

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İCRA HUKUKUNDA MENFAAT DENGESİ

Pınar ÇİFTÇİ

Danışman
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

2008

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İcra Hukukunda Menfaat Dengesi” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlâk ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

22/07/2008

Pınar ÇİFTÇİ

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Pınar ÇİFTÇİ
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : İcra Hukukunda Menfaat Dengesi
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. ***
Öğrenci sınava gelmemiştir.

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>	
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>	

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
İcra Hukukunda Menfaat Dengesi

Pınar Çiftçi

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Bölümü

İcra hukuku, borcunu rızasıyla yerine getirmeyen borçlunun, devletin cebrî icra gücüyle tam anlamıyla karşı karşıya geldiği bir yaptırım sürecidir. Bu nedenle cebrî icra tekeli üzerine alan devlet, cebrî icra organları aracılığıyla bu yaptırımı uygularken belirli ilke ve kurallara uymak zorundadır. İşte cebrî icra organları bu ilke ve kurallara uyarken menfaat dengesine uygun olarak hareket edecektir.

Hak, hukuk düzeninin tanıdığı yetki, koruduğu menfaattir. Bu yüzden her hak, bir menfaati de bünyesinde barındırır. Cebrî icra prosedürü, alacaklı ile borçlunun temel haklarının çatıştığı bir süreçtir. Hukuk düzenini sağlamakla yükümlü olan icra organları da, bu çatışan hak ve menfaatleri dengelemek zorundadır. İcra organları bu arada, icra prosedüründe menfaatleri etkilenecek üçüncü kişilerin de menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür.

Bu çerçevede çalışmamızın ilk bölümünde, menfaat çatışması ve menfaat dengesini ilkesel ve kavramsal bazda ele alacağız. İkinci bölümde menfaat dengesi, kişi ve zaman bakımından incelenecektir. Son bölümde ise, normatif düzenlemeler çerçevesinde konu değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: İcra hukuku, menfaat çatışması, menfaat dengesi, icra hukukunda temel haklar.

ABSTRACT
Postgraduate Thesis
Balance of Interest in Executive Law

Pınar Çiftçi

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law

Executive law, is a sanctioning process where the debtor, who has not paid his/her debt with his/her own will, face with the enforcement of the government. Therefore, the government with its enforcement monopoly must comply with certain principles and rules in applying this sanction through its executive organs. Implementing this principles and rules, the executive organs should act appropriately keeping a balance of both parts' interests.

Right is an authority and interest recognized and protected by the order of law. Executive law is a process that involves conflicts between basic rights of claimant and debtor. The executive organs, who are expected to provide the order of law, should balance the rights and interests of both claimant and debtor. Meanwhile, these executive organs should also consider the rights and interests of third parties who aren't influenced directly by this conflict.

Within this perspective, we will discuss the conflict between the basic rights and the balance of the interests conceptually. In the second part, we will consider the balance of interests from individualistic and time perspective. In the final part, we will evaluate the balance of interests from normative regulations.

Key words: Executive law, conflict of interest, balance of interest, basic rights in executive law.

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	XI

İCRA HUKUKUNDA MENFAAT DENGESİ

GİRİŞ	1
-------------	---

I. Bölüm

KAVRAM, TARİHİ GELİŞİM VE MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK ANAYASAL TEMELLER İLE İLKELER

§ 1. MENFAAT ÇATIŞMASI VE MENFAAT DENGESİ KAVRAMLARI İLE MENFAAT DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU	4
I. MENFAAT DENGESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE MENFAAT DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU	4
II. KAVRAM OLARAK MENFAAT ÇATIŞMASI VE “İCRA HUKUKUNDA MENFAAT DENGESİ”	9
§ 2. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI AÇISINDAN İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	13
I. GENEL OLARAK.....	13
II. CEBRÎ İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİNDE MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI	15
III. TÜRK İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİNDE MENFAAT DENGESİNE YAPILAN MÜDAHALELER	33
§ 3. İCRA HUKUKUNUN AMACI OLARAK MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI	44
§ 4. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK ANAYASAL TEMELLER İLE İLKELER	53
I. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK ANAYASAL TEMELLER	53
A. Genel Olarak	53
B. Hukuk Devleti	56
1. Genel Olarak	56
2. Anayasa'nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü	57
3. Kuvvetler Ayrılığının Sağlanması	61
a. Genel Olarak Kuvvetler Ayrılığı İlkesi	61
b. Devlet Erklerinin İşlemlerinin Hukukî Denetiminin Sağlanması Gereği	62
c. Cebri İcra Faaliyetlerinin Kuvvetler Ayrılığındaki Yeri	65
4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması	68
5. Hukukun Evrensel İlkelerine Uygunluk	69
6. Hukukun Üstünlüğünün Sağlanması	74

7. Kanun Önünde Eşitliğin Sağlanması ve Genel İlkesine Uyulması	76
C. Sosyal Devlet	81
Ç. İcra Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler	86
1. Genel Olarak	86
2. İcra Hukukuna Temel Olan Bazı Hak ve Özgürlükler	89
a. Hukukî Korunma Talebi ve Hak Arama Özgürlüğü	89
b. Âdil Yargılanma Hakkı	96
c. Hukukî Dinlenilme Hakkı	100
ç. Kişiliğin ve İnsan Onurunun Korunması	106
d. Mülkiyet Hakkının Korunması	110
e. Konut Dokunulmazlığının Korunması	111
f. Yerleşim ve Seyahat Özgürlüğü	114
3. İcra Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklere Yapılan Müdahalelerin Anayasal Boyutu	116
II. İCRA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN TEMEL İLKELER	122
A. Genel Olarak	122
B. Ölçülülük İlkesi	123
C. Paraya Çevirme İlkesi	127
Ç. Tasarruf İlkesi	128
D. Taraflarca Getirilme İlkesi	132
E. Takip Ekonomisi İlkesi	134
F. Teksif İlkesi	137
G. Yazılılık-Sözlülük (Şeklilik) İlkesi	140
III. İRADE ÖZERKLİĞİNİN, İCRA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN TEMEL İLKELER İLE MENFAAT DENGESİ ÇERÇEVESİNDE YERİ	143
IV. TAKİPTE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	145
A. Genel Olarak	145
B. Doğruyu Söyleme Ödevi ile Dürüstlük İlkesinin Uygulama Alanı	147

II. Bölüm

MENFAAT DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU VE KAPSAMI

§ 5. MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN KONUSU BAKIMINDAN KAPSAMI	152
I. TAKİP KONUSUNUN KORUNMASI	152
II. TAKİP İŞLEMLERİNDE DENGENİN KORUNMASI	153
III. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI	154
IV. MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI	162
V. KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI	164
§ 6. MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI	167
I. ALACAKLI BAKIMINDAN	167
A. Genel Olarak	168
B. Alacaklının Bir Kredi Kurumu Olması	168

1.	Genel Olarak Kredi Kurumlarının Korunması Sorunu	168
2.	İcra ve İflâs Kanunu'nda Doğrudan Doğruya Kredi Kurumları Lehine Getirilen Düzenlemeler (İcra ve İflâs Kanunu m. 68b, 150i)	184
3.	İcra ve İflâs Kanunu'nda Dolaylı Olarak Kredi Kurumları Lehine Getirilen Düzenlemeler	196
C.	<i>Alacaklının Devlet Olması</i>	201
Ç.	<i>Alacaklının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Olması</i>	208
1.	Genel Olarak	208
2.	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu Hükümlerine Göre Tahsil Yetkisi	212
3.	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tahsil Yetkisi	218
4.	Bankacılık Kanunu'nun, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, Alacaklarının Tahsiline İlişkin Tanınmış Olduğu Yetkilerin Değerlendirilmesi	224
D.	<i>Diğer Alacaklılar</i>	226
II.	BORÇLU BAKIMINDAN	229
III.	ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN	230
§ 7.	MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN ZAMAN BAKIMINDAN KAPSAMI	231
I.	GENEL OLARAK	231
II.	TAKİP ÖNCESİ VE TAKİBİN BAŞLANGICINDA	232
III.	TAKİBİN DEVAMI SIRASINDA	234
A.	<i>Genel Olarak</i>	234
B.	<i>Borçlu Açısından</i>	239
C.	<i>Alacaklı Açısından</i>	243
Ç.	<i>Üçüncü Kişiler Açısından</i>	251
IV.	TAKİP SONUNDA VE TAKİPTEN SONRA	252
§ 8.	MENFAAT DENGESİNİ KORUMAK VE GÖZETMEKLE YÜKÜMLÜ OLANLAR	254
I.	GENEL OLARAK	254
II.	YASAMA ORGANI	255
III.	YARGI VE İCRA (TAHSİL) ORGANLARI	261
A.	<i>Genel Olarak</i>	261
B.	<i>Mahkemeler ve Yargı Organları</i>	261
C.	<i>İcra Dairesi (Tahsil Organı)</i>	263

III. Bölüm

MENFAAT DENGESİNİN UYGULAMA ALANI VE İHLÂLİNİN SONUÇLARI

§ 9. MENFAAT DENGESİNİN UYGULAMA ALANI	272
I. TÜRK İCRA HUKUKU SİSTEMİNDE, İCRA TAKİP TÜRLERİ VE İCRA TAKİP YOLLARI	272
II. KAMU ALACAKLARININ ÖZEL DURUMU	277
III. İLÂMSIZ İCRADA	281
A. Genel Olarak	281
B. Genel Haciz Yolu İle Takipte	284
1. Takibin Başlangıcında	284
2. İtiraz Aşamasında	289
3. Takibin Kesinleşmesi Aşamasında	292
4. Haciz Aşamasında	298
a. Menfaat Dengesi Çerçevesinde Haciz Aşamasının Temel Özellikleri	295
b. Haciz Memurunun Zor Kullanma Yetkisinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	301
c. Muhafaza Tedbirlerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	306
ç. İstihkak Prosedürünün Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	317
d. Hacze İştirak Müessesesinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	325
e. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. Maddesinin Son Fıkrasının Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	340
f. Sonuç Olarak Türk İcra Hukuku Sisteminde Haciz Aşamasının, Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel Olarak Değerlendirilmesi	349
5. Satış Aşamasında	354
a. Menfaat Dengesi Çerçevesinde Satış Aşamasının Temel Özellikleri	354
b. Paraya Çevirme Usûllerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	356
aa. Genel Olarak Paraya Çevirme Usûlleri	356
bb. Açık Arttırma Yolu ile Satışın Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	357
cc. Pazarlık Yolu ile Satışın Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	376
dd. Diğer Paraya Çevirme Usûllerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	378
6. Takibin Son Aşamasında (Paraların Ödenmesi, Paylaştırılması veya Aciz Vesikası)	378
C. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte	381
1. Kambiyo Senetlerinden Doğan Alacak Hakkının Tahsilinin Ayrı Bir Takip Yolu Olarak Düzenlenmesinin Amacı	381
2. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Menfaat Dengesi	382
Ç. Kiralanan Taşınmazların Tahliyesi Yolu İle Takipte	388

IV. İLÂMLİ İCRADA	389
V. REHNİN PARAYA ÇEVRİLMESİ YOLU İLE TAKİPTE	392
A. <i>Rehin Hakkının İcra Hukukunda Ayrı Bir Takip Yolu İle Tahsilinin Düzenlenmesinin Amacı</i>	392
B. <i>Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Menfaat Dengesi</i>	394
VI. İHTİYATÎ HACİZDE	397
§ 10. MENFAAT DENGESİNİ İHLÂLİN SONUÇLARI VE BAŞVURU YOLLARI	402
I. GENEL OLARAK İHLÂLİN ORTAYA ÇIKTIĞI AN VE SONUÇLARI	402
II. KANUN KOYUCU TARAFINDAN MENFAAT DENGESİNİN GÖZETİLMEMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI	404
A. <i>Genel Olarak</i>	404
B. <i>Anayasa'ya Uygunluk Denetimi</i>	404
1. Genel Olarak	404
2. Soyut Norm Denetimi	407
3. Somut Norm Denetimi	408
4. Anayasa'ya Uygunluk Denetiminde Kullanılacak Ölçü Normlar	409
III. YARGI VE İCRA ORGANLARINCA MENFAAT DENGESİNİN GÖZETİLMEMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI	412
A. <i>Genel Olarak</i>	412
B. <i>Şikâyet</i>	412
C. <i>Devlete Karşı Tazminat Davası</i>	415
Ç. <i>Kanun Yoluna Başvuru</i>	417
D. <i>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru</i>	426
IV. TARAFLAR VEYA İLGİLİLERCE MENFAAT DENGESİNİN ZEDELENMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI	430
A. <i>Genel Olarak</i>	430
B. <i>Özel Bazı Düzenlemeler</i>	431
1. <i>İcra Hukukuna Özgü Suç ve Cezalar</i>	431
2. <i>Geçici Hukukî Koruma Düzenlemeleri</i>	437
3. <i>Tasarrufun İptali Davası</i>	438
SONUÇ	444
EK	450
BİBLİYOGRAFYA	457

KISALTMALAR CETVELİ

AATUHK	: 6183 sayılı, 21.07.1953 tarihli Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHS	: 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Aşa.	: Aşağı
Ay	: 2709 sayılı, 07.11.1982 tarihli Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
b.	: bent
Bank. Yön.	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik
BankK	: 5411 sayılı, 19.10.2005 tarihli Bankacılık Kanunu
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
BK	: 818 sayılı, 22.04.1926 tarihli Borçlar Kanunu
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: 5271 sayılı, 04.12.2004 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire (<i>Danıştay Dairesi olarak kullanılmıştır</i>)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dş.	: Danıştay
DVDDGK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HİD	: Hukuk ve İçtihatlar Dergisi

HPD	: Hukukî Perspektifler Dergisi
HUMK	: 1086 sayılı, 18.06.1927 tarihli Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHEB	: 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İİD	: İcra İflâs Dairesi
İİK	: 2004 sayılı, 09.06.1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu
İİK Yön.	: İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İTM	: İcra Tetkik Mercii
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
krş.	: karşılaştırınız
Legal HD	: Legal Hukuk Dergisi
Legal MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK	: 5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TebK	: 7201 sayılı, 11.02.1959 tarihli Tebligat Kanunu
TMK	: 4721 sayılı, 22.11.2001 tarihli Türk Medenî Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: 6762 sayılı, 29.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İCRA HUKUKUNDA MENFAAT DENGESİ

GİRİŞ

Her hukuk kuralı temelinde bir menfaati barındırır. Bu durum hakkın tanımından da açıkça anlaşılmaktadır. Zira hak, *hukuk düzeninin tanıdığı yetki, koruduğu menfaat* olarak tanımlanır. Bu menfaat kimi zaman mülkiyet gibi mutlak, kimi zaman da alacak hakkı gibi nisbî bir hakkın korunmasına ve sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak bu menfaat, aynı zamanda kişilerin Anayasa ile tanınmış, evrensel hukuk anlayışının ürünü olarak kabul edilen birtakım temel haklarının korunmasına da hizmet edebilir. Örneğin kişilerin yaşam hakkının sağlanması, hukuk düzenince -*özellikle de Anayasa ile hukukun evrensel ilkeleri ve uluslararası sözleşmeler tarafından*- korunmaya değer bir menfaattir. İcra hukukunda ise kişilerin hukuk düzenince korunmaya değer menfaatlerini, gerek takibin taraflarına gerekse takibe taraf olmayan üçüncü kişilere Anayasa ve uluslararası sözleşmeler tarafından tanınmış temel birtakım hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Örneğin alacaklı, alacak hakkının temelini oluşturan mülkiyet hakkını; borçlu ve üçüncü kişi de kişi varlığı ile mal varlığı değerlerini, konut dokunulmazlığını korumaya çalışmaktadır. İcra hukukunda, bu temel hakların ihlâl edilmesine varacak kadar konunun sorun teşkil etmesi, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin aynı anda, aynı takip sürecinde bu temel hakları koruma istek ve ihtiyaçlarından doğmaktadır. Dolayısıyla takibe taraf olan veya olmayan kişilerin, aynı anda kendilerine Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle tanınan haklarını koruma istekleri, icra hukukunda menfaat çatışmasının ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Oluşan temel hak ve menfaat çatışmasının ne şekilde dengeleneceği ise, son derece sancılı bir çözüm arayışını da beraberinde getirir. Bu çalışmanın da temel konusu, icra hukuku alanında çatışan bu temel hakların, mevcut icra hukuku sistemimizde ne şekilde dengelendiği ve kurulan menfaat dengesinin gerçek anlamda hukukî korumayı sağlayıp sağlayamadığıdır.

Bu çerçevede çalışmamızın temel esaslarını oluşturması sebebiyle, ilk bölümde öncelikle menfaat çatışması ve menfaat dengesi kavramları, icra hukukunun amacı ile birlikte ele alınacaktır. Bu açıklamalardan sonra, menfaat çatışması ve menfaatlerin dengelenmesi ihtiyacının esasında, sadece modern cebrî icra usûllerinin

sorunu olmadığı; bu konunun, köklerini Antik Yunan'a kadar dayandırdığı ortaya konulacaktır. Bu kapsamda Türk icra hukukunda, günümüzde ciddî sayılabilecek menfaat dengesi ihlallerine sebebiyet veren düzenlemelerin ne şekilde kabul edildiği ve menfaat dengesine müdahale teşkil eden bu kanunî düzenlemelerin hangi aşamalardan geçtiği de ayrıca ele alınacaktır. Bunun ardındansa menfaat çatışmasının konusunu oluşturan temel hak ve özgürlükler, çalışmamızın konusuyla bağlantısı ölçüsünde, anayasal ilkeler ve esaslar ile icra hukukuna hâkim olan birtakım ilkeler çerçevesinde incelenecektir. Bu şekilde birinci bölümde, çalışmanın temel noktaları kavramsal ve ilkesel bazda ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, ilk olarak menfaat dengesinin korunmasının kapsamı çeşitli açılardan ele alınacaktır. Ardından Türk icra hukuku sisteminde, menfaat dengesinin alacaklı, borçlu ve üçüncü kişinin konum ve sıfatları karşısında ne şekilde kurulduğu ve korunduğu değerlendirilecektir. Bu kapsamda özellikle alacaklı konumunda bulunan kredi kurumları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre tahsilat yapacak kamu idarelerinin menfaat dengesi çerçevesinde sahip olduğu imtiyazlı yetkiler üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Bundan sonraysa takip prosedüründe, zaman bakımından menfaat dengesinin ne şekilde biçimlendiği ve menfaat dengesini gözetmekle yükümlü olan organlar ele alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde konu, normatif düzenlemeler çerçevesinde her bir takip yolu, takip türü ve takip aşaması açısından ayrı ayrı incelenecektir. Bu noktada ise, hacizde menfaat dengesinin korunmasına ilişkin açıklamalarımızın diğerlerine oranla daha ayrıntılı olduğu göze çarpacaktır. Bu durum, ilgili bölümde açıklanacağı üzere haciz aşamasının menfaat dengesinin korunması kapsamında sahip olduğu işlevden kaynaklanmaktadır. Son olaraksa, menfaat dengesi ihlâlinin sonuçları ve bu durumda başvurulabilecek hukukî yollar tek tek ele alınacaktır. Bu şekilde çalışmamız genel bir değerlendirme ve sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

Görüldüğü üzere icra hukukunda menfaat dengesi konu, kapsam, kişi ve zaman bakımından oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olup, takibin başından sonuna tüm aşamalarını ilgilendirmekte ve göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Biz bu çalışmada, her konuyu ayrıntısıyla değil, “menfaat dengesi”yle

ilişkisi içerisinde ele alıp, incelemeye çalışacağız. Menfaat dengesiyle doğrudan ilgili olan hususlar ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılırken, diğer konulara da gerektiği ölçüde değineceğiz. Bununla bağlantılı olarak konu, tüm icra hukukunu ilgilendirdiğinden, takdir edileceği üzere bütün icra hukuku kaynaklarının tüketilmesi mümkün değildir. Çalışmamızda genel eserler, konuyla doğrudan ilgili monografiler, makaleler, yargı kararları kullanılmış; yan konularda ise, o konuyla ilgili genel ve en önemli çalışmalara atıf yapmakla yetinilecektir.

**MENFAAT DENGESİ KAVRAMI, MENFAAT DENGESİNİN
KURULMASI AÇISINDAN İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ
VE
MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK
ANAYASAL TEMELLER İLE İLKELER**

**§ 1. MENFAAT ÇATIŞMASI VE MENFAAT DENGESİ KAVRAMLARI
İLE MENFAAT DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU**

**I. MENFAAT DENGESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE MENFAAT
DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU**

Toplumu oluşturan kişiler (belirli gruplar veya toplumsal sınıflar), tarih boyunca bazen diğerleri üzerinde kendi güçlerini kullanabilecekleri bir hâkimiyet kurma, bazen de diğerlerinin mal varlığı değerlerine sahip olma arzusu içinde çeşitli mücadelelere girmişlerdir¹. Toplumu oluşturan kişilerin, grupların veya toplumsal sınıfların ihtiyaç, istek ve beklentileri, bu kişiler arasında menfaat çatışmalarının oluşmasına sebebiyet vermiştir². İdeal olan, kişilerin veya grupların düzen içerisinde uyumlu yaşayabilmeleridir. Ancak, kişiler ve gruplar arasında oluşan menfaat çatışmaları çoğu zaman kişilerin uyumlu yaşamasına izin vermeyecektir. Zira kişilerin veya grupların, diğerleri üzerinde *güç kullanma arzusu*, doğuştan sahip olunan sosyal bir içgüdüdür³. Bu durumda kişiler veya gruplar arasında oluşan menfaat çatışmaları, kendiliğinden uzlaşma yoluyla giderilemezse, hukuk düzeni devreye girerek oluşan menfaat çatışmasına müdahale edecektir. Yani, sosyal hayatın

¹ Bu konuda bkz. *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 175-176; *Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 271; *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 109; *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 17.

² *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 175; *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 109; *Güriz*, Hukuk Başlangıcı, s. 5. Ancak bu ihtiyaç, istek ve beklentiler, aynı zamanda toplum içerisinde bir düzenin ortaya çıkmasını da sağlamıştır (*Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 109; *Güriz*, Hukuk Başlangıcı, s. 5).

³ Bkz. *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 184-185. Gruplar, kişiler arasında oluşan menfaat çatışmalarının sosyal hayatın zorunlu bir sonucu olduğu yönünde ayrıca bkz. *Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 271.

gereği olarak bu durumda hukuk düzeni, çatışan menfaatler arasında dengeyi kuracak ve zor kullanma gücüyle toplum barışının sağlanmasına hizmet edecektir⁴.

Hirsch'e göre, zaman zaman menfaat dengesini bir taraf lehine değiştiren düzenlemelere gidilmesi, “*sosyal hayat mücadelesi*”nin bir sonucudur ve bu durum yadsınmamalıdır⁵. Burada önem arzeden husus ise, diğerleri üzerinde iktidar ve hâkimiyet kurma amacıyla yapılan bu düzenlemelerin *meşruluk* kazanabilmesidir⁶. Meşruluk, sadece iktidar gücünü kullanarak menfaat dengesini lehine bozan tarafın, bu gerekliliğe inanması değildir⁷. Hatta değişikliğin salt kanuna uygun olması da yeterli görülmemelidir. *Hirsch*, anayasaya uygunluğu dahi, kanuna uygunluk kapsamında zikrederek “*meşruluğu*”, anayasaya uygunluğun da çok ötesine taşımıştır. Yani, menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan bir düzenlemenin anayasaya uygun olması dahi, menfaat çatışması neticesinde kabul edilen kuralın *meşru olduğunu* göstermemektedir. Yazara göre, bir taraf lehine bozulan menfaat dengesi, öncelikle “*hakikat*”e yani, “*adalet*”e uygun olmalıdır. Ancak hakikate ve adalete uygun olan bir durum, anayasa ile kanuna ve bunların sözüne, ruhuna, amacına da uygun olursa, bu hâlde bir taraf lehine hukuk düzeninde oluşan bu yeni durum (*menfaat dengesinin kurulması*), “*meşru*” olabilecek⁸ ve bu hâlde, bir taraf lehine bozulan menfaat dengesi makûl sayılabilecektir⁹.

Hukukun amacı ile oluşan menfaat çatışmasının giderilmesi, yani menfaat dengesinin kurulması esasında birbirleriyle örtüşmektedir. Zira, toplum düzeninin

⁴ *Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 271. Devletin özellikle yargılama faaliyetinde görevinin, taraf menfaatleri arasında uygun dengeyi kurması olduğu yönünde de bkz. *Demircioğlu*, s. 56.

⁵ *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 181.

⁶ *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 181; *Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 275.

⁷ *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 183.

⁸ *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 181; *Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 275.

⁹ *Rehbinder*'e göre de, kişiler veya gruplar arasında meydana gelen menfaat çatışmaları makûl olduğu takdirde hukuk düzenince kabul edilebilir (*Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 271). Hatta yazar, menfaat çatışmalarının, “*hukukî nimetlerin de zarar görmesi ihtimâli mevcut olmadığı takdirde, hukuken caiz*” olduğunu belirterek, bir anlamda hukukun kişilere tanıdığı hakların, menfaat çatışmasında zarara uğramasının kabul edilebilir olmadığını vurgulamıştır (*Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 271-272). Ancak bir hakkın hukuken korunmasına rağmen, menfaat çatışmasının konusu olması hâlinde, esasında hakkı hukuk düzenince korunan tarafın menfaatinin diğerine tercih edilmesinde, yine diğer tarafın menfaatinin hukukça daha fazla korunmasının temelinde, korunmaya değer menfaatinin diğerine göre üstün olması bulunmaktadır (*Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 272).

dinamik bir yapısı bulunmaktadır¹⁰. Kişilerin ve grupların yaşayış şekilleri, buna bağlı olarak istek ve beklentileri değiştikçe topluma hâkim olan yapılar, kurallar, yargılar da değişir. Toplum yaşamı az veya çok, olumlu veya olumsuz sürekli bir değişim içerisindedir. Bu dinamik yapı karşısında, bir üst yapı kurumu olan hukukun amacı da; “toplumda hukuk düzenini kurmak ve sürdürmek; kişiler arasında, kişiler ile siyasî iktidarın örgütlenmiş olan devlet arasında ortaya çıkan menfaat çatışmalarını azaltmak ve adaleti sağlamaktır”¹¹. Hukukun amacı hakkında bir başka görüş de benzer bir sonuca ulaşmaktadır: “Hukuk, çatışan menfaatlerin uzlaştırılmasıyla topluluğun korunup geliştirilmesini sağlayan toplumsal bir iktidar aracıdır”¹². Görüldüğü üzere hukukun temel amacı, toplumun ve kişilerin korunmaya değer menfaatleri arasında hassas dengeyi kurmak ve dolayısıyla çatışan menfaatler arasında en uygun çözümü getirebilmektir¹³. Bu amaç, aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesini de sağlayacaktır¹⁴. Menfaat çatışmalarının azaltılması ile adaletin sağlanması arasında yoğun bir etkileşim vardır ve hatta bu etkileşim, hukukun da amacının sağlanmasına hizmet etmektedir.

Adaletin sağlanması, hukukun temel amacıdır. Hukukun ve özellikle medenî usûl ile onun bir devamı niteliğinde olan icra hukukunun amacı, şeklî gerçeğe ulaşılması değildir; aksine, maddî gerçeğe ulaşılmasıdır¹⁵. Maddî gerçek ise, esasında gerçeğin kendisidir. Adaletin sağlanmasının amacı da, hakikatin ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla, medenî usûl ve onun bir devamı niteliğinde olan icra hukukunda sadece şeklî gerçekle yetinilmesi, gerçek anlamda adaletin sağlanmasını engeller; sadece topluma, hakkın dağıtıldığı yönünde içi boş bir hukukî korunma sunar. Oysa hukuk devletinin amacı, gerçek bir hukukî korunmanın sağlanmasıdır. Gerçek bir hukukî korunmanın sağlanmasının yegâne temeli, hakikatin ortaya çıkarılmasıdır. Takip prosedüründe de, hakikatlere ulaşılması için taraflara eşit

¹⁰ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 109.

¹¹ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 110.

¹² **Rehbinder** [Çev. Gürkan], s. 455.

¹³ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 117; **Serozan**, s. 3.

¹⁴ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 117.

¹⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 26; **Pekcanitez/Atalay/Özokes**, s. 52. Ayrıca medenî usûl hukukunun amacı hakkındaki görüşlerin icra hukukuna yansması ve menfaat dengesi çerçevesinde icra hukukunun amacı hakkındaki açıklamalar için bkz. aşa. I. Bölüm, § 3.

silâhlar verilmesi ve bu sayede ortaya çıkan hakikat uyarınca, taraf menfaatlerinin dengelenmesi gerekir. Ancak bu dengenin ne şekilde korunacağı hususu, son derece hassas bir konudur. İcra hukukunda taraflar arasındaki menfaatlerin dengelenmesinin araçlarının ne olacağı, dengelemenin sınırının ne olacağı ve menfaatlerin dengelenmesinde hangi temel ilkelere uyulması gerektiğinin doğru bir şekilde saptanması gerekir.

İcra hukuku, aynı zamanda menfaat dengesine uygun olarak alacaklı ve borçlu sıfatına sahip kişiler arasındaki uyuşmazlık konusunun tahsilini, alacaklı lehine sağlayarak bozulan sosyal ve hukukî barışın yeniden inşa edilmesini sağlar¹⁶. Nitekim *Karayalçın* icra hukukunun tanımını yaparken “*İcra hukuku, borcunu vadesinde kendi iradesi ile ifa etmeyen borçluya karşı, alacaklının menfaatlerini devlet gücü ile korur*” şeklindeki ifadesiyle açıkça menfaat çatışması ile icra hukuku arasındaki ilişkiyi ortaya koymuştur¹⁷. Bu çerçevede, hukukî anlamda kullandığımız uyuşmazlık da, “*hak olarak hukuk düzenince korunan, mevcut bir menfaatin ihlâli veya hukuk düzenince kurulmuş menfaat dengesinin bozulması ile*” ortaya çıkar. Hakkın ihlâl edilmesi neticesinde oluşan menfaat dengesinin bozulması sebebiyle, bu dengenin yeniden kurulması gerekir. Aksi hâlde, toplum düzeni ve sosyal barış bozulacaktır¹⁸.

Taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlık ve menfaat çatışmasının temelinde ise, hukuk düzenince taraflara bahşedilen haklar yer almaktadır¹⁹. Hak,

¹⁶ Menfaat dengesi icra hukukunda geçerli olduğu gibi, diğer hukuk dallarında da varolan bir durumdur ve hatta kanunların bizatihi kendisi, menfaat çatışmasını dengeleyici kurallar öngörmektedir (*Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 272). Örneğin mülkiyetin, hak sahibi olmayan bir kimseden iyiniyetle kazanılabileceğine dair maddî hukuk kuralları, asıl malik ile iktisap eden arasındaki menfaat ihlâlini, kısmen malikin kısmen de iyiniyetli kazananın menfaatlerine üstünlük tanımak suretiyle dengeler. Bunun gibi, kamulaştırma hukukunun konusu da, özel kişilerin menfaati ile kamu menfaati arasındaki dengeyi kurmaya çalışmaktır (*Rehbinder* [Çev. Kalpsüz], s. 272).

¹⁷ *Karayalçın*, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 124.

¹⁸ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 40.

¹⁹ *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 18. Benzer yönde tanımlar için bkz. *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 147; *Serozan*, s. 145. Bir görüşe göre de hukuk kuralları, aslî hukuk kuralları ve talî hukuk kuralları olarak ikiye ayrılır. Bu ayrıma göre aslî hukuk kuralları, kişilere haklar tanır ve görevler yükler; talî hukuk kuralları da, aslî hukuk kurallarının ihlâl edilmesi durumunda hangi yaptırımların ne şekilde uygulanacağını belirler (bu konuda bkz. *Rehbinder* [Çev. Gürkan], s. 456). Yani birinci türden kurallar, maddî hukuk kurallarına; ikinci türden kurallar ise, şeklî hukuk kurallarına girmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, şeklî hukuk kuralları yeni bir hak ihdâs etmez;

hukuk düzenince korunan menfaat ve tanınan yetkidir²⁰. Dolayısıyla, bu hakkın ihlâl edilmesi veya ihlâl edilmesi tehlikesi durumunda, hakkı ihlâl eden ile hakkı ihlâl edilen arasında bir menfaat çatışması doğacaktır²¹. Şekli hukukun dallarını oluşturan medenî usûl hukuku ile icra hukuku da, maddî hukuktan doğan hakların tehlikeye düşmesi veya tehlikeye düşme ihtimâlinin bulunduğu durumlarda devreye girerek taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır²². Yani hukuk düzenince “*menfaat dengesi*”nin kurulması sağlanacak; böylece maddî hukukun kişilere bahsettiği haklar güvence altına alınmış olacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu’nda, ilgililerin menfaatlerinin dengelenmesine ilişkin hacizle ilgili 85. madde hükmü dışında *doğrudan doğruya* bir hükme rastlayamamaktayız. Kanun’un 85. maddesinin son fıkrasında ise menfaat dengesine şu şekilde yer verilmiştir: “*Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlüdür*” (İİK m. 85/son). Hacze ilişkin bu hükmün takip sürecinin tümünde geçerli olması gerekmektedir. Zira icra memurlarının, takip prosedürünü oluşturan her işlemde ilgililerin menfaatlerini gözeterek işlemi gerçekleştirmesi ve menfaat dengesinin gereklerine uygun olarak icra takibini sürdürmesi gerekir. Ayrıca icra hukuku kurallarında, çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, menfaat dengesini *Karayalçın*’ın ifadesi ile “*meşru olmayan*” şekilde bir taraf lehine ölçsüz derecede bozan birtakım düzenlemeler benimsenmektedir. Bu durum kanun koyucu tarafından

maddî hukuk tarafından tanınan bir hakkın, kullanılmasına, sağlanmasına veya korunmasına hizmet eder.

²⁰ **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 18; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 40. *Serozan* da benzer şekilde, hakkı “*kişinin hukukça tanınıp korunmasını sağlamaya sayıldığı menfaat*” olarak tanımlamaktadır (*Serozan*, s. 145). Hakkın tanımı konusunda çeşitli görüşler için ayrıca bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 101-102

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tarih sürecinde hak kavramını açıklayabilmek için ileri sürülen çeşitli teoriler arasında, temelini menfaat çatışmasına dayandıran *menfaat teorisi* de bulunmaktadır. Bu teorinin temel savunucusu olan Jhering’e göre hakkın özü menfaattir (**Güriz**, Hukuk Başlangıcı, s. 47; **Oğuzman/Barlas**, s. 102). Bu görüşe göre hak, hukukça korunan menfaat anlamına gelir. Nitekim yukarıda menfaat odaklı olarak verdiğimiz hakkı tanımlayan görüşler, temelinde bu görüşü esas almaktadır.

²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 18 vd.; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 40-41.

²² Bu konuda bkz. **Ansay**, Usûl Hukuku, s. 3; **Postacıoğlu**, Usûl Hukuku, s. 1-2; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 19-20; **Üstündağ**, Usûl Hukuku, s. 1; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 26; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 40.

icra hukuku kurallarında menfaat dengesinin gözetilmesi ihtiyacını göstermektedir. Örneğin, ekonomik düzenin ve bu düzeni elinde bulunduran güçlerin ihtiyaçlarına uygun olarak icra hukukuna ilişkin kanunlarımızda *-en başta İcra ve İflâs Kanunumuzda-* menfaat dengesini aşırı şekilde bozan birtakım düzenlemelere veya varolan birtakım düzenlemelerde menfaat gruplarının lehine olabilecek birtakım değişikliklere gidilebilmektedir. Zira, bu gerekliliklerin hâsıl olduğu ve bu sebeple kanun değişikliklerine gidildiği, yasama komisyonlarının gerekçelerinde de açıkça zikredilmektedir.

II. KAVRAM OLARAK MENFAAT ÇATIŞMASI VE “İCRA HUKUKUNDA MENFAAT DENGESİ”

İcra hukuku, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin yoğun bir şekilde çatıştığı bir mücadele alanıdır. Bu hukuk alanında, borcunu vadesinde kendi iradesiyle ifa etmeyen borçluya karşı, alacaklının menfaatlerini devlet gücüyle korur²³. Bir tarafta alacaklının, alacağını tahsil etme isteği yer almakta; diğer tarafta da, borçlunun olabildiğince mal varlığına ve şahıs varlığına zarar verilmeden borcun tahsil edilmesi veya borcunun sona ermiş olduğunu ispatlama isteği yer almaktadır. Nitekim çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız üzere, gerek alacaklı gerekse borçlu açısından takip prosedürünün konusunu Anayasa ile güvence altına alınan temel haklar oluşturur. Zira bir yanda, alacaklının alacak hakkının temeli olan “*mülkiyet hakkı*”nın korunması; diğer yanda da borçlunun genel olarak “*kişi varlığı ile mal varlığının korunması, konut dokunulmazlığı*” gibi temel hakları bulunmaktadır. İcra hukuku kurallarının görevi ise, bu temel hakların tümünün *aynı anda korunması talebinden doğan menfaat çatışmasının* ölçülü, anayasal sınırlar içerisinde, kişilerin haklarını ihlâl etmeden dengelenmesidir²⁴. Dolayısıyla bizim bu çalışmada “*çatışan menfaat*”lerden kastettiğimiz, cebrî icra sürecinde alacaklı, borçlu ve hatta durumun gereklerine göre üçüncü kişilerin, aynı anda korunması talebinden

²³ **Karayalçın**, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 124.

²⁴ Çatışan temel hakların uzlaştırılması konusunda bkz. **Gönül**, s. 14. Ayrıca belirtmek gerekir, Alman hukukunda, icra hukukunun anayasal temel hak ve özgürlüklere ciddî müdahalelerde bulunuyor olmasının, uzun tartışmalara sebebiyet verdiği; özellikle de Alman Anayasa Mahkemesi’nin, icra hukukunda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler konusunda oldukça hassasiyet göstermekte olduğu belirtilmektedir (**Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 3, 3a).

ortaya çıkan temel hak çatışmasıdır. Bu “*temel haklar*”ın korunması, beraberinde, bir “*menfaat*”in de korunmasını gerektirdiğinden, çatışan “*menfaat*”ler kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Oluşan menfaat çatışmasının ölçülü, anayasal sınırlar içerisinde, kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyucu bir şekilde giderilmesi ise, “*menfaat dengesi*”nin kurulması ve korunması anlamına gelecektir.

Dolayısıyla takip prosedüründe menfaat çatışmasının ortaya çıkması, icra hukuku kurallarına ve kural uygulayıcılarına bu menfaatleri *dengeleme* yükümlülüğü getirir. İcra hukuku kurallarına ve bu kuralların uygulayıcılarına düşen bu görev, şüphesiz ki oldukça zor ve hassas bir durum arz etmektedir²⁵. Zira alacaklı ile borçlunun korunmaya değer çatışan menfaatleri, her zaman birbirine zıt konumdadır. Bu zıt menfaatlardan hangisine üstünlük tanınması gerektiği de, çalışma konumuzun temelini oluşturur. Dolayısıyla çalışma konumuz, alacaklı ile borçlu arasında oluşan menfaat çatışmasının, icra hukuku sistemimizde ne şekilde dengelendiğini ve dengelenmesi gerektiğini konu edindiğinden, kavram olarak “*menfaat dengesi*”ni kullanmayı tercih ettik. Ayrıca çalışmamız sırasında özellikle “*alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi*” kavramını kullanmamamızın sebebi de, menfaat dengesinin, zaman zaman üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerini de konu almasıdır.

²⁵ Nitekim öğretilerde sıklıkla icra hukukunda çatışan menfaatlerin dengelenmesinin ne kadar zor bir konu arz ettiği belirtilmektedir: “*Her kanun, karşılaşan meşru menfaatleri telif mevkiinde olduğu halde İcra ve İflâs Kanununa bu yolda düşen vazife diğer kanunlarla nispet edilemeyecek derecede çetindir. Bunun sebebi de, alacaklı ve borçlunun hiç olmazsa ilk bakışta birbirine tamamen zıt menfaatleri temsil etmeleridir. Bu iki karşılıklı ve zıt durumların telifi tabiatile kolay değildir. Her kanun büyük rakkamlar kanununa göre yani kesretle vâki olabilecek faraziyeleri üstün tutmak suretiyle menfaatlerin telifi cihetine gideceği için İcra ve İflâs Kanunu da aynı icaba uymak zorundadır. Fakat bunu yaparken bazı münferid hâdiselerde haksız sayılabilecek neticelerin vukua gelmesini önleyemez. Ve o zaman bu münferid hâdiselerde mağdur duruma düşebilmiş olan alâkalılar kolaylıkla kanunu kötülemek temayülünü duyabilirler. İşte her kanundan ziyade İcra ve İflâs Kanunu bu yolda tavizlere maruz kalmak tehlikesile karşı karşıyadır. Hiç şüphesiz karşılıklı ve zıt menfaatlerin telifinde gösterilecek itina bu tehlikeyi asgariye indirebilir, fakat büsbütün bertaraf edemez.*” (Postacıoğlu, Tâdil Çalışmaları, s. 169).

Rosetti ise, icra hukukunda menfaatlerin dengelenmesinin zorluğunu şu ifadelerle belirtmiştir: “*Bir icra kanununun kaleme alınmasında en büyük güçlüğü, alacaklıyla borçlunun hak ve menfaatlerinin birbirine yaklaştırılıp, uygun hale getirilmesi ve bunların dengelenmesi oluşturmaktadır.*” (Rosetti, s. 1 [Naklen Özeke, İhtiyatî Haciz, s. 18]).

İcra ve İflâs Kanunu’nun, karşılıklı çatışan menfaatleri telif etmekle yükümlü olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Ansay, Düşünceler, s. 1457; Belgesay, 3890 s.lı İİK Değişikliği 2, s. 767.

Çalışmamızda “*takip hukukunda*” menfaat dengesi kavramı yerine, “*icra hukukunda*” menfaat dengesi kavramı kullanılmıştır. Bu kavramı kullanmamızın sebebi de, çalışmamızın sadece *icra hukukundaki* menfaat dengesini ele alması; bunun yanında, çalışmamızın kapsamını aşacağından, *iflâs hukukundaki* menfaat dengesinin inceleme konusu yapmamış olmamızdır. Zira iflâs hukukunda ekonomik kamu düzeninin ve teşebbüs özgürlüğünün sağlanması ve korunması gibi anayasal ilkelere ek olarak; tüm alacaklıların korunması karşısında, diğer yandan da işletmede çalışan çok sayıda işçinin korunması gibi icra hukukundan farklı fonksiyonları bulunan ve çok taraflı menfaat çatışmasına (*ekonomik kamu menfaati, birden fazla alacaklıların menfaati, teşebbüs özgürlüğünü korumaya çalışan borçlunun menfaati, borçlunun işletmesinde çalışan çok sayıda çalışanın korunması gibi*) sebebiyet veren bir durum söz konusudur. Bu konuları kapsam dışında bırakan çalışmamızda, içine iflâs takibini de alan “*takip hukukunda menfaat dengesi*” kavramının kullanılmamasının sebebi de belirttiğimiz esaslardan kaynaklanmaktadır.

Bunun yanı sıra, çalışmamızda “*İcra ve İflâs Kanununda*” menfaat dengesi şeklinde bir ifade kullanılmamasının, bunun yerine “*icra hukukunda*” menfaat dengesi kavramının kullanılmasının da özel bir sebebi bulunmaktadır. Zira biz bu çalışmada, icra hukukuna ilişkin düzenlemeler getiren birtakım kanunlar arasından, özellikle menfaat dengesi ile çok yakından ilgisi olan bazı özel kanunlara da yer geldiğince, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile karşılaştırma yapmak suretiyle değinmeye çalıştık. Bu özel kanunların başında, bünyesinde ciddî sayılabilecek menfaat ihlallerini barındıran 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bulunmaktadır. Çalışmamızda özellikle bu iki özel Kanun’un tercih edilmesinin sebebi de, söz konusu Kanunların menfaat dengesiyle ilgili çok sayıda düzenlemesinin bulunması ve bu düzenlemelerin uygulama alanının da oldukça geniş olmasıdır. Dolayısıyla çalışmamızın kapsamını, sadece 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’ndaki menfaat ihlalleri ile menfaat dengesi içermediğinden, diğer kanunları da içerisine alacak bir biçimde “*icra hukukunda menfaat dengesi*” kavramı kullanılmıştır.

Son olarak icra hukukunda menfaat dengesi ile ilgili Türk hukuk literatürü hakkında da kısaca bilgi vermeyi yararlı buluyoruz. İcra hukukunda çatışan menfaatler arasında dengenin sağlanması gereğinden genel eserlerde, monografik

çalışmalarda, makalelerde, yargı kararlarında, yasama komisyonu raporları ile kanun maddesi gerekçelerinde çok defa bahsedilmektedir. Ancak bu durum, çoğunlukla “satır arası” notu olmaktan öteye geçememektedir. Oysa tespit edebildiğimiz kadarıyla icra hukukunda “*menfaat dengesi*” kavramı, ilk olarak *Berkin* tarafından *İcra Hukuku Dersleri* isimli ders kitabında, “*İİK.nun Tefsir ve Tatbikinde Karşılaşan Menfaatler*”²⁶; daha sonra yine aynı yazarın *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* isimli genel eserinde, “*İcra ve İflâs Kanununun Uygulanmasında Çatışan Karşılıklı Menfaatler*” başlığı²⁷ ile kullanılmıştır. Diğer yazarlar da çoğunlukla, icra hukukunda çatışan menfaatlerin dengelenmesi gereğine ya icra hukukunun amacı ya da icra hukukunun mahiyeti başlığı altında yer vermişlerdir²⁸. Son zamanlarda ise “*menfaat dengesi*” kavramı, “*Cebrî İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*” başlığı altında *Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes* tarafından *İcra ve İflâs Hukuku* isimli genel eserde kullanılmıştır²⁹. Konuyla doğrudan doğruya ilgili bir monografik çalışma ise bulunmamaktadır³⁰. Menfaat dengesi kavramının ayrı bir başlık ve ayrı bir kavram olarak, içinde kullanıldığı makale sayısı da oldukça azdır. Bu konuda *Atalay*³¹ ve *Özekes*³² tarafından, 8 Haziran 2007 tarihinde Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu’nda sunulan tebliğlerin yayımlanmış makale hâllerinde, Bankacılık Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu’ndaki kredi kurumlarına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesinde “*İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*” başlığı altında konunun ele alınması dışında bir makale çalışmasına rastlanamamıştır. Konunun bağımsız bir kavram olarak bu kadar az incelenmesinin başta gelen sebepleri arasında, İcra ve İflâs Kanunu’nda menfaat dengesinin sağlanması gereği ile ilgili 85. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme dışında *-bu düzenlemenin de sadece haciz*

²⁶ *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, 15-16.

²⁷ *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 12-14.

²⁸ *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 5-9; *Belgesay*, Şerh, s. 9-10; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 2; *Postacıoğlu*, s. 3-4; *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü, s. 123.

²⁹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 45-48.

³⁰ Buna karşılık *Özekes*’in “*İhtiyatî Haciz*” isimli monografik çalışmasında, ihtiyatî hacizde menfaat dengesi ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu konuda bkz. *Özekes*, *İhtiyatî Haciz*, s. 18-27.

³¹ *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 51-76.

³² *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 97-122.

işlemine ilişkin olduğu kanun maddesinde belirtilmektedir-, doğrudan doğruya başka bir maddede düzenlenmemiş olması gösterilebilir.

Ancak belirtmek gerekir ki, hukukta çatışan menfaatler arasında dengenin kurulması gereği, sadece icra hukuku alanında varolan bir ihtiyaç değildir. Bu durum, genel bir hukukî sorun ve çözüm arayışıdır. Bu sebeple “*menfaat çatışması*” ve “*menfaat dengesi*” kavramlarına, özellikle de maddî hukukçular tarafından azımsanmayacak derecede önem verilmiştir. Nitekim bu konulara ilişkin *Hirsch* tarafından yazılmış olan “*Kuvvet ve Hukuk*”³³; *Rehbinder* tarafından kaleme alınmış ve *Kalpsüz* tarafından Türkçeye çevrilmiş olan “*Menfaatler Takdirinin Prensipleri*”³⁴ başlığını taşıyan makale çalışmalarında, konuyla ilgili temellerin ortaya konulması yönünde önemli bazı esaslar incelenmiştir. Yine *Karayalçın*’ın “*Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme*” isimli eserinde, menfaat çatışması ve oluşan menfaat çatışmasının dengelenmesi konusunda önemli açıklamalar yapılmıştır.

Ş 2. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI AÇISINDAN İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

“Bütün gemileri açık denizlerde dolaşan ve nakit sıkıntısında olan Antonio, Venedik’teki itibarını kullanarak, arkadaşı Bassanio’yu sevgilisi Portia’ya gönderebilmek için bir vakitler hakaretler yağdırdığı Yahudi tefeci Shylock’tan üç bin düka borç alır. Shylock ise Antonio’nun borcu ödeyememesi halinde, vücudunun neresinden isterse oradan, bir pound (yaklaşık 450 gr) eti keseceğini senedin sonuna şart olarak ekletir. Zamanla, Antonio’nun gemilerinin teker teker battıkları haberleri ulaşmaya başlar. Soylu tüccar borcunu ödeyemez ve Shylock kızının kaçmasının da gerginliğiyle Hristiyanlara olan nefretini Antonio’ya kusar. Venedik’te ‘Hakkımı isterim, senette ne yazıyorsa onu isterim!’ diye bağırmaya, yeminler savurmaya başlar. Duruşma sırasında Shylock, dramatik yapının ‘sevilmeyen adam’ rolünü zedeleyici sözler sarfeder fakat haklı olduğunu elbette ispatlayamaz. Shylock’un açgözlülükle bıçağını bilemediği gerilimli bir duruşmadan sonra Antonio kendisini

³³ *Hirsch*, *Kuvvet ve Hukuk*, s. 173-186.

³⁴ *Rehbinder* [Çev. *Kalpsüz*], s. 271-287.

savunan genç bir avukatın zekâsı sayesinde kurtulur. Avukat ise, kılık değiştirerek mahkemeye katılan Bassanio'nun sevgilisi ve miras sahibi bir genç kız olan Portia'dır. Senette sadece et yazıldığını, kan yazılmadığını savunur. O halde Shylock, tek damla kan akıtmadan senete göre hakkı sayılan eti almalıdır. Eğer kan akarsa, bir Hristiyan'ın kanını akıttığı için Shylock'un tüm mal ve mülkü müsadere edilecektir, kanun böyledir. Sonuç olarak Shylock, senete dayanan hakkından vazgeçer. Fakat bu sefer de bir Hristiyanın canına dolaylı yoldan kasdetmekten mallarına el konur, hayatı ise Antonio'nun merhametine bırakılır. Antonio ise Shylock'u Hristiyan olması şartıyla bağışlar...”

“Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” (Ay m. 38/VIII).

Shakespeare'in, *Venedik Taciri* isimli trajedisinin konusunu özetleyen yukarıdaki paragraf ile 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası, cebrî icra hukukunun tarihte hangi süreçlerden geçerek günümüze ulaştığını çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. *Shakespeare*'in, eserini “borçlunun vücudunun parçalanarak alacaklının alacağını tahsil etmesi”ni düzenleyen tarihin en eski yazılı hukuk kaynaklarından olan XII Levha Kanunu'ndan ilhâm alarak yarattığı bilinmektedir³⁵. Günümüz modern cebrî icra hukuku sistemlerinde, *insan haklarına saygılı sosyal hukuk devletinin* gerektirdiği kriterlere ulaşılması için gösterilen yoğun çaba, asırlardır değişen ve gelişen tarih sürecinin sadece bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple, bugünkü “varolan”ın veya “varolması gereken”in ortaya konulabilmesi için öncelikle, her birinin kendisine tarih sürecinde önemli roller biçtiği cebrî icra usûlleri gelişiminin genel esaslarıyla ele alınması yararlı olacaktır.

Cebrî icra hukukunun ve dolayısıyla alacaklının, alacağını talep yetkisinin tarihî gelişimini ele alırken bu gelişimi iki yönlü olarak incelemeye çalışacağız. İlk olarak, Antik hukuklardan ve sonrasında Roma hukukundan başlayarak günümüz modern cebrî icra hukuk sistemlerine kadar alacaklının, alacağını talep yetkisinin tarihî gelişimini ele alacağız. Bu konuya ilişkin açıklamalarımızda, alacaklının alacağını talep yetkisinin, cebrî icra hukuku tarihi sürecinde borçlunun şahıs varlığı ve mal varlığı üzerinde doğurduğu etkileri incelemeye çalışacağız. İkinci olarak ise,

³⁵ Bu konuda bkz. *Rado*, s. 234.

Türk hukukunda 1928 tarihli borçlunun takibine ilişkin Kanun'dan başlamak üzere bugün uygulanmakta olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun tarihî gelişimini ele alacağız. Bu konuya ilişkin açıklamalarımızda, Türk icra hukukunun geçirmiş olduğu evreleri ve icra hukukunda yapılan çeşitli kanun değişikliklerini ana hatlarıyla belirlemeye çalışacağız.

İcra hukukunun tarihî gelişimini ele alırken açıklamalarımızı, menfaat dengesinin gelişimi çerçevesinde yapacağız. Zira bu konudaki açıklamalarımız, icra hukukunun tarihî gelişiminin temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerle yön bulduğunu gösterecektir. Tarihî süreç içerisinde öncelikle, tamamen alacaklının hak ve menfaatleri korunmuş ve borçlunun temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleler son derece sert olmuştur. Zamanla alacaklının yanında, diğer başka alacaklıların da korunması esası benimsenmiş ve bu süreç içerisinde, en son tanınmaya başlanılan haklar, borçlunun hak ve özgürlükleri olmuştur. Bu kapsamda borçlunun hak ve özgürlükleri, ancak ondokuzuncu yüzyılda insan haklarının gelişmesiyle birlikte uluslararası sözleşmeler ve anayasalar tarafından güvence altına alınmaya başlanmıştır. Türk icra hukuku sisteminin de benzer bir gelişim geçirmiş olduğu ifade edilebilir. Nitekim 1932 yılında kabul edilen 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, belirli menfaat gruplarının ve ağırlıklı olarak da alacaklıların korunması esası çerçevesinde bir gelişim göstermiştir. Buna karşılık mevcut sistemimizde, belirli menfaat gruplarının korunması uğruna, borçlunun hak ve menfaatlerine sert birtakım müdahalelerde bulunduğu da, ileride yaptığımız açıklamalarda ayrıca ortaya konulacaktır. Bundan sonra cebri icra hukukunun tarihî süreci ile ilgili yapacağımız açıklamalar da, mevcut icra hukuku sistemimizin menfaat dengesi açısından bulunduğu konumu ortaya koymamıza yardımcı olacaktır.

II. CEBRÎ İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİNDE MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI

Menfaat çatışması ve menfaat dengesinin kurulması konusunda yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, bugün olduğu gibi geçmişte de menfaat çatışmasının ve menfaat dengesinin konusunu kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler oluşturmuştur. Tarih sürecinde borçlunun borcunu ödeyememesi

durumunda uygulanacak ilk yaptırım türü olarak, kişilerin temel haklarına doğrudan doğruya müdahaleyi içeren köleliğin sıkça söz konusu olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu hâliyle borç için köleliğin tarihi, çok eski zamanlara dayanmaktadır. Zira Hint uygarlığında kabul edilen bir kölelik esası, sadece borçlunun köle hâline gelmesini öngörmüyor; bunun da ötesinde, babaların, borçları için çocuklarını köle hâline getirmelerine kadar gidebilmekteydi. Sümer uygarlığında da benzer şekillerde, kişi borcunu ödeyememesi sebebiyle köle hâline gelebiliyor; hatta borcunu ödeyemeyen borçlu kızını, karısını, oğlunu üç yıl için alacaklıya köle olarak verebiliyordu. Aynı şekilde borçlunun, borcu için aile üyelerini köle olarak alacaklıya vermesi Akatlarda, Babil uygarlığında da kabul görmekteydi. Bu konuda özellikle Babil uygarlığında atılan ve borç için kölelik hakkındaki tarihin en önemli adımlarının başında, Hammurabi'den yüzyıl sonra yaşamış olan eski Babil Kralı Amni-Şaduqua'nun çıkardığı aynı adı taşıyan Kanun gelmektedir. Zira bu Kanun'un 18. paragrafında, borç yüzünden kendisini ve ailesini satanın köle statüsüne girmeyeceği belirtilerek borç yüzünden kölelik yasaklamıştı. Benzer esaslar, yani borç için köle hâline gelebilme, köle hâline getirebilme Çin uygarlıklarında, Asurlarda, İbranilerde, Roma hukukunda, Yunan uygarlığında da kabul edilmişti³⁶.

Roma hukukunda *-özellikle de Roma'nın ilk zamanlarında-* alacaklının alacağının tahsili uğruna, borçluların şahıs varlığı üzerine el konulabilir, borçlu alacaklının kölesi hâline getirilebilir veya borçlunun tüm mal varlığı değerleri alacaklılara devredilebilirdi. Bu durum ise, borçlunun doğuştan sahip olduğu temel haklara aykırılık oluşturmaktaydı. Ancak Roma icra hukukunda, bu duruma alacaklının menfaatlerinin korunması uğruna izin verilebilmekteydi. Modern icra hukuku sistemlerinde ise, bu durum tamamen reddedilmekte ve alacaklının, alacağını tahsil etmesi uğruna borçlunun temel haklarına bu şekilde müdahale edilmesine izin verilmemektedir. Bu durum da göstermektedir ki, esasında alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin geçirdiği evreler ile insan haklarının, yani kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin geçirdiği evreler birbirini etkilemiştir ve hâlen de etkilemektedir. Bu sebeple de, Roma cebrî icra usûllerinin temel özelliklerine

³⁶ Bu konuda bkz. *Bozkurt*, s. 68-91.

geçmeden önce, kısaca dünya tarihinde temel hak ve özgürlüklerin gelişiminin ne şekilde gerçekleştiğinin kısaca ele alınması yararlı olacaktır.

Antik Yunan'dan bu yana, dönemin koşulları göz önüne alındığında, sınırlı da olsa kişilerin doğuştan sahip oldukları birtakım temel hak ve özgürlükleri bulunduğu kabul edilebilir. Ancak temel hak ve özgürlükler, Antik Yunan'dan orta çağa kadar çok sınırlı olarak kabul edilmiş; hatta, temel hak ve özgürlüklerin gelişimi, özellikle onaltıncı yüzyıl ile insan hak ve özgürlüklerinin bildirilerle açıklandığı onsekizinci yüzyıl arasında durma noktasına gelmiştir³⁷. Evrensel hukuk kuralları olarak kabul edilen temel hak ve özgürlükler³⁸, temelini doğal hukuk öğretisinden almaktadır. Doğal hukuk öğretisine göre, kişiler sadece insan olmaları sebebiyle doğuştan birtakım haklara sahiptirler. Buna göre kişinin doğuştan sahip olduğu bu hak ve özgürlükler, bireyin kişiliğine bağlı, ondan ayrılmaz, dokunulamaz ve devredilemez bir niteliğe sahiptir³⁹. Bunun bir sonucu olarak da, devlet tarafından kişilerin doğuştan sahip olduğu bu hakların kaldırılması veya ölçsüz bir şekilde kısıtlanması mümkün değildir⁴⁰. Ayrıca anayasalar veya devletler, bu temel hakları ve özgürlükleri kendileri yaratmazlar; bunlar zaten kişilerin doğuştan sahip olduğu haklardandır.

