

ALMAN İCRA HUKUKUNDA İCRAYA KARŞI DAVA

DEFENSE ACTION AGAINST ENFORCEMENT IN GERMAN ENFORCEMENT LAW

Ferhat BÜYÜKAY*  

Makale Bilgi

Gönderi: 16/01/2023
Kabul : 20/04/2023

Anahtar Kelimeler

İcra Darısı Dava,
İcra Takibine Yönelik
Tedbiler,
ZPO § 767,
ZPO § 769,
Menfi Tespit Davası

Article Info

Received: 16/01/2023
Accepted: 20/04/2023

Keywords

Defense Action Against
Enforcement,
Interim Orders for
Enforcement
Proceeding,
CCP § 767,
CCP § 769,
Negative Declaratory
Action

Özet

Alman hukukunda cebri icraya konu bir belgede yer alan alacağın maddi hukuk boyutunda meydana gelen ve belgenin icra edilebilirlik özelliğini etkileyen değişimlerin ileri sürülmesi ZPO § 767’de düzenlenen icraya karşı dava ile mümkündür. Borçlu icraya karşı dava ile icra edilebilir belgede gösterilen alacak hakkına yönelik ZPO § 767/II-III’deki sınırlamalara uygun olarak maddi hukuka dayanan itirazlarını ileri sürebilmekte ve bu davada alacağı ilam ile belgenin icra edilebilirlik özelliğini ortadan kaldırmaktadır. İcraya karşı davanın açılmasının icra takibi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte gerekli şartların sağlanması halinde nihai karara kadar geçerli olmak üzere ZPO § 769’da anılan ve nihai karardan sonra geçerli olmak üzere ZPO § 770’te anılan icra takibine yönelik tedbirlere karar verilebilmektedir. Çalışmamızda Türk icra hukukundaki menfi tespit davası ile benzer işlevi yerine getiren icraya karşı davanın esas itibarıyla tanıtımı yapılacak ve bu davanın icra takibine etkisi açıklanacaktır. Çalışmamızda aynı zamanda bu davanın genel menfi tespit davası ve ülkemiz hukukundaki benzer düzenlemeler çerçevesinde kısa bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

Abstract

In German law, it is possible to assert the changes in the substantive law of the claim in the enforceable document that affect the enforceability of the document through the action against enforcement regulated in CCP § 767. With this action, the debtor may assert objections based on substantive law under the limitations in § 767/II-III of the CCP against the claim and may annul the enforceability of the document with the judgment. The filing of an action against enforcement does not have a direct effect on the enforcement proceedings. However, if the necessary conditions are met, the interim orders referred to in CCP § 769-770 may be granted for the enforcement proceedings. In our study, we will mainly focus on the introduction of the action against enforcement, which fulfills a similar function to the negative declaratory action in Turkish enforcement law, and the effect of this action on the enforcement proceedings. In addition, our study will also briefly evaluate this action with the regulations in Turkish enforcement law.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BÜYÜKAY Ferhat, “Alman İcra Hukukunda İcra Karşı Dava”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.181-194. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Several principles shape the enforcement law. The most characteristic of these principles is the principle of formalization of enforcement. This principle, in terms of the interaction of the enforcement law with the substantive law, leads to the result that the substantive law dimension of the right of claim is ignored if the formal requirements for enforcement are met. This makes the existence of the enforceable document and the existence of the right of claim shown in this document independent from each other. As a result of the application of this principle, this document may continue to be enforceable and enforcement proceedings may be initiated against the debtor based on this document, despite the changes in the claim in the document subject to enforcement proceedings, for example, in case of termination of the claim. Since the enforcement law serves to realize substantive law, the enforceability of documents that no longer comply with substantive law must be completely, partially, or temporarily eliminated.

In German law, it is possible to assert the changes in the substantive law of the claim in the enforceable document that affect the enforceability of the document through the action against enforcement regulated in CCP § 767. According to CCP § 767/I, “debtors are to assert objections that concern the claim itself as established by the judgment by filing a corresponding action with the court of first instance hearing the case.” An action against enforcement is an action for the partial or full non-enforceability of a document. With this action, the debtor claims that the enforceable document subject to enforcement proceedings is no longer enforceable by asserting objections based on substantive law against the claim and requests a decision from the court in this direction. On the other hand, the subject and purpose of this action are not to cancel the enforceable document or to determine that the receivable does not exist or no longer exists, or to determine the existence of the objections on which the action is based. Even if the grounds of objection raised in this action show that the claim in the document has been terminated or postponed, no such decision will be given as a result of the action. It is only decided that the document is unenforceable due to the objections in question. An action against enforcement is a design action. This is because the document, which was enforceable before the action, becomes unenforceable with the acceptance of the action. Although it is possible to terminate or limit compulsory enforcement with the judgment of the action, this is not important in terms of determining the legal nature of the action. The fact that the action against enforcement is a design action does not result from the annulment of the enforcement, but from the fact that it brings about a change in the legal status of the enforceable document. The debtor may file an action against the enforcement based on all objections and defenses in the sense of substantive law against the claim. However, CCP § 767/II-III provides certain limitations on the objections that may be raised in action against enforcement. In § 767/II ZPO, there is a provision protecting the res judicate of the enforceable document (if the enforceable document has a res judicate): “Such objections by way of an action may admissibly be asserted only insofar as the grounds on which they are based arose only after the close of the hearing that was the last opportunity, pursuant to the stipulations of the present Code, for objections to be asserted, and thus can no longer be asserted by entering a protest”. This limitation does not apply to enforceable documents that do not have the force of res judicata. According to the CCP § 767/II, the debtor must assert all objections that he was able to assert at the time at which he filed the action. The purpose of this limitation is to prevent the debtor from filing multiple successive actions based on different grounds of objection and to prevent the enforcement from being delayed.

The filing of an action against enforcement does not have a direct effect on the enforcement proceedings. Therefore, it is possible to initiate or continue enforcement proceedings based on the document after an action against enforcement has been filed. This brings with it the danger that enforcement proceedings may be initiated against the debtor based on a document that may later be declared unenforceable. This danger can be eliminated by CCP § 769. According to the CCP § 769/I, “upon a corresponding petition being filed, the court hearing the case may direct that until the judgment has been entered regarding the objections designated in sections 767 and 768, compulsory enforcement be stayed against or without provision of security, or that it be continued only against the provision of security and that enforcement activities are to be abrogated against the provision of security. The court shall not assess any security for the stay of compulsory enforcement where the debtor is unable to provide security, and where the action he is bringing holds out sufficient prospects of success. The factual assertions on which the petition is based are to be demonstrated to the satisfaction of the court.” However, the types of orders that may be granted are not limited to those listed in the Article. The court should make the most appropriate choice among the types of orders that will balance the interests of the parties. In deciding which orders to choose, the court should weigh the disadvantages threatening the parties and, if possible, take into account the debtor's need for protection and make the decision that poses the least danger to the creditor. In accordance with CCP § 769/II, the enforcement court may grant a temporary injunction for a certain period in cases of urgent necessity (i.e., when the court hearing the main proceedings cannot issue an order on time). According to the provision, the enforcement court determines the period for which the interim injunction shall be valid, and if an interim injunction is obtained from the trial court before the expiration of this period, the interim injunction shall lapse at the end of the period.

It can be said that the action against enforcement in German law generally fulfills a similar function to the negative declaratory action (Enforcement and Bankruptcy Code Art. 72) in Turkish enforcement law. This is because both actions are filed by asserting objections based on substantive law regarding the merits of the claim. In addition, in both actions, injunctions may be issued for the enforcement proceedings and the enforcement proceedings may be suspended or annulled with the decisions given in the actions. However, the contents of the injunctions to be granted in action against enforcement and in the negative declaratory action may differ. If the negative declaratory action is filed before the enforcement, the court may, upon request, issue an interim injunction to suspend the enforcement proceeding against a security deposit of not less than fifteen percent of the claim. If the negative declaratory action is filed after the enforcement, an interim injunction shall not be granted to suspend the enforcement proceedings. However, the debtor may request the court not to give the money in the enforcement cashier's office to the creditor by way of an interim injunction to cover the damages arising from the delay and against a security of not less than fifteen percent of the claim.

I. GİRİŞ

Cebri icra, etkili hukuki korumanın son ve aynı zamanda vazgeçilmez bir aracıdır. Nihai kararlar sağlanan yasal korumanın yetersiz kaldığı, daha açık bir ifade ile nihai kararın gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmediği durumda, hukuki koruma ihtiyacı cebri icra yolu ile karşılanmaktadır¹. Bu nedenle cebri icra hukukunun nihai amacının hakların yerine getirilmesini sağlamak olduğu söylenebilir². Bununla birlikte cebri icra hukukunda borçlunun mülkiyet hakkına, kişilik alanına ve dolayısıyla temel haklarına devlet eliyle ciddi bir saldırı (müdahale) söz konusu olduğundan, yapılacak bu müdahalenin ölçülü ve amaca uygun olabilmesi için kanun koyucular, icra takipleri bakımından bir dizi gereklilikler ve uyulması gereken bir takım şekli kurallar öngörmüşlerdir. Bu kurallar nedeniyle cebri icra hukuku şekli bir hukuk halini almış ve öğretilde cebri icranın şekilselliği şeklinde ifade edilen bir ilke ortaya çıkmıştır³.

Cebri icranın şekilselliği ilkesi, esasen tarafların takibe yön verecek nitelikteki işlemlerini örneğin itiraz veya şikâyetlerini hiç veya kanunun öngördüğü şekil ve sürede ileri sürmemeleri halinde, bunun sonuçlarına katlanmaları gereği ile bağlantılı şekilde ele alınmaktadır⁴. Bu ilke uyarınca icra takiplerinde verilecek kararlar bakımından tarafların gerçek durumlarından ziyade, takip içerisindeki davranışları esas alınmaktadır. Bu ilke özellikle icra hukukunun maddi hukukla etkileşimini açısından, cebri icraya ilişkin şekli şartların gerçekleşmesi halinde talep hakkının maddi hukuk boyutunun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵. Bu durum ise icraya konu belgenin varlığı ile bu belgede gösterilen talep hakkının varlığını birbirinden bağımsız hale getirmektedir⁶. Ayrıca bu bağımsızlık sonucunda da icra organlarına sadece cebri icra için gerekli olan şekli ön koşulların var olup olmadığını kontrol etmeleri yönünde bir görev yüklenmektedir. Buna karşılık icra organlarının icraya konulacak belgede yer alan maddi talebin gerçekten var olup olmadığını veya halen devam edip etmediğini kontrol etmeleri gerekmemektedir⁷.

