

TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA TİCARİ İŞLETME DEVİRİ KARİNESİ

*(The presumption for the transaction of companies
in actio pauliana)*

M. Kamil YILDIRIM*

ÖZET

Tasarrufun iptali davaları alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir. “Zarar verme kastından dolayı iptal” başlığını taşıyan İİK m.280 ise genel hükümdür. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. İptal davalarında ispat faaliyeti güçlük oluşturduğundan Mehaz İsviçre Hukukunda bir kısım kanuni karineler oluşturulmuştur. Türk kanun koyucu Zarar verme kastından dolayı iptal hükmünde Mehaz İsviçre’de öngörülmemiş olan ticari işletmenin devrine ilişkin bir karine eklemiştir. Bu karine ticari hayatta işlemleri tehdit etmektedir.

Anahtar kelimeler: Cebri icra hukuku, Tasarrufun iptali davaları, Zarar verme kastından dolayı iptal, ispat, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, kanuni karineler, ticari işletmenin devrine ilişkin karine, ispat yükü.

Abstract

Action for rescission of disposition is for creditors’ interest. According to enforcement law the action for rescission owing to the intention to damage is a general rule. In this area, two more specific rules are present. Among these three rules the general one has more strict requirements and practicing it is the hardest. In Swiss law which is the origin of Turkish law, the rule maker created some presumptions to facilitate the evidence. However, in Turkish law the rule maker created another presumption for the transaction of companies. This presumption endangers the reliability of the operation in the market.

Keywords: Enforcement of a judgement or order, action for rescission of disposition (actio pauliana), action for rescission owing to the intention to damage, Evidence, free consideration of proof (Free Evaluation of Evidence), Presumptions, presumption for the transaction of companies, burden of proof.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İcra iflas hukuku kredinin teminatıdır. Tasarrufun iptali davaları ihtiyati haciz kurumu ile birlikte alacağın teminatını sağlamaktadır. Her iki kurum da alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir.

Tasarrufun iptali kurumu Roma hukukunda actio pauliana'ya dayanmaktadır. Mevaz İsviçre'de, geçmişte iflas idaresi memurlarının tasarrufun iptali davasına başvurmadıkları görülmüş ise de, günümüzde iptal davası kurumu ticari hayatın ve ekonominin gelişmesine paralel olarak sıklıkla uygulanmaktadır.

İsviçre'de tasarrufun iptali davaları İcra İflas Kanunu hükümlerinin öngördüğü koşullar çerçevesinde uygulanmaktadır. İsviçre hukukunda gündemdeki konulardan biri de yeni iflas hukuku çerçevesinde alacağın külli temliki hususudur.

Türk hukuku uygulamasında -Mehazdan farklı olarak- muvazaa nedeniyle açılan davalarda da tasarrufun iptali davası esasları ve sonuçları gündeme gelmektedir.

Bu çalışmamızda kurum hakkında genel bilgi verilmesinden sonra Türk İİK m.280/son fıkrada yer alan karinenin menfaatler dengesi açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

a)- İptal Davası Genel Olarak

Takip borçlusunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların, hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi şeklinde bir yaptırım içeren bu davada, borçlu ile hukuki ilişkiye girmek suretiyle bir hak, mal iktisap etmiş olan üçüncü şahıslar, artık, alacaklının, iktisap olunan bu mal üzerinden cebri icra yoluyla tatmin edilme hakkına katlanmak durumundadırlar. Bu yaptırım özellikle malı bir ivaz karşılığı iktisap etmiş olan 3.şahıs açısından tahammülü fevkalade zor bir durum doğurmaktadır, bu faraziye de borçlunun haczi kabil malı bulunmaması ve alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket etmesi şartına bağlanmıştır. İptal davası ile, cebri icra takibinden bir semere elde edememiş olan alacaklıya, özel hukuk alanında tahsilat için bir imkan sağlanmaktadır¹

İptal, davacısı hak sahibi bir kişiye, borçlunun hacizden/ iflas açılmasından/ acizden önce üçüncü kişiye devrettiği malvarlığına dahil parçalar (mallar), takibe takip objesi olarak çekilebilmesini isteme hakkı verir.

Türk hukukunda -Mevaz İsviçre'den farklı olarak-, iptal konusu tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olması yönünde içtihat mevcuttur.²

¹ Doktrindeki hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara ilişkin bilgi için de bkz.: M.K. Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s.133 vd..

