

İCRA HUKUKUNDA BORÇTAN KURTULMA DAVASI (İİK. m. 69/II, III, IV, V)

Av. Talih UYAR*

Borçtan kurtulma davası, icra mahkemesince, itirazı (imza inkarı) geçici olarak kaldırılan borçlunun, aleyhinde yapılmış olan icra takibini durdurmak (daha doğrusu, icra dairesine yaptığı “imza itirazı” ile durmuş olan takibin, icra mahkemesinin aleyhine verdiği karara rağmen, durmaya devam etmesini sağlamak) için, genel mahkemede açtığı bir davadır (İİK. m. 69).¹

I. İcra mahkemesinin vermiş olduğu “itirazın geçici olarak kaldırılması kararı” maddi anlamda kesin hüküm (HUMK m. 237) teşkil etmediğinden, bu karar, borçlunun genel mahkemede maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı için dava açmasına engel olmaz.

Borçtan kurtulma davası, hukuki niteliği bakımından bir olumsuz tesbit (İİK. m. 72) davasıdır.^{2, 3}

Bu davanın nerede, ne zaman ve nasıl açılabileceği İcra ve İflas Kanunu’nda (m. 69/II-V) özel olarak ayrıca düzenlenmiş olduğundan, ancak bu

* İzmir Barosu üyesi.

¹ Madde 69: “İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur.

İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15’inin ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo ermesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur.

Borçlu yukarıda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir.

Davanın reddi hakkındaki kararı temyiz eden borçlu, ayrıca 36. madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet isteyebilir.

Borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, dava veya hükmolunan şeyin yüzde 40’ından aşağı olmamak üzere münasip bir tazminatla mahkum edilir.”

² Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 1, 1988, s. 422; Kuru, B., *Borçtan Kurtulma Davası* (Ad. D. 1962/2, s:131); Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 285; Üstündağ, S.,

maddede öngörülen koşullarda açılan “olumsuz tesbit davası”, teknik olarak “borçtan kurtulma davası” sayılır.

II. Borçlu tarafından açılan “olumsuz tesbit davası”nın borçtan kurtulma davası sayılabilmesi için, gerçekleşmesi gereken koşullar şunlardır:

A. Süre Koşulu

Bu dava, itirazın geçici olarak kaldırılması kararından itibaren yedigün içinde açılmalıdır. Bu sürenin başlangıcı; geçici kaldırma kararının borçluya (ya da vekiline) bildirildiği (“tefhim” ya da “tebliğ” edildiği) tarihtir.⁴ Yani, bu karar duruşmada borçlunun kendisine -ya da varsa vekiline- tefhim edilmişse, bu tarihten, eğer bu karar borçlu (ya da vekilinin) yokluğunda verilmişse borçluya (ya da vekiline) tebliğ edilmişse, bu tarihten itibaren yedi günlük süre işlemeye başlar.

“İtirazın geçici olarak kaldırılması” kararı temyiz edilmişse, yedi günlük dava açma süresi ne zaman başlayacaktır? Yani, bu durumda, icra mahkemesinin verdiği itirazın geçici olarak kaldırılması kararının kesinleştiği tarihten itibaren mi süre işlemeye başlayacaktır? Gerek doktrinde⁵ ve gerekse Yargıtay içtihatlarında,⁶ icra mahkemesinin itirazın geçici olarak kaldırılmasına ilişkin kararının temyiz edilmiş olmasının, dava açma süresine etkili olmayacağı ve borçlunun bu kararın kesinleşmesini beklemeden, icra mahkemesinin kararının kendisine (ya da vekiline) tefhim veya -yokluğunda verilen kararlarda- tebliğe dilmesinden itibaren yedi gün içinde “borçtan kurtulma davası”nı açması gerektiği belirtilmiştir.

İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı, temyiz edilir ve Yargıtay’ca bozulursa, açılan borçtan kurtulma davası durur⁷ ve bu bozma kararı çerçevesinde verilen “itirazın geçici olarak kaldırılması isteminin reddi”ne ilişkin icra mahkemesi kararının kesinleşmesi ile de dava konusuz kalır. Ancak, borçlu, açtığı “borçtan kurtulma davası”na “olumsuz tesbit davası” olarak devam edilmesini isteyebilir.⁸

İcra Hukuku Esasları, 2004, s. 126; Pekcanitez, H. - Atalay, O. - Özkan, M. S. - Özekes, M., *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 2004, s. 125; Kiraz, T. Ö., *Genel Haciz Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması*, s. 104.

³ Bkz., 11. HD. 21.4.1989 T. 2827/2412.

⁴ Bkz., 11. HD. 16.2.1988 T. 5799/872; Tic. D. 20.1.1959 T. 2648/182.

⁵ Kuru, B., *a.g.e.*, s. 428; Akyazan, S., *İcra ve İflas Kanunu’ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar*, 1965, s. 53.

⁶ Bkz., İİD. 10.4.1951 T. 1981/1997.

⁷ Bkz., TD. 20.1.1959 T. 2648/182.

⁸ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 428.

Davanın açılabilmesi için yasada öngörölmüş olan yedi günlük süre, hak düşürücü süredir.^{9, 10} Bu nedenle, davanın bu süre içinde açılmış olup olmadığı mahkemece doğrudan doğruya araştırılır.

“*Borçtan kurtulma davası*”nın, yedi günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı anlaşılırsa, mahkemenin açılan davayı bu nedenle red etmeyip, davanın aynı zamanda bir “*olumsuz tesbit davası*” niteliğini taşıdığını belirteip, “*olumsuz tesbit davası*” olarak (İİK. m. 72) davayı görmeye devam etmesi gerekir.¹¹ Çünkü, HUMK m. 76 gereğince, mahkemenin -dava dilekçesinin içeriğine ve davacının amacına göre- gerekli hukuki nitelendirmeyi kendisinin yapması gerekir.^{12, 13}

Buraya kadar, “*borçtan kurtulma davası*”nın -kısaca- icra mahkemesince verilen “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*”nın -borçlu ya da vekiline- “*tefhim*” veya “*tebliğ*” edilmesinden itibaren yedi gün içinde açılabileceğini belirttik.