Cebri icranın şekilselliği ilkesi, icra takibinin hızlı ve etkili bir şekilde yürütülmesi için gerekli bir ilke olsa da bu ilkenin bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Örneğin, icra edilebilir bir belgede yer alan talep hakkının maddi hukuk boyutunda daha sonradan meydana gelen değişimlerin, bu belgenin icra edilebilirliği üzerinde doğrudan bir etkisi olmamaktadır. Zira icra organlarının belgedeki bu yönlü değişimleri kontrol yükümlülükleri bulunmadığından, talep hakkındaki değişimlere rağmen alacaklı bu belgede yer alan talep hakkını (ilk halindeki gibi) sorunsuz bir şekilde icra etme imkanına sahip olmaya devam etmektedir⁸. Aynı zamanda bu belgede borçlu olarak gösterilen kişinin de artık gerçek durumu yansıtmayan belgelere dayalı icra takipleri ile muhatap olması ve aleyhine cebri icra yaptırımlarının uygulanması mümkündür. Yine alacaklının elindeki icra edilebilir belge gerçek durumu yansıtmamasına rağmen, borçlu kendisini savunmak zorunda kalmaktadır⁹.

II. ALMAN İCRA HUKUKUNDA BORÇLUNUN SAVUNMA İMKANLARI

Alman hukukunda cebri icra “*Vollstreckungstitel*”¹⁰ olarak adlandırılan icra edilebilir kararlara veya belgelere dayalı olarak yürütülmektedir¹¹. İcra edilebilir bu belgelerden bir kısmı maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahipken bir kısmı değildir. Söz konusu belgelerde gösterilen alacak hakkının varlığı başlangıçta taraflar arasında tartışmasız olsa ve taraflar arasındaki gerçek durumu yansıtsa da belgenin oluşturulmasından sonra söz konusu alacak hakkının maddi hukuk boyutunda değişiklikler meydana gelebilir. Örneğin, icra edilebilir belgede yer alan alacağın ödenmesi veya alacaklının alacak hakkından feragat etmesi gibi durumlarda alacak hakkı sona erer¹². Bununla birlikte söz konusu değişimlere rağmen alacaklı, icra edilebilir belgeyi ilk halindeki gibi elinde tutabilir veya bu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatabilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere icra takibinin şekilselliği ilkesi sonucu, alacaklı icra

¹ STOLL, Florian: Implikationen des Formalisierungsprinzips in der Zwangsvollstreckung, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2015, s.13.

² BLOMEYER, Arwed: Zivilprozessrecht–Vollstreckungsverfahren, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1975, s.66; BAUER, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, C.F. MÜLLER, Heidelberg 2022, Rn.1.1.

³ Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung

⁴ STOLL, s.14.

⁵ STOLL, s.14; WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./SPOHNHEIMER, Frank: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, Band 9, De Gruyter, Berlin-Boston 2016, ZPO §767, Rn.1.

⁶ JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian/KERN, Christoph Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Auflage, C.H. BECK, München 2021, §12, Rn.1.

⁷ Cebri icra bakımından belirleyici unsurun icra edilebilir bir belgenin bulunması olduğu, icra edilecek talep hakkının varlığı gerekli olmadığı hakkında bkz. JAUERNIG/BERGER/KERN, §7, Rn.1; THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 42. Auflage, C.H. BECK, München 2021, §750, Rn.8.

⁸ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.1.

⁹ STOLL, s.14.

¹⁰ Bu belgeleri ilam veya ilam niteliğinde belgeler olarak adlandırmak mümkündür. Bir eda hükmünü içeren kesin mahkeme kararları ile geçici icra edilebilirlik kararı verilmiş mahkeme kararları ve ZPO § 794’te belirtilen belgeler “*Vollstreckungstitel*” olarak icra takibine konu edilebilmektedir. Alman hukukunda alacaklının icra takibi yapabilmesi için icra edilebilir belgeye sahip olmasının yanında bu belge için ZPO § 725 vd. hükümlerine göre karara eklenen icra şartı da (“*Vollstreckungsklausel*”) alınmış olması gerekir (<https://www.juracademy.de/zivilprozessordnung/voraussetzungen-zwangsvollstreckung.html>). (Erişim: 10.12.2022) Bu konuda ayrıca bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.13.1.

¹¹ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.12.1.

¹² SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/KESSEN, Martin/THOLE, Christoph/RAEBEL, Bernd: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2020, §767, Rn.1.

edilebilir belgeyi elinde bulundurduğu sürece alacak var olarak kabul edilir¹³ ve icra takibine başvurulduğunda ilgili icra organı, belgede yer alan talep hakkının gerçekten (hala) mevcut olup olmadığını kontrol etmek zorunda değildir¹⁴. Bununla birlikte, cebri icra nihai olarak maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet ettiğinden, artık maddi hukuka uygun olmayan belgelerin icra edilebilirliğinin tamamen, kısmen ya da geçici olarak ortadan kaldırılması gerekir¹⁵. Bu nedenle borçlunun icra edilebilir belgede yer alan alacağa yönelik itirazlarını ileri sürmesine imkân tanınmalıdır.

Borçlunun, icra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazları Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) §775/IV-V'teki belgelerle ispat edilebilmesi halinde, söz konusu itirazların icra mahkemesi önünde ileri sürülmesi ve takibinin durdurulması mümkündür¹⁶. Bununla birlikte borçlunun söz konusu itirazlarını anılan belgelerle ispat edememesi halinde, bu itirazlarına dayalı olarak genel mahkemelerde bir dava açması gerekir. Zira icra edilebilir belgede gösterilen alacağın kendisine yönelik itirazlar maddi hukuka ilişkin itirazlardır ve genellikle taraflar arasında bu itirazların varlığı ihtilaftır. Sekli bir süreç olan cebri icra sürecinde bu itirazların ileri sürülmesi ve incelenmesi mümkün değildir¹⁷. Bu nedenle icra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazların icra prosedürü dışında ileri sürülmesi gerekir. Borçlunun söz konusu itirazlarını ileri sürerek açacağı dava ZPO § 767'de düzenlenen icraya karşı davadır¹⁸ (*Vollstreckungsabwehrklage/Vollstreckungsgegenklage*)¹⁹.

İcraya karşı dava ve bu davanın icra takibine etkisi ZPO §§ 767-770 arasında düzenlenmiştir. ZPO § 767/I'de icra edilebilir belgede yer alan alacağın kendisine yönelik itirazların borçlu tarafından genel mahkemelerde dava yolu ile ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında icraya karşı davada ileri sürülebilecek itirazlara yönelik birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. ZPO § 768'de ise, § 767/I ve III hükmünün icra şartlarına karşı (*Vollstreckungsklausel*) açılacak davalarda niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulanacağı düzenlenmiştir. İcraya karşı davada icra takibine yönelik verilecek tedbir kararları ve buna ilişkin usul ise §769 ve §770'te düzenlenmiştir.

III. İCRAYA KARŞI DAVA

A. Genel Olarak İcraya Karşı Dava ve Hukuki Niteliği

İcraya karşı dava, icra takibine konu edilen ilam veya ilam niteliğindeki belgenin kısmen veya tamamen icra edilebilirliğine yönelik bir davadır. Borçlu bu dava ile icra edilebilir belgede yer alan alacağın kendisine yönelik maddi hukuka dayalı itirazlarını ileri sürerek²⁰ takibe konu ilam veya ilam niteliğindeki belgenin artık icra edilemez olduğunu iddia etmekte ve mahkemeden bu yönde bir karar talep etmektedir²¹.

İcraya karşı davanın amacı, icra edilebilir belgenin, icra edilebilirlik özelliğinin tamamen, kısmen veya geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır²². Dolayısıyla bu dava, icra edilebilir belgede gösterilen alacağa değil, söz konusu belgenin icra edilebilirliğine yöneltilmiş bir davadır²³. Bu nedenle bu davanın konusu esasen icra takibine konu olan veya olması muhtemel olan bir belgenin belirli itirazların varlığı nedeniyle

¹³ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.1.

¹⁴ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.1; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.1.

¹⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.1.

¹⁶ ZPO § 775/IV-V'e göre icra edilebilir belgenin verilmesinden sonra alacaklının tatmin edildiği veya alacağın ertelendiğini gösteren resmi veya alacaklı tarafından düzenlenmiş bir belge ibraz edilirse ya da alacaklıyı tatmin etmek için gerekli olan miktarın alacaklıya veya alacaklının hesabına ödenmek üzere yatırıldığını veya transfer edildiğini gösteren bir banka veya tasarruf bankasından alınmış belge ibraz edilirse, icra takibi durdurulur veya ertelenir.

¹⁷ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.1.

¹⁸ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.1. İcraya karşı davanın, cebri icranın şekilselliği ilkesinin olumsuzluklarını telef etmeye yönelik bir dava olduğuna ilişkin bkz. MüKoZPO/SCHMİDT, Karsten/BRINKMANN, Moritz: ZPO §767, Rn.1 (RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2020).

¹⁹ Bu davayı karşılamak üzere ZPO § 767'nin madde başlığında "*Vollstreckungsabwehrklage*" kavramının yanında; öğretide "*Vollstreckungsgegenklage*" kavramı da fazlaca kullanılmaktadır. Maddenin İngilizce çeviri metninde madde başlığı olarak özel bir kavram kullanılmamış bunun yerine "icra edilen talebe itirazların ileri sürüldüğü dava" anlamına gelen "*action raising an objection to the claim being enforced*" ifadesi kullanılmıştır. İcra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazların ileri sürülmesine hizmet eden bu davayı karşılamak üzere çalışmamızda *icraya karşı dava* kavramı kullanılmıştır.

