

**BİR YARGITAY KARARI IŞIĞINDA
İCRA VE İFLÂS KANUNU MADDE 170'DE DÜZENLENEN
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI HAKKINDA
BAZI DÜŞÜNCELER**

*Prof. Dr. İbrahim ERCAN**

**A. DAVA KONUSU OLAYIN ÖZETİ VE İLK DERECE
MAHKEMESİ KARARI**

Ö. R. End. Ürünleri A.Ş. ile S. R. Gıda Ltd. Şti ve Y. Y. ve İth. Mad. Ltd. Şti.'nin sahipleri olan İ. A. ve M. A. A. Davacı borçlu Ş. Ş. ile anlaşarak Ş. Ş. R. Ltd. Şti. isimli yeni bir şirket kurmuşlardır. Şirketin kurulmasından sonra zikredilen dört şirket davalı alacaklı A. Bankası AŞ.'den ayrı ayrı kredi almışlardır. Çekilen krediye diğer şirketler ile firma ortakları kefil olmuşlardır. Davacı borçlu şirket Ş. Ş. R. Ltd. Şti. davalı bankadan 245.000-TL civarında kredi kullanmış, pos cihazı almış çek karnesi almıştır. Davacı borçlu çektiği kredilerin ilk taksitlerini ödeyerek, toplamda 164.093,10 TL tutarında bir ödeme gerçekleştirmiştir. Bankadan çekilen kredinin tamamının ödenmemesi üzerine banka, hesapları kat ettikten sonra icra takiplerine başlamıştır. Davacı borçlu bütün senetlerdeki imzalarını inkâr ederek 4 defa icra mahkemesine imza itirazında bulunmuş; icra mahkemesi daha sonra bu dosyaları birleştirerek tek dosya haline getirmiştir.

Davacılar vekili itiraz dilekçesinde, davacılar aleyhine icra takibi yapıldığını, takip konusu bonoda yer alan Ş.Ş. Tic. ve San. Ltd. Şti. kaşesi üzerindeki imza ile Ş.Ş. isminin altında yer alan imzanın müvekkillerine ait olmadığını belirterek takibin iptaline, bonoyu alan alacaklı bankanın bonoda

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lehtar olduğunu, bonodaki imzanın keşideci borçluya ait olup olmadığını bilebilecek durumda olduğundan alacaklının borçlulara karşı başlattığı takipte ağır kusurlu olduğunu, bu nedenle takibin iptali birlikte alacaklının %40'tan aşağı olmamak üzere icra tazminatı ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili yargılama sırasında mahkemeye sunduğu dilekçelerinde; taraflar arasında kredi sözleşmesi imzalandığını, bu kredi nedeniyle takibe konu senetlerin borçlu şirketten alındığını, bono üzerindeki imzalar ile bankada bulunan şirket dosyasındaki imzaların benzeştiğini, bu nedenle müvekkili bankanın kötü niyetli veya ağır kusurlu olmadığını, davacıların ortaklarının müvekkili banka ile yaklaşık 7,8 yıldır ticari ilişkilerinin devam ettiğini, itirazın kötü niyetli olduğunu, bonolar üzerindeki imzanın bizzat borçlu şirket yetkilisinin eli ürünü olduğunu, davacının bilerek ve kasten senetler üzerine farklı imzalar attığını ve borçtan kurtulmaya çalıştığını, kendilerinin de özel bilirkişi incelemesi yaptırdıklarını ve bonolardaki imzanın borçluya ait olduğunun tespit edildiğini, adli tıp kurumu raporunu kabul etmediklerini belirterek davanın reddine ve müvekkili aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalara bakan Mahkeme imza inkârı üzerine imza incelemesi için dosyayı Adli Tıp Kurumuna göndermiştir. Bu arada davalı alacaklı banka da imza incelenmesine esas olmak üzere alacaklısı olduğu ve borçlu tarafından imzalanan 17 adet çeki de dosyaya ibraz etmiştir. Adli Tıp Kurumu yaptığı inceleme sonucunda imzaları inkâr edilen 4 adet senetteki imzaların borçlunun el ürünü olmadığına, buna mukabil çeklerdeki imzanın borçlunun el ürünü olduğuna karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi yaptığı yargılama neticesinde, davacıların imzaya itirazlarının kabulüne ve senedi takibe koymada ağır kusuru bulunan alacaklı banka aleyhine davanın açıldığı tarih dikkate alınarak takiplerdeki asıl alacak miktarlarının % 20'si oranında kötü niyet tazminatına; ayrıca davalı bankanın asıl alacak miktarının %10'u oranında para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme alacaklıyı kötü niyet tazminatına mahkûm etmesinin gerekçesi olarak, alacaklının bonoların lehdarı olması ve bonoları aldığı sırada imzaların düzenleyene ait olup olmadığını kontrol etmemesini göstermiştir.

B. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİNİN 19.03.2013 TARİH VE 2013/11794 ESAS VE 2013/22165 KARAR SAYILI İÇTİHADİ

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yukarıda özeti verilen ilk derece mahkemesi kararını ayrıntılı bir gerekçe ortaya koymadan, kararı ve kararda yazılı olan gerekçeyi “usul ve kanuna uygun” bularak onamıştır. Böylece ilk derece mahkemesinin alacaklının kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesinin gerekçesi olarak gösterdiği alacaklının bonoların lehdarı olması ve imzaların keşideciye ait olup olmadığını kontrol etmemesinin ağır kusur olarak değerlendirileceği hususunu kabul etmiştir.

C. YARGITAY KARARINA KONU OLAN HUKUKİ MESELE

İİK m. 179, V'e göre, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlunun imzaya itiraz etmesi durumunda, icra mahkemesi itirazın kabulüne karar vermesi halinde senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklıyı senede dayanan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Bu çalışmada ilgili hükümde geçen, kötü niyet ve özellikle ağır kusurdan neyin anlaşılması gerektiği Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak inceleme konusu yapılacaktır. Esasen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yukarıda verilen kararında olduğu gibi, bir çok kararında, lehdar tarafından yapılan icra takiplerinde bonoların keşideciye ait olmaması durumunda, alacaklının ağır kusurlu sayılacağı konusunda bir karine varmış gibi hareket etmekte, başka bir incelemeye gerek duymadan alacaklıyı tazminata mahkûm etmektedir¹. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu, başka bir davada ilk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine, 12. Hukuk Dairesinin bu uygulamasının aksine, sadece lehdarın keşideciye karşı icra takibi yapması ve alacaklının kontrol görevini yapıp yapmamasına bakılması, taraflar arasında bir hukuki ilişkin bulunup bulunmadığı ve bu suretle borçlunun alacaklı nezdinde bir güven duygusu oluşturup oluştur-

¹ Bu konuda örnek olarak bkz., 12. HD., 21.06.2012 T., 2012/4766 E., 2012/21906 E. (Corpus-Arşiv); 12. HD., 06.12.2011 T., 2011/7923 E., 2011/26985 E. (Corpus-Arşiv); 22.09.2011 T., 2011/1052 E., 2011/16535 K. (Corpus-Arşiv); 31.05.2010 T., 2010/30204 E., 2010/11250 K. (Corpus-Arşiv); 12. HD 11.05.2007 tarih 6863/9739 E.K. sayılı içtihadı (Kazancı bilgi bankası); benzer yöndeki başka kararlar için bkz., Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, El Kitabı, C.II, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 2417.

madığına bakılması gerektiğine karar vermiştir². Bu nedenle bu çalışmada, esas itibarıyla Yargıtay'ın bu (farklı) uygulaması tartışma konusu edilecektir.

