara dair sınırlama öngörülmüştür. İstinaf için öngörülen sınırı geçmeyen malvarlığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları kesindir²³⁹. Özellikle alacak davaları bakımından, öngörülen istinaf sınırını geçmeyen davaların istinaf edilemeyeceğini söylemekte fayda vardır. Bu davalara ilişkin parasal sınır belirlenirken asıl alacak, bir diğer deyiş ile asıl talep dikkate alınmaktadır. Bir hususa

²³⁶ Kuru, Aydın, **Medeni Usul Ders Kitabı**, s. 496.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 597.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 479.; Katayıfçı, **a.g.e.**, s.67.;

²³⁷ Katayıfçı, **a.g.e.**, s. 145.; Akkaya, **a.g.e.**, s. 151.

²³⁸ Kuru, Aydın, **Usul El Kitabı**, C.:2, s. 1356.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 480.; Kuru, Aydın, **Medeni Usul Ders Kitabı**, s. 497.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 597.

²³⁹ Kuru, Aydın, **Medeni Usul Ders Kitabı**, s. 492.

dikkat çekmek gerekir ki manevi tazminat davalarında miktara ve değere bakılmaksızın, verilen karara karşı istinaf yolu açıktır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki istinafa kabil olanlar nihai kararlardır. Zira ara kararlar yalnız başına istinafa kabil değildir, asıl hüküm ile birlikte istinafa konu edilebilir²⁴⁰. Bunlara ek olarak delil tespiti kararı, delil tespitine itirazın kabulüne veya reddine ilişkin mahkeme kararı da istinaf edilemez. Adli yarın talebinin reddi ve kabulüne ilişkin karara itiraz üzerine verilen karar da istinafa kabil değildir. Son olarak altı çizilmesi gereken husus ilk derece mahkemesinin nihai kararlarının ancak istinaf edilebileceğidir; ilk derece mahkemesinin ara kararları yalnız başına istinafa kabil değildir ancak nihai karar ile birlikte istinafa kabil olabilmektedir.

Bir diğer husus istinafa başvurunun ilk derece mahkemesi kararına etkisidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere ilk derece mahkemesinin nihai kararları istinafa tabidir. Bu nihai karar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulmuş olmasının ilk derece mahkemesinin hükmünün icrasına etkisi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesinin bir nihai kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurulmuş olması, kural olarak ilk derece mahkemesinin hükmünün icrasını durdurmaz. Özellikle belirtmek gerekir ki, hükmün icrasını durdurmak isteyen taraf teminat göstermek suretiyle istinaf mahkemesinden icranın geri bırakılması kararı aldırabilir. İstinaf mahkemesi esasa ilişkin incelemeye geçmeden öncelikle resen yetkili olup olmadığını inceler. İstinaf incelemesinin duruşmalı yahut duruşmasız olarak yapılması mümkündür.

Duruşmalı ya da duruşmasız istinaf incelemesine geçilmeden önce istinaf incelemesindeki ilk aşama ön incelemedir. İstinaf mahkemesi öncelikle re'sen yetkili olup olmadığını inceler, akabinde yetkili olduğuna kanaat getirirse ön incelemeye istinaf edilen kararın nihai karar olup olmadığı, başvurunun istinaf süresi içinde yapıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru sebeplerinin gösterilip gösterilmediği hakkında karar verir. Ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra eksiklik bulunmaması durumunda, istinaf incelemesi yapılır.

²⁴⁰ Akkaya, **a.g.e.**, s.248.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 476.; Katayıfçı, **a.g.e.**, s. 56.

Bu inceleme yukarıda da bahsedildiği üzere duruşmalı ya da duruşmasız olarak yapılabilir. İlk olarak duruşmasız istinaf incelemesine baktığımızda, mahkemenin dosya üzerinden inceleme yaparak karar vermesi söz konusudur. İstinaf mahkemesinin duruşmasız olarak dosya üzerinden; esas hakkında inceleme yapılmaksızın yalnızca usule²⁴¹ ilişkin istinaf incelemesi yaparak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye yahut görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir ya da esas ile ilgili inceleme yaparak istinaf başvurusunun esastan reddine, ilk derece mahkemesinin kararının düzeltilmesine yahut ilk derece mahkemesinin kararındaki eksikliklerin tamamlanmasına karar vererek davanın esası hakkında karar verir. İstinaf mahkemesi incelemeyi bu haller dışında duruşmaları olarak yapmaktadır. İstinaf mahkemesi ön incelemeden sonra yapmış olduğu bu istinaf incelemesi aşamasında, istinaf talebinin esası hakkında bir inceleme yapmaktadır. Bu incelemeyi istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ile sınırlı olarak yapmaktadır. Özellikle istinaf mahkemesine sunulan istinaf dilekçesinde ilk derece mahkemesinin vakıa ve delilleri yanlış değerlendirdiğine ilişkin husus belirtilmişse istinaf mahkemesi bu vakıa ve delilleri bir ilk derece mahkemesiymişçesine inceler²⁴². Eğer inceleme sırasında kamu düzenine bir aykırılık görülürse bu durumu re'sen gözetir. İstinaf mahkemesi incelemesini yaptıktan sonra usule²⁴³ ya da esasa ilişkin (davanın esastan reddine²⁴⁴ ya da kabulüne²⁴⁵) karar verir.

²⁴¹ Usule ilişkin istinaf incelemeleri şu şekilde sıralanabilir; davaya bakması yasak olan hakimin davaya bakarak karar vermiş olması, hakimin reddi talebinin haklı olmasına rağmen reddedilen hakimin davaya bakmış olması, görevli ve yetkili ilk derece mahkemesinin görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması, dava şartlarına aykırılık bulunması, ilk derece mahkemesinin usule aykırı olarak dava-karşı dava açılmamış sayması, ilk derece mahkemesinin usule aykırı olarak davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar vermesi, ilk derece mahkemesinin uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek delilleri toplatmamış veya değerlendirmemiş olması, ilk derece mahkemesinin talebin önemli bir kısmı hakkında karar vermemiş olması. Kuru, Aydın, **Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 503-504.

²⁴² Kuru, Aydın, **Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 507.

²⁴³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 352: “(1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda aşağıdaki durumlardan birinin tespiti hâlinde öncelikle gerekli karar verilir: a) İncelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olması, b) Kararın kesin olması, c) Başvurunun süresi içinde yapılmaması, ç) Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, d) Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi. (2) Ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır ve ön inceleme sonunda karar heyetçe verilir. (3) Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.”

B. Temyiz Kanun Yolu

Borçtan kurtulma davası, genel mahkemelerde genel hükümlere göre görülen bir dava olması sebebiyle bu davadaki kararların temyizi bakımından İcra ve İflas Kanunu hükümlerine değil Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin genel hükümlerine tabi olacaktır²⁴⁶. Borçtan kurtulma davası sonucunda verilen nihai hükme karşı başvurulmuş istinaf mahkemesinin nihai kararına karşı da temyiz kanun yoluna başvurulacaktır. İstinaf kanun yoluna ilişkin bilgi verilirken ifade edildiği üzere, istinaf birinci ve temel kanun yolu iken temyiz de normal kanun yollarından ikincisi ve sonuncusudur. İfade edildiği üzere istinaf kanun yolunda yapılan inceleme maddi vakıa denetimi ve delil değerlendirmesini kapsamaktadır. Temyiz kanun yolunda, istinaf mahkemesinin vermiş olduğu karar yalnızca hukuka uygunluk bakımından incelenecektir. Temyiz incelemesinde, istinaf mahkemesinin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı denetlenmektedir. Bu ifade şu anlama gelmektedir; temyiz kurumu hukukun yanlış uygulandığı varsayımına dayanmaktadır. İstinaf mahkemesinin nihai kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulmaktadır²⁴⁷. İstinaf mahkemesinin temyize kabil olan kararları kanun ile düzenlenmiştir. Kanun kapsamında aleyhine temyize başvurulması mümkün olmayan bir karar istinaf mahkemesi kararı ile temyiz edilemez.

²⁴⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 353: “Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşırsa; ... b) Aşağıdaki durumlarda davanın esasıyla ilgili olarak; 1)İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine, 2)Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında, 3)Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra başvurunun esastan reddine veya yeniden esas hakkında, duruşma yapılmadan karar verilir.”

