

İHTİRAZİ KAYIT İRADESİNİN AÇIKLANMASI

(İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması)

Halil YILMAZ*

1. Giriş

Kişiler, toplum içinde bulunmanın zorunlu kıldığı yol ve yöntemleri kullanarak yaşantıları için önem taşıyan ekonomik gereksinimlerini karşılamak amacıyla diğer kişilerle değişik hukuksal ilişkilere girerler. Özel hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşen bu ilişkiler nedeniyle günlük yaşantıda sürekli olarak bir şeyler alınır satılır. Her hukuksal ilişkinin sonunda taraflar birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu durumuna girerler.

Alacaklı olmak alacaklıya karşı taraftan alacağı konusu olan borcun ifasını isteme yetkisini verir. Ancak alacaklı ve borçlu olmaktan kaynaklanan hukuksal ilişkiler çok defa basit bir kalıp içinde gerçekleşmez. Bazen borçlu, dönemlik edimleri gerektiren borçlar bakımından belli bir dönem için yaptığı ifa ve asıl edimin ifası karşısında alacaklının suskunluğunu borcun geri kalan kısmı için de ifa edilmiş sayıldığı varsayımında bulunabilir.

Esasen borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün hukuksal olarak sona ermesini ifade eder. Bu yolla borçlu borcundan kurtulurken, alacaklının alacak hakkı da ortadan kalkmış olur. Uygulamada borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi aynı bağlamda ele alınmakla birlikte, borcun sona ermesi borç ilişkisinin sona ermesinden farklı bir anlama gelir. Borç ilişkisinin sona ermesi borcun sona ermesine göre daha geniş bir alanı ifade eder. Borç ilişkisinin sona

* Ankara Hakimi.

ermesinden söz edilebilmesi için bu ilişkiden doğan bütün asli ve fer'i borçların sona ermesi gerekir.¹

Borçlar Kanunu'nun "*borçların sukutu*" başlığı ile başlayan üçüncü babında; yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifa imkansızlığı, takas ve zamanaşımı borcu sona erdiren sebepler olarak gösterilmiştir. Borcu sona erdiren bir sebep olan ibranın bu bölümde düzenlenmemiş olmasına karşın, borcu sona erdirmeyen bir sebep olan zamanaşımı bu bölümde düzenlenmiştir. Keza borcun en normal sona erme şekli olan ifaya da bu bölümde yer verilmemiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "*Borç İlişkisinin Sona Ermesi ve Zamanaşımı*" başlıklı üçüncü bölümünün ilk maddesi olan 136. maddesinde saklı tutulma kavramı altında ihtirazi kayıt ilişkisine yer verilmiştir. İhtirazi kayıt ileri sürmemek tasarının ifadesi ile hakların saklı tutulmaması borcu sona erdirmekle birlikte borç ilişkisini sona erdiren bir durum değildir. Bu nedenle tasarıda sistematik açıdan düzenlemenin yeri uygun seçilmemiştir.

Asıl borcun sona ermesi bu borç ilişkisinden doğmuş olan yan borçların sona ermesini gerektirmemekle birlikte, bazı koşullar altında aksinin gerçekleşmesi mümkün olur ve yan borçların da sona ermesine sebep olabilir. Bu durumda borç sona ererken borç ilişkisi sona ermiş olmaz. Asıl borcun ifası karşısında alacaklının suskunluğu, borcun fer'ilerinin istenmediği, kendisini bu şekilde yapılan ifa ile tatmin edilmiş kabul ettiği, bu nedenle borcun ifa edilmiş sayıldığı sonucunun çıkmasına yol açabilir. Halbuki alacaklı ifanın bitmediği düşüncesindedir. Ne var ki alacaklının bu düşüncesi karşı tarafa bildirilmedikçe, yasa ifanın yapıldığı yönündeki borçlu varsayımlarını desteklemektedir. Yasal olarak da desteklenen bu sonucun aksine sonucun elde edilmesi, daha açıkçası borcun geri kalan kısmının ifasının istenebilmesi, alacaklının bu yöndeki iradesini açığa vuran aktif bir davranışının varlığını gerektirmektedir. Alacaklı bu aktif davranışı göstermediği takdirde ifanın geri kalan kısmından zımnen feragat etmiş sayılacaktır. İşte alacaklının göstermesi gereken bu aktif davranışının hukuksal karşılığı ihtirazi kayıt beyanında bulunmasıdır. İhtirazi kayıt beyanının ne şekilde gösterileceği konusunda yasada bir açıklık bulunmaması nedeniyle sorunun çözümü

¹ Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 356.

alacaklının ifa karşısında takınacağı tavra göre çözüm bulacağı için ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının incelenmesi gereği duyulmuştur.

2. Kavram ve Tanım

Kavramın yasal bir tanımı bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt, aslen Osmanlıca kayd-ı ihtirazi şeklindeki iki sözcüğün birleştirilmesinden oluşmakta; geri durma, çekinme, ön koşul, kabul etmeme ve yakın anlamlarda kullanılmaktadır.² İhtirazi kayıt, hukukun genel ilkeleri içinde uygulama alanı bulan bir kurumdur. Özel hukuk alanında borç ilişkileri bakımından ifa ile bağdaştırılması nedeniyle daha çok borçlar hukuku ve ticaret hukukuna ait bir kavram olarak kendini göstermektedir. Ne var ki, kavramın kendini uygulamada tanıtması vergi hukuku bağlamında gerçekleşmiştir. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan ve ona bağlı olarak varlık kazanan bir haktır. Hukuk düzeni, ifadaki belirsizliğin hak sahibine zarar vereceğini düşündüğü konularda, bu belirsizlikten kaçınmak için ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanımına yer vermiştir. Çoğu kere alacaklının borcun tam ifa edilip edilmediği konusundaki tereddütlerinin bir ürünüdür. Bu amaçla, alacaklının kendi iç iradesi ile fiili uygulama arasındaki yorum farkını gidermek için başvurulmuş ve alacaklıya geleceğe ait güvence sağlayan bir hak niteliğindedir. Bir hukuksal ilişkiden doğan borcun kısmen ifasından, borcun kalan kısmının da ifa edildiği sonucunun çıkmasını önleyici niteliğe sahip olduğu düşünülürse, ihtirazi kayıt ileri sürmeye ilişkin etkinin geçmişe değil de geleceğe etkili olması gerektiği görülür.

3. İhtirazi Kayıt Beyanının Hukuksal Niteliği

İhtirazi kayıt çok bilinen bir kavram olmasına rağmen Türk hukukunda özellikle borçlar hukukunda çok işlenmiş bir konu değildir. Türk hukukunda ihtirazi kayıt ileri sürülmemesinin, ifa yerine geçen bir borçtan kurtulma şekli olarak algılandığı söylenebilir. İhtirazi kayıt ileri sürülmemesinin yol açtığı hak kaybı, hak sahibinin (alacaklının)

² Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara 2001, s. 420.

örtülü irade beyanı ile o haktan vazgeçmiş sayılmasına ilişkin yasal sonuca (karineye) dayanmaktadır. İhtirazi kayıtsızlığı ortaya çıkaran örtülü irade beyanına karşılık ön koşulun (ihtirazi kayıt) açıklanması alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildirimiyle yapılır. Bu bildirim ifanın kabulü ya da en geç ifanın kabulünün ardından derhal yapılmalıdır. İhtirazi kayıt, ifanın gerçekte yerine getirilmemesine rağmen, yapıldığı varsayımı ile borçlunun borçtan kurtulma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Henüz tam bir ifa yapılmadan ifanın herhangi bir aşamasında karşı tarafın borcu sona erdirmeye iradesinin sonuca ulaşmasına engel olunmaktadır. Bu nedenle ihtirazi kaydın hakkı koruyucu işlevi olan bir irade beyanı olduğu söylenebilir.