² Yargıtay HGK 14.2.2007, 4/79-77; 16.3.2005,15/37-139; 26.6.2002, 15/543-552; 1.12.2004, 15/553-624, M.Bilgen, Tasarruf İptal Davaları, 2008, s.153-167

İptal davasının dinlenebilmesi için gerçek bir alacak (bir alacağın var olması) ve davacının borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edememiş bulunması önkoşuldur.³

İptal davasında, mahkemece takip dışına çıkarılmış belirli malın tekrar takip konusu yapıp yapılamayacağına karar verilir. İptal davası böylece takip hukuku karakterlidir. (BGE 114 III 113). Karar, sadece somut takip prosedüründe etkisini gösterir, fakat maddi hukuk alanında da etkili olabilir. Buna göre iptal davası maddi hukuk etkili takip hukuku ihtilafıdır.

Talep, somut takip bakımından, malın takibe çekilmesinin tespiti, ve davalının hacze, paraya çevirmeye veya iflas masasına dahil olmasına katlanması yahut varsa terditli talep uyarınca para ödemeye mahkumiyet olabilir. Haciz yoluyla takipte iptal kararı, haczi uygulayacak olan icra dairesine yöneltilir.

Davanın değeri davacının, takip hukukundaki menfaatine bağlıdır. Haciz yoluyla takipte, takibe konulmuş alacak, faiz ve masraflar tutarı ve malın değeri ile sınırlıdır. İflas yoluyla takipte ise, dava değeri, bütün iflas alacaklarının faiz ve masraflarıyla birlikte tutarı ve devrolunmuş malın değeri ile sınırlıdır.

Taraflar, davacı yanda takip alacaklısı ve iflasta iflas idaresi ve duruma göre bir alacaklı, davalı ise takip borçlusu ile onunla işlem yapan 3. kişidir ve duruma göre bunların külli halefleri ve kötüniyetli cüzi halefleri davalıdır.

b) İptalin Şartları

İptal davacısı, iptalin şartları olarak,

- muvakkat veya kesin aciz vesikasını yahut iflasın açıldığını,
- İptalin unsur vakıalarını,
- henüz belirli bir süre geçmeden iptalin talep edildiğini ortaya koymalıdır.

Cüzi takipte iptal için takibin semeresiz kaldığı borçluya karşı en azından bir muvakkat aciz vesikası ile ispatlanmalıdır. (m.277 II). İhtiyati hacizle başlatılan prosedürde,

borçlunun itirazı varsa, itirazın iptali davasının kabul edildiği kararı ile bertaraf edildiği de tevsik olunmalıdır.

İİK. m.277/b.1'e göre, haciz yoluyla takipte elinde kesin veya muvakkat aciz vesikası olan alacaklı iptal davası açabilir. Kesin borç ödemediği aciz vesikasının temelinde, paraya çevirme işleminin (semeresiz) sonucu bulunmaktadır.

Borçlunun haczi kabil mallarının borcu karşılamaya yetecek miktarda olma-

³ Yargıtay 15. HD. 24.5.1989, 1988/4546-2485; 13 HD. 27.2.1979, 5645/878, M. Bilgen, s.140.

ması halinde tanzim edilen muvakkat aciz vesikası alacaklıya bir kayba uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu sürece iptal davası açma ve yürütme imkanını sağlayacak, fakat alacaklı, kaybının kesin olduğunu ortaya koymadığı takdirde iptal davası reddedilecektir. Aciz vesikasının bir dava şartı olduğu – Mehazın aksine-Yargıtay'ın ve doktrinde çoğunluğun kabul ettiği bir husustur ⁴. Şekli hukuk kurallarına tabi medeni yargılamada, dava şartının mevcut olmadığı tespit edilirse, dava esasa girilmeden reddedilecektir.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, dava şartı saymakla birlikte onun dava açıldıktan sonra, dava derdest iken dahi alınabileceğini (usul ekonomisi mülahazası ile) benimsediği görülmektedir ⁵.

Esasen davalılardan borçlu, derdest iptal davası sırasında iflas etmiş olursa, onun iflası da başlı başına acizini göstermiş olacaktır.

Fona devredilen bankaların açtığı tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası aranmaz ⁶.

Türk- İsviçre İcra Hukuku sisteminde tasarrufun iptali davası, alacaklıya alacağına kavuşturmada takip yolları içerisinde tamamlayıcı nitelikte bir dava olarak düzenlenmiştir. İptal davası alacaklının alacağını borçlunun malvarlığından kısmen veya tamamen sağlayamadığı durumlarda açılacak bir davadır ⁷.