²⁴⁵ İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde, istinaf başvurusunun kabulüne karar vermektedir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararının kaldırılmasına karar verir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verdikten sonra, davanın esası hakkında yeniden karar verilmesine ya da ilk derece mahkemesinin verdiği kararın düzeltilmesi ve davanın esasına ilişkin karar verilmesine karar verebilir. Kuru, Aydın, **Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 510.

²⁴⁶ Kuru, **Adalet Dergisi**, s. 139.

²⁴⁷ Kuru, Aydın, **Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 511.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.684.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 612.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 493.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361. maddesi uyarınca istinaf mahkemesinin temyize kabil nihai kararlarına karşı temyize başvurulabilmektedir²⁴⁸. İstinaf mahkemesinin tüm nihai kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesi²⁴⁹nde temyiz sınırı düzenlenirken istinaf mahkemesinin tüm şahıs varlığına ilişkin davalarda nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği öngörülmüşken mal varlığına ilişkin davalara sınırlamalar getirilmiştir ve temyiz edilemeyecek kararlar sayılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi²⁵⁰nde temyiz sebepleri sayılmaktadır²⁵¹. İstinaf mahkemesinin nihai kararının temyiz edilmesi “*hukukun yanlış uygulanması*”na dayanmaktadır; bu kapsamda maddi hukukun ya da usul hukukunun yanlış uygulanmış olması mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinde temyiz sebeplerine yer verirken hukukun yanlış uygulanması sayılmaktadır. Maddi hukukun yanlış uygulanması noktasında, hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesine dikkat etmek gerekir zira Hukuk Muhakemeleri

²⁴⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 493.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 612.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.684.

²⁴⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 362: “(1) Bölge adliye mahkemelerinin aşağıdaki kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamaz: a) Miktar veya değeri kırkbin Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar. b) (Ek İbare: 5.8.2017 - 7035 m.32) Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları ile kira ilişkisinden doğan diğer davalardan üç aylık kira tutarı temyiz sınırının üzerinde olanlar (Ek İbare, 28.07.2020T. 7251 Sy.Kanun-39.madde) hariç olmak üzere 4 üncü maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar.c) Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar. (Değişik 28.07.2020T. 7251Sy.Kanun-9.madde) ç) Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar. d) Soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar. e) Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiili engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar. f) Geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar. g) 353 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında verilen kararlar. (Ek bent, 28.7.2020T. 7251Sy.Kanun-39.madde) (2) Birinci fıkranın (a) bendindeki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, kırkbin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü kırkbin Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.”

²⁵⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 371: “(1) Yargıtay, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması. b) Dava şartlarına aykırılık bulunması. c) Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi. ç) Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması.”.

²⁵¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 613.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 494.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, 688.

Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*”. Hâkim, re'sen hukuk kuralını uygularken yanlış uygulayabilir yahut hiç uygulamayabilir. Bu yanlış uygulama ya da hiç uygulamamanın temyiz sebebi sayılabilmesi için verilen karar ile illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Yani hâkim hukuk kuralı yanlış uygulamış olmasa idi ya da hiç uygulamamış olmasa idi verilen karar başka türlü mü olurdu tespit edilmesi gerekmektedir. Maddi hukukun yanlış uygulanması yalnızca hâkimin hukuk kuralı uygulaması noktasında değil taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması noktasında da karşımıza çıkmaktadır. Zira Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 1. fıkrası²⁵² taraflar arasında yapılmış sözleşmenin, sözleşme taraflarının arasında kanun niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda taraflar arasında kanun niteliğini haiz sözleşme hükümlerinin hiç uygulanmaması ya da yanlış uygulanması bir nevi kanun hükmünün yanlış uygulanması ya da hiç uygulanmaması anlamına geldiğini ifade etmek mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi de bozma sebeplerini sayarken, taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmasına yer vermiştir. Usul hukukuna ilişkin temyiz sebeplerine baktığımızda ise yine 371. madde kapsamında bu hususun düzenlendiği görülmektedir. Usule ilişkin temyiz sebepleri mutlak temyiz sebepleri ve nisbi temyiz sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak temyiz sebeplerinde ifade edildiği üzere bahsi geçen hukuk kuralının yanlış uygulanması ya da hiç uygulanmaması ile verilen karar arasındaki illiyet bağı hususu mutlaka var kabul edilmektedir. Zira bazı önemli usul hukukuna ilişkin kuralların yanlış uygulanması durumunda bu illiyet bağının varlığı, temyiz sebebinin varlığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki dava şartlarına ilişkin aykırılık bulunmasıdır. Diğer sebepler ise şu şekilde sıralanabilir; delillerin kanuni sebep olmaksızın kabul edilmemiş olması, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek önemli delillerin ilk derece mahkemesi tarafından toplanmamış ya da değerlendirilmemiş olması, istinaf mahkemesinin kararının gerekçesiz olması, istinaf mahkemesinin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması, ilk derece mahkemesinde davanın görülmesi sırasında taraflardan birinin bir usul kuralının yanlış uygulandığına dair itirazının değerlendirilmemiş olması, kanun gereği hakimlik görevinin yapmaktan yasaklanmış olan hakimin

²⁵² L'article 1134/1 du Code Civil Français: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*”.

istinaf mahkemesinin vermiş olduğu karar katılmış olması, hakimin reddi talebi kabul edilmesine rağmen hakimin hükme katılmış olması, istinaf mahkemesinin hükmü için önemli olan hususlarda verilen karar ile iddia veya savunma hakkının kısıtlanmış olması, hukuka aykırı delile dayanarak istinaf mahkemesinin karar vermesi ve kamu düzenine aykırılık²⁵³. Nispi temyiz sebeplerine bakıldığında bu temyiz sebepleri bakımından, usul hukuku kurallarının hiç uygulanmaması yahut yanlış uygulanması durumunun verilen kararı etkileyecek nitelikte olması aranmaktadır²⁵⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 371. maddesinde bu husus: “*karar etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması*” şeklinde kaleme alınmıştır. Görülmektedir ki illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ancak mutlak temyiz sebeplerinde olduğu gibi mutlak bir illiyet bağı varlığı aranmamakta, illiyet bağının bulunması ihtimali yeterli sayılmaktadır. Nispi temyiz sebeplerinin tek tek sayılmasına olanak yoktur.

İstinaf mahkemesinin vermiş olduğu nihai karara karşı yukarıdaki sebeplere temyize başvurulması bir süreye tabidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 361. maddesinin 1. fıkrasında açıkça temyiz süresine yer verilmiştir: “...*nihai... kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren “iki hafta” içinde temyiz yoluna başvurulabilir.*”. Kural olarak²⁵⁵ bu iki haftalık süre, istinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararın taraflara tebliğden itibaren başlamaktadır. İstinaf mahkemesindeki sürenin işlemeye başlaması gibi temyiz süresi de istinaf mahkemesi kararın tarafların her birine tebliğden itibaren başlamaktadır. Temyiz süresi, istinaf mahkemesi kararı taraflara farklı tarihlerde tebliğ edilmiş ise, her taraf için ayrı tarihte işlemeye başlayacaktır. Temyiz süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak temyiz süresi elde olmayan bir sebep ile kaçırılmışsa eski hale iade yoluna

²⁵³ Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.690.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 614.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 494.

²⁵⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 495.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, s. 614.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.690.

²⁵⁵ Kuru, Aydın, **Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 521-522. Temyiz süresinin iki hafta olmasına ilişkin istisnalar: İstinaf mahkemesinin iflas ve konkordato hukukuna ilişkin kararlarına ilişkin temyiz süresi bu kararın tebliğden itibaren on gündür. Esas hüküm için temyiz yolu açık olan dava ve işlerde, istinaf mahkemesinin başkanının ve üyelerinin reddine ilişkin kararlara karşı temyiz süresi kararın tebliğ ya da tefhiminden itibaren bir haftadır.

başvurmak mümkündür. Ayrıca temyiz süresini kaçırmış olan tarafın katılma yolu ile hükmü temyiz etmesi de mümkündür.