İhtirazi kaydın ne olduğu konusuna ihtirazi kaydın yokluğu çerçevesinden bakarak açıklamak yararlı olabilir. Borçlunun kısmi ifası teknik anlamda tam bir ifa olmamakla birlikte, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmemesi halinde teknik anlamda tam ifanın sonuçlarını doğuracaktır. İhtirazi kayıtsızlık borcun teknik anlamda ifası dışında borçtan kurtulmanın bir şeklidir. Dolayısı ile borcun sona ermesinin sebebi ifaya değil ihtirazi kayıtsızlığa dayanır. İhtirazi kayıt hukuksal sebebi ile kurulan bağ, borcun kısmen ifası ile kalan borcun sonlanması arasındaki sürecin kesintiye uğratılmasıdır. Bu nedenle ihtirazi kayıt yeni bir borç ortaya çıkarmamaktadır. Amaç yeni bir borç ortaya çıkarmak değil, borç ilişkisinin mevcut borcun kısmi ifası yoluyla sona ermesine engel olmaktır.

İhtirazi kayıt hukuksal niteliği itibari ile, varması gerekli bir irade beyanı olarak alacaklı tarafından bizzat ya da temsilcisi aracılığı ile borçluya veya temsilcisine yöneltilmek suretiyle ifanın bitmediğinin hatırlatılmasıdır.³ Ancak ihtirazi kayıt alacağı muaccel hale getiren ya da yasal yükümlülükten kurtulmanın yolu olan bir ihbar olarak algılanmamalıdır. İhtirazi kayıt beyanı hatırlatılan borcun varlığının teyit edilmesidir. Yargıtay bir kararında ihtirazi kayıt (önkoşul) konusunda *“alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildirimi ile yapılır. Önkoşul ileri sürme hakkı, bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğuran haklardandır...”* nitelemesinde bulunmuştur.⁴ Bilindiği gibi yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı ile yeni bir hu-

³ Yılmaz, Halil, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 47.

⁴ Y. 13. HD'nin 02.11.1994 tarih, 1994/6201-1952 sayılı kararı.

hukuksal durum meydana getirme yetkisi veren haklardır. Karşı tarafın rızası ve katkısı olmadan hak sahibinin irade bildirimi ile istenen yeni sonuç meydana gelir. Meydana getirilen hukuksal durum, bir hakkın veya hukuksal ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde olabilir. Bu nedenle yenilik doğuran haklar, meydana getirdikleri hukuksal sonuçlara göre üçe ayrılır. Bunlar; kurucu yenilik doğuran haklar, değiştirici yenilik doğuran haklar ve bozucu yenilik doğuran haklar şeklinde ortaya çıkarlar. İhtirazi kayıt beyanı, bir hakkın korunmasını sağlayan irade beyanından ibaret olup, mutlaka haklar kategorisinde bir yere konulması gerekmez.

Kaldı ki, yenilik doğuran haklar yalnızca bir defa kullanılmaya uygun olan haklardır. Oysa ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı hak sahibine sürekli olarak kullanma yetkisi vermektedir. Zira her ifa öncesi veya ifa sırasında bu hakkın kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Alacaklının ifaya ilişkin hakkını her defasında borçluya hatırlatmasında hukuksal yararı bulunmasa bile borçlunun bu hatırlatmadan göreceği bir zarar yoktur. Diğer taraftan, bir kez kullanılan yenilik doğuran hakkın, geri alınması ve hakkın kullanılmasından önceki hukuksal duruma dönülmesi mümkün değildir.⁵

Buna karşılık ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının geri alınarak ifaya ilişkin talepten vazgeçilmesi borçlu muhatabın onayına bağlı olmadığı gibi yasal bir engel de bulunmamaktadır. Zira, borçlunun kısmi ifasına ilişkin işleminin tam ifa sonuçlarını doğurması ihtirazi kayıt beyanı ile önlenmektedir. Böylece borçlunun borcun tamamen ifa edilmiş sayılmasına yol açacak işlemine karşılık alacaklının hakları korunmuş olmaktadır. İhtirazi kaydın konusu, korunması amaçlanmış özel hukuka özgü bir haktır. Hak sahibi ihtirazi kayıt ileri sürmekle yasada düzenlenmiş olan ifaya ilişkin iradesini sürdürmek ya da sürdürmemek konusundaki seçeneklerden ifayı talep hakkında seçim kararı vermektedir. İhtirazi kayıt beyanı mevcut bir hakkın ortadan kalkmasına engel olduğu için, bir tasarruf işlemi değildir. İhtirazi kaydın esas hukuksal ilişki (hak-alacak) üzerindeki etkisi ise ifa işleminin bitmediğinin hukuksal olarak borçluya hatırlatılmasıdır.

⁵ Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.257.

4. İhtirazi Kayıt Hakkının Kullanılması

4.1. Hak Sahibi

İhtirazi kayıt hakkı sahibi, İhtirazi kayıt hukuksal işlemi ile borçlunun hukuksal alanında borcun ifasına dönük sonuç doğurmaya yetkili kılınan kişidir. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkına sahip olan kişi, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Hak sahibini bu hakkı kullanmaya zorlayan yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Keza muhatap olan borçlunun da hak sahibini bu hakkı kullanmaya zorlama yetkisi bulunmamaktadır.

İhtirazi kayıt hakkının kullanılması tek taraflı bir irade beyanı ile esasen muhatabın hukuksal alanında bir değişiklik meydana getirmedigine göre, alacaklı hak sahibi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbestçe karar verme ve seçme hakkına sahiptir. İsterse hakkı kullanır ve alacak hakkının kalan kısmını güvenceye bağlar isterse hakkı kullanmayarak ihtirazi kayıtsızlığın borçluya sağladığı avantajların ortaya çıkmasını olanaklı kılar.

İhtirazi kayıt ileri sürülmesinin istenilen hukuksal sonucu doğurması için hakkı kullanan kişinin bu tür bir yetkiye sahip olması gerekir. Yetkisiz kişinin kullandığı ihtirazi kayıt herhangi bir hukuksal sonuç doğurmaz. Ancak hak sahibinin icazet vermek sureti ile hakka sonradan geçerlilik tanınması mümkündür. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının mutlaka hak sahibi tarafından ileri sürülmesi koşulu yoktur. Hak sahibi ile hakkı kullanan kişi farklı kişiler olabilir.

Öyleyse bu hak, hak sahibi alacaklı tarafından bizzat kullanılabileceği gibi, onun adına irade bildiriminde bulunmaya yetkili kişi tarafından da kullanılmasına engel yoktur. Dolayısı ile ihtirazi kayıt yasal veya iradi temsilci tarafından kullanılabilir. Özellikle tüzel kişiler açısından tüzel kişiliğe ait olan bu hak tüzel kişiliği temsile yetkili organ ya da kişiler tarafından kullanılır. Keza tam ehliyete sahip olmayan gerçek kişiler adına yasal temsilcileri kullanır.

Sınırlı ehliyetsizler açısından bakılacak olursa, ihtirazi kayıt hakkını kullanmak, hakkı kullanan kişileri borç altına sokan ya da ona ait bir hakkın sona ermesine yol açan bir işlem olmadığı için yasal temsilcilerinin izni veya icazetine gerek olmaksızın tek başına kullanmaları mümkündür. Hak sahibi, hakkı kullanmak bakımından bir başkasına

temsil yetkisi verebilir. Ancak temsil yetkisi olduğu iddiasında bulunan kişinin temsil yetkisinin varlığını ispat etmesi gereklidir. Aksi takdirde borçlu açısından ortada ihtirazi kayıtsızlıktan kaynaklanan bir ifanın varlığı söz konusu olacaktır.

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının birden fazla kişiye ait olması mümkündür. Bu durumda ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının hak sahiplerinden birisi tarafından kullanılmasının yeterli sayılıp sayılmayacağı ya da hep birlikte mi kullanılması gerektiği sorusu, hak sahipleri arasındaki ilişkinin ve söz konusu ihtirazi kayda ilişkin hakkın ifa biçimine göre ayırım yapılarak cevaplandırılması gereken bir sorudur. Borçlunun borca ilişkin ifayı alacaklılardan birisine karşı yapması, borcun diğer alacaklılar bakımından da ifa edildiği sonucunu doğuruyorsa, borcun ifa edildiği muhatap diğer alacaklılar adına ifayı kabule yetkili olacağından, onlar adına ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının varlığını kabul etmek mantığa uygun bir çözümdür. Ne var ki borç alacaklıların her birisine karşı ayrı ayrı ifası gereken bir borç ise, borçlunun alacaklılardan birisine karşı yaptığı ifa diğer alacaklılar açısından geçerli bir ifa sayılmayacağı için, kendisine karşı ifa yapılan alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmemesi diğer hak sahiplerinin de ihtirazi kayıt ileri sürmediklerini göstermez.