Şu halde; icra mahkemesince verilen “*itirazın kesin olarak kaldırılması*” kararından sonra -yedi gün içinde- bu dava açılmaz.¹⁴ Çünkü, borçlu ancak icra dairesine “*imza itirazı*”nda bulunmuşsa, bu itirazın icra mahkemesince kaldırılması üzerine -ki bu kaldırma, “*itirazın geçici olarak kaldırılması*” kararı ile olmaktadır- borçlu “*borçtan kurtulma davası*” dediğimiz bu davayı açabilmekte, buna karşın, icra dairesine “*borca itiraz*”da bulunmuş olan borçluya bu imkan (hak) tanınmamıştır.

Eğer borçlu, uygulamada çok sık görüldüğü gibi, icra dairesine başvurarak hem “*imzaya*” hem de “*borca*” itiraz etmiş -Örneğin; hem “*takip dayanağı senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını*” belirtmiş hem de “*senedin vadesinin gelmediğini*”, “*borcun zamanaşımına uğradığını*” vb. ileri sürmüş- ve icra mahkemesi de, -alacaklının “*itirazın kaldırılması*”nı istemesi üzerine- “*itirazın kaldırılması*”na karar vermişse; borçlu (ya da vekili) bu karar üzerine -yedi gün içinde- “*borçtan kurtulma davası*” açabilecek midir? Daha doğrusu, açtığı dava “*borçtan kurtulma davası*”mı yoksa “*olumsuz tesbit davası*”mı sayılacaktır? Bu durumda, ortada icra mahkemesi tarafından verilmiş bir “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” bulunmadığı ileri sürülerek açılan davanın “*borçtan kurtulma davası*” olmadığı mı belirtilecek? yoksa, “*borçlunun imza itirazı ile birlikte, imza itirazı ile çelişme halinde olmayan başka*

⁹ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 428; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 125.

¹⁰ Bkz., HGK 21.6.1950 T. 4-33/37.

¹¹ Bkz., 11. HD 21.12.1987 T. 5257/7405; Karş: 19. HD 11.11.1992 T. 10604/5853.

¹² Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 428.

¹³ Bkz., 11. HD 30.3.1981 T. 1493/1373.

¹⁴ Bkz., 19. HD 4.10.1995 T. 6717/7855; HGK 21.6.1950 T. 4-33/37; İİD 26.6.1950 T. 3042.

itiraz sebepleri ileri sürmesi halinde bunun imzaya itiraz olarak işlem görmesi gerektiği¹⁵ ileri sürülerek, "icra mahkemesinin buradaki kararının gerçekte 'itirazın geçici olarak kaldırılması kararı' sayılması (kabul edilmesi) gerektiği" sonucuna varılıp açılan davanın "borçtan kurtulma davası" olduğu mu kabul edilecektir? Kanımızca, "borçtan kurtulma davası"nın, "imza itirazı"nı izleyen bir dava olduğu hususu hatırlanarak, bu durumda açılan davanın "borçtan kurtulma davası" olduğu sonucuna ulaşılması gerekir. Fakat, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,¹⁶ benzer bir olayda "borçtan kurtulma davası" adı altında açılan dava devam ederken, icra mahkemesince -hem imza itirazı ve hem de borca itiraz üzerine- verilmiş olan "itirazın kaldırılması kararı" Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nce "... verilen kararın itirazın geçici olarak kaldırılması kararı olması gerektiği"nden bahisle bozulmuş olmasına rağmen icra mahkemesinin -"kesin" ya da "geçici" olduğunu bildirmeden- verdiği "itirazın kaldırılması" kararını, "itirazın kesin kaldırılması" kararı olarak nitelemiş ve açılan davayı "borçtan kurtulma davası" değil "olumsuz tesbit davası" olarak kabul etmiştir.

Uygulamada bu tür karışıklıklara ve yanlış değerlendirmelere neden olunmaması için, icra mahkemelerinin kanunda açıkça düzenlenen "itirazın kesin olarak kaldırılması" ve "itirazın geçici olarak kaldırılması" dışında -ve özellikle, "itirazın kaldırılması" şeklinde- bir karar vermemeleri çok isabetli olacaktır.

"Borçtan kurtulma davası" ancak "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" üzerine açılabilen bir dava olduğuna göre; borçlu icra mahkemesince verilen "itirazın kesin olarak kaldırılması" ya da "itirazın kaldırılması" kararını -verilen kararın "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" olması gerektiğinden bahisle- temyiz etmiş ve Yargıtay -12. Hukuk Dairesi- tarafından karar bu gerekçe ile bozulmuş ve icra mahkemesi bu karara uyarak "itirazın geçici olarak kaldırılmasına" karar vermişse, borçlu bu kararın kendisine (ya da vekiline) tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde "borçtan kurtulma davası" açabilir.

Eğer Yargıtay (12. Hukuk Dairesi) tarafından, icra mahkemesince verilen kararın "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" olması gerektiğinden bahisle, verilen önceki "itirazın kesin kaldırılması" ya da "itirazın kaldırılması" kararı bozulmayıp, düzeltilerek onanmışsa, borçtan kurtulma davası açma süresi ne zaman işlemeye başlayacaktır? Kanun'da (m. 69/II) her ne kadar sadece icra mahkemesinin vereceği "itirazın geçici olarak kaldırılması kararı" kastedilmişse de, kanımızca, Yargıtay (12. Hukuk Dairesi'nin), icra mah-

¹⁵ Kuru, B., a.g.e., s. 239.

¹⁶ Bkz., 11. HD 21.4.1989 T. 2827/2412.

kemesinin yerine geçerek verdiği “düzelterek onama” kararının, borçlu (ya da vekiline) tebliğinden itibaren, borçlunun bu davayı açabileceği kabul edilmelidir.