İstinaf mahkemesinin vermiş olduğu nihai karara karşı temyize başvurma hakkı tıpkı istinaf kanun yolunda incelendiği üzere hukuki yararı olanlara aittir²⁵⁶. Temyiz kanun yoluna davanın taraflarının başvurusu mümkündür, duruşmalı yapılan istinaf incelemesi yokluğunda yapılmış ve karar yokluğunda verilmiş olan taraf temyiz yoluna gidebilir. Buna ek olarak taraf vekilinin, vekaletnamesinde özel bir yetki aranmaksızın istinaf mahkemesi kararı temyiz etmesi mümkündür. Temyiz yoluna başvurma hakkı bulunan bu kişilerin temyiz talebinde bulunması gerekmektedir. Zira temyiz talebi bulunmadan istinaf mahkemesinin kendiliğinden dava dosyasını Yargıtay'a göndermesi mümkün değildir. Temyiz başvurusu harca tabidir²⁵⁷. Temyiz kanun yoluna başvurulması, kural olarak ilk derece mahkemesi kararının icrasını durdurmamaktadır; özellikle konusu para ve taşınır mal olan durumlarda borçlu, teminat göstermek suretiyle Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı alarak hükmün icrasını durdurabilir. Ancak kişiler hukuku, aile hukuku, taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemeyecektir.

Temyiz incelemesi görevli Yargıtay dairesince yapılacaktır. Yargıtay'ın görevli hukuk dairesi ilk olarak dosya üzerinden bir ön inceleme yapacaktır. Ön inceleme sonucunda, ön şartların mevcut olduğu kanısına varılırsa temyiz talebi esastan incelenmeye başlanacak aksi taktirde temyiz talebi usulden reddedilecektir. Kural²⁵⁸ olarak temyiz incelemesi dosya üzerinden yapılmaktadır. Yargıtay, yapacağı temyiz incelemesi sonucunda gerekçeli bir şekilde bozma, onama yahut düzelterek onama

²⁵⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 496.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, 613.; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s.692.

²⁵⁷ Harçlar Kanunu (1) sayılı tarife IV/a: 2020 yılı için 267, 80 lira başvurma harcı.

²⁵⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 369/2 : "... (2) Yargıtay temyiz incelemesini dosya üzerinde yapar. Ancak, tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soybağına ve kısıtlamaya ilişkin davalarla miktar veya değeri altmışbin Türk Lirasını aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını talep etmiş ise Yargıtayca bir gün belli edilerek taraflara usulen davetiye gönderilir. Tebliğ tarihi ile duruşma günü arasında en az iki hafta bulunması gerekir; taraflar gelmişlerse bu süreye bakılmaz. Tebligat gideri verilmemişse duruşma talebi dikkate alınmaz. Duruşma giderinin eksik ödenmiş olduğu anlaşılırsa, dairenin başkanı tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde duruşma talebinden vazgeçilmiş sayılacağı, duruşma isteyen yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde giderler tamamlanmadığı takdirde, Yargıtay incelemesini dosya üzerinde yapar..."

kararı vermektedir²⁵⁹. Yargıtay, temyiz incelemesinde istinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararı hukuka uygun bulmaz ise bozma kararı vermektedir; temyiz incelemesine konu kararın usul ve kanuna uygun olduğuna kanaat getirirse onama kararı vermektedir; temyize konu kararın esas yönünden kanuna uygun ancak kanunun olaya uygulanmasının hatalı olduğu durumda, tarafların kimlikleri, yazı, hesap, açık ifade yanlışlıkları yapılan durumda ve yalnızca gösterilen gerekçenin doğru bulunmaması durumunda düzelterek onama kararı vermektedir²⁶⁰.

Temyiz incelemesi sırasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri aleyhe bozma yasağıdır²⁶¹. İstinaf mahkemesi kararını taraflardan yalnızca birinin temyiz etmesi durumunda, o karar temyiz eden aleyhine bozulamaz. Ancak her iki tarafın da

²⁵⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 373: “(1) Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir. (2) Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtayca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. (3) Bölge adliye mahkemesi, 344 üncü madde uyarınca peşin alınmış olan gideri kullanmak suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtayın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir. (4) Yargıtayın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak karar verildiği takdirde, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. (5) İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda inceleme, kararına direnilen dairece yapılır. (Değişik cümle: 24/11/2016-6763/43 md.)Direnme kararı öncelikle incelenir. Daire, direnme kararını yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir. (6) (Ek fıkra : 6460 - K.T: 17.4.2013-R.G.T: 30.04.2013 / m.1) Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, her hâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır. (7) Hukuk Genel Kurulunun verdiği karara uymak zorunludur.”.

²⁶⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 370: “(1) Yargıtay, onama kararında, onadığı kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermek zorundadır. (2) Temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı düzelterek onayabilir. Esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz. (Değişik madde 6217 sayılı 31.3.2011 tarihli kanun madde 29) (3) Tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları hakkında da bu hüküm uygulanır. (4) Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek onanır.”.

²⁶¹ Aleyhe bozma yasağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında açıkça düzenlenen bir husus olmamasına rağmen HMK’nun 26. maddesi kapsamında bir sonuca varılmaktadır. Taleple bağlılık doğrultusunda istinaf mahkemesi kararını yalnızca bir tarafın temyiz etmesi durumunda diğer tarafın herhangi bir talebinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda temyiz talebinde bulunan tarafın aleyhine karar verilmesi durumun tabiri caiz ise talepte bulunmayan taraf lehine karar verilmiş olacaktır. Bu durumda ise hakim ne talep sonucuyla bağlı hareket etmiş olacak ne de talep edilene uygun karar vermiş olacaktır.

o istinaf mahkemesi kararını temyiz etmesi durumunda bu yasak söz konusu olmayacaktır; bu durumda Yargıtay, temyiz olunan kararı temyiz eden taraf aleyhine de bozabilecektir. Bir diğer husus ise usule ilişkin kazılmış haktır. Dava kapsamında, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usuli işlemin, bir taraf lehine diğer taraf aleyhine uyulması zorunlu bir hak doğurması durumunda usuli müktesep haktan bahsedilecektir. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturmaması sebebiyle temyiz kanun yoluna ilişkin yalnızca bu hususlara değinilmekle yetinilecektir.

III. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE İMZAYA İTİRAZ HALİNDE BORÇTAN KURTULMA DAVASI AÇILABİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yolu²⁶²; genel haciz yoluyla takip prosedürüne paralel olarak düzenlenmiş, bir özel ilamsız icra yoludur²⁶³. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu, çoğunlukla genel haciz yoluyla takip prosedürüne paralel düzenlemeler içermektedir. Ancak bu takip yolunda takibe konu kambiyo senetleri olması sebebiyle genel hacze oranla takibin daha hızlı ilerlemesini sağlayan nitelikte düzenlemeler mevcuttur. Sürelerin genel haciz yoluna göre daha kısa olması ve itirazın kural olarak takibi durdurumaması, bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Bu takip prosedürü bakımından en önemli husus; alacaklının bu yola başvurabilmesinin ancak alacağın bir kambiyo senedine bağlı olması durumunda mümkün olmasıdır. İcra ve İflas Kanunu’nun “*Takibin kabulünün şartları*” başlıklı, 167. madde²⁶⁴ hükmünün birinci fıkrası alacaklının takip talebinde bulunabilmesi

²⁶² Çalışmamızın konusu itibarıyla kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip; ödeme emrinde imzaya itiraz ve imzaya itiraz halinde borçtan kurtulma davası açılması kapsamında incelenecektir.

²⁶³ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **a.g.e.**, s. 261.; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 255.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 357.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **a.g.e.**, 365.; Alper Bulur, **İcra ve İflas Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Monopol Yayınları, 2020.

