

İCRA İFLÂS KANUNUNUN MUADDEL HÜKÜMLERİNE GÖRE MENFÎ TESBİT DÂVASI

Prof. İlhan E. POSTACIOĞLU

1. — İcra ve iflâs kanununun tatbikatta borçlu lehine ağır işlemesi, içtimaî muhitimizde yaygın ve devamlı tepkilere yol açtıktan sonra, bu hususta yapılan çalışmalar, nihayet 538 sayılı kanuna müntehi olmuştur. 538 sayılı kanunun yaptığı değişiklikler takibin çeşitli safhalarına taallûk etmektedir. Bu meyanda, ilâmsız icranın daha semereli bir tarzda işlemesi yeni kanunun takip ettiği gayelerden biri olmuştur.

Kanunun tâdilinden önce ilâmsız icranın aksamasını mucib olan başlıca sebepler şu suretle hülâsa edilebilir: a) İmza inkârlarının daima mümkün olması; b) İtiraz sebeplerinin duruşma sırasında değiştirilebilmesi veya genişletilebilmesi; c) Borçlunun senede rap-tedilebilir neviden bulunmayan müdafaa sebepleri ileri sürmesi halinde İcra Tetkik Mercilerinin vazifesizlik kararı vermeleri veya bu gibi müdafaa sebeplerinin mahkemeye intikali halinde bekletici mes'ele olarak kabulü.

İşte ilâmsız icra takibini köstekleyen bu sebeplerle 538 Sayılı Kanun ayrı ayrı mücadele etmiş ve bu sebepleri muhtelif hükümleriyle izale yoluna gitmiştir. Mevzuumuza taallûku bakımından (c) bendi altında ifade ettiğimiz sebebin bertaraf edilmesi yolunda m. 68 şu hükmü kabul etmiştir :

«Borçlu murisine ait bir alacak için takib edilmekte olup da, terekenin borca batık olduğunu ileri sürerse bu hususta ilâm getirmek için kendisine münasip bir mühlet verilir. Bunun dışında itirazın kaldırılması talebinin kabul veya reddi için ileri sürülen iddia ve savunmalar bekletici mesele yapılamaz».

Bu itibarla, artık borçlu, meselâ iradesinin fesada uğraması neticesinde alacaklıya ona takip hakkını bahşeden daha doğrusu borç-

İcranın itirazı halinde itirazının kaldırılmasını sağlayacak olan bir vesika vermişse, buna karşı rıza fesadını itirazında muvaffakiyetle ileri süremeyecek, çünkü rıza fesadından ibaret olan müdafaa sebebinin m. 68 in normlarına uygun bir vesika ile isbat edemeyecektir. Borçlu bunu yapamayacağı gibi, eskiden olduğu üzere, rıza fesadı sebebiyle bir dâva ikame ettiği halde merci önünde bunun bir bekletici mes'ele yapılmasını da isteyemeyecektir. Böyle olunca da cebri icranın kanunun çizdiği mecra dahilinde seyretmesine bir mani kalmayacaktır.

2. — Kanun, bu suretle, şekli hukukun alacaklıya bahsettiği avantajların kösteklenmesine mahal vermemiştir. Bu yapılırken, bu defa borçlu aleyhine olmak üzere muvazenenin bozulması tehlikesi baş göstermiştir. Şüphesiz, maddi hukuk kurallarının tesbit ettiği bir neticeden farklı surette şekli hukuk kaideleri alacaklı bakımından takibe kesinlik vasfını tanıdığı hallerde, borçlu aleyhine bozulan muvazenenin iadesi borçlunun borçlu olmadığı parayı ödedikten sonra m. 72 çerçevesi dahilinde açacağı istirdat dâvası ile kabildir. Bu imkân bilindiği gibi 538 Sayılı Kanunun neşrinden önce dahi mevcuttu. Fakat hemen itiraf etmeli ki, maddi hukukla şekli hukuk arasında borçlu aleyhine hâsıl olabilecek farkın ancak ve münhasıran istirdat dâvası vasıtasıyla izale edilmesi borçlu için çok ağır bir tedbirdir ve şimdi, 538 Sayılı Kanunun getirdiği sistem icabı bekletici mes'eleye yer verilmek ve merci ihtilâfı, münhasıran m. 68 normları içinde itirazın kaldırılması talebinin kabul veya reddi şeklinde karara bağlayarak vazifesizlik kararlarına da hayat hakkı tanınmamak suretiyle, borçlu aleyhine doğabilecek bu gibi farklar eskiye nazaran daha kesretle meydana gelecek ihtimaller olarak belirmektedir.

O zaman da icra takibinin şekli karakterinin sertleştirilmesi karşısında borçluyu eskiden olduğu üzere sadece istirdat dâvasının himayesine bırakmak adilâne bir netice olmaz. İşte bu sebeptendir ki, borçlu aleyhine şekli hukuk kaidelerinin eskisine nazaran daha kesin bir mahiyet almasından dolayı husule gelebilecek neticelerin haksızlığını bertaraf etmek için kanun koyucunun menfi tesbit dâvasını müstakilen ele alması ve bu dâva ile takip arasındaki münasebetleri tanzim etmesi lâzım gelmiştir. Bunun için de m. 72 ye menfi tesbit dâvasına dair yeni hükümler ilâve edilerek bu maddeye büsbütün yeni bir şümül ve vüs'at verilmiştir.

Kanun koyucu bu yola girerken, kanunun tâdilinden önceki tatbikatımızda yerleşmiş men-i muaraza dâvalarının yapısından ve tesirlerinden mülhem olmuştur. Bilindiği üzere m. 72 nin ancak istirdat dâvası içinde borçlunun derpiş edilen himayesini kâfi görmeyerek bilhassa takipten önce açılan men-i muaraza dâvalarının takip üzerine tesirini kabul etmiştir (Bkz. İcra Hukuku Esasları kitabımıza No. 232). Ancak tatbikatın aldığı bu istikametın İİK. nun sistemine uygunluğu çok şüpheli kalıyordu. Filhakika, icra takibinin istiklâli prensibi takibin İİK. nun çizdiği rotadan ayrılmamasını âmir bulunmakta ve mahkemelerin takibin seyrine müessir olacak müdahalelerde bulunmalarına yer vermemektedir. Binaenaleyh, kanunun sistemine ve ruhuna aykırı bir şekilde ve âdeta arızî olarak tatbikatımızda yerleşmiş olan men-i muaraza dâvalarına menfî tesbit dâvası şeklinde hukukî bir varlık tanımak ve aynı zamanda bunların takipler üzerindeki tesirini değişen içtihatların hal tarzlarına bırakmayarak kanunî esaslara bağlamak yerinde bir hareket olmuştur. İşte, hukukumuzun gelişimi içinde menfî tesbit dâvasının mevkiini böylece tâyin ettikten sonra mevzuu teferruatıyla ele alabiliriz.

Birinci Paragraf

MENFÎ TESBİT DÂVASININ AÇILABİLECEĞİ HALLER

3. — Kanunumuz menfî tesbit dâvasının icra takibinden önce veya sonra açılması hallerini derpiş etmiştir. Her iki halde de bu dâvanın dinlenme şartı, borçlunun bunda halen meşru menfaatinin bulunmasıdır. Borçlu icra takibine maruz kaldıktan sonra, bu takip ayakta kaldığı müddetçe, takip konusu alacağın yokluğu hakkında menfî tesbit dâvası açmakta, esas itibariyle menfaat sahibidir¹. Meğer ki alacaklı ile borçlu icra dairesi haricinde yaptıkları bir tediyeye veya anlaşma ile takibi hükümsüz bırakmış olsunlar. Böyle bir halde tediye veya anlaşmanın hükümsüzlüğü, alacaklı tarafından daha önce dermeyan edilmiş olmadıkça, borçlu, mücerret takibin şeklen varlığını bahane ederek, menfî tesbit dâvası açmakta menfaat sahibi sayılamaz.