4.2. Muhatap

İhtirazi kayıt hakkı sahibinin karşısında bulunan kişi pasif bir konumdadır. Kendisine karşı yapılan ihtirazi kayıt beyanı karşısında muhatap kişi olmanın dışında bir hukuksal konuma sahip değildir. Alacaklının bu hakkı kullanmasına engel olma gücü bulunmamaktadır. Ancak ihtirazi kaydın geçerli şekilde kullanılıp kullanılmadığı konusunda uyuşmazlık çıkarılabilir. Bu durumda mahkemenin, hak sahibinin bu hakkın süresinde, başka bir anlam çıkmasına yol açmayacak şekilde ve yetkili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı bakımından inceleme yapması söz konusu olacaktır.

İhtirazi kayıt hakkının gerçekte muhatap olan kişiye karşı kullanılması gerekir. Bu kişi borcu ifa eden kişidir. Borcu ifa eden muhatap kişi borçlu olabileceği gibi muhatapın yasal ya da hukuksal işlem ile yetkili kılınan temsilcisi olabilir. İhtirazi kayıt hakkının kullanılmasına muhatap olan kişi konumunda birden fazla kişinin bulunması durumunda

borcun ifa yönünden bölünüp bölünememesine göre ayırım yapmak suretiyle çözüm bulunması gerekir.

5. İhtirazi Kayıt Beyanının Özellikleri

5.1. Tek Taraflı İşlem Olma Özelliği

İhtirazi kayıt beyanında bulunmak yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması değil ise de, her yenilik doğuran hakkın kullanılmasında olduğu gibi, ihtirazi kayıt beyanı da tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır. İhtirazi kayıt beyanının karşı tarafa varmış sayılması için onun hakimiyet alanına ulaşmış olması yeterlidir. Karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda varmış sayılır. İhtirazi kaydın kullanıldığına ilişkin beyan karşı tarafa varır varmaz hukuksal sonuçlarını doğurur. Ayrıca karşı tarafın bunu öğrenmesi koşulu aranmamalıdır. Karşı tarafın bu beyanı öğrenme olanaklarına sahip olması yeterlidir. Kaldı ki muhatabın buna karşı koyma olanak ve yetkisi bulunmamaktadır.

İhtirazi kayıt, ortada teknik bir ifa bulunmaması nedeniyle borcun sona ermesini engelleyen, yeni bir borç ilişkisi kurulmaksızın mevcut borcun varlığının alacaklı açısından korunmasını sağlayan, asıl borçla aynı hukuksal sebebe dayalı irade beyanından ibarettir. Ayrıca ihtirazi kayıt ilişkisinin kurulması için bir sözleşme yapılmasına gerek olmadığı gibi herhangi bir dava açılması koşulu da bulunmamaktadır. Tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.

5.2. Belirli Bir Hukuksal İlişkiye (İfaya) Bağlı Olma Özelliği

İhtirazi kayıt ileri sürmek ifayla doğrudan ilgili bir hakkın kullanılması demektir. Bu nedenle alacak bakımından ifayı kabul eden kimsenin ifayı kabul yetkisine sahip olması gerekir. İfayı kabul yetkisi, kamu alacaklarına ilişkin ifanın kabulünde önem kazanmaktadır. Kamu yönetiminde yetkiler açıkça tanımlanıp önceden belirlendiği için yönetime ait bir haktan ancak yönetimi yasal olarak temsil eden kişiler yasalarda belirtilen koşul ve yöntemlere uymak suretiyle vazgeçebilir. Yönetim adına bir haktan vazgeçmeye yetkili olmayan bir kimsenin ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin işlem yapmış olması ile yönetim açısından her hangi

bir hakkın ortadan kalktığıнын kabulü hukuken mümkün değildir.⁶

Borçlar Kanunu'nun gerek 88. maddesi gerekse 113. maddesi ödeme karinesini belirtmekte olup emredici bir hüküm ifade etmemektedir. Burada borçlu lehine tanınan karinenin aksi alacaklı tarafından ispat edilebilmelidir. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürdüğünü ispat ettiği takdirde geriye kalan alacak ya da hak canlılığını devam ettirecektir. B

K'nın 113. maddesi; *"Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur. Evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neşet eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz. Gayrimenkul rehine ve kıymetli evraka ve konkordatoya müteallik hususi hükümler mahfuzdur."* 88. maddesi ise *"Faizden veya icar bedeli gibi muayyen zamanlarda ödenmesi lazım gelen sair borçlardan ihtirazi bir kayıt dermeyan etmeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı, ondan evvelki taksitleri de tahsil etmiş sayılır. Senet borçluya iade edildikte borç (sakıt) olmuş sayılır"* hükmünü içermektedir.

Maddelerdeki düzenlemeye göre, asıl borç ödeme ile veya sair bir suretle düştüğü takdirde kefalet, rehin ve sair fer'i haklar da düşmüş olur. Maddede önceki cümleden de aynı sonuca varmak mümkün olmasına karşın yasa ayrıca önceden işleyen faizlere ilişkin talep hakkının saklı tutulduğunun anlaşılmaması halinde bu faizleri talep hakkının düşeceğini aynı hüküm içinde düzenlemiştir. Borçlarda bir devreye ait ödemede ihtirazi kayıt ileri sürülmemesinin veya makbuz verilmesinin daha önceki devreye ait borçların ödendiğine karine teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz alacaklı bu karinenin aksini iddia ve ispat hakkına sahiptir.⁷

Söz konusu karinenin uygulanması için ifanın alacaklı veya temsilcisine karşı yapılmış olması gerekir. Bu anlamda, örneğin kira parasının tevdi mahalli olarak kabul edilen bir bankaya yatırılmış olması daha önceki aylara ait kira parasının alındığına dair karine oluşturmaz. Çünkü banka ne alacaklı ne de alacaklının temsilcisidir. Sözleşmede, bedelin bir bankadaki hesaba yatırılacağıнын kararlaştırılmış olması (BK'nın 91. m.) bankayı alacaklı yapmayacağı gibi alacaklı adına ifa bakımından yetkili temsilci durumuna da getirmeyeceğinden bankadan alınan dekontlar

⁶ Y.13. HD'nin 02.11.1994 tarih, 1994/6201-9521 sayılı kararı.

⁷ YHGK'nun 07.04.2004 tarih, 2004/11-209-209 sayılı kararı.

BK'nın 88. maddesi anlamında makbuz niteliğine sahip değildir. Keza banka, alacaklı tarafından verilmiş bir talimat olmadıkça alacaklı adına ihtirazi kayıt iradesini bildirmek ve ileri sürmek yetkisini de haiz değildir.⁸

Hakka ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşması yeterlidir. Ayrıca hükümlerini doğurması için borçlunun ya da karşı tarafın kabul beyanına ihtiyaç yoktur. İhtirazi kaydın geçerliliği ifanın ve ifayı kabulün geçerliliğine ilişkin genel ilkelere bağlıdır. Karşı taraf ihtirazi kaydın hukuken gerçekleşmediği iddiasında ise bunu mahkemede menfi tespit davası yoluyla ileri sürebilir. Hakkın geçerliliğine ilişkin saptama bakımından ehliyet, temsil, irade fesadı gibi işlemin geçerliliğine etki eden genel hükümler uygulanır. Örneğin, yapılan işlemde gabine ait koşulların gerçekleşmesi, hakkın kullanımına ilişkin geçerlilik üzerinde de sonuçlar doğurur.