²⁶⁴ İcra ve İflas Kanunu 167. madde: “*Alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senete müstenit olan alacaklı, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, bu bölümdeki hususi usullere göre haciz yolu ile veya borçlu iflasa tabi şahıslardan ise iflas yolu ile takipte bulunabilir. Alacaklı, takip talebinde 58 inci maddedeki hususlardan başka iflasa tabi borçlusu aleyhine haciz ve iflas yollarından hangisini*

için elinde bulundurması gereken belgeleri şu şekilde sıralamıştır: “*Alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senete müstenit olan alacaklı,... haciz yolu ile... takipte bulunabilir.*”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte alacaklının takip talebinde bulunabilmesi için elinde çek, poliçe veya emre muharrer senet bulundurması aranmaktadır. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip de genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi alacaklının takip talebi ile başlamaktadır. Ancak yukarıda da bahsi geçtiği üzere kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte alacaklının elinde kambiyo senedi bulundurması dolayısıyla genel haciz yolundan farklı olarak alacaklı takip talebine kambiyo senedinin aslını eklemekle yükümlüdür. Bu durum İcra ve İflas Kanunu’nun 167. maddesinin 2. fıkrasında da düzenlenmektedir: “...*takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecburdur.*”. Alacaklının takip talebinde bulunmasının akabinde, icra müdürü ödeme emri düzenleyerek borçluya gönderecektir. Alacaklının takip talebinde bulunurken elindeki belgelerin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığının takdiri ise Kanun düzenlemesi ile icra müdürüne bırakılmıştır. İcra müdürü, belgelerin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını takdir etmenin yanı sıra kambiyo senedinin vadesinin gelip gelmediğini de incelemekle yükümlüdür. İcra ve İflas Kanunu’nun 168. maddesinin 1. fıkrası uyarınca: “*İcra müdürü senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir...*”. İcra müdürü, takip talebi ve kambiyo senedine ilişkin yapmış olduğu inceleme sonucunda gerekli şartların yerine getirildiğine kanaat getirirse borçluya kambiyo senetlerine mahsus haciz için öngörülen ödeme emrini gönderecektir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi²⁶⁵, vermiş olduğu kararda kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, icra memurunun senedin kambiyo vasfını ve vadesinin inceledikten sonra borçluya ödeme emri göndereceğini açıklamıştır. Ödeme emrine yazılacak hususlar İcra ve İflas Kanunu’nun 168. maddesinde sıralanmıştır: “*Bu ödeme emrine şunlar yazılır :*

istediğini bildirmeğe ve takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecburdur.”

²⁶⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 28.12.1976 tarihli, 1976/11297 e. ve 1976/13508 k. sayılı kararı: “*Kambiyo senetlerine dayanan özel yolla açılan takipte, icra memuru senedin kambiyo senedi vasfında olduğunu ve vadesinin geldiğini görür ise, borçluya senet örneği ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir. Bu ödeme emrinin muhtevasında yazılı olduğu gibi, borçlu şikayet ve itirazı var ise, bunları kanuni süre içinde kanunda gösterilen yere bir dilekçe ile bildirir...*”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar, 2. Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı, 3. Takibin müstenidi olan senet kambyo senedi vasfını haiz değilse, beş gün içinde icra mahkemesine şikayet etmesi lüzumu, 4. Takip müstenidi kambyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi; aksi takdirde kambyo senedindeki imzanın bu fasıl gereğince yapılacak icra takibinde kendisinden sadır sayılacağı ve imzasını haksız yere inkar ederse sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceği ve icra mahkemesinden itirazının kabulüne dair bir karar getirmediği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı, Borçlu olmadığı veya borcun itfa edildiği veya mehil verildiği veya alacağın zaman aşımına uğradığı veya yetki itirazını sebepleri ile birlikte beş gün içinde icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirerek icra mahkemesinden itirazın kabulüne dair bir karar getirmediği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı, 6. İtiraz edilmediği ve borç ödenmediği takdirde on gün içinde 74 üncü maddeye, itiraz edilip de reddedildiği takdirde ise üç gün içinde 75 inci maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik edileceği, mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı ihtarı.”.

İlgili madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere ödeme emrinin borçluya gönderilmesi ile borçlunun takibin dayanağı olan kambyo senedindeki imzaya yahut borca itiraz etme imkânı bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu’nun 168. maddesi uyarınca ödeme emrine itiraz için öngörülen süre beş gündür. Bu kapsamda borçlunun, ödeme emrine tebliğden itibaren beş gün içinde itiraz etmemesi durumunda takip kesinleşecektir²⁶⁶; beş gün içinde itiraz edilmesi durumunda ise bu itiraz icra mahkemesine yapılacaktır. Borçlunun ödeme emrine itirazı; borca itiraz yahut imzaya itiraz şeklinde olacaktır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararda borçlunun takip dayanağı kambyo senedindeki imzanın kendisine ait olmadığı iddiasında olması durumunda beş gün içinde ayrıca ve açıkça itirazını bir

²⁶⁶ Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, s. 260.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, *a.g.e.*, s. 266.; Kuru, Arslan, Yılmaz, *a.g.e.*, s. 362.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *a.g.e.*, s. 370.

dilekçe ile bildirmesi gerektiğini; borçlunun bu itirazı ile icra takibinin duracağını hükme bağlamıştır²⁶⁷. Çalışma konumuz itibariyle esas olarak imzaya itiraz prosedürü üzerinde durulacaktır.

Borçlu, ödeme emrine itirazı takip konusu kambyo senedindeki imzanın kendisine ait olmadığı bildirmek suretiyle yapıyorsa bu imzaya itiraz olarak isimlendirilmektedir²⁶⁸. İcra ve İflas Kanunu'nun 168. madde hükmünün 4. fıkrası imzaya itirazın ne şekilde yapılacağını açıkça düzenlemiştir: "...*takip müstenidi kambyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi...*". Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, borçlu imzaya ilişkin itirazını beş gün içerisinde, açıkça ve bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmekle yükümlüdür. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Kanunun 168. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen itirazın beş gün içerisinde yapılmış olması gerektiği hususuna ilişkin vermiş olduğu kararda beş günlük yasal süre geçtikten sonra yapılan itirazın süre yönünden reddi gerektiğine hüküm kurmuştur²⁶⁹. İmzaya itirazın madde metninde düzenlendiği şekilde icra mahkemesine bildirilmesinden sonra icra mahkemesi bu itirazı inceleyecektir. Bu incelemenin sonucunda icra mahkemesi, imzanın borçluya ait olmadığı kanısına varır ise itirazın kabulüne karar verecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesinin 3. fıkrası imzanın borçluya ait olmadığı kanaati ile itirazın kabulüne karar verilmesine ilişkin

²⁶⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 28.12.1976 tarihli, 1976/11297 e. ve 1976/13508 k. sayılı kararı: "*Senet metni ile ilişkili olmasına rağmen, kanun imza inkarı konusuna özel bir önem vermiş, ayrı bir usul ve sonuca bağlamış, şikayet değil itiraz konusu saymıştır...aleyhinde takip açılan kişi, takip dayanağı kambyo senedindeki imzanın kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde ayrıca ve açıkça belirtmek suretiyle bir dilekçeyle icra memurluğuna bildirmesi şarttır. Bu ahvalde, icra takibi itirazın yapılması ile durur...*" www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

²⁶⁸ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 265.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **a.g.e.**, s. 269.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 363.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **a.g.e.**, s. 370.

²⁶⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 01.07.2005 tarihli, 2005/10728 e. ve 2005/14318 k. sayılı kararı: "*Borçlu Cengiz Koca adına çıkartılan...ödemeye emri 04.08.2004 tarihinde Tebligat Yasasının 21.maddesine göre tebliğ edilmiştir. Anılan maddenin 1.fıkrasının son cümlesi hükmüne göre bu madde uyarınca yapılan tebligatlarda ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılacağından, tebliğ tarihi 04.05.2004'tür. Kambyo senetleri hakkındaki takiplerde borca itirazların İİK.nun 168/5, 169 ve imzaya itirazların da İİK.nun 168/4, 170 maddeleri uyarınca ödeme emri tebliğinden itibaren 5 gün içinde bildirilmesi gerekmektedir. Oysa, borçlu borca ve imzaya itirazlarını ödeme emrinin tebliğ edildiği 04.08.2004 tarihinden itibaren 5 günlük yasal süresi geçtikten sonra 18.08.2004 tarihinde yaptığından itirazın süre yönünden reddi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.*" www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

hususla düzenlemiştir: “...inceleme sonunda, inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığına kanaat getirirse itirazın kabulüne karar verir. İtirazın kabulü kararı ile takip durur. Alacaklının genel hükümlere göre dava açma hakkı saklıdır...”. İlgili madde metninde açıkça görülmektedir ki, icra mahkemesinin itirazın kabulüne karar vermesi durumunda takibin de durduğuna karar verilecektir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararında Kanun’un 170. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak borçlunun imzaya yönelik itirazının kabulü durumunda mahkemenin takibin durmasına karar vermesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur²⁷⁰. İtirazın kabulüne karar verilmesi durumunda tazminata ilişkin verilecek karar da yine Kanunun 170. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir: “İcra mahkemesi, itirazın kabulüne karar vermesi halinde, senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde alacaklıyı senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Alacaklı genel mahkemede dava açarsa, para cezasının tahsili dava sonuna kadar tehir olunur ve bu davayı kazanırsa hakkında verilmiş olan para cezası kalkar.”. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte imzaya itirazın kabul edilmesi durumunda alacaklının tazminata mahkûm edilebilmesi için senedi takibe koymada kötü niyetli ve ağır kusurlu olmasının aranması gerektiğine hüküm kurmuştur²⁷¹. Mahkeme, alacaklının ne şekilde kötü