D. İCRA VE İFLÂS KANUNUNDA DÜZENLENEN İCRA TAZMİNATI HAKKINDA GENEL BİLGİ

İcra tazminatı³, mehzaz İsviçre İcra ve İflas Kanununda düzenlenmemiştir⁴. İcra tazminatı ilk olarak, 15 Mart 1928 tarih ve 1215 sayılı “İcra Kanuna Bazı Mevad İlavetine Müteallik Kanun” ile getirilmiştir. Söz konusu Kanunda, borçlunun icra takibine haksız itirazlarını ceza tehdidi ile önlemek için, haksız yere itiraz eden ve itirazı mahkeme tarafından iptal edilen borçlunun, % 10'dan aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum edileceği kabul edilmiştir⁵. Belirtilen tazminat hükmüne 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda da yer verilmiştir. Başlangıçta sadece alacaklı lehine öngörülen icra tazminatı, 538 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanununda yapılan değişiklik çerçevesinde bazı şartların oluşması şartıyla borçlu lehine de düzenlenmiştir⁶.

Borçlu aleyhine hükmedilen icra tazminatının (icra inkar tazminatının) temel amacı, borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olan borçluların ödeme emrine itirazlarını engelleyerek ilamsız icranın etkinliğini sağlamak, alacaklı aleyhine hükmedilen icra tazminatının (kötü niyet tazminatı) amacı ise, ilamsız icranın kötüye kullanılmasını engellemek ve devletin mahkemeleri ile icra dairelerinin haksız takiplerle meşgul edilmelerini önlemektir⁷.

² HGK., 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 E., 2012/142 K.(Kazancı İçtihat Bankası).

³ Kavram için bkz., **Yılmaz**, Ejder, İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 680-681.

⁴ **Kuru**, Baki, İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 727; **Yılmaz** s. 683. İcra tazminatının Roma hukukunda da uygulandığı ile ilgili olarak bkz., **Postacıoğlu**, İlhan E., İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı ihtilaflı Noktalar, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 471.

⁵ **Kuru**, s. 727; **Postacıoğlu**, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 11; **Kiraz**, Taylan Özgür, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz ve İtirazın Kesin Kaldırılması, Ankara 1997, s. 41; **Postacıoğlu**-Tazminat, s. 473.

⁶ **Postacıoğlu**, Tazminat, s. 476; **Üstündağ**, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 107.

⁷ **Pekantez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 208; **Deyneki**, Adnan/Kısa, Sedat/

İcra tazminatı, borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, şartları ve hükümleri İcra ve İflâs Kanununda düzenlenmiş olan, cebri icrayı daha etkin kılmak ve cebri icranın kötüye kullanılmasına engel olmak amacı taşıyan bir icra hukuku müessesedir⁸.

Alacaklı aleyhine hükmedilen icra tazminatı (kötü niyet tazminatı), İcra ve İflâs Kanununun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Kötü niyet tazminatının şartları, bu hükümlerin hepsinde aynı şekilde düzenlenmemiştir. Gerçekten İcra ve İflâs Kanunu m. 67, II'de düzenlenen kötü niyet tazminatında, alacaklının tazminata mahkum edilmesi için, onun takibinde haksız ve kötü niyetli olması şartı aranmıştır. İİK m. 68, VII'de ise alacaklının tazminata mahkum edilmesi için haksız ve/veya kötü niyetli olması şartı aranmamış; itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle reddi yeterli görülmüştür. Keza İİK m. 68a VIII'de düzenlenen itirazın geçici kaldırılması talebinin reddi için de alacaklının haksız ve/veya kötü niyetli olması şartı aranmamıştır. İİK m. 69, V'te düzenlenen borçtan kurtulmasını kaybeden alacaklının tazminata mahkum edilmesi için onun haksız olması, yani davayı kaybetmesi yeterli görülmüştür.

Buna karşılık kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlunun borca veya imzaya itirazı üzerine icra mahkemesinin itirazın kabulüne karar vermesi halinde, alacaklının kötü niyet tazminatına mahkum edilmesi için, alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu olması şartı aranmıştır (İİK m. 169, VI ve İİK m. 170, V). Bu nedenle, hükümde öngörülen kötü niyet ve özellikle ağır kusurdan neyin anlaşılması gerektiği hususunun ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu çalışmada esas itibarıyla İİK m. 170, V'e göre borçlunun imzaya itirazının kabulü halinde hükmedilen kötü niyet tazminatı üzerinde durulacaktır.