1) Bu itibarla borçlu maruz kaldığı icra takibi üzerine müdafaa sebeplerinin alacaklı tarafından kabulünü her hâlükârda bir ihtarla istemeli ve ancak bu ihtarın semeresiz kalması hâlinde menfî tesbit dâvası açabilmelidir yolunda belirtilen mütalâaya iştirak edemiyoruz (İstBD 1966, s. 29).

Demek oluyor ki, takip başladıktan sonra borçlu esas itibariyle menfî tesbit dâvası açmak yetkisini haizdir. Alacaklı borçlunun itirazı üzerine itirazın kaldırılmasını merciden istemiş olduğu takdirde bu, onun menfî tesbit dâvası açmasına engel teşkil etmez. İleride izah edileceği üzere, mücerret menfî tesbit dâvasının açılması takibin durmasını intac etmeyeceğinden itirazın kaldırılması talebi üzerine mercide de duruşmaya devam etmek ve talebi karara bağlamak lâzım gelecektir.

Takipten önce borçlunun hangi hallerde menfi tesbit dâvası açmakta menfaati olduğunu tâyin meselesi ise daha ziyade nezaket arzeder. Denilebilir ki ilâmsız icrayı sağlayacak, daha doğru bir ifade ile borçlunun ödeme emrine itirazı halinde itirazın kaldırılmasına yarayacak şartları haiz bulunan bir borç senedini alacaklının elinde bulundurması halinde, *bu borç senedinin hükümsüzlüğünü icap ettiren sebeplerin itirazın kaldırılması prosedüründe kaabili ihtiyaç bir belge ile tevsikinden alacaklı imtina etmekte ise*, borçlunun bu sebeplerin varlığını menfî tesbit dâvası ile hüküm altına aldirmakta menfaati kabul edilmelidir. Meselâ, borçlu borç ikrarı ihtiva eden bir senet verdikten sonra, bu borcunu tediye etmiş ve tediyesini tüccar olan alacaklısının defterlerine müsteniden ispat edebildiği halde, alacaklısı mezkûr tediye natık bir vesika vermektan imtina etmekte ise, borçlu ilâmsız icranın 68. maddenin normları içinde kendi aleyhine netice vermesini önlemek üzere menfî tesbit dâvası açmakta, halen meşru menfaat sahibi olacaktır. Menfî tesbit dâvası açmak menfaatinin gerçekleşmesi için borcun muaccel olması da gerekmez. Ezcümle borcu menşesinde hükümsüz kılan sebeplerin varlığı hakkında alacaklı yazılı delil vermektan imtina etmiş veya borç senedini, hükümsüzlüğüne rağmen, borçlusuna iadeye yanaşmamışsa, borçlu senetteki alacağın muacceliyetini beklemeden menfî tesbit dâvası açabilecektir.

Buna mukabil borç senedindeki alacağı hükümsüz düşüren sebepler itirazın kaldırılması safhasında muteber sayılan vesikalara raptedilmişse, bu vesikaların hükümsüzlüğü daha önce alacaklı tarafından ciddî surette dermeyan edilmiş olmadıkça, borçlunun menfî tesbit dâvası açmaktaki menfaati kabul edilemez. Sade burada nezaket arzedan mesele, borçlunun bu kabil vesikaları yedinde bulundurmakta olduğu hususunun alacaklı tarafından ispatıdır. Alacaklının borçlusuna alacağın sukutunu natık yazılı deliller vermiş olması halinde, bu yolda borçlusuna delil temin ettiği hususunun senede

raptı müteamel olmadığı cihetle, kendisinin bu baptaki savunmasını her türlü delille ispat selâhiyeti kabul olunmalıdır.

4. — Burada şu ciheti ayrıca tasrih etmek icap eder ki, dâvanın dinlenme şartının yokluğu dâvanın reddini icap ettirir ise de, burada menfaatin yokluğu esasen borcun mevcut olmaması veya sukut etmiş olması durumlarının, borçlu bakımından kabili ispat bir veçhe arzetmesinden ileri gelmiş ve bundan böyle borçlunun borcun halen mevcut olmadığı iddiası bizzarure ispat edilmiş olacağından, borçlunun talebi veçhile, dâvayı, borcun yokluğunu tespit suretile hükme bağlamak ve fakat yargılama giderlerini borçlu uhdesinde bırakmak en pratik hal çaresi teşkil edecektir. Demek oluyor ki, hiç olmazsa birçok hallerde, dâvada menfaat şartının ispatı, yargılama giderlerinin taraflardan hangisine ait olacağını tâyin bakımından önem taşıyacaktır. Bilhassa alacaklı ilk celsede alacağın yokluğunu ikrar etmekle beraber, dâvanın ikamesine sebebiyet vermediği anlaşıldığı takdirde dâva borçlunun lehine hükme bağlanmakla beraber, yargılama giderleri uhdesinde bırakılacaktır. Buna mukabil, alacaklı alacağın varlığı müdafaasında bulunduğu takdirde, borçlunun menfî tespit dâvasını açmaktaki menfaati ayrıca ispata muhtaç kalmaz.

5. — Borçlu için menfî tesbit dâvası açılmasına imkân bulunup bulunmadığı münakaşa edilebilecek diğer halleri gözden geçirirsek; takip 71. madde çerçevesinde iptale uğramış ise borçlunun menfi tesbit dâvası açmakta menfaati yoktur.

Buna mukabil, borçlu borçtan kurtulma dâvası açmayarak takibin kesinleşmesine sebebiyet vermişse kendisi için menfî tesbit dâvası açmak imkânı mahfuz görülmelidir. Çünkü kesinleşmiş takip-

2) Sıtkı Akyazan dahi haklı olarak alacaklının elinde itirazın kaldırılmasını sağlayan bir vesika olmadıkça borçlunun menfi tesbit dâvası açmakta menfaati olamayacağını, zira bu durumda olan alacaklının takibine karşı borçlunun yapacağı itirazın takibi durdurmak için yeteceğini yazmıştır (İnceleme ve açıklamalar, s. 61). Fakat bundan mücerret alacaklının elinde alacağı nâtik vesikanın bulunmasını menfi tesbit dâvasının ikamesi için kâfi görmek gerekir mânası çıkarılmamalıdır. Zira borçlunun defilerini tevsik eden vesika borçlunun elinde bulunduğu müddetçe borçlu aleyhine itirazın kaldırılması neticesi husule gelmeyeceği için bu şıkta dahi menfî tesbit dâvasının ikamesinde menfaat yoktur. Esasen Akyazan menfî tesbit dâvası için «borçlunun alacaklının cebri icra tehdidi altında bulunması» lüzumuna yer verdiği için, borçlunun müdafaa sebeplerini tevsik eylediği halleri cebri icra tehdidinin dışında mütalâa etmiş olmaktadır.

lerde borçlu cebrî icranın müeyyidesine maruz bulunduğundan bunu lehe alacağı bir ilâmla hangi safhaya varmış olursa olsun felce uğratmakta açık menfaati vardır. Takibin kesinleşmesi şekli, ister doğrudan doğruya takibe itiraz edilmemiş olmak veya itirazın kat'i olarak kaldırılması suretiyle olsun, ister muvakkaten kaldırılmış itirazın borçtan kurtulma dâvası açılmamak suretiyle kesin olarak kaldırılmış olduğu farzedilsin, herhangi bir farklı durum menfî tesbit dâvasının dinlenme şartlarında bir değişiklik husule getirmez. Başka bir deyişle, borçlunun borçtan kurtulma dâvasını açmak külfetini taşıması kendisini maddî hukuk bakımından koruyacak dâvaları açmasına engel sayılamaz. Nitekim eski kanun rejiminde 72. maddenin tanzim ettiği istirdat dâvası borçtan kurtulma dâvası açılmamak suretiyle takibin kesinleştiği bilcümle halleri içine almakta idi. Bundan böyle bu gibi ahvalde istirdat dâvasına tekaddüm etmek üzere menfî tesbit dâvasının açılabilmesinde tereddüt olunmamalıdır.