Temel hak ve özgürlükler konusunda tarihin en eski kaynakları arasında 1215 tarihli Magna Carta Libertatum bulunmaktadır. Magna Carta Libertatum, İngiliz yurttaşlarının özgürlüklerini belirlemekten çok, toplumdaki egemen güçler arasında

³⁷ *Akın*, Temel Haklar, s. 23-24. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz *Akın*, Temel Haklar, s. 19 vd.; *Gemalmaz*, s. 3 vd.; *Akad/Vural Dinçkol*, s. 243 vd.; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 106-108.

³⁸ Kişilerin doğuştan sahip olduğu bu haklar, Anayasamız tarafından “temel hak ve özgürlükler” olarak nitelendirilmekle birlikte; bu haklara “insan hakları”, “evrensel haklar” da denilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gönül*, s. 7; *Gülsoy*, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 45; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 206-209; *Çetin*, s. 20-21.

³⁹ Bu noktada, doğal hukukun benimsemiş olduğu esasların, pozitif hukuk düzenini yönlendirmesinin mümkün olup olmadığı akla gelebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, yürürlükte olan pozitif hukukun karşısında, doğal hukuk yer almaktadır ve hatta doğal hukukun, pozitif hukukun altındaki *meşruluk dayanağını* oluşturduğu ifade edilmektedir (bu konuda bkz. *Serozan*, s. 3-4). Bu çerçevede doğal hukuk, “ezeli, ebedi ‘ideal hukuk’ olarak” kabul edilerek, pozitif hukukun üstüne çıkarılır ve gerektiğinde pozitif hukukun *denetleyicisi, tamamlayıcısı, düzelticisi* olur (*Serozan*, s. 4). Bu sebeple de, doğal hukuk öğretisinin benimsemiş olduğu ilke ve esaslar küçümsenmemeli; aksine pozitif hukukun yönlendiricisi olarak kabul edilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. *Başgil*, s. 579-583; *Şimşek*, s. 4-5; *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 75-76.

⁴⁰ *Şimşek*, s. 4; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 106.

bir denge kurmayı amaçlayan⁴¹ ve devlet iktidarını sınırlayan ilk belge olarak tarihe geçmiştir⁴². Bunun yanı sıra, bu belgede borçlunun hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin rastlanılan maddeler, bu bildirinin özünde birtakım temel hak ve özgürlükleri de güvence altına aldığını göstermektedir. Nitekim 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un 9 ve 13. maddelerine göre;

“Ne biz ne de memurlarımız, borçlunun taşınabilir malları borcunu ödemeğe yeterli olduğu sürece topraklarına, ya da rantına el koyamayacağız. Borçlunun kendisi ödemede bulunabilecek durumda oldukça kefilleri takip edilemeyecektir” (m. 9)⁴³.

“Hür bir insan küçük bir suç için ancak bu suça uygun bir para cezasına çarptırılabilir, ağır bir suçun cezası da suça uygun olacak, kişinin yaşamasına engel olacak kadar ağır olmayacaktır. Kraliyet mahkemesi kararlarında tüccarların ticarî mallarına, köylülerin gerekli araçlarına dokunamayacak, bu para cezalarının hiç biri o çevrenin tanınmış kimselerince onaylanmadıkça alınmayacaktır” (m. 13)⁴⁴.

Dolayısıyla bu maddelerden anlaşılacağı üzere, 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da kişilerin temel haklarına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Magna Carta Libertatum'da, borçlunun menfaatlerinin ve temel haklarının dahi gözetildiğini tespit edebilmekteyiz. Zira Magna Carta'nın 9. maddesinde, mevcut İcra ve İflâs Kanunumuzun 85. maddesinde benimsenen şekilde (bkz. İİK m. 85/son), borçlunun mallarına el konulmasında bir sıranın benimsenmiş olduğunu ifade edebiliriz⁴⁵. Bu düzenlemeyle birlikte, borçlunun paraya çevrilebilir taşınırları bulunduğu sürece, taşınmazlarının paraya çevrilemeyeceği benimsenerek,

⁴¹ *Wiseman* [Çev. Kapanı], s. 463; *Akın*, Temel Haklar, s. 25; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 282; *Karayalçın*, Hukukun Üstünlüğü, s. 120-121; *Aliefendioğlu*, Hukuk Devleti, s. 147; *Gemalmaz*, s. 25-27; *Akad/Vural Dinçkol*, s. 246; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 108; *Çetin*, s. 25.

⁴² Zira bu bildirgeye kadar Kral'ın sınırsız bir gücü bulunmaktayken, bu belge ile soylular, din adamları ve halk arasında bu iktidara karşı bir dengenin gözetilmesi istenmiştir (*Akın*, Kamu Hukuku, s. 282; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 108).

⁴³ *Akın*, Temel Haklar, s. 25, dn. 5; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 281, dn. 5; *Gemalmaz*, s. 28.

⁴⁴ *Akın*, Temel Haklar, s. 25, dn. 5; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 281, dn. 5; *Gemalmaz*, s. 29.

⁴⁵ Magna Carta'nın 9. maddesindeki bu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeyle benzer esaslar benimsemektedir. Nitekim bu hükme göre, “*Haciz koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlüdür*” (İİK m. 85/son). Magna Carta Libertatum'un 9. maddesindeki düzenlemede de, el konulması borçlunun menfaatlerine aykırı olacak mallara, alacaklının menfaatlerinin korunması uğruna el atılmasını izin verilmemiş; ayrıca, borçlunun yanı sıra, borç ilişkisinde üçüncü kişi olan kefilin de hak ve menfaatleri korunmak istenmiştir.

borçlu açısından ekonomik değeri yüksek olan taşınmazların korunması amaçlanmıştır⁴⁶. Bu şekilde, esasında borçlunun mal varlığı, ekonomik durumu korunmak istenmiştir. Ayrıca düzenlemenin devamında, borçlunun borcunu ödeyebilecek gücü bulunduğu sürece kefile başvurulamayacağı esası benimsenerek üçüncü kişilerin de hak ve menfaatleri gözetilmiştir.

Magna Carta'nın 13. maddesinde yine borçlunun mal varlığı değerleri ile borcunu ödeyememesi sebebiyle kişilik değerlerinin, onurunun zedelenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu kapsamda esasında alacağın tahsili sürecinde, tarihin eski zamanlarında dahi borçlunun onurunun, kişisel varlığının bir nebze de olsa korunmaya çalışıldığını görebilmekteyiz. Söz konusu düzenlemede, borçlunun belirli mallarına el konulamayacağı da benimsenmiş ve bu hâliyle günümüzün hacedilmezlik kurallarına (İİK m. 82 ve 83 gibi) benzer birtakım esaslar kabul edilmiştir. Ayrıca düzenlemede dikkat çeken belki de en önemli nokta, kişilerin hangi mallarına el konulacağı Kraliyet Mahkemesi tarafından karar verileceğidir⁴⁷.

4 Temmuz 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ise, gerçek anlamda hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik evrensel nitelikli belgeler arasında yerini almıştır⁴⁸. 1776 tarihli bu Bildiri'yi takip eden diğer Amerikan bildirelerinin önemli bir özelliği, bu bildirelerin daha sonra Avrupa'da önemli etkiler doğuran Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin temelini oluşturmuş olmalarıdır⁴⁹. Amerikan bildirelerinin evrensel nitelikli kabul edilmelerinin en önemli sebebi ise, bu belgelerde doğal hukuk öğretisinin benimsenmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰. Nitekim kişilerin doğuştan birtakım haklara sahip olduğunu açık bir şekilde ifade eden 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin başlangıç bölümü şu şekildedir:

⁴⁶ Bu şekildeki düzenlemelerin Magna Carta Libertatum'da kabul edilmesinin temel sebebi, kişileri temel geçim vasıtalarından mahrum etmeme esasına dayanmaktaydı (*Wiseman* [Çev. Kapanî], s. 467).

⁴⁷ Bu konuda bkz. *Wiseman* [Çev. Kapanî], s. 468.

⁴⁸ *Akın*, Temel Haklar, s. 31; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 288; *Karayağcın*, Hukukun Üstünlüğü, s. 121-122; *Gemalmaz*, s. 76; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 108. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Akın*, Temel Haklar, s. 30-34; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 287-292; *Gemalmaz*, s. 75-77.

⁴⁹ *Akın*, Temel Haklar, s. 31; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 288; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 108.

⁵⁰ *Akın*, Temel Haklar, s. 31-32; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 289; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 108.

“Şu gerçekleri kendiliklerinden doğru sayıyoruz: Bütün insanlar eşit yaratılmıştır. Yaradan, her insana kimsenin elinden alamıyacağı bir takım haklar bağışlamıştır. Yaşamak, özgürlük, mutluluğu arama bu haklardandır. Yönetimler bu hakların korunması için insanlarca kurulmuştur...”⁵¹

İnsan haklarının gelişimi hakkında yaptığımız kısa açıklamamız göstermektedir ki, menfaat çatışmasının ve menfaat dengesinin temelini oluşturan temel hak ve özgürlükler, tarih sürecinde sancılı dönemlerden geçmiş; ancak ne olursa olsun, bu haklara kişilerin doğuştan sahip olduğu, temel dayanak noktası olmuştur. Bu durum da, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin sınırlarının belirlenmesinde önem kazanacaktır. Zira, kişilerin müdahale edilecek söz konusu hakları, âlelade özellikte olmayan, *temel ve evrensel insan hakları olarak kabul edilen hak ve özgürlüklerdir*. Bu çerçevede yaptığımız açıklamaların, ileride icra hukukunda menfaat dengesini ihlâl edecek şekilde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerde sınırlarının belirlenmesi konusunda önemli olacağını belirterek, Roma cebrî icra usûllerinin benimsemiş olduğu esaslara geçmek istiyoruz.

Hukuk kurallarına toplumu oluşturan kişiler tarafından uyulması, bu kuralların cebrî icra gücü ile ilgilidir. Hukuk kurallarının, cebrî icra gücüne sahip olmadan toplumda etkili bir düzen sağlaması mümkün değildir⁵². Hukuk düzeninin sağlanması amacıyla ne tür cebrî icra usûllerinin benimseneceği ise, çeşitli hukuk sistemlerine ve tarihî gelişimlere göre büyük farklar arz etmektedir.

“*Borç*” ile “*sorumluluk*”⁵³ arasındaki sıkı bağlantı, her borcun ifasının güvence altına alınması için borcun *ifa edil(e)memesi* sonucuna bazı yaptırımlar bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Buna göre her “*borç*”, beraberinde bir “*sorumluluk*” doğurur ve borcunu ifa etmeyen borçlu, hukuk düzeninin belirlediği bir yaptırım ile karşı karşıya kalır. Bu yaptırım, hukuk sisteminin tercihi doğrultusunda, borçlunun

⁵¹ *Akın*, Temel Haklar, s. 31; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 288; *Gemalmaz*, s. 77.

⁵² *Rado*, s. 229.

⁵³ Sorumluluk denildiğinde, hukukumuzda sorumluluğun iki anlamı bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, tazminat ödeme yükümlülüğü anlamındadır; ikincisi ise, alacaklının borçluya ait mal varlığına el koyabilme iktidarınıdır. Öğretide, bir zararı tazmin yükümü anlamına gelen sorumluluk “...den sorumluluk”; borçlunun mal varlığına el koyabilme iktidarı da “... ile sorumluluk” kavramları ile ifade edilmektedir. Sorumluluğun farklı iki anlamı (...den sorumluluk - ... ile sorumluluk) için bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 21; *Eren*, C. I, s. 456.

“şahıs varlığı ile” veya “mal varlığı ile” sorumluluğu şeklinde tezahür edebilecektir⁵⁴. Hukuk sistemlerinde, borçlunun borcunu ödememesi/ödeyememesi neticesinde kendisine uygulanacak yaptırımlar da tarihî süreç içerisinde bu iki sorumluluk esasına dayandırılmıştır⁵⁵. Borcun öden(e)memesi hâlinde uygulanacak cebrî icra usûlünün en ilkel olanı, borçlunun doğrudan doğruya bedeni, şahıs varlığı üzerinde cebrî icra gücünün kullanılmasıdır⁵⁶. Borçlunun şahıs varlığı üzerinde uygulanan cebrî icra yetkisi de çeşitli şekillerde tezahür etmiştir. Zira geçmişte borçlunun, borcu öde(ye)memesi durumunda vücudunun parçalanması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkündür⁵⁷. Bunun gibi borçlunun köle durumuna sokulması veya alacaklının özel hapisanesinde yahut da genel hapisanede mahkûm edilmesi de söz konusuydu⁵⁸. Cebrî icra usûlleri konusunda sonradan gelişen ve günümüz modern hukuk sistemlerinin de önemli bir oranda temel aldığı ikinci esas ise, borçlunun şahıs varlığı üzerinde değil, mal varlığı üzerinde cebir yetkisinin kullanılmasıdır⁵⁹. Ancak borçlunun mal varlığı üzerinde zor kullanması konusunda da farklı esaslar bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemleri, borçlunun *tüm mal varlığı* üzerinde zor kullanma yetkisinin uygulanmasına izin vermekteyken; bazı hukuk sistemleri, sadece borçlunun *borca yeter mal varlığı* üzerinde zor kullanma yetkisinin uygulanması esasını kabul etmiştir. Zaman içerisinde sosyal devlet ve insan hakları kavramlarının gelişmesi ve yerleşmesiyle birlikte, *-hukukumuzda olduğu gibi (İİK m. 82; 83)-* borçlunun yaşamını sürdürmesini sağlayacak bazı mal varlığı değerlerine el konulamaması esası da benimsenmiştir⁶⁰. Kural olarak modern hukuk sistemleri tarafından benimsenmiş olan, cebrî icra yetkisinin borçlunun mal varlığı değerleri üzerinde uygulanması, çalışmamızın çeşitli kısımlarında ayrıca ele alınacaktır. Bu sebeple, burada özellikle daha fazla ilkel icra hukuku sistemlerinde benimsenmiş

⁵⁴ *Rado*, s. 230.

⁵⁵ Borç-sorumluluk ve cebrî icra usûlleri arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Rado*, s. 230 vd.; *Taşpınar*, Hacedilmezlik, s. 4-9.

⁵⁶ Bu konuda bkz. *Rado*, s. 229 vd.; *Güriz*, Hukuk Başlangıcı, s. 191.

⁵⁷ Bkz. *Rado*, s. 229; *Taşpınar*, Hacedilmezlik, s. 5; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 129.

⁵⁸ *Rado*, s. 229. Ayrıca bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 129. Borçlarını ödeyememe sebebiyle köle hâline gelen borçluların sayısı, tarihte savaş sonunda köle hâline gelenler ile neredeyse aynı seviyedeydi (*Bozkurt*, s. 67). Tarihte borç için köleliğin geçirmiş olduğu evreler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bozkurt*, s. 65 vd.

⁵⁹ Bu konuda bkz. *Rado*, s. 229 vd.

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Taşpınar*, Hacedilmezlik, s. 74 vd.

olan ve borçlunun şahıs varlığı üzerinde uygulanan cebir yetkisinin gelişimi ile tezahür şekillerini; ilkel cebrî icra sistemlerinden modern cebrî icra hukuk sistemine geçiş sürecini kısaca incelemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede günümüz cebrî icra sistemine başlangıç oluşturan Roma cebrî icra hukukunun temel esaslarını belirtmeye çalışacağız. Zira, Kara Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan ve gelişimini on asırlık bir zamana yayan Roma hukukunda cebrî icra usûllerinin geçirdiği aşamalar, bize alacaklının *alacağına tahsil yetkisinin* hangi süreçlerden geçerek günümüze ulaştığını ve nihâyet mevcut icra hukuku sistemimize ne şekilde yansıdığını gösterecektir⁶¹.

Roma cebrî icra hukuku, temelini, borçlunun şahıs varlığını hedef alan⁶² ve tamamıyla ihkak-ı hak ile intikam öğeleri üzerine kurulu bir sisteme dayandırmaktadır⁶³. Özellikle Roma Cumhuriyetinin ilk asırlarında borçlu aleyhine çok sert, acımasız nitelikte olan ve alacaklıya ihkak-ı hak yetkisi tanıyan bazı düzenlemeler getirilmiştir⁶⁴. Alacağı tahsil yetkisini ve borcunu ifa etmeyen/edemeyen borçluyu, tamamıyla alacaklının egemenliğine bırakan bu sistemin kabul edilmesinin sebebi ise, henüz o dönemde devletin yargı faaliyetine müdahale etmemiş olmasıyla açıklanmaktadır⁶⁵. Bu sebeple de, alacaklıya, borçlu üzerinde ihkak-ı hak eyleyebilme, şahıs varlığı üzerinde kuvvet kullanabilme yetkisi verilmekteydi⁶⁶.

Roma hukukunun eski zamanlarından, cebrî icraya ilişkin rastlanılan en eski kanun, XII Levha Kanunu'dur⁶⁷. Özellikle bu Kanun'un III. Levhasında bulunan hükümler, Roma hukuk sisteminin ilk çağlarında benimsenen cebrî icra esaslarını

⁶¹ Günümüz icra hukuku kurallarının temelini, borçlunun konumunun düzeltilmesi ile devletin cebrî icra faaliyetinde fonksiyonunu arttırması neticesinde gelişen Roma cebrî icra hukuku olduğu hakkında bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 127. Ayrıca Roma cebrî icra hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 127-171.

⁶² Bkz. *Umar*, Tarihi Gelişim, s. 60; *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 494-495.

⁶³ Bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 139.

⁶⁴ *Rado*, s. 231-232; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 129.

⁶⁵ *Türkoğlu-Özdemir*, s. 132.

⁶⁶ *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 494-495; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 132.

⁶⁷ XII Levha Kanunu, milâttan önce 450 yıllarında kabul edilen ve Roma hukuk tarihinin bilinen ilk kanunlaştırma hareketidir. XII Levha Kanunu'ndan önce ise, hukuk, örf ve âdetlere dayanmaktaydı (*Türkoğlu-Özdemir*, s. 129).

düzenlemektedir⁶⁸. III. Levha, borçların ifası konusunda şu düzenlemeyi içermektedir⁶⁹:

“Para ikrar eden ve kanunen mahkûm olanların 30 güne hakkı olsun (bu kimselere 30 gün müddet veriliyor). Bundan sonra el konması, manus injectio yapılsın. In ius (yani majistra önüne) götürsün (burada götüreceği olan alacaklıdır, kanunun hükümlerinde umumiyetle cümlenin faili gösterilmemiştir). Hükümü ifa etmezse veya bir kimse onun borcunu vindex olarak taahhüd etmezse, (vindex bir nevi kefildir), beraberinde götürsün, zincire vursun, en fazla 15 libre ağırlığında isterse daha az ağır zincirle bağlasın. İsterse yiyeceğini kendi getirsin (yani borçlu). Kendi getirmese onu zincirleyen günde 1 libre buğday versin, isterse daha fazla versin.”

XII Levha Kanunu'nun bu hükmüne göre alacaklı tarafından hapsedilen borçlunun durumu *Gellius* tarafından şu şekilde ifade edilmektedir⁷⁰:

“Bu müddet içinde anlaşma imkânı vardır. Uzlaşamazlarsa 60 gün zincirde kalırdı. Bu 60 gün içinde alacaklı, birbirini takibeden üç pazar kurulduğu gün, onu, adlî işlerin görüldüğü comitium meydanına majistra önüne götürür ve orada borçlunun ne kadar miktar paraya mahkûm olduğunu yüksek sesle ilân ederdi. 3 üncü pazardan sonra ölüm cezasına maruz kalır veyahut da Tiberis nehri ötesinde (trans Tiberim, yani Roma dışında) satılırdı.”

Hatta, borçlunun durumunun vahametini *Gellius* şu ifadelerle tamamlıyor⁷¹:

“Üçüncü pazardan sonra parçalara bölünsün. Az veya fazla kesilmiş ise haksızlık olmasın.”

Yukarıda alacaklının, alacağının takibine ilişkin verilen bilgiler, Roma cebrî icra hukukunun bazı çarpıcı noktalarına işaret etmektedir. Öncelikle, borcunun

⁶⁸ *Rado*, s. 232.

⁶⁹ *Rado*, III. Levhanın Latince metnine *Gellius*'un “*Atina Geceleri*” isimli eserinde ulaşmıştır. Bu metnin Türkçe tercümesi için bkz. *Rado*, s. 232. Ayrıca bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 135; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 60.

⁷⁰ *Gellius*, *Atina Geceleri* [*Naklen Rado*, s. 233].

⁷¹ *Gellius*, *Atina Geceleri* [*Naklen Rado*, s. 233]. Ancak XII Levha Kanunu'nun bu hükmü, “*Borçlunun teslim edildiği alacaklılar birden fazla ise, onlar borçluyu Tiber ötesinde satsınlar ve bedelini paylasınlar*” şeklinde de çevrilmiştir. Bu şekilde yapılan çeviri için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61.

Ayrıca *Yılmaz* tarafından düzenleme, “*alacaklılar birden fazla ise, onlar borçluyu beraberce satıp paylaşırlar; eğer borçlu, borcunu ödemediği ölürse, cesedin sorumluluğu devam eder ve ceset bölüşülürdü*” şeklinde açıklanmaktadır (*Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 495).

varlığını ikrar eden veya borcunun varlığı kanunen tespit edilen borçluya, borcunu ödemesi için otuz günlük bir süre verilmekteydi. Buna rağmen borcunu ödemeyen borçlu hakkında cebrî icra prosedürü, bu aşamadan sonra *majistra* yani mahkeme önünde başlatılırdı^{72, 73}. İcra prosedürüne devlet organı olan majistra önünde başlanması, borçlunun, alacaklıların keyfî davranışlarından mağdur olmaması amacıyla getirilen bir teminat niteliğindedir⁷⁴ ve bu anlamda, borçlunun menfaatlerini korumak anlamında oldukça yerinde bir kuraldı. Majistra önünde başlatılan bu şekli prosedüre “*legis actio per manus iniunctionem - el koyma yolu ile kanunî usûl*” deniliyordu⁷⁵. Bu prosedüre *el koyma* yolu ile kanunî usûl denilmesinin sebebi ise, majistra önünde alacaklının, belirli sözler söyleyerek borçluyu eliyle tutmasından kaynaklanmaktadır⁷⁶. Artık alacaklının bu hareketinden sonra,

⁷² *Rado*, s. 234. Ayrıca bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 135.

⁷³ Hatta Roma hukukunda borçlunun, alacaklı ile yaptığı bir sözleşmede, borcunu ödeyeceğine dair *bizzat kendisini güvence olarak* göstermesi mümkündür. *Nexum* olarak ifade edilen bu müessese (bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, s. 130), Roma cebrî icra usûllerinde, alacaklı lehine borçlunun menfaatlerini ortadan kaldıran uç örneklerden birisidir. Çünkü, borçlunun anlaşmaya uygun olarak vadesinde borcunu ödememesi durumunda, alacaklı borçluya el koyarak kölesi hâline getirebilir; borçluyu hapsedebilir, onur kırıcı davranışlarla aşağılayabilir, kırbaçlayabilir, kendi işlerini yaptırabilir, aç bırakabilirdi (*Türkoğlu-Özdemir*, s. 130-131). Yani bu sözleşmeden doğan borcun ödenmemesi durumunda, borçlu adetâ alacaklının malî hâline gelmekte ve kişisel varlığının her türlü saldırıya uğraması mümkün olmaktadır. Daha kötüsü ise, alacaklının borçlunun kişisel varlığı üzerinde tüm bu yetkileri kullanabilmesi için majistra önüne gitmesine veya herhangi başka bir yola başvurmasına gerek bulunmaması; borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklının *nexum sözleşmesine* göre kendiliğinden bu yetkilere sahip olmasıydı (*Umar*, Tarihî Gelişim, s. 60; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 132). Ancak XII Levha Kanunu ile kabul edilen kurala göre, *nexum sözleşmesine* dayanmayan bir alacaklının, borçluya el koyabilmesi için icra prosedürünü majistra önünde başlatılması gerekirdi. Bu sebeple XII Levha Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte, artık *nexum sözleşmesine* dayanan alacaklının da borçluya el koymadan önce majistra önüne gitmesi gerektiği kabul edildi. Bu durumda majistra önünde borçlu, *nexum sözleşmesinden* doğan borcu ödediğini ispat edemezse veya beş tane tanık böyle bir sözleşmenin yapılmadığını ortaya koyamaz ise, alacaklının ancak bu durumda borçluya el koyma yetkisine sahip olacağı kabul edildi (*Türkoğlu-Özdemir*, s. 137).

⁷⁴ *Rado*, s. 234. Oysa modern cebrî icra hukuku sistemimize göre alacaklı, mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın borçlu olmayan bir kişiye karşı dahi, ilâmsız icra yolu ile takip başlatarak o kişinin, evine veya işyerine *-borçlu o yerde bulunmuyorsa, evinin-işyerinin kapısını kırdırmak suretiyle-* girebilmekte ve bütün mal varlığını haczettirebilmektedir (bkz. *Atalay*, Yargısız İnfaz, s. 67-69). Dolayısıyla borçlusunun şahsı üzerinde kuvvet kullanmaya yetki verecek kadar alacaklıyı koruyan XII Levha Kanunu, alacaklının keyfî davranışlarla borçlu aleyhine cebrî icra prosedürü başlatmasına engel olmak isterken; icra prosedürünün başlangıcı açısından benzer bir teminatın borçluya, modern icra hukuku sistemimizde verilmediğini ifade etmemiz yanlış olmayacaktır. Bu konuyla ilgili olarak ilâmsız icra yolu ile takibin getirdiği sakıncalar için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III.

⁷⁵ *Rado*, s. 235.

⁷⁶ Borçlusunu majistra önüne götüren alacaklının, şu sözleri söyleyerek borçlusunu aynı zamanda eliyle tuttuğu belirtilmektedir: “*Sen bana karşı 10 bin sesters'e mahkûm olduğundan, ve*

borçlunun borcu ödediğini veya alacaklının iddiasını reddetmek gibi savunma imkânının ortadan kalktığı ifade edilmektedir⁷⁷. Bu durumda alacaklı, üzerine el koyduğu borçluyu şahsî hapisanesine götürüp, ağırlığı 15 libreyi (7.5 kiloyu) geçmeyen zincirlerle bağladı⁷⁸. Zincir ağırlığının Kanun'da “*en fazla 15 libre ağırlığında isterse daha az ağır zincirle bağlasın*” şeklinde azamî ağırlığının belirtilmesinin, borçluyu korumak amacıyla olduğu belirtilmektedir⁷⁹. Borçlu, esareti süresince kendi yemeğini kendisi sağlayabilir; ancak bunu kendisi yapamazsa, alacaklı, borçluya hergün asgarî bir libre buğday vermeliydi⁸⁰. Tüm bu hususlar da, esasında Roma cebrî icra prosedüründe bir nebze de olsa borçlunun menfaatlerinin korunduğunu göstermektedir.

Borçlu, hapis olduğu altmış gün süresince alacaklı ile uzlaşabilme imkânına sahipti. Bu süreçte alacaklı da, borçlunun borcundan kurtulmasına imkân sağlamak için borçluyu, birbirini takip eden üç pazar günü, halkın toplandığı meydana götürüp onun ne miktarda borcununun bulunduğunu ilân etmeliydi⁸¹. Pazarın kurulduğu bu günlerde de, borçluyu borcundan kurtaracak bir kimse çıkmadığı takdirde, alacaklı dilerse borçlusunu öldürebilir, dilerse Roma'nın dışında Tiberis nehrinin ötesinde köle olarak satabilirdi⁸². Ancak burada daha vahim olan durum, alacaklının, borçlunun vücudunu parçalayabilmesiydi. Hatta XII Levha Kanunu'nda belirtildiği gibi, borçludan alacağı olan birkaç alacaklı bulunuyorsa, alacaklılardan herhangi biri, borçlunun vücudundan kendi payına düşenden fazlasına denk gelen bir parça kesmişse, bunun bir haksızlığa sebebiyet vermeyeceği kabul edilmekteydi⁸³.

bunları henüz ödemediğinden, 10 bin sesterts için senin üzerine elimi koyuyorum, (manus iniciuo)” (Rado, s. 235).

⁷⁷ *Rado*, s. 235. Bu durumda ancak borcu üzerine alacak bir vindex (kefil) çıkması hâlinde, asıl borçlu borcundan kurtulabilecektir (*Rado*, s. 235; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 135).

⁷⁸ *Rado*, s. 235; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136.

⁷⁹ *Rado*, s. 236.

⁸⁰ *Rado*, s. 236; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136.

⁸¹ *Rado*, s. 236; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136.

⁸² *Rado*, s. 236; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136. Borçlunun, köle olarak satılması için alacaklının, onu Tiberis Nehri'nin öbür kıyısına geçirip orada satma zorunluluğu, Roma'nın içinde vatandaşların köle olarak satılmamalarından kaynaklanmaktaydı (*Rado*, s. 236; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136).

⁸³ *Rado*, s. 236; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 136-137. Ancak XII Levha Kanunu'nda yer alan bu hükmün, Roma hukukunda hiç uygulanmadığını veya bu hükmün devletin kültürüne uygun

XII Levha Kanunu'nun borçlu aleyhine getirdiği zâlimane ve son derece sert olan cebrî icra kurallarının, borçluyu koruyan taraflarının da bulunduğu yadsınamaz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere cebrî icra prosedürünün majistra önünde başlatılması, borçlunun hak ve menfaatlerinin korunması açısından en önemli teminatlardan birini teşkil eder. Ayrıca, bu prosedürden önce yani alacaklının majistra önüne gitmeden borçluya, borcunu ödemesi için belirli bir süre (30 gün) verilmesi de borçlu için önemli güvencelerdir. Yine bunun gibi, Roma cebrî icra prosedürünün, borçlunun borçlarını üstlenecek bir kefilin (*vindex*) borçluyu borcundan kurtarmasına veya borçlunun pazar yerine götürülüp orada kendisini borcundan kurtaracak bir kişinin bulunması için ilân yapılmasına imkân verilmesi de borçlunun borcundan kurtulması açısından menfaatlerini gözeten yanlarıdır. Ayrıca borçlunun, alacaklının hapisanesinde mahkûmiyetini çekerken ayağına vurulacak zincirlerin azamî ağırlığından, borçlunun bir günde yemesi gereken asgarî miktarda buğdayın alacaklı tarafından sağlanması gereğine kadar getirilen düzenlemeler borçlunun menfaatlerini gözeten güvenceler niteliğindedir⁸⁴. Dolayısıyla, o zamanın koşullarına göre değerlendirildiği takdirde borçluyu, tamamıyla *-hür kişiliği dahil olmak üzere tüm mal ve şahıs varlığı ile-* alacaklının egemenliğine sokan Roma cebrî icra sisteminin dahi, borçluyu olduğu gibi alacaklının insafına bırakmadığı görülmektedir. Roma icra hukukunda, sanıldığından farklı olarak her ne kadar borçlunun kişisel varlığı ile mal varlığı tamamen alacaklının egemenlik alanına bırakılıyorsa da, belirli bir ölçüde alacaklı ile borçlu arasında bir menfaat dengesinin gözetildiğini ifade etmek gerekir.

Roma cebrî icra hukukunda XII Levha Kanunu'ndan sonra, milâttan önce 326 yılında yapılan Lex Poetelia Papiria isimli bir kanun ile alacaklının, borçluyu öldürme ve satma yetkisi kaldırılmıştır⁸⁵. Dolayısıyla Roma icra hukukunda, menfaat

olmadığı, dolayısıyla Kanun'da yer alan bu düzenlemenin borçlunun vücudunu değil, mamelekî değerlerini konu aldığı *-dolayısıyla borçlunun Tiberis nehrinin ötesinde satılıp, bedelin alacaklılar arasında bölüştüğü-* görüşü de belirtilmektedir (bu görüş için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 61). XII Levha Kanunu'nda yer alan bu hüküm, uzun zamanlardan bu yana tartışılmakta olup, bu hükmün gerçekte borçlunun vücudunu mu, yoksa mal varlığı değerini mi konu aldığı kesin olarak tespit edilememiş olmakla birlikte; genelde benimsenmiş olan görüş, III. Levhada yer alan hükmün borçlunun vücudunun parçalanarak borcun tahsilini düzenlediği yönündedir (*Rado*, s. 236-238; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 139-140). Ayrıca her iki yönde de belirtilen görüşlerin açıklamaları hakkında bkz. *Rado*, s. 236-238; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 139-140.

⁸⁴ *Rado*, s. 237.

⁸⁵ *Rado*, s. 237; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 63; *Türkoğlu-Özdemir*, s. 141.

dengesini alacaklı lehine çeviren ve boçlunun menfaatlerini tamamıyla tehlike altında barındıran, alacaklının bu iki yetkisinin kaldırılması, menfaat dengesinin bir oranda borçlu tarafa kaydırılması hususunda önemli bir adım olmuştur. Söz konusu kanunun uygulandığı süreçte borçlunun, borcunu ödeyinceye kadar alacaklının hizmetinde olduğu, borcunu mahsup ettikten sonra ise borcundan kurtulduğu düşünülmektedir⁸⁶. Dolayısıyla bu kanunun, Roma cebrî icra hukukunda borçlunun hak ve menfaatlerinin korunmasına hizmet eden önemli bir düzenleme olduğu kabul edilebilir.

Daha sonraki dönemlerde birtakım değişikliklere uğrayan Roma cebrî icra hukukunda, preatorlar döneminde borçlunun *bütün mal varlığı ile birlikte* sorumlu olacağı esas kabul edilmişti⁸⁷. Bu dönemden sonra Augustus zamanında yapılmış olan Lex Julia isimli bir kanunda da borçluya, bütün mallarını alacaklılara terk etmek yolu ile (*bonorum cessia*) şahıs varlığı üzerinde uygulanan yaptırımlardan kurtulma imkânı tanınmıştır⁸⁸. Nitekim, bu dönemde de borçlunun şahıs varlığı üzerinde uygulanan etkin yaptırım borçlunun *infamia* (şerefsiz) ilân edilmesiydi⁸⁹. Bu şekilde borçlu, tüm mal varlığını alacaklılara terk ederek şerefsiz olmaktan kurtulabilecekti⁹⁰. Bu durum, Roma icra hukukunun bir tarafının, insan onurunu önemli bir değer olarak kabul ettiğini göstermektedir. Özellikle de bu dönemden önce, borçlunun borcu için öldürülmesi ve satılması esaslarının kaldırıldığı da göz önüne alındığında, Roma tarihinde insan (*borçlunun*) onuruna verilen önemin gittikçe arttığını ifade edebiliriz. Şüphesiz ki, *infamia* yöntemi de borçlu açısından önemli zararlar barındırmaktaydı. Bu zararlardan başlıcası, borçlunun tüm mal varlığının, borcu karşılamayan kısmının dahi alacaklılar tarafından satılmasıydı.

⁸⁶ *Rado*, s. 237.

⁸⁷ *Rado*, s. 238.

⁸⁸ *Rado*, s. 238; *Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 189.

⁸⁹ *Rado*, s. 238; *Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 17. *Infamia* (şerefsizlik), devletin yetkili organları tarafından, kişilerin mahkûm edildikleri çeşitli davalar veya sürdürdükleri belirli hayat biçimleri yüzünden yapılan bir kınamadır (*Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 18). *Infamia*, bir kişinin toplumda sahip olduğu saygınlığı yitirmesine sebebiyet vermekteydi (*Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 17). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 17 vd.

⁹⁰ *Rado*, s. 238; *Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 189. Borçlunun bütün mal varlığını alacaklılara terk ederek şerefsizlikten kurtulmasını sağlayan bu prosedürün aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Rado*, s. 238.

Buna rağmen, borçlu bu satış işlemi ile şerefsizlikten kurtulduğu için cebrî icra tarihinde önemli bir aşama olarak kaydedilmiştir⁹¹. Ancak bu durumda dahi, modern hukuk sisteminde olduğu gibi, borçlunun kendi yaşamını sürdürmesi için gereken miktardaki mallarına asla dokunulamamaktaydı⁹². Esasında bu belirttiğimiz son kuralın da yine, borçlunun yaşam hakkına yani kişisel varlığını korumaya hizmet ettiğini görmekteyiz. O hâlde tüm bu açıklamalardan çıkan sonuç, Lex Julia kanununun benimsendiği bu dönemde, Roma icra hukukunda borçlunun kişi varlığı değerlerinin korunmasına, mal varlığı değerlerini korunmasından daha fazla önem verildiğidir.

Roma cebrî icra hukukunun en ileri aşaması ise, son imparatorluk döneminde yaşanmıştır⁹³. Bu dönemde, bir tek istisna dışında borçlu tamamen mal varlığı ile sorumlu kılınıyor ve bugünün cebrî icra sistemlerinin temeli niteliğinde olan, borçlunun *-Lex Julia kanununun geçerli olduğu dönemin aksine-* tüm mal varlığının değil münferit mallarının haciz ve satışı ile alacaklının alacağına kavuşması sağlanıyordu. Ayrıca son imparatorluk döneminde, dördüncü asrın sonlarına doğru borçlunun, alacaklının özel hapisanesinde mahkûm edilmesi esası kaldırılmış ve *gerekli olduğu durumda* borçlunun genel hapisanede mahkûm edilmesine cevaz verilmişti⁹⁴. Bu hâliyle borçlunun şahıs varlığı ile sorumluluğuna sebebiyet veren tek durum olan borçlunun mahkûmiyeti de alacaklının egemenlik alanından kaldırılmış ve ayrıca da borçlunun hapsedilmesi ancak *gerekli durumlara* inhisâr ettirilmiştir. Bunun dışında da yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, bu dönemde benimsenen esaslara göre devlet mahkemelerinin verdiği karar ile borçlunun münferiden malları haczedilmekte ve daha sonra da yine münferiden satılmaktadır (*pignus ex causa iudicati captum-karar sebebiyle alınan rehin [haciz]*)⁹⁵. Bu hâliyle, borçlunun hak ve menfaatlerinin korunması hususunda önemli engel teşkil eden iki durum da kaldırılmış; böylece alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat çatışması bir derece daha dengeye oturtulmuştur.

⁹¹ *Rado*, s. 238.

⁹² *Türkoğlu-Özdemir*, Şerefsizlik, s. 190.

⁹³ *Rado*, s. 239.

⁹⁴ *Rado*, s. 239. Bu durumda, borçluyu özel hapisanesinde mahkûm eden alacaklının bu fiili bir suç sayılıyor ve bu durumda alacaklının bizatihi kendisi cezalandırılmaktaydı (*Rado*, s. 239).

⁹⁵ *Rado*, s. 239.

Belirtmek gerekir ki, son imparatorluk döneminde haciz ve satış konusunda benimsenen esaslar, modern cebrî icra sistemlerinin temelini oluşturmaktadır. Bu durum da esasında Roma icra hukukunun, bulunduğu dönemin ilerisinde birtakım düzenlemeleri benimsemiş olduğunu gösterir. Nitekim bu dönemin getirdiği önemli yeniliklerden birisi, konumuz açısından da büyük önem arzeden borçlunun mallarının haczi sırasında, belirli bir sıraya uyulması kuralının benimsenmiş olmasıdır (*karş. İİK m. 85/son*). Bu sıraya göre önce taşınırlar, bunlar yetmediği takdirde taşınmazlar ve taşınmazlar da yetmez ise, alacaklar haczediliyordu. Yine bunun gibi borçlunun bazı mallarının haczedilmemesi gerektiği kabul edilmekteydi. Dönemin haczedilemeyen malları arasında arazi, köleler, öküzler, *-haczedilecek başka bir mal bulunmuyorsa-* asker maaşları sayılmaktadır⁹⁶. Bunun dışında da günümüz cebrî icra sistemlerinin *-özellikle haciz ve satış konularında-* benimsenmiş olduğu sistemin temellerini teşkil eden başka düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin alacak haczinde, haciz alacağının borçlusuna, borcu artık takip borçlusuna ödememesi gerektiği ihbâr ediliyordu; üçüncü şahıslara, hacizli malda istihkak iddiası ileri sürmesine imkân veriliyordu; hacizli mal üzerinde alacaklı lehine doğan bir nevî rehin hakkı sayesinde, borçlunun hacizli mala ilişkin bütün tasarruf işlemlerini, alacaklıya karşı hükümsüz kılan bir imkân sağlanmaktaydı; haczedilen malın zilyedliği alacaklıya geçmez, mallar, haciz koyan memurun emanetinde kalırdı; satış, hacizden en az iki ay sonra yapılırdı; borçlunun satışa kadar borcunu ödeyip, mallarını hacizden kurtarma imkânı bulunmaktaydı; satış, açık arttırma ile yapılır ve praetörün memurları tarafından gerçekleştirilirdi; alacaklının açık arttırmaya katılma imkânı bulunmaktaydı⁹⁷.

Esasında tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, (i) Roma icra hukuku, gelişimi sırasında, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması açısından çok önemli aşamalar kaydetmiştir ve (ii) sanıldığı aksine, Roma icra hukukunda - *özellikle dönemin koşulları dikkate alındığında-* borçlunun hak ve menfaatlerini koruyan önemli düzenlemelere ulaşılmıştır. Roma icra hukukunda, gelişiminin ulaştığı en son noktada, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle hapisle cezalandırılması dışında, borçlunun hak ve menfaatlerine çok ciddi tehlike

⁹⁶ Umar, Tarihî Gelişim, s. 68-69.

⁹⁷ Umar, Tarihî Gelişim, s. 69-70.

oluşturabilecek bir düzenlemeye rastlanamamıştır. Kaldı ki, son imparatorluk döneminde, borçlunun hapsedilmesi dahi birtakım sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Özellikle söz konusu dönemde henüz insan hakları kavramının doğmamış olduğu dahi göz önüne alındığında, menfaat dengesinin bulunduğu konunun ölçsüz olduğunu ifade etmek zor olacaktır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar dışında Roma cebrî icra usûlünde, bugünkü anlamda ilâmlı icra yolu ile takibe benzer bir prosedür de bulunmaktaydı. Bu prosedür de, günümüzle karşılaştırıldığında dahi, borçlunun hak ve menfaatlerinin korunması yönünde önemli esaslar getirmekteydi. Bu prosedüre göre davacı açtığı davayı kazanır ve borçlu da mahkeme kararının gereğini yerine getirmez ise, davacı icra davası (*actio iudicati*) açardı. İcra davasının açılabilmesi için, davacının haklı olduğunu belirleyen mahkeme kararı kesinleşmiş ve bu mahkeme kararının gereği, borçlu tarafından yerine getirilmemiş olmalıydı. Bu durumda icra davasının açılmasıyla birlikte davacı, hâkim kararının bir suretini (ilâm) alır ve mahkûm edilmiş davalıya karşı icrayı yürütecek olan memurun ismini, bir zabıt varakası ile tespit ettirirdi⁹⁸. Davalı borçlunun mahkûm edildiği dava, şayet *bir malın iadesine veya verilmesine ilişkinse*, bu durumda borçlunun malı kendi rızası ile vermemesi hâlinde, mal cebren kendisinden alınır ve davacı alacaklıya verilirdi (*manu militari*). Davalı borçlunun mahkûm edildiği dava, eğer belirli *bir miktar paranın ödenmesine ilişkinse*, bu durumda da bugünkü ilâmlı icra sistemimize benzer şekilde, icra memurları (*apparitores* veya *executores*) alacaklıya teminat olmak üzere, borçlunun mal varlığı değerlerine elkoyarlardı (*pignus ex causa iudicati captum*, mahkûmiyet kararı gereğince elde edilen rehin). Bunun ardından borçlu, iki ay içerisinde borcunu ödemez ise, rehinli mallar satılır ve alacaklının, alacağı tahsil edilirdi. Borçlunun mal varlığının borçlarını ödemeye yetmemesi durumunda ise, yani borçlu aciz hâlindeyse, borçlunun bütün mal varlığının zilyetliği alacaklılara devredilirdi. Bu durum, modern cebrî icra sistemlerini, Roma icra hukuku sisteminden ayıran temel bir özelliktir. Belirtmek gerekir ki, bu durumda borçlunun

⁹⁸ *Umur*, s. 649. Mevcut icra hukuku sistemimizde ise, alacaklının, borçlunun mal varlığına icra organları aracılığıyla el uzatabilmesi için, bir mahkeme kararı aranmamaktadır. Yani, Roma hukukunda davacı alacaklının haklı olduğunu tespit eden kararın ardından, alacaklının bir de icra davası açarak, borçlunun mallarına el koymak için aradığı mahkeme kararı, bugün mevcut sistemimizde bulunmamaktadır. Bu durumun, Anayasa'ya ve menfaat dengesine aykırılığı hakkında bkz. aşa. III. Bölüm, § 4, B, 3.

mal varlığının zilyetliği, sadece kendisine karşı dava açmış alacaklıya değil, borçludan alacaklı olan bütün alacaklılara geçirdi. Bunun ardından borçlu, belirli bir süre içerisinde borçlarını ödeyemez ise magistra, zilyetliği alacaklılara geçirilmiş olan malların satılmasına izin verirdi⁹⁹. Ancak mallarının tamamını alacaklılara devretmemiş olan aciz hâlindeki borçluya karşı, şahıs üzerinde icra uygulanabilmekteydi. Yani bu durumda, aciz hâlindeki borçlu, mallarını alacaklılara devretmemesi sebebiyle, devlet hapisanelerinde mahkûm edilebilirdi¹⁰⁰.

Görüldüğü üzere, Roma cebrî icra hukuku, XII Levha Kanunu'ndan başlayarak günümüz cebrî icra sisteminin temelini atan modern icra hukuk sistemine geçene kadar oldukça önemli aşamalar kaydetmiştir. Bu gelişim sürecinde benimsenen cebrî icra esaslarının bir kısmı, günümüz cebrî icra kurallarına benzerlik göstermekte; - özellikle *Roma icra hukukunun ilk zamanlarında kabul edilen esasların*- bir kısmı ise, alacaklıya, modern cebrî icra sistemlerinin reddettiği birtakım yetkiler tanımaktadır. Bu açıdan esasında, Roma cebrî icra sisteminin benimsediği esaslar, her hâlûkarda günümüz icra hukuku kuralları ile karşılaştırılmakta ve bu esasların bir kısmı, alacaklı ile borçlu veya üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesine uygun, diğer bir kısmı ise aykırı gelmektedir. Bu sebeple Roma cebrî icra usûlleri hakkında yapılan açıklamaların, mevcut İcra ve İflâs Kanunumuzun tarihî gelişimi ve geçirmiş olduğu aşamaları belirlerken de farklı bir önem kazanacağı kanaatindeyiz.

Türk icra hukukunun tarihî gelişimine geçmeden önce son olarak, İslâm hukukunda cebrî icra prosedüründe alacaklı ile borçlunun arasındaki menfaat dengesinin ne şekilde biçimlendiğini belirlemek istiyoruz. İslâm cebrî icra hukukunda, tahsil yetkisini bizzat kadılar yerine getirmekteydiler¹⁰¹. Yani bugünkü icra organlarının görevlerini, İslâm hukukunda hâkimler yerine getirmekteydi. Dolayısıyla icra prosedüründe borçlunun mallarına el koyma işleminden, satışa kadar tüm işlemler kadılar tarafından gerçekleştirilmekteydi. Bu açıdan cebrî icra hukukunda, bir anlamda hukukî güvenliğin sağlandığını ifade etmek mümkündür. Ayrıca İslâm icra hukuku, ilâmsız icra hukuku yerine daha güvenceli olan ilâmlı icra

⁹⁹ *Umur*, s. 650. Dikkat edilecek olursa bu durumda da, yine borçlunun mallarının satılması, resmî bir makamın, magistranın iznine bağlıdır.

¹⁰⁰ *Umur*, s. 650.

¹⁰¹ *Ansay*, İcra Hukuku, s. 3; *Atar F.*, s. 109, 110.

yolu ile takibi benimsemiş¹⁰²; bunun yanı sıra cebrî icranın hâkimlerin nezaretinde gerçekleştirilmesini benimseyerek bir adım daha ileri gitmiştir. Nitekim, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alacağımız üzere, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin korunması açısından ilâmlı icra yolu ile takip, ilâmsız icra yolu ile takibe göre çok daha fazla hukuka ve bunun da ötesinde menfaat dengesinin korunmasına hizmet eden bir prosedürdür.

İslâm icra hukukunda, borcunu ödemeyen borçlu hapis ile cezalandırılmaktaydı¹⁰³. Buna karşılık mevcut sistemimizde olduğu gibi, borçlunun bazı mallarının haczedilememesi esası kabul edilmekteydi. Örneğin borçluya gerekli olan yiyecek, giyecek, oturacak, yakacak şeyler borçluya bırakılır; bunlardan değeri yüksek olanlar satılarak, bedeliyle daha ucuz olanı borçluya verilir¹⁰⁴ (Mecelle 999)¹⁰⁵. Görüldüğü üzere İslâm hukukunda da, borçlunun topluma muhtaç hâle gelmesi istenmemiş; onun mal varlığı ile kişi varlığı korunmaya çalışılmıştır. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasına benzer bir şekilde, satılması kolay ve borçluya daha az zararlı olandan başlanarak önce borçlunun paralarına elkonulacağı; daha sonra da taşınır ve taşınmazlarının satılacağı kabul edilmekteydi¹⁰⁶.

Bunun yanı sıra İslâm icra hukuku, alacaklılar arasında da eşitliğin korunmasını amaçlamış ve haciz koyduran alacaklının, sonradan ortaya çıkan alacaklılara göre imtiyazının bulunmayacağını kabul etmiştir. Ancak rehinli bir alacaklı bulunuyorsa, bu alacaklının diğerlerine göre önceliği bulunacaktır¹⁰⁷.

Görüldüğü üzere İslâm icra hukuku, günümüz icra hukuku sistemine benzer bazı esaslar kabul etmiştir. Bu hâliyle İslâm icra hukuku esaslarının, sistem bazında

¹⁰² *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 345.

¹⁰³ *Ansay*, İcra Hukuku, s. 10, dn. 28; *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 345-346. Ancak borçlu, hapsedildikten sonra hiç bir malının bulunmadığı ispat ederse hapisten çıkarılır ve kendisinin yeni bir mal edinmesi beklenirdi (*Ansay*, İcra Hukuku, s. 10, dn. 28; *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 346). Dolayısıyla İslâm hukukunda da, esasında borçlunun sadece borcunu ödeyememesi sebebiyle cezalandırılmadığı; ancak bilerek ve kasten borcunu ödememesi durumunda borçlunun hapisle tazyik edildiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 346.

¹⁰⁵ *Berki*, s. 195-196.

¹⁰⁶ *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 346.

¹⁰⁷ *Ansay*, İslâm Hukuku, s. 346.

alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesini kuramadığını, özellikle de söz konusu tarihî sürecin koşullarını göz önünde bulundurarak ifade etmek çok mümkün görünmemektedir. Cebrî icra hukuku açısından tarihî süreçte, çeşitli sistemlerde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin ne şekilde biçimlendiğini belirledikten sonra, Cumhuriyet dönemiyle birlikte Türk icra hukuku sisteminde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin geçirdiği evreleri incelemek istiyoruz.

III. TÜRK İCRA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİNDE MENFAAT DENGESİNE YAPILAN MÜDAHALELER

İcra iflâs hukumuzun temel kaynağını oluşturan 2004 sayılı ve 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu, belirli aşamalardan geçerek ve çok sayıda kanun değişikliğine uğrayarak günümüze kadar gelmiştir¹⁰⁸. Türk icra hukukunun temeli ise, ilk olarak İsviçre hukukunda uygulanmış olan “*Borç İçin Tâkip ve İflâs Hakkında Federal Kanun*”dan iktibas yoluyla alınan 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’na dayanmaktadır. Ancak bu Kanun, kabulünden çok kısa bir süre sonra henüz 1932 yılında, Türk toplumunun ihtiyaçlarını karşılayamadığı gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmış ve bu Kanun yerine bugün de uygulanmakta olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edilmiştir. Toplumun sosyal ve ekonomik yapısının değişmesiyle bağlantılı olarak, yetmişaltı yıldan bu yana uygulanmakta olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun da zamanla çeşitli ihtiyaçlara cevap veremediği düşünülmüştür. Bu sebeple de mevcut İcra ve İflâs Kanunumuz, yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar onsekiz kez değişikliğe uğramıştır¹⁰⁹. Çeşitli tarihlerde yapılan bu kanun değişiklikleri ile birlikte, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz, kabul edildiği

¹⁰⁸ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 136-170; *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü, s. 1 vd.; *Yılmaz*, İİK’da Gelişmeler, s. 871-876; *Uzar*, s. 32 vd.; *Yılmaz*, Dünden Bugüne İİK, s. 9-45.

¹⁰⁹ 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uğramış olduğu kanun değişiklikleri kronolojik sıra ile şu şekildedir: 2228 s.lı ve 31.05.1933 t.li; 3890 s.lı ve 11.07.1940 t.li; 6763 s.lı ve 09.07.1956 t.li; 51 s.lı ve 01.06.1962 t.li; 538 s.lı ve 06.03.1965 t.li; 1045 s.lı ve 18.04.1968 t.li; 2494 s.lı ve 18.07.1981 t.li; 3222 s.lı ve 15.06.1985 t.li; 3494 s.lı ve 25.11.1988 t.li; 4301 s.lı ve 09.08.1997 t.li; 4358 s.lı ve 04.04.1998 t.li; 4578 s.lı ve 13.06.2000 t.li; 4949 s.lı ve 30.07.2003 t.li; 5092 s.lı ve 21.02.2004 t.li; 5219 s.lı ve 21.07.2004 t.li; 5311 s.lı ve 18.03.2005 s.lı; 5358 s.lı ve 01.06.2005 t.li; 5582 s.lı ve 06.03.2007 t.li Kanun Değişiklikleri. Bu kronolojik sıra için bkz. *Pekantez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 31.

zamanki sisteminden önemli sayılabilecek ölçüde ayrılmıştır. İcra ve İflâs Kanunu sistemini birebir etkileyen toplumsal ve ekonomik düzenin yarattığı bu değişiklikler, Kanun nazarında borçlu ile alacaklının (*ve hatta üçüncü kişilerin*), takip sürecinde sahip oldukları konumu da büyük oranda etkilemiştir. İşte bu sebeple, çalışma konumuzun esasına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, İcra ve İflâs Kanunumuzun ve dolayısıyla Türk icra hukukunun tarihsel gelişimini genel hatlarıyla ele almayı yararlı görüyoruz. Zira aşağıda yapacağımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu tarihsel gelişim, aynı zamanda alacaklı ile borçlunun takip süreci içerisinde sahip oldukları yetkilerin ve konumların da geçirmiş olduğu evreler ile menfaat dengesinin ne şekilde biçimlendiğini, günümüzdeki durumlarıyla karşılaştırmalı olarak ortaya koyacaktır¹¹⁰.

Cumhuriyetin kabulüyle birlikte yapılan hukuk devriminde, özellikle özel hukuka ilişkin temel kanunlardan olan Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından, yine özel hukuk ilişkilerinden doğan borçların ifa edilmemesinin yaptırımlarını, yani borçların takibini düzenleyen bir kanunun da kabulü zarurî hâle gelmişti. Kanunlaştırma çalışmalarının devam ettiği süreçte mevcut koşullar, İsviçre'nin "*Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanunu*"nun bazı ufak değişikliklerle iktibas edilmesine sebebiyet vermişti¹¹¹. Bu şekilde Türkiye Cumhuriyet tarihinin ilk İcra ve İflâs Kanunu, 04.09.1929 tarihinde İsviçre'den iktibas edilmek suretiyle kabul edilerek yürürlüğe girmişti¹¹². Bu Kanun'un getirmiş olduğu temel iki önemli yenilik mevcuttu. Bunların birincisi, borç

¹¹⁰ Ancak bu aşamada yapacağımız açıklamalar, İcra ve İflâs Kanunumuzun geçirmiş olduğu kanun değişikliklerinin temel ilke bazında ele alınmasıyla sınırlı olacaktır. Bunun dışında ise, ileride yapacağımız açıklamalarda söz konusu kanun değişikliklerinin müessese bazında yaptığı değişiklikler ve bu değişikliklerin takip sürecinde alacaklı ile borçlu arasında yarattığı denge, her kurumun ilgili olduğu bölümde ayrıca ele alınmaya çalışılacaktır.

¹¹¹ *Ansay*, Düşünceler, s. 1457-1458; *Erman*, s. 551; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 136; *Yılmaz*, Düünden Bugüne İİK, s. 9-10; *Uzar*, s. 39. Yeni bir İcra ve İflâs Kanunu yapılması yerine İsviçre hukukundan iktibas etme yolunun tercih edilmesinin sebepleri için ayrıca bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 136-137.

Ayrıca, 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun kabulü öncesinde, İcra Kanunu için ayrı İflâs Kanunu için ayrı bir komisyon kurulmuştur. İcra Kanunu hazırlamak için kurulan komisyon, tasarıyı esas itibarıyla Alman Medenî Usûl Kanunu'ndan yararlanarak hazırlamış (*zira Alman hukukunda, icra hukuku hükümleri Alman Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenmektedir*); ancak bu tasarı, Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilmemiştir (*Ansay*, İcra Hukuku, s. 6; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 136-137; *Yılmaz*, Düünden Bugüne İİK, s. 10).

¹¹² 18 Nisan 1929 tarihli ve 1424 sayılı Kanun (RG 04.05.1929, 1183 s.lı Nüsha, 3. Tertip Düstur 10. Cilt, s. 751 vd.; *Uzar*, s. 43).

için hapis cezasının kaldırılmış olması; diğeri de, 1929 tarihli Kanun'a kadar Türk hukukunda uygulanmamış olan ilâmsız icra yolu ile takibin Kanun kapsamına alınmış olmasıdır. Özellikle de 1929 tarihli Kanun'un, ilâmsız icra yolu ile takibi getirmiş olması, günümüz icra hukuku sisteminde, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin önemli ölçüde alacaklıya çevrilmesinin temelini oluşturmuştur. Türk siyasal ve toplumsal yapının İsviçre'den oldukça farklılık arzemesi, 1929 tarihli Kanun'un uygulanması konusunda birtakım güçlüklerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermişti¹¹³. Özellikle toplumumuzda borçluların kötü niyetli varsayılmasının dayanağı, İsviçre'den iktibas edilen 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun yürürlük döneminde kendisini göstermeye başlamıştır. Bu duruma verilebilecek en somut örneklerden birisi, 1929 tarihli Kanun'un 69. maddesinin birinci fıkrasının uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçtur. Hükme göre borçluya, hacizden en geç bir gün önce haczin yapılacağı haber verilmeliydi¹¹⁴. Ancak toplumumuzda, İsviçre'den iktibas edilen bu hüküm farklı algılanmış ve bu hükme göre belirli gün ve saatte haczin yapılacağını önceden haber veren icra memuru, hacze gittiğinde, çoğu kez borçlunun haczedilecek bir mal bırakmaması durumu ile karşı karşıya kalmıştır¹¹⁵. Bu şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nun, toplumsal yapının oldukça farklılık arzettiği İsviçre'den iktibas edilmesinin sakıncaları gerekçe gösterilerek 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu ağır eleştirilere mâruz kalmıştır¹¹⁶. 1929 tarihli Kanun, özellikle kötü niyetli borçlu karşısında alacaklının son derece savunmasız bırakılması ve alacaklının alacağını tahsil sürecinin, borçlu lehine olmak üzere oldukça yavaş işlemesi noktalarında eleştirilmiştir¹¹⁷. Bu sebeplerden ve

¹¹³ *Ansay*, Düşünceler, s. 1458; *Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 35-36; *Postacioğlu*, Bankalar Birliği İİK Tadil Tasarısı, s. 136; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 139; *Yılmaz*, Düünden Bugüne İİK, s. 10. Bu konuda ayrıca bkz. *Uzar*, s. 47-51.