²⁷⁰ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 30.06.2005 tarihli, 2005/10241 e. ve 2005/14228 k. sayılı kararı: “İİK.nun 170/3. maddesi gereğince borçlunun imzaya yönelik itirazının kabulü halinde mahkemece takibin durdurulmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz ve hükmün bu nedenle bozulması...”. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 03.03.2006 tarihli, 2006/989 e. ve 2006/4142 k. sayılı kararı: “İİK.nun 4949 sayılı kanunu ile değişik 170/3. maddesi hükmü aynen, icra mahkemesi, 68/a maddesinin 4. fıkrasına göre yapacağı inceleme sonucunda, inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığına kanaat getirirse itirazın kabulüne karar verir, itirazın kabulü kararı ile takip durur. Hükmünü içermektedir... Yasal düzenlemesine yer verilmiştir. Mahkemece ilgili yasa maddesindeki bu fıkra ya aykırı şekilde takibin durması yerine iptaline karar verilmesi...doğru görülmemiştir.”.; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 09.12.2005 tarihli, 2005/24911 e. ve 2005/25467 k. sayılı karar: “İİK'nun 170/3 maddesi gereğince inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığı, mahkemece aynı kanunun 68/a maddesine göre yapılan inceleme sonucunda anlaşılmış ise, İtirazın kabulü ile birlikte takibin durdurulmasına karar verilir... Mahkemece keşidecinin eli mahsulü olmadığı anlaşılan çekler için, yasa hükmüne aykırı olarak takibin durdurulması yerine iptaline karar verilmesi usulsüz...”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

²⁷¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 19.11.1999 tarihli, 1999/12958 e. ve 1999/14626 k. sayılı karar: “Adı geçen borçlunun imzaya itirazı kabul edildiğine göre bu borçlu yönünden takibin iptaline karar vermek gerekirken diğer borçluyu da kapsar biçimde icra takibinin iptaline karar verilmesi doğru değildir. Öte yandan borçlunun imzaya itirazının kabulü halinde İİK. 170/4. maddesinde senedi takibe koymada kötü niyeti ve ağır kusuru bulunan alacaklı için %... para cezasına hükmedileceği

niyetli ve ağır kusurlu olduğu tespit edilmeden, açıklanmadan para cezasına çarptırılmayacağına karar vermiştir. Bu kapsamda görülmektedir ki, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takiple genel haciz yolu ile takip bakımından alacaklının tazminata mahkûm edilmesi için gereken şartlar bakımından farklılık mevcuttur. Genel haciz yolu ile takipte alacaklının tazminata mahkûm edilmesi bakımından takip başlatırken kötü niyetli ve ağır kusurlu olması aranmazken, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte alacaklının senedi takibe koymada kötü niyetli ve ağır kusurlu olması aranmaktadır. Bu hususlara ek olarak Yargıtay, madde metninde açıkça belirtildiği üzere alacaklının kambiyo senedine dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilmesi hususuna ilişkin yüzde yirmiden fazla tazminata mahkûm edilirken gerekçe gösterilmesi gerektiğine; gerekçe gösterilmeden alacaklının yüzde yirmiden fazla tazminata mahkûm edilmesinin doğru olmadığına hüküm kurmuştur²⁷². Sonuç olarak, imzanın borçluya ait olmadığına karar verilmesi ile itirazın kabulüne karar

öngörüldüğü halde lehtar durumunda bulunmayan alacaklının ne şekilde kötüniyetli ve ağır kusurlu olduğu açıklanmadan alacaklı aleyhine para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir...". Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 30.01.2006 tarihli, 2005/24400 e. ve 2006/786 k. sayılı kararı: *"Borçlunun imza itirazı mahkemece yerinde görülmüştür...senedi takibe koymada kötüniyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde; alacaklıyı, senede dayanan takip konusu alacağın % 20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum eder" Takip alacaklısı dayanak senedin lehtarı olup keşideci borçlu tarafından senede atılan imzanın onun eli ürünü olup olmadığını bilebilecek konumdadır. Bonodaki imzaların borçlu eli ürünü olduğunu kontrol etmeden ya da imzaların huzurunda atılmasını sağlamadan bonoyu alan alacaklı, imza itirazı kabul edilene karşı başlattığı takipte ağır kusurlu sayılmalıdır. Bu itibarla mahkemece borçlu yararına takip konusu asıl alacağın % 20'si nispetinde icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken borçlunun anılan konudaki isteminin reddi isabetsizdir."*; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 21.04.2005 tarihli, 2005/4842 e. ve 2005/8551 k. sayılı karar uyarınca: *"Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlattığı takipte dayanak çeklerdeki imza borçlu Mehmet Akış tarafından inkar edilmiş...İİK'nun 170/4.maddesi hükmü gereğince kötüniyet ve ağır kusurun ne olduğu karar yerinde tartışılmaksızın alacaklının %... icra inkar tazminatıyla sorumlu tutulması doğru değildir."* www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021).

²⁷² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 26.06.2012 tarihli, 2012/7765 e. ve 2012/22392 k. sayılı kararı: *"İ.İ.K.nun 170 /son maddesinde, borçlunun imzaya itirazının kabulü halinde, takip yapmada kötüniyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde alacaklının alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edileceği yazılı olduğu halde, bu orandan daha fazla tazminata hükmedilme gerekçesi gösterilmeden alacaklının %40 oranında tazminatla sorumlu tutulması doğru değildir."*. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 04.07.2012 tarihli, 2012/16829 e. ve 2012/23489 k. sayılı kararı: *"İcra mahkemesince, imzaya itirazın kabulüne karar verilmesi halinde senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklı aleyhine, senede dayanan takip konusu alacağın % 20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata, alacağın % 10'u oranında para cezasına hükmedilir. Ağır kusurlu bulunan alacaklı aleyhine, kanunda öngörülen % 20 oranının ne sebeple aşıldığı açıklanmadan % 40 oranında tazminata hükmedilmesi hukuka aykırıdır."* www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

verilecek; itirazın kabulü kararının kesinleşmesi ile icra takibi iptal edilecek, borçlunun mallarına konulmuş olan hacizler kalkacaktır²⁷³.

İcra mahkemesi imzaya itiraza ilişkin yaptığı inceleme sonucunda itiraz edilen imzanın borçluya ait olduğu kanısına varırsa itirazın reddine karar verecektir. İcra mahkemesinin vermiş olduğu itirazın reddine ilişkin kararın üzerine alacaklının takibe devam edilmesini istemesi mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesinin 3. fıkrasında itirazın reddine karar verilmesi durumunda tazminata ilişkin verilecek kararı düzenlemiştir: “...İnkar edilen imzanın borçluya ait olduğu anlaşılırsa ve itiraz ile birlikte takip ikinci fıkraya göre durdurulmuşsa, borçlu sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere inkar tazminatına ve takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edilir ve itiraz reddedilir...”. Yine Kanun'un 170. maddesinin 3. fıkrasında itirazın reddi kararı verilmesi üzerine borçlunun açacağı menfi tespit veya istirdat davası hakkı saklı tutulmuştur. Bu kapsamda kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile borçlunun takipte imzaya itirazının reddedilmesi durumunda borçlunun genel haciz yolundaki gibi borçtan kurtulma davası açıp açamayacağı incelenmelidir.