Kanun’un açık hükmüne göre, bu davanın “itirazın geçici olarak kaldırılması kararı”nın borçluya bildirilmesinden itibaren yedi gün içinde açılması gerekirse de, eğer borçlunun alacaklıya karşı açtığı borçtan kurtulma davası sırasında, alacağın alacaklı tarafından başkasına -dava açılmadan önce- devredildiği -ve bu durumun borçluya bildirilmediği- anlaşılırsa, bu durumu öğrendikten sonra -yedi gün içinde- yeni alacaklıya karşı borçtan kurtulma davası açabileceği gibi¹⁷, önceki alacaklıya karşı açtığı davanın -sıfat yönünden- reddedilip, bu kararın kesinleşmesinden itibaren yedi gün içinde de, “borçtan kurtulma davası” açabilir.¹⁸

Borçlu, maddede öngörülen yedi günlük süre içinde, “borçtan kurtulma davası” yerine, “alacaklının takip konusu yaptığı senedin iptali için” bir dava açarsa, bu davanın da borçtan kurtulma davası sayılması ve icranın, davanın sonuna kadar durdurulması gerekir.¹⁹ Çünkü, her iki dava da nitelikleri bakımından aynıdır ve aynı sonucu hüküm altına aldirmek için açılmaktadır. Senedin iptaline karar verilince, borçlunun borçlu olmadığı da anlaşılacaktır.²⁰

Borçlu, itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmeden önce, genel mahkemede -takip konusu borcun mevcut olmadığına tesbiti için- bir olumsuz tesbit davası açmışsa (İİK m. 72), artık itirazın geçici olarak kaldırılması kararı üzerine (İİK m. 68a) yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açmasına gerek yoktur. Açtığı olumsuz tesbit davasının, icra mahkemesinin “itirazın geçici kaldırılması” kararının kendisine tefhim ya da tebliğinden sonraki ilk duruşma gününe kadar % 15 teminat yatırırca, açtığı olumsuz tesbit davası, borçtan kurtulma davasına dönüşür.²¹

Borçlu eğer, icra mahkemesi tarafından “itirazın geçici olarak kaldırılmasına” karar verilmeden önce -bu kararı beklemeden- alacaklıya karşı “olumsuz tesbit davası” açmışsa, icra mahkemesi tarafından “itirazın geçici olarak kaldırılması”na karar verilmesinden sonra yedi gün içinde “borçtan kurtulma davası” açamaz. Bu durumda, borçlu icra mahkemesinin kararının

¹⁷ Kuru B., a.g.e., C. 1, s. 429.

¹⁸ Bkz., İsv. Fed. Mah. 8.2.1947 T. (BGE 73 III S. 17-23) (Naklen; Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 429, d.pn. 24).

¹⁹ Bkz., İİD 11.10.1956 T. 4932/4931.

²⁰ Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 423.

²¹ Bkz., İsv. Fed. Mah. 3.9.1991 T. (BGE 117, III s:17 vd.) (Naklen; Kuru, B., a.g.e., El Kitabı, s. 286, d.pn. 2).

kendisine tefhim ya da tebliğinden sonra, olumsuz tesbit davasının ilk duruşma gününe kadar İİK m. 69/İlc 2'deki "%15 teminat"ı mahkemeye yatırırrsa, daha önce açtığı "olumsuz tesbit davası", "borçtan kurtulma davası"na dönüşür.^{22, 23}

Borçtan kurtulma davasının süresi hakkında, BK m. 137'deki 60 günlük ek süre değil, İİK m. 69/İlc 2'deki yedi günlük süre uygulanır.²⁴ Buna karşın, bu süre hakkında, İİK m. 56 hükmü uygulanır. Yani, "icra erteleme (talik) halleri" (İİK m. 52-55) sırasında borçtan kurtulma davasının açılması için öngörülen yedi günlük sürenin işlemesi durmaz. Ancak, bu yedi günlük sürenin sonu, bir erteleme gününe rastlarsa, borçtan kurtulma davası açma süresi, erteleme halinin bitiminden sonra bir gün daha uzatılmış sayılır (İİK m. 56).

B. Güvence Gösterme Koşulu

Borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi için, borçlunun "ilk duruşma gününe kadar", dava konusu alacağın "% 15'i oranında" bir güvence göstermesi gerekir. % 15 güvence, "mahkeme veznesine nakden para depo edilmek" veya "mahkemece kabul edilecek hisse senedi ve tahvil ya da banka teminat mektubu verilmek" suretiyle gösterilebilir.

Gösterilmesi gereken güvencenin, ilk duruşma gününe kadar gösterilmesi gerekir. Acaba, "duruşma günü" gösterilmek istenen güvence kabul edilecek midir? Kanımızca, ilk duruşma günü de gösterilen güvencenin kabul edilmesi gerekir.^{25, 26, 27} Amaç, güvencenin duruşmadan önce gösterilmesini sağlamaktır.

İlk duruşma gününe kadar gerekli güvenceyi göstermemiş olan borçlu ya ikinci bir önel verilmez. Ancak, zorlayıcı nedenlerle ilk duruşma gününe kadar güvence gösterememiş olan borçlunun "eski hale getirme" isteminde bulunma hakkı vardır.²⁸

²² Kuru, B., a.g.e., C.1, s. 423.

²³ Bkz., 11. HD 23.10.1985 T. 5759/5536.

²⁴ Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 427.

²⁵ Aynı görüşte, Kuru, B., a.g.e., C. 1, s. 431.

²⁶ Aynı doğrultuda, bkz., 15. HD 9.5.1988 T. 1924/1895.

²⁷ Karş., Çatalkaya, C., - Bandakçioğlu, İ., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1967, s. 264.

²⁸ Bkz., Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi: "Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, borçtan kurtulma davasının dinlenebilmesi (mesmu olması) için, davacının ilk duruşma gününe kadar %15 teminat yatırmış olması şarttır. Davacı, engeç bu ilk duruşma gününde % 15 teminatı yatırmazsa, kendisine bunun için bir mühlet verilemeyecek ve davası 'mesmu olmadığından' reddolunacaktır. Davacı veya vekili arzu ve ihtiyarı dışında bir sebepten dolayı ilk duruşmaya gelmemiş ve

Borçlu, "ilk duruşma gününe kadar" -ve en geç, ilk duruşmada- göstermesi gereken "alacağın % 15'i tutarındaki" teminatı göstermezse, mahkemece ne yapılacaktır? Kanun'un açık hükmüne (ve maddenin gerekçesine)²⁹ göre, bu durumda "davanın reddine" karar verilmesi gerekecektir.³⁰ Doktrinde,³¹ "bu durumda teminat gösterilmemiş olması gerekçesiyle davanın reddedilmesi yerine, mahkemenin bir ara kararı ile davanın borçtan kurtulma davası olmadığını belirttiikten sonra, davaya normal bir olumsuz tesbit davası olarak devam etmesinin daha doğru olacağı" ileri sürülmüşse de, kanımızca da hem usul ekonomisine ve hem de tarafların hukuki nitelendirmesi ile hakimnin bağlı olmadığı belirten HUMK m. 76 hükmüne uygun olan bu görüşe maalesef Yargıtay³² katılmamış ve bu durumda "teminat yatırılmamış olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekeceği"ni belirtmiştir.