¹¹⁴ *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 148. Ayrıca bkz. *Belgesay*, Şerh, s. 163.

¹¹⁵ *Postacioğlu*, Bankalar Birliği İİK Tadil Tasarısı, s. 136; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 139; *Yılmaz*, Düünden Bugüne İİK, s. 10; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 148.

¹¹⁶ 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'na yönelik eleştiriler hakkında bkz. *Ansay*, Düşünceler, s. 1458; *Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 35 vd.; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 138-141.

¹¹⁷ Bu konuda *Umar* tarafından 1929 tarihli Kanun'un yarattığı sonuç, oldukça açık bir şekilde ortaya konulmuştur: "...Kanun pek aceleye gelmişti. Böyle olunca, SchKG'den [Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanunu] olduğu gibi ya da pek az değişiklikle aktarılan bir çok hükmün, Türkiye'nin kendine özgü gerçeklerine uygun olup olmadığı yeterince araştırılmamıştı. Türkiyede ve insan kişiliğine saygı bilincinin, başkalarının hakkına saygı bilincinin yerleşmediği her ülkede, başkalarını sömürebilmek mârifet sayılır. Bunun sonucu,

özellikle toplumsal yapının farklılığından dolayı, kendisinden istenilen yararı sağlayamayan 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu yerine yeni bir kanun hazırlama gereği hâsıl olmuş¹¹⁸ ve 1932 yılında, bugün de uygulamakta olduğumuz 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun hazırlık çalışmaları tamamlanmıştır¹¹⁹.

1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun yaratmış olduğu sorunlar gözönüne alınarak hazırlanan 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu, bir önceki Kanun'dan oldukça farklı bir sistem benimsemiştir¹²⁰. 1932 tarihli yeni İcra ve İflâs Kanunu, özellikle temelde iki grup köklü değişikliği beraberinde getirmiştir. Bunlardan birincisi, kötü niyetle mücadele amacına yönelik yapılan değişikliklerdir. Bu konudaki değişikliklerin başında, 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan haczin, en geç

*borçlular bakımından, borcu ifa etmemek için her çâreye başvurma isteği biçiminde kendini gösterir. Kısacası, Türkiyede borçluların bu isteğe kapılarak kötü niyetli davranışlarda bulunmaları, meselâ İsviçre'ye göre, çok daha yoğun ölçüdedir. Demek ki, borçluların kötü niyetli davranışları ile mücadele için Türkiye'de alınması gerekli tedbirler, İsviçre'ye göre çok daha ayrıntılı ve sert olmalıdır. 1929 tarihli İİK ise bu gereği yerine getirememiştir. Tersine, kanunda, borçlunun kötü niyetlerine hizmet edebilecek bazı hükümler vardı.” (Umar, Tarihî Gelişim, s. 139). Bu konuda benzer eleştiriler için ayrıca bkz. **Yılmaz**, Dünden Bugüne İİK, s. 10-11.*

¹¹⁸ Umar, 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu yerine yeni bir kanun hazırlanması zorunluluğunu şu ifadelerle ortaya koymuştur: “Nihayet, Türkiyedeki toplumsal düzenin bozukluğu ve ayrıca icra teşkilâtımızın çeşitli yetersizlikleri, herhangi bir kanunun yürürlüğü sırasında icra işlerinin istenen yolda gitmesini engelliyeceğinden; bu sebepler, fikrimce, 1929 tarihli İİK'nun da başarısızlığına yol açan birer unsur olmuşlardır.” (Umar, Tarihî Gelişim, s. 141).

¹¹⁹ 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu hakkında yapılan tasarı çalışmalarını ve yeni bir kanun hazırlama zorunluluğunun sebeplerini ihtivâ eden dönemin Adalet Bakanı Yusuf Kemal Bey'in TBMM'nin 31.05.1932 tarihinde yapmış olduğu konuşma şu şekildedir: “Malûmu âlinizdir; gerek hükümet tarafından, gerek firka (CHP) kongresinde İİK'nun yeniden gözden geçirilmesi için söz verildi, taahhütte bulunuldu. Adliye vekâletinde bu kanunun tatbiki ile meşgul olan zevattan müteşekkil bir komisyon teşkil edildi. O komisyon bu şikâyetnameleri, mütalâanâmeleri tetkik ederek ve kendisi tetkikatta gördüğü müşkülleri de nazara alarak bir tâdil lâyihası hazırladı. O tâdil lâyihası meclis-i âliye takdim edildi. Muhterem adliye encümeni tetkik etti. Lâyhada mer'i kanunun filân filân maddesinin tâdili şeklinde vuku bulan tekliflerin adedi pek çoktur. Onun için encümen bu bir çok maddelerin tâdilini muvafık görmedi, baştan başa gözden geçirmeğe karar verdi ve tâdil teklifi yapılmamaış maddeleri de okuyarak onların üzerinde de uzun bir tetkik yaptı. Bu tetkik yapıldıktan sonra encümen, lâyiha tab ettirilsin ve mütalâaları alınmak üzere lâzım gelen yerlere gönderilsin dedi. Bu suretle muhterem Adliye encümeninin tetkikinden geçen lâyiha hâkimlere, barolara, darülfünuna, ticaret odalarına, malî müesseselere ve sair yerlere gönderildi, mütalâaları soruldu. O mütalâalar geldi, telhis edildi. Muhterem Adliye encümeni bu mütalâaları da aldıktan sonra dört beş ay tekrar bunun üzerinde çalıştı; bugün Büyük Meclise arz edilen lâyiha vücuda geldi.” (TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 4, C. 8, s. 417 [Umar, Tarihî Gelişim, s. 141-142]).

¹²⁰ Umar, Tarihî Gelişim, s. 142. 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun, ilk yüz maddesi içinde şeklen değişikliğe uğramış olsalar bile içerik yönünden 1932 tarihli yeni İcra ve İflâs Kanunu'da aynen benimsenmiş olan maddelerin sayısı sadece yirmidokuzdur (Umar, Tarihî Gelişim, s. 147). Bu gerçek de, 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu sistemin, 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu sisteminden ne kadar farklı olduğunu göstermektedir.

bir gün önceden borçluya haber verilmesi gerektiği kuralının (1929 t.li İİK m. 69/I) kaldırılmış olması; bununla da yetinilmeyerek yeni Kanun ile haczin tatil günlerinde yapılmasına, hatta borçlunun mal kaçırdığı anlaşılırsa gece vakti dahi yapılmasına cevaz veren hüküm (İİK m. 51) gösterilebilir. Görüldüğü gibi 1932 tarihli yeni Kanun'un temeli, eskisinden farklı olarak borçlunun kötü niyetli olması esasına dayandırılmış ve böylelikle günümüz icra hukuku sistemine hâkim olan temel düşüncenin de kaynağı ortaya çıkmıştır.

1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun yarattığı diğer köklü değişiklikler grubu ise, takip prosedürünün sade, çabuk ve etkili olmasına yönelik olanlarıdır¹²¹. Nitekim, bu konudaki değişiklikler de, alacağını tahsil edememesi sebebiyle mağdur hâle gelen alacaklının, alacağına bir an önce kavuşmasını sağlamaya yöneliktir. 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanmasından doğan olumsuzlukların tecrübe edilmesinin ardından, Türk toplum yapısına özgü olarak çıkarıldığı düşünülen 1932 tarihli Kanun da, kısa süre içerisinde toplumsal yapıya ayak uyduramadığı gerekçesiyle eleştirilmeye başlanmıştır. 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'na yöneltilen eleştiriler de, 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda olduğu gibi kötü niyetli borçlulara karşı, alacaklıların savunmasız bırakıldığı ve takip prosedürünün, alacaklı aleyhine olmak üzere oldukça yavaş işlediği ve bu hâliyle de icra takiplerinin amacına ulaşamadığı noktalarında toplanmaktaydı¹²². Tüm bu eleştiriler de, Kanun'un kabul edilmesinden kısa bir süre sonra başlayarak günümüze kadar süregelen kanun değişikliklerinin temelini teşkil etmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz kabul edilmesinin ardından günümüze kadar onsekiz kanun değişikliğine uğramıştır. Bu kanun değişikliklerinin bazıları İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu sistemi değiştirebilecek nitelikte köklü değişiklikler getirmiştir¹²³;

¹²¹ Örneğin, iflâsa tâbi borçlunun, haciz yolu ile takip edilebilmesine cevaz veren İcra ve İflâs Kanunu'nun 43. maddesinin birinci fıkrasının (İİK m. 43/I, c. 2) kabul edilmesi; genel olarak sürelerin kısaltılmış olması; borçlunun belirli bir süre içerisinde mal beyanında bulunması zorunluluğu (İİK m. 60/II, b. 4; 75; 76) vs. örnekler (*Umar*, Tarihî Gelişim, s. 145-146). Bu örneklere, aşağıda müesseselerin menfaat dengesi içerisindeki yeri belirtilirken yer yer ayrıca değinilecektir.

¹²² *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 147-148. Ayrıca bkz. *Postacıoğlu*, Tâdil Çalışmaları, s. 169-171.

¹²³ 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na sistem bazında önemli değişiklikler getirmiş olan değişiklikler arasında özellikle 3890 s.lı ve 11.07.1940 t.li (bu kanun değişikliğinin getirmiş olduğu yenilikler ve önemli değişiklikler hakkında bkz. *Belgesay*, 3890 s.lı İİK

bazıları ise sistemde, önemli değişiklikler meydana getirmemiş ve çok büyük etki doğuracak nitelikte olmamışlardır. Söz konusu kanun değişikliklerinin her birinin, alacaklı ve borçlunun takip sürecinde sahip olduğu konuma az veya çok etkisi bulunmaktadır. Ancak, bu değişikliklerin her birinin alacaklı ve borçlu konumunda yaratmış olduğu farklılıkların incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bu sebeple de, burada sadece kanun değişikliklerinin temelinde yatan toplumsal, ekonomik, siyasal nedenleri ve bu nedenlerin borçlu ile alacaklıya takip sürecinde yansıyan etkilerini ana hatlarıyla belirtmeye çalışacağız. Zira bu sebepler, aynı zamanda menfaat dengesine yapılan müdahalelerin de temelini teşkil etmektedir.

Türk icra hukuku sistemi, Cumhuriyet tarihinden günümüze kadar toplumun sosyal ve ekonomik durumu ile Türk siyasal yaşantısının yoğun etkisi altında kalarak gelişen bir hukuk dalı olmuştur. Toplumların zaman içerisinde gelişmesi ve değişmesi, buna bağlı olarak da hukuk kurallarının yenilenmesi zorunluluğunun doğması doğal bir sonuçtur. Ancak, Türk icra iflâs hukuku sistemi, toplumun değişen ve gelişen ihtiyaçlarını karşılama rolünden fazlasını üstlenmiş ve ülkemizde meydana gelen siyasî, ekonomik çalkantıların da icra hukuku kurallarına yansımaları hâline gelmiştir¹²⁴. Bunun en somut göstergesi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan köklü değişikliklerin her birinin, ülkemizde yaşanan büyük ekonomik krizlerin ardından gerçekleştirilmiş olmasıdır. 1958 yılında başlayan ve uzunca bir süre ülke ekonomisini büyük bir bunalımın içine sürükleyen ekonomik buhranın ardından, İcra

Değişikliği 1, s. 341-345; *Belgesay*, 3890 s.lı İİK Değişikliği 2, 756-774; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 9-12; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 148-153; *Postacioğlu*, s. 14-16; *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, 25-26; *Uzar*, s. 68-79); 538 s.lı ve 06.03.1965 t.li (bu kanun değişikliğinin getirmiş olduğu yenilikler ve önemli değişiklikler hakkında bkz. *Kuru*, İİK Değişikliği, s. 7 vd.; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 155-160; *Postacioğlu*, s. 16-20; *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, 26-28; *Uzar*, s. 79-94); 3222 s.lı ve 15.06.1985 t.li (bu kanun değişikliğinin getirmiş olduğu yenilikler ve önemli değişiklikler hakkında bkz. *Akyüz*, s. 764-767; *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, 28-32; *Uzar*, s. 95-111); 3494 s.lı ve 25.11.1988 t.li (bu kanun değişikliğinin getirmiş olduğu yenilikler ve önemli değişiklikler hakkında bkz. *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, 32-43; *Uzar*, s. 111-132); 4949 s.lı ve 30.07.2003 t.li (bu kanun değişikliğinin getirmiş olduğu yenilikler ve önemli değişiklikler hakkında bkz. *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 137-158; *Uyar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 159-221; *Umar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 85-96); 5092 s.lı ve 21.02.2004 t.li; 5358 s.lı ve 01.06.2005 t.li; 5582 s.lı ve 06.03.2007 t.li Kanun değişikliklerini göstermek mümkündür.

¹²⁴ İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerin olağanüstü dönemlerde ve özellikle ülke ekonomisinin girdiği önemli buhran dönemlerinin ardından yapıldığına ilişkin açıklamalar için bkz. *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 10-11.

ve İflâs Kanunu'nda 1965 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır¹²⁵. 1983-1984 yıllarında Türk ekonomi hayatının çok önemli bir ayağını oluşturan bankaların kötü yönetimi ve faizlerin yüksekliği sebebiyle yaşanan bankacılık krizinin ardından İcra ve İflâs Kanunu'nda da 1985 ve 1988 yıllarında önemli değişiklikler yapılmıştır¹²⁶. Yine ülkemizde 1990'lı yıllarda yaşanan ekonomik sıkıntılar, özellikle enflasyonun çok yüksek oranlara çıktığı ve ülkemizde kara gün olarak ilân edilen 19 Şubat 2001 ekonomik krizinin patlak vermesinin ardından, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile başlayan İcra ve İflâs Kanunu değişiklikleri¹²⁷, ekonomik ve siyasal yaşamın icra hukukuna yapmış olduğu yoğun etkilerin ve müdahalelerin birer sonucudur.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler, ekonomik krizlerin yarattığı etki ve özellikle kredi kurumlarının yaptıkları baskı neticesinde, bankalar lehine çok sayıda ve önemli yetkiler içeren düzenlemelere konu olmuştur. Hatta

¹²⁵ 1965 yılında kabul edilen 538 sayılı İcra ve İflâs Kanunu değişikliklerinin önemi ve içerikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erman*, s. 551 vd.

¹²⁶ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. *Budak*, Borçlu Aleyhine Değişiklikler, s. 320. İcra ve İflâs Kanunu'nda bankalar lehine bazı düzenlemelerin kanunlaşmasına yönelik yapılan eleştiriler için bkz. “*Bildiğiniz gibi 1965 yılından bu yana Türkiye’de İcra ve İflas Kanunu’nda bir çok tadilat yapılmıştır. Ve bu konuda bilimadamı arkadaşlarımızın yapmış olduğu araştırmalarda, gerçekten de 65 yılından bu yana yapılan değişikliklerin daha ziyade bankalar lehine tecelli ettiği ve alacaklı ve banka ilişkilerinde bankalar lehine dengenin bozulduğu şeklinde bir iddianın da ortaya çıktığını görüyoruz.*” (*Kabaalioğlu H.*, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Açılış Konuşması, s. V).

¹²⁷ 19 Şubat 2001 tarihinde gerçekleştirilen Millî Güvenlik Toplantısı'nda başbakan ile cumhurbaşkanı arasında yaşanan tartışmanın nihaî olarak sebebiyet verdiği “*19 Şubat 2001 krizi*”nin, ekonomik ve sosyal yaşantıda meydana getirdiği sonuçlar icra hukuku sistemimizi de etkilemiş ve gerek Bankacılık Kanunu'nda gerekse İcra ve İflâs Kanunu'nda etkilerini somut olarak göstermiştir. Bir gecede gecelik faiz oranını % 6200'e yükselten 19 Şubat 2001 krizinin oluşturduğu kriz ortamı sonrasında, krizin yaşandığı yılın ilk yarısında 52.800 işyeri kapanmış; kriz sonucunda pek çok sayıda banka batmış; batan bankalar dışında kalan bankalar ise ya yabancı ortak arayışına girmişler (*Garanti Bankası, TEB gibi*) ya da satışa çıkarılmışlardır; kriz sonrasında dövize yapılan saldırı, şirket bilançolarının bozulmasına sebebiyet vermiş; üretim sektörü duraklamaya geçmiş; kriz sonrasında Türkiye'deki işsizlik sayısı 1.6 milyona yükselmiş; kriz, başta bankacılık sektörü, bilgisayar sektörü, iletişim sektörü, medya sektörü, tekstil sektörü olmak üzere pek çok sektörü önemli bir şekilde ve olumsuz olarak etkilemiş; kişi başına düşen millî gelir 2000'de 2.986 dolar iken kriz sonrasında 2.261 dolara düşmüş; Türkiye'nin iç borçlanması 2000'de 36 katrilyon iken kriz sonrasında 122 katrilyona yükselmiş; enflasyon 2000'de TÜFE % 39, TEFE % 37.2 iken 2001'de TÜFE % 68, TEFE % 88'e yükselmiştir (tüm bu veriler için bkz. *Çabuk*, s. 103-107). Ekonomik hayatta yaşanan bu olumsuzluklar gerek tacirlerin gerekse tacir olmayan kişilerin yüksek miktarlarda borçlanmasına veya varolan borçlarının ödenemez bir hâle gelmesine sebebiyet vermiş ve hatta borçlarını ödeyemeyen pek çok kişinin, intihar etmesine dahi sebebiyet vermiştir. Bu koşullar altında 19 Şubat 2001 krizinin, icra yani tahsil hukuku sistemine olan etkileri yadsınamaz. Nitekim, aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere (*bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, B, 1*) 2004 yılında gerçekleştirilen 4949 sayılı Kanun değişikliğinde bu krizin etkileri hissedilmektedir.

bankaların kamuoyuna yansıttıkları baskıların etkileri, çoğu zaman 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kapsamına da sığdırılamamış; özel bazı kanunlar çıkarılmış veya varolan kanunlarda belirli alacaklı gruplarına, alacaklarının tahsiline yönelik çok önemli yetkiler verilmiştir. Örneğin bugün yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun, "*Takip ve Tahsil Usulleri*" başlıklı 6. bölümü, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na alacaklarının tahsiline yönelik çok önemli yetkiler tanımaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na dayanılarak çıkarılan "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip Ve Tahsiline İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik*" de yine Fon'a, alacakların tahsili yönünde Kanun'da düzenlenen yetkilerin -ve hatta Anayasa'nın da- ötesinde düzenlemeler getirmektedir. Bankaların, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerdeki önemli rolü ileride, daha ayrıntılı ve kronolojik bir silsile içerisinde ayrıca inceleneceğinden, burada konunun ayrıntısına girmiyoruz¹²⁸.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda da belirtmeye çalıştığımız üzere 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar her zaman "*yetersiz düzenlemelere*" sahip olduğu, "*günün koşullarına ayak uyduramadığı*", "*Kanun'un alacaklının menfaatlerini dengesiz bir şekilde gözettiği ve borçluyu ezdiği*" veya "*Kanun'un borçluyu ölçsüz bir şekilde koruduğu ve alacaklının haklarını tamamen görmezden geldiği*" gibi iddialarla eleştirilmiştir¹²⁹. Belirtmek gerekir ki, menfaat dengesinin icra hukuku alanında kurulması ve devamında koruması, her şeyden önce başarılı bir icra ve iflâs kanununun varlığına bağlıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun tâdili amacıyla, geçmişte de İstanbul Ticaret Odası¹³⁰, Türkiye Bankalar Birliği gibi çeşitli kuruluşların yönlendirilmesiyle taslaklar hazırlanmış; ancak, bu çerçevede gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetlerinden de beklenen sonuç elde edilememiştir. Bu konuda yani İcra ve İflâs Kanunu'nun başarısızlık

¹²⁸ Bkz. a.ş. II. Bölüm, § 6, I, B, 1.

¹²⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nun geçirmiş olduğu tarihî süreçte başarısızlık sebeplerini ve eleştirileri konu olan çalışmalar hakkında bkz. *Postacıoğlu*, Yapılması Gereken Tâdilât, s. 722-741; *Postacıoğlu*, Tâdil Çalışmaları, s. 169-184; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 162-170; *Umar*, Temel Sorunlar, s. 9-14.

¹³⁰ İstanbul Ticaret Odası'nın hazırladığı bazı tâdil tasarıları arasında şu kaynaklara ulaşılabilmiştir: **Kredinin Korunması Mevzuunda İcra ve İflâs Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler Hakkında Rapor**, İstanbul 1961; **İcra ve İflâs Kanunu Tadil Tasarısı**, İstanbul 1980.

sebepleri hakkında sempozyumlar yapılmış¹³¹, tebliğler sunulmuş ve makaleler yazılmıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerine ilişkin tüm bu uğraşlara rağmen¹³² İcra ve İflâs Kanunu'ndan beklenen sonucun bir türlü alınamaması, çeşitli sebeplere bağlanmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun başarısızlık sebepleri arasında “*Türk toplumunun değer yargılarının sakat olması*”, “*icra örgütümüzün yetersiz (icra daireleri ve icra memurlarının sayısının az olması) olması*”, “*icra hukuku hakkında bilgi yetersizliğinin bulunması*”, “*bilgi malzemelerinin (bilimsel çalışmaların, içtihat dergileri ve derlemelerinin veya şerh sayısının) az olması*”, “*varolan bilgi malzemelerine ulaşmanın zor olduğu*” şeklinde eleştiriler bulunmaktadır¹³³. Belirtilen sebeplerin bir kısmı bugün için çözüme kavuşturulmuştur; ancak önemli bir kısmı ise, hâlen icra hukuku sistemimizin başarıya ulaşamaması sebepleri arasında yer almaya devam etmektedir. Örneğin, gerek hâkimlerin gerek avukatların ilgili olduğu takip ve davalarla ilgili bilgi yetersizliğinin çok ciddi boyutlarda olmasını¹³⁴; bilimsel çalışmaların, karar derlemelerinin ve şerhlerin sayısının oldukça artmasına rağmen, İcra ve İflâs Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasını uygulamaması sebebiyle, icra hukukuna ilişkin verilen Yargıtay kararlarına gereği gibi ulaşamamasını¹³⁵ bugün için de icra sisteminin başarısızlık sebepleri arasında saymak mümkündür.

¹³¹ İcra ve İflâs Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik konularda yapılan sempozyumlar için özellikle bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün Düzenlediği **İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer**, 13 Aralık 1962-17 Ocak 1963 Ankara, Batider Yayın No.32, Ankara 1963. Ayrıca bu tasarının getirdiği yenilikler ve değişikliklerin değerlendirilmesi hakkında bkz. *Semiz*, s. 315-334.

¹³² Ayrıca Türk icra hukuku sisteminde revizyon yapılması için İsviçreli Prof. Hans Leeman'ın 1930'lu yıllarda hazırlamış olduğu tâdilât tasarısı uzun tartışmalara ve değerlendirmelere konu olarak, söz konusu dönemde önemli bir tâdilât çalışması olarak yerini almıştır. Prof. Leeman'ın hazırladığı bu tasarı çalışmasının değerlendirmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 33-45; *Belgesay*, Leeman Raporu 2, s. 36-50; *Postacioğlu*, Tâdil Çalışmaları, s. 180-184.

¹³³ Tüm bu eleştiriler için bkz. *Postacioğlu*, Tâdil Çalışmaları, s. 169-170; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 162-170.

¹³⁴ *Özeker*, Vicdan ve Ahlâk Sorunu, s. 5-6.

¹³⁵ 30.07.2003 t. ve 4949 s.lı Kanun'un 3. maddesine göre İcra ve İflâs Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasına eklenen hüküm uyarınca, Yargıtay, icra ve iflâs işlerine ait kararların **tamamını düzenli olarak** yayımlamak zorundadır. 4949 sayılı Kanun ile kabul edilen bu düzenleme çok olumlu tepkiler almasına rağmen, istenilen amaca ulaşamamıştır (bu olumlu tepkiler için bkz. *Yılmaz*, Düünden Bugüne İİK, s. 17). Zira, maddenin devamında bu konuya ilişkin esasların yönetmelik ile düzenleneceği belirtilmesine rağmen, Kanun metninin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana *-yaklaşık 5 yıldır-*, bu konuda herhangi bir yönetmelik hazırlanmamış

Geçmişte de icra hukuku sistemimizin başarısızlık sebepleri arasında sayılan önemli bir faktör bulunmaktadır ki, bu faktörün bizatihi kendisi de bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Zira, alacaklı ve borçlu gibi menfaatleri tamamıyla zıt iki kutupta bulunan kişilerin icra hukukunun süjesini oluşturması ve bu sebeple da icra sisteminin, yapılan pek çok kanun değişikliğine rağmen bir türlü başarıya ulaşamamış olmasının işin bünyesinden kaynaklandığı; dolayısıyla, icra sisteminin başarısız olmasının İcra ve İflâs Kanunu'na atfedilmesinin çok da doğru olmadığı belirtilmiştir. Hatta *Postacioğlu*, sistemin başarısızlık sebebi olarak gördüğü bu durumu ortaya koymak amacıyla, *menfaatleri telif etmenin hiç bir kanunda İcra ve İflâs Kanunu'nda olduğu gibi güç olmadığını* ifade etmiştir. *Postacioğlu*'nun 17 Haziran 1977 tarihinde üzerinde durduğu bu sorun, bugünkü icra hukuku sistemimiz içerisinde tamamıyla içinden çıkılmaz bir hâl almıştır. Zira *Postacioğlu*'nun belirttiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleme rolü, zaten işin doğası gereği son derece hassas ve zor bir konudur¹³⁶. Özellikle, belirli gücü elinde bulunduran *büyük* menfaat grupları tarafından bir tarafın menfaatlerini tamamen alt-üst edecek bir şekilde İcra ve İflâs Kanunu'na veya icra hukuku sistemine müdahalelerde bulunulması, bugünkü icra hukuku sistemimizin en başında gelen başarısızlık sebeplerindedir. Nitekim bugün geçerli olan bu durum, *Özkes*'in şu ifadelerinde açıkça belirtilmektedir:

ve bu hüküm, yürürlükte olmasına rağmen hâlen düzenleme alanı bulamamıştır. Oysa bu düzenlemenin getiriliş amacı ve önemi Hükümet Gerekçesi'nde son derece açık bir şekilde belirtilmiştir: “*Yargıtay kararları günümüzde yeteri kadar yayımlanamamaktadır. Bu ise uygulamanın, Yargıtay kararlarını bilmemesi nedeniyle yanlış kararları tekrarlaması ve Yargıtayın özellikle istikrar bulmuş kararlarını takip edememesi sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, icra ve iflâs hukuku çok çeşitli ihtimallerin ortaya çıkabildiği ve bunlara süratle çözüm getirilmesi gereken bir hukuk dalı olup Yargıtayın benzer olaylarda ne şekilde karar verilmesini uygun gördüğünün bilinmesi gerek hak sahipleri ve gerekse hak dağıtanlar bakımından son derece önemlidir. Şu halde, kanunların ülkemizin her yerinde istikrarlı ve adil biçimde uygulanabilmesi için kararların tümünün yayımlanmasına gereksinim vardır. Maddeyle uygulamada ciddi şekilde ihtiyaç duyulan icra ve iflâs işlerine ilişkin Yargıtay kararlarının tamamının Yargıtayca düzenli olarak yayımlanması amaçlanmaktadır.*” (Hükümet Gerekçesi, m. 4; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 49). Konunun önemine binaen hâlen bu konuda yönetmelik hazırlanmaması ve hükmün uygulanmaması, Geçeçede de açıklandığı üzere hem icra hukuku alanında bilgi eksikliğinin oluşması hem de icra hukuku kaynaklarına sağlıklı bir şekilde ulaşamaması sonuçlarını doğurmaktadır. Bu hâliyle yürürlükte olan bu kanun hükmünün uygulanmıyor olması hem hak arama hürriyeti karşısında *ilgililer* açısından bir engel teşkil etmekte hem de icra hukuku sisteminin doğru işleyememesi sonucunu doğurmaktadır.

¹³⁶ *Postacioğlu*, Bankalar Birliği İİK Tasarısı, s. 135.

“Maalesef belirli ilkelere ve Kanun’un sistematığı ile ana felsefesine bağlı olmayan, günlük ve anlık ihtiyaçlarla, bazen de belirli bir tarafın lehine olan düzenlemelerle İcra ve İflâs Kanunumuz insicamını, sistematığını kaybetmiş, artık dikiş tutmayan yamalı bir bohçaya dönüşmüştür. Yapılan bu değişikliklerin hiç birisi artık istenen yararı sağlamadığı gibi, lehine olduğu düşünülen kurum ve tarafları da tatmin edici sonuçlar vermemektedir. Belirli bir sistemin dışına çıkıldığında, belki kısa süreli faydalar elde edilse de, kanun yapma tekniğine, kanunda göz önünde tutulan ya da tutulması gereken menfaat dengesine, temel ilkelere aykırı düzenlemeler, hiç bir zaman kalıcı olmamış, istenen sonucu da sağlamamıştır. Bu arada kanunların dış ve iç dengesi de bozularak, kanunla güdülen amaçlar da işlevsiz kalmaktadır. Şu anda, İcra ve İflâs Kanunumuzun içinde bulunduğu durum buna tipik örnektir”¹³⁷.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda da belirtmeye çalıştığımız üzere, İcra ve İflâs Kanunumuzda 1980’li yıllarda başlayan ve özellikle 2000’li yıllardan bu yana, yoğunluğunu arttırarak etkisini hissettiren belirli alacaklı gruplarının korunmasına yönelik yapılan düzenlemeler, İcra ve İflâs Kanunu sistemi üzerinde hâkimiyetini kurmuş durumdadır. İcra hukuku sisteminin başlıca sorunları arasında yer alan bu durum ise, ülkemizde hukuka olan güveni zedelemekte, hukukun ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin görmezden gelinmesine neden olmakta ve toplumsal düzenin gün geçtikçe bozulmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim, hukukun işlemediği bir toplumda kaos ortamının oluşması, olası bir tehlikedir ve hukuk sistemimizin mevcut durumu, bu risk ile karşı karşıyadır. Hukukun temel ilkelerini ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkesini görmezden gelen, kişilerin sahip olduğu anayasal hakların yanı sıra uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel hakları ihlâl eden, adalet ve hakkâniyetin sağlanması amacıyla tamamen uzaklaşarak farklı amaçlarla İcra ve İflâs Kanunu’nu değiştiren ve sistemle bağdaşmayabilen bazı kanun değişiklikleri, hukuk sistemimiz üzerinde olumsuz etkiler bırakmaktadır. Biz de konunun önemine binaen, bu çalışmada alacaklı ile borçlu arasındaki -ve takibin etkilerinin bazı durumlarda menfaatlerine sirayet ettiği üçüncü kişilerin- menfaat dengesini tarihî bir süreç içerisinde ele almaya çalışacağız. Bu şekilde yapacağımız bir inceleme, İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan değişikliklerin her birinin bozulan menfaat dengesinde ne

¹³⁷ **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 97. **Özkes**’in, İcra ve İflâs Kanunu’nda kredi kurumları lehine yapılan düzenlemelerin kanun yapma tekniğine, hukukun temel ilkelerine, Anayasa’ya, kanunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinde, sistemin kendisine aykırı olduğu yönündeki eleştirisi için özellikle bkz. **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 98.

şekilde bir rol üstlendiğini de ortaya koymamıza yardımcı olacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar bu başlık altında İcra ve İflâs Kanunumuzun tarihçesini *genel hatlarıyla* ele almaya çalıştıysak da, çalışmanın diğer bölümlerinde alacaklı-borçlu ve üçüncü kişiler açısından menfaat çatışmasını ele alırken her bir kurumun ve bazı durumlarda kuralın tarihî gelişiminden başlayarak konuyu incelemeye çalışacağız.

§ 3. İCRA HUKUKU'NUN AMACI OLARAK MENFAAT DENGESİNİN KURULMASI

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukun konusu da, toplumda hukuk düzenini kurmak ve sürdürmektir¹³⁸. Bu çerçevede hukukun amacı, “*kişiler arasında, kişiler ile siyasî iktidarın örgütlenmiş olan devlet arasında ortaya çıkan menfaat çatışmalarını azaltmak ve adaleti sağlamaktır*” şeklinde ifade edilebilir¹³⁹. Görüldüğü üzere hukukun temel amacı, toplumun ve kişilerin korunmaya değer menfaatleri arasında hassas dengeyi kurmak; dolayısıyla çatışan menfaatler arasında en uygun çözümü getirebilmektir. Bu amaç, aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesini de sağlayacaktır¹⁴⁰. Dolayısıyla, kişiler arasındaki menfaat çatışmalarını azaltmak sadece icra hukukunun bir sorunu ve amacı değildir; bunun da ötesinde menfaatlerin dengelenmesi üst bir kavram olarak “*hukuk*”un temel amaçları arasındadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hukukun ve icra hukukunun ne olursa olsun çatışan menfaatleri *mutlak bir eşitlikle dengelemesi* amacıyla olmadığıdır. Hukukun ve icra hukukunun amacı, çatışan menfaatler arasında *korunmaya değer olanlarını hassas bir biçimde dengelemektir*. Zira, sosyolojik bir yapı olan toplum içinde belirli kişi veya grupların menfaatlerinin daha fazla korunmaya değer olması ve bu açıdan bir taraf lehine menfaat dengesinin *ölçülü ve gerekli* bir şekilde bozulması *denkleştirici adaletin* bir gereğidir. Zira, çatışan taraf menfaatlerinin mutlak olarak eşitlenmesi, her zaman adaletin tecelli etmesini sağlamayacağı gibi aksine çok büyük adaletsizliklere yol açabilecektir. Burada önem

¹³⁸ *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 110; *Serozan*, s. 29.

¹³⁹ *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 110.

¹⁴⁰ *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 117.

kazanan husus ise, menfaat çatışmasında, menfaati aleyhine bozulan taraf için bu tercihin, hukuka uygun bir şekilde tespit edilmesi ve ölçülü bir şekilde yapılmasıdır.

Devlet, hukuk olmaksızın varlığını sürdüremez; hukuka uyulması da, devletin düzenli gücü sayesinde gerçekleşir¹⁴¹. Hukuk kuralları, genel bir emri veya yasağı içermekle kalmamakta; aynı zamanda, bu emir ve yasağa uyulmamasını bir yaptırıma tâbi tutmaktadır. Dolayısıyla, bu emir veya yasak kişiler tarafından ihlâl edildiğinde mahkemeler, emniyet güçleri, vergi daireleri, icra daireleri ve diğer yetkili organlar ihlâli gerçekleştiren kişiye yaptırımı uygulamakla görevlidirler¹⁴². Devletin yetkili kıldığı görevliler, bu ihlâli yapana karşı yaptırımı uygulamak için zor kullanma yetkisine sahiptirler. Örneğin araçla ölümlü kazaya sebebiyet veren kusurlu araç sürücüsünü, polis yakalamak zorundadır; vergisini ödemeyen vatandaşın borcunu, vergi daireleri tahsil etmek zorundadır; akdettiği sözleşmeden doğan borcunu ödemeyen borçlunun borcu, mahkemelerce tespit edilmeli ve daha sonra da icra organları tarafından zorla tahsil edilmelidir. İşte hukuk ihlâli yapan kişiye, o hukuk kuralının ihlâlinden doğan yaptırımın uygulanması, devletin cebir yetkisi ile gerçekleşmektedir¹⁴³. Devletin icra hukuku alanında kullandığı cebir yetkisinin konusunu da, yukarıda da belirttiğimiz üzere kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler oluşturur. Dolayısıyla hukuk kuralları, toplumsal düzeni bozan davranışlarda bulunan kişiler üzerinde *zorla yaptırım* uygulayarak bozulan adaletin ve düzenin tekrar yerine getirilmesini sağlayacaktır. Bozulan adaletin yerine getirilmesi ise, öncelikle maddî hukukun, hakkı ihlâl edildiğini ileri süren kişiye, korunmaya değer bir “*hak*” tanınmasına bağlıdır. Bu durumda hakkı ihlâl uğradığını ileri süren kişi, maddî hukukun kendisine tanıdığı bu hak sayesinde, devlete başvurarak hukukî korunma talebinde bulunacaktır. Hukukî korunma talebi, devletin yargı organlarına başvuru şeklinde gerçekleşebileceği gibi; hukukumuzda olduğu gibi herhangi bir yargı organına başvurmaksızın, devletin cebirî icra organlarına başvuru şeklinde de (*ilâmsız icra yolu ile takip*) gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla hakkı ihlâl edilen kişi, maddî hukuk tarafından kendisine tanınan ancak ihlâl edilen

¹⁴¹ **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 75. Ayrıca bkz. **Başgil**, s. 576.

¹⁴² **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 77.

¹⁴³ **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 77; **Başgil**, s. 577. “Cebir yetkisi”, günümüzün çağdaş devletlerinde, devletin tekelindedir (**Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 79).

hakkını kendisi değil, devletin yetkili organları aracılığıyla elde edebilecektir. Aksi takdirde kişinin, hakkın ihlâli karşısında bizatihi kendisinin kuvvet kullanarak hakkını elde etmesi (*ihkak-ı hak*), toplum düzenini bozar ve toplumu kaos ortamına sürükler. Bu sebeple modern hukuk sistemleri, kişilerin kendiliğinden hak almasını yasaklamaktadır.

Bu çerçevede hukukun ve icra hukukunun temel amacı, alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaat dengesinin ve bozulan hukuk düzeninin tekrar tesis edilmesine yöneliktir. Zira icra hukuku, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesini tekrar tesis ederek alacaklının, alacağına kavuşmasını sağlamaktadır. Ancak, icra hukuku bu amacını gerçekleştirirken sadece alacaklı tarafın menfaatlerini göz önüne almayacak; borçlunun da *-ve hatta takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin de-* hukuken korunması gereken menfaatlerini gözetecektir¹⁴⁴. Esasında icra hukuku, alacaklı ile borçlu arasında oluşan menfaat çatışmasının dengelenmesine ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Zira, bir tarafta alacaklının alacak hakkı; diğer tarafta da, borçlunun korunmaya değer bazı hak ve menfaatleri yer almaktadır. Bundan sonraki bölümde daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, alacaklı ile borçlunun bu çatışan hak ve menfaatlerinin önemli bir kısmı kişilerin sahip olduğu *“temek hak ve özgürlükler”* dendir. Bu sebeple de, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat çatışmasının takip sürecinde bir dengeye kavuşturulması son derece hassas bir konu arz etmektedir. İcra hukuku öğretisinde yapılan açıklamalar da, icra hukukunun temelde borçlu ile alacaklının çatışan menfaatlerini dengeleme amacıyla olduğunu göstermektedir¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 5-9; *Belgesay*, Şerh, s. 9-10; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 2; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 15-16; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 12-13; *Postacıoğlu*, s. 3-4; *Üstündağ*, İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 123; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 42-44.

¹⁴⁵ *Belgesay* tarafından İcra Kanununun amacı şu şekilde ifade edilmektedir: *“İcra Kanununun gayesi ne bahasına olursa olsun hak sahibinin hakkını cebri vasıtalarla istifa etmesini temin olmadığı gibi, borçluya da alacaklının az çok şiddetle takibine karşı himaye olamaz.”* (*Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 34). Yazar ifadesinin devamında, borçlunun ekonomik yönden kötü bir duruma düşmesinin, hem alacaklının menfaatlerine hem de borçlu açlık ve sefaletle sürükleneceğinden kamu menfaatlerine aykırı olacağını; ancak, sadece borçlunun korunması durumunda da, ülkedeki kredi gücünün azalacağını belirtmekte; bu durum karşısında olması gerekenin, bu menfaatleri dengelemek olduğuna işaret etmektedir (*Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 34-35). Ayrıca yazar, icra hukukunda borçlu ve alacaklı dışında üçüncü kişilerin de menfaatlerinin korunması gerektiğini belirtmektedir (*Belgesay*, Leeman Raporu 1, s. 35).

Hukukumuzda icra hukukunun amacı hakkında doğrudan doğruya medenî usûl hukukunda olduğu gibi yoğun tartışmalar yapılmamıştır¹⁴⁶. Bu çerçevede medenî usûl hukukunun devamı niteliğinde kabul edilen icra hukukunun amacı konusunda, medenî usûl hukukunun amacı hakkında ileri sürülen görüşler de önem kazanmaktadır. Zira bir çok hukuk sisteminde medenî usûl hukukunun devamı niteliğinde kabul edilen icra hukuku, hukuk sistemimizde ayrı bir Kanun ile düzenlenmiş ve medenî usûl hukukundan nispeten bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiştir¹⁴⁷. Meydana gelen bu sonuçta, çoğu zaman elinde herhangi bir senet dahi bulunmayan “alacaklı”nın, “borçlu”ya karşı başlattığı ilâmsız icra yolu ile takiplere hukuk uygulamamızda çok sık rastlanılması, önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, yine de bu hukuk dalları birbirleri ile bütünlük içerisindedir. Özellikle bu iki hukuk dalının ortak bir amaca hizmet etmesi, bu hukuk dallarını birbiriyle bütünleştirmektedir. Bu sebeple medenî usûl hukukunun amacı hakkında ileri sürülen görüşleri ortaya koymamız, icra hukukunun ulaşmak isteği nihaî amacı belirlememize yardımcı olacaktır.

Medenî usûl hukukunun amacının ne olduğu konusu, uzun zamanlar boyunca tartışılmış ve buna ilişkin pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bugün dahi, hukukumuzda

Yazarın benzer açıklamaları için ayrıca bkz. **Belgesay**, İcra Hukuku, s. 5-9; **Belgesay**, Şerh, s. 9-10.

Üstündağ tarafından İcra ve İflâs Kanunu'nun amacı şu şekilde ifade edilmektedir: “İcra ve İflâs Kanunu alacaklının alacağını en kısa yoldan ve en az giderle tahsil edebilmesi, buna karşılık borçlunun ise haklarını koruyabilmesi ve cebri icra prosedüründen mümkün olan en az zararı görmesi amaçlarını duyarlı bir dengede bağdaştırmalıdır.” (*Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 123).

Benzer şekilde icra hukukunun, alacaklı ile borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki menfaat çatışmalarını giderme amacıyla olduğu yönünde açıklamalar için bkz. **Ansay**, İcra Hukuku, s. 2; **Berkin**, İcra Hukuku Dersleri, s. 15-16; **Berkin**, İcra Hukuku Rehberi, s. 12-13; **Postacıoğlu**, s. 3-4; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 42-44.

¹⁴⁶ Medenî usûl hukukunun amacı hakkındaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşpınar**, Amaç Sorunu, s. 759-787.

¹⁴⁷ **Umar**, Tarihî Gelişim, s. 32; **Yıldırım**, Ölçülülük İlkesi, s. 100. Nitekim **Umar**, icra hukukuna ilişkin hükümlerin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içerisinde düzenlenmesine hiç bir engel olmadığını; ancak İcra ve İflâs Kanunumuzu iktibas yolu ile İsviçre hukukundan almış olmamız sebebiyle, icra hukukuna ilişkin hükümlerin ayrı bir Kanun'da düzenlenmesinin tarihî sebepleri olduğunu belirtmektedir (**Umar**, Tarihî Gelişim, s. 32). Buna karşılık *Üstündağ* tarafından, icra hukuku sistemimizin ilâamsız icra yolu ile takibi içermesi sebebiyle medenî usûl hukukundan tamamıyla ayrı bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 3, dn. 3aa).

Mukayeseli hukukta ilâmsız icraya, medenî usûl hukuku karşısında bizim hukuk sistemimizde olduğu kadar özerklik tanınmadığı yönünde bkz. **Ülkü**, s. 573.

medenî usûl hukukunun amacının ne olduğu konusunda mutlak bir görüş birliği bulunmamaktadır. İleri sürülen görüşler doğrultusunda medenî usûl hukukunun amacının kesin hükme ulaşmak, hukuk barışının sağlanması veya korunması, hukukî güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek, adaleti yerine getirmek, taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak, hukukun gelişimini sağlamak, ihkak-ı hakkın ikamesi olmak, hukuk düzenini gerçekleştirmek olduğu ileri sürülmüştür¹⁴⁸. Bu amaçlar arasında medenî usûl hukukunun bazen sadece birini bazense birden fazlasını konu aldığı belirtilmiştir.

Medenî usûl hukukunun amacı konusunda benimsenen bu görüşleri teker teker ele almak gerekirse, öncelikle icra hukukunda medenî usûl hukukundaki kesin hükme ulaşma amacının ne derece geçerli olacağını belirlemek gerekir. Medenî usûl hukukunda dava sonucunda elde edilen kesin hükümle ulaşılan kararın doğruluğu veya yanlışlığı kural olarak bir daha tartışılmamaktadır; taraflar arasındaki uyuşmazlık kesin hükümle birlikte kural olarak sona ermektedir¹⁴⁹. İcra takibi sonucunda, medenî usûl hukukunda olduğu gibi bir kesin hüküm elde edilmemekle birlikte, sona eren takip, tarafları için bağlayıcı olmakta ve alacaklı aynı alacağa dayanarak borçlusuna karşı tekrar aynı türden bir takip yapamamaktadır. Dolayısıyla icra hukukunda, daha sınırlı bir şekilde de olsa medenî usûl hukukundaki kesin hükme ulaşma ve dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihaî olarak sona erdirme amacı uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışındaki amaçların ise önemli bir kısmı, daha önceki açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz gibi sadece medenî usûl ve icra hukukunun değil, hukukun bir amacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, adaletin, hukuk barışının, hukuk düzeninin sağlanması ve korunması sadece medenî usûl ve icra hukukunun bir amacı değildir. Yine ihkak-ı hakkın önlenmesi ve kişilere tanınan hakların devlet aracılığıyla korunması ve sağlanmasının modern hukuk sistemlerinin benimsemiş olduğu bir amaç olduğunu; bu çerçevede gerek medenî usûl hukukunun gerekse icra hukukunun bu amaca hizmet ettiğini de daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik.

¹⁴⁸ Tüm bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Taşpınar*, Amaç Sorunu, s. 761 vd.

¹⁴⁹ *Taşpınar*, Amaç Sorunu, s. 762; *Pekantez/Atalay/Özkes*, s. 51.

Medenî usûl hukukunun amacı hakkında ileri sürülen görüşler arasında “*maddî hukuktan doğan subjektif hakların tanınması ve korunması yolu ile maddî gerçeğe ulaşılması*” yer almaktadır¹⁵⁰. Bu tanımdan yola çıkıldığı takdirde, maddî hukukun kişilere “*hak*”lar bahsettiği; bu hakların ihlâli hâlinde, usûl hukukunun devreye girdiği anlaşılmaktadır. Hak, hukuk düzeninin koruduğu menfaat, tanıdığı yetkidir. Maddî hukukun tanımış olduğu bir hakkın ihlâli ise, ihlâl edenin yetkisinde olmayan bir şekilde diğer tarafın menfaatlerini ihlâl etmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda, yetkisini aşarak bir başkasının menfaatlerini ihlâl eden kişinin bozmuş olduğu sosyal barışın yeniden tesis edilmesi gerekir. Bunun ise gerçekleşmesini -yani maddî hukuktan doğan hakların korunmasını- sağlayacak olan kurallar usûl ve icra hukuku kurallarıdır. Zira maddî hukukun tanıdığı hakların, usûl hukuku tarafından korunmaması, maddî hukukun tanıdığı bu hakların varlığını etkisiz kılacaktır. Geniş anlamda yargılama faaliyetinin amacı da, öncelikle, maddî hukukun tanıdığı hakları tespit etmek ve sonrasında bu suretle hukuk düzeni tarafından varlığı kabul edilen subjektif hakların korunmasını ve gerektiği hâllerde zorla icra edilmesini sağlamaktır.

Bir hakkın tanınması maddî hukuk tarafından gerçekleştirilirken; o hakkın tespiti, korunması ve sağlanması medenî usûl ve onun bir devamı niteliğinde olan icra hukuku tarafından gerçekleştirilecektir. Zira, maddî hukukun tanımış olduğu hakkın, borçlu tarafından ihlâl edilmesi hâlinde, öncelikle maddî hukuk tarafından tanınan hakkın ihlâl edildiği, medenî usûl hukukunun yardımıyla tespit edilmelidir. Maddî hukukun tanımış olduğu hakkın ihlâl edildiği, yargı organları tarafından tespit edilmedikçe o hakkın, hukuk düzenince korunmaya muhtaç hâle gelmemesi hukuk devletinin bir sonucudur¹⁵¹. Bir hakkın ihlâl edildiği, yargı organlarınca tespit edildikten sonra ise, bu hakkın devlet tarafından sağlanması (*hakkın gereğinin yerine getirilmesi*) gerekmektedir. Bu çerçevede maddî hukukun tanıdığı hakkın, somut olayda ihlâl edildiği, medenî usûl hukukunda geçerli olan kurallar aracılığıyla tespit edilecektir. Bundan sonra yargı organlarınca varlığı kesin hükümle sabit olan (*tespit edilen*) ihlâle karşı alacaklının korunması ve hakkın sağlanması ise, icra hukukunun

¹⁵⁰ *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 27; *Pekcanutez/Atalay/Özkes*, s. 52.

¹⁵¹ Bu kuralın istisnası için ilâmsız icra yolu ile takibin genel özellikleri ve bu takip yolunun taraflar arasındaki menfaat dengesi ile üçüncü kişilerin menfaatlere olan etkisi için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III.

görev alanına girecektir. Bu şekilde alacaklı, öncelikle hakkının tespiti amacıyla mahkemeye başvuracak ve bir ilâm elde edecek; borçlunun, bu ilâmın gereğini kendi isteği ile yerine getirmemesi durumunda, devletten hakkının korunması ve icrasını sağlamak için hukukî yardım talebinde bulunacaktır. Bu taleple birlikte, devlet yani icra organları harekete geçecek ve borçlunun, borcunu yerine getirmesini sağlayacaktır. Bu çerçevede ilâmsız icra yolu ile takip, esasında hak arama sürecinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁵². İlâmsız icranın icra hukuku sistemi içerisindeki konumu ve bu konunun doğurduğu sonuçlar ileride ayrı bir bölüm altında inceleneceğinden, burada sadece bu takip türünün esasında sistemin özüne dahil olmadığını tespit etmekle yetiniyoruz

Yukarıda belirtilenler, medenî usûl ve icra hukukunun aynı nihaî amaca hizmet ettiğini göstermektedir. Her iki hukuk dalı da, maddî hukukun kişilere tanıdığı hakları korumayı ve sağlamayı amaçlamaktadır. Buna göre maddî hukukun tanıdığı bir hak, somut olay açısından medenî usûl hukuku kuralları aracılığıyla tespit edilmekte; daha sonra da icra hukuku kuralları aracılığıyla bu hakkın icrası sağlanmaktadır. Bu sebeple, “*maddî gerçeği yansıtan sübjektif hakkın tanınması ve sağlanması*” ortak amacına hizmet eden bu iki hukuk dalının, bir çok ortak özelliği de bulunmaktadır. Örneğin, aynı amaca hizmet eden bu iki hukuk dalına hâkim olan bazı ilkeler ortaktır¹⁵³.

Hukuk düzeni ile ekonomik düzen arasında da önemli bir bağlantı bulunmaktadır¹⁵⁴. Bu bağlantı icra hukuku açısından farklı bir öneme sahiptir. Öncelikle icra hukuku, ekonomik kamu düzeninin yoğun etkisi altında olmasına rağmen, birinci derecede ve doğrudan doğruya iflâs hukukunda olduğu gibi *ekonomik kamu düzenini sağlamayı* amaçlamaz. İflâs hukuku, ekonomi hayatını düzenleyen ve

¹⁵² Zira alacaklının alacağını tahsil sürecinin, hukuk devleti gereğince ve medenî usûl ile icra hukukunun amacı doğrultusunda, bu aşamalardan geçmesi gerekirken hukumuzda, yukarıda bahsedilen süreç kural olmaktan çıkmış ve istisna hâle gelmiştir. Hukuk sistemimize göre, yukarıda belirtilen süreçlere uyarak (*önce, maddî hukukun tanımış olduğu hakkın yargı organlarınca tespit edilmesi ve borçlunun, ilâmın gereğini yerine getirmemesi durumunda alacaklının devlet organlarından cebri icrayı talep etmesi*) alacaklının alacağını tahsil etmesi, “*ilâmlı icra*” denilen takip türü ile ifade edilmektedir. Ancak, uygulamada çoğunlukla, ilâmlı icra yolu ile takibe başvurmak yerine herhangi bir ilâma dayanmayan ve hatta senede dahi dayanma mecburiyeti aramayan ilâmsız icra yolu ile takibe başvurulmaktadır.

¹⁵³ Bu konuda bkz. aşa. I. Bölüm, § 4, II.

¹⁵⁴ Hukuk ile ekonomik düzen arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 16-20.

bu anlamda, ekonomik kamu gücünün de ağır şekilde hissedildiği bir hukuk dalıdır¹⁵⁵. Ondokuzuncu yüzyılda gelişen ve iflâs hukuku sistemlerinin gözden geçirilmesine sebebiyet veren anlayış, “*iflâs hukuku*”nun amacının da yeniden ele alınmasına yol açmıştır. Zira artık, iflâs yolu ile ekonomik piyasada yer alan tacirin ve ticarî işletmesine bağlı olarak çalışan işçilerinin çalışma hayatlarının sona erdirilmemesi; işletmelerin yeniden yapılandırma yöntemleriyle ayakta tutulması hedeflenen bir amaç hâlini almıştır^{156, 157}. Bu sebeple “*iflâs hukuku*”nun, yeni gelişmeler karşısında farklı bir boyut kazanan amacı, olabildiğince taciri ve tacirin ticarî işletmesini ayakta tutarak ekonomik kamu düzeninin devamının sağlanmasına yönelik bir hâl almıştır. Dolayısıyla iflâs hukuku açısından ekonomik kamu düzeninin bir çarkı olan tacirin menfaatlerinin korunması, önemli bir hedef olarak karşımıza çıkar. Ancak bu amacın, icra hukukunda da *aynen* ve *doğrudan doğruya* geçerli olduğunu ifade etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira icra hukuku, daha çok alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden kurulmasını hedefler. Yani icra hukuku, borçlusundan alacağını tahsil edemeyen alacaklının, devletin cebrî icra yetkisi aracılığıyla alacağına kavuşmasını sağlayarak bozulan adaleti yeniden tesis eder. Bu çerçevede de icra hukukunun, *öncelikli olarak* ekonomik kamu düzeninin ayakta tutulmasını hedef alan bir amacının bulunduğunu ifade edemeyiz.

Bununla birlikte icra hukukunun, ekonomik düzenin yoğun etkisi altında bulunmasının başka sonuçları da bulunmaktadır. Örneğin, aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere¹⁵⁸, ekonomik düzenin önemli bir çarkını oluşturan bankaların, ülkemizde çeşitli dönemlerde yaşamış olduğu *bankacılık krizleri*, doğrudan doğruya

¹⁵⁵ Bu konuda bkz. *Yılmaz*, İİK’da Gelişmeler, s. 882-884.

¹⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, “*İflâs İflâs mı Ediyor?*”, s. 50-51. İflâsın ekonomik düzende yarattığı etkiler ve bu anlamda, iflâsın kamu düzenini ilgilendiren önemli bir fonksiyonunun olduğu yönünde ayrıca bkz. *Yılmaz*, İİK’da Gelişmeler, s. 883-884. İflâs hukukunda gelişen yeni eğilimler, “*canlı bir organizma*” olarak algılanan işletmelerin “*öldürülmemesi*”; bu organizmaların olabildiğince “*yaşatılması*” yönündedir (*Pekcanitez*, “*İflâs İflâs mı Ediyor?*”, s. 50). Çalışmamızın kapsamına dahil olmamasına rağmen bu noktada özellikle belirtmek isteriz ki, İcra ve İflâs Kanunu’nda 1988 yılından bu yana ve özellikle 4949 sayılı Kanun ile yapılan konuya ilişkin köklü değişiklikler, tamamıyla bu anlayışın birer ürünüdür (bkz. *Pekcanitez*, “*İflâs İflâs mı Ediyor?*”, s. 50).

¹⁵⁷ Hatta, ekonomik düzende iflâsların sayısının azaltılması gereği, devlete bir yükümlülük olarak yüklenmektedir (*Yılmaz*, İİK’da Gelişmeler, s. 883-664).

¹⁵⁸ Bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, B, 1.

gerek İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan kanun değişiklikleri şeklinde gerekse de uygulamada tahsil sürecinde karşılaşılan sıkıntılar şeklinde icra hukukunda uzun süreli etkiler bırakmıştır. Bu durum, esasında toplum içinde yaşayan kişilerin menfaatlerinin çatışmasından kaynaklanır. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, tarihin çok eski çağlarından bu yana, topluluk hâlinde yaşayan bazı kişiler, gruplar veya toplumsal sınıflar, diğerleri üzerinde bir egemenlik kurma; bu gücün verdiği yetkiyle kendisinin sahip olmadığı bir şeyi elde etme çabası içine girmişlerdir¹⁵⁹. Bu durum genelde güçlü olan sınıfın, grubun veya kişinin/kişilerin, diğerleri üzerinde hâkimiyet kurma çabası şeklinde gerçekleşmiştir¹⁶⁰. Kişiler, gruplar veya sınıflar arasında oluşan bu menfaat çatışması, çoğu zaman ya kaynağını ekonomik değerlerden almış veya bu değerler üzerinde uzun süreli izler bırakmıştır. Özellikle günümüz koşullarında ekonomik açıdan güçlü olan bazı kişi veya grupların, diğerleri veya diğerlerinin sahip olduğu mal varlığı değerleri üzerinde kurmak istedikleri iktidar gücü ve hâkimiyet duygusu, menfaat çatışmalarını önemli bir oranda ve ölçüsüz bir şekilde arttırmıştır. Bu açıdan, icra hukukunun amacının birinci derecede, bozulan menfaat dengesini *adalet ve hukuka uygun*¹⁶¹ olarak tekrar tesis etmek olduğu göz önüne alındığında, ekonomik düzen ile hukuk ve icra hukuku arasındaki önemli bağlantı ortaya çıkacaktır.

Bunun yanı sıra, esasında hukuk sistemimizde ilâmsız icra yolu ile takibin kabul edilmesi, bizatihi liberal ekonomik düzenin bir sonucu olarak etkilerini göstermektedir. Zira liberal ekonomik düzende devlet, kapitali elinde bulunduran işletmecilerin faaliyetlerine müdahale etmemekte; özel hukuktan doğan bu ilişkilere karışmamaktadır¹⁶². İlâmsız icra yolu ile takip, bu amaçla hukuk sistemimize

¹⁵⁹ **Hirsch**, Kuvvet ve Hukuk, s. 175; **Umar**, Hukuk Başlangıcı, s. 17.

¹⁶⁰ **Hirsch**, Kuvvet ve Hukuk, s. 175-176.

¹⁶¹ Menfaat çatışmasında, dengenin yeniden tesisinin sağlanmasının, sadece hukuka uygun olması yeterli değildir. Öncelikle, bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisi, "*hakikat*"e yani, "*adalet*"e uygun olmalıdır. Ancak, hakikate ve adalete uygun olan bir durum, Anayasa ile kanuna ve bunların sözüne, ruhuna, amacına da uygun olursa, bu hâlde hukuk düzeninin yeniden tesis ettiği bu durum "*meşru*" olabilecektir (**Hirsch**, Kuvvet ve Hukuk, s. 181). Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. I. Bölüm, § 1, I.