Mehaz İsviçre Hukukundan farklı olarak Yargıtay'ın aciz vesikasını dava şartı sayan ve fakat davanın her aşamasında getirilebileceğine ilişkin müstekar içtihadı ve bunun ötesinde yasal düzenlemeler ile aciz vesikası şartı aranmaksızın tasarrufun iptali davasına imkan verilmesi, neticede tasarrufun iptali davasının aciz vesikası ile olan bağıni giderek zayıflatmaktadır. Bu husus, alacaklı yönünden tasarrufun iptali davasının etkin bir silah olarak kullanılmasını kolaylaştırır da, borçlu ve üçüncü kişiler bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaya müsaittir. Umar'ın gerekçeleriyle işaret ettiği gibi, cebri icranın sonuç vermediği belli olmadıkça alacaklının böyle bir silahı kullanmasına imkan vermek borçluyu ölçsüz zarara uğratabilir ⁸.

⁴ S. Üstündağ, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s.230 vd.

⁵ Bu yöndeki içtihatlar için bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.252, dn. 59-61.

⁶ "...Öte yandan, davacı fona devredilen bankalardan olup 19.10.2005 gün ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesi uyarınca açılacak tasarrufun iptali davalarında aciz belgesi alma şartından muaf tutulmuş ve aynı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca bu Kanunla fon lehine getirilen hükümlerin makalede şamil olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda davada aciz belgesi alınmasına gerek olmayıp esas yönünden de sübuta erdiğiinden ..." 15. HD. 17.04.2006 t., 7979-2249, Oskay/Koçak/Deynekl/Doğan, İİK Şerhi, 2008, s.5865; 17 HD 30.10.2007 T. E:4626, K:3300, 17 HD 19.7.2007 T. E:1079, K:2553, Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, 3. bası, 2008, s.848- 849.

⁷ M.K.Yıldırım, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi hakkında Düşünceler, Umar'a Armağan, Dokuz Eylül Üni.HFD. cilt 11, Özel Sayı 2009 (İzmir 2010), s.973 vd ; İsviçre Hukukunda son yayın olarak J. Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, s.389.

⁸ Yıldırım, agm., 981-982; Umar, İptal Davası, s.38 vd.

Hukukumuzda kural olarak aciz vesikasının maddi hukuka ilişkin sonuçlarından birisi de takipte semeresiz kalan ve vesikaya bağlanan alacağa faiz talep edilememesidir. Davanın başında aciz vesikasının ibraz edilmesi aranmadığında dava süreci de dahil olmak üzere sonradan aciz vesikası alınıncaya kadar asıl alacağa faiz yürütülmesi söz konusu olacaktır. İstisnai yasal düzenlemeler ile aciz vesikasının şart olmaktan çıkartıldığı durumlarda ise faiz işletilmesi bakımından bir zaman sınırlaması ile karşılaşılacaktır.

c - İptalin Unsur Vakıaları

İİK, bağışlamadan, acizden ve kasıttan dolayı iptal şeklinde üç farklı unsura yer vermektedir (m.278-280). İptal davacısı (takip alacaklısı), İİK.nda açıklanmış, sayılmış unsur vakıalardan birinin olayda gerçekleştiğini ispat etmelidir. Bütün unsurlar, borçlunun, hacizden veya iflasın açılmasından önce gerçekleşmiş bir hukuki işlemini şart koşturur.

Borçlunun, hacizden/ iflasın açılmasından sonraki hukuki işlemlerinin, iptal hakkı tanınan kişiye karşı geçersiz olması nedeniyle (iflas hakkında İİK m.191/I, Art.204 I SchKG) bunlar hakkında iptal gerekli değildir. (İsviçre’de cüzi icra için ayrıca bkz. Art 92 II)

Borçlunun işlemi, hacizde/ iflasın açılmasından önceki belirli bir sürede, şüphe (kuşku) döneminde gerçekleşmiş olmalıdır. Sürenin hesaplanmasında, İsviçre’de 1994 değişikliği ile eklenen Art. 288a uyarınca örn. İflasın ertelenmesi süresi, önceden başlatılmış takip devam ettiği süre hesaba katılmaz. İsviçre’de borçlunun hacizden/ iflasın açılmasından önce geriye doğru belirli bir süre içindeki hukuki işlemleri, kuşku döneminde yapılmış sayılır. Şüphe süresi, işlemin bağıştan; acizden veya zarar verme kastından kaynaklanmasına göre değişmektedir. Şüphe süresi, gerek bağışlama nedeniyle, gerek acizden dolayı iptalde, evvelki 1 yıl iken, zarar verme kastından dolayı iptalde kuşku dönemi 5 yıldır.