Keza takibin kesinleşmesi halinde menfî tesbit dâvasının açılması imkânı yalnız ilâmsız icraya münhasır bir hal olarak mütalâa edilmemelidir. İlâma müstenit takipte 33. maddenin tarifatına uygun bir belge ile itiraz edilmediyse takibin geri bırakılması veya iptali talepleri redde uğrayan borçlu da menfî tesbit dâvası açabilir. Esasen 33. maddenin son fıkrası 72. maddeye açıkça atıfta bulunmaktadır. Her ne kadar atıf, takip konusu alacağın ödenmiş olması faraziyesini istihdaf ediyorsa da, bu durum sadece bu son fıkranın 538 Sayılı Kanundan evvel mevcut olmasından ve bu fıkranın, menfî tesbit dâvasının yaygın tesirleri düşünülmeksizin eski şekliyle 33. maddenin yeni metnine ithal edilmesinden ileri gelmiştir.

Keza ipotegın paraya çevrilmesi için icra emrinin gönderilmesine imkân görülen hallerde (m. 148) borçlu 33. madde çerçevesinde icranın geri bırakılmasını isteyebileceği gibi, menfî tesbit dâvası açmak selâhiyetini de haizdir. Esasen ipotegın iptali isteğiyle açılan dâvaya menfî tesbit dâvası hükümlerinin kıyasen tatbik edileceğini kanun 150. maddesinde derpiş etmiştir. İpotegın iptali dâvaları, ipotegın bizatihi butlanı iddiasını istihdaf ettiği gibi, ipotegın muahhar bir sebeple, meselâ tediye neticesinde sukutu iddialarını da içine almaktadır.

İpotegın paraya çevrilmesi icra emrinin gönderilmesine imkân vermeyen bir nitelikte bulunması halinde yani takibin m. 149 b ve

müteakip maddelere göre yapılması icabeden faraziyelerde menfî tesbit dâvasının ikamesi ve tesirleri m. 72 de ifadesini bulan umumî kaideye tâbi olmakta berdevamdır.

Keza, haciz yolu ile kambiyo senetlerinde müstenit takiplerde menfî tesbit dâvası açmak imkânı 170 b maddesinin m. 72 ye atfı dolayısıyla mahfuz tutulmuştur.

6. — Buna mukabil, iflâs yolu ile takip içinde menfî tesbit dâvasına yer verilmemiştir. İflâs yolu ile takipte borçlu takibe itiraz ettiği takdirde alacaklı itirazın kaldırılması için Asliye Ticaret Mahkemesine müracaat edeceğine ve burada iddia ve müdafaaya müteallik bütün deliller tetkik edileceğine göre, borçlunun müdafaalarını menfi tesbit dâvası şeklinde dermeyan ve isbat etmekte menfaati yoktur.

Borçlu iflâs yolu ile takibe itiraz etmemişse, o zaman m. 158 gereğince borçluya depo emrinin tebliği gerekmekte ve borçlunun takip konusu parayı ödemekten başka çaresi kalmamaktadır. *Ancak maddê hukuk bakımından haiz olabileceği defileri bu şık içinde artık parayı ödedikten sonra açacağı istirdat dâvasında dermeyan edebilir.* İİK. bu ciheti yalnız kambiyo senetlerine müstenit iflâs talepleri bakımından 175. maddesinde ifade etmiş ise de kanunun bu unutkanlığını tefsir yolu ile doldurmak lâzımdır. İflâs prosedürü içinde kambiyo senetleri bakımından tecviz edilen istirdat dâvasının adı alacaklar bakımından evleviyetle caiz görülmesi gerekir. Esasen m. 175, m. 72 ye yaptığı atfı yalnız istirdat dâvasına hasreylemiş, menfî tesbit dâvasını içine almamıştır. Biraz evvel temas edilen m. 33 ün son fıkrası eski kanun zamanından kaldığı için farklı bir tefsire tâbi tutulması gerekirse de, m. 175 in bugünkü şekli 538 Sayılı Kanun sırasında yeni baştan kaleme alındığı için m. 72 ye vaki atfı bundan böyle yalnız istirdat dâvasına hasretmek lüzumu kaabili münakaşa olmasa gerektir.

Borçlu takibe maruz kalmadan menfi tesbit dâvası açmış ve bilâhare iflâs yolu ile takibe uğramış ise, alacak iddiasının ve buna karşı borçlunun haiz olduğu müdafaa sebeplerinin iflâs dâvası içinde hal ve faslı gerekir. Başka bir deyişle iflâs dâvasından önce açılmış olan menfî tesbit dâvasının iflâs dâvasına nazaran bekletici mes'ele yapılamıyacağı kanaatindeyiz. Zira aksi takdirde, iflâs dâvasını basit yargılama usulüne tâbi kılan 158. maddenin tatbiki bertaraf edilmiş olur ki bu netice iflâs prosedürünün emredici vasfı ile

kaabili telif değildir. Tabiî menfî tesbit dâvası iflâs dâvası neticelenmeden borçlu lehine ilâma bağlanmış ise, borçlunun iflâs dâvasında bu ilâmla ihticac etmesine bir mani yoktur.

İkinci Paragraf

MENFÎ TESBİT DÂVASININ KONUSU VE TÂBİ OLDUĞU PROSEDÜR

7. — Menfî tesbit dâvasının konusu alacağın doğum şartlarından herhangi birinin eksikliği veya sukut sebeplerinden birinin mevcudiyeti neticesinde yokluğunun tesbitidir. Keza borçlunun ileri sürdüğü dar mânada bir defî sonunda (müruruzaman gibi) borcun lazımtediye olmadığı hususu da menfî tesbit dâvasına konu olabilmelidir³.

İsbat külfeti iddianın dayandığı sebeplerin mahiyetine göre değişir. Eğer borçlu, borçlanma iradesinin mevcut olmadığını, meselâ kendisine izafe edilen senedin aidiyetini reddetmekte ise, borcun varlığını isbat, dâvalı mevkiinde olmasına rağmen alacaklıya düşer. Genel olarak alacağın doğum şartlarından birinin yokluğunun ileri sürülmesi halinde durum böyledir. Yalnız borçlu temyiz kudretinin fıkdanını ileri sürüyorsa reşit şahıslarda temyiz kudretinin varlığı asıl olduğundan, aslın hilâfına serdedilen bu iddianın isbatı borçluya düşer.

Buna mukabil varlığı sabit olan alacağın muahhar bir sebeple, meselâ tediye ile sukut ettiği borçlu tarafından ileri sürülmekte ise bu takdirde isbat külfeti tabiatıyla kendisine düşecektir.