¹⁶² **Umar**, Hukuk Başlangıcı, s. 17-18.

kazandırılmış olmasa da¹⁶³, benzer bir etki doğurmaktadır. Zira kural olarak yargılama yetkisini elinde bulunduran devlet, “*ilâmsız icra yolu ile takip*” müessesesi aracılığıyla kişilerin, borç ilişkilerinden doğan alacaklarının tahsili sürecinde, kişilere devletin yargı organlarına başvurmadan *-bir ilâm elde etmeden-* alacaklarını tahsil edebilme imkânı vermektedir. Bu anlamda devletin, kişilerin özel hukuktan doğan ekonomik ilişkilerine müdahale etmesini ortadan kaldıran veya sınırlandıran bir durum yaratılmaktadır. Bu duruma da, esasında ancak liberal ekonomik düzenin etkilerinin görüldüğü bir ekonomik yaşantıda rastlamak mümkündür.

§ 4. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK

ANAYASAL TEMELLER İLE İLKELER

I. MENFAAT DENGESİNİN KURULMASINDA GÖZETİLECEK ANAYASAL TEMELLER

A. Genel Olarak

Hukukun bütün dallarında olduğu gibi icra hukuku da, temel esaslarını ve gücünü Anayasa’dan almaktadır. Öncelikle icra hukuku, *temel esaslarını* Anayasa’da bulmaktadır; zira, Anayasa hükümleri, bütün hukuk normları ve dolayısıyla icra hukuku normları için de bağlayıcı niteliktedir (Ay m. 11/I)¹⁶⁴. Bunun da ötesinde Anayasa hükümleri, bütün hukuk normları arasında en üstte yer aldığından, diğer hukuk normlarının Anayasa’ya aykırı bir düzenleme içermeleri de mümkün değildir (Ay m. 11/II). İkinci olarak icra hukuku, *gücünü* de Anayasa’dan almaktadır. Bu durum, hukukun tüm dalları için söz konusu olmayan, bir anlamda icra hukukunun kendine has bir özelliğidir. Şöyle ki icra hukuku, borçların ifa edilmemesi durumunda *devletin cebir yetkisinin* devreye girdiği bir hukuk dalıdır. Cebri icra faaliyeti ise, *devletin egemenlik yetkisinin* kullanımına ilişkindir. Bu sebeple devlet, cebri icra faaliyetinde mutlak bir tekel yetkisine sahiptir. Esasında bu yetkinin

¹⁶³ İlâmsız icra yolu ile takibin, hukuk sistemimizde kabul edilmesinin sebebi olarak mahkemelerin işyükünün azaltılması gösterilmektedir. Bu konuda bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 137.

¹⁶⁴ İcra hukukunda olduğu gibi, şekli hukukun diğer bir dalı olan medenî usûl hukukunda da Anayasa’nın etkisi benzer şekillerde tazahür etmektedir. Anayasa’nın medenî usûl hukukuna etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Alangoya*, Anayasanın Etkisi, s. 1-4.

devletin mutlak tekel alanına bırakılması, tarih sürecinde hemen gerçekleşmemiş; toplumlar bu noktaya gelene kadar bazı aşamalardan geçmiştir.

Geçmişte, bugünkü anlamda devlet düzeni bulunmaması sebebiyle alacaklı, alacağını bizzat kendisi alabilmekteydi. Ancak her alacaklının alacağını, ihkak-ı hak eylemek suretiyle elde etmesi, bir süre sonra toplumsal barış ve düzenin bozulmasına, kaos ortamının oluşmasına sebebiyet vermiştir. Devlet kuramının gelişmesiyle birlikte, işte bu cebir yetkisi de devlete devredilmiştir. Ayrıca bu devri Rousseau'nun "*Toplum Sözleşmesi*" teorisine göre ele almak da mümkündür. Rousseau'nun "*Toplum Sözleşmesi*" teorisine göre, gerek devlet gerekse hukuk, vatandaşların akdettikleri bir sözleşmeye dayanır. Toplumu oluşturan kişiler, yapmış oldukları bu sözleşmeyle bazı kurallara uyma yükümlülüğü altına girmişlerdir¹⁶⁵. Bu sözleşmeye göre, vatandaşlar birtakım haklarını devlete devretmişler; bunun karşılığında devlet de, bu hakların korunmasını üstlenmiştir. Bu durumda devlet, alacaklı adına borçlunun mal varlığından alacağın tahsilini sağlamakla yükümlendirilmiştir. İşte Rousseau'nun toplum sözleşmesi teorisine göre bu durum, devletin cebrî icra yetkisinin temelini ortaya koymuştur. Bu çerçevede devletin sahip olduğu cebir yetkisi, devlet adına mutlak bir tekel yaratan ve devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin bir yetki hâlini almıştır.

Devletin cebrî icra faaliyetinin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin olması, devlet organları açısından da birtakım yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Öncelikle devletin egemenlik yetkisinin kullanılması, hukuka ve Anayasa'ya uygun olmalıdır. Bu çerçevede millet adına kullanılan bütün devlet yetkileri, kaynağını Anayasa'dan almalıdır (bkz. Ay m. 6/II, III)¹⁶⁶. Buna göre, cebir yetkisine mutlak bir şekilde sahip olan icra organları da, bu yetkilerinin temelini Anayasa'dan almaktadırlar. Bu durum ise, cebrî icra faaliyetlerinin zorunlu olarak anayasal ilke ve kurallara uygun olmasını gerektirir. Zira kaynağını Anayasa'dan alan bir yetkinin, özüne yani Anayasa'ya aykırı olması düşünülemez. Ayrıca devlet organları ve makamlarının bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uymaları zorunluluğu (bkz. Ay m.

¹⁶⁵ *Hirsch*, Kuvvet ve Hukuk, s. 175; *Schefold* [Çev. Ayiter], s. 512-513; *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 80; *Akad/Vural Dinçkol*, s. 119-120.

¹⁶⁶ Bkz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 103.

10) karşısında, icra organları da gerek alacaklı ile borçlu arasında gerekse diğer ilgililer arasında eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlüdür.

Belirtilen bu esaslar çerçevesinde, icra hukukunun anayasal temellerinin, ilkelerinin ve kurallarının ortaya konulmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Zira devletin cebrî icra faaliyetini konu alan icra hukuku, menşeyini Anayasa'dan almaktadır. Bu sebeple, çalışma konumuz olan icra hukukundaki menfaat dengesinin de, temeli Anayasa'dır. Bunun yanı sıra, menfaat dengesinin konusunu, kişilere tanınmış anayasal hak ve özgürlüklerin oluşturması icra hukukunun anayasal temellerinin ikinci ayağını teşkil etmektedir.

Bu çerçevede icra hukukunun anayasal temellerini, üç ana başlık altında belirlemeye çalışacağız. İlk olarak, *hukuk devleti* başlığı altında, bir hukuk devletinde barındırılması zorunlu olan bazı ilkeleri ve esasları, icra hukuku ve özellikle de menfaat dengesinin kurulması ile bağlantısı oranında ele almaya çalışacağız. İkinci olarak, icra hukuku uygulaması ve menfaat dengesinin kurulması açısından ayrı bir öneme sahip olan *sosyal devlet* kavramına, konumuzla bağlantısı oranında değineceğiz. Üçüncü olarak da, *icra hukukuna ve özellikle de menfaat çatışmasına konu teşkil eden bazı temel hak ve özgürlükleri*, bu hak ve özgürlüklerin icra hukukunda sınırlandırılması sorunu ile birlikte incelemeye çalışacağız. Şunu belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur. Ancak, bu konuyu ayrı bir başlık altında incelememizin asıl sebebi, icra hukukunda çatışan menfaatlerin konusunu, kişilerin birtakım temel hak ve özgürlüklerinin oluşturmasıdır. Bu durum da, kişilerin icra hukukunda çatışan hak ve özgürlüklerinin ayrı bir başlık altında incelenmesini gerekli kılmıştır. Zira tekrar vurgulamak isteriz ki, uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da temelini bulan bazı temel hak ve özgürlükler, icra hukukunda çatışan menfaatlerin özünü oluşturmakta ve bu anlamda kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunmaktadır. Bu durum ise, konunun anayasal temeller çerçevesinde incelenmesine sebebiyet vermektedir.

B. Hukuk Devleti

1. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir (bkz. Ay Başlangıç; Ay m. 2). “*Hukuk devleti*” kavramının bir üst kavram olması, bu konuda yapılabilecek tanımlar konusunda da birtakım zorlukları beraberinde getirmektedir¹⁶⁷. Ancak hukuk devletinin birtakım ilkeleri bünyesinde barındırdığı kabul edilmektedir. Gerçekten de hukuk devleti, temel ve üst bir kavram olarak, bünyesinde bir çok ilkenin ve kuralın etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bu yapıcı unsurlar arasında Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, kuvvetler ayrılığının tam olarak sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, hukukun evrensel ilkelerine saygı duyulması, kanun önünde eşitliğin sağlanması ve genellik ilkesine uyulması, yasama faaliyetlerinin ve özellikle kanunların Anayasa’ya uygunluğu ile yürütme organının faaliyetlerinin denetiminin sağlanması, âdil bir yargılanma süreci içerisinde yargısal faaliyetlerin denetiminin gerçekleştirilmesi yer almaktadır¹⁶⁸.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini tanımlarken, hukuk devletinin sağlaması zorunlu olan bu gerekliliklerden hareket etmektedir: “*Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir*”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Hukuk devletinin anlamı ve bu konuda tanım verilmesinin güçlüğü hakkında bkz. **Ökçesiz**, Hukuk Devleti, s. 17 vd. Ayrıca hukuk devleti kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ökçesiz**, Hukuk Devleti Olgusu, s. 44-55; **Kabaoğlu**, Hukuk Devleti, s. 89-97; **Aliefendioğlu**, Hukuk Devleti, s. 148-150; **Huber** [Çev. Ansay], s. 58-63; **Gözler**, Anayasa Hukuku, s. 169-173; **Karaman**, s. 8 vd. Hukuk devletinin tarihî gelişimi için ayrıca bkz. **Karaman**, s. 19-35.

¹⁶⁸ Bütün bu unsurların hukuk devletinde bulunması gerektiği yönünde bkz. **Ökçesiz**, Hukuk Devleti, s. 27; **Ökçesiz**, İnsan ve Hukuk Devleti, s. 41; **Karaman**, s. 35-50.

¹⁶⁹ AMK 27.03.1986, 1985-31/11 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-11.htm>; Erişim Tarihi: 17.05.2008). Benzer kararlar için bkz. AMK 21.06.1991, 1990-20/17 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-17.htm>; Erişim Tarihi: 17.05.2008); AMK 01.07.1998, 1996-74/45 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-45.htm>; Erişim Tarihi: 17.05.2008).

Bu çerçevede hukuk devletinin gerekliliklerinin, icra hukuku açısından taşıdığı öneme binaen ve özellikle çalışma konumuzla doğrudan doğruya bağlantısı olması sebebiyle, tek tek incelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nitekim aşağıda yapılacak açıklamalarda, esasında her bir yapıcı unsurun icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinde ne şekilde önemli bir fonksiyona sahip olduğu ortaya çıkacaktır. Ancak bu açıklamalarımız, sadece temel ilkelerin ortaya konulması amacıyla ve inceleme konumuz olan menfaat dengesinin kurulması ile korunması gereğiyle sınırlı bir kapsamda ele alınacaktır.

2. Anayasa'nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü

“Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlığını taşıyan Anayasa'nın 11. maddesine göre; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. / Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” (Ay m. 11). Buna göre, normlar hiyerarşisinin en üstünde Anayasa bulunmaktadır ve tüm pozitif hukuk kuralları geçerliliklerini Anayasa'dan almaktadır¹⁷⁰. Bu sebeple, kanunların Anayasa'ya uygun olması zorunludur¹⁷¹. Zira anayasalar, üst norm olma nitelikleri sayesinde, öncelikle hak ve yetkiler ile bunların sınırlarını belirleyen hukukî çatıyı oluşturmaktadırlar¹⁷². Özellikle normlar hiyerarşisi içerisinde Anayasa'dan sonra gelen normatif icra hukuku düzenlemelerinin de Anayasa'ya aykırı olmaması, Anayasa'nın 11. maddesi çerçevesinde bir zorunluluk teşkil eder. Belirttiğimiz bu esaslar çerçevesinde, aynı zamanda cebrî icraya ilişkin normatif kuralları düzenleyen gerek icra hukuku

¹⁷⁰ **Hirsch**, Anayasanın Etkileri, s. 3; **Ocakçioğlu**, s. 507; **Teziç**, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 24; **Atar Y.**, s. 182; **Cansel**, s. 15; **Gülsoy**, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 10; **Umar**, Hukuk Başlangıcı, s. 90; **Kabaoğlu**, Hukuk Devleti, s. 91; **Gözler**, Anayasa Hukuku, s. 860; **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, s. 51-52; **Kabaoğlu**, s. 384.

¹⁷¹ Hatta, **Hirsch** tarafından sadece kanunların değil, kanunların çok daha ötesinde *bütün mevzuatın ve hatta örf ve âdet hukuku kurallarının* dahi kesinlikle anayasaya uygun olması gerektiği belirtilmektedir (**Hirsch**, Anayasanın Etkileri, s. 7, 12). Bunun yanı sıra **Hirsch**, hâkimin kanun boşluklarını doldururken de, anayasanın üstünlüğü ve kişileri bağlama ilkelerini mutlaka gözönüne almakla görevli olduğunu; özel hukuka ilişkin tüm işlem ve anlaşmaların anayasaya aykırı olması hâlinde, hâkimin Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerindeki kuralları uygulamakla görevli olduğunu vurgulamaktadır (**Hirsch**, Anayasanın Etkileri, s. 7). Bu durumda özellikle yazarın görüşü de temel alındığında, özel hukuk ilişkisine dayanan işlem ve sözleşmelerde dahi Anayasa'ya aykırılığın tek başına bir geçersizlik sebebi teşkil etmesi, kamu hukukuna ilişkin olan icra hukukunda Anayasa'ya aykırı olan bir işlemin evleviyetle hukuka aykırı olması sonucunu doğurmalıdır.

¹⁷² **Aliefendioğlu**, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 141.

açısından temel kanun niteliğinde olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin, gerekse cebrî icraya ilişkin kurallar öngören diğer kanunlardaki (özellikle icra hukukuna ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler getiren 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun* ile 5411 sayılı *Bankacılık Kanunu*'nda) benimsenen esasların öncelikle Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir (Ay m. 11/II). Söz konusu Kanunlarda birtakım düzenlemelerin Anayasa ile benimsenen pek çok ilke ve kurala aykırılığının söz konusu olması ve borçlular ile üçüncü kişilerin anayasal hak ve özgürlüklerine haksız müdahaleler teşkil etmesi, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı konusunu çalışmamız açısından daha da önemli kılmaktadır. Zira bu ihlaller aynı zamanda, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinin de ortadan kaldırılmasına veya ciddî şekilde zedelenmesine sebebiyet vermektedir.

Bundan sonraki açıklamalarımızda önemini çok daha fazla hissettireceği üzere, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, gerek yasama gerek yürütme ve gerekse yargı organlarını bağlar (Ay m. 11/I). Oysa bu esaslar, icra hukuku sistemimizde benimsenen bazı düzenlemeler sebebiyle, gerek yasama gerek yürütme ve gerekse yargı organları tarafından gözardı edilebilmektedir.

Bunun yanı sıra, çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde ortaya konulacağı üzere, icra hukukunda menfaat dengesinin korunması zorunluluğu temelini, Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler ile evrensel insan haklarından almaktadır. Zira bir takip prosedüründe, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin çatışmasına sebebiyet veren unsurlar, daha önce de ifade ettiğimiz gibi esasında, bu kişilerin her birinin Anayasa gereğince korunmaya değer hak ve menfaatinin, aynı zamanda diğerinin de anayasal hak ve özgürlüğüne müdahale etmesidir. Somutlaştırmak gerekirse, bir yandan alacaklı alacak hakkının temelini teşkil eden mülkiyet hakkını korumak isterken, borçlu da kendi şahıs varlığı ile mal varlığını korumaya çalışmaktadır. Bu durumda takip prosedüründe, alacaklının mülkiyet hakkını korumak için yapılan işlemler, aynı zamanda borçlunun mal varlığı veya şahıs varlığı haklarına haklı veya haksız bir müdahaleye dönüşecektir¹⁷³. İşte bu

¹⁷³ Örneğin çalışmamızın üçüncü bölümünde daha somut bir şekilde ele alınacağı üzere, borçlunun mal varlığı ile şahıs varlığının yoğun bir ihlâl tehlikesi altında olduğu takip aşamalarından birisi de haciz aşamasıdır. Özellikle İcra ve İflâs Kanunumuzun, haciz memuruna gerektiğinde

durumda ise, ortada çatışan haklar, menfaatler bulunduğu için dengenin sağlanması anayasal bir zorunluluk teşkil edecektir. Benzer şekilde, üçüncü kişiler de, mal varlığı veya şahıs varlığına yapılacak müdahaleleri bertaraf etmek isteyeceklerdir. Bu durum da, çoğunlukla üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını veya şahıs varlıklarını koruma ihtiyaç ve isteklerinden kaynaklanacaktır. O hâlde, takip işlemleri ile alacaklının alacağı tahsil edilirken, üçüncü kişilerin de mal ve şahıs varlığı haklarının güvence altına alınması için korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Özetle bu çalışmada, alacaklı ile borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki çatışan menfaatleri, bu kişilerin, Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri esasına dayandırdığımızdan, Anayasa'nın üstünlüğü ile bağlayıcılığına yüklediğimiz anlam, çok daha fazla önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, icra hukukunda menfaat dengesinin kurulmasında ve korunmasında esas alınacak ilkelerin kaynağını, Anayasa oluşturmakla birlikte; konumuz açısından bu anayasal hak ve özgürlüklerin menfaat dengesi açısından korunması zorunluluğu, Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını düzenleyen 11. maddesinin uygulanması açısından daha da büyük önem arz etmektedir. O hâlde, Anayasa'nun üstünlüğü ve bağlayıcılığı karşısında, menfaat dengesinin kurulması ve korunmasının Anayasal temellerini oluşturan tüm ilkelerin, öncelikle gözönüne alınması gerekmektedir.

Anayasaların bağlayıcılığı ve onun da ötesinde üstünlüğü ilkesinin benimsenmesinin zorunlu bir sonucu, anayasa yargısının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir¹⁷⁴. Zira anayasa yargısı, kanunların anayasaya uygunluğu denetimini gerçekleştirecek; bu sayede, Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen bir kanun hükmünün iptali mümkün olabilecektir (bkz. Ay m. 150-153). Bu çerçevede, *Anayasa'nın*

borçlunun evine zorla girme ve hatta, kilitli yerleri zorla açtırma (İİK m. 80/III); borçlunun üzerini arayabilmesine ve borçlunun üzerinde gördüğü kıymetli şeyleri de, borçlunun şahsı üzerinde zor kullanma suretiyle alabilmesine imkân verdiği (İİK m. 80/IV) gözönüne alındığında, borçlunun ilk tahlilde, Anayasa'nın 17 ve 21. maddelerinde düzenlenen temel haklarının ihlâl tehlikesi karşısında olduğu şüphe götürmemektedir. Bu durumda ise, alacaklının alacak hakkının temelini oluşturan "*mülkiyet hakkı*"nın (Ay m. 35) korunması ile borçlunun "*kişi dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" (Ay m. 19) ile "*konut dokunulmazlığı*"nın (Ay m. 21) korunması hakları arasında ne şekilde bir denge kurulacağı önemlidir. Zira her iki tarafın da korunmaya değer bu anayasal hakları karşısında, çatışan menfaatlerin giderilmesi ve dengeye oturtulması hukuk güvenliği açısından da zorunludur. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır.

¹⁷⁴ **Gülsoy**, *Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı*, s. 115 vd. Bu konu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık olarak ele alınacaktır. Özellikle menfaat dengesi ihlallerine karşı, kişilere tanınan bu başvuru yolu için bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, II, B.

üstünlüğü karşısında, icra hukukuna ilişkin normatif düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmaması gerekecek; Anayasa'ya aykırı olan düzenlemelerin ise, *Anayasa'nın bağlayıcılığı* karşısında hukuk düzenince reddedilmesi (*bu anlamda düzenlemelerin iptal edilerek yürürlüğünün kaldırılması*), icra hukuku alanında da anayasa yargısı aracılığıyla gerçekleşecektir. Bundan sonraki açıklamalarımızda, borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine Anayasa'ya aykırı olarak yapılan müdahaleleri ortaya koymaya çalışacağız. Bu haksız ve Anayasa'ya aykırı olarak yapılan müdahaleler için, borçlu ve üçüncü kişiler açısından başvurulacak en etkili hukukî yolların başında ise, anayasa yargısına davayı gören mahkeme aracılığıyla (*somut norm denetimi*) başvuru imkânı gelmektedir (Ay m. 152). Ancak çalışmamızın ilerleyen aşamalarında ve özellikle her bir haksız müdahalenin söz konusu olduğu işlemleri incelerken tespit edileceği üzere, Türk icra hukuku sistemi açısından anayasa yargısının etkili bir şekilde, hak ve menfaati ihlâl edilenlerce kullanıldığını ifade etmek zor olacaktır¹⁷⁵. Bu kapsamda aşağıda öncelikle, takibe taraf olan alacaklı ile borçlunun ve takip sürecinde üçüncü kişi konumunda bulunan ilgililerin arasında oluşan menfaat çatışmasının konusunu oluşturan anayasal hak ve ilkeleri ortaya koymaya çalışacağız. Daha sonra ise özellikle çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, çoğunlukla borçlu ve üçüncü kişilerin anayasal hak ve özgürlüklerine, haksız müdahale teşkil eden ve bu anlamda Anayasa'ya aykırı olan kanun hükümlerini somutlaştırıp; çalışmamızın üçüncü bölümünde de, bu ihlâllere karşı başvurulacak yollardan biri olarak anayasa yargısının ilgililerce kullanılması üzerinde duracağız. Bu sebeple, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile doğrudan ilgili olan anayasa yargısına başvuru imkânını da çalışmamızın son bölümünde ele almayı tercih ediyoruz.

¹⁷⁵ Bu konuda özellikle çalışmamızın ekinde bulunan tabloya bakıldığında, icra hukuku sistemimizde anayasal hak ve özgürlüklere ihlâl tehlikesini taşıyan pek çok kanun hükmü bulunmaktayken, anayasa yargısına yapılan başvuruların çok daha sınırlı bir kapsamda söz konusu olduğu ortaya çıkacaktır.

3. Kuvvetler Ayrılığının Sağlanması

a. Genel Olarak Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Hukuk devletine dayalı sistemlerde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi önem arz etmektedir¹⁷⁶. Aksi takdirde, kişilerin hak ve özgürlüklerinin tehlikeye girmesi söz konusu olacaktır; kişilerin hak ve özgürlüklerini devletin erkleri karşısında, gereğince güvence altına almayan bir hukuk sisteminin de, tam anlamıyla hukuk devletine dayandığından söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁷⁷.

1982 Anayasası'nın da benimsemiş olduğu kuvvetler ayrılığı sistemi, devlet faaliyetlerini üç temele dayandırmaktadır. Bu üç temel ayaktan ilkinin, kanun koyma yetkisine sahip olan *yasama organı*; ikincisini, yasama organının koymuş olduğu

¹⁷⁶ Hukuk devletlerinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi gerektiği yönünde açıklamalar için bkz. *Ökçesiz*, Hukuk Devleti, s. 27; *Ökçesiz*, İnsan ve Hukuk Devleti, s. 41; *Kutlu*, s. 199 vd.; *Karaman*, s. 45-46; *Kabaoğlu*, s. 386, 98-100; *Teziç*, s. 395-399; *Gülsoy*, s. 100. Ayrıca kuvvetler ayrılığının ortaya çıkış sebebi olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması zorunluluğunun, hukuk devletinin vazgeçilmez bir gerekliliği olduğu dikkate alındığında, kuvvetler ayrılığının bu anlamda, hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet ettiği gerçeği gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁷⁷ Kuvvetler ayrılığının düşünsel temellerini ilk olarak ortaya koyan John Locke'a göre, en güçlü kuvvet olan yasama erki ile yürütme erki birbirinden ayrılmalıdır (*Akın*, Kamu Hukuku, s. 136; *Kutlu*, s. 109; *Akad/Vural Dinçkol*, s. 114-115). Yasama organının esas amacı, kişilerin yararına yani halkın iyiliği için yasa yapmak olmalıdır. Yasama erki bu üstün gücünü ve yetkisini kullanırken ancak kişilerin, doğuştan sahip olduğu doğal haklara müdahale edemeyecektir. Bu sebeple de yasama organı genel yasalar hazırlamalı, kişisel kararlar almamalıdır (*Akın*, Kamu Hukuku, s. 136; *Kutlu*, s. 109). Yine Locke'un kuvvetler ayrılığı sistemine göre, bir yandan görevi halkın yararına yasa yapmak olan, sürekli çalışmayan, sadece yasa yapmak için biraraya toplanan yasama organı olmalı; diğer yandan da, yasama organının yaptığı bu yasaların yürürlüğünü sağlayan ve yasaların uygulanıp uygulanmadığını denetleyen sürekli görev ifa eden bir yürütme organı bulunmalıdır. Bu şekilde yasama ve yürütme erklerinin farklı elde toplanması, yetkilerin kötüye kullanılmasına da engel olacaktır (*Akın*, Kamu Hukuku, s. 136; *Kutlu*, s. 110). Locke, yargı erkini ise gerçek anlamda bir kuvvet saymaz; zira yargı organı, yasama organının koyduğu kuralları uygulamakla görevlidir. Locke için yargısal korumadan çok kişilerin baskı ve zorbalığa karşı direnme hakları etkilidir (*Kutlu*, s. 111). Ayrıca John Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kutlu*, s. 109-111; *Akad/Vural Dinçkol*, s. 114-117.

John Locke'un temel esaslarını ortaya koyduğu kuvvetler ayrılığı teorisi, asıl gelişimini Montesquieu'nun katkılarıyla tamamlamıştır. Zira Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisine göre özgürlüğün tek güvencesi, devlet erklerinin birbirinden ayrılmasıdır. Buna göre yönetimdekilerin devlet gücünü kendi çıkarları için kullanması, ancak başka bir iktidarın denetimi ile engellenebilir. Aksi takdirde, bütün devlet erklerinin tek elde toplanması hâlinde, özgürlükten bahsetmek mümkün olmaz. Bu durumda aynı zamanda yargı ve yürütme kuvvetine sahip olan kanun koyucusunun, yasalaştırdığı haksız ve ağır kuralları zorbalıkla uygulaması mümkün olabilecektir. Bu sebeple, Montesquieu tarafından geliştirilen ve bugün hukuk sistemlerinin vazgeçilemez bir ilkesi olarak kabul edilen kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılmasını gerektirir (*Kutlu*, s. 112). Bu konuda ayrıca bkz. *Akad/Vural Dinçkol*, s. 131-139.

hukuk normlarına ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre uyuşmazlıkları çözmekle yükümlü olan hâkimlerin başında bulunduğu bağımsız mahkemeler aracılığı ile yargılama faaliyetini gerçekleştiren *yargı organı* ve nihayet üçüncüsü de, yasama organlarının koymuş olduğu hukuk kurallarının uygulanmasını sağlayan “*yürütme oragını*”¹⁷⁸ oluşturmaktadır. Devletin, bu şekilde üç temel erke ayrılmasının sebebi de, yürütmekle yükümlü olduğu üç önemli hukukî faaliyetinin bulunmasıdır¹⁷⁹. Zira devlet öncelikle kişilerin uymakla yükümlü olduğu kanunları çıkarmalı (*yasama*); bu kanunlara göre, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan bağımsız mahkemeler aracılığı ile yargılama faaliyetini sürdürmeli (*yargı*) ve bunların yanı sıra, çıkarmış olduğu kanunların uygulanmasını sağlamalıdır (*yürütme*). Kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde bu üç yetki yani yasama, yürütme ve yargı güçleri arasında hak ve yetkilerin sınırları çizilmektedir. Her gücün kendi sorumluluk alanında ve diğer güçler ile uyum içinde görevlerini yerine getirmesi toplumsal düzenin ve huzurun temel şartıdır¹⁸⁰.

b. Devlet Erklerinin İşlemlerinin Hukukî Denetiminin Sağlanması Gereği

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu ve hukuk devletinin önemli bir diğer unsuru da, devlet erklerinin işlemlerinin denetiminin sağlanmasıdır. Bu çerçevede yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin Anayasa’ya ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi hukuk devleti için bir zorunluluktur¹⁸¹. Aksi

¹⁷⁸ Yürütme erkinin tek fonksiyonu, yasama organının koymuş olduğu hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak değildir. Ancak, kuvvetler ayrılığının ortaya çıkışından bu yana yürütme organının, geleneksel işlevlerinin en başında kanunların uygulanmasını sağlamak gelir (*Teziç*, s. 363).

¹⁷⁹ *Teziç*, s. 354.

¹⁸⁰ *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 119.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. *Ökçesiz*, Hukuk Devleti Olgusu, s. 45; *Kabaoğlu*, Hukuk Devleti, s. 93; *Karayalçın*, Hukukun Üstünlüğü, s. 122. Anayasa Mahkemesi 01.10.1991 tarihli bir kararında hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkesi arasındaki zorunlu bağlantıyı şu şekilde ifade etmiştir: “Hukuk devletinin başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu âmacı ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devleti kavramının öğeleridir. Bunlardan en önemlileri, devletin değişik işlevlerinin ayrı organlar eliyle gördürülmesi anlamına gelen ‘kuvvetler ayrılığı’ ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi, ‘idarenin yargısal denetimi’ dir.” AMK 01.10.1991, 1990-40/13 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-33.htm>; Erişim Tarihi: 05.05.2008).

takdirde, kuvvetler ayrılığının hukuk sisteminde gerçekten uygulandığının tespit edilmesi mümkün olmayacak; devletin üç erkinin, birbirine müdahale etmesi veya birbirinin görev alanına giren düzenlemeler yapmasının veya işlemler gerçekleştirmesinin önüne geçilemeyecektir. Kuvvetler ayrılığının sağlanması, icra hukukunda menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından, hukuk güvenliğini sağlar; borçluya, aleyhinde başlatılacak takip sürecinde, *hak ve menfaatlerinin yetkileri sınırlı ve belirli, tarafsız bir devlet organı tarafından gözetileceği konusunda* teminat oluşturur. Dolayısıyla anayasal bir sorun olarak görünen kuvvetler ayrılığının sağlanması esasında menfaat dengesi ihlallerinin giderilmesi için vazgeçilmez bir ilkedir. Zira az sonra kuvvetler ayrılığının icra hukukunda zedelendiği ve bunun, ciddî sayılabilecek menfaat dengesi ihlallerine sebebiyet verdiği birtakım düzenlemeler ele alındığında, ilkenin icra hukukunda menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından arzettiği önem açıkça ortaya çıkacaktır.

Devlet erklerinin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için ilk olarak, yasama organlarının faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun, yani kanunların Anayasa'ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilmesi gerekir¹⁸². İkinci olarak idarenin işlemlerinin yargısal denetimi de, kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğurduğu bir diğer sonuçtur. Anayasa'nın 125. maddesine göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (Ay m. 126/I). Bu şekilde idarenin eylem ve işlemlerinden zarara uğrayan kişilerin, idarî işlemin bozulmasını veya oluşan haksız durumun giderilmesini talep edebileceklerdir. Özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesinden temelini alan bu denetim, idare hukuku anlamında da birtakım ağır

¹⁸² **Karaman**, s. 43. Kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetiminde iki yol öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, henüz kanun yürürlüğe girmeden önce Anayasa'nın 150. maddesinde belirtilen kişilerin, kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiası ile açacağı iptal davası (*soyut norm denetimi*); ikincisi ise, bir davanın görülmesi sırasında, davaya bakmakta olan mahkemenin Anayasa'nın 152. maddesine göre, davaya uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurusudur (*somut norm denetimi*). Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, özellikle çalışmamızın üçüncü bölümünde menfaat dengesi ihlallerine karşı başvurulacak hukukî yollar kapsamında daha ayrıntılı olarak ele alınacağından, bu aşamadaki açıklamalarımızı yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslarla sınırlandırmayı tercih ediyoruz. Bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, II, B.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Onar**, *Anayasaya Uygunluk Denetimi*, s. 91 vd.; **Karaman**, s. 51-61; **Gülsoy**, s. 170-199.

yaptırımlara tâbi tutulmaktadır¹⁸³. Son olarak devletin yargısal faaliyetlerinin de denetiminin sağlanması gerekmektedir. Bu denetim, öncelikle iç hukuk açısından kanun yollarına başvuru ile gerçekleşecektir. Bu şekilde, gerek icra mahkemesi kararları gerekse genel mahkemelerin icra hukukuna ilişkin verdiği kararlar, olağan ve olağanüstü kanun yollarının denetimine tâbidir. Bunun yanı sıra özellikle takip prosedüründe gerçekleşen anayasal ihlaller, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de denetimine açıktır¹⁸⁴.

Bu çerçevede kuvvetler ayrılığı esasının kabul edilmesinin bir sonucu olarak yasama, yürütme ve yargı organlarının gerek kendi yetkileri dahilinde gerekse kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yetkiler kullanması durumunda başvurulacak hukukî yollar yasama organlarının işlemlerine karşı, anayasa yargısına başvuru ve iptal kararı elde etme (*soyut ve somut norm denetimi*); devletin yürütme işlemlerine karşı, idarî yollara başvuru ve işlemin yürütülmesinin durdurulması veya oluşan zararın tazmini; yargı kararlarına karşı da, kanun yoluna başvuru şeklinde karşımıza çıkacaktır. Her bir başvuru imkânının ardından ise, koşulları sağladığı takdirde, kişilerin hak ve özgürlüklerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir müdahale söz konusu olması durumunda da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânı olacaktır. Bu aşamada önemle belirtmek isteriz ki, çalışmamız açısından hukuk devletinin gereklerinden biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ve bu ilkenin tam anlamıyla gerçekleştirilmesi, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere özel bir öneme sahiptir. Zira icra hukuku sistemimizde, yürütme erki içerisinde yeralan idarî organ niteliğindeki alacaklı vergi daireleri ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, 6183 ve 5411 sayılı Kanunlarla birtakım yargısal kararlar alabilme yetkisi dahi tanınmaktadır¹⁸⁵. Belirttiğimiz bu organlar *alacaklı* sıfatı altında, borçluya karşı

¹⁸³ Örneğin idarenin, yasama fonksiyonunu gaspederek aslında kanun koyucunun yetkisi alanına dahil bir işlemi yapması veya idarenin, yargı fonksiyonunu gaspederek esasında yargı organlarının yetkisi dahilinde olduğu bir konuda işlem yapması, “*yokluk*” yaptırımına tâbidir. Yani bu şekilde, idare tarafından kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak alınan kararların yaptırımı, sonucu oldukça ağır olan yokluk yaptırımına tâbidir. Bu çerçevede idarenin, yasama veya yargı organının yerine geçerek işlem yapması tamamıyla hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu konuda bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 390; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 695, 889; *Günday*, s. 153.

¹⁸⁴ Bu konuda, icra hukukunda gerçekleşecek menfaat dengesi ihlallerine karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânı için bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, III, D.

¹⁸⁵ Örneğin, kamu idareleri ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, 6183 ve 5411 sayılı Kanunlarla kendilerine verilen yetkiyle, yargısal bir karar olan ihtiyatî haciz kararı

takip başlatabilir, haciz ve satış gibi icra takip işlemleri gerçekleştirebilir, borçlunun mallarına zor kullanma suretiyle haciz uygulayabilir ve bunların yanı sıra, ancak bir mahkemenin yetkisi dahilinde olan ihtiyatî haciz kararı vererek, bu kararın gereğini uygulayabilir. Bu çerçevede kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlâli anlamına gelen bu durum karşısında, konu önemini arttırmaktadır. Ancak bundan önce, cebrî icra faaliyetlerinin kuvvetler ayrılığı içerisinde belirlemek gerekecektir.

c. Cebrî İcra Faaliyetlerinin Kuvvetler Ayrılığındaki Yeri

Takip prosedüründe menfaatleri dengelemekle birinci dereceden sorumlu organların başında, icra organları gelmektedir¹⁸⁶. İcra organlarının çalışma konumuzda taşıdığı bu önem, öncelikle icra organlarının kuvvetler ayrılığı içerisindeki yerini belirlememizi zorunlu kılmaktadır. Daha önce yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, icra hukuku, tamamıyla devletin “*cebrî icra yetkisi*”nin kullanılmasını temel alan bir hukuk dalıdır. İcra hukuku, borcunu zamanında veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun mal varlığı üzerinde cebir uygulamak suretiyle alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan icra hukukunun, medenî usûl hukukundan ve dolayısıyla icra memurlarının da, hâkimlerden önemli bir farkı bulunmaktadır. Zira kişiler bir uyuşmazlığa düştüklerinde, haklı olanı tespit etmek ve buna bağlı olarak aralarındaki uyuşmazlığı nihaî olarak sonlandırmak amacıyla mahkemelere başvurup hukukî korunma talep etmektedirler. İcra hukuku ise, bir hukuk normunun veya bir mahkeme ilâmının kendisine bahşettiği yetki uyarınca, “*borçlu*”nun bir şey yapmasını, yapmamasını veya vermesini talep eden “*alacaklı*”nın, icra organına başvurarak hakkını kendisi yerine devletin “*yerine getirmesi*” talebine dayanmaktadır. Esasında her iki talepte de, talepte bulunan kişinin başvuruda bulunduğu sùje *devlettir*. Kişi ilkinde, devlete “*doğrudan doğruya hakkının tanınması konusunda hukukî korunma*” talebi ile başvurmakta; ikincisinde ise devletten, “*hukukun kendisine tanıdığı bir hakkın bahşettiği yetkinin yerine getirilmesi*” talebinde bulunmaktadır. Bu açıdan icra

verebilmektedirler (AATUHK m. 13; BankK m. 134/XIV). Bu çerçevede esasında “*yokluk*” yaptımına tâbi olması gereken bu kararların, Anayasa’ya aykırı olan kanun hükümleri dolayısıyla hukukumuzda uygulanmakta olduğu yönündeki açıklamalarımız için bkz. aşı. II. Bölüm, § 6, I, C ve Ç.

¹⁸⁶ Menfaat dengesini korumak ve gözetmekle yükümlü olanlardan icra organlarının söz konusu sorumluluğu için bkz. aşı. II. Bölüm, § 8, III, C.

organlarının yaptıkları işlemleri, hukukî korunma taleplerini ve hakkın tespiti suretiyle uyuşmazlığı nihaî olarak çözüme kavuşturan mahkemelerin yaptıkları işlemlerden ayırmak gerekir.

Mahkemeler, yaptıkları işlemlerin temelini Anayasa'nın 9. maddesi ile kendilerine tanınan yargı yetkisinden almaktayken; icra organları, yaptıkları işlemlerin temelini devletin yargı yetkisinden almamaktadır (bkz. Ay m. 9). İcra hukukunun kural olarak "*hakkı sabit olmuş alacaklı*"nın, alacağının cebrî icra yolu ile sağlanmasına hizmet etmesi asıldır. Bu bakımdan, sistemin özünü oluşturan ilâmlı icra yolu ile takipte¹⁸⁷, önce borçlunun gerçekten borçlu olduğu, yargı organının yaptığı yargılama sonucunda nihaî olarak tespit edilir; daha sonra borçlunun, borcunu rızaen yerine getirmemesi hâlinde, devlet borçlunun mal varlığı üzerinde cebir yetkisini kullanarak alacaklının, alacağına kavuşmasını sağlar. Bu açıdan baktığımızda da devletin, cebrî icra yetkisinin, yargı fonksiyonundan farklı olduğu ortaya çıkmaktadır.

İcra organlarının başında bulunan icra memurları, işlemlerini gerçekleştirirken yetkilerini devletin yürütme erkinden almaktadırlar. Zira yasama organının çıkarmış olduğu kanunların uygulanmasını sağlama fonksiyonunun bir uzantısı da, devletin cebrî icra faaliyetidir. Devlet yürüttüğü cebrî icra faaliyeti ile bir yandan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamakta; diğer yandan da, yasama organının koymuş olduğu hukuk kurallarının gerçek anlamda uygulanmasını güvence altına almaktadır. Zira alacaklı olan kişinin alacağına fiilen kavuşamaması, devletin yasama fonksiyonunu sadece Anayasa üstünde yerine getirmesine sebebiyet verir.

Cebrî icra faaliyetinin, devletin yürütme erkinin bir unsuru olmasının konumuz açısından taşıdığı en önemli sonuç, icra dairelerinin sülhelerini oluşturan icra memurlarının yaptığı işlemlerin hukukî niteliklerinin yargısal değil, idarî nitelikte olmasıdır¹⁸⁸. Nitekim yargısal işlem, Anayasa'da belirtilen yargı organlarından çıkan

¹⁸⁷ Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşa. III. Bölüm, IV.

¹⁸⁸ İcra memurlarının yaptıkları işlemlerin yargısal olmadığı yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Pekantez*, Şikâyet, s. 17-19. Bu konuda ayrıca bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 34.

İcra memurlarının yaptıkları işlemlerin idarî nitelikte olduğu yönündeki görüşler için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 42-43; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 34; *Pekantez*, Şikâyet, s. 16-20.

ve taraflar arasındaki uyumsuzluğu nihaî olarak karara bağlayan işlemlerdir¹⁸⁹. Bu tanımları dikkate aldığımız takdirde, bir yargısal işlemin söz konusu olabilmesi için, birtakım kriterlerin birarada bulunması gereği belirmektedir¹⁹⁰.

Bir yargısal işlem için öncelikle, bağımsız ve tarafsız yargı organlarının (*yani mahkemelerin*) belirli usûllere uyarak yaptıkları işlemlerin bulunması zorunludur¹⁹¹. Yukarıda belirttiğimiz üzere, yargı faaliyeti Anayasa'nın 9. maddesine göre, bağımsız mahkemelere aittir. Bu durumda, mahkeme sıfatına sahip olmayan icra organlarının yaptığı işlemler yargısal nitelik taşımamaktadır¹⁹². İkinci olarak yargısal bir işlemin söz konusu olabilmesi için, bu faaliyetin, taraflardan birisinin mahkemeye başvurusu üzerine, uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla yapılmasıdır¹⁹³. İcra organları da her ne kadar bir tarafın talebi üzerine işlem yapıyorlarsa da, icra organları, cebri icra faaliyetini yerine getirirken taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözme amacı gütmediklerinden işlemleri de yargısal işlem olarak nitelendirilemez¹⁹⁴. Bunun dışında, yargısal faaliyet sonucunda verilen kararlar kesin hüküm oluşturur. Kesin hüküm ise, maddî gerçeği ifade eder ve bu gerçek artık hiç bir makam, merci tarafından değiştirilemez. Oysa icra organlarının takip prosedürüne ilişkin olarak vermiş oldukları kararlar, kural olarak medenî usûl hukuku anlamında kesin hüküm teşkil etmez¹⁹⁵. Belirtilen bu hususlar, icra memurlarının yaptıkları işlemlerin yargısal nitelikte olmadığını açıkça göstermektedir. Öğretide de ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, yukarıda belirtmiş olduğumuz sebeplerden dolayı icra memurlarının işlemlerinin yargısal nitelikte olmadığı; idarî nitelikli olduğu yönündedir¹⁹⁶. Şüphesiz

¹⁸⁹ *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 18-19. Yargısal işleme ilişkin benzer tanımlar için ayrıca bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 8-12; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 35; *Günday*, s. 11.

¹⁹⁰ Bu kriterler hakkında bkz. *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 19-20. Ayrıca devletin idarî fonksiyonunu yargı fonksiyonundan ayırmaya yarayan bu kriterler için bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 8-12; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 31-35; *Günday*, s. 11-13.

¹⁹¹ *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 17; *Gözübüyük/Tan*, s. 10; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 31; *Günday*, s. 12-13.

¹⁹² *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 17; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 34.

¹⁹³ *Postacıoğlu*, s. 24-25; *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 17; *Gözübüyük/Tan*, s. 9-10; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 31; *Günday*, s. 11-12.

¹⁹⁴ *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 17.

¹⁹⁵ *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 19.

¹⁹⁶ İcra memurlarının işlemlerinin idarî nitelikli işlemler olduğunu kabul eden görüş için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 42-43; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 34; *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 16-20. *Pekcanitez*, icra memuru işlemlerinin idarî nitelikte olduğu kabul etmekle birlikte, bu

icra organlarının işlemler, tipik idarî işlemlerin tüm özelliklerini taşımayabilir. Zira bu işlemler adlî nitelikli idarî işlemler olması sebebiyle kendine has birtakım özellikler taşımaktadırlar. Belirttiğimiz bu esaslar karşısında, devletin yürütme erkine ilişkin işlemler gerçekleştiren icra memurlarının, yetkilerinin kapsamı da bu çerçevede belirlenmelidir. Dolayısıyla icra memurları yargılama faaliyeti gerçekleştirmemekteler; bu sebeple de kendilerinin birtakım yargısal kararlar alabilmeleri söz konusu değildir.

4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması

Hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerin pasif şekilde tanınmasından öteye geçerek, temel hak ve özgürlüklerin etkin olarak güvence altına alınmasını, korunmasını ve uygulanmasını sağlamayı amaçlar¹⁹⁷. Etkin bir hukukî korumanın sağlanması ise, bir çok ilkenin birlikte gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bir devletin gerçek anlamda bir hukuk devleti olması için, o devlette işleyen adalet mekanizmasının, insan onuruna uygun; temel hak ve özgürlüklere saygılı; kişilerin, hakların tanınması, sağlanması ve korunması sürecinde, hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma haklarını sağlayan; eşitlik ilkesini hak arama özgürlüğünün her sürecinde işleten bir yapıya sahip olması gerekmektedir. Ayrıca hukuk devletinin en önemli unsurları arasında da, o devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması yer almaktadır¹⁹⁸. Bu denetim, aynı zamanda hukukî güvenliğin sağlanmasına yardımcı olacak; kişilerin, hukuk önünde eşit hak ve özgürlüklere sahip olmasına olanak tanıyacak; kamu görevlilerinin, keyfî davranışlarla görevlerini yürütmelerini engelleyecek ve bu şekilde menfaatlerine uygun olarak kişiler, haklarında yapılan işlemlerin denetlenmesini sağlayabileceklerdir. İcra hukukuna konu olan temel hak ve özgürlükler ile bu hakların güvence altına alınması aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, burada sadece temel hak ve özgürlüklerin insan haklarına dayalı

işlemlerin idare hukuku alanında sonuç doğurmadığı belirtmektedir (*Pekcanitez*, Şikâyet, s. 19-20).

Ayrıca icra müdürlerinin birer adlî memur olup, yaptıkları işlemlerin de adlî işlem olduğu yönünde bkz. HGK, 03.10.2007, 12-601/695 (Legal MİHDER 2008/1, S. 9, s. 221-223).

¹⁹⁷ Bu konuda bkz. *Ökçesiz*, Hukuk Devleti Olgusu, s. 54-55; *Kabaoğlu*, Hukuk Devleti, s. 95; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 41; *Karaman*, s. 36.

¹⁹⁸ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 90.

hukuk devletlerinde, evrensel hukuk kuralları ile de desteklenen bir zorunluluk olduğunu vurgulamakla yetiniyoruz¹⁹⁹.

5. Hukukun Evrensel İlkelerine Uygunluk

Hukukun, “*normatif yönü*”nü hukuk kuralları, “*etik yönü*”nü ise adalet oluşturur²⁰⁰. Buna bağlı olarak hukuk kurallarının tasnifinde yapılan bir ayırım, (i) belirli bir çözüm getiren hukuk kuralları ve (ii) genel hukuk kuralları şeklindedir. Belirli bir çözüm getiren hukuk kuralları, toplumun ihtiyaçlarına ve menfaatlerine göre, düzeni sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Genel hukuk kuralları yani hukukun evrensel ilkeleri ise, belirli bir konuda hukuk kuralının benimsediği çözümü adalete daha uygun bir çözüm hâline dönüştürmeye, yani etik doğruluğu sağlamaya yarar. Bir kısmı yazılı hukuk kuralı hâlini alan bu kurallara örnek olarak dürüstlük ilkesi, iyiniyet, kişiliğin korunması, hakkaniyet ilkesi gösterilebilir²⁰¹. Bunlar gibi, Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralları da esasında genel hukuk kurallarındandır²⁰². Bu kuralların önemli bir kısmı, aynı zamanda evrensel nitelikte kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan ve doğal hukuk öğretisinin ürünü olarak kabul edilen birtakım hukuk kurallarından oluşmaktadır. Nitekim doğal hukuk öğretisinin ürünü olarak evrensel ilkeler arasında yer alan ve uluslararası sözleşmelere konu olan bu temel haklar günümüzde de, “*güçsüzlerin güçlülere karşı ideolojik siperini*” oluşturmaktadır²⁰³.

¹⁹⁹ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 3.

²⁰⁰ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 110.

²⁰¹ **Karayalçın**, Hukukta Metod, s. 112.

²⁰² Zira, ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri yapılırken evrensel nitelikli kabul edilen temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, aynı zamanda *insan haklarına dayalı* bir devlet için zorunlu bir unsurdur. Zira, insan haklarına dayalı bir devlet, sadece iç hukuk kurallarına ve anayasaya göre temel hakları düzenlemekle yetinemez; bu konuda evrensel nitelikli hukuk kurallarının dikkate alınması, özellikle uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan şekilde, temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekmektedir. Evrensel insan haklarına uygunluğun sağlanmasının, hukuk devletinin gereklerinden olduğu yönünde bkz. **Karaman**, s. 48.

²⁰³ **Serozan**, s. 35. Doğal hukuk öğretisi, hukukun toplumsal temelleri arasında ortaya atılan en güçlü görüşlerden birisidir. Bu öğretinin başta gelen savunucuları Grotius, Pufendorf, Hobbes, Locke, Kant, Rousseau, Montesquieu’dur. Bu düşünürlerle göre hukuk, “*insanın doğuştan beraberinde getirdiği, yasa öncesi ve yasa üstü, doğal ve değişmez evrensel ilkelerden ve haklardan oluşur*” (**Serozan**, s. 35). Doğal hukuk öğretisinin hukuk anlayışını yansıtan bir başka alıntı da, görüşün temellerini son derece açık bir şekilde ifade etmektedir: “*İnsan ürünü tüm yasalar (nomos) aslında insan doğasının ve aklının genelgeçer ve değişmez doğal yasalarıdır. (Physis) Kimseye zarar vermeme (neminem laedere), herkese hak ettiğini verme (suum cuique) ve sözünün eri olma (pacta sunt servanda) böylesine doğal hukuk ilkeleridir.*

Temel insan hakları olarak da ifade edebileceğimiz kişilerin doğuştan sahip olduğu birtakım hakların tanınması uzun bir tarihî süreçten geçmiştir. Bu konuda özellikle ilk çağlarda kişilerin hukuk önündeki durumlarını ve dolayısıyla temel haklarını, icra hukukunun tarihî kökenleri hakkında yaptığımız açıklamalarda değinmiştik²⁰⁴. Bu noktada özellikle 1215 tarihli Magna Carta, tarihte önemli bir yer edinmiştir. Bunun ardından Amerikan bildirelerinin üzerinde önemli bir etki yarattığı 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, tanıdığı hak ve özgürlüklerle insan hakları tarihinin önemli yapıtaşları arasında yer almıştır. Fransız İnsan Hakları Bildirisi de, sadece Fransız vatandaşlarının haklarını açıklamakla yetinmemiş; aynı zamanda bütün devirlerin ve ülkelerin kişilerini ilgilendiren soyut esaslar benimsemiş olması sebebiyle 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi gibi evrensel nitelikli bir bildire olarak kabul edilmiştir²⁰⁵.

Evrensel genel hukuk kuralları olarak kabul edilen temel hak ve özgürlükler, onsekizinci yüzyıldan itibaren, birtakım uluslararası sözleşmelerde ayrıca düzenlenmeye başlanmış; bu şekilde, temel hak ve özgürlüklerin, bütün devletlerce uyulması zorunlu olan evrensel birer hukuk ilkesi hâline getirilmesi amaçlanmıştır²⁰⁶. Anayasamızın da “*Temel Hak ve Özgürlükler*” başlığı altında düzenlemekte olduğu

Yasa koyucuları aklın kolayca tanıyabileceği bu doğal hukuk ilkelerini yasal kalıplara dökmelidirler. Evrensel insan hakları doğal hukukun tipik uzantılarıdır” (Serozan, s. 35). Bu konuda ayrıca bkz. Başgil, s. 579-583; Umar, Hukuk Başlangıcı, s. 75-76; Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 38; Çetin, s. 26-27.

²⁰⁴ Bu konuda bkz. yuk. I. Bölüm, § 2, II.

²⁰⁵ *Akın, Temel Haklar, s. 37; Akın, Kamu Hukuku, s. 294; Akad, s. 29; Kocaoğlu/Kocaoğlu, s. 108. Zira Bildiri, “insan” ve “yurttaş” hakları şeklinde ikili bir ayırım yapmış; ardından da belli bir zaman veya mekan sınırlaması olmadan tüm kişilerin insan onuru, özgürlük, güvenlik, mülkiyet gibi temel haklara sahip olduğunu belirtmiştir (Akın, Kamu Hukuku, s. 295; Akad, s. 29-31; Kocaoğlu/Kocaoğlu, s. 108). İnsanların bu haklara sahip olmasının, tamamıyla insan olmalarından kaynaklandığını benimseyen bu Bildirge, doğal hukuk öğretisinin bir ürünü olmuştur (Akın, Temel Haklar, s. 37-38; Akın, Kamu Hukuku, s. 295; Akad, s. 29; Kocaoğlu/Kocaoğlu, s. 108). Nitekim Bildirge’nin 2. maddesi, benimsenen bu öğretiye işaret etmektedir: “Her siyasi birleşmenin amacı doğal insan haklarının korunmasıdır” (Akın, Kamu Hukuku, s. 295; Akad, s. 29). Bildirge, kişi dokunulmazlığı gibi birtakım özgürlüklerin de var olduğunu benimsemiş ve eşitlik ilkesine de önemli bir temel teşkil etmiştir (Akın, Kamu Hukuku, s. 296; Akad, s. 30). Zira, burjuva düşüncesinin bir sonucu olarak ilân edildiği belirtilen 1789 Fransız Bildirgesi, ilk maddesinde kişilerin eşit olduğunu vurgulamaktadır: “İnsanlar, hak yönünden, hür ve eşit doğar, hür ve eşit yaşarlar. Toplumsal ayrılıklar ancak ortak yarardan doğabilir” (Akın, Kamu Hukuku, s. 296).*

²⁰⁶ *Akın, Temel Haklar, s. 23-24. Ondokuzuncu yüzyılda, insan hakları konusunda uluslararası belgelerle kabul edilen anlayış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Temel Haklar, s. 107-143; Gemalmaz, s. 201 vd.; Demircioğlu, s. 40-46.*

bu temel hak ve özgürlükler (Ay m. 17-40), sadece Anayasa ile güvence altına alınmamış, Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu bir çok uluslararası sözleşmeye de konu olmuştur.

Özellikle insan hakları kavramının, ondokuzuncu yüzyılda geçirmiş olduğu süreç, “*insan hakları*”nın, giderek artan bir şekilde uluslararası sözleşmelere konu edilmeye başlamasına sebebiyet vermiştir²⁰⁷. Dolayısıyla, kişilerin sahip olduğu temel hakların ulusal bir düzeyden çıkarılarak uluslararası bir platforma oturması amaçlanmıştır; bu şekilde, tüm kişilerin sahip olduğu birtakım evrensel haklar, uluslararası düzeyde koruma altına alınmaya başlanmıştır. Bu konuda, devletin kişilere karşı görevlerini belirten, genel anlamdaki ilk uluslararası belge olarak Evrensel İnsan Hakları Bildirisi kabul edilmektedir²⁰⁸. Bu bildiri, aynı zamanda tüm kişilerin sahip olduğu evrensel ilkeleri belirlemekle, insan hakları hukukuna kaynaklık eden temel bir uluslararası sözleşmedir²⁰⁹. Bildiri, benimsemiş olduğu insan hakları esaslarının, üye devletlerce dünyanın her yerinde gerçekten temin edilmesi amacını da ayrıca önsözde vurgulama gereği duymuştur. Bildiri'nin sadece bu ifadeleri dahi, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin esas aldığı *evrensel insan haklarının* sadece üye devlet vatandaşlarına değil, dünyanın her yerinde yaşayan kişilere sağlanması amacını ortaya koymaktadır²¹⁰.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi ihlâllere karşı kendine özgü bir yargısal denetimi içermemektedir. Bu durum ise, Bildiri'de düzenlenen hükümlerin bağlayıcılığı sorununu gündeme getirmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler arasında en kapsamlı bildirimler arasında sayılmaktadır²¹¹.

²⁰⁷ *Akın*, Temel Haklar, s. 23-24; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 109. İnsan haklarının ondokuzuncu yüzyılda, özellikle uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmasına sebebiyet veren siyasi, toplumsal ve hukukî etkenler için bkz. *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 109-111.

²⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Akın*, Temel Haklar, s. 93-94; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 368-378.

²⁰⁹ Bildiri, benimsemiş olduğu bu esası önsözünde şu şekilde vurgulamaktadır: “*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temelli olmasına...*” (Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Önsöz).

²¹⁰ *Akın*, Temel Haklar, s. 94; *Akın*, Kamu Hukuku, s. 368-369.

²¹¹ Bu yöndeki görüş için bkz. *Akın*, Kamu Hukuku, s. 378.

Hatta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabulünden sonra hazırlanan ve pek çok devletçe uygulanmakta olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, bu Bildiri'ye göre daha dar kapsamlı olduğu belirtilmektedir²¹². Bu kapsam ve niteliğe sahip olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, *insan haklarına dayalı* devletler açısından hukuk etiği yönünden önemli bir bağlayıcılığa sahiptir. Dolayısıyla bu Bildiri'de belirtilen evrensel insan haklarının sağlanması, günümüz koşullarında, insan haklarına dayalı devletler için gönüllü bir zorunluluk teşkil etmektedir²¹³.

4 Kasım 1950 tarihli resmî ismi "*İnsan Hak ve Özgürlüklerini Korumak İçin Avrupa Sözleşmesi*" olan ve hukukumuzda yaygın olarak *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* şeklinde bilinen insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeye, Türkiye Cumhuriyeti de 20 Mart 1952 tarihinden bu yana taraftır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden sonra kabul edilen ve bu Bildiri'ye göre daha dar kapsamlı kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, diğer insan hakları bildirilerinden farklı kılan özellik, bu Sözleşme'deki ihlâllere karşı öngörülen başvuru imkânıdır²¹⁴. Zira daha önce çeşitli bildirilere konu olan evrensel (geleneksel) temel haklarını düzenleyen bu Sözleşme, hak ve özgürlüklerin yargı organlarınca denetlenmesinin sağlanması açısından fark yaratmaktadır. Nitekim, temel hak ihlâllerine karşı kişilerin, iç hukuk kanun yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak temel hak ihlâline sebebiyet veren kararın düzeltilmesini veya karardan doğan zararın devlet tarafından tazmin edilmesini talep etmeleri mümkündür.

Belirtmek gerekir ki Türkiye Cumhuriyeti, ayrıca çocuk haklarına ilişkin evrensel birtakım ilkeleri benimseyen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye²¹⁵ ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne²¹⁶ de taraftır. Bu çerçevede evrensel olarak benimsenen ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan esaslar çerçevesinde, özellikle 4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs

²¹² *Akın*, Kamu Hukuku, s. 378.

²¹³ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Akın*, Kamu Hukuku, s. 377-378.