Süre hesabında, Türk hukukunda, işlemin gerçekleştiği tarihten yola çıkılmaktadır.

İİK m.280’deki “...işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olma...” ifade ile “Hak Düşürücü Müddet” başlıklı m.284 “İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer.” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, iptale konu işlemin vukuu tarihinden başlamak üzere takibe başlamak için ve ayrıca iptal davası için beş yıllık süre öngörüldüğü tespit edilmektedir.

İptal davası açma hakkına ilişkin sürenin başlangıcının işlemin vukuu tarihinden değil, mukayeseli hukuka uygun olarak haciz tarihi veya takip tarihi yahut iflasın açılması tarihi olarak yeniden düzenlenmesi gerekir idi. Bu hali ile m.280’de öngörülen süre alacaklılar aleyhine kısa tutulmuştur.

İİK m.280'deki süreyi, bu hali ile, İsviçre'deki kuşku duyulan süre niteliğinde saymak güçtür. Zira, kuşku duyulan süre bir takip işlemi tarihinden geriye doğru hesaplanmaktadır. Madde, süreyi iptale tabi işlemden başlatması nedeniyle de Me-hazdan farklıdır.

İptal davalarına ilişkin haller, değişik faraziyeler İİK. m.278, 279, 280'de ele alınmıştır. İlk iki maddede sırasıyla borçlunun ivazsız tasarrufları ile aciz döneminde iken yaptığı tasarrufları kazüistik bir metotla düzenlenmiştir.

İİK. m.278 “İvazsız Tasarrufların Butlanı” başlığını taşımaktadır. Maddenin I. fıkrası: “Mutat hediyeler müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağış-lamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır” şeklindedir. II. fıkrası: “Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez.” Şeklindedir. III. fıkrası bent 2'de ise : “Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitle” bağışlama hükmünde sayılmaktadır. Böylece 1 ve 2. bentte bazı inançlı muameleler iptale tabi tutulmuştur. Yargıtay konuyla ilgili çeşitli kararlarında, verilen şeyin değeri ile borçlunun ivaz olarak kabul ettiği fiyat arasındaki dengesizliğin pek aşağı kabul edilebilmesi için aradaki farkın en az bir kat olması gerektiğine işaret etmiştir⁹.

“Acizden dolayı butlan” başlıklı İİK. m.279, takip borçlusunun, alacaklılarından birini ya da birkaçını koruyan, kollayan tasarruflarının iptalini düzenlemektedir¹⁰.

“Zarar verme kastından dolayı iptal” başlığını taşıyan İİK m.280 ise, çerçeve norm niteliğindedir. İİK. m.280 borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla giriş-tiği mal kaçırmaya yönelik tasarruflarının, alacaklılarına karşı yapılmamış sayılma-sına hükmolunması şeklinde bir müeyyide içermektedir ve m.278 ile 279'a nazaran genel hükümdür.

c) İptal Kararının Etkileri

İptal davasının takip hukukuna ilişkin amacına uygun olarak, iptal, hukuki tasarruf işlem üzerinde, iptali talep eden davacının alacağını takibi için gereken miktarda etkili olacaktır.

⁹ Örnek olarak bkz. 15. HD. 12.12.1994 tarih ve E.5896, K.7423 s.lı kararı, Ertekin/Karataş, İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1988, s.182 vd., HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, Uyar, , 2008, s.558-571;

Farklı içtihatlar için bkz. Pekcanitez, H./O. Atalay/M. S. Özkan/M. Özkes: İcra ve İflâs Hukuku, 10. bası, Ankara 2012, s.845 dn.10.

¹⁰ S.Kale, Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası, Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.

İptal sayesinde ilgili mallar, somut takip için haczedilebilir olduğu ilan edilecektir. (duruma göre iflas masasına ait oldukları) iptal davalısı, iptal davacısının takipteki menfaatlerini tutarı kadar malları geri vermekle sorumludur. Ödediği bedeli, karşılığı hala borçluda mevcut ise veya onun zenginleşmesi söz konusu ise geri isteyebilir. Bağış yapılan kişi iyiniyetli ise elinde kalanı vermekle yükümlüdür. (Art. 291 SchKG).

İcra dairesi alacaklının dilekçesi veya mahkemenin talimatı ile, malların haczini yapmakla yükümlüdür. iflas prosedüründe, iptal kararının kesinleşmesi ile mallara vaziyet edilecektir¹¹.