5.3. Hakkın Kullanılmasından Sonra Geri Alınabilmesi

İhtirazi kayıt hakkının bir defa kullanılması ile istenen hukuksal sonuç elde edilmiş olur. İhtirazi kayıt beyanı esasen borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Borçlunun, kendi hukuksal durumunda lehine değişiklik meydana getirme amacını etkisizleştirmektedir. Bu nedenle bir defa kullanılmasından sonra tekrar kullanılması zaten korunmaya alınmış bir hakkın yeniden korunmaya alınması demek olacağından anlamsız bile olsa buna yasal bir engel bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt beyanı borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Daha açıkçası borçlunun ifa yükümlülüğüne ek bir yükümlülük getirmez. Borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmemesi onu bir kez kullanılan irade beyanının geri alınmamasına ilişkin yasakla yüz yüze getirmez. Bu nedenle ihtirazi kayıt beyanının muhataba varmasından sonra da geri alınabilmesi mümkündür. Zira geri almanın engellenmesinde muhatabın korunmaya değer bir hakkı bulunmadığı gibi geri almanın muhataba zarar verme işlevi bulunmamaktadır. Kaldı ki, ihtirazi kayıt beyanının geri alınmasının bir anlamı da bulunmamaktadır. Zira, alacaklı bunu geri almak yerine ifa beklentisinden vazgeçtiğini açıklayabilir.

⁸ YHGK'nun 09.04.1969 tarih,1969/4-156/218 sayılı kararı.

5.4. Hakkın Kullanılmasının Şarta Bağlanamaması

Yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlı olarak kullanılmazlar. İhtirazi kayıt ileri sürmek yenilik doğurucu bir hak olmamakla birlikte ihtirazi kayıt beyanında bulunma hakkının kullanılmasının şarta bağlanması kendi yapısını uygun değildir. İhtirazi kayıt ileri sürmek ifa ile doğrudan bağlantılı bir hakkın kullanılmasıdır. İfa istenir ya da istenmez. Bunun şarta bağlanması isteniyor ise ifanın şarta bağlanması gerekir. Ayrıca ihtirazi kayıt ileri sürmenin şarta bağlanmasında bir yarar yoktur. Zira bu hakkın kullanımının şarta bağlanması borçlu muhatabın hukuksal durumunda bir belirsizliğe yol açacağı gibi bir güvensizlik ve kargaşa ortamı ortaya çıkaracaktır.

5.5. Hakkın Kullanılmasının Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olması

Eğer irade açıklaması bir süreye tabi tutulmuşsa hakkın mutlaka bu hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. Bir hakkın kullanılması ancak o hakkın sona ermesinden önce mümkün olabilir. İhtirazi kayıt beyanında bulunma hakkının kullanılması da belli bir süreye bağlıdır. Bu sürenin bitimi ile hak ortadan kalkar. Sürenin geçmiş olması ile hakkın sona ermesine yol açması, o süre içinde hak sahibinin hakkını kullanmamış olmasından daha açıkçası hak sahibinin hareketsiz kalmasından kaynaklanmaktadır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı ifadan önce veya ifa sırasında hakkın sona ermesinden önce kullanılabilir. İfa sona erdikten sonra bu hakka ilişkin beyanda bulunulamaz. Bu nedenle ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının temas ettiği hakkın yasal ya da sözleşme ile belirlenen süresi içinde kullanılması gerekir. BK'nın 113. maddesi gereğince asıl borç tediye ile veya sair bir surette sakıt olduğu takdirde fer'i hakları da sakıt olur.

Bu nedenle ihtirazi kayıt hakkının kullanılmasına ilişkin bu süre, o hakkın (alacağın) ifasının yapılmış sayıldığı ana kadar varan süredir. Bununla beraber herhangi bir süre belirlenmemişse, kural olarak ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı zamanaşımına uğramaz. Zira ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı sahibinin hakkını kullandığına dair irade açıklamasının muhataba varmasıyla sonuçlarını meydana getirecek olması zamanaşımı uygulamasını bu hakkın içeriğine uygun düşürmemektedir. Sonuçlarını

doğurması için borçlunun kabulüne, işbirliğine ya da hakkın işlerlik kazanması için cebri icra yollarına başvurulması ihtiyacı bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanımı zamanaşımına bağlı değil ise de hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Hak düşürücü süre muhatabın korunmasına hizmet eder. Sonsuz sürede kullanılabilecek olması borçlu muhatap açısından aynı sürede hukuksal durumda belirsizlik ve tedirginliğin sebebi olacaktır.⁹ Yargıtay bir kararında, çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede açılması gereken babalık davasının ana tarafından süresinde açılmaması nedeniyle reddedilmesi karşısında hakkın aslı düşmüş olduğundan, ona bağlı fer'i hak niteliğinde olan tazminat davasının da reddinin gerektiğini belirtmiştir.¹⁰ İhtirazi kayıt ileri sürmek suretiyle korumaya alınan asıl hakkın zamanaşımına uğraması mümkündür.

5.6. Hakkın Devri

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının bağlı olduğu ifanın konusu olan alacak haktan ayrı olarak devredilip devredilemeyeceğine kısaca göz atmakta yarar vardır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı kendisini doğuran asıl haktan ayrı olarak tek başına devri mümkün değildir. Çünkü ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı ancak bağlı olduğu asıl hak ile birlikte bir anlam ifade eder. Dolayısı ile bu hakkın devri ancak, bağlı olduğu asıl hakkın (alacağın) temlikıyla birlikte hüküm ifade eder. Bu hakkın kullanımı bakımından faiz alacağı uygulamada en sıklıkla ortaya çıkan fer'i haktır. Faiz alacağının asıl alacaktan bağımsız olarak temlik edilmesi mümkündür. Bu nedenle asıl borcun ifasından (ödenmesinden) önce faiz alacağının temlik edilmiş olması halinde alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürme yükümlülüğünden söz edilemez. Alacağın temlikine ilişkin işlemin hukuksal geçersizliği, ihtirazi kayıt hakkının devrinin geçersizliğine de yol açar. Temlik mümkün ve caiz olmayan haklar bakımından ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının devri de söz konusu olmayacaktır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının üçüncü kişiye verilmesinde ısrar edilmek isteniyorsa, ona temsil yetkisi verilmek suretiyle aynı amaca varmak mümkündür.

⁹ Buz, a. g. e., s. 263.

¹⁰ Y.2. HD'nin 12.04.1983 tarih 1983/1774-3217 sayılı kararı.

6. İhtirazi Kayıt Beyanının Şekli

6.1. Açık olarak

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanılması belli bir şekle bağlı kılınmamıştır.¹¹ İhtirazi kayıt iradesinin herhangi bir şekilde açıklanması yeterlidir. Bu nedenle açık bir irade beyanı ile kullanılabileceği gibi örtülü irade beyanı ile de kullanılabilir. Açık irade beyanı yazılı veya sözlü olarak tamamen iradeyi gösteren bir davranışla kullanılabilir. İhtirazi kayıt açık olarak; ifa sırasında sözlü olarak beyan edilmesi ya da yazılı olarak dilekçe verilmesi şeklinde ileri sürülebilir. Ancak uygulamada, ispat nedeniyle genellikle yazılı şekil kullanılmaktadır. Hakkın kullanılması olanaklarına sahip olmak hakkın kullanıldığı anlamına gelmez. Hak sahibinin hakkın kullanımına ilişkin irade beyanı muhatap tarafından şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir. Dolayısı ile hak sahibi hakkın kullanımına ilişkin irade beyanını sözlü olarak muhataba açıklayabilir. Bu anlamda hak sahibi ifadan önce veya ifa sırasında, *“ihtirazen, ihtirazi kayıtla, alacağın kalan kısmına ilişkin haklarımı saklı tutuyorum, faiz hakkım saklıdır...vb”* biçiminde ifa beklentisini gösteren sözcükler kullanmak suretiyle açıklayabilir. Hak sahibinin ihtirazi kayıt iradesini yazılı olarak ileri sürmesi de mümkündür. Hak sahibi ifadan önce veya ifa sırasında, ifa beklentisini gösterir iradesini açıklayan dilekçeyi muhataba vermek suretiyle bunu gerçekleştirebilir.