²⁰ BeckOK ZPO/PREUß, ZPO §767 Rn.1 (VORWERK, Volkert/WOLF, Christian, BeckOK ZPO, 47. Edition, C.H. BECK, München 2022). PRÜTTING, Hans/GEHRLEIN, Markus/SCHUECH, Silke: ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022, ZPO §767, Rn.1; ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhem/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrecht, C.H. Beck München 2010, §40, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO § 767, Rn.11; KİNDL, Johann/MELLER-HANNİCH, Caroline/SCHNEİDERS, Uwe: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2021, ZPO §767, Rn.1.

²¹ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.3. Bu nedenle dava dilekçesinde talep sonucunun ZPO § 775/I'e uygun olarak kaleme alınması gerekir (BLOMEYER, s.133. ZPO § 775/I: "İcra edilecek kararın veya geçici olarak icra edilebilirliğine karar verilen kararın iptal edildiğini veya bu belgenin icra edilemezliğine karar verildiğini ya da bu belgeye dayalı icra takibinin durdurulmasına karar verildiğini gösteren bir karar suretinin ibraz edilmesi halinde icra takibi durdurulabilecek veya iptal edilebilecektir."

²² JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.2; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO §767, Rn.1; BeckOK ZPO/PREUß ZPO §767 Rn.1-2; HK-ZPO/KİNDL, Johann: ZPO §767 Rn.1 (SAENGER, INGO, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2021); MUSİELAK, Hans-Joachim/VOİT, Wolfgang/LACKMANN, Rolf: Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022, ZPO § 767 Rn.1; KİNDL/MELLER-HANNİCH, ZPO §767 Rn.2; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.11; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO §767, Rn.11; ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt, ZÖLLER Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2022, ZPO §767, Rn.1).

²³ MüKoZPO/SCHMİDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.2.

icra edilebilir olup olmadığıdır²⁴. Buna karşılık bu davanın konusu ve amacı, takibe konu icra edilebilir belgenin iptal edilmesi veya bu belgede gösterilen alacağın mevcut olmadığı tespit edilmesi ya da davaya dayanak olan itirazların varlığının tespit edilmesi değildir²⁵. Bu davada ileri sürülen itiraz sebepleri icra edilebilir belgede gösterilen alacağın sona erdirdiğini veya ertelendiği gösterse dahi dava sonucunda bu yönde bir tespit yapılmaz, sadece söz konusu itirazlar nedeniyle belgenin icra edilemez olduğuna karar verilir²⁶. Bu nedenle icraya karşı davada verilecek olumlu bir karara rağmen icra edilebilir belge, varlığını ve icra edilebilirlik dışındaki diğer etkilerini sürdürmeye devam eder. Örneğin, bir ilama karşı açılan icraya karşı davanın kabulü halinde, ilamın icra edilebilirlik özelliği dışındaki özellikleri örneğin ilamın maddi anlamda kesin hüküm gücü bu karardan etkilenmez²⁷.

İcra karşı davanın hukuki niteliği konusunda Alman hukukunda hâkim görüş, bu davanın usule ilişkin inşai bir dava olduğu yönündedir²⁸. İcra karşı dava, inşai bir davadır. Zira dava öncesi icra edilebilir -icraya konu edilebilir- nitelikte olan ilam veya ilam niteliğindeki belge, davada verilen kabul kararı ile birlikte icra edilemez hale gelmekte ve niteliğinde bir değişiklik meydana gelmektedir²⁹. İcra karşı davada alınan ilam ile başlatılan takibin iptal edilmesi ve durdurulması mümkün ise de³⁰ bu durum, davanın hukuki niteliğini belirleme bakımından önem arz etmemektedir. İcra karşı davanın inşai karakterli bir dava olması, takibin iptalini sağlamasından değil, takibe konu belgenin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır³¹.

B. İcra Karşı Davanın Uygulama Alanı

Cebri icraya konu olabilecek belgeler, aynı zamanda icraya karşı davanın uygulama alanını da belirlemektedir. Bu kapsamda eda hükmü içeren nihai mahkeme kararları ile geçici icra edilebilirlik kararı verilen mahkeme kararlarına karşı icraya karşı dava açılabilir. Mahkeme kararları haricinde ZPO § 794'te belirtilen icra edilebilir belge ve kararlar da icraya karşı davanın uygulama alanındadır (ZPO § 795). Bu çerçevede mahkeme uzlaşmalarına ilişkin belgelere³², yargılama giderlerine ilişkin mahkeme kararlarına, icra ihbarnamelerine (*Vollstreckungsbescheiden*), icra edilebilirlik kararı alınmış hakem kararı veya yabancı mahkeme kararına, düzenleme şeklindeki noter senetlerine karşı icraya karşı dava açılabilir ve ZPO § 767 hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu davalarda uygulanacaktır³³. Buna karşılık ihtiyati tedbir kararlarına karşı ZPO § 927 ve § 936 hükümleri nedeniyle icraya karşı dava kabul edilmemektedir³⁴.

C. İcra Karşı Davanın Kabul Edilebilirliği

İcra karşı davanın kabul edilebilirliği, bu davanın amacı çerçevesinde belirlenmektedir³⁵. Bu davanın amacı ilamın veya ilam niteliğinde belgenin icra edilebilirliğini ortadan kaldırmak olduğundan bu davanın kabul edilebilmesi için öncelikle alacaklının elinde icraya konu olabilecek bir ilam veya ilam niteliğinde belgenin bulunması gerekir³⁶. Bu davanın kabul edilebilmesi için gerekli olan ikinci koşul, borçlu aleyhine icra takibi yapılma ihtimalinin varlığıdır. Bu açıdan icraya karşı davanın açılabilmesi için mutlaka

²⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO § 767, Rn.7; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.41; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; İcra karşı davanın konusuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.32-35.

²⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767, Rn.2; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.39. Benzer şekilde bkz. SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO § 767, Rn.11.

²⁶ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.42.

²⁷ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767, Rn.2-3; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.42; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.6; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.16; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO § 767 Rn.52; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.2-3; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40, Rn.12; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.5; LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht II, 11. Auflage, C.H. BECK, München 2021, § 21, Rn.3.

²⁸ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13 vd.; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO § 767 Rn.1; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO § 767, Rn.1; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.1; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.3; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767 Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.12; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.3; STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/MÜNZBERG, Wolfgang: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, ZPO § 767, Rn.6; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.5; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.1.

²⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.2; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.12.

³⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13.

³¹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.3; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.5. Öğretide Blomeyer, icraya karşı davanın inşai karakterinin belgenin icra edilebilirliği üzerinden açıklanmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre icra organlarının icra takibini durdurması veya iptal etmesi, kararın verilmesi ile değil, bu konudaki mahkeme kararının kendilerine sunulması ile mümkündür. Söz konusu karar icra organlarına sunulana kadar, icra organları icra takibini yürütmekle yükümlüdür (BLOMEYER, s.136).

³² Mahkeme uzlaşmalarına karşı ileri sürülecek itiraz, mahkeme uzlaşmasının tamamen geçersizliğine sebep olacak ise ve bu ihtimalde eski davaya devam etmek mümkün ise, icraya karşı dava açılmasında hukuki yarar yoktur (JAUERNİG/BERGER/KERN, § 12, Rn.4).

³³ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.7-17; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.25 vd.

³⁴ BLOMEYER, s.128; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.37; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.17.

³⁵ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.4.

³⁶ Bu belgeler hakkında bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.5 vd.

icra takibinin başlamış olması gerekli olmadığı³⁷ gibi yakın bir icra tehdidinin bulunmasına da gerek yoktur³⁸. Bunun haricinde icraya karşı davanın kabul edilebilmesi için tespit davalarında olduğu gibi özel bir hukuki yararın varlığının ispatı da gerekli değildir³⁹. Zira icraya karşı dava ile sağlanan yasal koruma, başka bir dava türü ile elde edilememektedir. Bu nedenle burada da herhangi bir eda davası veya inşai davada olduğu gibi genel hukuki menfaatin yani olumsuz bir dava şartının aranması yeterlidir⁴⁰. İcra edilebilir belgenin alacaklının elinde bulunduğu ve bu belge icrai kabiliyetini haiz olduğu sürece bu dava kabul edilebilirdir⁴¹.

D. İcra Karşı Davada İleri Sürülebilecek İtirazlar

İcra karşı dava ile icra edilebilir belgede gösterilen alacağa karşı ileri sürülebilecek itirazlar, maddi hukuka dayanan itirazlardır⁴². Borçlu icra edilebilir belgede gösterilen alacağa yönelik maddi hukuk anlamında itiraz ve def'ilere dayanarak icraya karşı davayı açabilir⁴³. Buna karşılık takip hukukuna ilişkin itiraz sebepleri bu dava yolu ile ileri sürülemez⁴⁴.

Maddi hukuk kapsamındaki tüm itirazlar örneğin, hakkın doğumuna yönelik itirazlar, hakkı sona erdiren itirazlar ve hakkın kullanımına engel olan itiraz ve def'iler⁴⁵ kural olarak alacağa yönelik itirazlar olarak değerlendirilir⁴⁶. Bu itirazların icraya karşı dava ile ileri sürülmesi mümkündür. Bununla birlikte ZPO § 767/II ve III'de icraya karşı davada ileri sürülebilecek itirazlar bakımından birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

1. İtirazların Doğum Anı Bakımından Getirilen Sınırlama (ZPO § 767/II)

ZPO § 767/II'de maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip icra edilebilir belgelere karşı ileri sürülebilecek itirazlar bakımından, kesin hükmün bu gücünü koruyucu bir düzenleme söz konusudur⁴⁷. Düzenlemeye göre icraya karşı dava ile ilamda yer alan alacağa yönelik ileri sürülebilecek itirazların dayandıkları gerekçelerin, ilamın karara bağlandığı yargılamanın (son duruşmasından) sözlü duruşmasından sonra ortaya çıkmış olması ve bunların artık o yargılamada ileri sürülemeyecek olması gerekir⁴⁸.