Menfî tesbit dâvasında deliller umumî hükümlere tâbidir. Borcun sukutu, tediye gibi hukukî bir tasarrufa binaen serdediliyorsa

3) Menfî tesbit dâvasına arada ödeme vaki olduğu takdirde istirdat dâvası olarak devam edilebileceği hükmü muvacehesinde, zamanaşımına uğramış bir alacak hakkında girişilen takibin kesinleşmesi halinde paranın ödenmesine mecburiyet hasıl olunca bu şıkta m. 72 mucibince istirdat dâvasının ikame edilebilip edilemeyeceği hakkındaki münakaşa burada da önem kazanmaktadır. Biz kitabımızda böyle bir halde m. 72 mucibince istirdat dâvasının Türk hukukunda, İsviçre Hukukundan farklı olarak, caiz olduğu neticesine varmıştık (No. 224, sh. 199). Aynı kanaati muhafaza ettiğimizden dolayı buna muvazi olarak alacağın zamanaşımına uğraması keyfiyetinin menfî tesbit dâvası ile hükme bağlanabileceğini düşünüyoruz.

senede karşı bunun yine senetle isbatı gerekir. Tabiatıyla senet yerine diğer kanunî delillerden biri de bu bapta borçluya terettüb eden isbat külfetinin yerine gelmesini sağlar. Ezcümle karşı tarafın ikrarı veya alacaklının tediye hakkında kendisine tevcih edilen yemini eda etmemesi gibi.

Borçlunun iddia sebepleri hukukî tasarruflara dayanmıyorsa hata, hile gibi fiillere istinat ediyorsa, bu iddialar mahiyetleri icabı her türlü delillerle isbat olunabilecektir.

8. — 72 nci maddenin sarahati icabı menfî tesbit dâvası dâvalının yani alacaklının ikametgâhı mahkemesinde ikame edilebileceği gibi, takibin yapıldığı icra dairesinin tâbi olduğu mahkemede de ikame edilebilir. Takibin yapıldığı icra dairesi selâhiyetsiz olduğu halde borçlu bunun selâhiyetine itiraz etmemiş ise, artık, bu icra dairesinin selâhiyeti mevzuubahis takip bakımından kesinleşmiş olduğundan menfî tesbit dâvasının o yer mahkemesinde açılmasına alacaklı bilâhare karşı koyamaz.

Alacağın aslı hakkında yer itibariyle müteaddit selâhiyetli icra daireleri bulunup da, alacaklı haiz olduğu seçimlik hakkını bunlardan biri lehinde kullanınca, artık selâhiyetli icra dairesi münhasıran o olmuştur. Binaenaleyh borçlu, alacaklının ikametgâhı mahkemesinde dâva açmak şikkini ihtiyar etmiyorsa, selâhiyetli olan diğer yer mahkemelerine gidemeyip ancak takibin görülmekte olduğu yer mahkemesine başvurmak zorundadır.

Takipten önce açılacak menfî tesbit dâvaları için umumî selâhiyet kaidelerinin mahfuz kaldığı kabul edilmelidir.

9. — Menfî tesbit dâvasında dâvalı alacaklı ve eğer alacaklının hakkı cüz'i veya külli haleflerine intikal etmiş ise, bunlardır. Binaenaleyh arada alacaklı vefat etmişse, menfî tesbit dâvası bütün mirasçılara ve eğer alacaklı takip konusu alacağını üçüncü şahsa devretmişse, devrin yapıldığı şahsa karşı tevcih olmak lâzımdır.

10. — Menfî tesbit dâvası açıldığı vakit dâva safhasında kaldığı yani hükme bağlanmadığı müddetçe, mevcut takibe tesir etmez. Kanun bu suretle mevcut bir dâvanın icranın seyrine kendiliğinden tesir icra edememesi esasını kabul etmekle, icra takibinin istiklâli prensibini teyid etmiştir. Maksat, icra takibinin mevcut veya açılacak dâvalarla İİK. nun çizdiği mecradan inhiraf etmemesi, mücerret dâva sebebiyle takibin gecikmeye uğramamasıdır. Bu suretle, Yar-

gıtayın bir aralık takipten önce açılmış menfî tesbit dâvalarının neticesine kadar takibin duracağı yolunda kabul ettiği hal tarzları (bkz. Esaslar, No. 232) artık yeni metnimiz muvacehesinde mer'î değildir. Mücerret dâvanın ikamesi takibe müessir olmamakla beraber, dâva safhasının takibe tesiri ancak ve ancak bu dâvaya ilişkin olmak üzere 72 nci madde tarafından tanzim edilen tedbirler çerçevesinde bahis konusu olmaktadır.

Burada tedbirlerin tesir şekli menfî tesbit dâvasının icra takibinden evvel veya sonra ikamesi halinde mühim bir değişiklik arz etmektedir. Bu önemli değişiklik hasebiyle takibin ne zaman başlamış olduğunun tesbiti ehemmiyet arzettiği gibi, takibin ve dâvanın aynı güne tesadüf etmesi halinde hangi rejimin kaabili tatbik olduğunun tâyini de ayrı bir ehemmiyet kazanmaktadır.

İcra dairesinde takip talebinin açılması takibin başlamış sayılması için kâfi değildir. Belki bunun için icra dairesince ödeme emrinin tanzim edilmiş ve postaya tevdi olması lâzımdır. Çünkü icra takibi, icra memurunun bir muamelesi olduğu cihetle mücerret alacaklının takip talebi bu şartı başlı başına gerçekleştiremez (bkz. Esaslar, No. 210). Buna mukabil ödeme emri tanzim edilip postaya tevdi suretiyle icra memurunun hakimiyet sahası dışına çıktıktan sonra henüz tebligatın tekemmül etmemiş olması takibin mevcut sayılmasına mani değildir.

11. — İhtiyatî hacze karar verilmesinin takip muamelesi sayılıp sayılmıyacağı mes'elesi 538 Sa. K. muvacehesinde yeni bir ehemmiyete kavuşmuştur. Bu mes'eleyi kitabımızda etraflı bir şekilde münakaşa konusu etmiş ve ihtiyatî hacizle takibin başlaması fikrini kabul etmekle beraber, Yargıtay içtihatlarının bu mevzuda henüz istikrar bulmadığını kaydetmiştik (Bkz. Esaslar, No. 500). Bu satırlarımıza daha fazla kat'iyet verecek yeni birşey ilâve edemiyoruz. Fakat Yargıtayın, ihtiyatî haciz kararını, kanaatimiz hilâfına takip muamelesi saymayacağını tahmin etmekteyiz. Zira ihtiyatî haciz kararının bu yolda anlaşılması borçlu aleyhine netice vereceğinden, borçluyu himaye fikri Yüksek Mahkemeyi tahmin ettiğimiz istikamete götüreceği gibi, Yargıtay eski içtihatlarında takipten önce açılan dâvayı bir bekletici mes'ele sayarak takibin gecikmesi noktaî nazarını ihtiyatî hacizden sonra açılmış men-i muaraza dâvaları için de varit görmüştür (bkz. Esaslar, a.g. No. da zikredilen karar-

lara bkz.). Diğer cihetten, ihtiyatî haciz kararının müruruzamanı kesmediği fikri de Yargıtayca, münferit bir kararında olsa bile, benimsenmiş olduğuna göre (IV. HD 18.4.1952, Türk İçtihatlar Külliyyatı 1952 c. IV, s. 1225, Kuru tarafından zikredilmiş, s. 419 not 13), bu temayüle uygun olarak ihtiyatî haciz icra takip muamelesi sayılmayacak ve binaenaleyh ihtiyatî hacizden sonra, fakat henüz normal takip başlamadan önce borçlunun açacağı menfî tesbit dâvasının Yüksek Mahkememiz tarafından takipten önceki rejime dahil olduğu büyük bir ihtimalle kabul edilecektir. Bu itibarla alacaklı ihtiyatî haciz kararını almakla beraber 72 nci madde mucibince açılacak menfî tesbit dâvasında müsait durumda olmak istiyorsa takibi bir an evvel tahrik etmekte isticial göstermelidir.