²¹⁴ *Akın*, Kamu Hukuku, s. 378-379. Ayrıca bu konuda bkz. *Gemalmaz*, s. 437.

²¹⁵ Bkz. 09.12.1994 t. ve 4058 s.lı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun (RG 11.12.1994, S. 22138).

²¹⁶ Bkz. 18.01.2001 t. ve 4620 s.lı Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (RG 02.05.2002, S. 24743).

Kanunu'nda, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında önemli birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu değişiklikler, evrensel çocuk hakları esaslarına uygun olarak, özellikle çocuğun kişisel gelişiminin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesinden ve kişiliğinin korunması ile çocuğun her yetişkin gibi insan onuruna sahip olmasından kaynaklanan birtakım temel hak güvencelerini sağlamayı amaçlamaktadır.

“*Hukukun evrensel ilkelerine uygunluk*” başlığı altında yaptığımız açıklamaların, bu derece geniş kapsamlı tutulmasının özel bir sebebi bulunmaktadır. Zira uluslararası hukukta ve Türk anayasa hukukunda yaşanan bu uzun süreçli gelişmeler göstermektedir ki, kişilerin doğuştan sahip olduğu ve temelini doğal hukuktan alan birtakım temel haklar ile bu konuda evrensel bazı ilkeler bulunmaktadır. Devletin temel işlevi de, bu hakların güvence altına alınmasını sağlamaktır²¹⁷. Oysa çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, mevcut icra hukuku kuralları ile kişilerin doğuştan sahip olduğu ve evrensel nitelikli olarak kabul edilen birtakım anayasal hak ve özgürlüklere, oluşan menfaat çatışmanın bir sonucu olarak bazı menfaat gruplarının korunması pahasına ciddi denilebilecek ölçüde müdahalede bulunmaktadır. Ancak bu haklardan, menfaat dengesinin kurulmasında belirli bir alacaklı grubunun korunması amacıyla da olsa taviz verilmesi söz konusu olamaz. Yani temelini doğal hukuk öğretisinden alan bu evrensel haklara saygı duyulması zorunludur. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz üzere doğal hukuk, pozitif hukukun yönlendiricisi, deneteleyicisi, düzelticisidir²¹⁸. Bu sebeple de, pozitif hukuk kurallarının doğal hukuk öğretisinin ürünü olan evrensel nitelikli temel hak ve özgürlükleri tanınması, sağlaması, korunması gerekir. Zira evrensel insan haklarını ön plana çıkaran doğal hukukun temel görevi de, bu çerçevede yürürlükteki pozitif hukuku, adaletli yani eşitlik ilkesine uygun, insan onuruna saygılı, özgürlükçü bir yapıya kavuşturmasıdır. Aksi takdirde günümüz icra hukuku sisteminin içinde bulunduğu duruma benzer şekilde, bazı menfaat gruplarının korunması amacıyla adalete aykırı yani insan onuruna saygı duymayan, eşitlik ilkesine aykırı, kişilerin temel ve evrensel özgürlüklerini görmezden gelen birtakım menfaat ihlallerinin doğması kaçınılmazdır. Unutulmamalıdır ki, *Serozan*'ın

²¹⁷ Bu konuda bkz. *Başgil*, s. 580-581.

²¹⁸ *Serozan*, s. 3-4.

çok veciz bir ifadeyle belirttiği üzere, “*Doğal hukuk özellikle baskıcı pozitif hukuka karşı ezilenlerin ideolojik silahıdır*”²¹⁹. Yukarıda ayrıntısıyla belirtmeye çalıştığımız üzere, yüzyıllar boyunca tarih sahnesi de bu ideolojik silâhı araç olarak kullanmış ve bu şekilde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaya çalışmıştır. Bu gerçeğin, mevcut icra hukuku kuralları tarafından görmezden gelinmesi, tarih boyunca kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sağlamak ve güvence altına almak için yaşanan mücadeleler sonucunda gelinen noktayı görmezden gelmek anlamına gelecektir ki, bunu hukuk düzeninin reddetmesi, er veya geç kaçınılmazdır. Ayrıca hukukun evrensel ilkelerine uygunluk, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetiminde de önemli bir işleve sahiptir²²⁰.

Özetle yirminci yüzyılın gelişmiş hukuk sistemlerinde, evrensel nitelikli ve kişilerin doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin, bizzat devlet organları tarafından ihlâl edilmesi bir yana, bu hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla devletin pozitif yükümlülüğünün bulunmaması dahi söz konusu değildir. Mevcut icra hukuku sistemimiz ise, bundan sonraki açıklamalarımızda ele alınacağı üzere, alacaklı-borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini gözardı eden birtakım kurullarla hukukun evrensel ilkelerine uymayan ve hatta, aykırı olabilecek birtakım düzenlemeler içermektedir. Tarih boyunca verilen mücadelelerin karşısında, icra hukuku kuralları ile de kişilerin, yüzyıllardır sağlanmaya ve korunmaya çalışılan birtakım hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi söz konusu olamaz. Bu kapsamda özellikle çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümünde, icra hukuku kuralları normatif olarak menfaat dengesi çerçevesinde incelenirken hukukun evrensel ilkelerine uygunluk arzedip etmediğinin de mutlaka göz önüne alınması gerekir. Bu durum, aynı zamanda hukuk sistemlerinin bütünleştirilmesi yönündeki yirminci yüzyıl çabalarının da zorunlu bir sonucudur.

6. Hukukun Üstünlüğünün Sağlanması

Hukuk devletinin yapıcı unsurlarından birisi de, hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır²²¹. Hukukun üstünlüğünün sağlanması için salt hukuk kuralların

²¹⁹ *Serozan*, s. 4.

²²⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. III. Bölüm, § 10, II, B.

²²¹ Bu konuda bkz. *Kabaoğlu*, Hukuk Devleti, s. 90-91; *Karayalçın*, Hukukun Üstünlüğü, s. 117-146; *Karaman*, s. 10-11.

uygulanması tek başına yeterli değildir. Nitekim hukuk devleti kavramı, *kanun devleti* anlamına gelmemektedir²²². Her devletin bağlayıcı, uyulması zorunlu kanunları bulunabilir; ancak, kanunlardaki düzenlemeler adalete uygun değilse, bu kanunları düzenleyen devletlerin hukuk devletinin gerekliliklerini tam olarak yerine getirdiğinden söz edilemez²²³. Nasıl ki, “*hukuk*” kavramı, “*kanun*” kavramından üstün, soyut bir kavramsa²²⁴; “*hukuk devleti*” de, “*kanun devleti*”nden üstün bir kavramdır. Bu sebeple, devletin sadece kanun yapması yeterli değildir. Devletin yapmış olduğu kanunların, hukukun üstünlüğünü de sağlaması gerekir²²⁵. Aksi takdirde o devlet, hukuk devleti değil, kanun devleti olmaktan ileri gidemez. Devletin yapmış olduğu kanunların, kişilerin adalete olan inançlarını zedelememesi bir yana, kişilerde adaletin sağlandığı hissini uyandırması gerekir. Ancak, buna uygun hareket eden bir devletin gerçek bir “*hukuk devleti*” olduğundan söz edebiliriz.

Anayasa Mahkemesi’nin 11.10.1963 tarihinde vermiş olduğu bir karar da hukuk devleti ile hukukun üstünlüğünün sağlanması arasındaki önemli ilişkiyi şu ifadelerle son derece net bir şekilde ifade etmektedir: “*Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur*”²²⁶.

²²² **Hirsch**, Kuvvet ve Hukuk, s. 183; **Karaman**, s. 18. **Hirsch**, hukuku farklı iki kapsamda ele almaktadır. Bunlardan birincisi, belirli bir zaman ve yerde geçerli olan pozitif hukuk kurallarını kapsayan “*hukuk*”; diğeri ise, adaleti gerçekleştirmeye yönelik ve hakikati ifade eden “*hukuk*”tur. Hatta yazar, pozitif hukukunun tek başına “*hukuk*”un anlamını taşımaya yeterli olmadığını şu ifadelerle belirtmektedir: “*Yer ve zaman itibariyle devamlı olarak değişen pozitif hukuk, belli anda ve belli yerde sosyal iktidarın kullanılmasını gösteren ve her vakit değiştirilmesi kaabil olan tesadüfi bir düzenleme tarzından başka birşey değildir.*” (**Hirsch**, Kuvvet ve Hukuk, s. 183).

²²³ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 90.

²²⁴ **Arsebük**, kanun ile hukuk arasındaki farkı şu şekilde ifade etmektedir: “*Mevcut ve yürürlükte olan bir hukuk nizamına kanun, bir memlekette cemiyetin menfaatlerini en iyi bir şekilde koruma kabiliyet ve kudretini haiz olmasından dolayı lüzumunu hissettiğimiz kanuna da hukuk deriz.*” (**Arsebük**, s. 293).

²²⁵ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 90.

²²⁶ AMK 11.10.1963, 124/243 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-243.htm>; Erişim Tarihi: 16.05.2008). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **Alifendioğlu**, Hukuk Devleti, s. 154.

Hukukun üstünlüğünün sağlanması, özellikle kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin evrensel hukuk kuralları kapsamında korunmasını gerektirir. Bu açıdan kanunların, kişilerde adalete uygun olduğu kanaatini uyandırması özellikle o ülkede geçerli olan hukuk kurallarının, evrensel hukuk kurallarıyla örtüşmesiyle sağlanabilir. Nitekim yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, evrensel hukuk kurallarının önemli bir kısmı, doğal hukuk öğretisinin yansımasıyla her kişinin doğuştan sahibi olduğu varsayılan bazı hakların sağlanması ve korunmasına yöneliktir. Bu açıdan hukukun üstünlüğünün sağlanması için, iç hukuk kurallarının yanı sıra evrensel nitelikte kabul edilen ve önemli bir kısmı uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel hakların ve özgürlüklerin, kişilere gerçek anlamda tanınması gerekir. İç hukuk kuralları açısından da, bu kuralların evrensel nitelikli hukuk kurallarıyla örtüşmesine kanun koyucu tarafından özel bir özen gösterilmesi hukukun üstünlüğünün sağlanması için bir zorunluluktur.

Hukukun üstünlüğünün sağlanmasının yegâne güvencesi ise, kişilerin, devletin yapmış olduğu işlemlere karşı yargı yoluna başvurabilmeleridir. Bu başvuru devletin her türlü işlemine karşı (yasama, yürütme, yargı faaliyetleri) gerçekleştirilebilmelidir. Bu çerçevede, yasama organının işlemlerine karşı, anayasa yargısına başvuru; yürütme organının işlemlerine karşı, idarî yargıya başvuru ve mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvuru hukuk üstünlüğünün sağlanması amacıyla getirilen denetim mekanizmalarının başında gelmektedir. Daha önce kuvvetler ayrılığının bir sonucu olarak devlet erklerinin faaliyetlerinin denetlenmesine yönelik yaptığımız açıklamalar, bu noktada aynen geçerlidir²²⁷.

7. Kanun Önünde Eşitliğin Sağlanması ve Genellik İlkesine Uyulması

Yasama organı, hukuk düzeninin yaratıcısıdır. Millet adına hareket eden yasama organı, yaptığı kanunlarla toplumdaki kişilerin uyması gereken kuralları belirler. Yasama organını, bu üstün yetkiyi kullanırken sınırlayan en önemli güç ise Anayasa'dır. Zira, yasama organı ancak Anayasa'nın çizdiği sınırlar çerçevesinde hareket edebilecektir. Bu çerçevede, yasama organı Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla bir konu hakkında doğrudan doğruya düzenleme yapma (kanun yapma)

²²⁷ Hukukun üstünlüğünün sağlanmasında en önemli güvence olan hak arama özgürlüğüne, icra hukukunda menfaat dengesi ihlallerine karşı başvuru kapsamında getirilen sınırlamalar için bkz. a.ş.a. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

yetkisine sahiptir²²⁸. Bu esaslara dayanan kanun yapma faaliyeti, yasama organı tarafından gerçekleştirilen objektif (düzenleyici) işlemlerdendir. Objektif (düzenleyici) işlemlerin temel özelliği ise *genel, soyut, kişisel olmayan, sürekli* işlem niteliğinde olmalarıdır²²⁹. Bu özellikse, aynı zamanda temel yasama faaliyeti olan kanunların, genellik ve bunun bir uzantısı olan eşitlik ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmeleri zorunluluğunu doğuracaktır.

Yasamanın objektif (düzenleyici) işlemler yapma zorunluluğunun temelini, Anayasa'nın 10. maddesinde görmek mümkündür. Bu maddeye göre, “*Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz*” (Ay m. 10/I) ve “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır*” (Ay m. 10/IV). Bu çerçevede yasama organının yaptığı objektif (düzenleyici) işlemlerden olan kanunlar da ancak bu özelliklere sahipse, Anayasa'nın ifade ettiği anlamda *kanun önünde kişilerin eşit olması* sağlanabilir. Dolayısıyla kanunların herhangi bir zümreye veya kişilere ayrıcalık tanımayan, kişilerin kanun önünde eşitliğini sağlayacak düzenlemeler içermesi anayasal bir zorunluluktur. Zira, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, yasama organının kanun yapma faaliyetindeki en önemli sınırı, Anayasa'dır.

²²⁸ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 256. Bu durum “*yasama yetkisinin asliliği*” olarak ifade edilmektedir. Zira yasama organı, anayasaya aykırı olmamak şartıyla bir konuyu doğrudan doğruya düzenleyebilir. Buna karşılık yürütme organı ise, kural olarak *-istisnası olağanüstü dönemlerdir-* doğrudan doğruya düzenleme yapma yetkisine sahip değildir (**Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 256).

²²⁹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 254. Kanun önünde eşitliğin sağlanması ve genellik ilkesine uyulmasının, hukuk devletinin gereklerinden olduğu yönünde açıklamalar için bkz. **Karaman**, s. 47-48, 49-50.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yürütme organı da tüzük (bkz. Ay m. 115), yönetmelik (bkz. Ay m. 124) gibi birtakım objektif (düzenleyici) işlemler yapabilmektedir (**Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 255). Yürütme organının yaptığı bu düzenleyici işlemlerin de aynı yasama organı tarafından yapılan düzenleyici (objektif) işlemlerde olduğu gibi *genel, soyut, kişisel olmayan* kurallar içermesi gerekmektedir. Şüphesiz ki yürütme organı tarafından yapılacak tüzükler, yönetmelikler kanunlara nazaran çok daha ayrıntılı düzenlemeler içerecektir. Zira, kanunlar sadece genel ilkeleri ortaya koyacak; yönetmelik, tüzük gibi diğer objektif (düzenleyici) işlemler de *bu genel esaslara uygun olarak* daha ayrıntılı ancak *genel, soyut, kişisel olmayan* düzenlemeler içereceklerdir (**Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 254-255). Burada önem arzeden başlıca husus ise, yürütme organı tarafından gerçekleştirilen tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin, kanunların ortaya koyduğu temel ilkeler ile genellik ilkesine uygun düzenlemeler içermeleri zorunluluğudur. Zira yürütme organının, yasama organının yasama yetkisine dayanarak yaptığı kanunlara aykırı düzenleyici işlem yapmaları mümkün değildir. Bu durum, kuvvetler ayrılığının ve yasama yetkisinin devredilmezliğinin (bkz. Ay m. 7) bir sonucudur (Bu konuda bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 255).

Bu çerçevede öncelikle, eşitlik ilkesinin icra hukuku alanında ne şekilde uygulama alanı bulacağını belirlemek istiyoruz. Zira icra hukukunun şeklî bir hukuk dalı olması, bu hukuk alanında eşitlik ilkesinin mutlak mı yoksa nisbî bir nitelikte mi olduğu sorusunu akla getirebilecektir. Maddî hukuka ilişkin normlar açısından, anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin mutlak olmadığı bilinmektedir. Zira maddî hukuk kuralları ile bazen zayıfın korunması bazense kamu düzeninin sağlanması amacıyla eşitlik ilkesinin mutlak olarak uygulanmadığı, uygulanmamasının da denkleştirici adaletin bir gereği olduğu bilinmektedir. Örneğin, maddî hukuk kuralları kimi zaman tüketicinin kimi zaman işçinin korunması amacıyla eşitlik ilkesinden taviz verebilmektedir. Ancak bu esasların, aynı şekilde alacakların tahsilini düzenleyen icra hukuku kuralları açısından da tam olarak geçerli olacağını ifade etmek güçtür²³⁰. Zira icra hukukunun, aynı medenî usûl hukukunda olduğu gibi şeklî bir hukuk dalı olduğunu ve bu çerçevede, icra hukukunun *-aynı medenî usûl hukukunda olduğu gibi-* maddî hukukça tanınan hakların gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Başka bir deyişle icra hukuku kuralları, maddî hukuk kuralları gibi yeni bir hak yaratmaz; maddî hukukça tanınmış olan hakların gerçekleştirilmesine hizmet eder²³¹. Bu sebeple de icra hukuku kuralları, aynı şeklî hukukun bir dalı olan medenî usûl hukuku kuralları gibi tamamen bir tarafın korunmasına, söz konusu tarafın haklarının çok daha fazla güvence altına alınmasına hizmet etmez²³². İcra hukuku, tarafların buldukları konumla orantılı olarak, menfaat dengesini kurmak zorundadır ve bu anlamda takip sürecinde, bir tarafın menfaatinin diğerine göre daha fazla korunması gerekebilir. Bu durum çatışan menfaatlerin dengelenmesi gereğinin ortaya çıkardığı doğal bir sonuçtur. Ancak bu durumun, tamamıyla takip sürecinde tek bir tarafın menfaatlerinin korunması şeklinde, eşitlik ilkesine aykırı bir hâl almasını hukuk düzeni kabul etmez. Dolayısıyla işin mahiyeti gereği, çatışan menfaatlerin dengelenmesi için belirli takip süreçlerinde veya işlemlerinde diğer tarafın menfaatleri öncelikli gözetilebilir, bu eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Bu durumdaysa

²³⁰ Zira icra hukuku da medenî usûl hukuku gibi, şeklî bir hukuk dalıdır ve medenî usûl hukukunda örnekteki gibi işçinin korunması gibi bir prensipten yola çıkılarak tarafların eşit olmayan silâhlarla donatılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 259.

²³¹ Bu konuda bkz. *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 42-43.

²³² *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 259.

menfaat dengesinin kurulması için takibin bazı süreçlerinde, bir tarafın menfaatlerinin diğerine göre öncelikli gözetilmesi ile bu durumun eşitliğe aykırı bir hâl alması arasındaki sınırın, Anayasa'nın ruhuna uygun olarak çizilmesi gerekir.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, menfaat dengesinin kurulması açısından bazı durumlarda birtakım kişilerin menfaatlerinin öncelikli gözetilmesi ile kişilerin mutlak olarak eşit silâhlarla donatılması farklı olgulardır. Yani, aynı medenî usûl hukukunda olduğu gibi şeklî hukukun diğer ayağını teşkil eden icra hukukunda da, kişilerin *eşit silâhlara sahip olması* mutlak ve vazgeçilmez bir ilkedir²³³. Bu açıklamalar karşısında, aşağıda belirteceğimiz üzere kamu alacaklarının veya kamu alacağı gibi kabul edilen diğer bazı tür alacakların korunması gereğinden ve özellikle kamu yararı düşüncesinden yola çıkarak, icra hukuku kuralları ile bir taraf lehine tamamen eşitliği bozacak düzenlemelere gidilemez. Ancak Türk icra hukuku sisteminde, “*kamu yararı*”ndan bahisle sadece bir taraf -çoğunlukla bu taraf, alacaklı olmakla birlikte, örneğin kamu bankaları gibi birtakım borçlular açısından da bu düzenlemelere gidildiği görülmektedir [Bkz. BankK Geçici m. 13]- lehine eşitliği bozabilecek türden düzenlemeler yapılabilmektedir. Örneğin, cebren tahsil usûlünü düzenleyen temel kanunumuz İcra ve İflâs Kanunu olmasına rağmen, kamu alacaklarının tahsilini düzenleyen özel bir kanun olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun alacaklarının tahsilini düzenleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu içerisinde eşitlik ilkesine aykırılığı oldukça şüphe götüren ve bunun bir sonucu olarak da borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerini ağır ihlâl tehlikeleri altında bırakabilecek birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerle benimsenen sistemin eşitlik ilkesi açısından barındırdığı tehlikenin somut bir göstergesi, her iki Kanun'da da alacaklının, aynı zamanda icra-tahsil organı olarak borçluya karşı takip prosedürünü yürütme yetkisine sahip olmasıdır. Bunun yanı sıra, yukarıda kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ilgili açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, söz konusu alacaklıların, aynı zamanda borçlular aleyhine ihtiyatî haciz kararı verebilmeleri dikkate alındığında, gerek 5411 sayılı Kanun gerekse 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan icra takiplerinde, alacaklının hem icra-tahsil organı hem de bazı kararlar açısından bir mahkeme gibi

²³³ *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 259. Takip prosedüründe silâhların eşitliği ilkesinin menfaat dengesi açısından taşıdığı önem için bkz. aşa. I. Bölüm, § 4, I, 4, 2, b.

olağanüstü yetkilerle donatıldığını tespit edebilmekteyiz. Bu belirtilen hususlarsa, artık menfaat dengesinin sağlanması uğruna bir tarafın haklarının öncelikli olarak gözetilmesi gereğinin sınırlarını aşan ve anayasal eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecek türden yetkililerdir. Şüphesiz ki, kamu yararının korunması için kamu alacaklarının tahsilinde birtakım imtiyazlar tanınması mümkündür; ancak bu imtiyazların, diğer tarafın hak ve menfaatlerini tamamen göz ardı eden ve eşitlik ilkesine aykırı olabilecek bir duruma sebebiyet vermemesi gerekir²³⁴.

Bu çerçevede icra hukukunun, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen esaslar kapsamında *kişilerin kanun önünde eşit olmasını* sağlayacak düzenlemeler içermesi anayasal bir zorunluluktur. Yasama organı için bir zorunluluk olan bu durum, takibin tarafları ve diğer ilgililer içinse temel bir hak teşkil etmektedir. Bu esaslar çerçevesinde, yasama organının herhangi bir zümreye veya kişilere ayrıcalık tanıyan, takibin taraflarının veya üçüncü kişilerin kanun önünde eşitliğini bozacak türden düzenlemeler yapması mümkün değildir (bkz. Ay m. 10). İkinci olarak, yürütme organı tarafından çıkarılan yönetmeliklerin²³⁵, dayandıkları kanunlara uygun esaslar getirmesi -*özellikle de dayanak kanun, Anayasa'ya aykırı hükümler barındırıyorsa-* düzenlemelerin hukuka uygunluğu için yeterli değildir; bunun da ötesinde, bu yönetmeliklerin, objektif (düzenleyici) işlemler olmaları sebebiyle Anayasa'ya uygun olarak *genel, soyut, kişisel olmayan* kurallar içermeleri bir zorunluluktur. Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde de, yürütme organının gerçekleştirdiği yönetmelik, tüzük gibi objektif (düzenleyici) işlemler ancak bu özellikleri haiz ise, Anayasa'nın ifade ettiği anlamda *kanun önünde kişilerin eşit olması* sağlanabilir. Bu çerçevede Anayasa'da belirtilen genellik ve eşitlik ilkelerine uygun olmayan icra hukuku kuralları ile gerek takibin tarafları açısından gerekse üçüncü kişiler açısından

²³⁴ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. II Bölüm, § 6, I, C ve Ç.

²³⁵ Çalışma konumuzla doğrudan doğruya ilgili olan bu yönetmeliklere örnek olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanmasını gösteren ve ayrıntılı düzenlemeler içeren *İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği* (RG 11.04.2005, S. 25783); Bankacılık Kanunu'na göre Fon alacaklarının tahsili için yapılacak takiplere uygulanacak usûlleri gösteren *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik* (RG 07.01.2007, S. 26396) ve *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadî Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik* (RG 21.11.2006, S. 26353) gösterilebilir.

eşitliğin ve bunun bir uzantısı olarak menfaat dengesinin bozulması hukuka aykırı olacaktır²³⁶.

Kanun önünde eşitlik ilkesinin önemi, *Serozan*'ın şu ifadeleriyle son derece net olarak kendisini hissettirmektedir:

“Hukuk kurallarının tipik bir özelliği vardır. Bu özellik, birey üstünlük (genellik) ve aynı zamanda somut olay üstünlük (soyutluk) özelliğidir. Gerçekten de hukuk kuralları herkes için ve her olay için öngörülürler. Yoksa belirli bir kişi, zümre veya olay için konmaz kurallar. Kuralların uygulama alanları (çerçeveleri) nesnel ölçütlerle çizilir; öznel değerlendirmelerle değil. Tüketici yasası olur da birinci sınıf öğrencilerini ders kitapları sömürüsüne karşı koruma yasası olmaz. Trafik yasası olur da Beyazıt meydanında kazayı önleme yasası olmaz.

Hukuk kuralının genellik ve soyutluk özelliğinin sonucu şudur: iyilikbilmez çocuk da iyilikbilir çocuk gibi eşit pay alır mirastan. Art niyetle kurulan evlilik de aynen aşk evliliği gibi geçerli tutulur. Hukukun temel değerlerinden eşitliğin ve güvenliğin bir gereğidir bu. Aksi halde tepeden inme kararcılık (desizyonizm) ile kararsızlık, indilik ve keyfilik egemen olur topluma. Kişiden kişiye, olaydan olaya değişen hukuki çözümler ve belirli kişileri kayıran ayrıcalık kuralları eşitlik ilkesini sarsar, hukuka güveni kökünden koparıp kaldırır”²³⁷.

C. Sosyal Devlet

Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir (bkz. Ay m. 2). Hukuk devleti kavramının, bünyesinde hangi unsurları barındırdığını yukarıda belirlemeye çalıştık. Bu noktada ise, sosyal devletin gereklerinin ve bu gerekliliklerin icra hukuku kurallarına yansımalarını ele almaya çalışacağız. Öncelikli olarak belirtmek isteriz ki, hukuk devleti ile sosyal devlet birbirinden farklı amaçlara hizmet eder. Hukuk devleti, kişilerin hak ve özgürlüklerini kanun önünde eşitler; sosyal devlet anlayışı ise, toplumun korunmaya muhtaç çoğunluğunun yaşam koşullarını düzeltmeyi amaç

²³⁶ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu'nun, bankalar lehine *genellik ve eşitlik ilkesine* aykırı olarak getirdiği birtakım düzenlemeler için bkz. aşağı. II. Bölüm, § 6, I, Ç. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile devlet alacakları lehine ölçülülük ilkesine uygun olmayan şekilde ve eşitlik ilkesini zedeleyen birtakım düzenlemeler için bkz. aşağı. II. Bölüm, § 6, I, C.

²³⁷ *Serozan*, s. 7.

edinir²³⁸. Yani hukuk devleti olgusu, kişileri devlete karşı korumayı hedeflerken; sosyal devlet olgusu, korunmaya değer geniş toplum kesiminin devlet tarafından korunmasını amaçlar²³⁹. Bu anlamda esasında hukuk devleti, sosyal devletin; sosyal devlet de, hukuk devletinin amacının gerçekleşmesine hizmet eder²⁴⁰.

Sosyal devlet anlayışı esasında, yirminci yüzyılda gelişen bir olgudur. Modern yüzyıl devletleri, sadece kişilere hak ve özgürlükler tanımakla yetinemez; bunun yanı sıra devletin, sosyal eşitliği sağlamak için birtakım önlemler de alması gerekir. Nitekim sosyal devlet anlayışının doğması ve yerleşmesiyle birlikte, hukukun “düzenleyici fonksiyonu” daha fazla önem kazanmaktadır²⁴¹. Yani devlet, düzen sağlama, yaptırım uygulama fonksiyonlarının yanında ayrıca hayat standartlarında, iş koşullarında sosyal eşitliğin sağlanması konularında da düzenleyici bir fonksiyon üstlenir²⁴². Dolayısıyla sosyal devlet anlayışı, kişilerin toplum içerisinde aynı zamanda insan onuruna saygılı bir şekilde yaşamalarını sağlayacaktır²⁴³.

Bu çerçevede, 1982 Anayasası da sosyal devlet anlayışını benimsemiştir (bkz. Ay m. 2). Örneğin, mülkiyet hakkının temel bir hak olarak korunması (Ay m. 35); kişilere çalışma hakkı tanınması (Ay m. 49) sosyal devlet anlayışının ürünleridir²⁴⁴.

²³⁸ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 88. Benzer ifadeler için bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 155; *Karaman*, s. 13-14.

²³⁹ *Huber* [Çev. *Ansay*], s. 57 vd.; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 88. Anayasa Mahkemesi kararlarında, sosyal devlet şu temel esasları ile ifade edilmektedir: “Anayasa’nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını ve işlemlerini gerekli kılar. Sosyal hukuk devletinde kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla olanaklıdır.” AMK, 16.11.2000, 26/48 (*Akad/Dinçkol*, s. 21-23). Aynı yönde bkz. AMK, 23.02.2001, 1999-42/41 (*Akad/Dinçkol*, s. 60-63); AMK, 27.02.2001, 1999-43/46 (<http://www.anayasa.gov.tr>); AMK, 21.11.2000, 77/49 (<http://www.anayasa.gov.tr>).

²⁴⁰ Bu konuda bkz. *Huber* [Çev. *Ansay*], s. 66. Ayrıca sosyal devlet ile hukuk devleti arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Huber* [Çev. *Ansay*], s. 75-81; *Karaman*, s. 13-14.

²⁴¹ *Rehbinder* [Çev. *Gürkan*], s. 457. Sosyal devlet anlayışının tarihi gelişimi hakkında ayrıca bkz. *Huber* [Çev. *Ansay*], s. 63-66; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 155.

²⁴² *Rehbinder* [Çev. *Gürkan*], s. 457. Bu konuda ayrıca bkz. *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 19.

²⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Şimşek*, s. 215-219.

²⁴⁴ Bu konuda bkz. *Cantürk*, s. 121; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 160-161; *Karaman*, s. 13.

Nitekim sosyal devlet anlayışının gerekliliklerinin yerine getirilmesi, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri içerisinde, belirtilmektedir. Zira Anayasa'nın 5. maddesine göre, devletin "*kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırması*" gerekmektedir (bkz. Ay m. 5). İcra hukuku alanında da, sosyal devlet anlayışının etkileri kendisini belirgin bir şekilde gösterir. Öncelikle icra hukuku kurallarının en başta gelen görevi, şüphesiz ki *-borçlunun hak ve özgürlüklerine ölçüsüz bir şekilde müdahale etmemek koşuluyla-* alacaklının Anayasa ile tanınan mülkiyet hakkını korumaktır. Dolayısıyla, sosyal devlet anlayışının icra hukuku alanındaki görünümü ilk olarak bu şekilde karşımıza çıkar. Zira sosyal devlet anlayışı kişilerin mülkiyet haklarına saygı duyulmasını da gerektirir²⁴⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun haczedilemeyecek bazı mal ve alacaklarının benimsenmesi de sosyal devlet anlayışının bir ürünüdür (bkz. İİK m. 82; 83). Örneğin borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımlarının (İİK m. 82/II, b. 2), vazgeçilmesi mümkün olmayan mutfak takımı ve gerekli ev eşyalarının (İİK m. 82/II, b. 3), hâline münasip evinin (İİK m. 82/I, b. 12) haczedilememesi sosyal devlet anlayışının ürünü olarak borçlu ile birlikte ailesinin topluma muhtaç bir hâle düşmemesi için benimsenmiş kurallar ve hatta ilkelerdir. Aksi takdirde, borçlunun ve ailesinin yatacak bir yatağı veya kalacak bir evleri bulunmayacak, bu durum da sosyal devlet anlayışının gerekleri ile bağdaşmayacaktı²⁴⁶. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun kabul edildiği 1932 yılının ihtiyaçları gözönüne alındığında, borçlu ve ailesinin geçimlerini sağlamak amacıyla, tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineğini veya üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıklarının (İİK m. 82/I, b. 5); borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile borçlu çifçi ise, gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğunun (İİK m. 82/I, b. 6) haczedilememesi sosyal devlet anlayışının birer ürünüdür²⁴⁷. Zira dönemin koşullarına göre, maddede

²⁴⁵ Bu konuda bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 161; *Cantürk*, s. 101 vd.

²⁴⁶ Zira sosyal devlet anlayışının en önemli amaçlarının başında, herkese insan onuruna yakışan asgarî bir yaşam düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler almak gelir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 160-163.

²⁴⁷ Söz konusu İcra ve İflâs Kanunu hükümleri, 1965 yılında yapılan 538 sayılı Kanun Değişikliği ile değiştirilmiştir. Nitekim, düzenlemelerdeki değişiklikler, 1961 yılında kabul edilen yeni Anayasa'nın benimsemiş olduğu sosyal devlet anlayışı ile örtüşmektedir. Zira, 1961 Anayasası,

belirtilen malların haczedilmemesi, borçluyu ve ailesini topluma muhtaç bir duruma düşürmekten kurtaracaktır. Bunun gibi borçlunun sanat ve mesleğini icra etmek için kullanacağı alet ve edevatın haczedilememesi (İİK m. 82/I, b. 2. Çifçi olan borçlu açısından benzer düzenlemeler için bkz. İİK m. 82/I, b. 4; 82/I, b. 7) yine borçlunun çalışma hakkının sağlanması amacıyla sosyal devlet anlayışının gereklilikleri arasındadır²⁴⁸. Bunun gibi, işçilerin ücretlerinin en fazla dörtte birinin hacze kâbil olması (İş Kanunu m. 35) sosyal devlet anlayışının icra hukuku alanındaki sonuçlarındandır. Kanun koyucunun, icra memuruna İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesinde belirtilen alacaklara haciz uygularken, borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli miktarları ayırdıktan sonra haczi uygulaması yönünde bir takdir yetkisi tanınması (İİK m. 83/I), yine icra hukuku alanındaki sosyal devlet anlayışının ürünleri arasındadır. Dikkat edilecek olursa, haczedilmezlik kuralları ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesini son fıkrasında yer alan haciz memurunun alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleme yükümlülüğü (İİK m. 85/son), sosyal devlet anlayışının icra hukukunda gerçekleştirilmesine hizmet eden düzenlemelerdir. Zira haczedilmezlik kuralları, haczedilmesi mutlak olarak borçluyu topluma muhtaç hâle düşürecek mal ve haklara haciz uygulanmasını engeller. Bunun dışında ise, borçlunun diğer mallarının haczi ile aynı sonucun gerçekleşmesi olasılığı varsa, bu duruma da İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrası gereğince izin verilmez. Dolayısıyla bu düzenleme ile haczedilmezlik kuralları birbirlerini tamamlayarak sosyal devlet anlayışının gereklerini yerine getirmeyi amaçlarlar.

İcra ve İflâs Kanunu'nun sosyal devlet anlayışının gereklerine uyum gösteren bu düzenlemeleri karşısında, diğer bazı kanunlarda benimsenen ve sosyal devlet anlayışının gerekleri ile menfaat dengesine ters düşen engellerin de kaldırılması gerekir. Zira Türk icra hukuku sisteminde, geniş bir toplum kitlesi karşısında yer alan ve azınlıkta kalan bazı alacaklı gruplarına alacaklarının tahsili için birtakım

1982 Anayasası'ndan daha katı bir şekilde sosyal devlet anlayışını benimsemişti (bu konuda bkz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 89). 1982 Anayasası, devletin temel amaç ve görevleri arasında, sosyal devlet anlayışının gerekliliklerini sadece *sağlamaya çalışmak* olarak belirlemiş (bkz. 1982 Anayasası m. 5); buna karşılık, 1961 Anayasası, devletin amaç ve görevleri arasında, sosyal devlet anlayışının gerekliliklerini yerine getirmeyi bir yükümlülük olarak ifade etmiştir (bkz. 1961 Anayasası m. 10/II) (bu konuda bkz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 82. Ayrıca bkz. *Cantürk*, s. 42-47).

²⁴⁸ Çalışma hakkının sağlanmasının, sosyal devletin gerekliliklerinin başında geldiği hakkında bkz. *Cantürk*, s. 101-102; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 160.

imtiyazlar tanınmaktadır²⁴⁹. Bu durumun, kanun önünde ve icra hukukundaki eşitlik karşısında oluşturduğu çekinceler bir yana, sosyal devlet anlayışı ile bağdaştırılması da bazı sorunlara sebebiyet verir. Zira bu şekildeki düzenlemelerle, bazı alacaklı grupları karşısındaki geniş borçlu kitlesinde yer alan her bir kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden, eşitlik ilkesi ile adalete aykırılık oluşturan birtakım yetkiler tanınmaktadır. Oysa devletin görevleri arasında, sosyal eşitliğe aykırı olan engelleri ortadan kaldırmak yer almaktadır (bkz. Ay m. 5). Bazı alacaklı gruplarına tanınan bu yetkilerin hukuka uygunluğu, çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde de ele alınacaktır; ancak, biz burada sorunun ayrıca sosyal devlet anlayışının gerekleri ile de bazı zıtlıklar oluşturduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Sosyal devlet anlayışının, icra hukuku alanında doğurduğu en önemli sonuçların, borçlu ve ailesinin topluma muhtaç hâle getirilmemesi ile borçlunun çalışma hakkını elinden alacak, zedeleyecek ölçüde tedbirlerin alınmaması olduğunu belirtmiştik. Bu çerçevede örneğin, az önce belirttiğimiz esaslar çerçevesinde haciz yapan memurun İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinde kendisine verilen takdir yetkisini kullanırken, sosyal devlet anlayışının gereklerini de göz önüne alması gerekir. Haciz memuru haczi gerçekleştirirken, borçlunun topluma muhtaç hâle gelmesine sebebiyet verecek veya çalışma hakkını ve hayatını zedeleyecek işlemlerden kesinlikle kaçınmalıdır. Belirtmek gerekir ki, sosyal devlet anlayışının gereklilikleri çerçevesinde borçlunun menfaatlerinin korunması zorunluluğu, menfaatleri dengelemekle yükümlü olan tüm görevliler için geçerlidir. Buna örnek olarak, borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı verecek mahkemenin, borçlunun tüm çalışma hayatını ölçüsüz şekilde zedeleyecek ve bu anlamda borçlunun borcunu ödemesine dahi engel olacak bir karar vermesi, sosyal devlet anlayışının gereklilikleri çerçevesinde menfaat dengesine aykırılık oluşturacaktır. Örneğin mahkemenin, borçlunun tüm kazancını sağladığı bir tek fabrikasındaki üretim faaliyetlerini yerine getiren makinelerin ihtiyaten hacize karar vermesi, borçlunun çalışarak borcunu ödeme imkânını ortadan kaldıracak; bu anlamda verilen ihtiyatî haciz kararı, menfaat dengesine aykırılık oluşturacağı gibi sosyal devlet anlayışının gereklilikleri ile de bağdaşmayacaktır.

²⁴⁹ Bu imtiyazların menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. II. Bölüm, § 6, I, B-C ve Ç.

Ç. İcra Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler

1. Genel Olarak

Temel hak ve özgürlükler üçlü bir ayrıma tâbidir. Bunlar, (i) negatif statü hakları (koruyucu haklar, olumsuz haklar), (ii) pozitif statü (isteme) hakları ve (iii) aktif statü (katılma) haklarıdır²⁵⁰. Bu haklar içerisinde kişilerin sahip olması gereken en temel haklar, negatif statü haklarıdır. Bu haklar kişiyi, diğer kişilere ve devlete karşı koruyan haklardır. Negatif statü haklarının tanınması, etkili bir şekilde korunması ve bu haklara müdahale edilmemesi devletin temel görevleri arasında yer almaktadır²⁵¹. Özellikle icra hukuku açısından oldukça önem arzeden bu haklar, Anayasa'nın “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısmının, ikinci bölümünde yer almaktadır (Ay m. 17-40)^{252, 253}.

Anayasa'nın temel haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenen ve negatif statü hakları olarak belirtilen insan hakları, esasında kişilerin doğuştan sahip olduğu vazgeçilemez, devredilemez niteliktedir. Kişiler, bu haklara sadece insan olmalarından dolayı sahiptir. Bu sebeple de, herkes sahip olduğu bu haklara uyulmasını, bu haklara saygı gösterilmesini beklemek hakkına sahiptir. Bu haklar, kişilerin onurlu yaşamalarının bir gereği olarak aynı zamanda gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse ulusal mevzuat ve anayasalarca güvence altına alınmaktadır²⁵⁴.

²⁵⁰ Temel haklara ilişkin bu tasnif, ilk defa George Jellinek tarafından yapılmış ve temel hak öğretisinde benimsenmiş olan köklü bir tasniftir (*Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 210-211; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 89). Bu konuda ayrıca bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 210-211; *Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 144-145; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 89; *Karaman*, s. 37.

²⁵¹ *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 210-211; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 89.

²⁵² Bu konuda bkz. *Aliefendioğlu*, Temel Haklar, s. 29; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 210-211; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 89.

²⁵³ Buna karşılık *pozitif statü haklarında*, negatif statü haklarında olduğu gibi devletin bu hakları tanıyıp bunlara dokunmaması yeterli değildir; devlet aynı zamanda, bu hakların gerçekleştirilmesi, kişilere sağlanması konusunda da aktif bir rol üstlenmelidir. Bu hakların klasik örneği, Anayasa'nın ikinci kısmının, üçüncü bölümünde bulunan “*Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler*”dir (Ay m. 41-65) (bu konuda ayrıca bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 211; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 89-90; *Karaman*, s. 37). *Aktif statü hakları* ise, kişilerin siyasal iktidarın oluşmasına ve kullanılmasına katıldığı ya da siyasal iktidarı belirlediği haklardır. Bu haklar da Anayasamızın ikinci kısmının, dördüncü bölümünde “*Siyasî Haklar ve Ödevler*” başlığı altında toplanmaktadır (Ay m. 66-74) (bu konuda ayrıca bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 211; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 90; *Karaman*, s. 37).

²⁵⁴ *Atasoy*, s. 123. Ayrıca bkz. *Gülsoy*, s. 135-138.

Anayasa'nın 17 ile 40. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin niteliği, yine Anayasa'nın 12. maddesinde belirtilmiş ve söz konusu haklara yüklenen nitelik ile bu hakların güvence altına alınması amaçlanmıştır. Anayasa'nın 12. maddesinin ilk fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin niteliğini şu şekilde belilemektedir:

“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”^{255, 256} (Ay m. 12/I).

İnsan haklarına saygılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da (bkz. Ay m. 2), başlangıç kısmında, kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere Anayasa tarafından sağlanan güvenceyi şu ifadelerle belirtmektedir²⁵⁷:

“Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ... fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere...”

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, aynı zamanda devletin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma konusunda üzerine aldığı amaç ve görevi 5. maddesinde şu ifadelerle belirtmektedir:

“Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik

²⁵⁵ Anayasa'nın 12. maddesinde temel hak ve özgürlükler hakkında yapılan bu niteleme, doğal hukuk anlayışını yansıtmaktadır (*Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 216; *Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 146). Nitekim bu maddenin gerekçesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, devletin bir lütfu olmadığı; kişiliğin ayrılmaz, devredilemez bir unsurunu oluşturduğu; devletin, kişilere ayrılmış bu alana ilke olarak hiç bir müdahalede bulunmamasını ve bu özel alana girmemesi gerektiğini belirtilmekte ve bu hâliyle doğal hukuk anlayışı güçlendirilmektedir (*Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 146).

²⁵⁶ Anayasa'nın 12. maddesi devamında, “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” hükmü getirilerek, temel hak ve özgürlüklerin ilk sınırı olarak kişinin, topluma, ailesine ve diğer kişilere olan ödev ve sorumluluklarıyla çizilmiştir (*Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 147). Buna göre kişi, temel hak ve özgürlüklerini, topluma, ailesine ve öteki kişilere saygı esasına göre kullanacaktır (*Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 147).

²⁵⁷ İnsan hakları, bünyesinde, kişilerin vazgeçemeyeceği devredilemez çeşitli nitelikli hakları barındırmakla birlikte; bu hakların temeli kişilerin eşit, özgür ve onurlu yaşamalarının sağlanmasına yöneliktir. Bu sebeple de insan haklarına dayalı her devletin kişilerin eşit, özgür ve onurlu yaşamalarını sağlamak için her türlü ekonomik, sosyal ve hukukî ortamı yaratma zorunluluğu bulunmaktadır (*Atasoy*, s. 123).

ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” (Ay m. 5).

Ayrıca Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, diğer Anayasa hükümleri karşısında daha üstün tutulmaktadır. Hatta Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler arasında da, Anayasa’nın 5. maddesine dayanılarak bir hiyerarşi olduğu belirtilmekte ve bu hiyerarşi içerisinde de özellikle kişinin yaşama hakkı ile maddî-manevî varlığını koruma hakkının en üstte yer aldığı belirtilmektedir²⁵⁸. Bu şekilde esasında, çatışan temel haklar arasında bir hiyerarşiye gidilmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda konumuz açısından, özellikle kişilerin insan onuru ile kişilik değerlerinin korunması hakkının diğerlerine göre daha üstün değerde korunması gereken haklar olduğu ifade edilebilir. Bu çerçevede de, icra hukuku alanında borçlunun kişisel varlığına yönelik yapılan müdahalelerin sınırını çok daha fazla daraltmaktadır.

Anayasa’nın benimsemiş olduğu bu esaslara ek olarak, yine Anayasa’da düzenlenmiş olan söz konusu hak ve özgürlükler, aynı zamanda uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmıştır. Kişilerin uluslararası sözleşmelerle de korunmakta olan temel hak ve özgürlüklerinin ayrıca anayasa ile güvence altına alınmasının temel amacı ise, kişilerin sahip olduğu bu temel hak ve özgürlüklerin devlet gücüne karşı da etkili bir şekilde korunmasını sağlamaktır²⁵⁹. Menfaat dengesine konu olan temel hak ve özgürlüklerin bu şekilde belirlendikten sonra, söz konusu hak ve özgürlüklerin icra hukukunda, özellikle de menfaat dengesinin kurulmasında ne şekilde uygulama alanına sahip olacağını belirlemek istiyoruz. Bu esaslar çerçevesinde, icra hukukuna konu olan bazı temel hak ve özgürlüklerin niteliğine ve icra hukukundaki uygulama alanına ilişkin açıklamalarımıza geçmek istiyoruz.

²⁵⁸ *Cansel*, s. 120.

²⁵⁹ *Kaneti*, s. 19. Anayasallaşma süreçleri, çoğunlukla kişilerin haklarının siyasi iktidara karşı korunması gereğinin sonucu olarak gelişmiştir (*Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 141). Bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin aynı zamanda uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınması, kişilerin devlete karşı da korunmaları ihtiyacından doğmaktadır.

2. İcra Hukukuna Konu Olan Bazı Temel Hak ve Özgürlükler

a. Hukukî Korunma Talebi ve Hak Arama Özgürlüğü

Toplum ile devlet arasında geçmişte farazî bir toplum sözleşmesi yapıldığını ve bu sözleşmeyle kişilerin, sahip oldukları yetkilerin bir kısmını devlete devrettiklerini belirtmiştik. Bu yetkilerden bir tanesi de, hakkın dağıtımının gerçekleştirilmesidir. Devlet, kişilerin kendiliğinden hak aramasını yasaklamış, bu görev toplum sözleşmesiyle birlikte devlete devredilmiştir. Bu şekilde devlete, sosyal ve hukukî barışı sağlama görevi verilmiştir. Dolayısıyla devlet, sadece genel ve soyut kurallar koymakla yetinemez; bu kurallara uyulmasını sağlamalı, kurallara uyulup uyulmadığını denetlemeli ve bu kuralların, ihlâl edilmesi veya kurallara uyulmaması durumunda, bu kurallara uyulmasını sağlamakla yükümlüdür²⁶⁰.

Temel hak ve özgürlüklerden birini teşkil eden ve Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınmış bulunan *hak arama özgürlüğü* ve *hukukî korunma talebi*, aynı zamanda uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmıştır. Bu konuda özellikle Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ndeki düzenlemeler, hak arama özgürlüğünün ve hukukî korunma talebinin içeriği hakkında önemli bazı kriterler getirmektedir. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ilk maddesinde, öncelikle bütün insanların hür, haysiyet bakımından eşit doğduğunu; ikinci maddesinde de, tüm insanların herhangi bir fark gözetilmeksizin Bildiri'de belirtilen haklardan eşit bir şekilde yararlanacağını belirtmektedir (EİHB m. 1). Bildiri'nin 8. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almayan ve özellikle devletlerin, insan haklarına ilişkin gerçekleştirdiği Anayasal ihlalleri düzenleyen oldukça önemli bir hükümdür. Bu maddeye göre; “*Her şahsın kendisine Anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır*” (EİHB m. 8). Esasında hak arama özgürlüğünün bir sürecini kapsayan bu hükümle, Bildiri'nin hak arama özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinden farklı bir düzenlemeye gidilme ihtiyacının hâsıl olduğu hissedilmektedir. Zira Bildiri'nin 8. maddesi, özellikle devletlerin gerçekleştirdiği “*temel insan hakları*” ihlallerine karşı başvurulacak iç hukuk kanun yollarına başvurunun, *etkili* olması gerektiğini ifade

²⁶⁰ *Özkes*, Hukukî Dinlenilme, s. 51. Benzer yönde açıklamalar için bkz. *Schefold* [Çev. Ayiter], s. 512 vd.; *Umar*, Hukuk Başlangıcı, s. 80; *Çetin*, s. 34.

etmiştir. Bu hükümle, Bildiri'nin insan hakları ihlallerine karşı tavrı son derece açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Hüküm, aynı zamanda *temel hak ihlallerine* karşı başvurulacak hak arama sürecinin "*fiilî netice verecek şekilde*" gerçekleştirilmesini yani, etkin bir hukukî korunmanın sağlanmasını konuya verdiği öneme binaen özel olarak düzenleme gereği duymuştur.

Bildiri'nin 10. maddesi ise, Anayasamızın 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine karşılık gelen hak arama özgürlüğünü düzenlemektedir. Ancak bu düzenlemenin gerek Anayasa'nın 36. maddesinden gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinden daha açık ve hatta belki de daha kapsamlı olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu maddeye göre; "*Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezaî mahiyette herhangi bir isnadın tesbitinde, tam bir eşitlikte, dâvasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından nesafetle ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir*" (EİHB m. 6). Bu düzenlemede özellikle yargılama sürecindeki eşitlikten, usûlî eşitlikten açıkça bahsedilmesi dikkat çekicidir. Hüküm, "*tam bir eşitlikle*" ifadesi ile kişilerin yargılama sürecinde sahip olduğu eşit yargılanma hakkına vurgu yapmış; bu hususun, eşitlikle ilgili temel hükümler (AİHS m. 1; 2; 7) yanında ayrı bir madde ile de özel olarak vurgulama gereği duymuştur.

Bu esaslar kapsamında, çerçevesi uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da belirlenen hukukî korunma talebi ve hak arama özgürlüğü, hak arama sürecinin bir uzantısı olan icra hukukunda da hiç şüphesiz geçerlidir²⁶¹. Bu hak, icra hukukunda takibin taraflarının bireysel olarak sahip olduğu bir haktır²⁶². Alacaklı açısından bu hak, takibin başlamasından itibaren herhâlükarda söz konusu olmakla birlikte, özellikle ilâmlı icra yolu ile yapılan takipler açısından, bu hak takipten çok daha önce doğmaktadır. Bunun yanı sıra alacaklının, borçluya karşı takip başlatmadan önce borçlu hakkında *-şartları ve sebepleri mevcutsa-* ihtiyatî haciz kararı alabilmesi (bkz. İİK m. 257 vd.), hukukî korunma talebi ve hak arama özgürlüğünün bir uzantısıdır²⁶³. Borçlu açısından da, bu hakkın kendisine karşı takip başlatılmadan

²⁶¹ *Özokes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 52; *Özokes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1299.

²⁶² Hukukî korunma veya hak arama özgürlüğünün tek taraflı bir içeriğe sahip olduğu yönünde bkz. *Özokes*, Hukukî Dinlenilme, s. 52.

²⁶³ Bu konuda bkz. *Özokes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 212-220. Geçici hukukî koruma önlemlerinin alınması, hem etkin hukukî korunmanın zorunlu bir unsuru olarak hukuk devletinin

önce dahi varolduğunu ifade etmek mümkündür. Bu durumun en somut örneklerinin başında, İcra ve İflâs Kanunu'nun açıkça borçluya takipten önce bir menfi tespit davası açma imkânı tanıyarak, takipten önce açılan bu davaya icra hukuku açısından birtakım hukukî sonuçlar bağlamış olması gösterilebilir (İİK m. 72/II). Yine şikâyet yoluna başvuru (İİK m. 16) imkânının bulunması, icra hukuku açısından hak aramanın önemli bir vasıtası; aynı zamanda, menfaat ihlâllerine karşı da başvurulacak en etkili yollardan birisidir.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*" başlığı altında düzenlenen 40. maddesi de, konumuz çerçevesinde özellikle menfaat ihlâlleri açısından önemli bir yere sahiptir. Zira bu maddeye göre, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (Ay m. 40/I). Bu hüküm, hak arama özgürlüğünün zorunlu bir unsuru olan etkin hukukî korumanın²⁶⁴, Anayasamız'daki doğrudan doğruya bir düzenlemesi niteliğindedir. Özellikle icra hukukundaki menfaat dengesi ihlâllerinin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan haksız müdahaleleri kapsadığı göz önüne alındığında, hükmün önemi de ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda mevcut icra hukuku sistemimiz, etkin hukukî korumanın kişilere sağlanması konusunda önemli birtakım engeller barındırabilmektedir. Bu konuda özellikle kişilerin hukukî çarelere veya kanun yollarına başvurma imkânlarının

gereklere arasında yer alır hem de ilgililerin hak ve menfaatlerinin güvencesini oluşturur (bu konuda bkz. *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 38-39; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 212-219; *Demircioğlu*, s. 111-112). Zira, geçici hukukî koruma önlemlerinden olan ihtiyatî haciz ile alacağı tahsil tehlikesi içinde olan alacaklı, bu tehlikenin önüne geçmek amacıyla talep edeceği ihtiyatî haciz kararı ile borçlunun, borcu karşılayan mal varlığı değerlerine geçici bir el koyma tedbiri alabilir. Bu hâliyle geçici hukukî koruma önlemlerinden olan ihtiyatî haciz ile alacaklının alacağını tahsil imkânının, hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması sağlanır (ihtiyatî haczin hukuk devletinin gereklerinden olan hak arama özgürlüğü ile etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesine hizmet ettiği yönünde bkz. *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 33-36).

²⁶⁴ Etkin hukukî koruma, gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku bakımından geçerli olmak üzere kişilere tanınmış olan hakların, kural olarak devletin yargı organları vasıtasıyla etkili şekilde gerçekleştirilmesini amaçlar (*Akkan*, s. 29). Etkin hukukî koruma, âdil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bütünlük içerisindedir (*Akkan*, s. 29-30). Zira kişilere etkin hukukî koruma imkânı sağlanmadan, hak arama özgürlüğünün ve âdil yargılanma hakkının (Ay m. 36) tam olarak gerçekleştirildiğinden söz etmek mümkün değildir. Bu bakımdan, her iki hakkın da kişilere tanınması için etkin hukukî korumanın sağlanması zorunlu bir unsurdur (Hak arama özgürlüğü, âdil yargılanma hakkı ve etkin hukukî koruma arasındaki ilişki için bkz. *Akkan*, s. 44-53). Bu çerçevede etkin hukukî koruma, hukuk devletinin başta gelen gerekleri arasında yer almaktadır (Hukuk devleti ile etkin hukukî koruma arasındaki ilişki için ayrıca bkz. *Akkan*, s. 41-44).

kaldırılmasına veya zedelenmesine sebebiyet veren düzenlemeler, Anayasa'nın 40. maddesi çerçevesinde kişilerin etkin hukukî koruma haklarının da zedelenmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu konuya ilişkin, menfaat dengesi ihlallerine sebebiyet verebilecek Anayasa'ya aykırılıklar aşağıda ayrıca inceleneceğinden, konunun ayrıntısına girmiyoruz²⁶⁵.

İcra hukuku açısından etkin hukukî koruma çerçevesinde hukukî korunma talebi ile hak arama özgürlüğü, takibin tarafları dışında üçüncü kişilere de tanınmış temel anayasal haklardır²⁶⁶. İcra ve İflâs Kanunu'nda, bu yönde kabul edilen birtakım kurumların varlığına rastlamak da mümkündür. Hak arama özgürlüğünün icra hukukunda üçüncü kişilere de sağlanmasına yönelik getirilen düzenlemeler arasında, hak ve menfaati zarara uğrayan ilgililerin, icra organlarının hukuka aykırı işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurabilmelerini göstermek mümkündür (bkz. İİK m. 18). Bunun gibi İcra ve İflâs Kanunu'nun, borçlunun malı zannedilerek malları haczedilen üçüncü kişilerin istihkak davası açmalarına yönelik düzenlemeleri (bkz. İİK m. 96 vd.), üçüncü kişilerin Anayasa'dan kaynaklanan temel haklarının İcra ve İflâs Kanunu'ndaki tezahür şeklidir. Yine hacze iştirak müessesesi (bkz. İİK m. 100), takibe taraf olmayan üçüncü kişi konumunda diğer alacaklıların hukuken etkin bir şekilde korunmaları sağlamaya yönelik hukukî korunma talebinin bir uzantısıdır.

Takibin taraflarına ve menfaati olan ilgililere hukukî korunma talebi ve hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanması, etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesi için bir zorunluluktur. Nitekim, günümüzde, hukuk devletinin bir gereği olarak sadece, şeklen bir hukukî korumanın sağlanması yeterli görülmemekte; etkin bir hukukî korumanın sağlanması gerektiğinden söz edilmektedir²⁶⁷. Yani, şekli ve teorik bir hukukî korunma ile yetinilmemelidir; tarafların hak aramasını zorlaştıran hukukî ve fiilî engeller ortadan kaldırılmalıdır²⁶⁸. Örneğin, bir konudaki

²⁶⁵ Bu konuda bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

²⁶⁶ Üçüncü kişilerin haklarının korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Budak*, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 15 vd.; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 253 vd.; *Demircioğlu*, s. 108-110.

²⁶⁷ *Özkes*, Hukukî Dinlenilme, s. 53; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 45-46. Ayrıca bkz. *Demircioğlu*, s. 105-106.

²⁶⁸ *Özkes*, Hukukî Dinlenilme, s. 54; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1296; *Çetin*, s. 36; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 45-46.

başvuru süresinin hakkın kullanılması imkânını ortadan kaldıracak şekilde kısıtlanması dahi, hak arama özgürlüğünün ihlâli anlamına gelebilecektir (karş. İİK m. 20).