Ayrıca ifayı kabulün belli bir şekle bağlı olması durumunda, söz konusu ifanın kabul edildiği şekle yazılı not düşülerek bu irade açığa vurulabilir. Karşı tarafa telgraf çekmek, iadeli taahhütlü mektup göndermek, noterden ihtar çekmek, fax çekmek..vb şekillerde ihtirazi kayıt iradesi açıklanabilir.¹² İhtarnameın noterden çekilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gerçekten ihtarname yoluyla ihtirazi kayıta bulunulup bulunulmadığının ispatı bakımından noterden çekilen ihtarname kolaylık sağlar. İhtirazi kayıt iradesinin kullanılması bakımından bir şekil koşulu aranmamakla birlikte, belli kişiler arasında bu hakkın

¹¹ Yılmaz, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, a. g. e., s.50.

¹² “...Davacı işçiyeye taksitler halinde bonolarla kıdem tazminatının tamamının ödendiği süreçte, son ödemeden önce Noterlikçe çekilen ihtarname ile faiz alacağını saklı tutmuştur. Borçlar Kanunu’nun 113. maddesi kapsamında bu belgenin ihtirazi kayıt olarak nitelendirilip ödeme tarihlerine göre geçmiş günler faizi hesap edilip hükmü altına alınması gerekir.” (Y.9. HD’nin 15.02.1999 tarih 1998/19727-2077 sayılı kararı, Yılmaz, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, a. g. e., s.77).

kullanılması belli geçerlilik şartına bağlanmıştır. Buna ilişkin düzenleme TTK'nun 20. maddesinde görülmektedir. Bu hükme göre, "...tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar ve ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması gerekir."

İhtirazi kayıt iradesinin karşı tarafa yansıtılmasının bir diğer şekli ise yargı yoludur. İhtirazi kayıt hakkının kullanılmasının kural olarak davaya ihtiyacı yoktur. Ancak hak, mahkemeden hukuksal koruma ve aracılık istenerek, dava açılmak suretiyle kullanılabilir. Alacağın tamamen ifasından önce alacaklı tarafın fer'i alacakların ifasına ilişkin iradesini açtığı dava ya da yaptığı takip yoluyla borçluya yöneltmesi mümkündür. Söz konusu dava ya da takipten feragat edilmediği sürece yeniden ihtirazi kayıt ileri sürülmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerek icra takibinde ve gerekse dava ile faiz isteme iradesinin sürdürülmüş olması esasen BK. 113. maddesinde yer alan çekince ileri sürme iradesinin sürdürülmesi esasına dayanmış olduğundan alacaklının artık icra takibinden sonra asıl alacağı tahsil ederken ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur.¹³ Davanın derdest olması ya da bunun bir ilamla karara bağlanmış olması bu iradenin sürdürülmesi açısından yeterlidir. Bu açıdan bakıldığında faiz alacağının bir ilamla hüküm altına alınmış olmasının, daha sonraki kısmi ifaların kabulünde halin icabından kaynaklanan ihtirazi kayıt beyanı olduğu kabul edilmelidir.¹⁴

6.2. Halin İcabı Olarak

Açık irade beyanının dışında ihtirazi kayıt iradesinin varlığı halin icabından anlaşılabilir.¹⁵ Halin icabı, açık irade beyanı olmamakla birlikte

¹³ Y.11. HD'nin 01.12.2003 tarih 2003/4182-11326 sayılı kararı, Ayrıca, "Davacının bu dava ile alacağının faizi ile tahsilini talep ederek faiz isteme iradesini sürdürmüş olmasına, esasen BK.113. maddesinde yer alan çekince koşulunun, isteme iradesinin sürdürülmesi esasına dayanmasına ve davacının artık, davadan sonra asıl alacağı tahsil ederken ihtirazi kayıt koymasına gerek bulunmamasına, kaldı ki davada HUMK'nun 94/2 maddesine uygun bir kabul beyanı olmayıp..." (Y. 11. HD'nin 08.12.2003 tarih 2003/4519-11536 sayılı kararı), Ayrıca Y.9. HD'nin 22.10.2001 tarih 2001/17011-16443 sayılı kararı.

¹⁴ Y.12. HD'nin 21.6.2001 tarih 2001/10348-11211 sayılı kararı (Yılmaz, Halil, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," Yaklaşım, Temmuz 2005, s. 254).

¹⁵ "...Davacının ödeme öncesinde kuruma verdiği dilekçede faiz istemini dile getirmiş olması karşısında, tediye tarihinde ayrıca bu yönde bir ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur. Zira anılan düzenleme uyarınca birikmiş aylıklara işleyen yasal faize ilişkin hakkının varlığı

gerek tarafların konumu gerek ilişkinin niteliği ve gerekse olayın kendine özgü koşullarının ayrı ayrı ya da bir bütün olarak değerlendirilmesinden, borç ilişkisinde alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürme arzusunda olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, halin icabından kaynaklanan ihtirazi kayıt iradesinin varlığından söz edilebilir.¹⁶

Örneğin Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, kooperatif genel kurulunca ödeme günü belirlenerek aidat istenmesi, ödenmemesi halinde temerrüt faizi uygulanmasına ilişkin alınan kararın kesinleşmesi durumunda, bu karar tüm ortakları bağlayacağı için, BK'nın 101/2. maddesi hükmü karşısında, ortaklara temerrüt ihtarı keşidesine gerek kalmadan borcun ifası istenebilecektir.

Genel kurul kararında temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmesi durumunda, BK'nın 113/2. maddesinde belirtilen halin icabı nedeniyle, alacaklının aidat aslını tahsil ederken temerrüt faizine ilişkin bir çekince koymasına gerek yoktur.¹⁷

İhtirazi kayıtsızlıktan dolayı borçlunun fer'i nitelikteki edimler bakımından borçtan kurtulabilmesi için alacaklının borcun aslının ödenmesi anında gerek açık olarak ve gerekse halin icabından dolayı ihtirazi kayıt (ön koşul) ileri sürebilecek durumda ve konumda olması gerekir. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürebilecek konumda değilse borçlunun ihtirazi kayıtsızlığa dayalı olarak fer'i borçlardan kurtulma olanağı yoktur. Örneğin, banka ya da havale gibi ödemelerde alacaklının borçluya karşı ihtirazi kayıt iradesini ortaya koyma olanağı bulunmamaktadır.¹⁸ Ayrıca banka ihtirazi kayıt ileri sürülmesi bakımından alacaklının temsilcisi konumunda değildir.

"Dava konusu gider ve avans payları Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesi hükmü uyarınca bağımsız bölüm malikleri tarafından yönetime ödenmesi gereken borç olup bunlar, makbuz mukabilinde ve tüm kat maliklerinin her zaman denetleyebilecekleri muhasebe kayıtları kapsamında ödenmesi gereken aidatlardır. Davalı dahi kat maliki olarak yönetimin bu alacağının alacaklısı

halin icabından anlaşılmaktadır." (Y.10. HD'nin 11.03.2003 tarih 2003/1132-1895 sayılı kararı) (Yılmaz, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," *a. g. m.*, s. 254).

¹⁶ Yılmaz, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," *a. g. m.*, s. 252.

¹⁷ Y.11. HD'nin 26.05.2003 tarih, 2002/13118-5507 sayılı kararı.

¹⁸ Y.19. HD'nin 14.03.2005 tarih, 2004/8796-2667 sayılı kararı.

hüviyetindedir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi bu gibi alacaklarda uygulanmaz, davalı ödemeyi yaptığını belge ile ya da yönetimin kayıtları ile kanıtlamak durumundadır.”¹⁹

İhtirazi kayıt iradesinin örtülü şekilde -yasanın ifadesi ile hal icabından dolayı- varlığı borç ilişkisinin taraflarının fiili konumundan da çıkarılabilir. Örneğin, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinin karşılıksız olması düşünülemez. Ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebileceği gibi verdiği avans ve yaptığı masraflar karşılığında ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanır. Yaptığı hizmet ve işlerden dolayı ücret ve faiz istemek tacir olmanın sonuçlarındandır. Dolayısı ile Yargıtay'a göre tacirin ticari işletmesini ilgilendiren işlerden dolayı faiz istemediğine ilişkin açık irade beyanı olmadıkça halin icabından dolayı faiz isteminde bulunduğu varsayılır.²⁰ Ayrıca yine Yargıtay'ın uygulamasına göre kamu alacakları bakımından da kamunun her zaman halin icabından dolayı alacağını istediği kabul edilmektedir.²¹

¹⁹ Y.18. HD'nin 19.03.1993 tarih, 1993/1087-3753 sayılı kararı.