İtirazın İptali Davları, İcra İnkâr ve Kötü niyet Tazminatı, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 216; **Karlı**, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, s. 244; **Yılmaz**, Halil, İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı, ABD., 2003/3, s. 19; **Yılmaz**, s. 684. Ayrıca inkar tazmi-natının temelinde dürüstlük kuralına aykırılık yatmaktadır (**Yıldırım**, M. Kâmil/**Yıldırım-Deren**, Nevhis, İcra Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2009, S. 106).

⁸ **Kuru**, s. 728; **Yılmaz**, s. 684; **Deyneklî/Kısa**, s. 217; **Yılmaz**, Halil, s. 21; **Üstündağ**, s. 110.

E. İCRA İFLÂS KANUNU MADDE 170, V HÜKMÜNDE ÖNGÖRÜLEN KÖTÜ NİYET VE AĞIR KUSUR HAKKINDA GENEL BİLGİ

I. Genel Olarak

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte imaya itiraz ve itirazın incelenmesi İcra ve İflas Kanununun 170 inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde icra mahkemesinin imza incelemesinde izleyeceği usul konusunda İcra ve İflâs Kanununun 68a, IV hükmüne atıf yapılmaktadır. İcra mahkemesi bu hükümler çerçevesinde yapacağı inceleme sonucunda, imza inkârının kabul veya reddine karar verebilecektir. İcra ve İflâs Kanununun 170 inci maddesinin diğer fıkralarında icra mahkemesinin vereceği karar ve bu kararın sonuçları hüküm altına almıştır.

İcra ve İflâs Kanununun 170 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre icra mahkemesi, itirazın kabulüne karar vermesi halinde, kambiyo senedini takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, alacaklıyı takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder.

Görüldüğü üzere icra mahkemesinin imzayı kabul etmesi halinde alacaklının tazminata ve para cezasına mahkûm edilmesi, onun senedi takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olması şartına bağlanmıştır.

İmzaya itirazın kabulü halinde alacaklının tazminata mahkûm edilmesi hükmü, İİK m. 170'e 01.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanununun 47 nci maddesiyle eklenmiştir⁹. Söz konusu değişiklikten önce, senedi takibe

⁹ Öte yandan 4949 sayılı Kanunla m. 170, IV c. 1 hükmüne alacaklı aleyhine tazminat ilave edildiği halde, değişiklik yapılmayan m. 170 IV c. 2 hükmüne alacaklı aleyhine "tazminat" kelimesi eklenmemiştir. Bundan dolayı, madde lafzına göre, imzaya itirazı reddedilen alacaklı genel mahkemelerde dava açarsa, sadece para cezasının tahsili dava sonuna kadar ertelenebilecektir. Buna karşılık *Kuru*, para cezasının yanında tazminatın ödenmesinin de ertelenebileceği hususunun maddede yer almamasının bir unutmadan kaynaklandığı, bu nedenle tıpkı İİK m. 170 IV'de olduğu gibi, alacaklının genel mahkemelerde dava açması halinde tazminat ödemesinin de dava sonuna kadar ertelenmesi gerektiğini belirtmektedir (**Kuru**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 680 dp. 69a). *Üstündağ* da bu hususa işaret etmekte, ancak bu sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda herhangi bir görüş serdetmemektedir (**Üstündağ**, s. 391). Bunun dışında öğretilerde bazı yazarlar gerekçe göstermeden tazminatın da ödenmesinin

koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olan alacaklının sadece takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edilmesi öngörülüyü. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, her ne kadar taraflar arasında efitliğin sağlanması düşünceyle böyle bir düzenlemenin yapıldığı belirtilmiş ise de¹⁰, 6352 sayılı Kanun değişikliğine kadar, alacaklı aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı yüzde yirmiden aşığı olmayacağı şeklinde iken, borçlu aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı yüzde kırktan aşığı olmaması yönünde idi¹¹. Fıkırada yer alan “yüzde kırkıdan” ibaresi, 6352 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle¹² “yüzde yirmisinden” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece tazminat oranları açısından efitlik sağlanmıştır.