“İadenin Şumulü” başlıklı m.283/I: Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.

m.283/II: “İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkum edilir.” şeklindedir. Mehz İsviçre’de, iptal davasının tazmin talebini de kapsayacak şekilde terditli bir biçimde açılması tavsiye edilmektedir¹².

d) Kasta dayanan iptal ve ispat

İsviçre’de Kren Kostkiewicz’e göre kasta dayanan iptal maddesi en azından iptal edilebilir hukuki işlemler bakımından genel hüküm niteliğindedir. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. Tasfiye hukuku değişikliği sürecinde Kanuna Art.288 e ikinci fıkra eklenerek, davalı 3. Şahsa – borçlunun yakın çevresinden olması koşuluyla- borçlunun izrar kastının görülebilirliğini ispat yükü yüklenmesi, ispat yükünün yer değiştirilmesi hususu gündemdedir.¹³

Türk İİK madde 280’in başlığı ile 1 ve 2. fıkraları 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve tek fıkra haline getirilmiştir. Madde 280 f.I: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren 5 yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.”. Madde 280 f.II: “ Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya fûru ile

¹¹ İsviçre’de Spühler/Pfister, sh.105.

¹² Bauer in: Staehelin /Bauer/ Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz zur SchKG, Basel 1988, Band 3, Art.291 no.20 ve orada anılan kazai içtihadlar

¹³ Kren Kostkiewicz, Schuldbtreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, s.392.

üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilafını üçüncü şahıs, ancak 279 uncu maddenin son fıkrasına göre isbat edebilir”.

Türk hukukunda İİK 280/III’de bir Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmının devir veya satın alınması faraziyesi için çürütülebilir bir karine oluşturulmuştur.

Madde 280 f.II ile ilgili olarak, üçüncü kişinin kötünietinin ölçüsü; asgari olarak iptale yol açacak durumu bilmektir. Tasarrufun ivazlı olup olmaması da önemli değildir. İktisap anında, söz konusu işlemin iptali kabil olduğunu bilen veya şartların gerektirdiği dikkati gösterseydi bilebilecek olan kişi, kötünietlidir¹⁴. Kötünietiyi ispat yükü davacıya düşmektedir¹⁵. Yargıtay bir olayda da “...borçludan taşınmazı satın alandan, aynı taşınmazı satın alan kişi hakkında iptal kararı verilebilmesi bu kişinin kötünietli olmasının subut bulmasına bağlıdır. İvazlar arasında farkın varlığının, diğer kanıtlarla birlikte ancak takdiri delil niteliğini taşıyacağı; resmi senette gösterilen değer ile gerçek değer arasındaki farkın tek başına yeterli delil sayılamayacağını...” içtihat etmiştir¹⁶.

İİK. m.280’e göre iptale tabi tasarruflar, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm hileli işlemlerdir. Borçlunun borcunu ödememek için taşınır veya taşınmaz bir malını bir başkasına devretmesi gibi. Hileli tasarrufun iptal edilebilmesi için, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastının, lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi tarafından bilinmesi veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunması gerekir. Bu hususta her türlü delil ve yaşam deneyi, hayatın olağan akışı gibi fiili karineler ispat aracı olarak kullanılabilir¹⁷. Karine, varlığı bilinen bir olaydan, varlığı veya yokluğu sonucuna varılması imkanını veren kuraldır¹⁸.

Emare hakkında şu kısa bilgiler verilebilir: Mehaz İsviçre’de emare yolu ile ispat kanunda açıkça yer almamakla birlikte, borçlunun zarar verme kastı ve borçlunun kastının üçüncü kişi tarafından görülebilir olması, sübjektif unsurlardır ve bu hakime çoğu zaman zor bir görev yüklemektedir. Hakim, ızzar kastı ve kastın görülebilir olduğu hususunda emarelerin münferiden ispatına mı gideceği, yoksa iptal davacısının iddia ettiği dış vakıaların genel durumundan sonuç mu çıkaracağına kendisi karar verecektir. Bilindiği üzere, ispat doğrudan ispat ve emareler yoluyla dolaylı ispat şeklinde olabilmektedir. Emare yolu ile ispat, hakkında karar

¹⁴ Bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.267 vd.

¹⁵ Yargıtay HGK 13.11.2002, 15-846/907, Ankara Barosu D 2003/2, s.213.

¹⁶ 15. HD. 15.2.1999, 464/490, YKD 1999/5, s.660-661.

¹⁷ Yargıtay, HGK 11/04/2001 tarih ve 2001/15-339 E. 2001/352 K.