Bugün için özellikle konumuz ile ilgili hak arama özgürlüğünü ihlâl tehlikesi altında bırakabilecek bir durum, kişilerin İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinden doğan işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurusu durumunda, istinaf mahkemelerinin işlemeye başlamasıyla birlikte ilgililerin, icra mahkemesinin vereceği karara karşı istinaf kanun yoluna (*ve bunun bir sonraki aşaması olan temyiz kanun yoluna*) başvuramamasıdır (İİK m. 363/I). Zira, çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi, takip prosedüründe menfaat dengesini icra memurunca gözetme yükümlülüğünü doğrudan doğruya düzenleyen tek düzenlemedir. Dolayısıyla, uygulanması oldukça önem arzeden İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin ihlâlinden doğan işlemlere ilişkin icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulmaması, hak arama özgürlüğünün bir parçası olan kanun yoluna başvuru hakkını ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil eder. Bunun yanı sıra, İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinin birinci fıkrasında, hakkında istinaf kanun yoluna (*ve dolayısıyla temyiz kanun yoluna da*) başvurulamayacak icra mahkemesi kararları içerisinde, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaat ihlâlleri ile karşı karşıya kalabileceği önemli birtakım işlemlerden daha bahsedilmiştir. Örneğin, ilâmlı icrada icranın geri bırakılması kararlarına karşı (bkz. İİK m. 33); yine borçlunun menfaatleri açısından, alacaklı ile arasındaki menfaat dengesinde önemli bir fonksiyonu olan kıymet takdirine karşı (bkz. İİK m. 128a); üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ağır tehlike altına sokan muhafaza tedbirlerinin uygulanmasından doğan işlemlere (bkz. İİK m. 88-91) karşı kanun yoluna başvuru imkânının kapatılması da, özellikle menfaat dengesi ihlâllerine karşı kanun yoluna başvuru hakkına dolayısıyla da hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğini taşımaktadır. Zira kanun yoluna başvuru hakkının, gerek âdil yargılanma hakkı gerekse hak arama özgürlüğünün (Ay m. 36) vazgeçilmesi mümkün olmayan bir zorunluluk teşkil ettiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır²⁶⁹. Bunun

²⁶⁹ Bu konuda bkz. *Özekes*, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 209-211; *Alangoya*, Kanun Yoluna Müracaat Hakkı, s. 31; *Demircioğlu*, s. 273-291.

yanında, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da şikâyet yolunun hiç düzenlenmemiş olması, özellikle de cebrî icrayı yürüten tahsil organının, alacaklının bizatihi kendisinin olduğu gözönüne alındığında, bu durumun Anayasa'nın 36. maddesi karşısında taşıdığı ihlâlden şüphe edilmemelidir. Bu hususa ilişkin açıklamalarımıza, ayrıca çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntısıyla yer verilecektir²⁷⁰.

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile hukukî korunma talebinin ve 40. maddede düzenlenen etkin hukukî korumanın yargısal birer temel hak olarak icra hukukunda da geçerli olacağı konusunda şüphe duyulmamalıdır²⁷¹. Zira temel insan haklarından olan yargısal temel haklar, hak aramaya veya hakların korunmasına hizmet eder. Bu anlamda devlet, kişilere hak arama, hakların korunmasını sağlama konusunda gerekli olan ortamı hazırlamak, adalete erişimi sağlamakla yükümlüdür²⁷². Dolayısıyla devletin yargısal temel haklar olarak nitelendirilen tüm bu haklara sadece müdahale etmemesi yeterli değildir; aynı zamanda devlet, bu hakların sağlanması konusunda pozitif bir yükümlülük altındadır²⁷³. Tüm bu belirttiğimiz hususlarınsa, konumuzla son derece yakın ilişkisi bulunmaktadır. Zira devlet, yani yasama, yürütme ve yargı erkleri, kişilerin haklarının sağlanmasına hizmet eden icra hukukunda adalete erişilmesi, hakkın icrasının sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Örneğin devlet, alacaklının alacağını tahsil etmesini haksız ve ölçüsüz bir şekilde engellememeli ve hatta engellenmemesi için bir kanun koyucu, bir yargı organı ve bir yürütme organı olarak yetkileri dahilinde gerekli önlemleri almalıdır. Devlet aynı şekilde, borçlunun borcunu ödemek istemesi durumunda, borçlunun karşısına engeller çıkarmamalı; borçlunun icra takibi sürecinde dahi hakkını savunabilmesine imkânlar tanımalı ve tüm bu hususları sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük altına girmelidir. Devlet erkleri tüm bu pozitif yükümlülükleri yerine getirirken de alacaklı ile borçlu

²⁷⁰ Bu konuda bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

²⁷¹ Bu hakların yargısal temel hak oldukları hakkında bkz. *Atalay E.*, s. 441-442. Yargısal temel haklar, maddî gerçeğin şekli hukukta garanti altına alınması için öngörülen ve hukuk devletinin unsurları arasında yer alan bir temel haktır (*Atalay E.*, s. 442). Yargısal temel haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atalay E.*, s. 437-454. Ayrıca hak arama özgürlüğünün temel hak ve özgürlükler içerisindeki yeri ve önemi için bkz. *Çetin*, s. 42-44.

²⁷² *Atalay E.*, s. 443; *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 45.

²⁷³ *Atalay E.*, s. 443.

arasındaki menfaat dengesini kurmalı ve korumalıdır. Örneğin bu konuda Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da benimsenen, borcunu ödemek isteyen borçlunun bu talebinin kolaylaştırılmasına ilişkin hem borçlunun hem de alacaklı kamu idaresinin menfaatlerine uygun düşen birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.

Konumuz açısından da özellikle devlet, menfaat ihlâline sebebiyet verebilecek işlemlere karşı kişilerin korunmasını sağlamalı; bunun için gereken başvuru yollarından ilgililerin etkin bir şekilde yararlanabilmesini sağlamak için gereken tedbirleri almalıdır. Belirtmek gerekir ki hukukî korunma talebinin, hak arama özgürlüğünün, etkin hukukî korumanın sağlanmasını talep hakkının herhangi bir istisnası bulunmadığı gibi, bu haklara müdahale edilmesi, bu hakların sınırlandırılması da mümkün değildir. Zira 2001 Anayasa değişikliğinden sonra kabul edilen hâli ile Anayasa'da belirtilen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ancak ilgili anayasa hükmünde belirlenen sebeplerin varlığı hâlinde (*özel sınırlama sebebi*) ve Anayasa'nın 13. maddesindeki esaslara göre (*genel sınırlama sebebi*) mümkün olabilir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise, hak arama özgürlüğünün kullanılmasına herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama özgürlüğü, hukukî korunma talebi, âdil yargılanma hakkının sınırlandırılması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra vermiş olduğu bir karar da bu esasları açıkça belirtmektedir²⁷⁴.

²⁷⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, 28.03.2002 tarihinde vermiş olduğu bir iptal kararında, iptale konu olan 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafı, katılma paylarına karşı dava açılabilmesini, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi şartına bağlamaktaydı. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, açıkça Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tuttuğu; Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer vermemiş olduğunu; bu nedenlerle de, dava hakkının sınırlandırılmasının Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğundan bahisle düzenlemenin iptaline karar vermiştir (AMK 28.03.2002, 2001-5/42 [http://www.anayasa.gov.tr.; Erişim Tarihi: 27.06.2008]). İptale konu olan Belediye Gelirleri Kanunu'nun söz konusu hükmüne çok benzer bir düzenleme de İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesinde bulunmaktadır. Menfaat dengesini alacaklı bankalar lehine ortadan kaldıran bu maddenin de Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki değerlendirmelerimiz için ayrıca bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, B, 2.

Özetle icra hukuku açısından, Anayasa'nın 36. maddesinde yerini bulan hak arama özgürlüğü ve hukukî korunma talepleri ile Anayasa'nın 40. maddesinde düzenleme alanı bulan etkin hukukî koruma talebi, gerek takibin taraflarına gerekse menfaati bulunan üçüncü kişilere tanınan bir temel haktır²⁷⁵. Bu sebeple, burada söz konusu hakkın kişilere mutlak olarak tanındığını ve bu hakların icra hukukunda menfaat dengesinin korunmasında vazgeçilmez bir fonksiyonu bulunduğunu yinelemek istiyoruz.

b. Âdil Yargılanma Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca, “Herkes, *âdil yargılanma hakkına sahiptir*”. Anayasal bir hak olan âdil yargılanma hakkı, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Yargısal temel hak olan âdil yargılanma hakkının²⁷⁶ ihlâli, aynı zamanda yine temel bir hak olan kişi özgürlüğünün ihlâli olarak kabul edilmektedir²⁷⁷.

Âdil yargılanma hakkı, hukuk devletinin bir gereği olarak gerçek ve etkin bir hukukî korumanın gerçekleşmesini sağlamalıdır²⁷⁸. Bu hak, dava sürecinde davacı ve davalıya ait bir hak olduğu gibi icra hukukunda da, alacaklı ile borçluya ve hak ve menfaatlerini etkilenen üçüncü kişilere ait bir haktır²⁷⁹. Zira âdil yargılanma, belirli bir yargılama usûlü veya yargılamanın belirli bir kesiti ile sınırlı değildir; bu hak, davanın açılmasından yargılamanın sona ermesine ve hükümden sonra da *cebrî*

²⁷⁵ Bu haklara tüm kişilerin sahip olması Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlığını taşıyan 12. maddesinden kaynaklanır. Zira bu maddeye göre, “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” (Ay m. 12/I).

²⁷⁶ Âdil yargılanma hakkının, yargısal bir temel hak olduğu konusundaki açıklamalar için bkz. *Atalay E.*, s. 452-453. Benzer yönde açıklamalar için bkz. *Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 36-37.

²⁷⁷ *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 254; *Özokes*, Hukukî Dinlenme, s. 56. Bu konuda ayrıca bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usûl, s. 364.

²⁷⁸ *Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 36-37; *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 254; *Karaman*, s. 50. Âdil yargılanma hakkı, hukukî dinlenme hakkını da kapsayan bir hak olup hukukî dinlenme hakkı da, âdil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur (*Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 38; *Özokes*, Hukukî Dinlenme, s. 56, 57; *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 255). Gerek âdil yargılanma hakkı gerekse hukukî dinlenme hakkı, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Her iki ilkenin de temeli, insan onurunun korunması gereğidir (*Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 255). Dolayısıyla, hukuk devleti olmayı amaçlayan her devlet, bu iki temel hakka da özel bir önem vermeye çabalayacak; gerek, yargılama faaliyeti sürecinde gerekse cebrî icranın sağlanması sürecinde bu hakkın sağlanmasına yönelik her çeşit önlemi olacaktır.

²⁷⁹ *Özokes*, Hukukî Dinlenme, s. 59; *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 255.

icranın sona ermesine kadar devam eder²⁸⁰. Dolayısıyla, yargılama hukukunun bir devamı niteliğinde olan icra hukukunda, bu temel hakkın geçerliliğinden şüphe edilmemelidir.

Âdil yargılanma hakkı, genel olarak dört unsuru bünyesinde içermektedir²⁸¹. Medenî usûl hukuku açısından belirtilen unsurları, icra hukukuna uyarladığımız takdirde bu unsurlar şu şekilde somutlaşmaktadır:

İlk olarak âdil yargılanma hakkı, kanunî bağımsız ve tarafsız icra organları tarafından yürütülecek bir cebrî icra prosedürünün bulunmasını gerektirir. Nitekim bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu'nun 1. maddesine göre kurulan icra organlarının bağımsız ve tarafsız olmaları, İcra ve İflâs Kanunu'nun 10, 10a ve 11. maddelerinde özel olarak düzenlenmektedir. İcra organlarının bağımsız ve tarafsız olması, icra memurlarının, taraflar arasında çatışan menfaatlerin dengelenmesi açısından da oldukça önemli bir fonksiyona sahiptir. Zira icra memurlarının, bir takip prosedüründe çatışan menfaatleri dengeleyebilmesi her şeyden önce, takibin taraflarına eşit uzaklıkta bulunmasına bağlıdır. Bu açıdan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun kamu idaresi ile Fon yetkililerine, kendilerinin bizatihi *alacaklı konumunda oldukları* icra takiplerini yürütme yetkisinin verilmesi âdil yargılanma hakkı açısından da, menfaat ihlâllerine de rahatlıkla sebebiyet vereceğinden hukuka aykırıdır. Zira bir icra takibinde, alacaklı tarafın işin doğası gereği menfaat çatışması içerisinde bulunduğu takibin diğer tarafı ile kendi menfaatleri arasında objektif bir şekilde dengeyi sağlayabileceği, çok gerçekçi görünmemektedir²⁸².

İkinci olarak icra organlarının, icra prosedürünü makûl bir süre içerisinde gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Buradaki makûl süre hem borçlunun hem de alacaklının menfaatlerini korumalıdır. Zira sürenin çok uzun olması, alacaklının alacağının tahsilini tehlikeye düşürebileceği gibi; sürenin çok kısa olması da, borçlunun savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple de, icra hukukunda süreler her iki tarafın da hak ve menfaatlerini tehlikeye

²⁸⁰ *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 255.

²⁸¹ Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 39-51; *Özeker*, Hukukî Dinlenilme, s. 58-60; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 255-260.

²⁸² Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. II. Bölüm, § 8, III, C.

düşürmeyecek bir şekilde belirlenmelidir. Bunun yanı sıra, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra organları için de oldukça katı süreler öngördüğü dikkat çekmektedir. Örneğin icra dairesi, takip talebinden itibaren üç gün içerisinde ödeme emri göndermeli (İİK m. 61/I); haciz talebinden itibaren üç gün içerisinde haczi gerçekleştirmeli (İİK m. 79/I); satış talebinden itibaren bir ay içerisinde taşınırın satışını gerçekleştirmeli (İİK m. 112/I); satış talebinden itibaren iki ay içerisinde taşınmazların satışını gerçekleştirmelidir (İİK m. 112/I). İcra dairesinin Kanun'da belirtilen süreler içerisinde işlemi gerçekleştirmemesi sonradan yapılan işlemin geçerliliğini etkilemiyorsa da, bu durum menfaat ihlâllerine sebebiyet verebileceğinden ilgililer açısından şikâyet sebebidir (bkz. İİK m. 18). Hatta kanun koyucu hükme bağladığı münferit düzenlemeler dışında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 18. maddesinde, takip prosedürünün makûl süre içerisinde yapılmasını sağlamak için icra memurunun talebe rağmen işlemi gerçekleştirmemesini “*hakkın sürüncemede bırakılması sebebiyle*” şikâyet nedeni olarak kabul etmiştir.

Üçüncü olarak icra organlarının, takip prosedürünü alenî surette gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Nitekim bu konuda da İcra ve İflâs Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrası, ilgililerin icra tutanaklarını görebilmelerine imkân tanımış, hatta ilgililerin takip dosyalarından örnek almalarına da izin vermiştir (İİK m. 8/II). Bu çerçevede, bir takip prosedürünün ilgililerinden gizli yürütülmesi mümkün olmadığı gibi, ilgililerin takip prosedürü hakkında bilgi edinmeleri de her zaman mümkündür. Aksine bir icra memuru davranışı, şikâyet sebebi teşkil edecektir (bkz. İİK m. 18).

Âdil yargılanma hakkının dördüncü ve son unsuru ise, hakkaniyete uygun olarak (âdil) yargılanma ilkesidir. Hakkaniyete uygun yargılamada temel ilke, icra hukukunda silâhların eşitliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁸³. Cebrî icra faaliyetinde silâhların eşitliği ilkesi, taraflara eşit hukukî imkânlar tanınmasını, her

²⁸³ Hakkaniyete uygun yargılanma, taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmasını ve bu eşitliğin tüm yargılama boyunca devam etmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, bu unsurun temeli bireylerin eşitliğine dayanmaktadır. Buradan hareket edilerek, yargılama sürecinde taraflar arasında sağlanması gereken eşitliğe “*silâhların eşitliği*” denilmektedir (Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 45; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 59; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 257-258. Bu konuda ayrıca bkz. Demircioğlu, s. 131-137). Yargılama sürecindeki eşitliği ifade eden bu ilke, temel bir yargısal hak olarak kabul edilmektedir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 258; Atalay E., s. 453).

iki tarafa da gerçek bir hak arama imkânı tanınmasını gerektirmektedir. Silâhların eşitliği ilkesi, (i) tarafların, kanun önünde eşitliğini sağlamalı, (ii) taraflara, takip prosedürü sürecinde keyfi davranılmasını önlemeli, (iii) gerek icra organlarına ve mahkemelere yapılan başvurularda gerekse takibin her aşamasında taraflara, eşit şekilde şans verilmesini yani, eşit bir şekilde davranılmasını sağlamalıdır²⁸⁴.

İcra hukukunda silâhların eşitliği ilkesi ile taraf menfaatlerinin dengelenmesi arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. İcra hukukunda menfaatlerin dengelenmesi gereğinin en önemli sebeplerinden birisi, taraflar arasında eşitliğin sağlanmasıdır. Taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması, aynı zamanda taraf menfaatlerinin dengelenmesinin de meydana getirdiği bir sonuç olacaktır. Örneğin genel haciz yolu ile takipte alacaklıya, elinde herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın borçluya karşı takip yapma imkânı tanınmaktadır (İİK m. 58; 60). Bu durumda kanun koyucu, menfaatlerin dengelenmesi için ve taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması amacıyla, borçluya, yapacağı itiraz ile takibi durdurma imkânı tanımaktadır (İİK m. 62)²⁸⁵. İcra hukuku, sadece alacaklı ile borçlunun eşit silâhlara sahip olmasını yeterli görmemiş; bu eşitliği, alacaklılar arasında dahi sağlamaya çalışmıştır. Örneğin haciz yolu ile takipte, bir alacaklının diğer alacaklıya nazaran menfaatlerinin zedelenmemesi bütün alacaklılara eşit imkânın sağlanması için hacze iştirak müessesesi (İİK m. 100) öngörülmüştür²⁸⁶.

Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde ayrıntısıyla üzerinde duracağımız üzere, silâhların eşitliği ilkesi çalışma konumuz açısından bir temel dayanak noktasıdır. Zira çoğunlukla icra hukukundaki menfaat dengesi ihlalleri, tarafların eşit silâhlara sahip olmamasından kaynaklanır. Bu kapsamda Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan pek çok durumda, aynı zamanda tarafların eşit silâhlarla donatılmadığı da görülecektir. Ancak özellikle belirtmek isteriz ki, Anayasa'nın 36. maddesindeki âdil yargılanma hakkı kapsamında kişilerin

²⁸⁴ *Özkes*, Hukukî Dinlenilme, s. 48.

²⁸⁵ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Arar*, s. 137; *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 165; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 54; *Postacıoğlu*, s. 145; *Kuru*, C. 1, s. 274; *Muşul*, s. 267; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 104; *Kuru*, El Kitabı, s. 215; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra Hukuku, s. 155; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 47.

²⁸⁶ *Arar*, s. 222-223; *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 278; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 46.

takep sürecinde eşit silâhlarla donatılması ile Anayasa'nın 10. maddesi anlamında kişilerin eşit olması zorunluluğu aynı kavramlar değildir. Zira silâhların eşitliği, yargılama süreci veya takep sürecinde kişilerin birbirine denk savunma araçları ile savaşmasıdır. Yani âdil yargılanma hakkı kapsamında tarafların eşit silâhlara sahip olması, tarafların kanun önünde eşit olmasını zorunlu kılmaz. Buna karşılık Anayasa'nın 10. maddesi anlamında eşitlik ilkesi, kişilerin kanun önünde birbirine denk, eşit tutulması gereğidir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na dayanarak çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takep ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usûller Hakkında Yönetmeliğin 37. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun taraf olduğu icra takebinin Fon'un aleyhine sonuçlanması hâlinde, Fon'un, her türlü tazminat ve cezadan muaf olması; buna karşılık, borçlunun aleyhine sonuçlanması durumunda, borçlunun bunlardan sorumlu olacağına öngörülmesi (bkz. Bank. Yön. m. 37/I, b. b), silâhların eşitliği ilkesinden ziyade, Anayasa'nın 10. maddesi anlamında eşitlik ilkesine aykırıdır. Buna karşılık, yine aynı Yönetmelik maddesinin (c) bendine göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun alacaklı olduğu takeplerde, borçlunun yapacağı itirazın takebi durdurulmaması (bkz. Bank. Yön. m. 37/I, b. c), alacaklı Fon ile borçlunun eşit silâhlara sahip olmadığını gösterir. Son olarak belirttiğimiz hususta, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile diğer alacaklılar arasında Anayasa'nın 10. maddesi anlamında eşitliğin bozulduğu konusunda da şüphe yoktur. Ancak tüm bu durumların ortak özelliği, verilen örneklerin tümünde alacaklı ile borçlu veya alacaklılar arasında kurulması ve korunması gereken menfaat dengesinin, alacaklı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu lehine ölçsüz bir şekilde bozulmuş olmasıdır²⁸⁷.

c. Hukukî Dinlenilme Hakkı

Âdil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde hüküm altına alındığı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de âdil yargılanma hakkı içerisinde güvence altına alınmıştır. İlgililere hukukî dinlenilme hakkının tanınması, yargılamanın her iki tarafının *-ve hatta hukukî yararı bulunan üçüncü kişilerin-* dinlenmesi ve bu kişilerin

²⁸⁷ Söz konusu düzenlemeler hakkındaki değerlendirmelerimiz için ayrıca bkz. aşa. II. Bölüm, I, D, 2.

yargılamaya eşit bir şekilde etkide bulunmasına imkân verilmesi ile sağlanır²⁸⁸. Hukukî dinlenilme hakkı, temelini insan onurundan, hak arama özgürlüğünden, âdil yargılanma ilkesinden, eşitlik ilkesinden alan ve hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak riayet edilmesi zorunlu olan²⁸⁹ yargısal bir temel haktır²⁹⁰.

Hukukî dinlenilme hakkı, temel bir yargısal hak olması sebebiyle, yargılamanın her aşamasında, dolayısıyla takip sürecinde de geçerli olan bir ilkedir²⁹¹. Bu nedenle de, ilkenin, takibin her aşamasında göz önünde tutulması gerekmektedir. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamanın sujesi olan tüm bireylerin sahip olduğu bir haktır. İcra hukuku açısından alacaklı ve borçlunun yanı sıra, yapılan takip işleminden hukukî durumu etkilenecek kişiler de, takipteki konumlarına uygun şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler²⁹².

İnceleme konumuz açısından hukukî dinlenilme hakkının özel bir önemi bulunmaktadır. Daha önceki açıklamalarımızda, takip sürecinin, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin çatıştığı bir mücadele süreci olduğunu ifade etmiştik. İşte bu süreçte bir taraftan alacaklı, alacağını borçlunun mal varlığından tahsil etmeye çalışmakta -bazı ilâmların icrasını sağlamak amacıyla yapılan takipler istisna olmak üzere-, diğer yandan borçlu da kişilik haklarını, mal varlığını ve mülkiyet hakkını alacaklının haksız saldırılarından korumaya çalışmaktadır. Bu mücadele sürecinde tarafların, menfaatlerini korumak için gerek karşı tarafın ve gerekse icra organlarının yaptığı işlemlerden haberdâr olması, takibe etki edecek bilgi ve vakıalar hakkında açıklamada bulunması ve takibe etkide bulunabilmesi büyük bir öneme sahiptir.

²⁸⁸ *Pekcanitez*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 755-756; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1295-1296. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 261. Bu konuda ayrıca bkz. *Budak*, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 6-15; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 206-208.

²⁸⁹ *Pekcanitez*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 755-756; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 60; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1296; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 261. Ayrıca bu konuda bkz. *Alangoya*, Anayasanın Etkisi, s. 3; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 206-207.

²⁹⁰ Hukukî dinlenilme hakkının yargısal bir temel hak olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 754-755; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 60-65; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1296.

²⁹¹ *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 234, 274; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1299; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 261.

²⁹² *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 274; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1299. İcra hukukunda, ilgili icra takip işleminin gerçekleştirilmesinden sonra borçlunun savunma hakkına sahip olduğu yönünde bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 102.

Bunun yanı sıra icra hukuku, tam olarak hakkın “*cebren*” sağlandığı bir alandır. Medenî usûl hukukunda, hakkın “*ihlâl edildiği*” veya “*ihlâl tehlikesi içinde olduğu*” tespit edilmekteyken, icra hukukunda, ihlâl edilen hakkın tekrar eski hâle getirilmesi *zorla* sağlanmaktadır. Dolayısıyla böyle bir cebir sürecinde, kişilere hukukî dinlenilme hakkının sağlanması da özel bir önem taşıyacaktır.

Takip sürecinde, öncelikle takibin tarafları olarak alacaklı ve borçlunun hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğu tartışmasız kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, icra hukukunda da medenî usûl hukukunda olduğu gibi, takibe taraf olmayan üçüncü kişiler de hukukî dinlenilme hakkına sahip olacaklardır²⁹³. İcra hukukunda üçüncü kişi olarak kimlerin hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğu, özellikle yapılan işlemde korunacak menfaatler göz önüne alınarak belirlenmelidir. Bu durumda yapılan işlemde korunacak menfaat, üçüncü kişilerin takip prosedürüne dahil olmalarını gerekli kılıyorsa, üçüncü kişiler de hukukî dinlenilme hakkına sahip olacaktır²⁹⁴.

Hukukî dinlenilme hakkının genel olarak üç unsuru bulunmaktadır²⁹⁵. Bunlar; (i) bilgilendirme hakkı²⁹⁶, (ii) açıklama hakkı ve (iii) dikkate alınma hakkıdır. Bu aşamada, hukukî dinlenilme hakkının unsurlarının, icra hukukundaki uygulama alanlarını tek tek belirlemek istiyoruz.

Bu çerçevede ilk olarak icra prosedüründe, ilgililerin bilgilendirilmesi sağlanmalıdır. Medenî usûl hukukunda olduğu gibi, icra hukukunda da ilgililerin

²⁹³ **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 274.

²⁹⁴ **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 275. Kanun koyucu özellikle, şikâyet müessesesinde, üçüncü kişilerin sahip olduğu hukukî dinlenilme hakkını ve ölçütlerini belirlemiştir. Bu çerçevede, şikâyet yoluna başvuran üçüncü kişiler de, hukukî dinlenilme hakkına sahip olacaktırlar (**Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 274).

²⁹⁵ Hukukî dinlenilme hakkının unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 769-788; **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 86-186; **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 262-266.

²⁹⁶ Bilgilendirme hakkı, hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği ile ilgili olarak bilgi sahibi olmasının sağlanmasını ifade eder. Bilgilendirme hakkının kapsamı ise, karşı tarafın yapmış olduğu işlemler, yargı organlarının gerçekleştirdiği işlemler, dosya kapsamına giren tüm bilgi ve belgelerden oluşmaktadır (**Pekantez**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 770-771; **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1297-1298; **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 262).

bilgilendirilmesi açısından yapılan tebligatlar şüphesiz büyük önem taşımaktadır²⁹⁷. Örneğin icra hukuku sistemimizde, icra veya ödeme emrinin tebliğ edilmemesinin, borçlunun hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmesi sebebiyle, kamu düzenine aykırılık şeklinde nitelendirilmesi²⁹⁸, tebligatın icra hukukunda da bilgilendirilmeyi sağlayan en önemli araçlardan birisi olduğunu igöstermektedir. Ancak bunun yanı sıra, takibin çeşitli aşamalarında gerek alacaklı ile borçlunun gerekse takipten etkilenecek üçüncü kişilerin bilgilendirilmeleri için, icra hukukuna özgü birtakım başka önlemlerin daha mevcut olduğu görülmektedir. İlgililerin bilgilendirilmesine yönelik bu önlemlerin en somut örneklerinden birisi olarak, alacaklının talebi üzerine icra dairesi tarafından her takip türünün özelliğine göre gönderilecek ödeme veya icra emrinde, borçlunun bu ödeme veya icra emrini tebellüğ etmesinin ardından yapması gereken işlemlerin; işlemleri yapabileceği sürelerin; bunları yapmadığı takdirde karşılaşıcağı yaptırımların mutlaka belirtilmesi zorunluluğu gösterilebilir²⁹⁹. Zira, borçlu bu şekilde kendisine karşı yapılan takip ve bazı işlemleri yapması veya yapmaması durumunda, hangi sonuçlarla karşılaşıcağı hakkında bilgilendirilmiş olacaktır. Bunun gibi haciz ve satış aşamalarında kanun koyucunun bilgilendirilme hakkının sağlanmasına hizmet eden birtakım düzenlemeler getirdiği tespit edilmektedir³⁰⁰. Bu

²⁹⁷ Tebligat icra hukuku sistemimizde, hukukî dinlenilme hakkının vazgeçilmez bir unsuru olmasının yanı sıra, hem bir geçerlilik şartı olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır hem de icra takibinin devamını sağlayan esaslı bir unsur olarak önemli bir fonksiyon üstlenmektedir [*örneğin ödeme emri gönderilmeden yapılan haciz işleminin iptali, süresiz şikâyet yolu ile her zaman ileri sürülebilir*] (*Belgesay*, Şerh, s. 64; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 37; *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 130; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 115, 116; *Postacioğlu*, s. 91; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 72). Zira, icra hukuku sistemimizde bazı işlemlerin geçerli olarak kabulü, bu işlemlerin ilgililere usûlünce tebliğ edilmesine bağlıdır ve hukukî dinlenilme hakkının bütünleyici bir parçası olarak tebligatlar, ilgililerine usûlüne uygun bir şekilde yapılmamışsa, icra takip prosedürünün devam etmesi, kural olarak mümkün değildir. Ayrıca tebligatın icra hukuku alanında taşıdığı önem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Belgesay*, Şerh, s. 64-67; *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 129-140; *Postacioğlu*, s. 91.

Tebliğatin, takip prosedürün her aşamasında menfaat dengesinin kurulmasında, önemli araçlardan biri olduğuna ilişkin ayrıca bkz. aşa. II. Bölüm, § 7, III.

²⁹⁸ *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 37; *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 129; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 116; *Postacioğlu*, s. 70.

²⁹⁹ Bu konuda ilâmlı icra yolu ile takip açısından bkz. İİK m. 24, 25, 25a, 26, 30, 31, 32; genel haciz yolu ile takip açısından İİK m. 60; rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip açısından İİK m. 146, 149, 149b; kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip açısından İİK m. 168; kiralanan taşınmazların tahliyesi hakkında yapılan takipler açısından İİK m. 269, 272.

³⁰⁰ Takip sürecinde, borçlunun menfaatlerini doğrudan ilgilendiren ve hakkın zorla yerine getirilmesini sağlayan haciz aşamasında, borçlunun özellikle haciz işlemi ve takip süreci hakkında bilgilendirilmesi önemlidir. Kanun koyucu, bu aşamada, borçlunun yakınlarının da mal varlığının olumsuz yönde etkilenmesini önlemek için de birtakım önlemler (*örneğin*

örnekler dışında, takip prosedürünün çeşitli zamanlarında ilgililerin takiple ilgili işlemlerden haberdâr edilmelerine özen gösterilmelidir. Özellikle, yapılacak takip işlemi ile takip sürecinde ilgilinin hukukî durumunda bir değişiklik meydana gelecekse, ilgilinin o konuda bilgilendirilmesi, hukukî dinlenme hakkının bir gereğidir³⁰¹. Yargılama hukukunda bu kadar ayrıntılı bir bilgilendirme yokken icra hukukunda olmasının sebebi, etki ve müdahalenin daha derin ve doğrudan olmasıdır.

Hukukî dinlenme hakkının sağlanması açısından ikinci aşama, ilgililerin bilgilendirildikleri takip işlemleri hakkında açıklama hakkına sahip olmasıdır. Kişilere bu hak tanınmadan sadece ilgilinin bilgilendirilmesi, takip prosedürü açısından herhangi bir öneme sahip olmayacaktır. İlgililerin bilgilendirildikleri takip hakkında açıklama hakkını kullanmalarını sağlayan en önemli imkânlar arasında, borçlunun kendisine karşı takip başlatıldığını öğrendikten sonra borçluya, bu takibe karşı koyma imkânının tanınmasıdır. Bu hak, her takip yolunun kendine has özelliklerinden dolayı, bir takip yolunda daha geniş diğerindeyse daha dar kapsamlı olarak tanınmaktadır. Ancak burada önem arzeden husus, her takip yolunda, borçluya açıklama hakkı tanınarak takibe karşı koyma imkânı verilmiş olmasıdır. Alacaklının bir mahkeme kararına dayanarak yaptığı ilâmlı icra yolu ile takipte dahi, borçlunun açıklama hakkını kullanarak takibe belirli sebeplere binaen karşı koyması mümkündür (bkz. İİK m. 33). Bu sebeple burada önemle vurgulamak isteriz ki, takip prosedüründe borçlunun takibe karşı koyma imkânını ortadan kaldıran veya etkin bir

üçüncü kişilerin istihkak iddiasında bulunma hakları) almıştır. Özellikle takibin en can alıcı aşaması olan haciz aşamasında İcra ve İflâs Kanunu, borçlunun hukukî dinlenme hakkının sağlanması amacıyla önemli birtakım düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelere İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin 5. fıkrasını; 80. maddenin 2. fıkrasını; 103. maddesini; ihtiyatî hacizde de 262. maddesini örnek göstermek mümkündür. Tüm bu düzenlemelerin haciz aşamasında hukukî dinlenme hakkının sağlanması açısından taşıdığı önem ve bu konudaki açıklamalar için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, B, 4.

Borçlunun, mal varlığının somut olarak etkilendiği bir diğer aşama olan “*satış*” aşamasında da İcra ve İflâs Kanunu, gerek borçlunun gerekse ilgililerin menfaatlerini gözeterek, özellikle de bu kişilerin hukukî dinlenme haklarının sağlanması amacıyla çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerin başında, satışın ilgililerce duyulmasını ve dolayısıyla, ilgililerin satış işlemi hakkında bilgilendirmelerini sağlamak amacıyla, satışın ilân edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (İİK m. 114; 126) (*Özkes*, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 239). Bu aşamada, kanun koyucu işin mahiyeti gereği, taşınır ve taşınmazlar arasında ayırım yapmış; taşınmazların hukukî niteliğini göz önüne alarak, taşınmazların satışı aşamasında ayrıca ilgililere tebliğ şartını aramıştır (İİK m. 127). Satış aşamasında özellikle hukukî dinlenme hakkının sağlanmasına yönelik düzenlemeler hakkında açıklamalar için bkz. aşa. III. Bölüm, III, B, 5.

³⁰¹ *Özkes*, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 240.

şekilde kullanmasını engelleyen her türlü (kanunî veya sözleşmesel) hüküm Anayasa'nın güvence altına aldığı hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde açıklama hakkının kullanılmasına engel teşkil eder ve bu anlamda da, Anayasa'ya aykırıdır. Bu durum, borçlunun takibe karşı koyma imkânını ortadan kaldırdığından veya sınırlandırdığından, menfaat dengesinin de bir taraf aleyhine aşırı bir oranda bozulmasına sebebiyet verecektir³⁰².

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru da, ilgililerin bilgilendirildikleri, hakkında açıklamada buldukları hususların takip prosedüründe dikkate alınmasını talep etme haklarıdır. Bu unsur medenî usûl hukukunda olduğu kadar icra hukuku açısından da önem taşır. Takibin taraflarının ve üçüncü kişilerin, icra hukukuna ilişkin açacağı bir davada bu hakkın gerçekleştirilmesi zaten medenî usûl hukuku anlamında bir zorunluluk teşkil etmektedir. Ancak dikkate alınma unsurunun, takip prosedüründe de işletilmesi anayasal bir zorunluluktur. Bu hakkın kullanılmasının önemli araçlarından birisi, şikâyettir. Zira İcra İflâs Kanun'u'na göre dikkate alınma haklarının bulunduğu bir durumda, icra organlarınca ilgililerin yaptığı açıklama veya beyanların dikkate alınmaması aynı zamanda bir şikâyet sebebi teşkil eder (bkz. İİK m. 16). Bu duruma örnek olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasını göstermek mümkündür. Bu maddeye göre haczi yapan memur, alacaklı ile borçlunun menfaatlerini dengelemekle yükümlüdür (İİK m. 85/son). Bu durumda, haczedilecek başka malları bulunmasına rağmen haczedilmesi menfaatlerini aşırı derecede ihlâl edecek bir borçlu malının, borçlunun itirazlarına rağmen haciz memuru tarafından haczedilmesi, borçlunun hukukî dinlenilme hakkı kapsamında dikkate alınma hakkını zedeleyecektir. Zira bu hükümlerle İcra ve İflâs Kanunu, haczi yapan memura, menfaatleri dengelemek için alacaklı ile borçlunun beyanlarını dikkate alma yükümlülüğü yüklemiştir. Hatta kanun koyucunun, icra memurlarına talepleri tutanakla tespit edip, olumlu veya olumsuz işlem yapma yükümlülüğü yüklemiş olmasına rağmen (bkz. İİK m. 8/I), haciz memurunun konuya ilişkin borçlu

³⁰² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun alacaklı olduğu takiplerde, borçlunun itirazının takibi durdurmayaacağı (BankK m. 138/IV; Bank Yön. m. 37/I, b. c); bu durumun ise, borçlunun takibe karşı koyma imkânını aşırı derecede güçleştiren bir durum yarattığı; bu sebeple de bu durumun gerek alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesine gerekse eşitlik ilkesi ile hukukî dinlenilme hakkını ağır bir şekilde zedelemesi sebebiyle Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki açıklamalarımız için bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, Ç.

beyanını dikkate almaması, haciz memurunun sorumluluğunu gerektirebilecektir. Nitekim ilgililerin beyanlarını dikkate almadan haciz memurunun, haciz işleminin taraf menfaatlerine uygun olup olmadığını kendiliğinden belirlemesi son derece güç olacaktır. Ancak şüphesiz ki, böyle bir durumda borçlu için şikâyet hakkının doğması da, haklı bir menfaat ihlâline dayanmalıdır³⁰³.

ç. Kişiliğin ve İnsan Onurunun Korunması

İnsan onuru, insanın maddî varlığının dışında, bir kişilik değeri olarak vazgeçilemez ve dokunulamaz olmasını ifade eder³⁰⁴. İnsan onurunun korunması, insan hakları kavramının vazgeçilmez bir unsurudur. Bu sebeple, insan onuru, gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse devletlerin kendi anayasalarında özel olarak güvence altına alınmaya çalışılmaktadır³⁰⁵. İcra hukukunda da, kişi gerçekten borçlu da olsa, borçludan, borcu olan şey tahsil edilirken insan onuruna uygun bir şekilde hareket edilmelidir. Zira, borçlunun borcunu ödeyememesi ve hatta ödememesi dahi, o kişinin insan onurunu ve kişilik haklarını zedeleyen bir şekilde muamele görmesini kesinlikle gerektirmez³⁰⁶. Dolayısıyla devlet, icra hukuku alanında sahip olduğu cebir yetkisini kullanırken insan onurunun ve kişiliğin korunmasının gereklerine uymak

³⁰³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda III. Bölüm, § 10, III, B.

³⁰⁴ *Şimşek*, s. 4-5; *Gönül*, s. 5; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 43. İnsan onurunun içeriği ve korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Şimşek*, s. 4 vd.

³⁰⁵ *Şimşek*, s. 30; *Gönül*, s. 5; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 43. Ayrıca insan onurunun uluslararası belgelerde somutlaşmasının tarihî gelişimi hakkında bkz. *Şimşek*, s. 30-44.

³⁰⁶ Nitekim bu konuda icra hukukun en ilkel sistemlerinden olan Roma hukukunda dahi, borçlunun insan onuruna lâyık bir şekilde borcunun tahsilini sağlamaya yönelik birtakım önlemler bulunduğunu belirterek, ilk bölümde bu konu ile ilgili açıklamalarımıza atıf yapma gereği duymaktayız. Zira Roma icra hukuku sistemi, borcunu öde(ye)meyen kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına kadar ileri giden esaslar getirmiş olmasına rağmen, özellikle de ilerleyen imparatorluk dönemlerinde borçlunun, borcunu ödeyerek “şerefsiz” sıfatından kurtulmasına imkân getirecek kadar da borçlunun kişiliğini ve insan onuru, o dönemim koşullarına göre korumayı amaçlamaktaydı. Dolayısıyla insan onurunun korunması gereği, ondokuzuncu yüzyılda insan haklarının gelişmesiyle birlikte vazgeçilmesi mümkün olmayan bir seviyeye çıkarılmış olmasına rağmen, en ilkel icra hukuku sistemlerinde dahi borçlunun insan onurunun korunması ihtiyacının varlığını görebilmekteyiz. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. I. Bölüm, § 2, II.

Ancak belirtmek gerekir icra hukuku alanında kişilik haklarının ne şekilde korunacağı önemli bir husustur. Kişilik haklarının yargı faaliyetinde ne şekilde korunacağı, bünyesinde birtakım sorunları da barındırmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gilles* [*Çev. Pekcanitez*], s. 9-28). İnsan onuru ve kişiliğin korunmasına ilişkin ihlâller icra hukuku alanında, özellikle medenî yargılama hukukuna kıyasla çok daha yoğun olmasına rağmen, esasen bu hukuka aykırılıkların giderilmesi için icra hukukunda alınabilecek önlemler çok daha somuttur. Bu konuda bkz. aşağıda II. Bölüm, § 5, III.

zorundadır. Devlete cebir yetkisi verilmesi, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere kesinlikle borçların tahsilinde, borçlunun şahıs varlığı üzerinde cebir kullanmak suretiyle borcun ifasını sağlamak veya insan onuruna aykırı muamele yapmak anlamına gelmemektedir.

Her kişi toplum içinde varlığının tanınmasını, saygı duyulmasını, dikkate alınmasını, gerektiği değeri görmesini bekler. Dolayısıyla herkes, toplumun ve devlet organlarının kişi varlığına karşı yapılan haksız müdahalelerinden korunmak zorundadır³⁰⁷. Bu koruma, temelini, kişinin doğuştan varolan vazgeçilemez, dokumulanmaz “*insan onuru ile yaşama hakkı*”ndan alır. Bu sebeple kendisine karşı yapılan takipte, gerek alacaklının gerekse icra organlarının borçluya saygı duyması, borçlunun insan onurunu koruması gerekmektedir. Nitekim devletin, kişilerin insan onurunu korumak gibi bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklının da, icra organları aracılığıyla herkese eşit oranda tanınan borçlunun ve üçüncü kişilerin bu hakkına müdahale etmemesi, bu hakka tecavüz etmemesi gerekmektedir. Hukuk devleti de devletin, insan onurunu şeklen ve madden korumayı, onu anayasal bir güvenceye kavuşturmayı, hukukî düzenlemelerinde ve uygulamalarında bunu göz önünde bulundurmaya gerektirir³⁰⁸.

Bu kapsamda, İcra ve İflâs Kanunu’nun 80. maddesinde belirtilen borçlunun şahsına ve mal varlığına karşı kuvvet kullanma yetkisinin de meşruluğu kanaatimizce tartışmaya açıktır. Zira hiç bir mahkeme kararına dayanmadan haciz memurunun, bir kişinin evinin kapısını gıyabında açtırıp, gerekiyorsa evin içinde kilitli yerlerdeki eşyaları zorla alması (İİK m. 80/III) veya borçlunun üzerini araması ve borçlunun

³⁰⁷ **Şimşek**, s. 8. *Sokrates*, kişi dokunulmazlığının önemini şu şekilde ifade ederek kişiliğin ve insan onurunun mutlak ve kutsal bir hak olduğunu belirtmiştir: “*Sizler milletvekili, bakan, kral ya da devlet başkanı ve her ne olursanız olunuz, güttüğünüz politika ile her köylünün, her işçinin, kendi soyunuzda olan her insanın haklarına, değerlerine, onuruna saygı göstermezseniz, yahut insanlara eşit muamele yapmak ve hak tanımak istemezseniz, sizlerin tutumu halk yığınları için ya bir zulüm, bir zorbalık şekli alır ya da idare ve hükümet etme perdesi arkasına sığınarak milleti soyma ve ulusal zenginlikleri insafsızca yağma etme görevi haline gelir... İnsanı asla unutmayınız. Her şeyden önce insanın kişisel dokunulmazlığına saygı gösteriniz. Kişisel dokunulmazlığın insan için en yüce ve kutsal bir hak olduğunu daima hatırlayınız.*” (*Işıktuç*, s. 52).

³⁰⁸ **Özkes**, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 41. Nitekim Anayasa mahkemesi de insan onurunu, “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır...*” şeklinde ifade etmiştir (AMK 27.12.1965, 1963-57/65 [<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-65.HTM>]; Erişim Tarihi: 12.05.2008]). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **Alifendioğlu**, Hukuk Devleti, s. 157.

üzerinden kıymetli şeyleri alabilmek için borçluya karşı kuvvet kullanabilmesi (İİK m. 80/IV), insan onuru ve kişilik haklarını zedeler. Bu kapsamda, kanaatimizce haciz memurlarının sahip olduğu bu yetkilerin tekrar gözden geçirilmesi zorunludur³⁰⁹. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun kabul edildiği 1932 yılının insan hakları anlayışına ters düşmeyebilen bu düzenlemeler, günümüzün gelişen insan hakları anlayışıyla örtüşmemektedir. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinde belirtilen yetkilerin, haczi gerçekleştiren memur tarafından ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı da önem taşır. Zira mevcut sistemimizde, bünyesinde insan onuruna ve kişilik haklarına ihlâl tehlikesini barındıran bu yetkinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda belirleyici olacak en önemli araç, ölçülülük ilkesidir. Bu sebeple hükmün mevcut hâliyle insan onuru ve kişilik haklarına karşı gerçekleştirilebileceği ihlâllere karşı, ölçülülük ilkesinin her somut olayda uygulanması zarurîdir. Zira ancak bu şekilde, bünyesinde ciddî ihlâl tehlikeleri barındıran yetkinin, insan onuru ile kişilik haklarını ihlâl etmesine engel olunabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun, *-aynı zamanda insan onuru ve kişilik haklarına ihlâl tehlikesini barındırdığı-* 80. maddesinin haciz memurlarına tanıdığı zor kullanma yetkisi, ileride ayrı bir başlık altında değerlendirileceğinden bu noktada konunun ayrıntısına girmiyoruz³¹⁰.

İnsan onuru ve kişilik haklarının korunması husunda, özellikle borçlunun hangi mal varlığı değerlerine haciz konulacağı da önem taşır. Zira, bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nun 82 ve 83. maddeleri, borçlunun ve ailesinin de kişilik değerleri ile onurunu korumak amacıyla, borçlunun bazı mal varlığı değerlerinin haczolunamayacağını düzenlemiştir. Ancak borçlunun bazı mal varlığı değerleri hacze kâbil olmasına rağmen, o malın hacz edilmesi o kişinin kişilik haklarını zedeleyebilir. Bu durum gerçek kişiler açısından söz konusu olabileceği gibi, tüzel kişiler açısından da söz konusu olabilecektir. Nitekim, tüzel kişi tacirlerin de ticarî itibarları, onların kişilik haklarının korunmasını gerektirir. Bu durumda da örneğin, haciz memurunun 85. maddenin son fıkrasına göre, alacaklı ile borçlu arasındaki *"menfaatleri telif etme yükümlülüğü"* devreye girerek, borçlunun haksız yere kişilik haklarının zedelenmesinin önüne geçilmelidir (bkz. İİK m. 85/son). Yine

³⁰⁹ Bu konuda bkz. *Atalay*, Yargısız İnfaz, s. 67-69.

³¹⁰ Bu konuda bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, B, 4, b.

günümüzde, borçlunun borcunu ödeyememesi sebebiyle cezalandırılmamasının temelinde de, borçlunun kişilik haklarının ve onurunun korunması anlayışı yer almaktadır.

Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu'nun sadece alacaklı ile borçlunun değil, üçüncü kişilerin de kişilik hakları ile onurunu koruma amacına hizmet eden hükümlerinin bulunduğunu ifade edebiliriz. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde, belirtilen borçlunun haczedilemeyecek malları açısından borçlunun birlikte yaşadığı aile üyelerinin kişilik haklarının korunması esası bulunmaktadır. Nitekim haczedilemeyecek hak ve alacakların “*haczi kâbil olmaması*”nın sebebi, borçlu ve ailesinin topluma muhtaç hâle gelmesini; dolayısıyla, onların topluma karşı onurlarının zedelenmesini önlemektir. O hâlde, Kanun tarafından sadece borçlunun “*insan onuru*” korunmamış; aynı zamanda borçlunun ailesinin de onuru korunmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra, borçlunun fiilî veya organik bir bağının bulunmamasına rağmen, söz konusu takipten kişilik hakları zarara uğrayan üçüncü kişilerin de korunacağı konusunda şüphe duyulmamalıdır. Yani borçlu ile herhangi bir bağ bulunmamasına rağmen, kendisine karşı haksız yere takip yapılan veya haksız takip işlemlerine maruz kalan üçüncü kişilerin de kişilik haklarının korunması asıldır. Nitekim bu konuda özellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlar önemli bir içtihat oluşturmuştur. Bu konuyla ilgili açıklamalarımız ileride ayrıca yapılacaktır³¹¹.

İlâmlı icra yolu ile takipte de, özellikle çocukların kişisel gelişiminin korunması çerçevesinde insan onurunun korunmasının gereklerine uygun olarak birtakım düzenlemeler getirildiğini tespit edebilmekteyiz. 4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'na, çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin gereklerine uygun olarak eklenen 25b hükmü, çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında uyulması gereken bazı kriterler getirmiştir. Bu durum İcra ve İflâs Kanunu'nda, evrensel insan haklarının

³¹¹ Bkz. aşa. II. Bölüm, § 5, III.

gereklilerinin yerine getirilmesi konusunda birtakım eğilimlerin başladığına işaret etmektedir³¹².

d. Mülkiyet Hakkının Korunması

Anayasa'nın 35. maddesi hükmüne göre; “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. / Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir”. Bu hükümle birlikte mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır. Anayasa’da hüküm altına alınan mülkiyet hakkının içeriği Türk Medenî Kanunu’nun 683. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir (TMK m. 683/I). Bu şekilde içeriği belirlenen mülkiyet hakkı, sahibine, mal üzerinde *mutlak* ve *inhisarî* bir egemenlik yetkisi tanıyan aynî haktır³¹³. Bu hakkın aynî hak olması, sahibine, hakkın ihlâli veya ihlâli tehlikesi karşısında herkese karşı ileri sürülebilen bir yetki vermektedir (ayrıca bkz. TMK m. 683/II). Bu sebeple, mülkiyet hakkı kanunlara aykırı olarak ihlâl edilen kişi, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir koruma hakkına sahiptir³¹⁴.

Takip prosedürünün temeli olan mülkiyet hakkı, özellikle konusu para olan icra takiplerinde, alacaklının “*alacak hakkı*”nı; borçlunun da, borcunun tahsili amacıyla ödemesi gereken “*borcun*” konusunu teşkil etmektedir. Takip prosedüründe, çoğunlukla hem alacaklı hem de borçlunun amacı mülkiyet hakkını korumaktır. Zira icra hukukundaki tüm malvarlıksal değerlere dair alacaklı talepleri, mülkiyet hakkına yönelmektedir³¹⁵. Örneğin genel haciz yolu ile takipte, alacaklı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu *alacağını* elde etmeye çalışırken; borçlu da, haksız yere mal varlığına dahil mal, hak ve alacaklara karşı yapılacak ihlâllere karşı mülkiyet hakkını korumaya çalışmaktadır. Bu korumanın temelini de, takip prosedüründe doğrudan

³¹² “Maddede, çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9 uncu maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunabilecek belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.” (Hükümet Gerekçesi m. 8; **Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir**, s. 79). Bu konuda ayrıca bkz. **Pekcanitez**, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 141-142; **Uyar**, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 165.

³¹³ **Akıpek**, s. 3-4; **Köprülü/Kaneti**, s. 3-4; **Aybay/Aybay**, s. 204.

³¹⁴ **Akıpek**, s. 3-4; **Köprülü/Kaneti**, s. 3-4.

³¹⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 46.

doğruya borçlunun mülkiyet hakkına müdahale edilmesi oluşturmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, borçlunun, *borca yeter miktar dışındaki* mal varlığına haciz uygulanamaması mülkiyet hakkının korunması gereğinin bir sonucudur.

Borçlunun mülkiyet hakkına doğrudan doğruya müdahalede bulunulan takip aşaması hacizdir. Zira, öğretide kabul gören haczin tanımına baktığımızda, söz konusu müdahale açıkça görülmektedir. “*Haciz, para alacaklarının ödenmesini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından el konulmasıdır*”³¹⁶. Haczin, borçlunun mülkiyet hakkına yaptığı doğrudan doğruya müdahale gözetilerek, kanun koyucu tarafından, haczin gerçekleştirilmesi aşamasında, mümkün olduğunca alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi; alacaklının, alacağına kavuşması sağlanırken, borçlunun da menfaatlerinin olabildiğince korunması gerektiği hükme bağlanmıştır (İİK m. 85/son).

Takip prosedüründe sadece alacaklı ile borçlunun değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin de mülkiyet hakkının korunması gerekmektedir. Borçların şahsiliği ilkesinin bir sonucu olarak, üçüncü kişilerin mal varlığı üzerine haciz konması mümkün değildir. Şayet, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı dikkate alınmaksızın bu kişilerin mal varlığı değerleri üzerine haciz konulursa, üçüncü kişi (*veya üçüncü kişi yerine borçlu*) istihkak iddiasında (İİK m. 96 vd.) bulunabilecektir. Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu’nun mevcut 88. maddesinin ikinci fıkrası, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını ihlâl eden bir düzenleme olarak ağır şekilde eleştirilmektedir. Bu konuyla ilgili açıklamalarımız aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak yapılacaktır³¹⁷.

e. Konut Dokunulmazlığının Korunması

Anayasamızın 21. maddesindeki “*konut dokunulmazlığı*”na ilişkin düzenlemeye göre; “*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına*

³¹⁶ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 193. Benzer yönde tanımlar için ayrıca bkz. *Postacıoğlu*, s. 290; *Muşul*, s. 471; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 143; *Kuru*, El Kitabı, s. 358.

³¹⁷ Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu’nun 88. maddesinin, üçüncü şahsın mülkiyet hakkına yaptığı haksız müdahalenin Anayasa’ya aykırılık oluşturduğu yönünde bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, B, 4, ç. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu’nun 88. maddesinin hukuka aykırılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 17 vd.

bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”. Görüldüğü üzere, konut dokunulmazlığını düzenleyen anayasal kural son derece açıktır. Normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa, tüm kanunî düzenlemelerin üstündedir ve tüm hukuk dallarında öncelikle uyulması gereken normlar içerir. Bu açıdan, icra hukuku açısından da, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki hükümlerin Anayasa normlarına uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla, konut dokunulmazlığını düzenleyen bu Anayasal hüküm, icra hukuku açısından da öncelikle dikkate alınması gereken bir düzenlemedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki temelini, özel yaşamın gizliliğine dayandıran konut dokunulmazlığı insan onurunun korunmasıyla ilgili temel bir hak³¹⁸.

Hukukumuzda gerek ilâmlı icra yolu ile takip gerekse ilâmsız icra yolu ile takip, haciz için borçlunun konutuna veya işyerine haciz memurunun girebilmesini herhangi bir arama emrini içeren bir mahkeme kararına bağlı tutmamaktadır. Gerek ilâmlı gerekse (*varsa*) ilâmsız icra yolu ile takiplerde, icra dosyasında bulunan mahkeme kararı, sadece borçlunun borçlu olduğunu belirtmekte; bunun yanında, borçlunun konutuna veya işyerine girilerek hangi mal varlığı değerlerine el konulacağını içermemektedir. Oysa hukuk sistemimizde, bir kişinin *suçlu* olduğuna dair ciddî emareler bulunsa dahi, savcının, söz konusu kişinin konutuna veya işyerine girebilmesi için arama emri aranırken, haciz memurunun arama emrini içeren bir mahkeme kararı olmadan borçlunun evine girebilmesi³¹⁹ kanaatimizce icra hukukunun ve çalışma konumuz olan menfaat dengesinin en önemli sorunlarının başında gelir. Zira bu durum aşağıda belirteceğimiz üzere, Anayasa karşısında da çok ciddî bir ihlâl taşımakta; ayrıca, haciz memuruna, bir savcının yetkilerini dahi aşan

³¹⁸ Bu konuda bkz. *Şimşek*, s. 178-179.

³¹⁹ Bu konuda bkz. *Atalay*, Yargısız İnfaz, s. 67-69.

nitelikte yetkiler bahşetmektedir³²⁰. Ayrıca haciz memuruna borçlunun konutuna veya işyerine, borçlunun gıyabında dahi kapıyı zorla açtırarak konutundaki veya işyerindeki kilitli yerleri gerekiyorsa zorla açtırarak mallarına el koyma yetkisi tanıyan İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesi gözönüne alındığında (bkz. İİK m. 80/II, III), varolan menfaat dengesi ihlâli ve onun da ötesinde Anayasa'ya aykırılık sorunu ciddiyetini açıkça ortaya koyacaktır.

Borçlunun temel haklarından olan ve Anayasa ile güvence altına alınan konut dokunulmazlığının korunmasının, icra hukuku sisteminde barındırdığı ve menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulmasına sebebiyet veren Anayasa'ya aykırı müdahaleler bundan sonraki bölümde ayrıca inceleneceğinden, burada sorunun ciddiyetini ortaya koymakla yetinmeyi tercih ediyoruz³²¹.

³²⁰ Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "Arama Emri" başlıklı 119. maddesi konuyla ilgili şu düzenlemeyi getirmektedir: "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" (CMK m. 119/1). Benzer esaslar aynı zamanda *Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği*'nin 7. ve 8. maddelerinde de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, ceza hukuku kurallarına göre bir kişinin evinde, işyerinde arama yapılması Anayasa'nın 21. maddesindeki hükme paralel şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu aynı maddenin ikinci fıkrasında arama kararında veya emrinde hangi hususların bulunması gerektiğini de belirterek, kişilerin hukukî güvenliğini de sağlamayı amaçlamıştır. Bu düzenlemeye göre, "Arama karar veya emrinde; a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, 2) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, Açıkça gösterilir" (CMK m. 119/2). Görüldüğü üzere, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun arama kararının içeriğinde neler olması gerektiği dahi son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve konutunda veya işyerinde arama yapılacak kişilerin keyfî müdahalelere maruz kalması önlenmek istenmiştir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda aramaya ilişkin bu şekilde ayrıntılı düzenlemelerin kabul edilmesinin amacı *Özbek* tarafından şu ifadelerle belirtilmektedir: "Aramaya hakim tarafından karar verilebilmesi kuralının getirilmesindeki düşünce, aramanın önemli temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olmasıdır. Bu hukuk devleti olmanın gereğidir. Zira hakim yasaya uygunluk yanında, amaca uygunluğu da gözetir. Gerçekten, arama kararı çoğu kere devlet menfaatleri ile birey menfaatleri arasında denge gözetilmek, bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilemeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karardır ve bu bakımdan hakime bırakılması gereklidir. Aramanın hakim kararına bağlanması, kişi için bir güvence oluşturur. Bu bakımdan, aramada hakim kararının varlığı aramanın teminatıdır denilebilir." (*Özbek*, s. 424). Yazarın belirttiği esaslar, aynı şekilde icra hukuku alanında da geçerlidir. Sadece icra hukukunda devlet ile kişinin değil, kişiler arasındaki menfaatler çatışmaktadır. Ancak bu durumda da haciz memurunun borçlunun konutuna veya işyerine girmesi ve hatta buradaki malları haczetmesi, kişilerin konut ve kişi dokunulmazlığı ile ilgilidir. Bu çerçevede açık Anayasa hükmü karşısında, haciz memuruna bu yetkinin tanınması hukuk sistemimiz açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir.

³²¹ Bu konuda bkz. aşa. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 3.

f. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü

Yerleşme ve seyahat özgürlüğü, Anayasa'nın 23. maddesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birini teşkil eder. İcra hukuku alanında, Anayasa'nın bu düzenlemesine aykırılığı tartışma konusu yapılan husus ise, kamu borçları sebebiyle vatandaşların yurtdışına çıkışına yönelik konulan yasaklardır. Bu çerçevede birazdan ele alacağımız üzere, icra hukuku açısından asıl problem borçlunun, kamu borçları sebebiyle Anayasa'nın 23. maddesi ile güvence altına alınan seyahat özgürlüğüne müdahalede bulunulup bulunulamayacağı ile ilgilidir.