Ne var ki yukarıda zikredilen kanun değişikliklerin gerekçesinde alacaklının hangi durumda kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılacağı konusunda bir açıklama bulunmamaktadır.

II. Alacaklının Kötü Niyetli Bulunması

Öğretide alacaklının kötü niyetli sayılması için, alacaklı olmadığını bilmesine veya bilmek durumunda olmasına rağmen borçluya karşı icra takibi yapmış olması gerektiği belirtilmektedir¹³. Buna göre borçlunun senetdeki borcun bir kısmını takipten önce ödemesine rağmen, senetdeki borcun tamamı için icra takibi yapan alacaklı kötü niyetli sayılmalıdır¹⁴.

dava sonuna kadar erteleneceğini belirtirken (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 429; **Karşı**, s. 388), bazı yazarlar da bu durumda Kanundaki ifadeye uygun olarak sadece para cezasının erteleneceğini belirtmektedirler (**Muşul**, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 498; **Ulukapı**, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s. 116; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 28. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara 2014, s. 364).

¹⁰ Söz konusu değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: “-Ayrıca, 170 inci maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, üçüncü fıkrada yapılan değişikliğe paralel olarak ve taraflar arasında efitliğin sağlanması amacıyla, maddede belirtilen hallerde alacaklı hakkında tazminat ve para cezasına hükmedilmesi düzenlenmiştir”.

¹¹ Alacaklı ve borçlu bakımından oranların farklı olmasının eleştirisi için bkz., **Yıldırım/Yıldırım-Deren**, s. 274.

¹² 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı R.G.

¹³ **Postacıoğlu**, s. 67; **Yılmaz**, s. 748; **Deyneki/Kısa** s. 230; **Kuru**, s. 763; **Karşı**, s. 243; **Üstündağ**, s. 110, **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 102.

¹⁴ **Muşul**, s. 492.

Yargıtay'a göre, borçlu lehine kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için, alacaklının takibinin haksız olması yeterli değildir. Bunun yanında alacaklının takibe geçmede kötü niyetli olduğunun da saptanması gerekir. Alacaklının kötü niyetli sayılabilmesi için haksız olduğunu bildiği halde veya bilmesi gerektiği halde icra takibine girişmiş olması gerekir¹⁵.

Ayrıca Yargıtay imza inkârının kabul edilmesiyle birlikte otomatik olarak davalı alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılmayacağına karar vermiştir. Başka bir ifade ile imza inkârının kabul edilmesi tek başına davalı alacaklının kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir.

Gerçekten Yargıtay 12. HD., 17.10.2003 Tarih ve 16002/20271 E.S. Kararı ile, 13.10.2003 Tarih, 16128/19895 E.S. kararlarına göre; *senedi takibe koymada kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadıkça, imza itirazının kabulü karar ile birlikte alacaklı aleyhine tazminata karar verilemez*¹⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 Esas, 2012/142 Karar sayılı içtihadında¹⁷ “-Maddede bahsi geçen davalı/alacaklının kötü niyeti veya ağır kusuru da dosyadaki tüm delillerle hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır.” İfadesi ile bu konudaki düşüncesini ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda da kötü niyet ve ağır kusuru ispat yükü, davacı borçluya yükletilmiştir.

Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yukarıda zikredilen kararında borçlunun kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılıp sayılmayacağı konusunda ölçü olarak, taraflar arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı hususunu da dikkate almaktadır. Söz konusu kararda Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasında hukuki ilişkinin varlığı, davacı borçluya çok sayıda çekin birlikte verilmesi ve davacı borçlunun bunların bir kısmını ödemesi karşısında artık onun kötü niyet veya ağır kusurundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

¹⁵ 11 HD., 01.11.2014 T. 2004/1456 E., 2014/10665 K. (Corpus-Arşiv); 11 HD., 01.11.2014 T. 2004/1456 E., 2014/10665 K. (Corpus-Arşiv).

¹⁶ Kararlar için bkz., **Uyar**, s. 2416 ve s. 2418.

¹⁷ Karar için bkz., Kazancı İctihat Bankası.