Açılmış olan borçtan kurtulma davasının, "teminatın gösterilmemiş olması nedeniyle" reddedilmesi halinde, borçlu -bu red kararı, "esas"tan değil "usul"den olduğu için- İİK m. 72'ye göre "olumsuz tesbit davası" açabilir.

III. Borçtan Kurtulma Davasında Yetki ve Görev

A. Yetki

Borçtan kurtulma davasında iki yer mahkemesi aynı derecede yetkili kılınmıştır: a. Alacaklının ikametgahı mahkemesi b. İcra takibinin yapıldığı yer mahkemesi.

Taraflar borçtan kurtulma davası hakkında da "yetki sözleşmesi" yapabilirler. Çünkü, İİK m. 69/II'nin koyduğu yetki kuralları, kamu düşüncesine dayanmamaktadır.³³

Borçtan kurtulma davası, yetkisiz mahkemede açılmış olması nedeniyle reddedilmişse, borçlu HUMK m. 193/III'deki "on günlük süre" den yararlanır. Borçlu yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde,

eski hale getirme şartları da mevcutsa, davacı, eski hale getirme yoluna giderek bu talebinin kabulü halinde derhal teminatı yatırarak davaya devam edilmesini sağlayabilir. Bunun dışında ilk duruşma gününe kadar teminat yatırılmamasının müeyyidesi kesindir; dava reddolunacaktır" (Uyar, T., *Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 1, s. 795).

²⁹ Bkz., dpn. 27.

³⁰ Postacıoğlu, İ., *İcra Hukukunun Esasları*, 1982, s. 225.

³¹ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 432.

³² Bkz., 11. HD 23.12.1986 T. 6652/7017; 9.6.1981 T. 972/2919; 13.4.1981 T. 1973/2741.

³³ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 425; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 126; Şimşek, E., *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, 1989, s. 259.

yetkili mahkemeye başvurarak, davalıya (alacaklıya) tebligat çıkartırsa, yetkisiz mahkemede açtığı borçtan kurtulma davası, yetkili mahkemede de süresi içinde açılmış gibi işlem görür. Eğer borçlu, on gün içinde yetkili mahkemeye başvurmazsa, “borçtan kurtulma davası” açılmamış sayılır (HUMK m. 193/IV). Ancak borçlu, bu durumda BK m. 137’deki altmış günlük ek süre içinde değil, İİK m. 69/II’deki yedi günlük ek süre içinde -yani; davanın açılmamış sayılmasından itibaren yedi gün içinde- yetkili mahkemede harç ödeyerek, yeniden “borçtan kurtulma davası” açarsa, bu dava süresinde açılmış sayılır.³⁴

B. Görev

Borçtan kurtulma davasında görevli mahkeme, davacı borçlunun “borçlu olmadığını iddia ettiği miktara göre” belirlenir. Bunun dışında, davacının, davalı alacaklıdan talep ettiği “yüzde kırktan aşağı olmayan tazminat”, “faiz” vb. mahkemenin görevini belirlemede dikkate alınmaz.

Borçtan kurtulma davasının görevsiz mahkemede açılmış olması nedeniyle reddedilmesi halinde, HUMK m. 193 uygulanır.³⁵

IV. Yargılama Yöntemi

Borçtan kurtulma davasına genel hükümlere göre bakılır. Bu davanın amacı, icra mahkemesinin geçici kaldırma kararının doğru olup olmadığını incelemek değildir. Dava “takip konusu alacağın ödeme emrinin tebliğ edildiği anda mevcut olmadığını maddi hukuk bakımından tesbiti için” açılan bir olumsuz tesbit davası olduğu için, alacaklı alacağını, itirazın kaldırılması durumunda -icra mahkemesinde- bildirdiğinden başka sebep ve olaylara dayandırılabilmesi gibi borçlu da, itirazında bildirmiş olduğu itiraz sebepleri (imza inkarı) ile bağlı olmayıp, borcun mevcut olmadığı hakkındaki bütün iddialarını ileri sürebilir.³⁶ Davanın tarafları, icra takibindeki “alacaklı” ve “borçlu”dur. Eğer, alacaklı alacağını başkasına devretmişse, dava alacağı devralana karşı açılır. Dava açıldıktan sonra alacak devredilmişse, dava, devralana karşı devam eder.³⁷

³⁴ Kuru, B., a.g.e., s. 426.

³⁵ Bkz., dpn. 33.

³⁶ Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2003, s. 223, dpn. 58.

³⁷ Bkz., HGK 10.10.1962 T. 4-23/78

Davada isbat yükü kime düşecektir? Bir görüşe göre³⁸ borçtan kurtulma davasında, “alacaklı” davalı durumunda olduğu için davanın isbatı borçluya düşer; borçlu “*takip edilen alacağın mevcut olmadığını, ödendiğini, sukut ettiğini veya alacaklının elindeki senetteki imzanın sahte olduğunu*” her türlü delile dayanarak isbat edebilir. Katıldığımız diğer bir görüşe göre³⁹ ise, alacaklı ve borçlunun taraf rollerinin değişmiş olması, ispat yükü bakımından bir değişiklik gerektirmez. Yani normal olarak, borçlu “*istenilen alacağın borçlusu olmadığını*” iddia etmekle yetinecek alacaklı “*alacağın varlığını*” ispat etmekle yükümlü olacaktır. Alacaklı, alacağını -özellikle, inkar edilen imzanın borçluya ait olduğunu- isbat ettikten sonra, borçlu, “*borçlu olmadığı, borcu ödediği, borcun muaccel olmadığı veya zamanaşımına uğradığı*” gibi hususları ispat edecektir. Daha teknik bir deyişle menfi tesbit davalarında, davacı değil davalı hak doğuran bir norma dayandığından, o hakkın doğumunu -daha doğrusu hak doğuran norm sayesinde, o hakkı var kılan belirli olayların gerçekleştiğini- ispat yükü davalıya düşer.⁴⁰