İtirazların doğumu bakımından getirilen bu objektif sınırlama⁴⁹, kesin hükmün zamansal kapsamını belirleyen ZPO § 323/II hükmü ile de uyumludur. Bu ilke uyarınca icraya karşı davaya dayanak olan itirazların, nihai kararın verildiği yargılamada bir itirazın ileri sürülebileceği son duruşmadan sonra ortaya çıkmış olması gerekir. Bu da ilgili itirazların ilk derece ve istinaf yargılamalarında sözlü duruşmadan sonraki zaman diliminde ortaya çıkması anlamına gelir⁵⁰. Temyiz yargılamasında yeni vakıaların ileri sürülmesi mümkün olmadığından, temyiz aşaması bu noktada dikkate alınmaz⁵¹.

Söz konusu itirazların belirtilen zamandan sonra ortaya çıkmış olması gerektiğinden, bir ilama karşı ancak hakkı engelleyen (erteleme, icrayı kısıtlayan sözleşme vb.) ve hakkı sona erdiren (itfa, feragat, ibra,

³⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.8; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109;

³⁸ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.15.

³⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn.42; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.8.

⁴⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109.

⁴¹ BLOMEYER, s.133; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.8; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.43; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.15; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.17; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.48.

⁴² BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.9; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.18; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.58.

⁴³ Def'ilere dayalı olarak da icraya karşı dava açılabilmesine dair bkz. WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.65; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.58-60.

⁴⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.13. İcra takibine ilişkin usulü kurallara aykırılıkların ve icra memurunun uyması gereken kurallara aykırılıkların ZPO § 766'da düzenlenen itiraz yolu (Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung) ile icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerekir.

⁴⁵ Hakkın kullanımına engel olan itiraz sebepleri teknik anlamında itiraz (örneğin alacağın takip edilebilir bir alacak olmadığı itirazı) ve def'i (zaman aşımı def'i gib) olabilir.

⁴⁶ BLOMEYER, s.128-129; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.57.

⁴⁷ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.77; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.73.

⁴⁸ BLOMEYER, s.130; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.77; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.72; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁴⁹ Kanunda öngörülen sınırlama objektif bir sınırlamadır. Bu nedenle borçlunun söz konusu itirazı ileri sürüp sürmediği veya itirazın varlığından haberdar olup olmadığı sınırlama bakımından önemli değildir. BLOMEYER, s.130; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.81; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.81; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.7; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁵⁰ İcra karşı davanın dayanağı olan itiraz, ilk derece duruşmasının sonuçlanmasından sonra ancak kararın kesinleşmesinden önce ortaya çıkarsa, borçlu kendi tercihiyle bağlı olarak karara karşı istinafa gidebilir veya itiraza dayalı olarak icraya karşı dava açabilir. Bu ihtimalde borçlu, öncelikli olarak karara karşı istinaf yoluna gitmeyi tercih etmişse, artık icraya karşı davaya yönelik hukuki yarar bulunmamaktadır. Buna karşılık borçlu öncelikli olarak söz konusu itiraza dayalı olarak icraya karşı dava açmışsa, bu itirazı da içeren istinaf talebi yine de kabul edilebilirdir. Zira istinafta borçlu, icraya karşı davada ileri sürülebileceği itirazlar da dahil olmak üzere ilk derece mahkemesindeki eksiklikleri ve hataları da ileri sürülecek ve bu suretle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılabilir. Buna karşılık ZPO § 767 uyarınca açılacak davada, itirazın yöneldiği kararın iptali söz konusu olmayıp, kararın sadece icra edilemez olduğuna karar verilmektedir (BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.13; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.25; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.4; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.14; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.18).

⁵¹ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.11.

sonraki imkânsızlık, zamanasını vb.) itirazlara dayalı olarak icraya karşı dava açılabilir⁵². Buna karşılık hakkın doğumuna ilişkin (kesin hükümsüzlük gibi) itirazların bu dava ile ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira hakkın doğumuna ilişkin itirazların ileri sürülebilmesi, mahkeme kararının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olması ile bağdaşmaz. Takip konusu alacak bir mahkeme kararında tespit edilmiş olduğundan bu alacağın doğumuna ilişkin itirazların ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi, mahkeme kararının daha sonradan değiştirilmesi anlamına gelir⁵³. Bu sınırlamaya uygun olarak kesin hüküm gücüne sahip bir icra edilebilir belgeye karşı ifa, itfa, ifa yerine edim, feragat, borcun üstlenilmesi, sonraki kusursuz imkânsızlık, zamanasını gibi itiraz ve def'ilere dayalı olarak icraya karşı dava açılması mümkündür⁵⁴.

Kanun § 767/II'de öngörülen sınırlama, esasen kesin hüküm gücünü haiz mahkeme kararlarına karşı açılacak icraya karşı davalar için söz konusudur. Bununla birlikte maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip diğer icra edilebilir belgeler söz konusu olduğunda bu sınırlama onlar hakkında da niteliğine uygun düşüğü oranda geçerlidir⁵⁵. Bu kapsamda hakem kararlarına veya yabancı mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik kararından (*Vollstreckbarerklärung*) sonra ortaya çıkan nedenlerle⁵⁶, icra ihbarnamelerine karşı ihbarnamenin tebliğinden sonra ortaya çıkan nedenlerle⁵⁷ icraya karşı dava açılabilir.

İcra karşı davada bir mahkeme kararına karşı ileri sürülecek itirazlar bakımından en tartışmalı olan konu, yenilik doğurucu hakların kullanımına yöneliktir⁵⁸. Bu tartışma, özellikle, inşai hakkın ilamda gösterilen alacak hakkının karara bağlandığı yargılama sona ermeden önce mevcut olması ve takas gibi daha sonradan ileri sürülmeleri halinde geriye dönük olarak etki göstermesi halinde önemli hale gelmektedir. Örneğin, yargılama devam ederken var olan ve ileri sürülmeyen bir takas hakkının, kararın verilmesinden sonra icraya karşı dava ile ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışmalıdır.

Bu konuda hâkim görüş, inşai hakkın borcu sona erdirebilmesi için kullanılmış olması gerektiğinden hareketle, bu hakkın kullanılması zamanını, ZPO § 767/II anlamında itirazın oluşması için belirleyici olay olarak görmektedir. Buna göre inşai hak, kullanıldığı anda istenilen değişikliği meydana getirebileceğinden, inşai hak kullanılmadan önce, bu hakkın ileride kullanılabilecek olması herhangi bir sonuç doğurmaz⁵⁹. Dolayısıyla icraya karşı davanın dayanağı olan itiraz, bu inşai hakkın varlığı değil, bunun kullanılmasındır ki bu da ancak hak sahibi tarafından beyan edilmesi ile meydana gelir. İnşai etkinin geçmişe etkili olması, diğer bir ifade ile ilamda tespit edilen alacağı etkilemesi, bu gerçeği değiştirmez⁶⁰. Bu görüşteki yazarlara göre kesin hüküm müessesesi, müteakip inşai hakların kullanılmasını yasaklamadığından, bunların ileri sürülmesi ZPO § 767/II'deki sınırlamaya tâbi olmamalıdır⁶¹. Bu kapsamda takas hakkına değinilecek olursa, takas hakkının sonradan kullanılabilmesi, kesin hükmün ilkeleri ile engellenmemelidir. Bağımsız bir karşı hak olarak takas hakkı, §322/I anlamında talep doğrultusunda belirlenen kararın (kesin hükmün) kapsamında da değildir. Zira bir davada verilen nihai karar, alacağın var olduğunu tespit etmekle beraber, bu tespit gelecekteki bir olay örneğinin takasta olduğu gibi, bu alacağın varlığının geçmişe yönelik olarak sona erdirilemeyeceğini belirtmez. Buna karşılık takas yargılamada ileri sürülmüş ve reddedilmişse, takas hakkına dayalı olarak icraya karşı dava açılması artık mümkün değildir⁶².

Alman yargı içtihatlarında ZPO § 767/II uygulaması bakımından inşai hakkın doğum anının esas alındığı görülmektedir. Buna göre ZPO § 767/II'deki sınırlama bakımından inşai hakların kullanılma zamanı değil, doğum anı önemlidir⁶³. Bununla birlikte Federal Mahkemenin sözleşmeden doğan inşai haklar ile kanundan doğan inşai haklar arasında ayırım yaptığı kararları da bulunmaktadır. Buna göre sözleşmeye dayalı inşai haklar (fesih, iptal gibi) söz konusu olduğunda inşai hakkın kullanım zamanı, ZPO § 767/II için belirleyici olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Öğretide Federal Mahkemenin görüşünü benimseyen yazarlar da mevcuttur⁶⁵. Bu görüşteki kimi yazarlara göre mahkeme kararları, kararda yer alan talep hakkının varlığının yanında bu kararın icra edilebilirliğini de kesin bir şekilde ortaya koyduğundan, mahkeme kararlarının

⁵² ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.37; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.59; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.21; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.10; KINDL/MELLER-HANNICH, ZPO §767 Rn.36; LÜKE, ZivilProzR II, § 21, Rn.9.

⁵³ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.37; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.7.

⁵⁴ İtiraz sebepleri bakımından bkz. WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.58 vd.

⁵⁵ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19-20; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.74-75; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.78; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.17.

⁵⁶ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19-20; Hakem kararının verilmesinden sonra ortaya çıkan itiraz nedenleri hakem kararlarına icra edilebilirlik verilmesi yargılamasında ileri sürülebileceğinden, bunlar daha sonradan icraya karşı davaya konu edilemeyeceğine yönelik bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19.

⁵⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.21. İcra ihbarnamelerinin (*Vollstreckungsbescheid*) maddi anlamda kesin hüküm gücünü haiz olmadığına yönelik Köln OLG kararı için bkz. NJW 1986, 1350.

⁵⁸ Tartışmalar için bkz. BLOMEYER, s.130 vd.

⁵⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.62; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.82 vd; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn 32 vd; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.14; MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.37.

⁶⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.62.

⁶¹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.63; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.73.

⁶² ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.67.