12. — Takiple dâva aynı güne tesadüf ederse, hangisinin daha önce sayılması mes'elesine gelince; buna ilişkin olarak TBMM Komisyon Gerekçesinde şunları okuyoruz: «Menfî tesbit dâvası, icra takibinin yapıldığı gün açılmış ise, bu halde icra takibini daha önce yapılmış kabul etmek kötü niyetli borçlularla mücadele bakımından daha uygun görülmüştür». Fakat bu gerekçeye tekabül eden hükme m. 72 nin muaddel şeklinde rastlamıyoruz.

72 nci maddede buna dair hüküm bulunmadığı halde gerekçede serdedilen bu mülâhazalar, menşeyini, eğer aldanmıyorsak m. 12 nin tâdili üzerindeki çalışmalarda bulmaktadır. Ön tasarıyı ilk kurulan komisyona sunduğum vakit borçluların, takibe muhatab olmadan dahi icra dairesine borçlu buldukları parayı ödeyebilmelerini teminen bir hüküm koymuştum. Bu hüküm bazı tartışmalara yol açtı. Tediye ile takibin aynı günde olması halinde hangi rejimin uygulanacağı, yani tediye nin takipten önce mi yoksa sonra mı sayılacağı hususları ortaya atıldı ve bu faraziye yi karşılamak üzere biraz evvel okuduğumuz gerekçeye tekabül eden hüküm m. 12 ye ithal edildi. Bilâhare Komisyonun metni müteakip hey'etlerde değiştirildi ve takipten önce icra dairesine tediyede bulunmak imkânını sağlayacak surette m. 12 nin tâdili tasvibe uğramadı ve buna dair konulan hükümler maddeden çıkarıldı. Fakat tediye ile takibin aynı güne tesadüf etmesi faraziyesine m. 72 çerçevesinde benzeyen faraziye olarak, takiple menfî tesbit dâvasının aynı tarihe rastlaması faraziyesi için arada m. 12 bakımından sevk edilen hükmün burada da carî olabileceği mülâhazası ile bu gerekçe ifade edilmiş bulunmaktadır.

Bugün m. 72 de mevzu bahis gerekçeye tekabül eden hüküm mevcut olmadığından biz bu gerekçe ile ihticac olunmasını caiz gör-

müyor ve bu hususta borçlu aleyhine bir karinenin varlığını kabul edemiyoruz. Bil'âkis hukuk kaidelerinin, tereddüd halinde borçlu lehine tefsiri yaygın olduğundan menfî tesbit dâvasının daha önce açılmış olduğunun kabulü bize daha uygun gözükmektedir. Bu görüşü destekleyecek bir mülâhaza da şu olabilir; kanun kurduğu sistemle, takipten sonra açılan menfî tesbit dâvalarının takibe sekte vermek maksadı ile açıldığını, bil'âkis takipten önce açılan bu kabil dâvaların borçlunun samimî kanaat ve davranışına tekabül ettiğini farzetmektedir. Bir dâva arzuhalinin hazırlanmasının icabettirdiği zaman nazara alınırca hemen o gün verilen dâva arzuhalinin borçlunun bu bapta çok daha önce meydana gelmiş kanaat ve ifadesinin mahsulü olduğunun da kabulü yersiz olmasa gerektir.

13. — Bu noktaları böylece açıkladıktan sonra, takipten önce açılan menfî tesbit dâvasının tetkikine gelirsek; bu dâva kendiliğinden icrayı durdurmaz. Binaenaleyh, menfî tesbit dâvasının açılmış olması bilâhare alacaklının ne icra takibine girişmesine ve ne de borçlunun itirazı üzerine, itirazın icra tetkik merciinden kaldırılmasını istemesine mani değildir. Borçlunun daha önce menfî tesbit dâvası açması, borçlu tarafından takibe karşı, derdestlik itirazının yapılmasına imkân ve vesile veremez. Çünkü takip ve dâva aynı şeyler değildir. Buna mukabil, borçlunun talebi üzerine, mahkeme, lüzum göstereceği teminat yerine getirildiği takdirde, takibin durması için ihtiyatî tedbir kararı verebilir. Borçlu böyle bir tedbir kararı alırsa, o zaman, arada alacaklının itirazın kaldırılması talebile işe merci el koymuş olduğu takdirde, icranın tedbirle durması kararı merci'e karşı da etkilidir. Zira merciin faaliyeti de icra takibinin bir hâdisesi olarak mütalâa edilmek gerektiğinden, icranın durması kararı üzerine mercide 68. madde normlarına göre itirazı karara bağlamaktan alıkonmuş olacaktır.

Kanun tedbir konusunda, mahkemeyi teminat bakımından asgarî bir hadle takyit etmiş ve bu teminatın takip konusu alacağın % 15 inden aşağı olamayacağını bildirmiştir. Mahkeme tedbir kararını vermek zorunda olmayıp bunun lüzumuna kendi takdiri neticesinde kanaat getirmiş olması lâzımdır. Bu hususta TBMM Komisyon gerekçesinde şöyle denildiğini görüyoruz: «Buradaki ihtiyatî tedbir kararı, teminat gösterilmesi halinde otomatik olarak verilecek değildir. Bilhassa borçlunun sırf yapılacak icra takibini geciktirmek maksadiyle senedin vâdesinin gelmesinden ve icra takibinden çok kısa bir zaman önce menfî tesbit dâvası açmış olması ha-

linde hâkim, ihtiyatî tedbirle icranın durdurulmasının gerekip gerekmediğini dikkatle inceleyip ondan sonra kararını verecektir». Bu izahattan anlaşılacağı üzere, borçlu haksız bir talebe muhatab olduğunu anlar anlamaz tam bir samimiyetle menfî tesbit dâvasını açmış ise onun tedbir talebi daha müsait karşılanacak, ileri sürdüğü sukut veya hükümsüzlük sebeplerine nazaran dâvanın makul olarak daha önce açılması icabettiği halde borçlu bunu yapmamış ise, sırf takibi geciktirmek maksadı ile hareket ettiği kabul edilerek, tedbir ittihazında daha titiz davranılacak, hiç olmazsa asgarî teminat miktarının fevkinde bir teminat istenecektir. Esasen gösterilecek teminatın mahiyet ve kıymetini takdir etmek umumî hükümler ve ezcümle HUMK m. 96 mucibince mahkemeye aittir.

Menfî tesbit dâvası alacaklı lehine hükme bağlanırsa ihtiyatî tedbir kalkar (m. 72/IV). Binaenaleyh, kanun burada, lehine tedbir verilen kimsenin aleyhine dâvanın neticelenmesi halinde hükmün kesinleşmesine kadar tedbirin uzatılabilmesi hakkında mahkemenin umumî hükümler gereğince haiz olduğu selâhiyeti bertaraf etmiştir.

14. — Menfî tesbit dâvası takipten sonra açıldığı takdirde, tedbir yoluyla takibin durmasına kanun imkân vermemiştir. Fakat icra veznesine giren paranın alacaklının gecikmeden dolayı muhtemel zararları karşılayacak ve alacağın % 15 inden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat mukabilinde paranın alacaklıya ödenmemesine ihtiyatî tedbirle karar verilmesini borçlu isteyebilir. Bu hükmün alacağın tamamının ödenmiş olması şikkına mı münhasır kaldığının, yoksa kısmî tediyeleer bakımından da mı tatbik kaabiliyetini haiz olacağının münakaşasını ileriye bırakıyoruz.

15. — Dâvanın neticelerine gelecek olursak; dâva borçlu lehine karara bağlandığı takdirde takip durur (m. 72/V). Yâni borçlu, daha önce tedbir kararı alarak takibin durmasını temin etmemiş olsa bile, bu defa menfî tesbit dâvasının borçlu lehine hükme bağlanması tabii ve zarurî surette takibin durmasını intac edecektir. Hükmün temyizi bu neticenin bertaraf edilmesine imkân vermez. Yani alacaklı temyiz sebebiyle m. 36 çerçevesinde teminat göstermek suretiyle kararın icrasının tehirini ve binnetice takibin muvakkaten olsun yürümesini sağlayamaz. Zira menfî tesbit ilâmı mahiyeti itibariyle cebrî icraya elverişli bir ilâm olmadığından, eda ilâmlarına münhasır kalan icranın tehiri prosedürünün onun hakkında bahis konusu olması beklenemez.