Yüksek mahkeme,^{41, 42} davacı borçlunun, bu davada imza inkarında ısrar etmesi halinde, “*mahkemenin, icra mahkemesinin daha önce yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda aldığı raporla yetinmeyerek, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini*” belirtmiştir. Yüksek mahkemeyi bu şekilde içtihatla bulunmaya yönelten neden, “*icra hakiminin imza incelemesini nasıl yapacağını*” düzenleyen İİK m. 68a/IV’de “*imza tatbikinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun bilirkişiye ait hükümleri -yani; HUMK m. 275 vd.- ile 309. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ve 310, 311 ve 312. maddeleri hükümleri uygulanır*” denilmiş olmasıdır. Daha açık bir ifade ile, icra hakimi “*imza incelemesi*” yaparken; HUMK m. 309/II, III, IV ve 310, 311, 312. hükümlerini uygulamakta buna karşın -hukuk hakiminden farklı olarak- HUMK m. 308 ile 309/I hükmünü uygulamamaktadır.⁴³ İşte icra hakimi, “*imza incelemesi*” konusunda hukuk hakimi kadar geniş yetkili olmadığı için, onun bilirkişiden aldığı rapor kendisine vereceği “*itirazın geçici olarak kaldırılması*” konusundaki kararda ışık tutarsa da, bu karardan sonra borçlunun -İİK m. 69/II uyarınca- açtığı “*borçtan kurtulma davası*”nda, mahkemenin, daha önce icra mahkemesinin aldığı bu raporla yetinmeyerek, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekmektedir. Hukuk hakiminin uyguladığı fakat -İİK m. 68a/IV’de atf (yollama) yapılmadığı için- icra hakiminin uygulamadığı HUMK m. 308

³⁸ Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, 1980, s. 445.

³⁹ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 135; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 437; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 126.

⁴⁰ Umar, B. - Yılmaz, E., *İspat Yükü*, 1980, s. 132.

⁴¹ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666; HGK 4.3.1981 T. 11-1466/154; 11. HD 6.2.1984 T. 352/572.

⁴² Karş., HGK 8.6.1983 T. 1982-11-901/635.

⁴³ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666.

ve 309/I'de neler öngörülmektedir? İcra hakiminin uygulamadığı (daha doğrusu uygulayamadığı) hükümlerin içeriği şudur:

- Hakim, ilk önce inkar edilen imza hakkında tarafları dinler ve tarafların gösterdikleri delillerle bir kanaat edinmeye çalışır, bu şekilde yeterli kanaat sahibi olursa, senedin kabul veya reddine karar verir (m. 308. c. 1).

- Hakim, tarafların dinlenmesi sonucunda imzanın davalıya ait olup olmadığı hakkında yeterli kanaat edinemezse, yeni bir oturum belirleyerek iki tarafın bizzat (kendilerinin) bu oturumda hazır bulunmalarına (tarafların isticvabına) karar verir (m. 308. c. 2).

- İki taraf da belirlenen (çağrıldıkları) bu oturuma gelirlerse, hakim, kendilerinden imzası inkar edilen senet hakkında izahat alır. Taraflar, bu dinlenmeleri sırasında, uygulamaya elverişli (medarı tatbik, tatbik esas) belgeleri belirtir, gösterir ve inkar edilen imzanın (veya yazının) doğruluğunu ne şekilde ve ne vasıta ile ispat edeceklerini de (mahkemeye) bildirirler (m. 308. c. 3).

- Hakim, tarafları dinlemek suretiyle de, inkar edilen imzanın davalıya ait olup olmadığı hakkında yeterli bir kanaat edinemezse, senedi imza ettiği iddia olunan kişiyi (misalde davalıyı) istiktap eder. Yani, hakim, davalıya yazı yazdırır, imza attırır ve (elde edilen) bu yazı ve imza ile inkar edilen senetteki yazı ve imzayı karşılaştırır (mukayese eder) (m. 309/I. c. 1).

- İnkâr edilen imza ile, karşılaştırılacak imza arasında ilk bakışta görülebilecek derecede bir uygunluk ve benzerlik (veya benzersizlik) yoksa veya inkar edilen imzanın taklit edilmesi kolay ise, hakim, imza karşılaştırması için uzman bir bilirkişiye başvurması (yani bilirkişi incelemesi yaptırması) gerekir (m. 309. I. c. 2).

Kısaca içeriğini açıklamaya çalışacağımız HUMK m. 308 ve 309/I hükümlerinin gereğini yerine getirmeden bilirkişiden inkar edilen imza konusunda rapor alan icra mahkemesinin aldığı bu bilirkişi raporunun açılan "*borçtan kurtulma davası*"nda hiç rol oynamaması kanımızca hatalıdır. Çünkü; uygulamada mahkemeler esasen HUMK'un imza incelemesi konusundaki tüm hükümlerine titizlikle uygun davranmamaktadırlar.⁴⁴ Gerçekten, inkar edilen imzanın ilgisine ait olup olmadığı konusunu araştırırken mahkemeler hem imza incelemesinde rol oynayacak "*medarı tatbik*" (uygulamaya elverişli) imzalan buldukları yerlerden getirtmekte ve hem

⁴⁴ Berkin, N., *Medeni Usul Hukuku Rehberi*, 1981, s. 803; Postacıoğlu, İ., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1975, s. 605; Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, 2000, s. 648 vd.; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, s. 2086 vd.

de “istiktap” yaptırmakta ve bu şekilde elde ettiği imzalar ile inkar edilen imza üzerinde inceleme yapmak üzere, dosyaya bilirkişi göndermektedir. Bu nedenle, icra hakiminin HUMK m. 308 ve 309/I hükmünü uygulamamış (uygulayamamış) olmasının pratik bir önemi kalmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca, borçtan kurtulma davasına bakan mahkeme, icra mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporunu yeterli bulursa yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bu raporla yetinerek karar verebilir.⁴⁵ Yüksek mahkemenin aksi görüş doğrultusundaki⁴⁶ içtihatlarına katılmıyoruz.

Bu davanın amacı, “icra mahkemesinin itirazın geçici olarak kaldırılması kararının doğru olup olmadığını” incelemek olmayıp, “takip -ve itiraz- konusu alacağın ödeme emrinin tebliği anında mevcut olup olmadığını maddi hukuk bakımından tesbit etmek” olduğu için,⁴⁷ bu davada borçlu davacı, daha önce itirazın kaldırılması duruşmasında ileri sürüp de icra mahkemesi tarafından haksız bulunan savuları (defileri), itirazın kaldırılması duruşmasında hiç ileriye sürmemiş olduğu savuları (defileri) ve itirazın kaldırılması duruşmasından sonra doğmuş olan diğer bütün savuları (defileri) ileri sürebilir.⁴⁸ Federal Mahkeme de aynı görüşe katılmış ve geçici kaldırma kararından sonra meydana gelen itiraz ve savuların, borçtan kurtulma davasında ileri sürülebileceğine karar vermiştir.⁴⁹ Bu nedenle, borçlu geçici kaldırma kararından sonra devraldığı bir alacağı, borçtan kurtulma davasında alacaklıya karşı takas defi olarak ileri sürebilir.