²⁰ “Davacı vekili, Faisal Dış Tic. ve Paz. AŞ'ye tahakkuk ettirilen gecikme cezasının hesaplarına geç intikalinden dolayı, davacıya Faisal Dış Tic. AŞ tarafından davalı bankanın “Rıhtım Şubesi” aracılığı ile 4.11.1991 tarihinde 37.908.449 lira havale gönderildiğini, ancak 51 gün gecikme ile geldiği için faiz zararının 7.212.687 lira olduğunu, bu miktarın aylık % 10 faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili yanıt dilekçesinde, havalenin adi mektupla çıkarıldığını, ve o nedenle gecikmesinden PTT idaresinin sorumlu olduğunu, davacının veya havaleyi gönderenin daha modern araçlarla havaleyi göndermediği için, bu sonuca katlanmaları gerektiğini, havalenin 25.12.1991 tarihinde davacı hesabına geçirildiğini, bu arada hesabın değişik hareketler gördüğünü, davacının hiçbir ihtirazi kayıt koymadan parayı çektiğini, bu durumda davanın BK 113/2. maddesi'ndeki gibi istekte bulunamayacağını, ayrıca havalenin gönderildiği hesabın yıllık % 5 faiz uygulamasına tabi olduğunu, istenen faizin fahiş olduğunu davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece; iddia, savunma ve dosya içindeki kanıtlara göre, havalenin gecikmesinde kusuru olmadığını davalının kanıtlamak zorunda olduğu ve davalının bu savunmayı kanıtlamadığı, havalenin ulaşması için makul sürenin yedi gün olduğu, BK'nın 113/2'ye göre davacının doğan faiz alacağının halin icabından kaynaklandığı, davacının tacir olup, gelen parayı ticari faaliyetlerinde kullanacağı ispatı gerekmeyen bir olgu olup, davacının gelen parayı % 5 faiz getiren bir işte tutamayacağı hayatın olağan akışı gereğidir. Bu durumda davacının uğradığı zarar % 48 reeskont faizi olmalıdır. Davalı bankanın verdiği zararın, havaleyi 44 gün geciktirmeden dolayı % 48 reeskont faiz oranı üzerinden 2.223.962 lira olduğu anlaşıldığından; davanın kısmen kabulü ile 2.223.962 liranın dava tarihi olan 15.7.1992 tarihinden itibaren işleyen % 48 reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline fazla kısmın reddine karar verilmiştir. (karar Y.11. HD'nin 10.05.1994 tarih 1994/20-4119 sayılı kararı ile onanmıştır.)

²¹ Devlet alacağı söz konusu olan davalarda faiz istemi için ihtirazi kayıt ileri sürülme-

İhtirazi kayıt ileri sürmek alacaklının hak isteme iradesini sürdürmüş olması esasına dayanır. Bu iradenin varlığı sözleşme hükümleri içinde saptanabiliyorsa, sonradan sözleşme hükümlerinin aksine gerçekleştirilen fiili uygulama sözleşmedeki iradeyi kaldırıcı, değiştirici ve yeni bir sözleşme oluşturur nitelikte olmadığından alacaklının bu uygulama karşısında ihtirazi kayıt ileri sürmediği sonucuna varılamaz.²² Fiili uygulamadan doğan ihtirazi kayıtsızlık ancak ifa yükümlülüğüne ilişkin iradeyi açık şekilde yansıtan sözleşme hükümlerinin yokluğunda esas alınabilir.²³

7. Hakkın Sona Ermesi

İhtirazi kayıt hakkı hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanabildiği için muhatabın işbirliğine ihtiyacı yoktur. Ne var ki ihtirazi kayıt hakkının sonsuza kadar kullanılabilmesi muhatabı hukuksal ilişkide ifa bakımından bir güvensizlik ve ikilem içinde bırakabilir. Bu nedenle hakkı kullanma hakkı bakımından bazı sona erme nedenlerinin bulunması bir zorunluluktur. ,

Bu sebeplerin en başında hak düşürücü sürenin dolması gelir. Hakkın kullanımı için öngörülen hak düşürücü sürenin geçmesi ile artık bu hakkın kullanım olanaklarını hak sahibinin iradesine bağlı olmaktan çıkarır. Hak sahibinin bu hakkı kullanmasını engelleyen hata, hile ikrah gibi genel hukuka ait sebeplerin bulunması durumunda ihtirazi kayıtsızlık söz konusu olmayacaktır. Hakkın kullanımını engelleyen sebeplerin kalkmasından itibaren o sebebe özgü yasal süre içinde ihtirazi kayıt hakkının kullanılması mümkündür (BK. m. 21, m. 31).

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkını sona erdiren sebeplerden birisi de feragattir. Hukuk düzenince açıkça yasaklanmadığı sürece her türlü haktan feragat etmek olanaklıdır. İhtirazi kayıt hakkından feragat, feragatta bulunan kişinin sahip olduğu hakkın sona ermesine yol açar.

sine gerek yoktur. (Y.15.HD'nin,18.10.2001 tarih 2001/3439-4651 sayılı kararı) (Neyin kamu alacağı olduğu AATUHK'nun 1. maddesinde açıklanmıştır.).

²² YHGK'nun 09.02.2005 tarih 2005/3-23-48 sayılı kararı, (Fiili uygulama taraflar arasında zımni anlaşma meydana getirmez. Bu açıdan Y.6. HD'nin 08.3.2004 tarih 2004/1341-1492 sayılı kararı ile varılan sonuç yerinde görülmemiştir.).

²³ YHGK'nun 14.5.2003 tarih 2003/15-268-347 sayılı kararı.

Buna karşılık hak sahibinin ölümü, ihtirazi kayıt hakkını sona erdiren bir sebep değildir.

Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan birisi de, kesinleşen davanın dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmaksızın yeni dava dilekçesi ile ek talepte bulunulmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu noktada sorunun çözümü, ilk davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmamış olmasının, alacağın bu miktarla sınırlandırıldığı şeklinde kabul edilip edilemeyeceği, buna bağlı olarak da, fazla alacak miktarı bakımından zımni bir feragatte bulunulmuş sayılıp sayılamayacağına ilişkin kuşkun giderilmesi ile mümkündür. Feragat iradesi ister zımni, isterse açık şekilde ortaya konulmuş olsun, feragat edilmiş bir hak dava yoluyla tekrar talep edilemez.

Çünkü, dava yoluyla bir hak talebinde bulunulabilmesi için, o hakkın maddi hukuk bakımından mevcut olması gerekir. Hiç var olmayan veya başlangıçta var olmakla birlikte zımni de olsa feragat nedeniyle bizzat hak sahibi tarafından ortadan kaldırılan (böylece, borçlu yönünden söndürülen) bir hak için, usul hukukunun kurum ve kuralları kullanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Nitekim, kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için açılan bir ek davada, alacak miktarını gerçekte olduğundan daha az bildiren ve fazlaya ilişkin hakkını da saklı tutmayan alacaklının, bu şekilde, alacağını bu az miktarla sınırladığı, dolayısıyla da, fazla kısım yönünden zımni bir feragatte bulunmuş olduğu kabul edilmelidir. Yine, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı için sonradan aynı hakka ilişkin açılan davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

O nedenle tam dava olarak kabulü gereken bir davadan sonra, alacağın kalan bölümü için ayrı (ek) bir dava açılması durumunda, önceki (tam) davada mahkemenin alacağın tamamı hakkında karar vermiş olması karşısında, kesin hüküm nedeniyle ek davanın reddi gerekir.