⁶³ BGHZ 24, 97, (98); BGHZ 34, 274 (279); BGHZ 38, 122 (123).

⁶⁴ BGHZ 94, 29, 34 f.. BGHZ 103, 362, 366 f.

⁶⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14. Kimi yazarlar fıkra ikinin inşai haklar üzerindeki etkisinin belirlenmesinde maddi hukukun takip edilmesi gerektiğini ancak kötüye kullanımların önüne geçilmesi için usul hukukunda çözüm aranması gerektiğini ifade etmektedir (JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.15).

etkilerini korumak öncelikli olmalıdır. Alacaklının, çoğu zaman zahmetli bir şekilde kazandığı ilamı, davadan sonra hesaba katmak zorunda olmadığı itirazlar nedeniyle icra etmesi engellenmemelidir⁶⁶. Öğretide ZPO § 767/II hükmünün borçlunun maddi hukuk kapsamındaki irade özerkliğine (karar özgürlüğüne) bir sınır getirdiği ve bu kapsamdaki sınırlama bakımından inşai hakkın kullanılabilmesi zaman diliminin esas alınması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁷.

İtirazların doğumuna yönelik ZPO § 767/II'de öngörülen sınırlama, kesin hüküm teşkil etmeyen icra edilebilir belgeler söz konusu olduğunda uygulanmaz (§ 797/IV)⁶⁸. Bu kapsamda icra edilebilir noter senetleri, avukatlık ve mahkeme uzlaşmaları ilgili olarak icra karşı dava, sadece hakkı sona erdiren veya engelleyen itirazlara değil, aynı zamanda senette yer alan hukuki işlemin hükümsüzlüğü veya geçersizliği gibi hakkın doğumuna yönelik itirazlara da dayandırılabilir⁶⁹.

2. İtirazların İleri Sürülmesine İlişkin Sınırlama (§ 767/III)

ZPO § 767/III'e göre borçlu davanın açıldığı tarihte ileri sürebileceği tüm itirazlarını dava dilekçesinde ileri sürmelidir⁷⁰. Söz konusu düzenlemenin amacı, borçlunun farklı itiraz nedenlerine dayalı olarak birbirini izleyen birden çok icraya karşı dava açmasını ve icranın sürüncemede bırakılmasını engellemektir⁷¹. Bu sınırlama uyarınca borçlu icraya karşı davayı açtığı sırada var olan ancak iddia etmediği itirazlara dayalı olarak ayrı bir icraya karşı dava açamayacaktır. Bu durumda borçlu ancak borcu ödedikten sonra BGB (Alman Medeni Kanunu) uyarınca geri alma davası veya sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir⁷². Bununla birlikte öğretide (madde lafzından farklı olarak) borçlunun tüm bu itirazları dava dilekçesinde dile getirmiş olmasının gerekli olmadığı, bu maddenin yalnızca borçlunun dava açarken dile getirebileceği tüm itirazları aynı anda veya art arda birden fazla davada değil, tek bir davada dile getirmesini sağlamayı amaçladığı ifade edilmektedir. Bu nedenle borçlunun, daha önce dava dilekçesinde ileri sürmediği itirazlarını dava devam ederken ileri sürebileceği ifade edilmektedir⁷³. Bununla birlikte daha sonradan ileri sürme durumunun davada ıslah kurallarına tâbi olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre borçlu ZPO § 263 ve § 267'deki sınırlamalara uygun olarak dava dilekçesinde ileri sürmediği itirazları daha sonradan ileri sürebilir⁷⁴. Buna karşılık kimi yazarlar ZPO § 767/III'ün uygulanmasında ZPO § 263'ü göz ardı etmekte ve sonradan ileri sürülen savunmalara herhangi bir kısıtlama olmaksızın izin vermektedir⁷⁵.

Söz konusu sınırlama ile ilgili tartışmalı bir diğer husus, fıkarda öngörülen sınırlamanın objektif bir sınırlama olup olmadığı diğer bir ifade ile söz konusu sınırlamaların borçlunun kusuru olmaksızın ileri sürülemeyen itirazları kapsayıp kapsamadığıdır. Bu konuda hâkim görüş ve yakın tarihli kararlar, bu sınırlamanın objektif bir sınırlama olduğu yönündedir⁷⁶. Federal Mahkemeye göre yeni (ikinci) bir icraya karşı dava, ancak ilk icraya karşı davanın son duruşmasından sonra ortaya çıkan itirazlara dayandırılabilir⁷⁷. Buna karşılık öğretide ZPO § 767/III'teki sınırlamanın subjektif bir sınırlama olduğu ve borçlunun kusuru olmaksızın ileri süremediği itirazların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸.

E. İcra Karşı Davada Karar

İcra karşı dava, kanun yolları da dâhil olmak üzere yargılama usulü konusunda genel hükümlere tâbidir⁷⁹. Bununla birlikte davada borçlunun talebi üzerine devam etmekte olan icra takibine yönelik ZPO § 769'da öngörülen tedbirlerin alınması mümkündür.

⁶⁶ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33.

⁶⁷ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁶⁸ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.24; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.74; JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.17; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.20.

⁶⁹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.79; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.20. Bununla birlikte mahkeme uzlaşmaları taraflar arasındaki uyumsuzluğa sona erdirmenin yanında yargılama sürecini de sona erdirdiğinden, uzlaşmanın geçersizliğine ilişkin itirazların tespiti halinde, uzlaşma ortadan kalkacağından eski yargılama da sona ermiş olacaktır. Bu nedenle böyle bir durumda eski yargılamaya devam edilmesi gerekir (Bu konuda bkzn. SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.29.).

⁷⁰ JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.57; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.88.

⁷¹ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.22; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.57; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.88; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.112; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.102; JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.45; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn.52; PRÜTTING/GEHRLEİN/SCHEUCH, ZPO §767, Rn.49.

⁷² WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.111; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.22; PRÜTTING/GEHRLEİN/SCHEUCH, ZPO §769, Rn.51; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.93; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.24.

⁷³ MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO §769, Rn.41; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.22.

⁷⁴ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.11; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.90.

⁷⁵ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.114.

⁷⁶ BGHZ 61.25 26f.; BGH NJW-RR 1987; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO §767, Rn.43.

⁷⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32.; BGHZ 61, 25, 26; BGH WM 1986, 1032, 1033.

⁷⁸ JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.87; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.116; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §767 Rn.50.1.

⁷⁹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.59.

İcraya karşı davanın kabulü halinde, dava dilekçesindeki talebe uygun olarak belirli bir belgenin tamamen, kısmen veya belirli bir süre için icra edilemez olduğuna karar verilir⁸⁰. Diğer bir ifade ile kabul kararı ile söz konusu belgenin icra edilebilirliği ortadan kaldırılır. Davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesine gerek olmadan karar hakkında ZPO § 708 uyarınca geçici icra edilebilirlik kararı verilebilir ve böylece kabul kararı ile ZPO § 775/I uyarınca icranın durdurulması sağlanabilir⁸¹.

İcraya karşı davanın kabulüne ilişkin karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bununla birlikte ilamda yer alan alacağa yönelik yapılan tespitler veya icraya karşı dava ile ileri sürülen itirazlar, kesin hükmün kapsamında değildir⁸². Kesin hükmün kapsamı, belgenin icra edilemez olduğu ile sınırlıdır. Davada ileri sürülen itirazlar hakkında da kesin hüküm alınmak isteniyorsa bu konuda ara tespit davası (ZPO § 256/II) açılabilir⁸³.

İcraya karşı davanın reddedilmesi halinde, davacı tarafından ileri sürülen itirazlara rağmen belgenin icra edilebilir olduğu teyit edilmiş olur. Bununla birlikte ret kararı sonucu, itirazlar hakkında yapılan tespitler ve belgedeki alacağın varlığı kesin hüküm haline gelmez. Ancak aynı nedenlere dayalı olarak tekrar icraya karşı dava veya tazminat davası açılmaz⁸⁴.

IV. İCRAYA KARŞI DAVADA TAKİBE YÖNELİK TEDBİRLER

A. Genel Olarak

İcra edilebilir bir belgeye karşı ZPO §767 uyarınca icraya karşı dava açılmasının, belgenin cebri icrası üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla icraya karşı dava açıldıktan sonra söz konusu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatılması veya başlatılan takibe devam edilmesi mümkündür⁸⁵. Bu ise daha sonradan icra edilemez olduğuna karar verilebilecek bir belgeye dayalı olarak borçlu aleyhine cebri icranın uygulanması tehlikesini beraberinde getirmektedir⁸⁶.

ZPO §769'da, ZPO §767 ile borçluya sağlanan hukuki korumanın sonucunun güvence altına alınması amacıyla icra takibine yönelik çeşitli tedbirlere karar verilebileceği düzenlenmiştir⁸⁷. Düzenlemeye göre (§769/I-II),

“davaya bakan mahkeme talep üzerine, ZPO § 767 ve § 768. maddelerde belirtilen itirazlar hakkında karar verilinceye kadar, teminat karşılığında veya teminatsız olarak cebri icranın durdurulmasına veya sadece teminat karşılığında icraya devam edilmesine ya da teminat karşılığında belirli icra tedbirlerinin durdurulmasına karar verebilir⁸⁸. Borçlunun teminat gösteremeyecek olması halinde, açtığı davanın makul bir başarı olasılığı bulunmakta ise icra takibinin durdurulması için teminat aranmaz. Borçlu bu halde başvurusunu dayandırdığı gerekçeleri ispatlamalıdır. Acil durumlarda icra mahkemesi de davaya bakan mahkemenin bu konuda kararı için belirli bir süre belirleyerek, anılan tedbirlere karar verebilir. Süre içinde davaya bakan mahkemeden karar alınmaması halinde, cebri icraya devam olunur.”

ZPO § 769'da düzenlenen tedbirler nitelikleri itibariyle geçici hukuki koruma kararlarıdır. Bununla birlikte söz konusu tedbirler ZPO § 935 vd. düzenlenen genel ihtiyati tedbire nazaran özel düzenleme niteliğindedir ve genel ihtiyati tedbire ilişkin hükümler, § 769'daki tedbirler hakkında uygulanmaz⁸⁹.