V. Borçtan Kurtulma Davasının Sonuçları

A. Hükümden Önceki Sonuçları

a. Süresi içinde, gerekli teminat yatırılarak açılan borçtan kurtulma davası ile, -daha önce borçlunun icra dairesine süresinde yaptığı itirazla durmuş olan (İİK m. 66)- icra takibi durmaya devam eder.

b. Takip durmaya devam ettiği için, daha önce -icra mahkemesinin verdiği itirazın geçici olarak kaldırılması kararından sonra- alacaklı, borçlunun mallarına “geçici haciz” (İİK m. 69/I) koydurmuşsa, süresinde açılan bu dava ile, geçici haczin, kesin hacc dönüşmesi -dava sonuna kadar- er-telenmiş olur.

⁴⁵ Aynı görüşte; Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 1, s. 438 Kuru, B., *a.g.e.*, *El Kitabı*, s. 289.

⁴⁶ Bkz., 11. HD 6.2.1990 T. 635/666; HGK 4.3.1981 T. 11-1466/154.

⁴⁷ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439.

⁴⁸ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 135; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439; Ansay, S. Ş., *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 1960, s. 59; Postacioğlu, İ., *a.g.e.*, s. 225.

⁴⁹ Bkz., İsv. Fed. Mah. 31.3.1942 (BGE 68 III s. 85 vd.) (Naklen, Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439, dñn. 53).

c. Borçlunun daha önce ödemeye mahkum olduğu “*para cezası*”nın (m. 68a/VI) ve “*tazminat*”ın (m. 68a/VIII) tahsili, açılan bu davanın sonuna kadar ertelenir.

İcra takibinin durması (daha doğrusu durmaya devam etmesi için) mahkemenin ayrıca -olumsuz tesbit davasından (İİK. mad. 72/II, III) farklı olarak- bu konuda “*karar*” (ihtiyati tedbir kararı) vermesine gerek yoktur. Borçtan kurtulma davasının -teminat yatırılarak- açılması ile, icra takibi kendiliğinden durur (daha doğrusu, durmaya devam eder).⁵⁰ Açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, icra dairesinin takibi durdurulmaması halinde, borçlu davacı, şikayet yolu ile icra mahkemesinden “*takibin durdurulması*” doğrultusunda karar alabilir.⁵¹

B. Hükümden Sonraki Sonuçları

Borçtan kurtulma davası sonucunda, mahkemenin vereceği karar, taraflar bakımından maddi anlamda kesin hüküm (HUMK m. 237) teşkil eder.

Borçtan kurtulma davası sonucunda verilen hükümlerle, taraflar arasındaki hukuki ilişki, maddi hukuk bakımından da kesin olarak karara bağlanır. Verilen hüküm taraflar arasında maddi anlamda “*kesin hüküm*” (HUMK m. 237) niteliğini taşır. Eğer, borçtan kurtulma davası, borçlunun (davacının) gerekli güvencyi göstermemiş olması nedeniyle red edilmişse (İİK m. 69/II), kesin hüküm sadece yeni bir “*borçtan kurtulma*” davası için var olur. Yoksa bu durum, borçlunun “*olumsuz tesbit*” ya da “*geri alma*” davası açmasına engel olmaz.⁵²

a. Davayı borçlu (davacı) kazanırsa;

aa. Alacaklının başlattığı icra takibi hükümsüz hale gelir. Eğer daha önce borçlunun malları üzerine “*geçici haciz*” konulmuşsa, bu haczin kaldırılması gerekir.

bb. Mahkemenin davacı-borçlu lehine, “*dava konusu (borçlunun borçlu olmadığı tesbit edilen) meblağın yüzde kırkıdan aşığı olmamak üzere bir tazminata*” hükmetmesi gerekir.

⁵⁰ Bkz., 12. HD 30.9.2004 T. 16481/20679.

⁵¹ Bkz., 12. HD 29.7.1974 T. 7117/7363.

⁵² Domaniç, H., *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1990, s. 983 vd.

Bir görüşe göre⁵³ bu tazminata hükmedilebilmesi için borçlunun “*dava dilekçesinde*” buna hükmedilmesini talep etmiş olması gereklidir. Yani, mahkemece doğrudan doğruya, istem olmadan bu tazminata hükmedilemez. Katıldığımız diğer bir görüşe göre⁵⁴ ise, Kanun burada -İİK m. 67/II, 72/V’den farklı olarak- “*istem koşulu*”na açıkça yer vermemiştir. Bu nedenle, mahkemece bu tazminata doğrudan doğruya (re’sen) hükmedilir.

Uygulamada, bu konu ile ilgili olarak karşımıza şöyle bir hukuki sorun çıkmaktadır: Açılan borçtan kurtulma davasının kabulü halinde, “*olumsuz tesbit davaları*”nın kabulü halinde olduğu gibi, davacı borçlu lehine tazminata hükmedebilmek için, “*borçluyu borçtan kurtarma davasını açmaya zorlayan takibin haksız ve kötüniyetle olduğunun anlaşılması*”da gerekli midir? Yani bu davanın hukuki niteliği bir “*olumsuz tesbit davası*” (İİK m. 72) olduğu için,⁵⁵ davanın davacı lehine sonuçlanması halinde, davacı lehine tazminata hükmedilebilmesini “*takibin haksız ve kötüniyetle yapılmış olması*” koşuluna bağlayan İİK m. 72/V hükmü⁵⁶ burada da kıyasen uygulanacak mıdır? Kanımızca İİK m. 69/V’de mutlak olarak “*davada haksız çıkan tarafın tazminat ödemeye mahkum edileceği*” belirtilmiş olduğundan, borçtan kurtulma davasının davacı borçlu lehine sonuçlanması halinde, ayrıca davalı alacaklı tarafından yapılmış olan icra takibinin “*haksız ve kötüniyetle olduğu*”nun kanıtlanmasına gerek yoktur.

cc. Davayı kaybeden davalı-alacaklı, yargılama giderlerini -bu arada; davacı borçluya nisbi avukatlık ücretini- ödemeye mahkum edilir.