¹⁸ Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2009, s.314; Başözen, A. İlk Görüş İspatı, Ankara 2010, s.65vd.

verilecek hayat olayının münferit durumunun analizine dayanır. Bir iddia tecrübe kurallarının muhtemel kıldığı olaylara binaen emare vakıalar ile de ispatlanabilir. Emare yoluyla ispat ile münferit durumlardan asıl, ana vakıa çıkarılmaktadır. Emare vakıalardan ciddi şekilde başka sonuçların çıkmaması şartıyla bu emare delilden kanaate ulaşılabacaktır¹⁹.

Yargıtay'ın müstekar içtihadı, aynı işkolunda çalışan kişilerin borçlunun ödeme güçlüğü içine girdiğini bilmediğini kural olarak ileri süremeyecekleri yönündedir²⁰.

Mehaz İsviçre'de borçlunun gayrimuayyen kastı dahi yeterli görülmemekte, ancak ihmali yeterli görülmemektedir. Gerekli olan gayrimuayyen kast deruni vakıalara da dayanabilir. Eğer borçlunun kendisi açıklamamış ise, gayrimuayyen kast hakkında dışsal unsurlara bakılarak karar verilir, objektif değerlendirme yapıldığında borçlunun işleminin muhtemelen zarar vereceği sonucuna varılabiliyorsa, bu onun gayrimuayyen kastına ilişkin önemli bir emaredir.²¹

Kastın görülebilirliği açısından yeni tarihli içtihadlara göre, lehine tasarrufta bulunulan tarafın iptale tabi işlemin yapıldığı tarihte borçlunun ızzar kastını bilebilir durumda olması şartı bakımından, gerekli özeni ve dikkati göstermiş olmasıdır (BGer vom 9.8.2007, 5C.3/2007, E.3.4) yalın bir ihmal yeterlidir. (BGer vom 29.5..2008, 5A. 29/2007, E.8.4). Önemli ve belirleyici olan husus: daima borçlu ile yararlanan arasındaki ilişkinin niteliği ve sürekliliğidir (BGer vom 9.8.2007, 5C.3/2007, E.3.4) .

Borçlu hükmi şahıs ise, kast ve bilinmesi hususunda organlarına bakılır, çalışanlardan bazılarının iptali istenen ödemelere katılmış olmaları önem arzetmez. Kastın varlığına ilişkin dış unsurların varlığının tespiti fiili meseledir, dış unsurlardan kastın oluştuğunun ortaya konulup konulmadığı ise hukuki meseledir. (BGer vom 29.5..2008, 5A. 29/2007, E.4.1).

İptal davaları basit yargılama usulüne tabidir, hakim ihtilafları hal ve şartları gözönünde tutarak serbestçe takdir ve halleder (İİK m.281/1)²². Alman hukuk çevresinde, ikame olunan deliller yanında, tarafların duruşmadaki davranışları da

¹⁹ bkz.: Yıldırım, 4949 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikle İİK'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertilenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniv. Hukuk F. Dergisi, 2005/1, Sayı 2, s.471 vd., s.477, 478.

²⁰ Yargıtay 15. HD. 26.3.1987 tarih ve E.3900/K. 1258 s.lı kararı, E. Ertekin/İ. Karataş, İstihkak Ve Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998, s.220 vd.

²¹ BGer vom 29.5.2008, 5A. 29/2007, E.4.1; Hunkeler/Umbach-Spahn, Kurzkommentar Schuld-betreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, Art. 288 no.15, s.1172.

²² Yıldırım M.K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, passim.; Yıldırım, İptal Davaları, 165 vd., 233 vd. Ayrıca bkz. Pekcanitez, H./O. Atalay/M. S. Özkan/M. Özkes: İcra ve İflâs Hukuku, 10. bası, 2012, s.857 ve orada dn.44 de 15.HD 5.3.1992, 917/1106, Karataş/Ertekin, s.49.

değerlendirmede malzeme olarak dikkate alınır. Türk Hukukunda ağırlıklı olarak mevcut karine sisteminden yararlanılarak hukuki korunma sağlanmaktadır. Fiiller her türlü delil ile isbatlanabilir. Hakim, vakıanın vuku bulup bulmadığına, tüm delilleri birlikte inceler, değerlendirir, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar verir.

Muvazaa iddiasında, kast deruni vakıa olmakla isbatı çok zordur.

Zarar verme kastından dolayı iptal davasında, davacı, kendi borçlusunun borca batık bir halde iken işlem yaptığını ve zarar verme kastı taşıdığını, ayrıca işlemin diğer tarafı olan kişinin de takip borçlusunun mali durumunu ve zarar verme kastını bildiği ve bilmesi gerektiğini ispat etmelidir²³.