Keza Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında, alacaklının hangi durumda kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılacağına ilişkin olarak İİK m. 169a/, VI bağlamında (borca itirazın kabulü durumunda) değerlendirme yapmaktadır. Yüksek Mahkeme bu içtihadında davalı alacaklı ile davacı borçlu arasında senedin dayanağı olan bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmaması ve bu hukuki ilişki çerçevesinde davalı alacaklının edimini yerine getirip getirmemesine göre karar vermektedir. Hukuk Genel Kuruluna göre, taraflar arasında hukuki ilişkinin bulunması ve bu hukuki ilişki çerçevesinde davalı alacaklının malı da teslim etmiş olması karşısında artık onun ağır kusurlu olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırı olacağı gibi kötü niyetli olduğunu kabule de imkân yoktur¹⁸.

III. Alacaklının Ağır Kusurlu Bulunması

Öğretide İİK m. 170 çerçevesinde alacaklının hangi durumda ağır kusurlu sayılacağı konusu üzerinde fazla durulmamıştır. *Yılmaz'a* göre basiretli bir tacirin gözetmesi gereken dikkati göstermemiş olan alacaklı ağır kusurlu sayılmalıdır¹⁹.

Uygulamada ise alacaklının hangi durumda ağır kusurlu sayılması gerektiği konusunda çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, takip yapan alacaklının kambiyo senedinin lehdarı olması ve keşideci borçluya karşı icra takibi yapması durumunda, takip yapan alacaklının senetteki imzanın keşideci borçluya ait olup olmadığını bilebilecek durumda olduğuna ilişkin âdete bir karine kabul etmektedir²⁰. 12. Hukuk Dairesinin zikredilen kararlarına göre, senetteki imzaların borçlunun el

¹⁸ HGK 16.07.2008 T. 2008/12-502 E. 2008/506 K (Kazancı içtihat bankası).

¹⁹ **Yılmaz**, s. 748.

²⁰ Bu konuda örnek olarak bkz., 12. HD., 21.06.2012 T., 2012/4766 E., 2012/21906 E. (Corpus-Arşiv); 12. HD., 06.12.2011 T., 2011/7923 E., 2011/26985 E.(Corpus-Arşiv); 22.09.2011 T.i 2011/1052 E., 2011/16535 K. (Corpus-Arşiv); 31.05.2010 T., 2010/30204 E., 2010/11250 K. (Corpus-Arşiv); 12. HD 11.05.2007 tarih 6863/9739 E.K. sayılı içtihadı (Kazancı bilgi bankası); benzer yöndeki başka kararlar için bkz., **Uyar**, s. 2417. Daire, takibin lehdar değil de “2. Ciranta” tarafından yapılması durumunda, lehdar olmayan takip alacaklısının imzanın sıhhatini bilebilecek durumda olmadığından kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılamayacağına hükmetmektedir (Bkz., mesela, 12. HD., 01.05.2007 T. 2007/6432 E. 2007/8718 K. -Corpus-Arşiv).

ürünü olduğunu kontrol etmeden veya imzaların huzurunda atılmasını sağlamadan senedi alan alacaklı, imzaya itirazı kabul edilen keşideciye karşı başlattığı takipte ağır kusurlu kabul edilmelidir. Söz konusu kararlarda senedi icraya koyan lehtara ise, imzaları kontrol veya imzaların huzurunda atılması gibi bir yükümlülük yüklenmektedir. Şu halde burada temel mesele, senetlerin icraya konulmadan önce veya senetler alınırken imzalarının kontrol edilmesidir. Ancak buradaki kontrol yükümlülüğün ölçüsü ne olacaktır? Aşağıda değerlendirme kısmında bu konudaki görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