Ancak, hemen belirtelim ki, icra takibinde bulunduğu sırada, alacaklının takibi haklı iken, sonradan meydana gelen bir nedenle -örneğin; borçlunun sonradan alacaklıya karşı devraldığı bir alacağa dayanarak, takas defini ileri sürmesi nedeniyle- borçlu, borçtan kurtulma davasını kazanmışsa, bu halde, yargılama masraflarından yine borçlu sorumlu olur. Bu durumda borçlu ayrıca, %40’tan aşağı olmamak üzere bir tazminata da mahkum edilir.⁵⁷

⁵³ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 138; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 441; Akyazan, S., *İcra ve İflas Kanunu’nun 68. maddesi Üzerine Bir İnceleme* (Ad. D. 1955/11, s. 1062); Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, s. 80.

⁵⁴ Postacıoğlu, İ., *a.g.e.*, s. 226; Berkin, N., *a.g.e.*, s. 444; Pekcanitez, H. - Atalay, O. - Özkan, M. S. - Özekes, M., *a.g.e.*, s.126.

⁵⁵ Bkz., yukarıda açıklama, I. dpn. 1, 2 civarı.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları*, 3. Baskı, C. 1, s. 82 vd.

⁵⁷ Bkz., İsv. Fed. Mah. 31.3.1942 T. (BGE III, s. 85 vd.) (Naklen; Kuru, B., *a.g.e.*, C. 1, s. 439, dpn. 53)

dd. Davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi ile, daha önce icra mahkemesi tarafından borçlu - davacı aleyhine hükmedilen “*para cezası*” ve “*tazminat*” kendiliğinden kalkar (m. 68a/VI, VIII).

b. Davayı alacaklı (davalı) kazanırsa ;

aa. “*İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” kesinleşir. Yani, “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*”, “*kesin kaldırma*”ya dönüşür ve alacaklı icra takibine devam edilmesini isteyebilir. Bu kararlar, evvelce konulan “*geçici haciz*”, “*kesin hacze*” dönüştüğünden, alacaklı satış isteminde de bulunabilir. Borçtan kurtulma davasının reddine ilişkin kararın, davacı-borçlu tarafından temyiz edilmiş olması, alacaklının haciz istemesini (veya daha önce haciz yapılmışsa; satış istemesini) önlemez. Ancak, aleyhindeki hükmü temyiz etmiş olan borçlu, İİK m. 36 uyarınca teminat göstererek, Yargıtay’dan, “*yürütmenin durdurulması*” (tehiri icra) kararı alabilir.⁵⁸

bb. Mahkemenin davalı-alacaklı lehine, borçlunun borçlu olduğu anlaşılan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, bir tazminata da -bir görüşe göre⁵⁹ kendiliğinden, bir görüşe göre⁶⁰ ise, cevap dilekçesinde alacaklı tarafından istenmiş olması koşuluyla- hükmetmesi gerekir (Böylece, borçtan kurtulma davasını kaybeden borçlu, ikinci kez %40 tazminata mahkum olduğu için, alacaklıya neticede %80 tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Çünkü, daha önce icra mahkemesi de, “*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*” ile birlikte -alacaklının talebi üzerine- alacaklı lehine %40 tazminata hükmetmiştir).

Bu madde gereğince %40’tan az olmamak üzere uygun bir tazminata hükmedilebilmesi için, “*icra takibinin durmuş olması*”⁶¹ ve “*davanın esasının incelenmesi*” gerekir. “*İlk duruşma gününe kadar gösterilmesi gereken güvence gösterilmediği için*” dava reddedilirse, haklılık araştırılmadığı için bu tazminata hükmedilmez.⁶² Aynı şekilde, “*dava dilekçesinin iptali, görevsizlik ve yetkisizlik nedeniyle davanın reddi*” halinde de, bu tazminata hükmedilemez.⁶³

Borçtan kurtulma davası dolayısı ile, “*alacaklıya yapılan geç ödemedenden doğan zarar*”, maddede öngörülen tazminatla giderildiğinden, bu süre için ayrıca “*faize*” hükmedilmez.⁶⁴

⁵⁸ Bkz., İİD 28.3.1966 T. 3127/3244.

⁵⁹ Bkz., dpn. 53.

⁶⁰ Bkz., dpn. 52.

⁶¹ Aynı görüşte; Sunar, G., *a.g.e.*, s. 77.

⁶² Bkz., 11. HD 23.12.1986 T. 6652/7017; 9.6.1981 T. 972/2919; 4. HD 5.6.1970 T. 4248/4691.

⁶³ Berkin, N., *a.g.e.*, s. 445.

⁶⁴ Bkz., İİD 28.3.1966 T. 3127/3244.

Uygulamada, bu konu ile ilgili olarak karşımıza şöyle bir hukuki sorun çıkmaktadır; açılan borçtan kurtulma davasının reddedilmesi halinde, “olumsuz tesbit davaları”nın reddedilmesi halinde olduğu gibi, davalı alacaklı lehine tazminata hükmedebilmek için, “borçlunun ‘takibin durması’ ya da ‘icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi’ konusunda, davaya bakan mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almış olması” gerekli midir? Yani, bu davanın hukuki niteliği bir “olumsuz tesbit davası” olduğu için,⁶⁵ davanın davalı alacaklı lehine sonuçlanması halinde, davalı lehine tazminata hükmedilmesini, “ihtiyati tedbir kararı alınarak takibin (ya da icra veznesindeki paranın ödenmesinin) durdurulmuş olması” koşuluna bağlayan İİK m. 72/IV hükmü⁶⁶ burada da kıyasen uygulanacak mıdır? İlk bakışta; “buna gerek bulunmadığı, çünkü İİK m. 69/V’de mutlak olarak davadan haksız çıkan tarafın, bu tazminatı ödemeye mahkum edileceğinin öngörüldüğü” düşünülebilir. Fakat, borçtan kurtulma davasının en önemli sonucunun “icra takibini durdurmak” olduğu hatırlanırsa, eğer açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, alacaklı icra takibine devam etmişse -yani borçlu; açtığı borçtan kurtulma davasına rağmen icra takibini devam ettiren icra dairesinin bu işlemi şikayet etmemiş ya da yaptığı şikayet (her nasılsa) reddedilmişse- davanın daha sonra davacı borçlu aleyhine sonuçlanması (yani; davanın reddedilmesi halinde) davalı alacaklı lehine tazminata hükmedilmemesi gerekir. Çünkü, bu davanın açılmış olması icra takibini durdurmadığı için, alacaklının alacağına kavuşmasını geciktirmemiştir. Bu nedenle, kanımızca, eğer açılan borçtan kurtulma davasına rağmen, alacaklı takibe devam etmişse, neticede dava reddedilince, mahkemece davalı alacaklı lehine ayrıca tazminata hükmedilmemesi gerekir. İİK m. 69/V’de bu konuda mutlak bir ifade kullanılmış olması -yani, “açılan borçtan kurtulma davasının icra takibini durdurmuş olması halinde, davada haklı çıkan alacaklı lehine tazminata hükmedileceği”nin ayrıca açıklanmamış olması- bu görüşün kabulüne engel teşkil etmez. Çünkü, yasa koyucu, “borçtan kurtulma davasına rağmen takibin devam edeceğini” düşünmemiş, buna ihtimal vermemiştir. Borçtan kurtulma davası açmakta, davacı borçlunun “ilk” amacı, hakkındaki icra takibini “hemen” durdurmaktır. Borçtan kurtulma davasını açma imkanı borçluya bu amaçla tanınmıştır. Eğer davacı borçtan kurtulma davası açmasına rağmen, hakkındaki icra takibini durduramamışsa, açtığı borçtan kurtulma davasının herhangi bir “olumsuz tesbit davası”ndan hiçbir farkı kalmaz. Çünkü, borçlu -yedi günlük-süresi içinde, -%15 oranında- teminat göstererek borçtan kurtulma davası açınca, mahkemenin ayrıca karar (ihtiyati tedbir kararı) vermesine gerek kalmadan, icra takibi kendiliğinden durur. Halbuki, “olumsuz tesbit davası” açan borçlu ancak mahkemeden -“takibin durması” ya da “icra veznesindeki