Türk uygulamasında -Mehaz İsviçre'den farklı olarak- muvazaa nedeniyle açılan davalarda da yoğun bir şekilde tasarrufun iptali davası esasları ve sonuçları gündeme gelmektedir.²⁴

Bilindiği üzere, muvazaadan farklı olarak iptal davasında Hak Düşürücü Müddet" başlıklı m.284'e göre, "İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer."

²³ Davacının ispat yükünü, özellikle delil ikame yükünü yerine getirmesi bazen oldukça güç olduğundan, kanun koyucu alacaklının ispat yükünü hafifletecek bazı karineler getirmiştir.

Burada hem mali durumun, yani borca batıklığın hem de zarar verme kastının ispatında yaklaşık ispat ölçüsü geçerlidir; tam ispat aranmaz. bkz. Pekcanitez / Atalay/Özkan/ Özkes: İcra ve İflas Hukuku, 2012, s.847-848

²⁴ bkz. T. Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, 3. bası, 2008, s.49-166 ve orada Yargıtay kararları; ayrıca HGK 14.4.2004, E. 2004/15-182, K.220 s.lı içtihad incelemesi için T. Akkaya, Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İİK nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olmadığı Sorunu, MİHDER 2006, s.661-682, 670 vd. ; ayrıca L.Börü, İcra İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası, AÜHFD 2009, cilt 58, Sayı 3, s.481 vd., 492.

YARGITAY HGK E. 2000/4-823 K. 2000/851 T. 3.5.2000 sayılı kararında özetle, taraflar arasındaki "tapu iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İcra iflas yasasındaki iptal davasıyla, borçlar yasasındaki muvazaa davasının hukuki sonuçları farklı olup, iptal davası sonucunda mülkiyet borçluya geri dönmez ancak alacaklının alacağını tahsil etmesine olanak tanıyacak biçimde haciz ve satış isteme yetkisi sağlar denilmiş, İİK m.283 hükmü uygulanmıştır.

Üye M.Handan Surlu Karşı Oy yazısında : "... Bu davada dayanılan hukuksal neden "muvazaa"dır ve bu husus tartışmasızdır. Bir iptal davasından söz edilmemiştir ve böyle bir kabul de yoktur. Davanın dayanağı ve mahkemenin kabulü muvazaa olunca, sonucun da bu kabule göre oluşturulması gerekir. Nitekim Özel Dairede davanın dayanağının İİK.nun 277 ve izleyen maddelerinde hükme bağlanan bir iptal davası olduğuna söylememekte, ancak hükmün bu tür bir davaya özgü biçimde oluşturulmasını öngörmektedir..."

Hem muvazaanın hem de tapunun iptal edilmeyerek tasarrufun iptaline karar verileceğinin kabulü; temelde muvazaa (butlan) ile illetli bir temlik işlemine, kısmen geçersizlik, kısmen de geçerlilik anlamını vermek olacaktır ki, böylece tecezzi kabul etmez. Bir temlik işlemi ikiye bölmek anlamına gelir; bu da açık bir çelişki teşkil eder." şeklindedir (karar örneği için bkz. Uyar, 2008, s.134-138).

e) Ticari işletme devri karinesi hakkında

Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye yabancı olan takip alacaklısı açtığı iptal davasında, ispat yükünü taşımaktadır. İptal davalarının çoğunda muvazaa temeline dayanılmaktadır. Muvazaa iddiasında, kast deruni vakıa olmakla isbatı çok zordur.

İptal davalarında ispat faaliyeti bu ve diğer çevre koşullarından ötürü güçlük oluşturduğundan İsviçre Hukukunda bir kısım kanuni karineler oluşturulmuştur.

Türk kanun koyucu İcra İflas Kanununda, Zarar verme kastından dolayı iptal hükmünde m.280/son fıkrada, karineler kataloğuna -Mehazda öngörülmemiş- bir karine eklemiştir. Bu karine, giderek daha sık kullanılan ticari işletmenin devrine ilişkindir.

İİK 280/III; “ Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun da bu hallerde ızzar kastiyle hareket ettiği kabul olunur. Bu karine ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı taktirde bütün alacaklıların ıttılını temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilan olduğunu ispatla çürütülebilir” hükmünü amirdir.