B. Tedbir Kararı için Şartlar

ZPO §769/I uyarınca tedbir kararı verilmesi için maddede birtakım şartlar aranmıştır. Bu şartlardan ilki talep gerekliliğidir. Buna göre ZPO § 769/I uyarınca tedbir kararı verilmesi için davacının bu yönde bir talepte bulunması gerekir⁹⁰. Borçlunun ZPO § 769 uyarınca icra takibine yönelik tedbir talep edebilmesi için icraya karşı davayı açmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁹¹. Bununla birlikte esas davanın henüz açılmadığı aşamada ZPO §769/II uyarınca icra mahkemesinden geçici süreli tedbir kararı talep edilebileceği de ifade edilmektedir⁹².

Maddede tedbir kararı verilebilmesi için aranan ikinci şart, tedbir karşılığında teminat gösterilmesi şartıdır. İcra takibinin durdurulmasına veya belirli bir icra tedbirinin durdurulmasına yönelik tedbir kararı

⁸⁰ BLOMEYER, s.135-136; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.60; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.92; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.41; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.21.

⁸¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.62; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.21.

⁸² KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.64; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.42; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.5.

⁸³ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.96.

⁸⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.43; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.5.

⁸⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.1; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34.

⁸⁶ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.1.

⁸⁷ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.1.

⁸⁸ ZPO § 769'daki tedbir kararlarının bazı hallerde ilama karşı açılan menfi tespit davalarında uygulanabileceği kimi yazarlarca dile getirilmektedir (MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO §769, Rn.1a; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.1). Ancak öğretilde genel kabul, maddedeki tedbir kararlarının § 767 ve § 768'da münhasır olduğu yönündedir (WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.5).

⁸⁹ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.6;

⁹⁰ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.12; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.19.

⁹¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.15; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.10; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.2; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34.

⁹² WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.10.

verilebilmesi için kural olarak borçlunun teminat göstermesi gerekir. Yine icra takibinin devamı, alacaklı tarafından teminat gösterilmesi şartına da tâbi tutulabilir. Bu nedenle madde uyarınca tedbir kararı verilebilmesi için (alacaklı veya borçlu tarafından) teminat gösterilmesi gerekir.

İcra takibinin durdurulmasına yönelik tedbir kararları bakımından teminat şartı açısından maddede borçlu lehine bir düzenleme söz konusudur. Buna göre borçlu, teminat gösteremeyecek durumda olduğunu ve açtığı davanın başarı ihtimalinin bulunduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi halinde teminat alınmasından vazgeçilebilmektedir⁹³. Buna ek olarak öğretide ana davanın açıkça haklı gerekçelere dayanması halinde, hâkimin takdir yetkisine dayanarak teminatsız bir şekilde takibin durdurulmasına karar verebileceği belirtilmektedir⁹⁴.

Tedbir kararları için gösterilecek teminatların kapsamı tedbirin türüne göre değişiklik gösterebilecektir. Buna göre icra takibinin durdurulmasına karar verilmişse, teminat tedbir kararı sonucu alacaklının uğrayacağı muhtemel zararlar (faiz, masraflar, daha sonradan icra edilememe riski vb.) göz önüne alınarak belirlenmektedir. İcranın devam ettirilmesi için alacaklının teminat göstermesine hükmedilmişse, teminatın miktarı icra takibi sonucunda borçlunun uğrayacağı muhtemel zararlara göre belirlenmektedir⁹⁵.

ZPO § 769'da açıkça ifade edilen bu iki şart haricinde borçlunun bu tedbire yönelik hukuki yararının ve borçlunun açtığı davanın başarı ihtimalinin bulunması gerekir⁹⁶. Ancak tedbir kararı verilirken göz önünde bulundurulacak esas davanın başarı şansına yönelik kriterin ne olması gerektiği çok açık değildir⁹⁷. Ancak bu noktada hâkimin takdir yetkisi söz konusudur. Yine borçlunun tedbire yönelik menfaatinin alacaklının icra takibinin devamına yönelik menfaatinde ağır olması gerekir⁹⁸.

C. Tedbir Kararı İçin Yargılama

ZPO §769 uyarınca verilecek tedbir kararlarında görevli ve yetkili mahkeme, talep anında icraya karşı davanın görüldüğü mahkemedir. Bu mahkeme ilk derece mahkemesi olabileceği gibi istinaf veya temyiz mahkemesi de olabilir⁹⁹. Ayrıca borçlu aciliyet arz eden durumlarda icra mahkemesinden de tedbir kararı talep edebilir.

Tedbir kararı verilmeden önce kural olarak alacaklının dinlenmesi gerekir. Ancak aciliyet nedeniyle önceden bir duruşma yapılmaksızın derhal bir karar alınması gerekiyorsa, alacaklı dinlenmeden de karar alınabilir¹⁰⁰.

Tedbir kararı, mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, esas hakkında karar verinceye kadar geçerlidir. Esas hakkında karar verildiğinde ise tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Ancak esas hakkındaki karardan sonra da tedbirin devam etmesi isteniyorsa, talep üzerine veya re'sen ZPO §770 uyarınca yeniden tedbir kararı verilebilir¹⁰¹. Nihai kararla beraber verilecek tedbir kararı yalnızca davanın kabulü halinde değil istisnai hallerde borçlunun korunmasını gerektiriyorsa, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre için davanın reddine ilişkin bir karar halinde de verilebilecektir¹⁰². Bunun haricinde mahkeme talep üzerine, değişen koşullar veya yeni vakıalar nedeniyle herhangi bir zamanda tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir¹⁰³.

Mahkemenin tedbir talepleri hakkında verdiği kararlara karşı bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığı belirsizdir¹⁰⁴. Ancak bu konuda hâkim görüş ve Federal Mahkeme uygulaması hem tedbir kararları hem de tedbir taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı bir başvuru yolu bulunmadığıdır¹⁰⁵. Bununla birlikte ikinci fıkra uyarınca icra mahkemesi tarafından verilen tedbir kararlarına karşı RPflG § 11/II (Yardımcı Adalet Memuru Kanunu) uyarınca itiraz yoluna gidilebilmektedir¹⁰⁶.

Mahkemece verilen tedbir kararlarının daha sonradan haksız oluşunun ortaya çıkması halinde, bundan doğan zararların tazmini konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda geçici icra edilebilirlik kararı verilen bir kararın daha sonradan iptal edilmesi halinde, bu nedenle uğranılan zararların tazminini düzenleyen ZPO § 717/II hükmünün veya genel ihtiyati tedbirlerden kaynaklanan

⁹³ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.22; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.28.

⁹⁴ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.22.

⁹⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.25; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.29; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.10.

⁹⁶ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.19 vd.; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.8.

⁹⁷ Kimi yazarlara göre tedbir kararı verilebilmesi için ana davanın başarı ihtimaline sahip olması yeterlidir. Buna karşılık tedbir kararı için esas davanın ağırlıklı olarak haklılığının aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.19.

⁹⁸ WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.20; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.6.

⁹⁹ WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.9; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.13; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.3.

¹⁰⁰ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.28-29; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.23; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.5.

¹⁰¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.31-32; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.30; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.11.

¹⁰² KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §770, Rn.2.

¹⁰³ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.33; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.31; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.11.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.32 vd.

¹⁰⁵ BGH NJW 2004, 2224 (2225); NJW-RR 2005, 1009 (1010); NJW-RR 2006, 286.

¹⁰⁶ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.15.

zararların tazminini düzenleyen ZPO § 945 hükmünün doğrudan uygulanabilir olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷. Böyle bir durumda hâkim görüğe göre yalnızca kusur sorumluluğuna dayalı talepler söz konusu olur¹⁰⁸.

D. Verilebilecek Tedbir Kararları

İcraya karşı davada mahkemenin hükmedebileceği tedbir türleri ZPO § 769'da belirtilmiştir. Buna göre mahkeme teminat karşılığında veya şartları varsa teminatsız olarak icra takibinin durdurulmasına veya alacaklının teminat gösterilmesi şartıyla takibe devam edebileceğine ya da teminat karşılığında belirli bir icra tedbirinin durdurulmasına (örneğin belirli bir mal üzerindeki haczin kaldırılmasına) karar verebilir.

Bununla birlikte öğretide hükmedilebilecek tedbir türlerinin maddede sayılanlar ile sınırlı olmadığı, hâkime bu konuda takdir yetkisi verildiği ifade edilmektedir¹⁰⁹. Buna göre örneğin, haczedilen belirli bir malın korunmasında borçlunun özel bir menfaati yoksa veya taraflar malın satılması konusunda anlaşılırsa, mahkeme haczedilen malın satılmasından sonra elde edilen bedel üzerine tedbir konulmasına karar verebilir¹¹⁰.

Bu açıdan mahkeme tarafların menfaatlerini dengeleyecek tedbir türleri arasında en uygun seçimi yapmalıdır. Mahkemenin icranın durdurulması halinde alacaklının, icraya devam edilmesi halinde borçlunun karşılaşacağı olumsuzlukları dikkate alması gerekir¹¹¹. Mahkeme hangi tedbiri seçeceğine karar verirken, tarafların karşılaşacağı olumsuzlukları tartmalı ve mümkünse, borçlunun korunma ihtiyacını göz önünde bulundurarak alacaklı için en az tehlike arz eden kararı vermelidir¹¹².

E. İcra Mahkemesi Tarafından Tedbir Kararı Verilmesi

ZPO § 769/II'de istisnai olarak icra mahkemesinin de madde uyarınca icra takibine yönelik tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre aciliyet arz eden durumlarda icra mahkemesi, belirli bir süre geçerli olmak üzere geçici ihtiyati tedbir kararı verebilir. İcra mahkemesinin bu düzenleme uyarınca vereceği tedbirlere sadece acil durumlarda diğer bir ifade ile esas davaya bakan mahkemece zamanında tedbir kararı verilemeyeceği durumlarda başvurulabilir¹¹³.