Borçlu lehine hükme bağlanmış menfî tesbit dâvasının daha önce yürümüş icra muamelelerine tesir edebilmesi için lehe olan hükmün kesinleşmesi şarttır. O zaman borçlu lehine sadır hükmün kesinleşmesi üzerine daha önce yürümüş icra muamelelerinin kaldırılması lâzım gelecektir. Tabiî bunun için borçlunun kesinleşmiş hükmü icra dairesine ibraz etmesi ve icranın iadesini istemesi gerekir.

16. — Şimdi dâvanın hükme bağlanmış olmasının talî neticelerine gelelim: Dâva kimin aleyhine hükme bağlanmış ise yargılama giderleri ile o mülzem olacaktır. Meğer ki, diğer taraf dâvayı ilk celsede kabul etmiş ve dâvanın ikamesine sebebiyet vermemiş olsun. Takibe geçmiş olan alacaklının, bilâhare maruz kaldığı menfî tesbit dâvasına karşı ilk celsede dâvacının iddiasını kabul etmesi noktaî nazarımızca kendisini mesarifi muhakemeden kaideten kurtaramaz. Meğer ki, borçlunun menfî tesbit dâvasına mesned yaptığı sebepler alacaklının meçhulü bulunsun. Meselâ alacaklının öğrenmediği bir mücbir sebep tahtında borç hükümsüz kalmışsa durum böyledir veya müdafaa sebepleri ancak borçlunun dermeyeran edebileceği sebeplerden bulunduğu takdirde yine aynı hal tarzı kabul edilmelidir. Meselâ müruruzamana uğramış bir alacağın takibine karşı borçlu itirazında müruruzaman definde bulunur ve bilâhare menfî tesbit dâvası açarsa buna karşı, alacaklı, ilk celsede dâvayı kabul etmekle masarifi muhakemeden kurtulmalıdır. Zira borçlunun müruruzaman definde bulunabileceği kendisinin tabiatıyla malûmu değildir. Fakat alacaklı borçluya ait müdafaa sebeplerini bildiği veya bilmesi lâzım geldiği halde icra takibine girişmişse, menfî tesbit dâvasının ilk celsesinde bunları kabul etmesi kendisini masarifi muhakemeden kurtaramaz⁴.

17. — Borçlu menfî tesbit dâvası ikame etmekle iktifa ederek takipten önce açtığı dâvada takibin durması, takipten sonra açtığı dâvada da icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için tedbir almamış ise, dâvayı kaybetmesi halinde masarifi muhakeme-

4) Alacaklının takibinde haklı çıkması halinde, borçlu esas borçtan maa-
da tarife hükümleri mucibince (dâva vekâlet ücretinin 3/4 ü) vekâlet ücreti öde-
mekle mülzem tutulduğu halde alacaklının icra takibinde haksız çıkması, takip
safhasında borçlu lehine vekâlet ücreti tahakkukuna yol açmamaktadır. İşte
kendisini vekil ile temsil ettirmiş alacaklı lehine mevcut bu eşitsizlik, borçluya
tanınan menfî tesbit dâvasıyla bir bakıma giderilmektedir. Haksız takibe ma-
ruz kalan borçlu, lehine vekâlet ücreti tahakkuk ettirmek için menfî tesbit dâ-
vası açabilecektir.

ye mahkûm edilmekten gayri bir netice ile karşılaşmaz. Fakat dâva ikamesiyle yetinmeyip bahsi geçen tedbirleri almışsa, dâvanın aleyhine neticelenmesi üzerine aldığı ihtiyatî tedbir kalkmakla beraber borçlu ayrıca % 15 den aşağı olmamak üzere alacaklının hakkına geç kavuşmuş olmasından dolayı zararlarını tazmine mahkûm edilir. Tedbir alan borçlunun asgarî olarak % 15 zarar ziyana mahkûm edilmesi, tedbirin haksızlığının anlaşılmasının zarurî ve kanunî neticesi olarak tanzim edilmiş ve bu hususta alacaklının ayrıca talebi şartına yer verilmemiştir. Bahusus ki, bahis konusu tedbirlerin alınması teminat iraesine bağlı olduğundan mahkeme menfî tesbit dâvasını alacaklı lehine hükme bağlarken mihanikî olarak da alacaklıya mevzuubahis teminattan istifayı hak etmesini sağlayacak surette asgarî tazminata borçluyu mahkûm etmesi gerekecektir.

Bunun bir neticesi de, alacaklı zararının % 15 den yukarı olduğunu ileri sürmedikçe, mahkeme, zararın miktarını tâyin için ayrıca tahkik muamelesine girişmeyecektir. Fakat, alacaklı bu husustaki iddiasını, noktaî nazarımıza göre muhakemenin hitamına kadar serdedebilir. Zira zararın hakikî miktarı dâvanın başında değil, muhakemenin hitamına yakın bir zamanda lâyıkıyla hesaplanabilecektir. Esasen, biraz evvel belirtildiği üzere, alacaklının zararının hüküm altına alınması kanunî bir mecburiyet şeklinde gözüktüğünden alacaklının tedbirin alınması sonunda uğradığı zararın % 15 in üstünde olduğunu dâva sonuna kadar ileri sürebilmek yetkisi bundan böyle kabul edilmelidir.

Alacaklının lehine hükmedilecek tazminat hakkındaki hüküm fıkrası kesinleşmedikçe alacaklı tedbir zımında gösterilen teminata müracaat edemez. Hüküm kesinleşince de, teminat mahkemenin yazısı üzerine icra dairesi marifetiyle paraya çevrilerek alacaklıya ödenmesi lâzım gelir.

Alacaklı lehine % 15 den fazla bir meblâğa hükmedilmişse, alacaklı fazla için ilâmı icraya koyabilmeli ve bilmukabele borçlu da bu aradaki fark için yeni teminat göstermek suretiyle icranın tehiri kararı getirebilmelidir.

18. — Borçlu lehine menfî tesbit dâvası neticelendiği takdirde kanun bir dereceye kadar mütenazır bir hükümlerle «borçluyu menfî tesbit dâvası açmağa zorlayan takibin haksız ve kötü niyetle olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dâva sebebiyle uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir» demiştir. Kanun «dâva

sebebiyle» demişse de haddi zatında takip sebebiyle uğranılan zararını kasdetmektedir. Bilhassa bu zarar icra takibinin haciz gibi borçlunun tasarrufunun tahdidine yol açan icra muamelelerinin vukuu halinde belirli bir şekil alır.

Kanun alacaklı bakımından kötü niyet şartının tahakkuku halinde asgarî zararın takip konusu alacağın % 15'i olduğunu kabul etmiştir. Fakat burada alacaklının uğradığı zarardan farklı olarak tazmin keyfiyeti borçlunun talep şartına bağlı tutulmuştur. Zira bir yandan takibin ne safhalara kadar ilerlemiş olacağı belli olmadığından borçlunun zarara uğramış olduğunun kendiliğinden farzedilmesine imkân olmadığı gibi, diğer yandan borçlu eğer zarar vaki olmuşsa bunu tazmin ettirmek için alacaklının daha önce göstermiş olduğu bir teminattan da mahrumdur. Bu birbirini destekleyen sebepler borçlunun zarara uğradığı halde tazmin için talepte bulunması şartını umumî hükümlere uygun olarak zarurî kılmaktadır.