Öğretideki yazarlar, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda ödeme emrine itiraz ve itirazın incelenmesine ilişkin hükümler dışında genel haciz yolundaki hükümlerin takibin niteliğine aykırı düşmedikçe kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip hakkında da uygulanacağına eserlerinde yer vermişlerdir²⁷⁴. İcra ve İflas Kanunu da 170/b maddesinde kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip bakımından aykırı olmadıkça Kanunun 62 ila 72. madde hükümlerinin uygulama alanı bulacağını düzenlenmiştir. “...62 ila 72 nci maddeler bu fasıl hükümlerine aykırı olmadıkça, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip hakkında da uygulanır.”. Bu kapsamda borçlunun senetteki imzaya ilişkin itirazının yapılan inceleme sonucunda reddine karar verilmişse; borçlu icra mahkemesi kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle menfi tespit, istirdat yahut

²⁷³ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 265.; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **a.g.e.**, s. 269.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 364.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **a.g.e.**, s. 371.

²⁷⁴ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, s. 266.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 364.

borçtan kurtulma davası açma hakkına sahip olacaktır. İlgili maddede düzenlenen, borçlu aleyhine hükmedilen tazminatın tahsili ve para cezası da açılacak olan bu davaların sonuna kadar ertelenecektir ve yine genel haciz yolu ile takipte olduğu üzere davanın borçlu lehine sonuçlanması durumunda hükmedilmiş olan tazminatlar kalkacaktır²⁷⁵.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte borçlunun itirazının reddedilmesi durumunda borçtan kurtulma davası açılması imkânın olup olmadığına bakıldığında genel haciz yoluyla takipte olduğu üzere borçtan kurtulma davasına ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Zira yukarıda bahsi geçtiği üzere Kanunun 170/b maddesi, 62 ile 72. maddelerin aykırı olmadığı müddetçe kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe de uygulanacağını açıkça düzenlemektedir. Bu kapsamda borçlunun imza itirazının reddi durumunda itirazın geçici kaldırılması kararı verilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesi gereği ödeme emrinde imzaya itiraz edilmesi durumunda itirazın geçici kaldırılması talebinde bulunulabileceği belirtilmiştir²⁷⁶. Zira genel haciz yolu ile takipte imzaya itiraz durumunda, itirazın reddi halinde itirazın geçici kaldırılması kararı verildiği üzerinde durulmuştur. Borçtan kurtulma davasına ilişkin özel dava şartlarından biri olan itirazın geçici kaldırılması kararı verilmiş olması şartının yerine gelmiş olduğu söylenebilir. Bu hususa ek olarak, borçtan kurtulma davasına ilişkin süre ve teminat şartlarının yerine getirilip getirilmediği de somut olay bakımından genel haciz ile takip yolunda olduğu gibi incelenmelidir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte kambiyo senedinde bulunan imzaya itiraz edilmesi durumunda itirazın kaldırılması halinde şartlarının yerine getirilmesi kaydıyla borçtan kurtulma davası açılabilirliğine ilişkin hüküm kurmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu kararda bono altındaki imzanın kendisine ait olmadığı durumda borçtan kurtulma davası açmak isteyen davacının İcra ve İflas

²⁷⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **a.g.e.**, s. 270.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, **a.g.e.**, s. 371.; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 364.

²⁷⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 27.04.1976 tarihli, 1976/2803 e. ve 1976/5187 k. sayılı kararı: “İ.İ.K.nun 170. maddesi gereğince alacaklı ödeme emrine itirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde tetkik merciinden imzaya ilişkin itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir...”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

Kanunu'nun 69. maddesinde belirtilen teminat şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın reddine karar vermiştir²⁷⁷. Mahkemenin vermiş olduğu bu kararda da görülmektedir ki, kambiyo senedine dayanan takipte imzaya itiraz durumunda borçtan kurtulma davası açılması kabul edilmiş yalnızca şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmektedir.

IV. İTİRAZIN GEÇİCİ KALDIRILMASI KURUMU VE BORÇTAN KURTULMA DAVASINA GETİRİLEBİLECEK ELEŞTİRLER

Son olarak itirazın geçici kaldırılması kararı sonucunda borçtan kurtulma davası açılmasına ilişkin getirilen eleştirilere de yer vermek yerinde olacaktır. Öğretide itirazın geçici kaldırılması kurumu ve itirazın geçici kaldırılmasını takiben açılan icra hukukuna özgü bir dava olan borçtan kurtulma davası, böyle bir dava hakkının yalnızca borçluya tanınması eleştirilmiştir. Bu eleştirinin temelini asıl olarak itirazın geçici kaldırılması kurumunun varlığı oluşturmaktadır. Öğretide Kuru²⁷⁸ ve Kiraz, itirazın geçici olarak kaldırılmasının ilamsız icra sisteminin amacına ve işleyişine aykırı olduğu kanaatindedir. İlgili görüş uyarınca, borçlunun imzaya itiraz etmesi

²⁷⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 18.11.1970 tarihli, 1970/2980 e. ve 1970/5258 k. sayılı kararı: “Davacı, davalının dayandığı bono altındaki imzanın kendisinin olmadığından söz ederek...davalının itirazı üzerine mahkemece, alacağın %15'i tutarında teminat yatırılmadığından, İİK m.69'a dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir...”. Benzer yönde karar için bkz.: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 11.06.2015 tarihli, 2015/6421 e. ve 2015/16366 k. sayılı kararı: “Somut olayda, borçlular, alacaklıya borcun bulunmadığı ve takip ekindeki belgeler üzerindeki imzaların kendilerine ait olmadığını ileri sürerek icra dairesine itiraz etmişlerdir. İtiraz bu haliyle takip dayanağı belge altındaki imzaya itiraz niteliğinde olup... mahkemece itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verildiği ve talep üzerine borçluların mallarına haciz konulduğu, borçluların Borçtan Kurtulma davası açması üzerine icra müdürlüğüne 08.11.2013 tarihinde, borçtan kurtulma davası sebebiyle takibin durdurulmasına,... karar verildiği anlaşılmıştır... Borçlunun süresi içerisinde açtığı borçtan kurtulma davası ise hacizlerin kaldırılması sonucunu doğurmaz sadece geçici hacizlerin kesin hacze dönüşmesini engeller.”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09.02.1989 tarihli, 1988/3815 e. ve 1989/721 k. sayılı kararı: “Davacı vekili,...bonodaki imzanın müvekkiline ait olmadığını borcu da bulunmadığını, davalının söz konusu bono ile icra takibine geçtiğini, itiraz edildiğini, itirazın kaldırılması davasına müvekkilinin yetişememesi nedeniyle itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilmiş olduğunu belirterek, müvekkilinin borçtan kurtulmasına takibin iptaline, % 15 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, imza itirazının merci kararıyla kaldırıldığını, imzanın davacıya ait olduğunu belirterek, davanın reddiyle inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.”. www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.03.2021)

²⁷⁸ Kuru, **Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler**, Adliye Dergisi, 1969/10, s. 620.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 85.

halinde alacaklının yalnızca itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurusu ve borçluya ise menfi tespit davası açma yahut borcu ödemişse istirdat davası açma hakkı tanınması gerekmektedir; bu imkanlar mevcutken borçlunun borçtan kurtulma davası gibi bir imkana ihtiyaç duyması beklenemeyecektir. Zira borçluya borçtan kurtulma davası açma imkânı tanınarak işleyişi borçlunun tercihiyle bırakılan bir süreç mevcuttur; ilamsız icra “çabuk ve basit şekilde alacağa kavuşmak” amacını yerine getirememektedir²⁷⁹. Bu eleştiri ile ortaya konulduğu üzere borçlunun itirazın geçici olarak kaldırılması kararı üzerine borçtan kurtulma davası açması durumunda alacaklının alacağına kavuşması bir süre daha gecikmiş olacaktır. Özellikle uygulamada davaların uzun sürmesi sebebiyle getirilen bu eleştiri, imza incelemesi bakımından da sürenin uzayacağını göstermektedir. İlamsız icranın esas olarak çabuk ve basit şekilde işlemesinin beklendiği bir sistemde itirazın geçici kaldırılması kurumunun ve akabinde borçtan kurtulma davasının varlığının eleştirilere konu edildiği görülmektedir. Bu duruma önerilen çözüm ise itirazın geçici kaldırılması kurumu ile borçtan kurtulma davasının İcra ve İflas Kanunu’ndan tamamen çıkarılması gerektiği ve adi senet altındaki imzaya itiraz edilmiş olması durumunda da itirazın kesin olarak kaldırılması kurumuna gidilmesi gerektiği yönündedir²⁸⁰. Uygulama borçtan kurtulma davasının güncel bir dava niteliğini kaybettiği de Yargıtay kararları ile görülmektedir. Gerek kurumun güncelliğini yitirmesi gerek ilamsız icra prosedüründeki “çabukluk” unsurunu korumak amacıyla gerekse kötü niyetli borçluya takibi yavaşlatma imkânı verilmesini engellemek adına itirazın geçici kaldırılması kurumunun kanun koyucu tarafından tekrar değerlendirilmesinin yanlış olmayacağı görülmektedir.