İcra mahkemesi tarafından verilecek tedbir kararları, davaya bakan mahkeme tarafından verilecek tedbir kararları ile aynıdır. Ancak bu tedbir kararları, davaya bakan mahkemece verilecek tedbir kararlarının aksine kısa süreli tedbir kararlarıdır. Düzenlemeye göre icra mahkemesi tedbir kararında tedbirin geçerli olacağı süreyi belirler ve bu süre sona ermeden davaya bakan mahkemeden aynı yönde tedbir kararı alınmamışsa, tedbir sürenin sonunda kalkar¹¹⁴.

V. İCRAYA KARŞI DAVANIN MENFİ TESPİT DAVASI İLE İLİŞKİSİ (ZPO § 256)

Alacaklının elindeki icra edilebilir belgeye karşı ZPO § 767'da düzenlenen dava ile ileri sürülen itirazların ayrıca ZPO § 256'ya tâbi bir menfi tespit davası ile ileri sürülüp sürülemediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle borçlunun alacaklının elindeki belgeye karşı bazı itirazlarını icraya karşı dava ile ileri sürmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, ilamın içeriği konusunda tereddüt bulunmakta ve alacaklının hangi edimi talep edebileceği tartışmalı ise borçlunun kendisinin yükümlü olmadığını düşündüğü bir edime yönelik olarak menfi tespit davası açması mümkündür¹¹⁵.

İcraya karşı davada alacağın varlığına ilişkin veya borçlu tarafından ileri sürülen itirazlara yönelik bir tespit yapılmadığından ve bu hususlar kesin hükmün kapsamında olmadığından, borçlunun alacağın bulunmadığına ilişkin bir tespit kararına yönelik menfaati bulunabilir¹¹⁶. Bu durumda borçlunun kesin hükmün sınırlamalarına tâbi kalmak ve ZPO § 767/II'deki sınırlamaya uygun olmak şartı ile icraya karşı davada dayandığı itirazlara dayalı olarak icra edilebilir belgedeki alacağın bulunmadığının tespitini talep etmesi mümkündür¹¹⁷. Borçlu bu yöndeki talebini ayrı bir menfi tespit davası ile ileri sürebileceği gibi icraya karşı dava ile birlikte de ileri sürebilir¹¹⁸. Bununla birlikte öğretide borçlunun bu yöndeki talebinin kabul edilebilmesi için tespit kararına yönelik ZPO § 767'deki korumayı aşan bir menfaatinin bulunduğunu ispat

¹⁰⁷ WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.37.

¹⁰⁸ BGH NJW 1985, 1959 ff.; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769, Rn.21; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.39; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.37.

¹⁰⁹ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.9; KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.24; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.26; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.24; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §769, Rn.11.

¹¹⁰ STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769 Rn.14; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.7.

¹¹¹ WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.27; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.17; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §769, Rn.7.

¹¹² SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.9.

¹¹³ KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.42; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.12; Tedbir kararına yönelik acileyetin değerlendirilmesinde borçlu başvurmada gerekli özeni gösterip göstermediği de dikkate alınır (WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.14).

¹¹⁴ KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.43; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.16; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.12; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769, Rn.2.16; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO §769, Rn.17.

¹¹⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §767, Rn.23; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §767 Rn.68.

¹¹⁶ MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.9.

¹¹⁷ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.9.

¹¹⁸ MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.8; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767 Rn.2; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.26.

etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla borçluya karşı icra takibinin varlığı veya icra tehdidinin bulunması tek başına menfi tespit davası açılması için gerekli hukuki yarar sağlamayacaktır¹¹⁹. Federal Mahkemeye göre de borçlunun menfi tespit davasına yönelik menfaatini alacaklının ilamı icra etmek istemesiyle gerekçelendirmesi halinde tespit davasına yönelik menfaati bulunmamaktadır¹²⁰. Alacaklının başlatabileceği icra takibine karşı başvurulacak yol, ilke olarak icraya karşı davadır ve yalnızca bu davada alınacak karar ile icra takibinin durması sağlanabilir. Zira menfi tespit davası sonucunda alınan tespit kararı, ZPO § 775/I uyarınca icra takibinin durdurulması için yeterli bir karar değildir¹²¹. Öğretide bu konuda ayrıca borçlunun menfi tespit davasına yönelik menfaatinin tespit davası–eda davası arasındaki ilişki gibi değerlendirilmesi gerektiği ve tespit hükümlerinin, icraya karşı davada alınacak kararın etkisine göre daha geride kaldığı ifade edilmektedir. Bu nedenle menfi tespit davasına ilişkin menfaatin sadece özel durumlarda teyit edilmesi gerekir¹²².

VI. İCRAYA KARŞI DAVA İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ

Alman hukukunda icraya karşı dava, genel itibarıyla hukukumuzdaki icra takiplerindeki menfi tespit davası ile benzerlik göstermektedir. Ancak Alman cüzi icra sistemi genel itibarıyla ilamlı icra üzerine kurulduğundan ve davanın yöneldiği husus belgenin icra edilebilirliği olduğundan bu davanın Türk hukuku bakımından tam karşılığının olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte bu davanın icra takiplerindeki menfi tespit davası ile benzer bir işlevi yerine getirdiği de söylenebilir. Zira her iki dava da alacağın esasına ilişkin maddi hukuka dayalı itirazlar ileri sürülerek açılmaktadır. Bunun haricinde her iki davada da icra takibine yönelik tedbir kararları verilebilmekte ve davalarda alınan kararlar ile icra takibi durdurulabilmekte veya iptal edilebilmektedir.

Hukukumuzda ilamlı icrada borçlunun menfi tespit davası açabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte İİK m.33/IV'te borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalan borçlunun İİK m.72 uyarınca istirdat davası açabileceği düzenlenmiştir. Öğretide söz konusu düzenlemede menfi tespit davasının zikredilmemesinin bir unutmaya olduğu, borçlunun bu borcu ödemediği önce de İİK m.72 uyarınca menfi tespit davası açabileceği ifade edilmektedir¹²³. Yargıtay görüşü de esasen bu yöndedir. Örneğin, 11. HD. bir kararında İİK m.41'de yapılan genel yollamanın İİK m.72'yi kapsadığını, menfi tespit davasının istirdat davasının öncüsü olduğunu ve bu nedenle borçlunun takip borcunu ödemediği önce bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme kararın devamında menfi tespit davasının ilamın verilmesinden sonra ortaya çıkan itfa sebeplerine dayandırılabilirliğini aksi takdirde bu durumun kesin hükmün varlığı ile bağdaşmayacağını da belirtmiştir¹²⁴. 12. HD. ilam niteliğinde bir belgeye dayalı olarak başlatılan ilamlı icra takibinde, ilam niteliğinde belgenin kesin hüküm gücünü haiz olmadığından bahisle bu belge tarihinden önceki itfa ve zamanaşımı iddialarına dayalı menfi tespit davasının açılabilirliğine karar vermiştir¹²⁵. Görüleceği üzere hukukumuzda ilamlı icrada menfi tespit davası açılabilirliği konusunda tereddüt bulunmamakta ve bu konuda niteliğine uygun düştüğü oranda İİK m.72 hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir.

Alman hukukunda icraya karşı dava için ZPO § 767/II'de öngörülen kesin hüküm gücünü haiz belgeler bakımından alacağın doğumuna yönelik sınırlamanın, hukukumuzda da açık bir düzenleme olmasa da kesin hüküm müessesesi nedeniyle geçerli olduğu görülmektedir. Ayrıca ZPO § 767/II'deki sınırlamanın kesin hüküm gücüne sahip olmayan diğer ilam niteliğindeki belgeler bakımından uygulanmaması konusunda da her iki dava bakımından benzerlik bulunmaktadır. Bununla birlikte her iki davanın hukuki nitelikleri ve nihai amaçları farklıdır. İcra karşı davanın nihai amacı, belgenin icra edilemez olduğuna ilişkin bir karar almak iken menfi tespit davasının nihai amacı, borcun bulunmadığını tespit etmektir. Menfi tespit davasında takibe yönelik tedbir kararı alınabilmesi veya dava sonucunda takibin iptalinin sağlanabilmesi, bu davanın esas amacı değil, davanın açılmasının ve karara bağlanmasının icra takibi üzerindeki sonuçlarıdır.

Her iki davanın icra takibine etkisi konusunda ise her iki davanın açılmasının icra takibi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamakta ancak her iki davada da takibe yönelik tedbir kararları verilebilmektedir. Bununla birlikte icraya karşı dava ile menfi tespit davasında takibe yönelik verilecek tedbir kararlarının içerikleri farklılaşabilmektedir.

Hukukumuzda menfi tespit davalarında, davanın icra takibinden önce veya sonra açılmasına göre iki farklı tedbir kararı verilebilmektedir. Buna göre icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında teminat karşılığı icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi mümkün iken icra takibinden sonra açılan menfi tespit

¹¹⁹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; BLOMEYER, s.138. Menfi tespit davasının icrayı durdurmak için kullanılamayacağı hakkında bkz. JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.26.

¹²⁰ BGH NJW 2009, 1671, 1672.

¹²¹ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.23. Bu nedenle öğretide kimi yazarlarca borçlunun icra edilebilir bir belgeye karşı menfi tespit davasını tek başına açması halinde, hukuki yararının eksik olabileceği ancak bunu icraya karşı dava ile talep etmesi halinde bu eksikliğin tamamlanabileceği ifade edilmektedir (WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.28; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.23).

¹²² WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.28.

¹²³ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuk El Kitabı, Adalet, Ankara 2013, s.955; TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin, Ankara 2006, s.174.

¹²⁴ Yargıtay 11. HD., 21.02.2005, E.2004/5023, K.2005/1472; İstanbul BAM, 31. HD., 25.4.2017, E.2017/1085, K.2017/557. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). TÜRK, s.174-175; KURU, s.956.