Ayrıca ilk davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan davacı alacaklı, o davada davasını dayandırdığı vakılardan doğan alacağının tümünü dava etmiş ve alacağın dava dışı bıraktığı kesiminden zımnen feragat etmiş sayılır. Dolayısı ile feragate konu kısım ek dava yoluyla talep edilemez. O halde, ilk davada fazla hak bakımından ihtirazi kayıt bildirmemiş olan bir alacaklının(davacının) HUMK'nun 185/2. maddesi çerçevesinde borçlunun (davalının) kabul etmesi dışında, bu alacak

bölümü için ıslah veya ek dava yoluyla talepte bulunamaz. HUMK'nun 87. maddesi de davacıya bu yolda hak vermez.²⁴

8. İspat

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kaynağını oluşturan BK'nun 113. maddesi genel hüküm niteliğindedir.²⁵ Bu nedenle mahkeme ihtirazi kayıttan kaynaklanan savunma nedeniyle asıl hakkın ifasına ilişkin usulsüzlükleri de inceleyebilecektir.²⁶ Bu bağlamda, usulüne uygun bir ifanın varlığı ile ifayı kabul edenin yetkili olup olmadığının değerlendirilmesi yapılabilecektir.²⁷ İhtirazi kaydın geçerliliği ifanın ve ifayı kabulün geçerliliğine ilişkin genel ilkelere bağlıdır. Örneğin, teminat mektubu verilmesi borcu sona erdiren usulüne uygun bir ifa olmadığı için alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek yoktur.²⁸

²⁴ YHGK'nun 05.11.2003 tarih 2003/5-668/634 ve YHGK'nun 08.10.2003 tarih, 2003/9-510/555 sayılı kararı.

²⁵ "...para borçlarına ilişkin genel nitelikteki hukuk kuralı olan B.K.nun 113. maddesi..." (YHGK'nun 09.6.2004 tarih 2004/12-320-345 sayılı kararı.

²⁶ "...Dava, Kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminatın geç ödenmesi nedeniyle oluşturduğu iddia edilen faiz alacağının tahsili istemine ilişkindir. BK'nun 113. maddesi hükmü asıl borcun sakıt olmasının fer'ilerinin de kaideten ortadan kalkması sonucunu doğuracağını havi olup, mahkemece bu hüküm, davacının ibranameyi müzayaka halinde imzaladığı, bir başka ifade ile olayda gabinin şartlarının oluştuğundan bahisle dikkate alınmayıp, dava kabul edilmiş ise de, karar yerinde gabin'in şartları tartışılıp, bu yönde bir değerlendirme yapılmamış olduğundan, eksik inceleme sonucu oluşturulan hüküm, bu yönden de doğru görülmemiştir." (Y.11. HD'nin 04.03.2002 tarih 2001/9471-1767 sayılı kararı), Y.11. HD'nin 08.7.1993 tarih 1992/5590-5054 sayılı kararı.

²⁷ "Alacağın aslının çekincesiz ödenmesinin kabulü Borçlar Yasası'nın 113. maddesi hükmünce faiz isteme hakkını düşürür. Bu karine ödemeyi kabul eden alacaklının bu konuda yasanın varsaydığı iradesine dayanır. Ancak, kamu kurumunun ödemeyi kabul eden organı kurum adına irade açıklamasına yetkili değilse düşme varsayımı uygulanamaz. Ayrıca daire düzeltme nedenleriyle bağlı olduğundan 5434 sayılı yasaya göre Emekli Sandığı'nın iradesini Yönetim Kurulu'nun temsil edip tahsildarın (ihtirazi kayıtsız) çekincesiz para tahsil etmiş olmasını Borçlar Yasası'nın 113. maddesinin var sayılan irade ilkesini uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceğinin tahsildarın yetkili avukatla birlikte parayı almış olmasının duruma etkisinin ne olacağının tartışılmasına yer yoktur. (Y.4. HD'nin 22.01.1974 tarih 1973/14141-220 sayılı kararı).

²⁸ "...Borcun hangi hallerde sona ereceği Borçlar Kanunu'nun 113 ve ardından gelen maddelerinde gösterilmiştir. Yargıtay'dan tehirli icra kararı alınabilmesi için icra müdürü tarafından münasip bir mehil verilebilmenin koşulu olarak banka teminat mektubu ibraz edilmesi, borcu sona erdiren bir neden değildir. Başka bir anlatımla İİK'nun 36. maddesi gereğince icra müdürü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu ödeme yerine

Fer'i hak niteliğinde olmayan ve dönemlik borç niteliği taşımayan dolayısı ile asıl borcun bir parçası olan borcun ifası (kısmi ödeme) için ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi borcun geri kalan kısmını ortadan kaldırmaz. Bu anlamda asıl borcun bir parçası olduğu için geriye kalan vade farkı alacağı için ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur.²⁹ BK'nın 113. maddesi ile tanınan bu hakkın sağladığı alacağın yargılamayı gerektiren bir alacak olması mümkündür. Uyuşmazlığın icra mahkemesinin görevine girdiği durumlarda dar yetkili icra mahkemeleri hakkın varlığını saptama bakımından yargılama yapmaya yetkili olmadığı için icra mahkemelerinde ihtirazi kayıt hakkının tartışması yapılamaz.³⁰

Yukarıda da açıklandığı üzere kural olarak herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı olmayan ihtirazi kayıt hakkının geçerliliğinin ispatı HUMK'nun 288. maddesi vd hükümlerine bağlıdır. Bu hükme göre belli bedelin üzerinde değer ifade eden hukuksal işlemlerden kaynaklanan ihtirazi kaydın senetle ispat edilmesi gerekir.

İspat bakımından alacağın niteliği ve maddi olguların gerçekleşme biçimi önemlidir. BK'nın 88. maddesi açısından bakıldığında sorun alacağın devri (periyodik) bir eda olup olmadığının tespitinde toplanmaktadır. Bu yönün çözümü aynı zamanda davanın çözümüne de etkili olacaktır. Bilindiği gibi, MK'nın 6. maddesi hükmünce, alacaklı kural olarak hakkını dayandırdığı olguların varlığını nasıl ispat ile yükümlü ise, alacaklının ifa isteğine karşı ifada bulunduğunu ileri süren borçlu da, borcun düşmesi sonucunu doğuran bu olayı ispat ile yükümlüdür. Birden fazla borçtan kaynaklanan farklı ifaların mevcut olması halinde alacaklının ihtirazi kayıt beyanının hangi ifaya karşılık geldiğini bildir-

geçmez. Borç, teminat mektubunun paraya çevrildiği anda ödenmiş olur. Mercice, bu yön gözetilmeden, teminat mektubunun paraya çevrildiği tarih yerine icra dosyasına ibraz edildiği tarihe kadar faiz istenebileceğinin kabulü isabetsizdir.” (Y.12. HD'nin 23.03.1992 tarih 1991/9435-3517 sayılı kararı).

²⁹ Y.11. HD'nin 04.03.1999 tarih 1998/9793-1821 sayılı kararı.

³⁰ “...Takip dayanağı ilamda, idari para cezasının kaldırılmasına karar verilmiştir. İlam, eda hükmünü içermemektedir. Alacaklı, 506 sayılı kanun uyarınca kendisinden tahsil edilen para cezasının istirdadını talep etmiştir. Borçlu vekili ise; takip şekline karşı çıkmamış, idari para cezasının alacaklıya 15.12.1995 tarihinde ödendiğini, faiz talep edemeyeceğini bildirmiş, alacaklı da bu ödemeyi kabul etmiştir. Bu durumda, BK'nın 113. maddesine göre faiz alacağının tahsilinin gerekip gerekmeceği yargılama sonucu belirlenebilir. Bu nedenle, itirazın kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsizdir” (Y.12. HD'nin 23.05.1996 tarih 1996/6513-6988 sayılı kararı) Ayrıca YHKG'nun 09.6.2004 tarih 2004/12-320-345 sayılı kararı.

mesi gerekir. Borçlunun ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmiş olan alacaklı, sonradan söz konusu ifanın borca uygun surette olmadığını iddia ederse, bu iddiasını ispat yükünü de artık kendi üzerine almış demektir.

Görülüyor ki, borcun ifasını ispat, asıl olarak borçluya ait bir yüküdür. Ne var ki borcunu ifa etmiş olan borçlu, ifayı ispat yolunda bir takım haklarla ve lehine konulmuş bazı karinelerle desteklenmiştir. BK'nın 87-89. maddelerinde buna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yasa koyucu borçluya, ifasını ispat olanağını sağlama bakımından az yukarıda anılan maddelerde makbuz ve senedin iadesini isteme hakkını vermiş ve buna bazı karineler bağlamıştır. Bu karineler 88. madde de düzenlenmiştir. Anılan maddedeki düzenlemeye göre, belirli dönemlerde ödenmesi gereken borçlar, faizli borçlar ve senedin borçluya iadesiyle ilgilidir. BK'nın 88. maddesi bir feragat karinesini içermekte olup, 113. maddedeki düzenlemeye paralel emredici bir hüküm niteliğinde değildir.