⁶⁵ Bkz., yukarıda açıklama, I, dpn. 1, 2..

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları*, C. 1, s. 74.

paranın alacaklıya ödenmemesi" konusunda- ihtiyati tedbir kararı alabilirse, o zaman hakkındaki takibi durdurabilir.

Bu nedenle, açılan "*borçtan kurtulma davası*"na rağmen, her nasılsa, alacaklı icra takibine devam etmişse (borçlu, icra takibinin durmasını -şikayet yoluyla- sağlayamamışsa) davanın alacaklı lehine sonuçlanması (yani, davanın reddedilmesi) halinde, mahkeme tarafından davalı alacaklı lehine ayrıca tazminata da hükmedilmemesi gerekir. Bir olayda, 11. Hukuk Dairesi, bu durumda mahkemece⁶⁷ verilen tazminat hükmünü önce⁶⁸ onanmış sonra⁶⁹ borçlunun karar düzeltme istemini kabul ederek, hükmü -kanımızca da isabetli olarak- bozmuştur.

cc. Davayı kaybeden davacı-borçlu, yargılama giderlerini -bu arada, davalı alacaklıya nisbi avukatlık ücretini- ödemeye mahkum edilir. Ancak, dava "*gerekli teminatın gösterilmemiş olması*" nedeniyle red edilmişse, davalı yararına nisbi değil maktu avukatlık ücretine hükmedilir.⁷⁰

dd. Davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi ile, daha önce icra mahkemesinde borçlu aleyhine hükmedilmiş olan "*para cezası*" (m. 68a/V) ve "*tazminat*" (m. 68a/VIII) kesinleşir.

Böylece, icra mahkemesinde haksız çıkan ve hakkında "*itirazın geçici olarak kaldırılması kararı*" verilen borçlu, açtığı "*borçtan kurtulma davası*"nı kaybederse, iki kez "*% 40'tan aşağı olmamak üzere*" tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

VI. "*İtirazın geçici olarak kaldırılması kararı*"nın bu şekilde, borçluya tanıdığı "*borçtan kurtulma davası*" açabilme imkanı eleştirilmiş ve doktrinde⁷¹ "*itirazın geçici olarak kaldırılması kurumunun ilamsız icra sistemimizin amaçlarına aykırı olduğu*" ileri sürülerek, kaldırılması önerilmiştir.

Gerçekten, ödeme emrine itirazın geçici olarak kaldırılması ve borçtan kurtulma davası nedeni ile alacaklının takip konusu yaptığı adi (hususî) senet altındaki imza, borçlu tarafından inkar edilince, alacaklının, ilamsız icra prosedürü içinde çabuk ve basit şekilde alacağına kavuşabilmesi tamamen borçlunun takdirine bırakılmıştır. Çünkü, borçlu "*itirazın geçici*

⁶⁷ Bkz., Adana 3. Asl. Huk. Mah. 18.7.1988 T. 1985-247/833.

⁶⁸ Bkz., 11. HD 18.1.1989 T. 8148/36.

⁶⁹ Bkz., 11. HD 21.4.1989 T. 2827/2412.

⁷⁰ Bkz., 11. HD 22.12.1987 T. 6604/7478.

⁷¹ Kuru, B., *Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler* (Ad. D. 1969/10, s. 614 vd.; İzmir Bar. D. 1973/43, s. 3 vd.).

olarak kaldırılması” kararı üzerine süresi içinde *“borçtan kurtulma davası”* açarsa, bununla alacaklının alacağına kavuşması uzunca bir süre gecikmiş olacaktır. Davaların ne kadar uzun sürdüğü anımsanırsa, bunun, ilamsız icra takibine konu yapılan senet altındaki imzanın borçluya ait olduğunun icra mahkemesinde -hem de HUMK’daki hükümlere göre (İİK m. 68a/IV)- kanıtlanabilmesinin alacaklı için ne kadar sakınca ve gecikme doğuracağı kolaylıkla anlaşılır. Bu nedenle, ilamsız icra sisteminin çabuk ve basit bir şekilde işlemlerini sağlamak için *“itirazın geçici olarak kaldırılması”* kurumunun ve bununla birlikte *“borçtan kurtulma davası”*nın İcra ve İflas Kanunu’ndan tamamen çıkarılması gerekir. Borçlunun, adi (hususî) senet altındaki imzaya itiraz etmiş olması halinde, alacaklı icra mahkemesinden *“itirazın kesin olarak kaldırılmasını”* isteyebilmelidir.⁷²

⁷² Kuru, B., *a.g.m.*, (Ad. D. S. 617; İzmir Bar. D. S. 8).

ABONET REKLAMI -2-