Borçlu cephesinden tazmin hakkında talep şartına yer verilmiş olmakla beraber bunun ileri sürülmesi zamanı umumî hükümlere nazaran hususiyet arzeder. Şu bakımdan ki dâvacı borçlu bu talebi dâva arzuhali içinde bildirmemiş bile olsa, iddianın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmadan bunu bilâhare dâva içinde ileri sürebilir. Zira, evvelâ menfî tesbit dâvası takipten önce açılabilirdiğine göre borçlu ileride kötü niyetle yapılacak bir takibi gözönünde bulundurarak muhtemel zararının hüküm altına alınmasını istemesi kendisinden beklenemez. Sonra, alacaklının kötü niyeti takibin muayyen bir safhasında tezahür veya tezayüd edebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Nihayet alacaklıya muhakeme sonuna kadar % 15'in fevkinde olabilecek zararının tazminini istemek selâhiyeti tanındığına göre burada da hal tarzları arasındaki bir müvazilik borçlunun zarar hakkındaki talebini en geç dâva sonuna daha doğrusu hüküm anına kadar bildirebilmesini âmir bulursa gerektir. Fakat borçlu uğradığı zararın tazminini isteyince artık umumî hükümler gereğince bu istekle bağlı görülmelidir. Meğer ki hüküm anına kadar zararının tezayüdü halinde bu talebini arttırmak selâhiyetini açıkça mahfuz tutmuş olsun. Keza dâva sonuna kadar borçlu böyle bir talepte bulunmamış ve üstelik böyle bir talebi açıkça mahfuz tutmamışsa menfî tesbit dâvasının sonunda ayrı bir dâva ile zararını isteyebileceği şüphe ile karşılanmalıdır. Çünkü kanun bu yoldaki iddiaların bir çırpıda hallini uygun görmüş, dâvaların tevali etmesini hoş karşılamamıştır. Maamafih umumî hükümler noktaî naza-

rımızca haksız bir takipten uğranılan zararların haksız fiil çerçevesi içinde tazminini istemek selâhiyetini bahşeder mahiyettedir. Bu itibarla menfî tesbit dâvası içinde istenmemiş olan zararların bilâhare dâva konusu yapılabilmesi fikrinin üstün görülmesi ihtimali büsbütün yok değildir.

Alacaklının ne zaman suiniyetli sayılacağına gelince; borçlunun menfî tesbit dâvasına mesned yaptığı vakıalar kendisinin ıtılama sunulduğu halde takibe devam ettiği takdirde kötü niyeti kabul edilebilir. Meğer ki mevzuubahis vakıaların borçluyu haklı çıkaracağını, mazur görülebilecek bir hukukî hata neticesinde tahmin etmemiş olsun veya mevzuubahis vakıaların doğruluğuna derhal kanaat getirmemekte mazur görülebilsin (meselâ borçlunun, kendisinde bilinmeyen ve hakikî olup olmadığını gereği veçhile tahkik etmesine imkân bulunmayan temyiz kudretinden mahrum bulunduğu iddiası gibi).

19. — Menfî tesbit dâvasında takip durmamış veya icra veznesindeki paranın üzerine ihtiyatî tedbir vaz olunmamış ve bu suretle alacaklıya tediye yapılmış ise, menfî tesbit dâvasının mevzuu bir bakımdan kalmamış olacak, fakat bu, dâvanın reddini mucip olmayacak ve dâvaya istirdat dâvası olarak devam gerekecektir. Kanun borçluyu, derdest olan tesbit dâvasını olduğu yerde bırakıp, ikinci bir dâva olarak, istirdat dâvası ikamesine zorlamamak için pratik ve yerinde olan bir mülâhaza ile bu hükmü sevk etmiştir. Tabiatıyla, bu hükmün tatbiki için dâvacının bu yolda, yani menfî tesbit dâvasını istirdat dâvasına tahvil sadedinde talepte bulunması ve tediye-i isbat etmesi lâzım gelir. Filhakika, takibe konu teşkil eden borcun tamamı ödendikten sonra, bu borcun haddizatında lâzımüttekiye bir borç olmadığı iddiası serdedilmek gerekiyorsa, bu iddianın istirdat dâvası içinde ileri sürülmesi icap edecektir. Zaten kanun, tâdilden önceki halinde, maddî hukukla şeklî hukuk arasındaki farktan dolayı borçlu aleyhine bozulan muvazenenin m. 72 de tanzim edilmiş istirdat dâvası ile iade edilmesini derpiş etmişti. Aynı hükümler maddenin sondan bir evvelki fıkrasında aynen yer almış bulunmaktadır.

Binaenaleyh, menfî tesbit dâvasının derdest bulunduğu sırada dâva takipten sonra açıldığı için icranın durmasına muvaffakiyet hasıl olamamış, veya dâva takipten evvel açılmış olmakla beraber teminat gösterilerek tedbir alınmadığı için icra tabiî seyrine devam-

la borcun tamamının ödenmesine müncer olmuş ise, o zaman istirdat dâvası namı altında neticei talebi daha şumüllü bir ikinci dâva ikamesine mahal bırakmamak üzere aynı dâvanın istirdat dâvası şeklinde devamına kanunumuz hususî bir hükümlerle ve pek yerinde olarak cevaz vermektedir.

İmdi, istirdat dâvasının açılması takip konusu alacağın tamamının ödenmesi şartına bağlı olunca, takip henüz sona ermeden alacağın bir kısmı ödendikten sonra açılmış dâvanın bir istirdat dâvası olarak değil bir menfî tesbit dâvası olarak telâkki edilmesi lâzım gelir. Bu görüşün diğer bir neticesi de menfî tesbit dâvası açıldıktan sonra da alacağın bir kısmı icra veznesine girdiği takdirde dâvanın yine menfî tesbit dâvası olarak devamı gerekeceğidir. Zaten kanunumuz m. 72 nin sondan iki evvelki fıkrasında «Borçlu, menfî tesbit dâvasında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa dâvaya istirdat dâvası olarak devam edilir» derken borcun tamamının ödenmesini derpiş ettiğini ileri sürebilmek için ihticac olunabilecek gerekçe de ondan sonraki fıkranın istirdat dâvasını açabilmek selâhiyetini borçlu olmadığı parayı tamamen ödemek zorunda kalan borçluya tanıdığıdır.

Fakat bu ilk tahlil neticesinde vasıl olduğumuz neticenin pratik bakımdan tatminkâr olmadığını görüyoruz. Borç kısmen ödendiği takdirde dâva yine de menfî tesbit dâvası olarak devam edilmesi ve böylece hükme bağlanması lüzumu, borçlunun menfî tesbit dâvasında haklı çıktığı takdirde kısmî tediyesini geri alması için, eda dâvası mahiyetinde, ikinci bir dâva açmasına yol açacaktır. Bu ise kanunun menfî tesbit dâvasının istirdat dâvasına çevrilmesiyle takip ettiği gayenin birçok hallerde muhtel olması neticesini hâsıl edecektir.