Uygulamada Yargıtay HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, s.lı kararına göre bu “ kötüniyet karinesi” dir. “...; yatırım şirketi olduğu belirgin ve iş alanı itibariyle satış tasarrufuna konu taşınmazların mal varlığına ve ticari işletmesine dahil olduğu açık olan davalı borçlu şirketin, icra dosyalarına yansıyan durumu itibariyle de tasarrufa konu bu taşınmazların ticari emtiasının önemli bir bölümünü teşkil ettiğinde; bu nedenle de, iptali istenen tasarruflarının icra ve iflas Kanunu'nun 280. maddesinin 4. (4949 s.y. ile değişik haliyle 3.) fıkrası kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Durum bu olunca, alacaklı/davacı anılan maddede kendisi yararına getirilen karineden yararlanmak durumundadır. Bu karine ile, bir taraftan borçlunun alacaklılarını ızzar kasti ile hareket ettiği ve diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kasti bildiği kabul edilerek alacaklı ispat külfetinden kurtarılmıştır. İspat yükü kendisinde olan davalı taraf, bu karineyi çürütecek bir delile de dayanmamış; eş söyleyişle, Kanunun öngördüğü yasal karinenin aksini kanıtlayacak usulü işlemlerin davalı borçlu tarafından yerine getirildiğini iddia ve ispat edememiştir. Bu durumda, karinenin davacı lehine gerçekleştiğinin kabulü gerekmiştir....”²⁵

²⁵ HGK. 2.2.2005 T. E:15-666, K:1, Uyar, , 2008, s.558-571, ayrıca Uyar, s.549-601 deki içtihatlar. “...borçlunun 3. kişiyle yaptığı markaların devrine ilişkin sözleşmeler İİY'nin 280. maddesinde belirtilen ticari işletmenin devri mahiyetindedir. ... ticari işletmenin devri halinde devralan kişi borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar vermek kastı ile hareket ettiği kabul olunur ve bu şartlarda yapılan sözleşmeler de batıl sayılmaktadır ...” 17 HD 9.07.2007, E: 2474, K:/2410 (26.03.2009 www.hukukturk.com); marka hakkında 21.HD.9.6.2008 T, 3206-9598 , Uyar, İİK Şerhi cilt 12, 2009, s.19611 no.3.

Davalılardan borçlu şirketin malı olan bir taşınmazı satın alan üçüncü şahıs aleyhinde görülen iptal davasında, İİK m.280-son fıkradaki davacı alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirilmesi veya tüm alacaklıların duyabileceği münasip araçlarla ilanı usulünün taraflarca bilinmemesi, tatbik edilmemesi faraziyesinde, ispat yükünü tersine çeviren karinenin ağır sonuçları ile karşılaşılmaktadır.

Takip borçlusu şirketin adına kayıtlı mallarını rayiç değerinde bedelini de almak suretiyle devri faraziyesinde, İİK m.280/son fıkra, fıkroda öngörülen şartların varlığı halinde, alacaklı lehine - davacının dilekçe ve beyanlarında açıkça dayanmamış olması halinde dahi hakimin kanuni karineyi resen göz önünde tutması sonucu- kullanılmaktadır. Buna mukabil takip borçlusu şirketin hakim ortağının, kendi adına kayıtlı olan mallarını, örneğin tarlasını yine rayiç değerinde bedelini de almak suretiyle devri faraziyesinde ise m.280/son daki karine kullanılamamakta ve dosya içeriğine göre kimi durumda dava ispatsızlık faraziyesinde, davanın reddi yönünde sonuçlanabilmektedir.

Mukayeseli hukukta Mehaz İsviçre'de, kasta dayanan iptal maddesi en azından iptal edilebilir hukuki işlemler bakımından genel hüküm niteliğindedir. Bu yüzden diğer iki maddeye nazaran sıkı şartlara bağlanmıştır ve uygulanması en zor olan hükümdür. Mehaz İsviçre'de bu yönde kanuni bir karine ihdas edilmemiştir. Buna rağmen iptal davaları ispat hukuku esasları ve ilgili enstrümanları yardımıyla alacaklı bakımından etkili bir silah olarak kullanılmaktadır. Doktrin yardımıyla kazai içtihadların geliştirilmesi yolu tercih edilmiştir.

İİK m.280/son daki ticari işletmenin devriyle ilgili karinenin, sadece fıkroda belirtildiği şekilde önceden ilanı ile çürütülebilmesi esasının, menfaatler dengesi bakımından mukayeseli hukukta Mehaz İsviçre'de ihdas edilmediği, gri bir alan tanındığı da göz önünde tutulduğunda, lege ferenda kaldırılması uygun düşecektir.