Herkesin seyahat özgürlüğünün bulunduğunu belirten Anayasa'nın 23. maddesi, üçüncü fıkrasında bu özgürlüğün hangi şartlar altında sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Bu hükme göre, kişilerin seyahat özgürlüğü, münhasıran suç soruşturma, kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabilecektir (Ay m. 23/III). Dolayısıyla seyahat özgürlüğüne özel sınırlama sebeplerini düzenleyen Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrası, bu sebepleri iki durumun varlığıyla sınırlı tutmuştur. O hâlde bu sebepler dışında bir başka sebebe binaen kişinin seyahat özgürlüğüne müdahale edilmesi söz konusu olamaz. Kaldı ki, Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen özel sınırlama sebeplerinden birisi gerçekleşmiş olsa dahi, müdahalenin aynı zamanda Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen genel sınırlama sebeplerini (*ve dolayısıyla ölçülülük ilkesini de*) sağlamış olması gerekir.

Ancak hukukumuzda, uzun bir süre 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi³²² ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. maddesine³²³ dayanılarak, düzenlemelerde belirtilen borçluların yurtdışına çıkışı yasaklanmıştı³²⁴.

³²² 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi şu şekilde idi: “Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez.”

³²³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. maddesi şu şekilde idi: “Sermayesinin yarısından fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda (Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş. dahil) ... **tüzel kişilerin kanuni temsilcileri ile borçlu veya borçla diğer ilgililerin yurt dışına çıkmasını yasaklama dahil bankalarınca uygulanır.**”

³²⁴ Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesinde belirtildiği şekilde, madde kapsamında belirtilen kamu bankaları da Geçici 13. maddenin kapsamındaki alacakları için tüzel kişilerin kanunî temsilcileri ile borçlu ve borçla diğer ilgililer hakkında 5682 sayılı

Belirtmek gerekir ki, bir kamu borcunun tahsilinin sağlanmasında *-borçlunun eylemi ayrıca bir suç teşkil etmiyorsa-* ne suç soruşturma veya kovuşturmasıyla ilgili ne de suç işlenmesini önlemeyle ilgili bir durum söz konusudur. Bu hâliyle, gerek Pasaport Kanunu'nun gerekse Bankacılık Kanunu'nun, yurt dışına çıkış yasağıyla ilgili söz konusu düzenlemesi, öncelikli olarak Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen özel sınırlama sebeplerine girmemektedir. Bu durumda, düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde genel sınırlama sebeplerine ve bu arada ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığına bakılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Nitekim her iki Kanun'un da söz konusu hükümleri, haklı olarak Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel sınırlama sebebini düzenleyen 13. maddesine aykırı bulunarak 8 Ekim 2007 tarihinde iptal edilmiştir³²⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararının ardından henüz sekiz aylık bir süre geçmiş olmasına rağmen, 4 Haziran 2008 tarihinde yasama organı tarafından, yurt dışına çıkış yasağı ile ilgili söz konusu düzenleme bu sefer de Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a eklenmiştir. Yasama organının gerekçesinde, yurt dışına çıkış yasağı ile ilgili düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı, sadece 13. maddedeki ölçülülük ilkesine indirgenmiş; aykırılığın sadece genel sınırlama sebebinden kaynaklandığı yönünde ifadeler kullanılarak bu aykırılığın giderildiği gerekçesiyle³²⁶ çok benzer şekilde düzenleme 4 Haziran 2008 tarihi

Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanmasını talep yetkisine sahip idi. Bu konuda bkz. *Altı*, s. 1322.

³²⁵ AMK, 08.10.2007, 4/81 (RG 08.12.2007, S. 26724).

³²⁶ “Yurt dışına çıkış tahdidi uygulaması, 6183 sayılı Kanunun 1953 yılında Hükümet Tasarısı olarak Meclise sunulan metninde yer aldığı halde, Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından 5682 sayılı Pasaport Kanununda yer aldığı gerekçesiyle Tasarı metninden çıkarılmıştır. / Yurt dışına çıkış tahdidi uygulamasına yönelik 5682 sayılı Pasaport Kanununun 22 nci maddesinde yer alan ‘... vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez.’ şeklindeki hüküm, ‘vergi borcu’ ibaresinin amme alacaklarının tamamını kapsayıp kapsamadığı, hangi aşamada tahdit uygulanacağı, borcun limiti, tahdidin ne şekilde kaldırılacağı gibi hususları içermemektedir. Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin ancak Kanunla sınırlandırılabilceği ilkesi gereğince tahdidin sınırlarının Kanunla belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. / Anayasa ilkeleri çerçevesinde, kamu alacaklarının tahsil güvenliğini sağlamak üzere ‘Yurt Dışına Çıkış Tahdidi’ müessese olarak yeniden düzenlenmekte ve hazırlanan bu madde ile 6183 sayılı Kanunun kapsamına alınmaktadır. / Öngörülen düzenlemeye göre yurt dışına çıkış tahdidi, 6183 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre alacaklarını alacaklı amme idaresi sıfatıyla takip ve tahsil edebilen Devlet, il özel idaresi ve belediyeden yalnızca Devletin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen amme borçluları ile haklarında bu alacaklar nedeniyle ihtiyati haciz kararı alınan amme borçluları hakkında uygulanabilecektir. / Maddede

itibariyle (bkz. 04.06.2008 t.li, 5766 s.lı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 27) tekrar uygulanmaya başlanmıştır. Oysa az önce de belirttiğimiz üzere, düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa'nın 23. maddesindeki özel sınırlama sebeplerinden birisine girmemesidir. Bu durumda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Yurt dışına çıkış tahdidi" başlığını taşıyan mevcut 36A hükmünün, borçlunun menfaatlerini ağır şekilde zedeleyen Anayasa'ya aykırılıklar barındırdığı rahatlıkla söylenebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, düzenlemede yurt dışına çıkış tahdidine karar verilebilecek hâller oldukça geniş tutulmuş; ayrıca bu kararın "ilgili makamlarca" verileceği belirtilmiş, ancak ilgili makamın kim olduğu açıklanmamıştır. Kabul edilen bu esaslar, borçlunun hak ve menfaatlerini ihlâl tehlikesi altında bırakmaktadır. Hukuk kurallarının en önemli özelliği belirli olması gereğidir. Ancak bu hâliyle Anayasa'nın 23. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebepleri bulunmamasına rağmen, söz konusu düzenlemeyle borçlunun yurt dışına çıkış hakkına sınırlama getirilmesi, menfaat dengesinin alacaklı lehine bozulmasına sebebiyet vermektedir.

3. İcra Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklere Yapılan Müdahalelerin Anayasal Boyutu

Bir hakkın, anayasal bir temel hak ve özgürlük olmasının en önemli sonucu, Anayasamızın, temel hak ve özgürlüklere bağlamış olduğu sonuçlardır. Zira Anayasa'nın 12. maddesine göre; "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*". Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerden vazgeçilmesi mümkün olmadığı gibi, bu hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler de *-Anayasa ile belirtilen çerçevede-* son derece sınırlı

tahdidin uygulanabilmesi için gerekli olan asgari amme alacağı tutarı belirlenmekte ve tutara yönelik belli oranlar çerçevesinde Bakanlar Kuruluna yetki verilmektedir. / Ayrıca, yurt dışına çıkış tahdidinin hangi hallerde kaldırılacağı madde metninde açıkça belirtilmekte, yurt dışına çıkış tahdidinin kaldırılmış olmasının gerekli koşulların varlığı halinde yeniden tatbikine mani olmadığı madde metninde ifade edilmektedir. / Diğer taraftan madde ile daha önceki uygulamada da olduğu gibi, amme borcunun ödenmesinden amme borçlusu ile beraber ödeme sorumluluğu bulunan ve 6183 sayılı Kanunun amme borçlusu saydığı kişiler hakkında da bu tahdidin uygulanacağı belirtilerek açıklayıcı düzenleme yapılmakta, maddenin uygulamasına yönelik usul ve esasları belirlemek hususunda Maliye Bakanlığına yetki verilmektedir." (5766 s.lı Kanun, Madde Gereğesi).

olacaktır³²⁷. İcra hukukunun ve çalışma konumuzun en önemli sorunlarının başında da, takip prosedüründe menfaat dengesinin bir taraf aleyhine bozulmasına sebep olan temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin sınırının, ölçüsünün tespiti ve dolayısıyla icra hukukunda geçerli olan birtakım kuralların, kişilerin anayasal haklarını ihlâl edip etmediği gelmektedir. Nitekim tekrar vurgulamak istiyoruz ki, menfaat dengesi ihlâllerine sebebiyet veren durumlar, esasında temelini, Anayasa'ya aykırı olarak temel hak ve özgürlüklere yapılan ihlâller ile anayasal ilkelerin (*eşitlik ilkesi, kuvvetler ayrılığı gibi*) zaman zaman görmezden gelinmesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinden temelini alan ölçülülük ilkesi karşısında, icra hukukunda menfaat çatışmasına konu olan bazı temel hak ve özgürlükler, ancak Anayasa'nın belirlediği kapsam çerçevesinde sınırlanabilecektir³²⁸. Ölçülülük ilkesi, öncelikle Anayasa'nın 13. maddesinde somut olarak belirtildiği şekilde yasama organının, kanun yapma faaliyetinde geçerli olan bir ilkedir. Nitekim bu başlık altında yapacağımız açıklamalar da, kanun koyucunun Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesini göz ardı etmesi sebebiyle, Anayasa'ya aykırılık teşkil eden ve bu anlamda menfaat dengesini bozan kanun maddelerinin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Bunun dışında ölçülülük ilkesinin diğer bir anlamı ise, icra memurlarının gerçekleştirdikleri idarî işlemlerde ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket etmesi zorunluluğudur. Bu durum, temelini doğrudan doğruya Anayasa'nın 13. maddesinden almamaktadır. Zira Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesi, ancak temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler açısından göz önüne alınabilmesine karşın; icra hukukun temel ilkelerinden olarak kabul ettiğimiz

³²⁷ Zira bu durum, Anayasa'nın "*Temel hak ve ödevler*" başlığı altında düzenlediği temel hakların (Ay m. 17-40), kişilerin doğuştan sahip olduğu birtakım vazgeçilemez, dokunulamaz haklardan olmasından kaynaklanır. Nitekim "*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*" başlığını taşıyan Anayasa'nın 12. maddesinin gerekçesinde, temel hak ve hürriyetlerin niteliğini belirleyen maddenin ilk fıkrasında, bu hakların "*bir devlet lütfü*" olmadığı ve devletin, kişilerin sahip olduğu bu haklara kural olarak, hiç bir müdahalede bulunamayacağı vurgulanmıştır (bkz. *Akad/Dinçkol*, s. 137).

³²⁸ 4709 s.lı 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasamıza giren ve çalışma konumuzu da çok yakından ilgilendiren kavramlardan birisi olan ölçülülük ilkesi, bu değişiklikten önce Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılından 2001 tarihine kadarki çeşitli kararlarında uygulamakta olduğu bir ilkeydi. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini uygularken, kanun koyucunun sınırlamada bulunurken araçla amaç arasında ölçsüz bir oran uygulamamasını, yani bu konuda makûl ölçülerin aşılması gerektiğini benimsemekteydi (Bu konuda ayrıca bkz. *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 90; *Vuraldoğan*, s. 64-65).

ölçülülük ilkesinin uygulanabilmesi için, doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi dahi gerekmemektedir. Yani ikinci türden ölçülülük ilkesi, icra memurunun gerçekleştireceği *her işlemde* taraf menfaatlerine uygun olarak hareket etmesini zorunlu kılan ve bu anlamda anayasal ilke olan ölçülülük ilkesinden çok daha geniş uygulama alanına sahip olan bir ilkedir. Dolayısıyla ikinci anlamda kullandığımız ölçülülük ilkesi, kanun koyucunun yasama faaliyeti ile değil, yürütme organının kanunları uygulamasıyla ilgili esas alınacak bir ölçüttür. Bu çerçevede öncelikle, icra hukukunda kişilerin temel haklarına yapılan müdahaleleri anayasal ölçülülük ilkesi kapsamında (Ay m. 13) ele almak istiyoruz; ardından ise ayrı bir başlık hâlinde, icra memurlarının gerçekleştirdikleri işlemleri ölçülülük ilkesi kapsamında ele alacağız³²⁹.

4709 sayılı, 2001 tarihli Kanun değişikliği ile³³⁰ 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin sistemiyle ilgili önemli birtakım değişiklikler yapılmıştır³³¹. Bu değişikliklerden önce, Anayasa'nın 13. maddesinin verdiği yetki ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması son derece geniş bir alana sirayet etmekteydi³³². Zira, değişiklikten önce Anayasa'nın 13. maddesi çok geniş bir "*genel sınırlama sebebi*" öngörmekteydi. 2001 Anayasa değişikliği ile bu genel sınırlama sebebinin uygulama alanı daraltıldı; bunun yerine temel haklarla ilgili her bir Anayasa hükmünde, ilgili temel hakkın sınırlandırılmasını mümkün kılan "*özel sebepleri*" belirlendi³³³. Anayasa'nın 13. maddesi ise tekrar gözden geçirildi ve bu maddeye getirilen ölçülülük ilkesi, özel sınırlama sebeplerinin yanı sıra aranan önemli bir genel sınırlama koşulu olarak kabul edildi. Biz de çalışmamızın bu bölümünde, özellikle haciz aşamasında borçlunun temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sorununu

³²⁹ İcra hukukunun temel ilkeleri arasında varlığı kabul edilmesi zorunlu olan, bu ikinci tür ölçülülük ilkesi hakkındaki açıklamalarımız için bkz. aşa. I. Bölüm, § 4, II, B.

³³⁰ RG 17.10.2001, S. 24556.

³³¹ Bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözler*, 2001 Değişikliği, s. 53 vd.; *Vuraldoğan*, s. 92-144.

³³² *Gözler*, 2001 Değişikliği, s. 54-55; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 90; *Vuraldoğan*, s. 117.

³³³ *Gözler*, s. 55; *Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 90; *Vuraldoğan*, s. 92. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. *Vuraldoğan*, s. 116-118. Bu hâliyle, 2001 Anayasa değişikliğinde benimsenen genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması esasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden esinlendiği ve özellikle de bu Sözleşme ile Anayasamız arasında paralelliğin kurulması amacıyla değişikliklerin yapıldığı belirtilmektedir (*Giritli*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 91; *Vuraldoğan*, s. 110).

iki yönlü ele almak istiyoruz. İlk durumda, haczi yapan memurun, borçlunun mal varlığı değerlerini haczetme yetkisini bir mahkeme kararı olmaksızın kullanması hâlinde, borçlunun temel haklarına yapılan bu sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğu sorunun ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu aşamadaki sorun, daha fazla temel hak ve özgürlüklere getirilen özel sınırlama sebeplerinin, bu tip müdahalelerde gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilidir.

2001 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda özel sınırlama sebeplerini, ilgili olan her bir maddenin altında ayrıca açıklamış ve bazı durumlarda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını hâkim kararına bağlamıştır³³⁴. Örneğin millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması *sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak* usûlüne göre verilmiş bir hâkim kararı bulunuyorsa, kişinin özel hayatına müdahale edilebilir (Ay m. 20) veya kişinin konutuna girilebilir (Ay m. 21). Dolayısıyla Anayasamız, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, hâkim kararına öncelik tanımaktadır. Haciz aşamasında, Anayasa'da sayılan sınırlama sebepleri arasında özellikle "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*"na dayanılarak borçlunun temel haklarına (Ay m. 20; 21) müdahale edilmesinin mümkün olduğu belirtilebilir. Zira gerçekten de, haciz aşamasında *alacaklının mülkiyet hakkının* korunması gereği, borçlunun mal varlığına yapılacak müdahaleyi meşru hâle getirir. Dolayısıyla bu durumda, haciz memurunun elinde bir mahkeme kararı bulunmakta ise, yapılan müdahalenin özel sınırlama sebebine uygun olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu durumda dahi, haciz memurunun elinde bulunan icra mahkemesince verilen itirazın (*geçici veya kesin*) kaldırması kararının veya genel mahkemelerce verilen itirazın iptaline ilişkin kararın, Anayasa'nın 20 ve 21. maddesinde aranan anlamda bir "*yargıç kararı*" değildir. Nitekim, Anayasa'da aranan "*yargıç kararı*", kişinin "*konutuna girilebilmesine*" ve "*mallarına el konulmasına*" cevaz verecek bir mahkeme kararıdır (karş. CMK m. 119/II). Dolayısıyla, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası sonunda elde edilen mahkeme kararının, bu içeriğe sahip olmadığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

³³⁴ Bu konuda bkz. *Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 152.

Diğer bir sorun ise haciz memurunun, elinde herhangi bir mahkeme kararı olmadan borçlunun konutuna girip arama yapması, mallarına el koyması, şahıs varlığı üzerinde zor kullanması durumunda gerçekleşir. Zira 2001 değişikliğiyle birlikte Anayasamızda, *istisnaî olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde*, kanunla yetkili kılınan merciin emriyle temel hak ve özgürlüklere sınırlama yapılabilmesi kabul edilmiştir. Örneğin Anayasa'ya göre, özel hayatın gizliliğine (Ay m. 20), konut dokunulmazlığına (Ay m. 21) “*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, yargıç kararı olmaksızın, yasayla yetkili kılınan merciin yazılı emriyle*” müdahale mümkündür. Bu durumda, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale bir yargı kararı olmaksızın gerçekleşmektedir. Bu yüzden de Anayasa, bu durumun sakıncalarının önlenmesi amacıyla yetkili merci kararının yirmidört saat içerisinde hâkimin onayına sunulmasını ve hâkimin de kırksekiz saat içerisinde kararını açıklamasını zorunlu kılmıştır. Aksi takdirde bu idarî kararın kendiliğinden yürürlükten kalkması söz konusu olacaktır. Zira bir hukuk devletinde, *yürütme organının* (bu arada icra organlarının) temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yetkilerinin en kısa zamanda ve en çabuk biçimde Anayasa'ya ve kanuna uygunluk yönünden yargı denetimi kapsamına dahil edilmesi mutlak bir zorunluluktur³³⁵. Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda hâkim kararı olmaksızın temel hakların sınırlandırılması kararının, yürütme organınca verilmesi istisnaî bir yol olarak tercih edilmelidir.

Bu çerçevede hukuk sistemimizde haciz aşamasında konutuna girilebilmesi ve yapılan müdahalenin ardından Anayasa'nın aradığı anlamda bir hâkim kararının alınmaması, icra hukuku sisteminin benimsemiş olduğu esasların Anayasa'ya aykırılık sorununu ortaya çıkarmaktadır. Zira bu durumda, borçlunun temel haklarına yapılan müdahaleden önce veya sonra, yapılan müdahalenin (Ay m. 20; 21) Anayasa'ya ve kanuna uygunluğu herhangi bir denetimden geçmemektedir. Bu durum ise, Anayasa'nın 13, 20 ve 21. maddeleri ile Anayasa'nın sözüne ruhuna aykırılık teşkil eden bir temel hak müdahalesi doğurmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun kabul edildiği 1932 yılında, değil Türkiye Cumhuriyeti'nde dünyada dahi, temel haklar henüz bugünkü anlamıyla gelişmemişti.

³³⁵ Bkz. *Alifendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 151.

Dolayısıyla kabul edildiği tarihte, İcra ve İflâs Kanunu'na göre gerçekleştirilen böyle bir haciz işlemi, temel evrensel insan haklarına ve anayasal temel haklara bugünkü anlamda ağır bir aykırılık teşkil etmemekteydi. Ancak, insan hakları konusunda gerek dünyaki gerekse Türk Anayasası hukukundaki gelişmeler ve kabul edilen esaslar karşısında, İcra ve İflâs Kanunu'nda benimsenmiş olan “*borçlunun mallarına el koyma işlemi*”nin bugün için hukukun genel ilkelerine, evrensel insan haklarına ve Anayasa'ya uygunluğu şüphelidir.

Haciz işlemi dışında başka diğer icra takip işlemlerinde ise, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin ilgili Anayasa maddesinde belirtilen özel sınırlama sebebini sağlaması dışında, ayrıca genel sınırlama sebebi olarak Anayasa'nın 13. maddesindeki esasları da karşılamalıdır. Başka bir deyişle tüm özel sınırlama sebeplerinin sağlanması dışında, temel hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamaların, aynı zamanda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen genel sınırlama esaslarına da uygun olması gerekmektedir³³⁶. Bu maddeye göre, özel sınırlama sebepleri dışında, getirilen sınırlamaların “*Anayasa'nın sözüne ve ruhuna*”, “*demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine*” ve “*ölçülülük ilkesi*”ne aykırı olmaması gerekmektedir³³⁷.

İcra hukuku sistemimiz mevcut hâliyle, bünyesinde menfaat dengesini bir taraf aleyhine ölçüsüz şekilde bozan ve anayasal sınırlamaları da aşan birtakım menfaat dengesi ihlâlleri daha barındırmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hukukî korunma talebi ile ilgili temel haklara -*Anayasa'nın 36. maddesinde, bu temel hakkın sınırlanabileceğine ilişkin özel sınırlama sebebi getirilmemiş olmasına rağmen*- birtakım müdahalelerde bulunan düzenlemeler arasında örneğin, yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesi gösterilebilir³³⁸. Bunun yanı sıra yine Kanun'un 150ı maddesi de, bünyesinde bir çok anayasal menfaat dengesi ihlâline sebebiyet vermektedir³³⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili -*özellikle de menfaat dengesinin kurulması ve korunmasına ilişkin*- bazı icra mahkemesi kararlarına karşı

³³⁶ *Aliefendioğlu*, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 152, 154-162.

³³⁷ Ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. I. Bölüm, § 2, II, B.

³³⁸ Bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, B, 2.

³³⁹ Bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, B, 2.

kanun yoluna başvuru hakkının kaldırılmış olması³⁴⁰; Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda hak arama yollarının etkin bir şekilde kullanılmasına engel olan veya tamamen ortadan kaldıran (Ay m. 36; 40) somut düzenlemeler³⁴¹ de çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacağından, burada konunun ayrıntısına girmiyoruz. Yine seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin yurt dışına çıkış yasağı ile ilgili açıklamalarımıza daha önce yer verilmişti³⁴². Bunlar dışında burada özel olarak zikretmediğimiz insan onuru ve kişilik haklarının korunması, hukukî dinlenilme hakkı ile âdil yargılanma hakkına yapılan müdahaleler çalışmamızın çeşitli bölümlerinde ayrıca ele alınmaktadır. Nitekim icra hukuku sistemimizde özellikle de hukukî dinlenilme hakkı ile âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek nitelikte düzenlemelerin yoğun olduğunu daha önce de ifade etmiştik. Bu sebeple burada, bu ihlâllerin ele alınması, çalışmamızın ilerdeki bölümlerinde tekrara sebebiyet verebileceğinden, konunun ayrıntısına girmiyoruz.

II. İCRA HUKUKU'NDA GEÇERLİ OLAN TEMEL İLKELER

A. Genel Olarak

Medenî usûl hukukuna hâkim olan bazı ilkelerin bulunduğu, hukukumuzda genellikle kabul edilmesine karşın, icra hukukuna hâkim olan bu tip ilkelerin varlığından pek fazla söz edilmemektedir³⁴³. İcra hukukuna hâkim olan ilkelerin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme alanı bulan bazı ilkeler gibi, kanunî dayanaklarının bulunmaması, konunun üstü kapalı kalmasına da sebebiyet verebilmektedir. Oysa medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler gibi, icra hukukuna hâkim olan bazı ilkelerin varlığını kabul etmek, bu hukuk dalının temel aldığı prensipleri belirleme, bu hukuk dalına ilişkin hukukî sorunları çözme ve en önemlisi de bu hukuk dalına ilişkin yapılacak olan yorumlarda başvuru aracı olarak kullanma noktalarında büyük bir öneme sahip olacaktır. Bunun dışında da aşağıdaki

³⁴⁰ Bkz. aşağı. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

³⁴¹ Bkz. aşağı. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

³⁴² Bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 2, f.

³⁴³ Alman hukuku çerçevesinde icra hukukuna hâkim olan ilkeler hakkında bkz. *Yıldırım, Ölçülülük İlkesi*, s. 100-102.

açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, icra hukukunda medenî usûl hukukunda olmayan; dolayısıyla, bu hukuk dalına özgü birtakım ilkeler de bulunmaktadır.

Çalışmamızın konusu olan icra hukukunda taraflar ve üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesini ele alırken, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hükümlerin, icra hukukunda varlığı kabul edilen bazı kavram ve kurumların temel aldıkları ilkeler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Dolayısıyla, konumuz açısından icra hukukuna hâkim olan ilkelerin belirlenmesi, icra hukukuna ilişkin temel kavramların, kurumların ve kuralların ele alınmasında ve yorumlanmasında temel hareket noktası olacaktır. Bu sebeple de, konunun önemine binaen, aşağıda icra hukukunun amacı ile örtüşen bazı ilkeleri belirlemeye çalışılacağız. Ancak bundan önce medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin, icra hukukunda hangi ölçüde ve hangi esaslar çerçevesinde geçerli olacağını belirlemek gerekir.

Aşağıda yapacağımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin bir kısmının icra hukukunda da geçerli olduğu görülecektir. Bu durum medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerin, icra hukukunda da uygulama alanı bulup bulamayacağı; şayet bu ilkelerin bir kısmının icra hukukunda da geçerli olacağı sonucuna varıldığında, bu durumda da bu ilkelerin icra hukukundaki uygulama alanının sınırlarının belirlenmesi gibi sorularını beraberinde getirecektir. Şunu belirtmek gerekir ki, bir çok hukuk sisteminin kabul ettiği üzere icra hukuku, medenî usûl hukukunun devamı niteliğindedir. Zira her hukuk dalı da, maddî hukukun kişilere tanıdığı hakların tanınması ve sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu çerçevede icra hukukunun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, medenî usûl hukukuna hâkim olan birtakım ilkelerin bu hukuk dalında da geçerli olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim aşağıda yapacağımız açıklamalarda da belirteceğimiz üzere, bu ilkelerin bir kısmının zaten İcra ve İflâs Kanunu sisteminde benimsenmiş olduğu ortaya çıkacaktır.

B. Ölçülülük İlkesi

Bu başlık altında konunun esasına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce belirtmek isteriz ki, “ölçülülük ilkesi” başlığı altında yapacağımız açıklamaların önemli bir kısmı, temel hak ve özgürlüklere müdahalede genel sınırlama sebebi olarak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesinden farklı esaslara

dayanmaktadır. Zira Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesi, icra hukukunda temel hak ve özgürlüklere müdahalede kullanılacak bir ölçü normudur³⁴⁴. Ölçülülük ilkesiyle ilgili yapacağımız açıklamalar ise, uygulama alanı çok daha geniş olmak üzere, icra memurlarının gerçekleştirdikleri her işlemde menfaat dengesine uygun olarak oranlı bir şekilde hareket etmesi zorunluluğundan doğmaktadır. Bu zorunluluk da temelini, Anayasa'nın 13. maddesinden almamaktadır. Esasında icra memurlarına ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket etme yükümlülüğü getiren bu ilke, idare hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilen idarî görevlilerin işlemlerini, oranlılık ilkesi çerçevesinde yapması zorunluluğunun icra hukuku alanındaki görünüm şeklidir.

İcra hukukunda taraflar arasında menfaatlerin dengelenmesinde gözetilen önemli ilkelerden biri de ölçülülük ilkesidir³⁴⁵. İcra hukuku alanında yapılan normatif düzenlemelerin yorumlanmasında, icra organlarına verilen yetkilerin somut olayda kullanılmasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerekir³⁴⁶. Anayasa ve idare hukuku başta olmak üzere, hukuk düzeninin *genelinde* uygulama alanı bulan ölçülülük ilkesinin temelinde, hukukî ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenleme ihtiyacı yatmaktadır³⁴⁷. Ölçülülük ilkesinden bahsedildiğinde, bir “*amaç*”,

³⁴⁴ Anayasal temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerde genel bir sınırlama sebebi olarak Anayasa'nın 13. maddesinde hükme bağlanan ölçülülük ilkesi hakkında yaptığımız açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 3.

³⁴⁵ İcra hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Yıldırım*, *Ölçülülük İlkesi*, s. 104 vd.; *Sungurtekin Özkan*, s. 178 vd.; *Aşık*, s. 23-28; *Aslan*, *Hacizde Tertip*, s. 277-282.

³⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Yıldırım*, *Ölçülülük İlkesi*, s. 104 vd. Tarihsel gelişim içinde özel hukuk alanında da, ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulmuştur (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Metin*, s. 74-77; *Birben*, s. 53 vd.). Özel hukuk ilişkisinde, taraflardan birinin sahip olduğu, fiilî veya hukukî üstünlüğü neticesinde elinde bulunan yetkileri dilediği gibi, salt kendi menfaatleri doğrultusunda kullanması hukuk düzeni tarafından her zaman meşru görülemez. Tarafların, diğer tarafın menfaatleri üzerinde önemli etki doğuran kararlar almalarında, fesih gibi ellerinde bulunan yetkileri kullanmalarında belli bir denetime tâbi tutulması gerekir. Nasıl, yasama ve idarî faaliyetler sonucunda, bir kanunun, bir idarî işlemin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı denetleniyorsa; özel hukuk ilişkisinde egemen olan tarafın da bazı durumlarda yetkilerinin denetlenmesi gerekir.

İcra hukukunda, ölçülülük ilkesinin uygulanmasının karma bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Örneğin, esasında idarî yapı içinde teşkilatlanmış icra memurlarının işlemlerinde söz konusu ilkenin uygulanması, idare hukuku alanında ortaya çıkan ölçülülük ilkesinin özel bir görünümü olacaktır. Diğer yandan, icra hukuku kurallarının Anayasa'ya uygunluğu açısından ölçülülük ilkesinin uygulanmasında da, bu ilkenin anayasal temelleri dikkate alınacaktır.

³⁴⁷ Söz konusu ilkenin genel tanımı ve anlamı için bkz. *Metin*, s. 20 vd.

bu amaca erişmek için kullanılan bir “araç” ve amaçla araç arasındaki “ölçü” akla gelir³⁴⁸. İşte ölçülülük ilkesi, bu üç saç ayağının üzerinde yükselir. Buna uygun olarak, ölçülülük ilkesi üç alt ilkeye ayrılmıştır: (i) *Elverişlilik İlkesi*, (ii) *Gereklilik İlkesi*, (iii) *Dar Anlamda Ölçülülük (Oranlilik) İlkesi*³⁴⁹. Elverişlilik ve gereklilik İlkesi uyarınca başvurulacak aracın, amaca ulaşılmasına uygun ve gerekli olması gerekir. Dar anlamda ölçülülük ilkesi uyarınca ise, araca başvurulmasıyla ortaya çıkan menfaat ihlâli ile amaçla elde edilecek menfaat arasında uygun bir oranın bulunması lâzımdır.

İcra hukuku alanında, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı kanunlaştırma aşamasında ortaya çıkacaktır. Kabul edilen kanunî düzenlemeler, icra hukukunun temelinde yatan menfaat dengesi açısından ölçüsüz kabul edilirse, söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırılığı gündeme gelecektir. Örneğin, icra inkâr tazminatı oranını % 40’dan % 100 çıkaran bir kanun hükmü ölçülülük ilkesine aykırı olduğu için somut veya soyut norm denetimine tâbi olacaktır. İcra inkâr tazminatının icra düzeni için elverişli ve gerekli bir araç olduğu kabul edilse dahi, % 100 oranındaki bir tazminat dar anlamda ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder. Ancak, icra hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanması sadece kanunların denetiminden ibaret olmayacaktır. İcra organları tarafından, icra hukuku kurallarının uygulanmasında da ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulacaktır. İcra organlarının, özellikle icra memurlarının bazı alanlardaki geniş takdir yetkisi, ölçülülük ilkesinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır³⁵⁰. Zira, icra organlarına tanınan takdir yetkilerinin, keyfilikten uzak, elverişli, gerekli araçlar ile ölçülü şekilde kullanılması gerekir. İcra hukuku açısından, takip konusu alacağın tahsili izlenen amaçtır. Ancak bu amaca erişmek icra organlarının her türlü araca (tedbire) başvurması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, icra hukuku uygulaması, alacaklının mutlak suretle menfaatlerini korumaya, alacağın ne pahasına olursa olsun tahsiline hizmet etmez. Alacaklı lehine

³⁴⁸ *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 104; *Metin*, s. 20-21.

³⁴⁹ *Metin*, s. 26 vd. Ayrıca bkzç *Sungurtekin Özkan*, s. 178 vd.

³⁵⁰ Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında, denetime tâbi işlem sahibinin geniş takdir yetkisi önemli bir kriterdir. Bir hukuk alanında, belirli kararlar alacak veya tedbirler uygulayacak bir kişinin geniş bir takdir yetkisi varsa, bu takdir yetkisinin objektif kıstaslara göre denetlenmesi gerekir (Bu konuda bkz. *Birben*, s. 56). Ölçülülük ilkesi de, bu denetim araçlarından biridir. İcra hukukunda, icra memurlarının çok geniş yetkileri bulunmaktadır. Bu durum, ölçülülük ilkesinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

başvurulacak tedbirlerin, aynı zamanda borçlunun veya takiple ilgili üçüncü kişilerin menfaatlerini ölçüsüz şekilde ihlâl etmemesi gerekir. Bu açıdan, icra memuru kendisine tanınan yetkilerini kullanırken, somut olaya uygun, makul ve ölçülü tedbirler almalıdır.

Ölçülülük ilkesini betimleyen özdeyişleri hatırlayacak olursak, icra memurunun “sineği çekiçle ezmemesi” gerekir³⁵¹. Örneğin, haciz işlemi yapan icra memuru önünde, birbirine alternatif hacze kabil mallar varsa, bunlardan borçlunun menfaatlerini en az etkileyecek mal varlığı değerini haczetmesi gerekir. Yahut bir malın yedimeine kaldırılması, söz konusu malın değerinden daha masraflı olacaksa icra memurunun hacizden kaçınması, en azından malı borçlunun yedinde bırakması ölçülülük ilkesine uygun olacaktır³⁵².

Ölçülülük ilkesinin somut olayda uygulanmasında, taraf menfaatlerinin tespiti gerekir. Menfaatler değerlendirilmeden, ölçülülük ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla icra organları çeşitli işlemlerde bulunurken, taraf menfaatlerini gözeterek, ölçülülük ilkesi uyarınca hareket etmelidir. Bu itibarla, alacaklı, borçlu ve takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin (borçlunun diğer alacaklılarının, istihkak iddiasında bulunan üçüncü gibi) menfaatleri dikkate alınacaktır. Söz konusu menfaatler sadece mal varlığına ilişkin değildir. Kişi varlığına ilişkin menfaatlerin de ölçülülük ilkesinde dikkate alınması gerekir. Hatta Alman hukukunda, icra hukuku uygulamalarının borçlunun intihar etme sonucunu doğurup doğurmayacağına göre ölçülülük ilkesinin uygulandığı belirtilmektedir³⁵³.

Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki icra hukuku uyarınca, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatleri ihlâl edilebilir. İcra hukuku belirli bir hakkın cebren yerine getirilmesine hizmet ettiğine göre, menfaat ihlalleri de kuşkusuz ortaya çıkacaktır³⁵⁴. Ancak, ölçülülük ilkesi uyarınca bu menfaat ihlallerinin en aza indirilmesi gerekir. İcra hukuku uygulamasının borçlu veya takiple ilgisi bulunan üçüncü kişiler üzerinde takip konusu alacağın sınırlarını aşan etkiler doğurmaması

³⁵¹ *Metin*, s. 32.

³⁵² Bu konuda ayrıca bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 104.

³⁵³ Bu konuda bkz. *Sungurtekin Özkan*, Ölçülülük İlkesi, s. 185.

³⁵⁴ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. I. Bölüm, § 1, I.

gerekir. Örneğin, borçlunun alacağının tahsilini sağlayacak malları beyan etmesine karşın, borçlunun konutunda fiilî haciz uygulanması ölçüsüz bir tedbir olacaktır. Zira borçlu tarafından beyan edilen mallar alacağın tahsili için yeterliyse, bu malların haczedilmesi gerekir. Salt, borçluyu taciz etmek için konutta haciz uygulanması insan onuru ve kişilik hakları başta olmak üzere temel hak ve özgürlükleri ağır bir şekilde ihlâl etmektedir.

C. Paraya Çevirme İlkesi

İcra hukukunda, konusu para olan ve konusu para dışında bir şey olan alacakların tahsili farklı düzenlemelere esas alınmıştır. Konusu para dışında bir şey olan alacak haklarının tahsilinde, alacaklının kural olarak ilâmlı icra yoluna başvurması gerekir. Konusu para olan alacakların tahsilinde ise, alacaklının böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Alacaklı dilerse bu konuda bir ilâm elde ederek, ilâmlı icra yoluna başvurabilir; dilerse de, herhangi bir ilâm elde etmeden, borçluya karşı ilâmsız icra yoluna başvurabilir.

İlâmsız icra yolu ile takipte alacaklı, ancak borçlunun borca yeter mal varlığını paraya çevirmek suretiyle tatmin edilebilir³⁵⁵. Başka bir ifade ile kural olarak, borçlunun haczedilen mal varlığının alacaklıya terkedilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesi mümkün değildir. Buna “*paraya çevirme prensibi, ilkesi*” denilmektedir³⁵⁶. Bunun yanı sıra borçlunun mal varlığı değerlerinin paraya çevrilmesi, icra hukukunda ancak icra memuru tarafından gerçekleştirilir³⁵⁷. İhkak-ı hakkı önleyen bu durum, icra hukuku açısından aynı zamanda devletin egemenlik yetkisinin bir unsurunu teşkil eder³⁵⁸.

Paraya çevirme ilkesinin, icra hukuku sistemimizde iki temel istisnasının olduğunu ifade edebiliriz. Bu istisnaların birincisi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 120. maddesidir. Bu maddeye göre, borçlunun haczedilen para alacaklarının ifa uğruna

³⁵⁵ Bu konuda bkz. *Erturgut*, s. 17.

³⁵⁶ *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 140. Nitekim bu ilke, İsviçre icra hukukunda “*Versilberungsprinzip*” olarak ifade edilmektedir (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 140).

³⁵⁷ *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 140.

³⁵⁸ Buna karşılık Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile Bankacılık Kanunu’yla bu yetki alacaklı kamu idaresi ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmiştir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. aşa. II. Bölüm, ř 6, I, C ve Ç.

veya ifa yerine kaim olmak üzere, belirli şartlar altında alacaklılardan birine veya birkaçına devri mümkündür³⁵⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, icra hukuku sistemimizde, söz konusu bu hüküm paraya çevirme usûlleri arasında istisnaî nitelik taşır. Paraya çevirme ilkesinin ikinci istisnasını ise, 6183 sayılı Kanun'un 91. maddesi oluşturmaktadır. Zira bu düzenlemede de, kamu idaresi birtakım koşulların gerçekleşmesi durumunda, alacağını doğrudan doğruya borçlunun taşınmazına el koymak suretiyle gerçekleştirmektedir.

Modern cebrî icra hukuku sistemlerinin en temel özelliklerinin başında, alacaklının, alacağını borçlunun mal varlığı değerlerine el koymak suretiyle gerçekleştirememesidir. Zira bu durum, ihkak-ı hakkın yasaklanmasının sonucudur. Bu sebeple, bir hukuk devletinde paraya çevirme prensibine getirilecek istisnaların son derece sınırlı olması gerekecektir.

Ç. Tasarruf İlkesi

Tasarruf ilkesi, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkları, takip yolu ile çözüme kavuşturmayı amaçlayan İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulama alanında da belirli sınırlar içinde geçerli olan bir ilkedir. Özel hukukun hak sahibine bahsettiği tasarruf yetkisi, uyuşmazlığın başlamasından sona ermesine kadar esasında geçerli olan bir ilkedir³⁶⁰. Bu ilke gereğince, hak sahibi olan “*alacaklı*”, belirli sınırlar çerçevesinde de -*özellikle takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ihlâl etmeyecek bir şekilde*- uyuşmazlık konusu hakkını takip konusu yapıp yapmamakta, takip konusu yaptıktan sonra borçlu ile takip içinde veya dışında uzlaşmakta, sulh olmakta veya başlatmış olduğu takipten feragat etmekte serbesttir. Dolayısıyla

³⁵⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesinin, bu ilkenin istisnası olduğu hakkında bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 140. Alman hukukunda, bu ilkenin geçerli olduğu yönünde açıklamalar için bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 100.

³⁶⁰ Tasarruf ilkesinin icra hukukunda geçerli olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. *Aşık*, s. 29-35. Medenî usûl hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesi ise şu şekilde ifade edilmektedir: “*Hak sahibi, uyuşmazlık konusu hakkını dava edip etmemekte, dava ettikten sonra davalı ile yargılama içinde ya da dışında uzlaşmakta, arabulucuya gitmekte, sulh olmakta veya açmış olduğu davadan feragat etmekte serbesttir.*” (*Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 235).

Medenî usûl hukuku açısından yapılan tasarruf ilkesi tanımını, icra hukukuna uyarladığımız takdirde, ortaya şu şekilde bir sonuç çıkacaktır (Tasarruf ilkesinin medenî usûl hukukunda yapılan tanımı için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, s. 236). Tasarruf ilkesi, tarafların icra takibinin başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri, takip konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi anlamına gelir.

taraf, uyuşmazlığı başlatmak, uyuşmazlık konusunu belirlemek, uyuşmazlığı sürdürmek veya sona erdirmek hakkına kural olarak sahiptirler. Nitekim icra hukukunda tasarruf ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin bir çok hükme, İcra ve İflâs Kanunu'nda da rastlamak mümkündür.

İcra hukukunda tasarruf ilkesinin geçerli olması, birtakım sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu sonuçlar arasında ilk olarak icra hukukunda, icra dairesinin kendiliğinden cebir yetkisini kullanamamasını gösterilebiliriz. Zira icra hukukunda takip, alacaklı tarafından başlatılır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Takip talebi üzerine icra dairesi bir ödeme emri yazar*". Yani, icra dairesinin, borçluya karşı ödeme emri göndermesi alacaklının, icra dairesine vermiş olduğu "*takip talebi*"ne bağlıdır. Benzer hükümler, ilâmlı icrada³⁶¹, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte³⁶², kiralanan taşınmazların tahliyesi için yapılan takiplerde³⁶³ ve kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte³⁶⁴ de bulunmaktadır. Dolayısıyla, icra hukukunda kural olarak, hiçkimse borçlusuna karşı takip başlatmaya zorlanamayacağı gibi; icra organları da, kendiliğinden herhangi bir kişi aleyhine icra takibi başlatamaz³⁶⁵.

Taraf iradelerine öncelik verilmesi sadece takibin başlangıcında geçerli olan bir ilke değildir. Taraflar, takibin her aşamasında belirli sınırlar çerçevesinde -*özellikle takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ihlâl etmeyecek bir*

³⁶¹ Taşınırın teslimine dair ilâmların icrası hakkında bkz. İİK m. 24; çocuk teslimine dair ilâmların icrası için bkz. İİK m. 25; çocukla şahsî münasebet tesisine dair ilâmların icrası için bkz. İİK m. 25a; taşınmazın tahliye ve teslimine dair ilâmların icrası için bkz. İİK m. 26; bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair ilâmların icrası için bkz. İİK m. 30; irtifak haklarıyla gemi üzerindeki intifa haklarına mütedair ilâmların icrası için bkz. İİK m. 31; para ve teminat verilmesi hakkındaki ilâmların icrası için bkz. İİK m. 32.

³⁶² Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız takipler için bkz. İİK m. 146; taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takipler için bkz. İİK m. 150/h hükmünün göndermesi ile İİK m. 32; ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız takip için bkz. İİK m. 149/b hükmünün göndermesi ile İİK m. 60; ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takipler için bkz. İİK m. 149, 150h, 150ı.

³⁶³ Kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle ilâmsız icra takipleri için bkz. İİK m. 269; kira süresinin sona ermesi sebebiyle ilâmsız icra takipleri için bkz. İİK m. 272.

³⁶⁴ İİK m. 168.

³⁶⁵ Ancak bu konuda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, tasarruf ilkesine önemli bir istisna getirmektedir. Zira, bu kanunlara göre başlatılan icra takiplerinde, aynı zamanda icra-tahsil organı olan alacaklı, bu sıfatına dayanarak takip başlatmaktadır. Bu açıdan gerek tasarruf ilkesine ters düşen gerekse Anayasal eşitliği ihlâl eden bu duruma ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, C ve Ç.

şekilde- tasarruf yetkisine sahiptirler. Bu duruma örnek olarak, takibin çeşitli aşamalarında, icra memurlarınca bir çok icra takip işleminin yapılabilmesinin tarafların talebine bağlı olmasını gösterebiliriz³⁶⁶. Örneğin, icra memurunun bir icra takip işlemi olan haczi yapabilmesi, öncelikle alacaklının haciz talep etmesine bağlıdır (İİK m. 78/I). Yine, alacaklının talebi üzerine haczi yapan memur kendiliğinden, hacedilen malların satışını gerçekleştiremez. Satış için, alacaklının talebi gereklidir (İİK m. 106/I). Dolayısıyla bu düzenlemeler de, icra hukukunda, kural olarak takibin her aşamasında tasarruf ilkesinin geçerli olduğunu göstermektedir.

Kural olarak tarafların takibin her aşamasında tasarruf yetkisine yetkisine sahip olmaları, tarafların takip sürerken uyuşmazlığı sona erdirebilme yetkisine sahip olabilmelerine de imkân vermektedir. Buna göre, alacaklı, alacağından feragat edebilir veya borçlu, borçlu olduğu ileri sürülen miktarı ödeyerek uyuşmazlığı sona erdirebilir (bkz. İİK m. 71; 33). Örneğin, alacaklının başlattığı icra takibinden vazgeçip takip talebini geri alması için borçlunun rızası aranmamaktadır³⁶⁷. Alacaklı ile borçlunun sahip oldukları bu yetkinin diğer bir örneği de, alacaklı ile borçlunun, borcun taksitle ödenmesi konusunda anlaşma yapmalarıdır (bkz. İİK m. 111).

Alacaklının takip başladıktan sonra, alacağını bir üçüncü kişiye devretmesi durumunda, alacağı devralan kişi, takibe, alacağı devreden kişinin bıraktığı yerden devam edecektir³⁶⁸. Zira bu durum, alacaklının, sahip olduğu tahsil yetkisini takibin herhangi bir aşamasında üçüncü bir kişiye devretmesine olanak vermektedir.

³⁶⁶ İcra takip işlemleri, kural olarak, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, cebri icranın ilerlemesini sağlayan nitelikteki işlemlerdir (*Kuru*, C. 1, s. 136-137; *Kuru*, El Kitabı, s. 130; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 94; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 50). Buna karşılık, taraf takip işlemleri ise, takip prosedürü içerisinde tarafların yaptıkları, takibe yön ve şekil veren, çoğunlukla da icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelik olan taraf işlemleridir (*Kuru*, C. 1, s. 137; *Kuru*, El Kitabı, s. 131; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 95; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 49). Örneğin, haciz talebinde bulunma bir taraf takip işlemidir. Buna karşın, haczin yapılması ise, bir icra takip işlemidir. Zira, haciz, icra memurlarınca, borçluya karşı yapılan ve cebri icranın ilerlemesini sağlayan bir işlemidir. Ancak, icra takip işlemi olan haczin yapılması, taraf takip işlemi olan haczin alacaklı tarafça talep edilmesine bağlıdır.

³⁶⁷ *Kuru*, C. 1, s. 168; *Kuru*, El Kitabı, s. 147; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 134; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 116.

³⁶⁸ *Kuru*, C. 1, s. 167; *Kuru*, El Kitabı, s. 147-148; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 105; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 104.

Tasarruf ilkesinin ortaya çıkardığı bir diğer sonuç da, takip konusunu, alacaklının belirlemesidir. İcra organları, alacaklının talep etmemiş olduğu bir talebi, ödeme/icra emrine ekleyerek bunu, borçlunun ifa etmesini talep edemez. Örneğin, genel haciz yolu ile takipte alacaklı, alacaklı olduğu miktarı takip talebinde göstermek zorundadır (bkz. İİK m. 58). Bunun dışında, yine genel haciz yolu ile takipte alacaklı, takip talebinde faiz talep etmemişse, icra memuru, kendiliğinden, faiz miktarını hesaplayarak ödeme emrine ekleyemez. Alacaklı, takip talebinde faiz talep etmemişse, alacak tahsil edilene kadar, ayrı bir takip yaparak borç konusu alacağın faizini borçlusundan talep edebilir. Yine haczi yapan memurun ancak, “*borçlunun, borca yeter miktarda borcunu haciz*” yetkisinin bulunması da tasarruf ilkesinin doğurduğu bir sonuç olarak zikredilebilir. Zira haciz memurunun, borçlunun borcu aşan miktarda mal ve haklarını haczetmesi, tasarruf ilkesinin -ve ayrıca yukarıda belirtildiği üzere Anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının- ihlâli anlamına gelecektir. Zira bu durumda alacaklının, talep etmediği bir miktar için borçlunun malları haczedilmiş olur. Borçlunun, borcu aşan miktarda mal ve haklarının haczi de, süresiz şikâyet sebebidir (İİK m. 16).

Belirtmek gerekir ki, icra hukukunda tasarruf ilkesinin istisnası olarak belirtilebilecek birtakım düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu duruma örnek olarak, takip prosedüründe borçlu tarafta meydana gelen değişiklikler gösterilebilir³⁶⁹. Borçlu tarafta değişme, takip sürecinde değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, borçlu olan bir şirketin takip başladıktan sonra nev’inin değiştirilmesi. Bu durumda, alacaklı, takibi yeni şirkete karşı devam ettirme yetkisine sahiptir. Bunun gibi, borçlunun takip devam ederken ölmesi hâlinde, alacaklı takibe, terekeye veya mirasçılara karşı devam edebilecektir. Bu durumlarda, alacaklının “borçlu” olarak

³⁶⁹ Buna karşılık alacaklı tarafta değişme, tasarruf ilkesinin bir istisnasını teşkil etmemektedir. Zira, “takibin başlatılması” ve “takibin diğer tarafını seçme” *iradesi*, alacaklının sahip olduğu ve kullandığı bir yetkidir. Tarafta meydana gelecek değişikliklerin, tasarruf ilkesinin istisnası olarak kabul edilmesi, tarafın tasarruf ve dolayısıyla iradeyi kullanma yetkisinin bulunduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Ancak borçlu, takibin başlangıcından itibaren “*takibin karşı tarafını seçme hak ve yetkisi*”ne sahip değildir. Somutlaştırmak gerekirse; alacaklının, takip devam ederken ölmesi hâlinde, alacaklının -*mirası kabul eden*- mirasçıları takibe, murisin bıraktığı yerden zorunlu takip arkadaşı olarak devam edeceklerdir (**Kuru**, C. 1, s. 167-168; **Kuru**, El Kitabı, s. 148; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 106; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes**, s. 104). Bu zorunluluk, alacaklıyı ve dolayısıyla takibin karşı tarafını seçme yetkisi bulunmayan borçlu açısından bir sonuç doğurmayacaktır. Zira borçlu, takibin alacaklı tarafında kendisine takip başlatmış olan alacaklının mirasçılarının bulunması durumunda da, takibin borçlusudur.

seçtiği tarafta, kendi iradesi bulunmadan meydana gelen bir değişiklik söz konusudur. Ancak bu istisnalar, alacaklının menfaatlerini ihlâl etmediği gibi, tersine alacaklı menfaatine hizmet etmektedir. Zira her iki durumda da, alacaklının “*tahsil yetkisi*”, borçlu tarafta meydana gelen değişikliklerle el değiştiren “*borç konusu*”nu takip etmektedir. Dolayısıyla her iki istisna da, alacaklının “*alacağını tahsil menfaati*”ne hizmet etmektedir. Ancak alacaklı lehine tanınmış olan bu istisnalar, geniş yorumlanmamalıdır. Yani alacaklı, takip başlattıktan sonra takibin herhangi bir aşamasında takibi olduğu yerden itibaren yeni bir borçluya karşı ileri süremez veya takibe yeni bir borçluyu dahil edemez³⁷⁰.

İcra ve İflâs Kanunu’nun, tasarruf ilkesine getirmiş olduğu bir diğer istisna da Kanun’un 113. maddesidir. Bu hükme göre, alacaklı talep etmeden de borçlunun talebiyle satış yapılabilir ve icra müdürü kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir.

Son olarak tasarruf ilkesinin, başka bir istisnadan daha söz etmek istiyoruz. Borçlunun, kendi iradesiyle borcu nakletmesi durumu, borçlu açısından, tasarruf ilkesinin bir sonucunu; ancak alacaklı açısından, tasarruf ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Borçlu açısından tasarruf ilkesinin bir sonucudur; çünkü, borçlu uyuşmazlığı sona erdirme yetkisine sahip bulunduğundan, borcu bir başkasına da nakletme yetkisine sahiptir. Bu durum da, tasarruf ilkesinin icra hukukunda da geçerli olmasının bir sonucudur. Borcun nakli, alacaklı açısından da tasarruf ilkesinin bir istisnasıdır; çünkü, alacaklının “*takibin karşı tarafını belirleme*” yetkisine, alacaklının iradesi dışında yapılan bir müdahale söz konusudur.

D. Taraflarca Getirilme İlkesi

Medenî usûl hukukunda geçerliliği kabul edilen taraflarca getirilme ilkesinin bu hukuk dalındaki anlamı, dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceği ile ilgilidir³⁷¹. Bu durumda, medenî usûl hukukunun devamı niteliğinde

³⁷⁰ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 104.

³⁷¹ Bu konuda bkz. *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 203-204; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usûl, s. 358; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 241. Bu ilke uyarınca, medenî usûl hukuku sistemimizde, hâkim, kendiliğinden yani taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz, hükmüne esas alamaz; mahkeme, sadece, tarafların getirdiği vakıalar çerçevesinde talep sonucunu inceleyip karar verebilir (*Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 203-204; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usûl, s.

olan icra hukukunda da, bu ilkenin uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi gerekir. Bu belirlemenin sonucunda ise, icra memurunun, taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştırıp araştıramayacağı; icra memurunun, sadece, tarafların getirdiği vakıalara göre takibi devam ettirip, haciz ve satış aşamasına gidip gidemeyeceğini belirleyeceğiz.

Takip prosedüründe, alacaklının takip konusu üzerindeki “*talep hakkı*”, alacaklı ve borçlunun ileri sürmüş olduğu vakıalar çerçevesinde şekillenmektedir. Genel haciz yolu ile takipten örnek vermek gerekirse, alacaklı, takip konusu yaptığı talep miktarının sebebi olan vakıayı -*örneğin, sözleşme-* takip talebinde göstermek zorundadır (İİK m. 58). Hatta alacaklının, alacak sebebi olarak ileri sürdüğü vakıayı “*soyut olarak iddia etmesi*” yeterli değildir. Alacaklı, takip talebinde, takibin dayanağı yaptığı belgeyi -*örneğimiz açısından sözleşmeyi-* somut olarak belirlemek ve hatta, bu belgeyi takip talebine eklemek zorundadır (İİK m. 58). Bu durum, taraflarca getirilme ilkesinin icra hukukundaki uygulama alanını göstermektedir. Bunun yanı sıra, aynı örnekten devam edersek, borçlu açısından taraflarca getirilme ilkesinin somutlaştığı aşama olarak itiraz aşamasını gösterebiliriz. Zira borçlu itiraz ederken, itiraz sebeplerini açıkça göstermekle yükümlüdür (İİK m. 63). Aksi takdirde borçlu, icra mahkemesinde görülen itirazın kaldırılması aşamasında, sadece alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılan sebeplere binaen itiraz edebilecektir (İİK m. 63). Yani alacaklının takip talebinde belirtmiş olduğu vakıalara karşılık gelen ve borçlunun haklılığını ortaya koymayı amaçlayan karşı vakıalar, bu sefer, borçlu tarafından itiraz aşamasında ileri sürülmelidir. Eş deyişle, icra dairesi, takip sürecinde tarafların dayanmak istedikleri vakıaları kendiliğinden araştırıp, takip konusu yapmamaktadır; bu görevi yerine getiren, medenî usûl hukukunda olduğu gibi, yine kendi menfaatlerini en iyi şekilde savunacak olan takibin taraflarıdır.

Taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak icra memuru kural olarak, tarafların ileri sürmedikleri vakıaları kendiliğinden inceleyemez. Zira örneğin, genel haciz yolu ile takipte, takibin konusunu oluşturan senedin vadesinin gelip gelmediğini, icra memurunun kendiliğinden dikkate alması mümkün değildir. İcra memuru, alacaklının sunmuş olduğu senet metninden, borcun vadesinin henüz

358; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 241). Alman icra hukukunda, bu ilkenin geçerli olduğu yönünde açıklamalar için bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 101.

gelmediğini belirlese dahi, senedin vadesinin gelmediğinden bahisle, borçluya ödeme emri gönderilmesinden kaçınmaz. Hatta, genel haciz yolu ile takipte icra memurunun böyle bir davranışı, “*hakki yerine getirmekten kaçınma*” sayılacağından süresiz şikâyet konusu olacaktır (İİK m. 16)³⁷².

İcra ve İflâs Kanunu sistemimizde, taraflarca getirilme ilkesinin bazı istisnalarına da rastlamak mümkündür. Bu istisnaî durumlarda icra memuru, çoğu kez taraflarca ileri sürülmeyen ve esasında söz konusu hususları ileri sürme görevinin taraflara ait olduğu vakıaları, kendiliğinden dikkate alabilmektedir. Bu çeşit istisnaî hükümlere özellikle, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte rastlamak mümkündür. Bu takip yolunda icra memurunun, borçlu ileri sürmese dahi takibe konu senedin kambiyo senedi olup olmadığını (İİK m. 168/I, b. 3), takipte bulunan alacaklının bu yola başvurma hakkının bulunup bulunmadığını (İİK m. 170a/I), takibe konu yapılan senedin vadesinin gelip gelmediğini (İİK m. 168/I) kendiliğinden inceleme yetkisi ve hatta yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira icra memurunun, bu hususları dikkate almaksızın borçluya ödeme emri göndermesi, Kanun tarafından, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte özel şikâyet sebepleri olarak belirtilmiştir (İİK m. 168/I; 170/a). Oysa aynı hususların, genel haciz yolu ile takipte icra memurunca kendiliğinden dikkate alınması, bu takip yolu açısından şikâyet konusudur (İİK m. 16). Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte getirilen bu istisnaî durumlar, esasında kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin kendine has özellikleri ve bu takip yolundaki taraf menfaatlerinin dengelenmesi ile ilgilidir³⁷³.

E. Takip Ekonomisi İlkesi

Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca devlet, yargının basit, çabuk ve ucuz bir şekilde gerçekleşmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır³⁷⁴. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi hükmüne göre de, mahkemeler makûl bir

³⁷² Buna karşılık, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, icra memuru takibe konu senedin vadesinin gelip gelmediğini borçlu ileri sürmese dahi incelemekle yükümlüdür. Yani bu durumda tam tersine İcra ve İflâs Kanunu gereğince, icra memurunun vadesi gelmemiş bir senede müsteniden borçluya ödeme emri göndermesi, borçlu açısından bir şikâyet sebebidir (İİK m. 168/I). İcra memurunun kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipteki bu yetkisi, taraflarca getirilme ilkesinin istisnalarından birisidir.