Bununla birlikte *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu* yukarıda kötü niyet başlığı altında değindiğim 14.03.2012 Tarih ve 2012/12-62 Esas, 2012/142 Karar sayılı içtihadında²¹, keşideciye karşı icra takibi yapan kişinin lehtar olmasının tek başına onun senetteki imzanın borçluya ait olmadığını bilebilecek durumda olması, dolayısıyla ağır kusurlu sayılması için yeterli olmadığına karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu, davacı borçlu yararına tazminat ve para cezasına hükmedilebilmesi için, davanın kabulü yanında, davalı alacaklının, senedi takibe koymakta kötü niyetli veya ağır kusurlu da olması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Bunun yanında Hukuk Genel Kurulu aynı kararında borçlunun kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılıp sayılmayacağı konusunda ölçü olarak taraflar arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına da bakmaktadır. Söz konusu kararda Hukuk Genel Kurulu, taraflar arasında hukuki ilişkinin varlığı, davacı borçluya çok sayıda çekin birlikte verilmesi ve davacı borçlunun bunların bir kısmını ödemesi karşısında davacı borçlunun davalı alacaklıda *güven duygusu oluşturduğu*, bu nedenle artık onun ağır kusurundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Şu halde alacaklı ile borçlu arasında bir hukuki ilişki ile ortaya çıkan güven duygusu içerisinde alacaklı borçludan senet alırken imza kontrolü yapmasa bile, imzanın borçluya ait olmaması durumunda ağır kusurlu sayılmayacak ve tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

Görüldüğü üzere *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, kötü niyet ve ağır kusurun varlığı için alacaklının takibinde haksız çıkmasını yeterli görme-

²¹ Karar için bkz., Kazancı İçtihat Bankası.

mekte, buna ek olarak alacaklının kötü niyetli olduğunun ayrıca tespit edilmesini, bu tespit yapılırken de taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığının da ölçü olarak alınabileceğini ve bu konuda ispat yükünün alacaklıda olduğunu açıkça ortaya koyarken; 12. Hukuk Dairesi takibin lehdar tarafından yapılması halinde, sadece bu sebeple lehdarın imzanın keşideciye ait olduğunu bilebilecek durumda olduğunu, imzanın borçlunun el ürünü olup olmadığını ya da imzaların huzurunda atılmasını sağlaması gerektiğini, bunların yapılmaması halinde ise diğer hususlara (mesela tarafların arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına) bakmadan alacaklının ağır kusurlu olacağını adeta bir karine olarak kabul etmektedir.

F. SOMUT OLAY AÇISINDAN KÖTÜ NİYET VE AĞIR KUSURUN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Kötü Niyet Açısından

İİK m. 170, V bağlamında kötü niyetten söz edebilmek için, alacaklının baştan itibaren alacaklı olmadığı halde ve senetlerdeki imzanın borçluya ait olmadığını bilerek senetleri takibe koymuş olması gerekir. Bu nedenle alacaklının kötü niyetli olup olmadığı hususun tespitinde uygulamada fazla bir zorlukla karşılaşılmamaktadır. Değerlendirilmesi yapılan Yargıtay kararında da alacaklının kötü niyetinden söz edilmemektedir.

II. Ağır Kusur Açısından

Gerek değerlendirmesi yapılan Yargıtay kararı açısından, gerekse uygulamada tespiti zor olan husus, alacaklının imzaları borçluya ait olmadığı sonradan tespit edilen senetleri icra takibine koymada ağır kusurlu olup olmadığı meselesidir.

Bu konu Yargıtay içtihatlarında nispeten kapsamlı olarak değerlendirilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi alacaklının ağır kusurlu olup olmadığı konusunda, takibin lehdar tarafından keşideciye karşı başlatılıp başlatılmadığına, alacaklının senetleri alırken imza kontrolü yapıp yapmadığına ve imzaların huzurda alınıp alınmadığına bakılması gerektiği görüşündedir.

Alacaklının senetleri alırken imzaların borçluya ait olup olmadığı yönündeki kontrol yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi konusunda, kanaatimce senetlerdeki imzanın borçlunun gerçek imzaları ile ne kadar benzeştiğine bakmak gerekir. Buna göre senetlerdeki imza ile borçlunun gerçek imzaları arasında ilk bakışta bile kolayca fark edilebilecek ölçüde bir fark söz konusu ise ve buna rağmen alacaklı bunu gözden kaçırmışsa, bu durumda alacaklının ağır kusurlu olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, eğer her iki imza arasında bu şekilde bir fark söz konusu değilse, tam tersine imzalar önemli ölçüde benzeşiyor ise, bu durumda belirtilen farkı görmemiş olmasından dolayı alacaklıyı ağır kusurlu saymak uygun olmayacaktır. Aksi takdirde ticari hayatta senet alan her alacaklının yanlarında uzman bulundurmaları gerekecek ki, bunun pratik olarak mümkün olmadığı ve kanun koyucunun da amacı olmadığı açıktır.