¹²⁵ Yargıtay, 12. HD., 17.3.2009, E.2008/24059, K.2009/5604. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). TÜRK, s.176.

davalarında sadece icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda tedbir kararı verilebilmektedir. Menfi tespit davasında takibe yönelik verilecek tedbir kararları sadece bu sayılanlarla sınırlı olup, hâkimin bunlar haricinde tedbir kararı vermesi mümkün değildir. Buna karşılık Alman hukukunda icraya karşı davada takibe yönelik tedbir kararı verilebilmesi konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilerek, hâkime tarafların menfaatlerine en uygun tedbir türünü seçme imkânı tanınmıştır. Kanaatimizce hâkimin tedbir türü seçimi konusunda takdir hakkına sahip olması veya verilecek tedbir kararlarının içeriklerinin sınırlı olmaması yönünde bir düzenleme, ülkemiz hukuku açısından da faydalı olabilecektir. Özellikle icra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında, davanın başarı ihtimalinin büyük olasılıkla muhtemel olması halinde dahi, İİK m.72/III hükmü nedeniyle durdurulamaması, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi noktasında yetersiz kalmaktadır.

Her iki davada verilecek tedbir kararları arasındaki bir diğer farklılık, tedbir kararı için teminat alınmasından vazgeçilebilmesi konusudur. Alman hukukunda borçlunun teminat gösteremeyecek durumda olması halinde açtığı davanın başarı ihtimali varsa, teminat alınmasından vazgeçilebileceği açık bir şekilde düzenlenmiş iken İİK’da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakta¹²⁶, öğretide ve uygulamada İİK m.72 kapsamında teminatsız tedbir kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁷.

Her iki davada verilecek tedbir kararları arasındaki bir diğer farklılık da tedbir kararlarına karşı başvuru yolları konusudur. Alman öğretisi ve uygulamasında ZPO § 769 kapsamında verilen tedbir kararlarına karşı başvuru yolu bulunmadığı ancak hâkimin değişen koşullara göre tedbir konusundaki kararını her zaman değiştirebileceği ifade edilmektedir. Hukukumuzda ise mahkemenin verdiği tedbir kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebileceği konusunda uygulama ve öğretide tereddüt yok iken¹²⁸, değişen koşullar nedeniyle hâkimin İİK m.72 çerçevesinde verdiği tedbir kararını değiştirip değiştiremeyeceği belirsizdir¹²⁹.

Son olarak hukukumuzda menfi tespit davasında takibi yönelik tedbir kararları nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda da açık bir düzenleme (İİK m.72/4) bulunmakta iken, Alman hukukunda icraya karşı davada verilen tedbir kararları nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda düzenleme bulunmamaktadır.

VII. SONUÇ

Cebri icranın şekilselliği ilkesi sonucu icra organlarının, icra edilebilir belgede yer alan talep hakkının daha sonradan borçlu lehine değişip değişmediğini kontrol etmeleri gerekmemektedir. İcra takiplerinde alacak hakkına ilişkin bu tür değişimlerin dikkate alınabilmesi için bunların borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Borçlunun bu halde başvurabileceği yollardan biri ZPO § 767’de düzenlenen icraya karşı davadır.

İcraya karşı davanın konusu, icra edilebilir belgenin maddi hukuka dayanan itirazlar nedeni ile icra edilebilirlik özelliğinin tamamen, kısmen veya geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır. Buna karşılık bu davanın konusu ve amacı, takibe konu icra edilebilir belgenin iptal edilmesi veya bu belgede gösterilen alacağın mevcut olmadığının veya artık mevcut olmadığının tespit edilmesi ya da davaya dayanak olan itirazların varlığının tespit edilmesi değildir. Dava bu yönü ile menfi tespit davasından ayrılmaktadır.

İcraya karşı dava hukuki nitelik itibarıyla, inşai karakterli bir davadır. Bu davanın inşai dava karakterli olması, takibe konu belgenin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır.

Borçlu icra edilebilir belgede gösterilen alacağa yönelik maddi hukuk anlamında itiraz ve def’ilere dayanarak icraya karşı davayı açabilir. Bununla birlikte ZPO § 767/II ve III’de bu davada ileri sürülebilecek itirazlar bakımından birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre kesin hüküm gücünü haiz icra edilebilir belgelere karşı açılacak davalarda, davanın dayanağı olan itirazın kararın verildiği yargılamanın son duruşmasından sonra ortaya çıkmış olması gerekir. ZPO § 767/III’te de icra takibinin birden fazla icraya karşı dava açılması suretiyle sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi amacıyla itirazların ileri sürülmesine ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre borçlu davayı açtığı sırada ileri sürebileceği tüm itirazları ileri sürmek zorundadır. Aksi takdirde söz konusu itirazların ayrı bir icraya karşı dava ile ileri sürülmesi mümkün değildir.

İcraya karşı davanın kabulü halinde, dava dilekçesindeki talebe uygun olarak icra edilebilir belgenin tamamen, kısmen veya belirli bir süre için icra edilemez olduğuna karar verilir. İcraya karşı davanın kabulüne ilişkin karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bununla birlikte ilamda yer alan alacağa yönelik yapılan tespitler veya icraya karşı dava ile ileri sürülen itirazlar, kesin hükmün kapsamında değildir.

¹²⁶ Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesine göre “maddede sadece teminatın asgari haddi hakkında bir kayıt konulmuştur. Bunun dışında teminatın nev’i, kimlerin teminattan muaf oldukları gibi hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun teminat hakkındaki genel hükümleri uygulanacaktır.”

¹²⁷ İstanbul BAM, 13. HD., 25.11.2021, E.2021/2096, K.2021/1684. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). OKUR, Mustafa, Adli Teminat, Yetkin, Ankara 2011, s.402.

¹²⁸ Sakarya BAM, 7. HD., 18.11.2021, E.2021/1578, K.2021/1957; Ankara BAM, 22. HD., 3.7.2017, E.2017/1105, K.2017/929; Ankara BAM, 21. HD., 28.4.2021, E.2021/670, K.2021/648; İstanbul BAM, 12. HD., 20.4.2020, E.2020/377, K.2020/438. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022)

¹²⁹ Kanaatimizce İİK m.72 kapsamında verilen tedbirler hakkında HMK m.396 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Esasen İİK m.72’de bu yönde bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte bu yönde bir uygulamayı engelleyecek bir düzenleme de mevcut değildir.

İcraya karşı dava açıldıktan sonra davaya konu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatılması veya başlatılan takibe devam edilmesi mümkündür. Bununla birlikte davaya bakan mahkemece talep üzerine takibe yönelik ZPO §769'de sayılan tedbir kararları verilmesi mümkündür. Buna göre davaya bakan mahkeme veya acil durumlarda icra mahkemesi tarafından teminatlı veya teminatsız olarak icra takibinin durdurulmasına, icra takibinin devamını için alacaklının teminat yatırmasına veya belirli bir icra takip işleminin durdurulmasına yönelik tedbir kararı verebilir. Ayrıca maddede sayılan tedbir türleri sınırlı sayıda değildir. Davaya bakan mahkeme, takipte tarafların menfaatlerine uygun olan başkaca tedbirlere de karar verebilir.

Alman hukukunda icraya karşı davanın genel olarak Türk icra hukukundaki menfi tespit davası (İİK m.72) ile benzer bir işlevi yerine getirdiği söylenebilir. Zira her iki dava da alacağın esasına ilişkin maddi hukuka dayalı itirazların ileri sürülmesi suretiyle açılmaktadır. Ayrıca her iki davada da icra takibine yönelik tedbir kararı verilebilmekte ve davalarda verilen kararlar ile icra takibi durdurulabilmekte veya iptal edilebilmektedir. Ancak icraya karşı dava ile menfi tespit davasında verilecek tedbir kararlarının içerikleri farklılık gösterebilmektedir. Türk hukukunda menfi tespit davasının açılma zamanına göre sadece teminat karşılığında takibin durdurulmasına veya icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesine karar verilebilmektedir (İİK m.72/II-III). Buna karşılık icraya karşı davada hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilerek, taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun tedbir kararı verebilme imkânı tanınmıştır. Bu benzerliklere rağmen her iki davanın konusu ve nihai amacı farklıdır. İcraya karşı davanın nihai amacı, belgenin icra edilemez olduğuna ilişkin bir karar almak iken menfi tespit davasının nihai amacı, borcun bulunmadığını tespit etmektir. Menfi tespit davasında takibe yönelik tedbir kararı alınabilmesi veya dava sonucunda takibin iptalinin sağlanabilmesi, bu davanın esas amacı değil, davanın açılmasının ve karara bağlanmasının icra takibi üzerindeki sonuçlarıdır.

KAYNAKÇA

- BAUER, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2022.
BLOMEYER, Arwed: Zivilprozessrecht–Vollstreckungsverfahren, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1975.
JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian/KERN, Christoph Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
KINDL, Johann/MELLER-HANNICH, Caroline/SCHNEIDERS, Uwe: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Auflage Nomos, Baden-Baden 2021.
KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, Ankara 2013.
LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht II, 11. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang/LACKMANN, Rolf: Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022.
OKUR, Mustafa, Adli Teminat, Yetkin, Ankara 2011.
RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2020 (MüKoZPO/SCHMIDT, Karsten/BRINKMANN, Moritz, ZPO § 767).
ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhem/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrech, C.H. BECK, München 2010.
SAENGER, INGO: Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden 202. (HK-ZPO/KINDL, Johann, ZPO § 767)
SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/KESSEN, Martin/THOLE, Christoph/RAEBEL, Bernd: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2020.
STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/MÜNZBERG, Wolfgang: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
STOLL, Florian: Implikationen des Formalisierungsprinzips in der Zwangsvollstreckung, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2015.
THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 42. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
TÜRK, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin, Ankara 2006.
VORWERK, Volkert/WOLF, Christian: BeckOK ZPO, 47. Edition, C.H. BECK, München 2022.
PRÜTTING, Hans/GEHRLEIN, Markus/SCHUECH, Silke, ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022.
WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./SPOHNHEIMER, Frank: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, Band 9, De Gruyter Berlin-Boston 2016.
ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt: ZÖLLER Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2022.
<https://www.juracademy.de/zivilprozessordnung/voraussetzungen-zwangsvollstreckung.html>. (Erişim: 10.12.2022)

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ferhat BÜYÜKAY, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ferhat BÜYÜKAY who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.
Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.
Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHF'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHF'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHF'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.