²⁷⁹ Talih Uyar, “İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK. M. 69/II, III, IV, V)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 58, 2005, s. 337-338.

²⁸⁰ Kuru, **Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler**, s. 620.; Kiraz, **a.g.e.**, s. 85. Kiraz adı geçen eserde, 3494 sayılı Tadil Kanunu ile borçtan kurtulma davasında haksız çıkan tarafa hükmedilen tazminatın miktarının yüzde 15’ten yüzde 40’a çıkarılmasının da sebebinin ilamsız icra prosedürünün çabukluk unsurunu korumak olduğunu zira bu değişiklik ile kötü niyetli borçluların sırf icra takibini sürüncemede bırakmak ve zaman kazanmak amacıyla borçtan kurtulma davası açmasının da önü kesilmeye çalışılmıştır.

SONUÇ

Alacaklının elinde ilam ya da ilam niteliğinde bir belge bulunmazken, adi senede dayanarak takip başlatması durumunda borçlunun ödeme emrine dayanak teşkil eden adi senet altındaki imzaya itiraz etmek suretiyle takibi durdurma imkanı bulunmaktadır. Elinde ilam ya da ilam niteliğinde bir belge bulunmadan alacaklının takip başlatabilmesi alacaklıya özel bir avantaj sağlamaktadır. Ancak kanuni düzenlemeler ile borçluya tanınan itiraz hakkı takibi durdurma imkanı ile bu avantajlı durum terkedilip alacaklı ve borçlu arasında denge kurulmuştur. Borçlunun, alacaklının başlatmış olduğu takibe dayanak teşkil eden adi senet altındaki imzaya itiraz etmek suretiyle icra takibini durdurması halinde ise alacaklının İcra ve İflas Kanunu'nun 68/a madde hükmündeki tanınan hakkını kullanarak itirazın geçici kaldırılması talebinde bulunma imkânı vardır. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan itirazın geçici kaldırılması prosedürü ile alacaklının amacı borçlunun yapmış olduğu itirazın haksız olduğu ve icra takibinin haklı olduğu yönünde karar verilmesidir. Borçlunun itirazının haklı olup olmadığı bu itirazın geçici kaldırılması prosedürü kapsamında icra mahkemesi tarafından incelenmektedir. İcra mahkemesi tarafından yapılan bu inceleme sınırlı bir incelemedir. Niteliği itibariyle icra hukukuna özgüdür. Bu inceleme ile borçlunun, borçlu olup olmadığının tespiti yapılmaz, sınırlı bir imza incelemesi yapılır. Bu sebeple inceleme sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

Kanun koyucu, itirazın geçici kaldırılması talebi ile icra mahkemesi tarafından yapılan incelemenin sınırlı olması ve maddi anlamda bir kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle borçluya genel mahkemelerde açılacak bir dava imkanı da tanımıştır. İtirazın geçici kaldırılması talebini inceleyen mahkemenin, itirazın geçici kaldırılmasına karar vermesi durumunda borçlunun, bu kararın tefhim veya tebliğden itibaren yedi gün içerisinde alacaklıya karşı borçtan kurtulma davası açma hakkı mevcuttur. İcra ve İflas Kanunu'nun 69. madde hükmünde düzenlenen borçtan kurtulma davası borçlu olmayan ya da borçlu olmadığını düşünen borçlu tarafından alacaklıya karşı genel mahkemede açılan bir davadır. Bu davanın genel mahkemede açılması sebebiyle maddi hukuk bakımından bir inceleme yapılacak ve borçlunun borçlu olup olmadığı tespit edilecektir. Zira hukuki niteliği itibariyle borçtan

kurtulma davası bir menfi tespit davasıdır. Borçlunun amacı itirazın geçici kaldırılması kararının kesin kaldırma kararına dönüşmesini engellemek ve uygulanmış ise geçici haczin kesin hacze dönüşmesini engellemektir. Bu davanın davacısı icra takibinin borçlusu iken davalısı ise icra takibinin alacaklısı konumunda olan kişidir. Borçtan kurtulma davası açacak olan davacı borçlunun, davayı açmadan önce dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğu başvurma zorunluluğuna ilişkin değerlendirme yapması gerekecektir. Borçtan kurtulma davası açılmadan dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediği hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Öğretide borçtan kurtulma davasının hukuki niteliği itibariyle bir menfi tespit davası olması sebebiyle ve menfi tespit davalarının da bir tespit hükmü içermesi sebebiyle dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı görüşü hakimdir. Ancak hâkim görüş bu yönde olmasına karşın öğretide farklı görüşler bulunduğu gibi Bölge Adliye Mahkemeleri bakımından da içtihad birliği bulunmamaktadır. Hem İstanbul hem Ankara hem de İzmir bulunan Bölge Adliye Mahkemeleri farklı yönde kararlar vermektedir.

Borçtan kurtulma davasının icra hukukuna özgü ve teknik bir dava olması sebebiyle kanun bu dava bakımından belli özel koşulların gerçekleşmesini aramıştır. Borçtan kurtulma davası açılabilmesi için öncelikle itirazın geçici kaldırılması kararı verilmiş olması gerekmektedir. Ancak öğretide ve Yargıtay kararlarında bu durum yalnızca “itirazın kaldırılması kararı” verilmesi durumu ve borçtan kurtulma davasının yalnızca itirazın geçici kaldırma prosedürüne özgü olması hususu bakımından görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Öğretide bir görüş borçtan kurtulma davasının itirazın geçici kaldırılması kararına özgü bir dava olmaması gerektiği ve itirazın geçici kaldırılması kurumunun gereksizliği üzerine şekillenmiştir. Bir diğer özel dava şartı ise borçtan kurtulma davasının itirazın geçici kaldırılması kararının üzerine yedi gün içinde bu davanın açılması gerektiğidir. Ancak yine öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş bu yedi günlük sürenin geçmesi durumunda borçtan kurtulma davası açılmayacağını yahut açılmış ise davanın reddedilmesi gerektiğini savunurken bir diğer görüş bu yaptırımın çok ağır olduğu yönündedir. Yedi gün geçtikten sonra açılan davanın reddedilmesi yerine menfi tespit davası olarak devam edilmesinin usul ekonomisi bakımından daha

uygun olduğu görüşüne biz de katılmaktayız. Son özel dava şartı ise teminat gösterilmesidir. Kanun koyucu kötü niyetli borçluların icra takibi prosedürünü yavaşlatmasının önüne geçme için borçtan kurtulma davasına özgü olarak teminatı dava şartı olarak kabul etmiştir. Davanın dinlenmesi için, en geç ilk duruşma gününe kadar borçlunun dava konusu alacağın yüzde on beşi oranında bir teminat yatırması gerekmektedir. Ancak bu özel dava şartına ilişkin tartışmalar da öğretide süre gelmiştir. “Teminatın ilk duruşma gününe kadar yatırılması” hususundan anlaşılması gerekenin ne olduğu, mahkemece teminatın türünün takdir edilmesi ve bu teminatın türünün takdir edilmesinde gecikme yaşanması halinde borçlunun hak kaybına uğrayıp uğramadığı son olarak da teminat yatırılmadığı durumda davanın reddinin gerekip gerekmediği hususlarında görüş ayrılıkları mevcuttur.