Somut olayda gidilen ilk uzmanın imzaların borçluya ait olduğuna karar vermesine karşılık Adli Tıp Kurumunun aksi yönde görüş ortaya koyması, itiraza uğrayan imzaların borçluya ait olmadığına tespitinin zor olduğunu, şayet imzalar farklı olsa bile, ancak uzmanların tespit edebilecekleri bir farkın mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle bu kadar zor fark edilecek bir hususun alacaklıdan beklenmemesi gerekir.

Bunun yanında alacaklının ağır kusurlu olup olmadığına tespitinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da isabetli olarak belirttiği gibi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığına ve bu hukuki ilişki çerçevesinde borçlunun alacaklı nezdinde bir güven oluşturup oluşturmadığına da bakılması gerekir.

Yukarıda da tespit edildiği üzere karara konu olan somut olayda davalı alacaklı banka ile davacı borçlu arasında bir hukuki ilişki olduğu açıktır. Davacı borçlu, bankadan kredi kullanmış, çek almış, bu çekleri keşide etmiş, borcunun bir kısmını ödemiştir. Hatta davacı borçlunun davalı bankanın elinde, davalı bankanın alacaklısı olduğu takibe konu edilen ve imzası inkâr edilmemiş 17 adet daha çeki bulunmaktadır. Banka bu çeklerle ilgili olarak Adli Tıp Kurumundan imza incelemesi istemiş, yapılan inceleme sonucunda çeklerdeki imzaların borçluya ait olduğu tespit edilmiştir. Elinde 17 adet çek ve 4 adet bono bulunan bir alacaklıyı, bütün çeklerdeki imzalar borçluya ait olmasına rağmen, 4 adet bonodaki imzaların alacaklıya ait çıkmamasından

dolayı, bu senetleri takibe koymada ağır kusurlu saymak kanaatimce kanun koyucunun amacına ve Yargıtay'ın deyimiyile hakkaniyete uygun olmayacaktır.

G. SONUÇ

Sonuç olarak Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin lehdarın keşideciye karşı icra takibi yapması durumunda, senetteki imzanın borçluya ait olmadığını bilebilecek durumda olduğuna ve salt buna dayanarak alacaklının imzanın borçlunun el ürünü olup olmadığını kontrol etmediğinden ağır kusurlu sayılmasına ilişkin görüşünün yerinde olmadığı bunun yanında Hukuk Genel Kurulu'nun taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına ve bu hukuki ilişkiden dolayı borçlunun alacaklı nezdinde bir güven oluşturup oluşturmadığına bakılması gerektiği şeklindeki içtihadının daha doğru olduğu kanaatindeyim.

Bu kapsamda somut olay açısından, imzaları inkâr edilen senetlerle davacı borçlunun diğer imzaları arasındaki farkın ancak bir uzman tarafından fark edilecek kadar az olması (hatta uzman kişilerin bile bu konuda farklı değerlendirme yapmış olmaları) ve davacı borçlu ile davalı alacaklı banka arasında ticari ilişki bulunması, davacı borçlunun bankadan kredi kullanması, çek karnesi alması ve bunları keşide etmesi, almış olduğu kredinin önemli bir kısmını ödemesi, banka nezdinde imzaları borçluya ait olduğu Adli Tıp Kurumu tarafından tespit edilen 17 adet daha çekin bulunması ve diğer yapılan tespitler karşısında, alacaklı bankanın senetleri takibe koymada İİK m. 170, V bağlamında kötü niyetli veya ağır kusurlu sayılamayacağı, bu nedenle çalışmaya esas olan Yargıtay kararının yerinde olmadığı kanaatindeyim.