Bu itibarla alacaklı, bu karinenin aksini makbuz karinesini çürütmeğe elverişli delillerle (belge, yemin vb. gibi bir delille) ispat edebilir. Unutulmamalıdır ki BK 88'deki karine, maddede anılan nitelikteki edimler için söz konusudur. Açıkçası edim, devri (periyodik) olmalıdır. Bu açıdan içinde tekerrür unsuru bulunan bütün edalar periyodiktir. Diğer bir söyleyişle, düzenli aralıklarla ödenen borçlar, aynı borç ilişkisinden doğarak belirli zaman aralıkları ile tekrarlanan edimlerdir. Bu edimlere örnek olarak, hisse senetlerine isabet eden temettüleri, infa senetlerinin ve lisans haklarının sağladığı gelirler, kira, akdi faizler, taksitli satışlarda taksitler, dernek aidatları, gazete ve mecmua abonman ücretleri, bir havagazı ve elektrik şirketine yapılan periyodik edalar, sigorta primleri, nafaka borçları gösterilebilir. Burada alacaklı, normal olarak taksitleri almadan daha sonraki devrelere ait taksitleri (edaları) kabul etmez. Bu nedenle 88. madde, Yargıtay'a göre etraflı bir hesabı gerektiren (bilirkişi incelemesini ya da yargılamayı gerektirmesi denilebilir.) ve özellikle zarar söz konusu olan ilişkilerde uygulanamaz.³¹

"Borçlar Yasası'nın 88. maddesi bu biçimde belli dönemlerde gerçekleşen borçlardaki sonraki dönemlerin ödenmesinde çekince gösterilmemesini alacaklının daha önceki dönemlerde gerçekleşen borç taksitlerinin ödendiği iradesine işaret saymaktadır. Bu hükmün uygulanması için bilimsel eserlerde borcun bir

³¹ YHGK'nun 20.11.1981 tarih,1980/13-1923/757 sayılı kararı.

*tek hukuki nedene dayanması ve belli zamanlarda (Periyodik) olması yeterli sayılmaktadır. Yasa genellikle duraksamayı gideren kurallar (Hukuki karineler) koymaktadır. Böyle bir durumda hakim genellikle ancak aksi ispatlanmadıkça bir olayı belli nitelikte bir iradenin deyimi olarak benimseyecektir. Nafaka borcu da bu nitelikteki borçlardandır.”*³²

Borçluya karşı, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmesi yargılama hukuku açısından bir itiraz teşkil eder. İhtirazi kaydın itiraz olarak nitelendirilmesi özellikle yargılama hukuku açısından büyük önem taşır. Alacaklının bu itirazı, ifanın iddia edilen sınırlar içinde gerçekleşmediği veya hiç gerçekleşmediğinin ileri sürülmesi anlamına gelmektedir. Yargıç açılan bir dava içinde bir itiraz sebebinin varlığını öğrendiği takdirde, bunu görevinden ötürü doğrudan göz önüne almakla yükümlü olması nedeniyle ihtirazi kayıt ileri sürülüp sürülmediğini de görevinden ötürü doğrudan gözetir.³³

9. Sonuç

BK'nın 113. maddesi içinde bulunduğu bölümün başlığı altında borcu sona erdiren bir sebep olarak gösterilmiştir. Faiz ve gecikme zammı gibi fer'i borçlar, asıl borca bağlı olarak doğar. Yasanın anılan maddelerinde öngörülen kural uyarınca asıl borcun sona erdiği durumlarda bu borca bağlı fer'i borçların da sona ereceği açıktır. Bu husus kendiliğinden gerçekleşir. Borçlu, asıl borç ya da dönemlik borçlar itibarı ile kısmi ifayı yaparken, borcu sona erdirmeye iradesi bulunmasa dahi daha sonra alacaklıya atfen ihtirazi kayıtsızlığı ileri sürmesi halinde borcun sona ermesine ilişkin sonuçlar doğmaya başlayacaktır. Anılan hükümlere göre fer'i hakların asıl borca bağlı olarak sona ermemesinin nedeni ise, “ihtirazi kayıt” beyanıdır. İhtirazi kayıt, alacaklının bazı hakları ileride kullanmakta serbest bulunduğu dair irade açıklamasıdır. Bu irade açıklaması ya açık şekilde ya da halin icabından anlaşılır. Bu açıdan kamu alacakları imtiyazlı alacaklardır. İhtirazi kayıtsızlığa rağmen kamu alacağı niteliğini haiz fer'i hakların sona ermemesi kamu alacağının

³² Y.4. HD'nin 07.05.1974 tarih 1973/956-2339 sayılı kararı.

³³ “Birikmiş aylıkların ödendiği tarihte davacının, Borçlar Kanunu'nun 113.maddesine göre ihtirazi kayıt öne sürüp sürmediği araştırılıp incelenmeksizin faiz alacağına hükmolünmüş bulunması isabetsiz olduğu gibi, ..” (Y. 10. HD'nin 15.05.2003 tarih 2003/3410-4247 sayılı kararı).

imtiyazlı (halin icabı) olmasından kaynaklanmaktadır.³⁴

İhtirazi kayıt iradesinin ileri sürülmesi, alacaklının kendisine yasal olarak tanınan bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Bu hakkın kullanımı ile borcun fer'ilerini de kapsayan hukuksal bütünlüğünün bozulmasının önlenmesine ilişkin koruma sağlanmaktadır. Bir kez kullanılmakla sonuçlarını doğuracağından artık aynı borç ilişkisinden kaynaklanan her ifade böyle bir iradenin ortaya konulmasına gerek yoktur. Asıl borcun ifasının başlangıcında saklı tutulmasa bile Borçlar Yasası'nın 113. maddesine göre asıl borcun tamamı ödeninceye kadar faiz hakkının saklı tutulduğunun beyan edilmesi veya bu durumun halin icabından anlaşılması halinde her zaman ayrıca faiz istemine ilişkin dava açılabilir. İhtirazi kaydın usul hukuku bakımından itiraz niteliğini haiz olması nedeniyle uyuşmazlık halinde mahkeme asıl edimin ifasından önce fer'i alacaklar (örn. faiz) için ihtirazi kayıt konulup konulmadığını araştırıp sonucuna göre bir karar vermelidir. Örneğin, asıl borcun sona ermesinden önce faiz hakkında açılmış ve devam etmekte olan bir dava ve takibin bulunması, ödemeyi kabul eden kişinin irade bildiriminde bulunmaya yetkili olmaması veya ödemediği önce faiz alacağının temlik edilmiş olması, faiz alacağının bir ilâmla hüküm altına alınmış olması asıl borcun ödenmesi sırasında fer'i alacakları talep hakkının saklı tutulduğu anlamında kabul edilebilir.³⁵

İhtirazi kaydın arkasında hak arama yollarının açık tutulması, en önemlisi de hukuksal güvenliğin sağlanması gerekçesi bulunmaktadır. İhtirazi kayıt yolu, yasanın borçluya ifa yolunda tanıdığı karinelere karşı yine yasanın alacaklıya tanıdığı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Alacaklının yapılan eksik ifaya karşı ihtirazi kayıt koyma isteminin karşı tarafça kabul edilmemesi yasanın alacaklıya tanıdığı hakkın kullanılmasının engellenmesi anlamına geleceği için bu hakkın kullanılmasının karşı tarafça engellenmesi söz konusu olamaz. Alacaklının ihtirazi kayıt hakkını kullanırken buna gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.

³⁴ YHGK'nun 18.02.2004 tarih, 2004/10-104-94 sayılı kararı.

³⁵ YHGK'nun 08.11.1995 tarih 1995/12-794-944 sayılı kararı.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRKİYE VE TERÖRİZM

RAPOR

**TBB TARAFINDAN OLUŞTURULAN PROJE GRUBU
TARAFINDAN HAZIRLANMIŞTIR - 2006**