Doğrusu, istirdat dâvasının borcun tamamı ödendikten sonra açılması lüzumu eski kanun zamanında yerleşmiş içtihatlarla kabul edilmiş (bkz. Esaslar, No. 222) ve bu lüzum da bilhassa cebrî icranın devamı sırasında alacağın mahkemelerde mukadderatının tartışılmasını önlemek ve bu suretle mahkemelerin müdahalesine mahal bırakmadan cebrî icranın nihayetlenmesini temin etmek ve bunun yanında da istirdat dâvasının tâbi olduğu bir senelik sükutu hak müddetinin borçlu aleyhine işlemesine meydan vermemek maksatlarına matuf bulunmuştur. Binaenaleyh, yeni metnin hazırlanması sırasında eski içtihatların başka sahalarda da olduğu üzere kanunlaşması-

20. — Bu suretle elde edilmesini mümkün gördüğümüz bu netice, münakaşasını bu ana bıraktığımız problemin hallinde bize yardımcı olacaktır. Bu da, takibin başlamasından sonra açılmış bir menfî tesbit dâvası sırasında vaki olabilmiş tediyelerin teminat mukabilinde, tedbir yolu ile alacaklıya intikalinin önlenip önlenemeyeceğidir. Bilindiği üzere, kanunun tâdilinden önce dahi, borcun tamamı ödendikten sonra takip düşmekte olduğundan, borçlu cebrî icranın seyrine müdahale etmek muahezesine maruz kalmadan, mahkemenen alacağı tedbir kararı ile paranın icra veznesinden alacaklıya ödenmesini önleyebilmekte ve bu tedbir kararını ayakta tutmak için de istirdat dâvası açabilmekte idi. İşte yeni m. 72 nin üçüncü fıkrası kanunun metninden ve ruhundan çıkan bu eski imkânı teyid etmekle mi yetinmiş, yoksa icra veznesindeki paranın alacaklıya intikalini önlemek isterken *müstakil ve kendi kendine yeten bir kaide* mi vaz eylemiştir? Eğer bu hükmün müstakil hüviyeti kabul edilecek olursa, tedbir mekanizması içinde kısmî tediyelerin dahi alacaklıya intikalini önlemek kaabil olacaktır.

72 nci maddenin bu üçüncü fıkrası ile ancak alacağın tamamının vezneye girmesi şikkını istihdaf ettiğini teyid eden bir cihet kanunun asgarî teminat miktarını alacağın tamamını nazara alarak % 15 üzerinden tâyin etmiş olmasıdır. Fakat aksi tezi, yani üçüncü fıkradaki hükmün kısmî tediyelere de şâmil olduğu görüşünü müdafaa için, daha kuvvetli deliller karşısında olduğumuzu söyleyebiliriz.

Evvelâ, tediyeenin tamamının alacaklıya intikalini önlemek kaabil olduğuna göre bunun bir kısmının dahi intikalini önleyebilmekte mantikî bir zaruret vardır. (Qui peut faire le plus, peut faire le moins - fazlayı yapabilen eksigi de yapabilir) şeklinde ifadesini bulan mantık kaidesi bizi bu neticeye götürür. Bahusus ki borçlu kısmî tediyeenin alacaklıya intikalini önleyebilmek için dahi borcun tamamı üzerinden % 15 olarak hesaplanacak teminat iraesine mecbur tutulduğuna göre menfaatler durumu bakımından burada alacaklıya, alacağın tamamının ödenmemesine nazaran daha ağır bir durum ihdas edilmemektedir. Bil'akis alacaklının kısmî tediyeeyi elde etmekteki menfaati tediyeenin tamamına kavuşmak hususundaki menfaatine nazaran daha az olduğu halde borçlunun göstereceği teminat aynı kalmaktadır.

Saniyen üçüncü fıkranın derpiş ettiği tedbirin münhasıran istirdat dâvasına müteferri bir tedbir olduğu düşünülse bile, kısmî

tediye halinde dahi menfî tesbit dâvasının bu kısma müteallik olmak üzere istirdat şekline bürünmesi ile yetinmek imkânını yukarıda uzun boylu verdiğimiz izahat sonunda kabul ettiğimiz için kısmî tediye tedbir mekanizması içinde alacaklıya intikalinin önlenmesinde yadırganacak bir cihet bulunmamalıdır.

Vardığımız bu neticeyi umumî yorum kaideleri içinde değerlendirmek cihetine gidersek şu mülâhazaları serdetmemiz mümkündür: Kanun koyucunun iradesi % 15 asgarî teminatı borcun tamamı üzerinden hesaplattığına göre, tamamlanmış bir tediye alacaklıya intikalini önlemek noktasına matuf bulunmuştur. Fakat buna rağmen kanun koyucunun metni kaleme alırken o andaki düşüncesini aşmamız kanunun gayesine, pratik ihtiyaçlara ve karşılıklı menfaatler durumuna daha uygun düştüğünden bunu yapmakta bir mahzur görmüyor ve bu yorum şeklinin üstün tutulmasına inanıyoruz. Bu da kanun koyucunun iradesine bağlı kalmak suretiyle yürütülecek yorumların kısırlığına yeni bir delil ve misal teşkil eder mahiyette olsa gerektir.

Netice olarak menfî tesbit dâvasının tanzimi Türk icra hukukuna bir yandan seyyaliyet verirken, haksız durumların önlenmesini imkân dahilinde almıştır. Bu veçhesiyle bu müessesenin ileride faydalı neticeler sağlayacağına kail bulunmaktayız. Bu münasebetle hatırlatmak isteriz ki biz ön tasarıyı kaleme alırken menfî tesbit dâvasını bu derece şümüllü bir tarzda tanzim cihetine gitmemiştik. Fakat ayrıldığıımız nokta şu olmuştur: evveleminde alacaklının teminat mukabilinde alacağını alabilmesi imkânını gözönünde tutmuş, alacaklı buna muktedir olamadığı takdirde borçlunun göstereceği teminat mukabilinde ödemenin alacaklıya intikalini önlemek cihetini ihtiyar eylemiştik. O zamanki çalışmalarımızın unutulup gitmesini önlemek için hazırladığımız metni buraya bir hatıra kabilinden dercetmekle bu etüdümüze nihayet veriyoruz :

«Madde 72. — Borçlu, icra takibine maruz kalmadan önce şartları varsa veya takip sırasında borcun mevcut olmadığını isbat sadedinde her zaman menfî tesbit dâvası açabilir. Bu dâva icra takibinin seyrine tesir etmez. Ancak borçlu talep eder ve gerekli teminatı verirse, icra veznesine girmiş olan paranın alacaklıya ancak teminat karşılığında verilmesi hususunda tedbir kararı ittihaz olunabilir. Alacaklı teminat irae edemiyeceğini bildirirse borçlu bu defa paranın alacaklıya geç verilmesinden doğan zararları karşılayacak

ve alacağın % 15 inden aşağı olmamak şartile göstereceği teminat karşılığında paranın alacaklıya verilmemesi hakkında ihtiyatî tedbir kararı alabilir.

Dâva alacaklı lehine neticelenirse ihtiyatî tedbir kararı kalkar. Alacaklı lehine verilen hüküm kesinleşince alacaklı ihtiyatî tedbir dolayısıyla teminat göstermiş olmaktan veya alacağını geç almış bulunmaktan ileri gelen zararlarını borçlunun irae ettiği teminattan istifa eder. Alacaklının uğradığı zarar mahkemece basit usulü muhakemeye göre takdir olunur. Alacaklının alacağını alamamasından doğan zararı alacağın % 15 inden aşağı takdir olunamaz.

Dâva borçlu lehine ilâma bağlanırsa bu ilâna müsteniden takip olduğu yerde durur. İlâm kesinleşince, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra, ilâm münderecatına göre, tamamen veya kısmen eski hal iade olunur.

Borçlu menfî tesbit dâvası zımında tedbir kararı istihsal etmemiş ve borç da ödenmiş olursa dâvaya istirdat dâvası olarak devam olunur.

Takibe itiraz etmemiş veya itirazın kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan şahıs ödediği tarihten itibaren bir sene içinde umumî hükümler dairesinde mahkemeye müracaat ederek paranın geriye alınmasını isteyebilir.

Menfî tesbit ve istirdat dâvaları takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi dâvalının ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir. Bu dâvalarda alacaklı alacağın mevcudiyetini isbatla mükelleftir».

Prof. İlhan E. POSTAÇIOĞLU