Borçtan kurtulma davasının yargılama ve hüküm aşamasında ispat yükünün hangi taraf düşeceği hususuna ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. Borçtan kurtulma davasında davacının borçlu ve davalının alacaklı olması bir görüşe göre taraf sıfatlarının değişmesi anlamına geldiği için ispat yükünün de yer değiştirmesi gerekmektedir. Ancak bir diğer görüşe göre, bu dava ile ispat edilmek istenen borçlunun borçlu olmadığı hususu iken “yok olan” bir borcu ispat etmek hakkaniyet gereği davacı taraf olan borçludan beklenemeyecek bu sebeple ispat yükü alacaklının üzerinde kalacaktır. Biz de borçlunun borçlu olmadığını ispat etmek amacındayken bir borcun yokluğunu ispat etmesi hakkaniyet gereği beklenmemeli, ispat yükü borcun varlığı iddia eden alacaklıda olmalıdır. Hüküm aşamasında mahkeme yapılan inceleme sonucunda davanın reddine ya da davanın kabulüne karar vermektedir. Dava sonucunda verilecek olan bu iki hükmün ortak özelliği maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesidir. Mahkemenin, davanın reddine karar vermesi durumunda alacaklı haklı bulunmaktadır; davanın kabulüne karar vermesi durumunda ise borçlu haklı bulunmaktadır. Borçtan kurtulma davasının reddedilmesi durumunda itirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırılmaya dönüşecek, var ise geçici haciz de kesin hacze dönüşecektir. Verilen hükmün maddi anlamda kesin hüküm olması sebebiyle borçlunun istinaf kanun yoluna başvurma imkânı olabilecektir. Borçtan kurtulma davasının kabul edilmesi durumunda ise icra takibi hükümsüz kalacaktır.

Borçtan kurtulma davasının icra hukukuna özgü bir dava olması, itirazın geçici kaldırılması kararına bağılı olarak açılması, özel dava şartlarına tabi olması ve davanın güncel uygulamasının fazla olmamasına rağmen sorunsuz işleyen bir kurum olması bu davanın çalışmamıza konu olmasına sebebiyet vermiştir.



KAYNAKÇA

- Alangoya, H, Yavuz; Yıldırım, Kâmil; Deren-Yıldırım, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Bet Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Akil, Cenk: “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008
- Akil, Cenk: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 41, Yıl:11, 2020.
- Akkaya, Tolga: “Medeni Usul Hukukunda İstinafa Başvuru, İstinaf İncelemesi ve İstinaf Mahkemesinin Verebileceği Kararlar”, **(Doktora Tezi)**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2008.
- Akyazan, Sıtkı: **İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar**, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1965.
- Ansay, Sabri Şakir: **Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, 5. Bası, Ankara, İstiklal Matbaası, 1960.
- Ansay, Sabri Şakir: “Tespit Davaları”, **Adliye Ceridesi**, Sayı:2, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940. (Tespit Davaları)
- Arısoy, Abdullah Selman: Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (Iura Novit Curia Prensibi), **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

Anabilim Dalı, İstanbul, 2017.

Arslan Azaklı, Betül:

Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, 2018.

Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel:

İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel:

Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019. (Medeni Usul)

Atalay, Oğuz:

Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt 2, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017.

Atalı, Murat:

Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017.

Atalı, Murat; Ermek, İbrahim; Erdoğan, Ersin:

İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin:

Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Medeni Usul Hukuku)

Balkar, Kemal Galip:

“Uyuşmazlık Mahkemesinin tesbit davalarında vazifeli mercii tayin eden kararları üzerinden bir inceleme”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 3, 1952.

Bolayır, Nur:

Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, (**Yüksek Lisans Tezi**), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.

Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol:

Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara,

- Adalet Yayınevi, 2019.
- Bulur, Alper: **İcra ve İflas Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Monopol Yayınları, 2020.
- Coşkun, Mahmut: **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat-Tasarrufun İptali Davaları**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Çetin, İbrahim: “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı:78, 2010.
- Çiftçi, Pınar: “İcra Hukukunda Menfaat Dengesi” (**Yüksek Lisans Tezi**), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2008.
- Egger, A. (Çeviren: Volf Çernis).: **İsviçre Medeni Kanun Şerhi**, Cilt 1, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947
- Erdoğan, Hasan: **Borçtan Kurtulma-Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2003.
- Erkuyumcu, Müfit: “Borçtan Kurtulma Davalarına Dair Bir İnceleme”, **Adliye Dergisi**, Sayı: 6, Ankara, 1944.
- Ermenek, İbrahim; Arslan Azaklı, Betül: “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı: 148, 2020.
- Görgün, Şanal L.; Börü, Levent; Toraman, Barış; Kodakoğlu, Mehmet: **Medeni Usul Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ildır, Gülgün: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, 2003.
- Karayalçın, Yaşar: “Devlet Borçları- Devlet Malları Haczedilemez Kuralı (İİK. M. 82 ve Anayasa Mahkemesi’nin 21.x1992

- Tarihli Kararı)", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, Ankara, 2001.
- Katayıfçı, Derya Ece: "Medeni Usul Hukukunda İstinaf", **(Yüksek Lisans Tezi)**, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Ankara, 2020.
- Kiraz, Taylan Özgür: **İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması**, 4. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2013.
- Konyar, Hanife: "İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası" **(Yüksek Lisans Tezi)**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2001.
- Köle, Mehmet: "Para Alacaklarına İlişkin İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesince İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33, 33a)" **(Yüksek Lisans Tezi)**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018.
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2013. (El Kitabı)
- Kuru, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt 1, 2. Bası, Ankara, 1965.
- Kuru, Baki: **Tespit Davaları**, 2. Bası, İstanbul, Evrim Yayınevi, 1988.
- Kuru, Baki: **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Usul El Kitabı, C.:1)

- Kuru, Baki: **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Usul El Kitabı, C.:2)
- Kuru, Baki: “Borçtan Kurtulma Davası”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 53, 1962.
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 28. Bası, Yetkin Yayınları, 2014.
- Kuru, Baki; Aydın, Burak: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Usul Hukuku Ders Kitabı)
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.
- Okur, Mustafa: “Dava ve Takiplerde Teminat” (**Doktora Tezi**), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009.
- Öktemer, Semih: “Menfi Tespit Davası”, **Adalet Dergisi**, Sayı 8-9, 1972.
- Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, 2007.
- Özbek, Mustafa Serdar: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Özekes, Muhammet; Çiftçi, Pınar: “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine”, **TBB Dergisi**, Sayı: 148, 2020.

Özmumcu, Seda:

Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 74, Sayı 2, 2016.

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral; Özekes, Muhammet:

İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020.

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral; Özekes, Muhammet:

Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2020.

Postacıoğlu, İlhan;

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, “İcra İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Davası”, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966.

Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer:

İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Postacıoğlu, İlhan E.; Altay, Sümer:

Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (Medeni Usul Hukuku Dersleri)

Ruhi, Canan; Ruhi, Ahmet Cemal:

İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

Tanrıseven, Firdevs:

“Medeni Yargılama Hukukunda Usule İlişkin Nihai Kararlarda Yargılama Giderlerinden Sorumluluk”, **Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Tanrıver, Süha:

Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Tanrıver, Süha:

Medeni Usul Hukuku, Cilt 2, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Cilt 2)

- Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 147. Sayı, 2020.
- Tanrıver, Süha: **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Türk, Ahmet: **Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Ulukapı, Ömer: **İcra ve İflas Hukuku**, 1. Bası, İstanbul, Mimoza Yayınları, 2015.
- Umar, Bilge; Yılmaz, Ejder: **İspat Yükü**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980.
- Uyar, Talih: **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 4: İİK. 68-81)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005.
- Üstündağ, Saim: **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004.
- Yavaş, Murat: **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yazar, Özlem: **İcra ve İflas Hukukunda İmzaya İtiraz ve İmzaya İtirazın Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Yeşilırmak, Ali: **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017.
- Yıldırım, Mehmet Kamil: **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Matbaası, 1990.
- Yılmaz, Ejder: “Usul Ekonomisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, Sayı: 1, 2008.
- Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara,

Yılmaz, Ejder:

Yetkin Yayınları, 2016.(Şerh)

“Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 3-4, 2003.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.kazanci.com

www.lexpera.com

www.legalbank.com

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>