³⁷³ Bu konudaki gerekli açıklamalar için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, C.

³⁷⁴ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usûl, s. 362-363; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 267.

süre içerisinde karar vermek zorundadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi (HUMK m. 77), takibin olabildiğince en kısa zamanda, en basit ve en ucuz şekilde sonuçlandırılmasına ilişkin doğrudan doğruya bir hüküm bulunmasa dahi, bu ilke icra hukukunda da evleviyetle geçerlilik alanı bulacaktır³⁷⁵. Hatta takip ekonomisi ilkesinin, alacaklının menfaatleri dikkate alındığında medenî usûl hukukunda olduğu kadar büyük öneme sahip olduğu ifade edilebilir. Zira icra hukukunun amacı hakkında yaptığımız açıklamalarda belirtildiği üzere, icra hukukunun en önemli amaçlarından birisi olarak alacaklının alacağıının en kısa sürede, en hızlı şekilde tahsil edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Dava ve takip sürecinin, kişilerin ihlâl edilen ve temelinde maddî hukukça tanınan hakların korunması ve sağlanması amacına hizmet ettiği, daha önceki açıklamalarımızda belirtilmişti. Kişilerin ihlâl edilen hakkının, bireye en kısa zamanda, en az masrafla ve en basit şekilde tekrar sağlanması amacına hizmet eden usûl ekonomisi ilkesi³⁷⁶ de, icra hukukumuz açısından *takip ekonomisi* şeklinde ortaya çıkmaktadır. İcra hukukunda da ihlâl edilen hakkın, kişiye en kısa zaman içerisinde, en az masrafla ve en basit şekilde sağlanması gereği, aynı zamanda âdil yargılanma hakkının da vazgeçilmez bir unsurudur. Ancak, burada hakkın en kısa zamanda sağlanması gereğinden, hakkın “*makûl süre içerisinde*” sağlanması gerektiği anlaşılmalıdır³⁷⁷. Zira, en kısa zamanda hakkın sağlanması amacı, “*hatalı da olsa en kısa zamanda gerçekleştirilmeli*” şeklinde anlaşılmamalıdır³⁷⁸. Özellikle inceleme konumuzla ilgili olarak, makûl bir süre içerisinde takibi sonuçlandıran ancak, ilgililerin menfaatlerinin dengelenmesi zaruretini dikkate almayan bir takip prosedüründen kaçınılmalıdır. Takibin makûl olan en kısa zamanda sonuçlandırılması gereği, ilgililerin menfaatlerinin dengelenmesi zorunluluğunu hiç

³⁷⁵ Usûl ekonomisi ilkesini düzenleyen gerek Anayasa'nın 141. maddesi hükmünün, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi hükmünün, “*dava*” ve “*mahkeme*”den söz etmesi, bu ilkenin icra hukukunda uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira bu ilke, hak arama özgürlüğünün sağlanması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün vazgeçilmez bir parçası olan hakların icrası aşamasında da bu ilke geçerli olacaktır. Aksine bir düşüncenin kabulü, hak arama özgürlüğünün ihlâline sebebiyet verecektir.

³⁷⁶ Usûl ekonomisi ilkesinin anlamı ve amacı hakkında bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usul, s. 362-363; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 266-268.

³⁷⁷ Usûl ekonomisi ilkesinin, “en kısa zamanda” değil, “makûl olan en kısa zamanda” hakkın gerçekleştirilmesine hizmet ettiği yönündeki açıklamalar için bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Usul, s. 363; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 267.

³⁷⁸ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 267.

bir şekilde ortadan kaldırmaz³⁷⁹. Bu sebeple, temelini Anayasa'dan alan takip ekonomisi ilkesi, takibi makûl olan en kısa zamanda, en az masrafla, en basit ve ilgililerin menfaatlerini dengeleyen bir şekilde sonuçlandırılması olarak anlaşılmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu sitemimizde, takip ekonomisi ilkesi doğrudan doğruya düzenlenmemiş olsa da, bu ilkenin amacına hizmet eden kurum ve kuralların mevcudiyetini tespit edebilmekteyiz. Bunun en belirgin örneklerinden bir tanesi, kanun koyucunun, icra memurlarının sebepsiz yere hakkı yerine getirmemesini veya takibin sürüncemede kalmasına sebebiyet verecek işlemlere karşı ilgililerin şikâyet yoluna başvurmasını özel olarak düzenlemesidir (İİK m. 16/II). Yine bir başka örnek, genel haciz yolu ile takipte borçlunun borca itiraz etmesi durumunda, kanun koyucunun, elinde alacaklı olduğunu ispatlayan ve Kanun'da belirtilen belgelerden birisi bulunan alacaklıya, itirazın kaldırılması yoluna başvurma imkânı tanımamasını (İİK m. 68; 68a) gösterebiliriz. Zira genel haciz yolu ile takipte borçlunun borca itiraz etmesi durumunda, alacaklı belirli belgelere sahipse Kanun, alacaklıya borçlunun itirazını hükümden düşürmek konusunda seçimlik bir hak tanımaktadır. Buna göre, alacaklı ya genel mahkemelerde dava açarak itirazın hükümden düşürülmesini sağlayacak (İİK m. 67) ya da dava yoluna başvuruya göre çok daha basit, kısa ve pratik bir yol olan icra mahkemelerinde itirazın kaldırılması yoluna (İİK m. 68; 68a) başvuracaktır. Bu şekilde, hem elinde hiç bir belge olmayan alacaklının icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurması engellenecek hem de elinde alacaklı olduğunu ispatlayan belirli belgeleri bulunan borçlunun, alacaklının alacağına kavuşması haksız bir şekilde ve uzun süre ile engellemesinin önüne geçilmiş olacaktır³⁸⁰. Dolayısıyla mevcut sistemimize göre bu kurum, hem alacaklının daha makûl sürede ve daha basit bir şekilde alacağına kavuşmasını

³⁷⁹ Belirtmekte fayda vardır ki, kanun koyucunun, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, genel haciz yolu ile takibe göre bazı süreleri *-özellikle borçlu lehine olan süreleri-* daha kısa tutması, en hızlı şekilde alacaklının hakkına kavuşması için borçlunun menfaatlerini dikkate almadığı anlamına gelmemektedir. Zira kanun koyucunun, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, borçlu lehine olan bazı süreleri kısaltmasının sebebi, alacaklıyı kötü niyetli olan borçlulara karşı koruma amacından kaynaklanmaktadır. Nitekim bu takip yolunda, alacaklının elinde, alacaklı olduğunu gösteren bir kambiyo senedi bulunmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının haklılığı genel haciz yolu ile takiptekine nazaran çok daha kuvvetlidir. Bu sebeple de, elinde kambiyo senedi bulunan alacaklının, alacağını en kısa zamanda tahsil edebilmesini sağlamak menfaat dengesinin bir gereğidir.

³⁸⁰ *Pekantez/Atalay/Sungutekin Özkan/Özkes*, s. 144.

sağlayarak anayasal bir ilke olan takip ekonomisi ilkesine hizmet etmektedir hem de gerek alacaklılar arasında ve gerekse alacaklı ile borçlu arasında menfaatleri dengelemektedir. Şöyle ki bu kurum, öncelikle alacaklılar arasında menfaatleri dengelemektedir. Zira bu kurumla birlikte elinde alacaklı olduğunu ispatlayan ve Kanun'da belirtilen belgelerden birine sahip olan alacaklı ile bu belgeye sahip olmayan -ve belki de gerçekten de alacaklı olmayan- alacaklı birbirinden ayrılmaktadır. İkinci olarak, bu kurum alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengelemektedir. Zira bu kurumla, elinde belirli belgeler bulunan alacaklı, borçlunun haksız ve belki de kötü niyetli itirazlarına karşı korunmaktadır. Bu durumdan da anlaşılmaktadır ki, icra hukukunda da geçerli olan takip ekonomisi ilkesi, bu düzenlemeyle, aynı zamanda taraf menfaatlerinin dengelenmesine de dolaylı da olsa katkı sağlamaktadır.

F. Teksif İlkesi

Takip ekonomisi ilkesi ile çok yakından ilgisi bulunan teksif ilkesi uyarınca taraflar takip malzemelerini, takibe ilişkin iddia ve itirazlarını belirli bir takip kesitine kadar yapabilirler³⁸¹. Bu ilkenin icra hukukunda da geçerli olması, takip ekonomisi ilkesinin geçerli olmasının bir sonucudur³⁸². İcra ve İflâs Kanunu'nda da, icra hukukumuzda teksif ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin bir çok düzenlemeye rastlamak mümkündür. Hatta İcra ve İflâs Kanunu, teksif ilkesinin katı bir şekilde kabul edilmesi sonucunda kişilerin uğrayabilecekleri hak kayıplarını önlemek için birtakım istisnalara dahi yer vermiştir. Bu istisnalardan birine örnek olarak, elinde olmayan sebeplerle, süresinde ödeme emrine itiraz edemeyen borçlunun, gecikmiş itiraz yoluna başvurabilmesi gösterilebilir (İİK m. 65)³⁸³.

³⁸¹ İlkenin asıl geçerlilik alanını kapsayan medenî usûl hukukunda, bu ilkenin anlamı, tarafların, bütün iddia ve savunma nedenlerini belirli bir usûl kesitine kadar ileri sürebilmeleridir (*Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 204; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 246). Bu kapsamda, medenî usûl hukukunda teksif ilkesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilen en önemli düzenleme, davacı (HUMK m. 185/II) ve davalı (HUMK m. 202/II) açısından geçerli olan iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağıdır.

³⁸² Teksif ilkesinin kabul edilmesinin, hak arama özgürlüğüne ve hukukî dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmediğine ilişkin açıklamalar için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 246.

³⁸³ Medenî usûl hukukunda da, teksif ilkesinin katı bir şekilde kabul edilmesinin hak kaybına sebebiyet vermesini önlemek amacıyla birtakım istisnalara yer verilmiştir. İcra hukukundaki gecikmiş itiraza benzer şekilde, medenî usûl hukukunda tarafların elinde olmayan sebeplerle süreyi kaçırmış olmaları durumunda “*eski hâle getirme*” yoluna başvurabilmeleri (HUMK m.

Taraf takip işlemlerinin önemli bir kısmı, İcra İflâs Kanun tarafından belirli sürelerle tâbi tutulmaktadır. Bu durum, esasında teksif ilkesinin de icra hukukunda geçerli olmasının doğurduğu bir sonuçtur. Örneğin genel haciz yolu ile takipte, borçlunun, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde takibe itiraz etmesi (İİK m. 62/I); alacaklının, borçlunun itirazının kendisine tebliğinden altı ay içerisinde itirazın kaldırılması yoluna başvurması (*itirazın kesin kaldırılması bakımından* İİK m. 68/I; *itirazın geçici kaldırılması hakkında* İİK m. 68a/I) veya bir yıl içerisinde itirazın iptali davası açması (İİK m. 67/I); borçlunun, itirazın geçici kaldırılması kararının kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açması (İİK m. 69/II); borçlunun, itirazın iptali veya kaldırılması kararının kendisine tebliğinden itibaren üç gün içerisinde mal beyanında bulunması (İİK m. 75); alacaklının, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde haciz talep edebilmesi (İİK m. 78)³⁸⁴; haczin yapıldığını öğrenen alacaklının öğrenme tarihinden itibaren yedi gün içerisinde istihkak iddiasında bulunabilmesi; borçlu ve alacaklının, hacze iştirak taleplerine itirazlarını, öğrenme tarihinden itibaren yedi gün içerisinde gerçekleştirmeleri; alacaklının, haczin uygulanmasından itibaren taşınırlar için bir yıl, taşınmazlar için iki yıl içerisinde satış istemesi (İİK m. 106/I)³⁸⁵ gerektiği teksif ilkesinin sonuçları arasında sayılabilir.

Yukarıda belirtilen örneklere dikkat edilirse, bu sürelerin tümünün muhattabı takibin taraflarıdır (bkz. İİK m. 20). Buna karşılık, icra organları için getirilen süreler, teksif ilkesinin birer sonucu değildir. Zira teksif ilkesi, takibin tarafları için geçerli olan bir ilkedir. Bu sonuç teksif ilkesinin, tarafların, takip işlemlerini belirli

197, 198) bu niteliktedir. Ancak icra hukukundaki “*gecikmiş itiraz*”, medenî usûl hukukundaki “*eski hâle getirme*” kurumuna nazaran çok daha *özel* nitelikli bir düzenlemedir. Zira icra hukukunda geçerli olan gecikmiş itiraz, kaçırılan her süre için değil, sadece “*borçlu*”nun “*itiraz süresi*”ni elinde olmayan sebeplerle kaçırmaması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Oysa eski hâle getirme, herhangi bir ayırım yapılmaksızın “*hem davacının hem de davalının*” elinde olmayan bir sebepten ötürü kaçırmış olduğu “*herhangi bir süre*” için başvurulabilen bir hukukî çaredir.

³⁸⁴ Ancak, haciz talebine ilişkin 1 yıllık sürenin hesaplanmasında, (i) ödeme emrine itiraz edilmişse, alacaklının icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasını talep ettiği veya itirazın iptali davası açtığı tarihten itibaren verilen kararlar kesinleşinceye kadar geçen zaman ile (ii) icra dairesinde, alacaklı ile borçlunun, borcun taksitle ödenmesi konusunda sözleşme yapmaları durumunda, bu sözleşmenin ihlâlüne kadar geçen süre, dikkate alınmaz (İİK m. 78/II).

³⁸⁵ Ancak, borçlu ile alacaklı arasındaki taksit sözleşmesi devam ettiği sürece (İİK m. 111/III), istihkak davası sırasında (İİK m. 97/VIII), geçici ve ihtiyatî haciz kesin hacze dönüşmedikçe (İİK m. 108) satış isteme süreleri işlemez.

bir kesite kadar yapmaları gereğinden kaynaklanmaktadır (ayrıca bkz. İİK m. 20). Buna karşılık Kanun'un, icra organları için de bir çok süre öngördüğünü tespit edebilmekteyiz. Ancak Kanun, icra organlarının uyması gereken sürelerle, tarafların uyması gereken sürelere uyulmamasının sonuçlarını farklı yaptırımlara bağlamıştır. Zira tarafların, Kanun'un kendileri için öngörülen bir süreye uymaması, bu kişiler açısından hak kaybına sebebiyet vermektedir. Örneğin, ödeme emrine süresi içerisinde itiraz etmeyen borçlu, bu davranışıyla, borcu ödemek mecburiyeti ile karşı karşıya kalacaktır. Buna karşılık icra organları, Kanun'un belirtmiş olduğu süreler içerisinde bir takip işlemini yapmazlarsa bu durumda, zamanından sonra yapılan işlem geçerli olmaya devam edecek; ancak, işlemi geç yapan icra memurları açısından bu davranışları birer şikâyet sebebi (İİK m. 16) sayılacaktır. Bütün bu açıklamalar neticesinde, teksif ilkesinin icra organlarının yapmış olduğu işlemler için değil, taraf takip işlemleri açısından geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır.

Bunun dışında Kanun'un, takibin tarafı olmayan üçüncü kişiler için de bir çok süre öngördüğünü tespit edebilmekteyiz. Üçüncü kişilerin bu sürelere uymaması, aynı takibin taraflarının bu sürelere uymamasında olduğu gibi birtakım hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Örneğin, zamanda istihkak iddiasında bulunmayan üçüncü kişi, kendisine ait olan malın hazine göz yumacak ve bu süreden sonra, istihkak iddiasında bulunamayacaklardır. Dolayısıyla teksif ilkesi her ne kadar taraflar için geçerli olsa, bu ilkenin uygulama alanına takibin tarafı olmayan üçüncü kişiler de girmektedir. Medenî usûl hukukundan farklı olarak icra hukukunda teksif ilkesinin üçüncü kişiler açısından da geçerli olması, icra hukukundaki menfaatler çatışması ile de çok yakından ilgilidir. İcra hukukunda, üçüncü kişilerin takip sürecindeki menfaatleri medenî usûl hukukuna nazaran çok daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Üçüncü kişilerin takip sürecinde menfaatleri, onları teksif ilkesinin de muhatabı hâline getirmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımızda Kanun'un teksif ilkesine birtakım istisnalar getirdiğini belirterek "*gecikmiş itiraz*" yolunun, bu ilkenin bir istisnası olduğunu belirtmiştik. İcra ve İflâs Kanunu'nun teksif ilkesine getirdiği bir diğer istisna olarak da, Kanun'un 43. maddesinin, ikinci fıkrasını göstermek mümkündür. Takip yollarından hangisine başvurulursa başvurulsun, alacaklının takip talebinde, takip yollarından hangisini seçtiğini belirtme zorunluluğu bulunmaktadır. Şayet borçlu

iflâsa tâbi kişilerden ise, alacaklı, borçluya karşı haciz veya iflâs yollarından birini seçebileceğinden, hangi yola başvurduğunu göstermek zorundadır³⁸⁶. İcra ve İflâs Kanunu'nun 43. maddesinin, ikinci fıkrası ise, bu kurala bir istisna getirmektedir. Bu hükme göre, iflâsa tâbi borçlusu hakkında haciz veya iflâs yollarından birini seçmiş olan alacaklı, seçtiği bu yolu bir defaya mahsus olmak üzere değiştirebilecektir. Bu durumda, alacaklı, yeniden harç ödemez; aynı dosya üzerinden yeni bir takip yürütür (İİK m. 43/II)³⁸⁷. Dolayısıyla, takip yolunun takibin herhangi bir aşamasında değiştirilmesine cevaz veren bu hüküm, takip işlemlerinin belirli bir takip sürecine kadar yapılması gerektiğini ifade eden teksif ilkesinin bir istisnası niteliğindedir³⁸⁸.

G. Yazılılık-Sözlülük (Şeklilik³⁸⁹) İlkesi

İcra hukukunda, şeklîlik ilkesi birtakım ayrıntılar dışında medenî usûl hukukunda geçerli olan yazılılık ve sözlülük ilkesini karşılamaktadır. Yazılılık ve sözlülük icra takip işlemlerinin şeklidir. Sözlülük, takip prosedürünün daha hızlı yürütülmesini sağlarken; yazılılık da prosedürün daha düzenli ve belirli bir sistem içerisinde yürütmesini sağlamaktadır. İcra hukuku sistemimizde, kural olarak yazılılığa ağırlık verilmiştir. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda bir çok taraf takip işlemlerinin sözlü olarak da yapılabileceği belirtilmekteyse de, hukuk uygulamamızda bu durum gerçekleşmemektedir. Zira taraflar belirtilen takip işlemlerini icra dairesine sözlü olarak yapsalar da, icra dairelerinin bu talep, itiraz ve beyanları tutanağa geçirmek mecburiyeti bulunmaktadır (İİK m. 8). Ancak takip işlemlerinin yoğunluğu sebebiyle, hukuk uygulaması bu yönde gelişmemiş; taraflar sözlü olarak yapabilecekleri başvurularda dahi, dilekçe ile icra dairesine başvurumaktadırlar. İcra takip işlemleri ve icra organlarının gerçekleştirdiği diğer

³⁸⁶ *Kuru*, C. 1, s. 170-171; *Kuru*, El Kitabı, s. 149-150; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 107-108; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 117.

³⁸⁷ Takip yolunun değiştirilmesi, sadece haciz ile iflâs takibinin değiştirilmesi için kabul edilmiştir. Bunun dışında, genel haciz yolu ile takibin, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe veya genel haciz yolu ile takibin, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe dönüştürülmesi mümkün değildir (*Kuru*, C. 1, s. 170-171; *Kuru*, El Kitabı, s. 149-150; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 107-108; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 105).

³⁸⁸ Ancak bu düzenleme, usûl ekonomisi ilkesini zedelememektedir. Zira bu hüküm uyarınca, söz konusu yetki alacaklıya takip sürecinde birkez tanınmaktadır. Dolayısıyla, hükmün kendisi bu konuda bir sınırlama getirerek takibin kötü niyetli kişilerin elinde menfaatlere aykırı olarak uzamasını engellemiştir.

³⁸⁹ Kavram için bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 101.

işlemler bakımındansa, mutlak olarak yazılılık ilkesi geçerlidir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 8. maddesine göre, icra takip işlemlerinin veya icra organlarınca yapılacak diğer işlemlerin mutlaka bir tutanakla belirtilmesi zorunludur³⁹⁰.

İcra ve İflâs Kanunu'nda, taraf takip işlemlerinin bazılarının sözlü olarak yapılabileceği özel olarak düzenlenmiştir. Bu duruma örnek olarak; alacaklının, takip talebini dilekçe ile veya sözlü şekilde yapabileceğine dair 58. madde; borçlunun, itirazını dilekçe ile veya sözlü şekilde yapabileceğine dair 62. madde gösterilebilir. Bunun dışında, taraf takip işlemlerinden, İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak sözlü şekilde yapılabileceği belirtilmeyenler için de her halûkarda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 8. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, icra ve iflâs daireleri kendilerine yapılan talep ve beyanları tutanağa geçirmekle yükümlüdürler. Sözlü olarak yapılan itiraz, talep ile beyanların altları hem ilgililer tarafından hem de icra müdürü, yardımcısı veya katibi tarafından imzalanmak zorundadır (İİK m. 8). Dolayısıyla Kanun'da özel bir düzenleme bulunmasa dahi, taraflar ve takiple ilgililer, talep ve beyanlarını sözlü olarak yapabilirler. Bu talep ve beyanlar icra memurlarınca, tutanağa geçirilmek zorundadır. Zira bu hükümden hareketle, öğretide bir çok taraf takip işleminin sözlü olarak icra/ıflâs dairesine bildirilmek ve icra/ıflâs memurlarınca tutanağa geçirilmek suretiyle yapılabileceği belirtilmektedir. Örneğin borçlunun mal beyanında bulunması³⁹¹, alacaklının haciz talebi³⁹², alacaklının satış talebi³⁹³ sözlü olarak tutanağa geçirilmek suretiyle yapılabilir.

Takiple ilgili üçüncü kişilerin beyan ve itirazları için de, yukarıda taraf takip işlemlerinin sözlü olarak yapılmasıyla ilgili söylenenler aynen geçerlidir. İcra ve İflâs

³⁹⁰ İcra takip işlemleri ve icra organlarınca yapılan diğer işlemler bakımından yazılılık ilkesinin geçerli olmasının sebebi, icra organlarının yaptıkları işlemlerin hukukî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Benzer bir durum mahkeme usûl işlemleri açısından da geçerlidir.

Alman icra hukukunda, bu ilkenin geçerli olduğu yönünde açıklamalar için bkz. *Yıldırım*, Ölçülülük İlkesi, s. 101.

³⁹¹ *Kuru*, C. 1, s. 394; *Kuru*, El Kitabı, s. 349; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 226; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 184.

³⁹² *Kuru*, C. 1, s. 620; *Kuru*, El Kitabı, s. 360; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 232; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 193.

³⁹³ *Kuru*, C. 2, s. 1174; *Kuru*, El Kitabı, s. 517; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 305; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 247.

Kanunu üçüncü kişilerin, icra dairesince kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine olan itirazlarını dilekçe ile veya sözlü şekilde yapabileceklerini açıkça hükme bağlamıştır (İİK m. 89/II). Bunun dışında, üçüncü kişilerin itiraz, talep ve beyanları, icra memurlarınca tutanağa geçirilmek ve bu tutanakların altları hem üçüncü kişiler hem de icra memurları tarafından imzalanmak suretiyle sözlü olarak yapılabilir (İİK m. 8).

Yazılılık ilkesinin geçerli olduğu icra hukuku sistemimizde, prodesürün daha sistematik bir şekilde işlenmesini sağlamaya yönelik olarak İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği hükümleri büyük önem taşımaktadır. Bu Yönetmelik’de gerek taraf takip işlemleri gerekse icra takip işlemleri açısından, takip prosedürünün düzenli bir şekilde yürütmesini sağlamak amacıyla ayrıntılı düzenlemeler getirilmektedir. Örneğin, Yönetmeliğin 16. maddesi icra/ıflâs dairelerine yükümlülük getirmektedir. Buna göre; *“İcra ve iflas dairelerinde dosya usulünün uygulanması zorunludur. / Talimat dahil her icra işi için bir dosya açılır. Dosyanın üzerine esas veya talimat defterindeki sıra numarası; alacaklının ve borçlunun veya müflisin ad ve soyadı yazılır. / Bir işe ait olan tutanaklar ile bütün evrak bu dosyaya konular ve özel yerine, dosyanın içindeki evrak numaralandırılarak dizi listesi yapılır”*. Bu hükümle, icra/ıflâs dairelerinde, yapılan tüm takiplerin düzenli ve güvenli bir şekilde tutulması amaçlanmaktadır. Bu hüküm gereğince ve İcra ve İflâs Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca, bir icra/ıflâs takibi sürecinde, takibe etki eden tüm taraf ve icra takip işlemlerinin bir tutanağa geçirilmesi; bu tutanak ile belgelerin, icra dairesinde tutulan o icra/ıflâs takibine mahsus dosyaya eklenmesi zorunludur. Bunun dışında İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği’nde, gerek taraf takip işlemlerinde gerekse icra takip işlemlerinde kullanılması gereken matbu formlar tek tek belirtilmiş ve bu matbu form örnekleri, Yönetmelik sonunda ek olarak sunulmuştur. Yönetmeliğin 19. maddesi, yirmioç bent hâlinde kırkbeş adet matbu örneği tek tek belirtmiştir. Oldukça ayrıntılı olarak düzenlenen bu matbu formlarda belirtilen esaslara zorunlu olarak uyulması³⁹⁴, icra ve iflâs takiplerinin belirli bir sistem içerisinde yürütmesini

³⁹⁴ İcra takibi sürecinde bu formlara uyulması Yönetmeliğin 19. maddesi uyarınca zorunludur. Nitekim, bu düzenlemeye göre; *“İcra ve iflas İşleri için aşağıda gösterilen basılı kâğıtların kullanılması zorunludur”* (İİK Yön. m. 19/I).

sağlayacak ve bu şekilde de, yazılılık ilkesi ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmiş olmaktadır.

III. İRADE ÖZERKLİĞİNİN, İCRA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN TEMEL İLKELER İLE MENFAAT DENGESİ ÇERÇEVESİNDE YERİ

Yukarıda icra hukukunda geçerli olan ilkeler kapsamındaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, özellikle tasarruf ilkesinin icra hukukunda geçerli olması, irade özerkliğinin icra hukukunda hangi oranda geçerli olacağı sorusunu da beraberinde getirir. Özellikle İcra ve İflâs Kanunumuzda alacaklı ile borçlunun anlaşmasına dayanan birtakım işlemlerin söz konusu olması (örneğin, İİK m. 20; 83a; 111), icra hukukunda sözleşme serbestisinin geçerli olup olmadığının belirlenmesini gerektirir. Bu konu, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi ile de çok yakından ilgilidir. Zira icra hukukunda irade özerkliğinin mutlak olarak varlığını kabul ettiğimiz takdirde, örneğin alacaklı ile borçlunun yapacağı bir anlaşma ile üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olabilecektir. Bu sebeple, icra hukukunda irade özerkliğinin hangi oranda geçerli olacağının belirlenmesi, özellikle konumuz çerçevesinde önem arz etmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, icra hukukunda da aynı medenî usûl hukukunda olduğu gibi alacaklının alacağının tahsilini sağlamak amacıyla icra organına başvurması ile birlikte alacaklı-borçlu ve devlet arasında üçlü bir ilişki doğar. Bu ilişki aynen medenî usûl hukukunda olduğu gibi özünde, bir kamu hukuku ilişkisine dayanır³⁹⁵. Zira daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere zor kullanma, mutlak olarak devlete görev olarak yüklenmiş ve aynı zamanda da devletin egemenlik yetkisinin bir parçası niteliğindedir. Bu özelliğinden hareket ettiğimiz takdirde de, medenî usûl hukukunda irade özerkliği ne derece geçerliyse, icra hukukunda da *asgarî oranda* medenî usûl hukukundaki derecede geçerli olacağını

³⁹⁵ Medenî usûl hukukunda, davacının yargı organlarına başvurması ile birlikte artık davacı-davalı ve yargı organları arasında kamu hukukuna dayanan üç köşeli bir ilişki kurulduğu ve bu aşamadan sonra, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili hususların aynı zamanda hukuk barışının, hukuk güvenliğinin sağlanmasına yöneldiği; bu sebeplerle de, medenî usûl hukukunda irade özerkliğinin son derece sınırlı olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. *Demircioğlu*, s. 56.

ifade edebiliriz³⁹⁶. Ancak icra hukukunu, medenî usûl hukukundan ayıran çok önemli bir nokta bulunmaktadır ki, bu durum da irade özerkliğinin icra hukukunda daha farklı bir uygulama alanına sahip olmasına sebebiyet verecektir. Medenî usûl hukukunda mahkeme kararları ve dolayısıyla söz konusu mahkeme kararına ilişkin yargısal işlemler, kural olarak sadece davanın taraflarını ilgilendirir. Zira mahkemenin kararı ancak davanın tarafları açısından kesin hüküm teşkil eder ve kural olarak sadece davanın taraflarına karşı icra edilir. Ancak icra hukukunda, takip işlemleri kesin hüküm oluşturmamakla birlikte, pek çok durumda üçüncü kişilerin de hak ve menfaatlerini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkiler. Örneğin, icra hukuku sistemimizde İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinin emredici olmadığı kabul edilir ve alacaklı ile borçlunun yapacakları bir anlaşma ile rehne rağmen alacaklının, borçlunun rehinli mal dışındaki diğer mallarına yönelmesine imkân tanılırsa, bu durumda hak ve menfaatleri asıl zedelenecek olan üçüncü kişilerdir. Zira bu durumda alacaklı, borçlunun rehinli malı dışındaki mal varlığına yönelip alacağını tahsil edecek; bu durumda diğer alacaklıların alacaklarını tahsil etme olanakları kalmayacaktır.

Bu çerçevede durumu değerlendirdiğimiz takdirde, icra hukukunda irade özerkliğinin, medenî usûl hukukunda olduğundan dahi daha katı bir şekilde kabul edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. İcra hukukunda irade özerkliğine getirilen sınırlandırmanın genişletilmesinin en temel sebebi de, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması gereğidir. Aksi takdirde, yani irade özerkliğinin icra hukukunda uygulanma alanının genişletilmesi, üçüncü kişilerin, *-kötü niyetli olmasalar dahi-* alacaklı ve borçlunun iradeleriyle hak ve menfaatlerinin haksız yere zedelenmesine, ihlâl edilmesine sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple de icra hukukunda tasarruf ilkesinin geçerli olmasına rağmen, irade özerkliği konusunda son derece hassas davranılması, özellikle de üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması açısından zorunludur.

³⁹⁶ İcra hukukunda, Kanun'un emredici düzenlemelerine aykırı olmamak koşuluyla sözleşme yapılmasının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. **Berkin**, İcra Hukuku Dersleri, s. 13; **Berkin**, İcra Hukuku Rehberi, s. 16-17; **Aşık**, s. 59-60. Ayrıca icra hukukunda sözleşme serbestisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aşık**, s. 45 vd.

IV. TAKİPTE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Takip süreci, alacaklı ve borçlunun takip veya yargısal işlemleri ile yön bulan bir süreçtir. Örneğin genel haciz yolu ile takipte, alacaklının takip talebinde bulunması (İİK m. 58); alacaklının bu talebi üzerine icra dairesinin borçluya ödeme emri göndermesi (İİK m. 60); borçlunun, ödeme emrine itiraz etmesi veya etmemesi (İİK m. 62); borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi durumunda, alacaklının icra mahkemesine itirazın kaldırılması için başvuruda bulunması (İİK m. 68; 68a) veya genel mahkemelerde itirazı hükümden düşürmek için dava açması (İİK m. 67); takibin kesinleşmesi süreciyle birlikte borçlunun mal beyanında bulunması (İİK m. 75); alacaklının süresinde haciz talep etmesi (İİK m. 78); bu talep üzerine icra memurunun hacze gitmesi ve borçlunun hak ve mallarını haczetmesi (İİK m. 78 vd.); haczedilen hak ve malların alacaklının talebiyle satışı (İİK m. 106); satış neticesinde elde edilen bedelin alacaklıya ödenmesi gibi (İİK m. 138). Takibin taraflarının aktif olarak rol aldığı bu süreçte, takibin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için, taraflara bazı yükümlülüklerin yüklenmesi doğal bir sonuçtur³⁹⁷. Ayrıca daha önceki açıklamalarımızda, icra hukukunda tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinin de geçerli olduğunu belirtmiştik. Bunun neticesi olarak medenî usûl hukukunda olduğu gibi³⁹⁸, icra hukukunda da tarafların takibin sağlıklı bir şekilde işleyişini sağlamak için yerine getirmekle yükümlü oldukları birtakım ödevleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin başlıcaları, doğruyu söyleme ödevi ve dürüst davranma ilkesidir. Zira bu sayede, maddî gerçeğin ortaya çıkarak adaletin yerine getirilmesi de sağlanmış olacaktır³⁹⁹.

Dürüstlük kuralının ve bunun bir uzantısı olarak doğruyu söyleme ödevinin (TMK m. 2) icra hukukunda, genel bir hukuk ilkesi olarak kabulü konusunda şüphe bulunmamaktadır⁴⁰⁰. Zira diğer hukuk dallarında olduğu gibi, icra hukuku alanında

³⁹⁷ Bu konuda bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 11; *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 135.

³⁹⁸ Medenî usûl hukukundaki taraf yükümlülükleri için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 273-277.

³⁹⁹ *Tercan*, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181.

⁴⁰⁰ *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 135. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesi, genel bir hukuk kuralı olarak, temelini güven ilişkisinden almaktadır (*Edis*, s. 447. Bu konuda ayrıca bkz.

da dürüstlük kuralının sınırlandırıcı ve düzeltici işlevi önemli bir fonksiyona sahiptir⁴⁰¹. İnceleme konumuz açısından da, takip sürecinde, tarafların doğruyu söyleme ödevi ile dürüst davranma ilkelerinin oldukça önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Zira özellikle menfaat dengesinin biçimlenmesinde ve değerlendirilmesinde, dürüstlük ilkesi ile onun bir uzantısı, bir unsuru olan doğruyu söyleme ödevinin az önce söz etmiş olduğumuz sınırlandırıcı ve düzeltici işlevi önemli rol üstlenecektir. Zira bundan sonraki açıklamalarımızda da ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere takip süreci, tarafların menfaat çatışması içerisinde ayakta kalma mücadelesidir. Bu mücadele sırasında, bazı kötü niyetli alacaklıların ve borçluların bulunması, sıklıkla rastlanabilecek bir durumdur. Bu şekilde ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı davranışları, menfaat dengesinin değerlendirilmesinde, sınırlandırıcı veya düzeltici bir işleve sahip olacak ve bu anlamda, ilgilinin o hukukî durumdan bir menfaat veya hak elde etmesini engelleyecektir.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, icra hukukunun tarihi kökenlerinde de dürüstlük ilkesinin önemli bir yeri olmuştur. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan pek çok değişiklikte, alacaklı ve borçlunun kötü niyetli olması ihtimâli ve bu ihtimâl karşısında kötü niyetli davranışlara karşı taraf menfaatlerinin dengelenmesi esası temel alınarak kanunî yapılandırılmalara başvurulmuştur. Bunun somut örnekleri arasında, tatil günlerinde icra takip işlemi yapılamamasına rağmen (İİK m. 51/I, c. 1), bu kurala istisna getirilerek gece vakti de haczi mümkün kılan İcra ve İflâs Kanunu'nun 51. maddesinin son cümlesini göstermek mümkündür. Zira icra hukuku sistemimizde, kendisine ödeme emri gönderilen borçlunun mallarını alacaklıdan

Akyol, s. 6). Doğruyu söyleme ödevinin, bu önemine binaen kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmektedir (*Edis*, s. 452-456).

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.03.1982 tarihinde vermiş olduğu bir kararda doğrudan doğruya Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesini, icra hukuku alanında uygulamıştır. Bu karara göre, "*Davacı banka anılan hakkını kullanırken MK'nun 2 nci maddesinde öngörülen biçimde, dürüstlük kurallarına uymak durumundadır. Sırf başkasını zararlandırma amacıyla anılan hakkın kötüye kullanılması yasaca korunamaz. Her ne kadar davacı bankanın, davalı hakkında da kredi sözleşmesindeki kefalete dayalı olarak takip yapabileceği olanağı varsa da; ipotekli takipte, o takip borçlusunca borç tümüyle kabul edilip, taksitle ödeme yükümünde bulunulmuş, taksitlerin bir bölümü ödenmiş ve ipotek değerini borcun tümünü rahatlıkla karşılar durumda iken; sırf İİK'nun 67 nci maddesinde öngörülen süre ve inkâr tazminatını kaçırmama amacıyla takibe girişilmesi MK'nun 2/2 maddesinde öngörülen kurala aykırıdır. Davacı bankanın dava konusu takipte bir hukukî yararının varlığından da söz edilemez.*" 11. HD, 18.03.1982, 619/1108 (YKD 1982/6, s. 816-819; *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 136, dn. 383).

⁴⁰¹ Bu konuda bkz. *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 135.

kaçırma çabasına girmesi olağan bir borçlu davranışıdır. Bu sebeple, kanun koyucu da söz konusu hükümlerle, kötü niyetli borçluların bu çabasını sonuçsuz bırakmak amacıyla alacaklıyı korumayı amaçlamıştır. Buna benzer şekilde, tâlik hâlleri arasında sayılan borçlunun tutuklu/hükümlü, asker veya ağır hasta olması durumunda, mal kaçırmaması “*ihimâli*” mevcutsa, tutukluluk/hükümlülük (İİK m. 54/II), askerlik (İİK m. 54a/II) veya ağır hastalık (İİK m. 55/II) hâllerinin devamında dahi borçlunun mallarının haczedilebilmesi de kötü niyetli davranışlara karşı alınan önlemlerdendir. Nitekim benzer bir sebep, muaccel olmayan para alacaklarının ihtiyaten haczedilebilmesi için de kabul edilmiştir (İİK m. 257/II, b. 2). Borçlunun ve alacaklının kötü niyetli olması veya gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması ihtimâlinin “*kuvvetle muhtemel sayılması*” prensibi üzerine kurulmuş olan İcra ve İflâs Kanunu sistemimizde, bu konuya ilişkin başka düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Hatta İcra ve İflâs Kanunu, bu amaç uğruna sadece Kanun’a koruyucu “*kurallar*” koymakla yetinmemiş; bu sorunun önüne geçmek için bazı “*müesseseler*” dahi kabul edilmiştir. Bu müesseselere örnek olarak tasarrufun iptali davalarını (İİK m. 277-284) göstermek mümkündür. Yine kanun koyucu satış ve ihâlenin dürüstlük ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, ihâlenin feshi (İİK m. 134) müessesesini kabul etmiştir⁴⁰².

B. Doğruyu Söyleme Ödevi ile Dürüstlük İlkesinin Uygulama Alanı

İcra hukuku sistemimizde, taraflara katı bir şekilde doğruyu söyleme ödevi yüklenmiştir. Hatta kanun koyucunun, bunu cezaî bir yaptırım olarak kabul ettiği dahi görülmektedir. Zira takibin kesinleşmesiyle birlikte, haczin gerçekleştirilebilmesi için borçlu, borca yetecek miktarda, kendi elinde bulunan veya üçüncü kişilerdeki mal, alacak veya haklarını, bunların çeşit ve niteliklerini, her türlü gelirini, yaşama tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna göre borcunu nasıl ödeyeceğini mal beyanı olarak icra dairesine bildirmelidir⁴⁰³ (bkz. İİK m. 74). Borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde borca itiraz etmemesi ve borcu da ödememesi

⁴⁰² Tasarrufun iptali davası ile ihâlenin feshi yolunun, dürüstlük ödevi çerçevesinde değerlendirmesi için bkz. *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 140.

⁴⁰³ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 184.

durumunda, bu sürenin sona ermesine kadar (İİK m. 74); ödeme emrine itiraz etmesi durumunda ise, takibin kesinleşmesine ilişkin icra mahkemesi veya genel mahkeme kararının aleyhine sonuçlanan tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren üç günün sona ermesine kadar devam eder (İİK m. 75). Kanun koyucu, bu yükümlülüğü gerçeğe aykırı şekilde gerçekleştiren (*hakikate muhalif beyanda bulunan*) borçlunun, üç aydan bir seneye kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılmasını da öngörmüştür (İİK m. 338). Kural olarak, icra hukukunda doğruyu söyleme ödevi, medenî usûl hukukunda olduğu gibi⁴⁰⁴ gerek taraflara gerekse tarafların kanunî ve iradî temsilcilerine yüklenmiş bir yükümlülüktür. Ancak gerçeğe aykırı mal beyanında bulunulması sonucunda, cezaların şahsîliği ilkesi gereğince, sadece borçlu hapisle taziyik edilecektir. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan, borçlu yerine, borçlunun kanunî temsilcisi veya avukatı ise, bu kişiler cezalandırılmayacaktır⁴⁰⁵. Ancak bu durumda şüphesiz ki, icra dairesi gerçeğe aykırı olan bu mal beyanını dikkate almayacaktır.

Doğruyu söyleme ve dürüst davranma yükümlülüğü, takip sürecinin tüm aşamalarında geçerlidir. Yükümlülüğün konusunu ise, takibe konu olan tüm vakıa ve bilgi açıklamaları⁴⁰⁶ ile takip malzemesi olarak taraflarca getirilen belgeler ve bilgiler

⁴⁰⁴ Medenî usûl hukukunda, doğruyu söyleme ödevinin yükümlüsünün davanın tarafları yanında tarafların kanunî ve iradî temsilcileri için de öngörülen bir yükümlülük olduğuna ilişkin bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 274.

⁴⁰⁵ *Kuru*, El Kitabı, s. 355; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 187. “Görüldüğü üzere bu hükümle, İY'nin 74'üncü maddesine göre İcra dairesine bildirilmesi gerekli beyanın gerçeğe aykırı surette yapılmış olması bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Koruduğu hukuki yarar ‘kamu güveni’ olan bu suç, yasadaki kaynaklı bir yükümlülüğün yasadaki koşullara uygun, ancak gerçeğe aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenmekte ve suç tipinde kusur sorumluluğuna dayanılmaktadır. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma ise, borçlunun ‘başkasına ait mal, alacak ve hakları kendisine aitmiş gibi göstermesi’ veya ‘kendisine ait mal, alacak ve hakları’ gizlemesidir. Ancak bu suçun oluşabilmesi için, bildirim bizzat borçlu tarafından ve gerçeğe aykırı olduğu bilinerek yapılması ve aynı zamanda bu bildirim İY'nin 74' üncü maddesinde gösterilen hususları da içermesi gerekir.” CGK, 27.09.2005, 17-109/105 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 5, s. 6575-6578).

⁴⁰⁶ Medenî usûl hukuku açısından, mahkeme dışında tarafların yapmış oldukları bilgi açıklamaları -örneğin, bir tarafın bir vakıayı ikrar etmesi gibi- tanık beyanları ile veya örneğin senet gibi bir delile dayanmadığı sürece yargılama hukukunda sonuç doğurmaz. Ancak, icra hukukunda durum biraz daha farklıdır. İcra ve İflâs Kanunu, takibin işleyişini sağlamak amacıyla, alacaklı veya borçlunun birtakım bilgi açıklamalarına -alacaklı ve borçlunun bütün bilgi açıklamalarına değil, ama sadece kanunun öngörmüş olduklarına- hüküm ve sonuç bağlamıştır. Bu duruma yukarıda açıklanmış olan “borçlunun mal beyanında bulunması” gösterilebilir. Borçlu, mal beyanı ile haczin sağlıklı bir şekilde işleyişini sürdürmek için mevcut ve borca yeter mal varlığı hakkında bilgi açıklamasında bulunur. Ancak mal beyanında bulunulmasa dahi, icra memuru, alacaklının talebi ile haczi gerçekleştirebilir. Bu durumda sadece, borçlu, mal beyanında bulunamamanın sonuçlarına katlanır. Bunun dışında örneğin haciz sırasında borçlunun veya

oluşturmaktadır. Doğruyu söyleme ödevi gerçek anlamda bir yükümlülüktür⁴⁰⁷. Nitekim kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu'nda tarafların doğruyu söyleme ödevlerine aykırı davranışların *-genel olarak olmasa da özel olarak-* sonuçlarını düzenlemiştir. Doğruyu söyleme ödevinin bir üst kavramı olarak dürüst davranma yükümlülüğü de, icra hukukunda önemli bir yere sahiptir. Zira dürüst bir boçlu, takip prosedürünün gereklerini yerine getirdiği sürece ve kötü niyetle alacaklısını zarara sokan davranışlarla takip prosedürünü aksatmadığı sürece, borcunu ödeyemediği için veya yeterli mal varlığı bulunmadığı için cezalandırılmaz⁴⁰⁸.

Doğruyu söyleme ödevi, az önce de belirtmiş olduğumuz gibi esasında dürüstlük ilkesinin bir uzantısı, vazgeçilmez bir unsurdur. Zira doğruyu söylemeyen bir borçlunun veya alacaklının, takip prosedüründe dürüst davrandığından söz etmek mümkün değildir. Ancak icra hukuku alanında alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin sadece tek başına doğruyu söylemesi, o kişinin takip prosedüründe dürüstlük davranma yükümlülüğüne de uygun olarak hareket ettiğini göstermez. Bu anlamda dürüstlük ilkesi, doğruyu söyleme ödevini de bünyesinde barındıran daha geniş ve üst bir kavramdır. Ancak aşağıda vereceğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, tarafların ve üçüncü kişilerin bu yükümlülüklerini birbirinden ayırmak zordur.

Doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevi, özellikle itirazın hükümden düşürülmesi aşamasında büyük önem arzeder. İcra ve İflâs Kanunu'nun 67. maddesine göre, itirazın iptali davasında, itirazının haksızlığına karar verilen borçlu veya takibi yaparken haksız ve kötü niyetli davranan alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata hükmedilecektir (İİK m. 67/II). Benzer düzenlemeler icra mahkemesince, gerek kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte imzaya itirazda (İİK m.

aile üyelerinden birisinin haczedilecek evin "*haline münasip ev olduğundan bahisle haczedilemeyeceğini*" ileri sürmesi veya haciz sırasında, borçlunun *haczedilen malın bir başkasına ait olduğunu* belirtmesi (istihkak iddiası) birer bilgi açıklamasıdır. Zira bu durumlarda, söz konusu itirazlara rağmen icra memuru, haczi gerçekleştirir; ancak bu aşamadan sonra ileri sürülen iddiaların doğru olup olmadığı bazı prosedürlere tâbi tutularak belirlenir. Dolayısıyla, takip sürecinde yapılan tüm bu bilgi açıklamalarında da taraflar doğruyu söylemekle yükümlüdürler.

⁴⁰⁷ Medenî usûl hukukunda da, doğruyu söyleme ödevinin bir yükümlülük olduğuna ilişkin bkz. **Tercan**, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181-182; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 274.

⁴⁰⁸ **Yılmaz**, Ay. m. 38, s. 494; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 183.

170/IV), gerekse genel haciz yolu ile takipte itirazın kesin kaldırılması aşaması (İİK m. 68/VII, c. 1) ile itirazın geçici kaldırılması aşamasından sonra açılan borçtan kurtulma davasında (İİK m. 69/V) mevcuttur⁴⁰⁹. Bu düzenlemelerdeki tazminatların amacı, borçlunun itirazda bulunurken *doğruyu söylememesini* cezalandırmak; alacaklının da, takibi yaparken haksız olduğunun anlaşılması üzerine, alacaklıyı *dürüstlük kuralına aykırı olarak* takip başlatması sebebiyle bir anlamda cezalandırmaktır. Yine bu düzenlemeler benzer şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nun menfi tespit davasını düzenleyen 72. maddesinde, menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanması durumunda, haksız ve kötü niyetle borçluya karşı takip başlatan alacaklı (İİK m. 72/V); davanın alacaklı lehine sonuçlanması durumunda da, şayet borçlu ihtiyatî tedbir yolu ile takibi durdurmuş ise borçlu (İİK m. 72/III) alacağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm olur⁴¹⁰. Bunun yanı sıra, imzaya itiraz eden borçlu, icra mahkemesinde yapılacak itirazın kaldırılması prosedüründe haksız çıkarsa alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm olacaktır (İİK m. 68a/V). Bu para cezasının da amacı, borçlunun doğruyu söyleme ödevine aykırı davranmış olmasıdır.

Dürüstlük ödevinin sadece takibin taraflarına değil, üçüncü kişilere de bir yükümlülük olarak yüklendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli hükümlerinden anlaşılmaktadır. Örneğin, sırf satışı geri bıraktırmak amacıyla yani hakkını kötüye kullanarak istihkak davası açan üçüncü kişi, aynı zamanda takibin ertelenmesi yönünde durdurma kararı alarak alacaklının zararına sebebiyet vermişse, alacağını geç alan alacaklının alacağının yüzde kırkı oranında tazminata mahkûm edilir (İİK m. 97/XIII)⁴¹¹. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, icra hukukunda, tarafların doğruyu söylememesinin veya dürüstlük kurallarına aykırı davranmalarının en önemli yaptırımlarının başında icra tazminatları gelmektedir. Zira, Kanun'da

⁴⁰⁹ Söz konusu düzenlemelerin, dürüstlük ödevi çerçevesinde değerlendirmesi için bkz. *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 135-138.

⁴¹⁰ Menfi tespit davasındaki tazminatların, dürüstlük ödevi çerçevesinde değerlendirmesi için bkz. *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 138. Ayrıca menfi tespit davasının temelinin, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayandığı yönündeki görüş için bkz. *Akyol*, s. 127.

⁴¹¹ İstihkak davasındaki tazminatların, dürüstlük ödevi çerçevesinde değerlendirmesi için bkz. *Arslan*, Dürüstlük Kuralı, s. 138-139.

öngörülen tazminat oranlarının oldukça yüksek olması, menfaat dengesinin ne şekilde biçimleneceği konusunda da önemli bir işleve sahip olmaktadır.

MENFAAT DENGESİNİ KORUMA ZORUNLULUĞU VE KAPSAMI

§ 5. MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN

KONU BAKIMINDAN KAPSAMI

I. TAKİP KONUSUNUN KORUNMASI

Menfaat dengesini korunmanın kapsamına, takip konusunun korunması ile başlanmaktadır. Zira takip talebi ile alacaklı, esasında takibin konusunu oluşturan “*hakkı*”nın tehlikede olduğunu belirterek hukukî korunma başvurusunda bulunmaktadır. Dolayısıyla, takibin ilk aşamasında öncelikle takip konusunun korunması, başlangıçta menfaat dengesinin alacaklı lehine işlediğini göstermektedir.

Takip konusu, her bir takip yolunda ayrı ayrı belirlenmektedir. Örneğin genel haciz yolu ile takipte, takibin konusu bir para veya teminat borcudur. Bu anlamda genel haciz yolu ile takipte korunan, alacaklının “*para borcundan doğan alacak hakkı*” veya “*teminat alacağı*”dır. Buna karşılık ilâmlı icra yolu ile takipte, her ilâmın dayanağı olan talep hakkı, farklı haklardan doğabileceğinden, kanun koyucu, her bir ilâmın ne şekilde icra edileceğini ayrı ayrı düzenlemeyi tercih etmiştir (İİK m. 24-32).

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin konusu da, genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi bir para borcudur. Dolayısıyla, bu takip yolunda da takibin konusunu oluşturan para borcundan doğan alacak hakkının korunması söz konusudur. Burada para borcunun kambiyo ilişkisinden kaynaklanması sadece ticarî hayatın gerekliliklerinden doğan sebeplerle ayrı bir takip yolu ile bu alacakların tahsilinin düzenlenmesine sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte korunan menfaat yine para borcundan doğan alacak hakkıdır. Buna karşılık, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte farklı bir durum söz konusudur. Zira bu takip yolunda, takibin konusu aynı bir teminat teşkil eden rehin hakkından kaynaklanmaktadır¹. Bu durumda da, aynı bir hak olan rehin hakkının

¹ *Akıpek*, s. 3; *Köprülü/Kaneti*, s. 3; *Ayan*, s. 3.

korunması, konusunda diğer takip yollarından farklı olarak korumanın içeriğini farklılaştırmaktadır. Kiralanan taşınmazların tahliyesi yolu ile takipte ise, taşınmaz sahibi olan alacaklıya, borçlunun borcunu ödememesi veya borçlu ile aralarındaki kira sözleşmesinin sona ermesi için birtakım imtiyazlar tanınmıştır. Bu anlamda kiralanan taşınmazların tahliyesi yolu ile takipte korunan menfaat, takibin konusunu da teşkil eden alacak hakkıdır.

Bunun yanı sıra, özel kanunlar ile bazı alacaklı gruplarına birtakım imtiyazlar tanındığını daha önce belirtmiştik. Bu kanunların başlıcaları olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre gerçekleştirilecek icra takiplerinde de, takibin konusunu teşkil eden “*kamu alacağı*”na ve “*Fon alacağı*”na birtakım imtiyazlar atfedilmiş ve menfaat dengesi değerlendirilirken de bu alacakların sahip olduğu önemden hareket edilmiştir. Zira bu korumanın da gerekçesi olarak, ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere, her iki alacağın tahsilinin de kamu menfaatine hizmet etmesi belirtilmektedir.

II. TAKİP İŞLEMLERİNDE DENGİNİN KORUNMASI

Daha önce yapmış olduğumuz açıklamalarda belirtmiş olduğumuz üzere, bir takip prosedüründe alacaklı ile borçlu işin doğası gereği birbiriyle zıt bir menfaat çatışması içerisindedirler. Bir yandan alacaklı, haklı bir sebebe (*mülkiyet hakkına*) binaen kendisine ait olduğunu iddia ettiği bir alacağı elde etmek istemekte; diğer yandan da borçlu ya alacaklının gerçek hak sahibi olmadığını ve dolayısıyla alacaklıya karşı bir borcu bulunmadığının tespitini veya borcu bulunuyorsa dahi bu borcun, alacağın nisbeti oranında ve menfaatlerini haksız bir şekilde ihlâl etmeyecek şekilde tahsil edilmesini istemektedir. Bu durumda ise, takip prosedüründe her iki tarafın da menfaatlerinin dengelenmesi son derece hassas bir konu arz eder². Bu hassasiyet, ilâmsız icra yolu ile takipte kendisini çok daha fazla hissettirecektir. Zira aşağıda ayrı bir bölüm altında da inceleyeceğimiz üzere³, ilâmsız icra yolu ile takip, alacaklının gerçekten de alacaklı olduğunun kesin bir şekilde tespit edilmeden

² Maliye Bakanlığı'nın takip işlemlerinde dengenin korunması gereğine işaret ettiği bir Genelge için bkz. aşa. II. Bölüm, § 5, IV.

³ Bkz. aşa. § 9, III.

başlatılan bir takip prosedürüdür. Dolayısıyla bu takip prosedüründe alacaklının, herhangi bir alacak hakkına dayanmadan borçluya karşı bir takip başlatmış olma ihtimâli oldukça yüksektir. Bu açıdan ilâmsız icra yolu ile takipte borçlu ile alacaklı arasındaki menfaatlerin dengelenmesi çok daha zor bir husustur. Buna karşılık ilâmlı icra yolu ile takipte, icra takibi başlatan alacaklının alacağı bir ilâma veya ilâm hükmünde bir belgeye dayandığından, alacaklının haklılığı kural olarak sabittir. Bu sebeple de ilâmlı icra takibinde, ilâmsız icra takibine oranla borçlunun takibe karşı koyma imkânı çok daha sınırlıdır.

Alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde, bize yardımcı olacak bazı araçlar bulunmaktadır. Örneğin tarafların veya üçüncü kişilerin, belirli durumlarda teminat göstererek kendi lehlerine bir hukukî durum yaratmaları, bazı geçici hukukî koruma önlemleri, takibin durması gibi bazı kurumlar menfaatlerin dengelenmesinde önemli araçlardır. Menfaatlerin dengelenmesinde kullanılacak bu araçlar, bir yandan alacaklının, takip sonunda elde etmek istediği sonucu güvence altına almayı amaçlar; diğer yandan da borçlunun, haksız müdahalelerle mal varlığının ve şahıs varlığının zarara uğramasını önler. Bu sebeple de bu araçlara başvurulmasına karar verildiğinde, bu imkânların hangi amaçla, nasıl ve hangi oranla kullanılacağı önem kazanır. Bu noktada ise daha önce açıklamış olduğumuz gibi, ölçülülük ilkesine riayet edilmesi taraflar ve üçüncü kişiler için bir güvence oluşturur. Zira menfaatlerin dengelenmesine yardımcı olacak araçların ölçsüz olarak kullanılması, istenilen amaca ulaşılmasını önleyeceği gibi tarafların haksız müdahalelerle karşılaşarak zarara uğramalarına da sebebiyet verebilir. Dolayısıyla çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, özellikle araç ile amaç arasındaki ölçünün tutturulması menfaat dengesinin kurulmasında ve korunmasında oldukça önemlidir.

Ayrıca takip işlemlerinde menfaat dengesinin korunmasında, özellikle çalışmamızın son bölümünde ele alacağımız başvuru yolları da önemli bir fonksiyona sahiptir.

III. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

İcra hukukunun anayasal temellerini incelerken, Anayasa ile güvence altına alınan kişilik haklarının takibin her aşamasında ve her koşul altında korunmasının

zorunlu olduğunu belirtmiştik. Borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması, aleyhine başlatılan takiplerde kendisinin kişilik haklarına saygı duyulmayacağı veya saygı duyulmasına gerek olmadığı anlamına gelmez.

Kişilik hakları, icra hukuku açısından hem menfaat dengesinin konusunu oluşturan bir unsur hem de mutlak olarak korunması gereken bir şahıs varlığı değeridir. Kişilerin sahip olduğu bu temel hak, bir yandan Anayasa ile güvence altına alınmakta⁴, diğer yandan da icra hukukunda kişilik haklarına birtakım müdahalelerde bulunulabilmesine izin veren esaslar kabul edilmektedir. Bu durumda, kişilik haklarına icra hukuku normları ile ne derecede müdahale edilebileceğinin, bu müdahalenin sınırlarının tespiti gerekir. Bu tespit, şüphesiz ki en önemli aracımız yine ölçülülük ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, icra hukuku normlarının verdiği yetkiye dayanarak kişilerin temel haklarından olan kişilik haklarına müdahalede bulunulurken, bu müdahalenin ölçülü olması gerekir. Zira anayasal bir hak olan kişilik değerlerinin korunmasının kapsamına, idarenin her türlü işlemleri girdiğinden⁵, icra memurlarının gerçekleştirdikleri işlemlerde de kişilik haklarına saygılı bir şekilde ve ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir.

Kişilik hakları kavramına, kişilerin maddî ve manevî şahıs varlığı değerlerinin tümü girmektedir⁶. Bu durumda icra hukuku normlarının, kişilerin gerek mal varlığı gerekse şahıs varlığı üzerinde zor kullanılmasına imkân veren yetkileri barındırması sebebiyle, konunun her iki kapsamda da değerlendirilmesi gerekir. Özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 80 (*özellikle düzenlemenin üçüncü ve dördüncü fıkrası*) ve 81. madde hükümleri, her iki kapsamda da (*gerek şahıs varlığı gerekse mal varlığı değerleri açısından*) kişilik haklarına müdahaleyi barındıran iki düzenlemedir.

Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, menfaat dengesinin bir taraf aleyhine aşırı derecede zedelenmesi veya tamamen ortadan kaldırılması kişilik haklarının ihlâli anlamına gelecektir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bu yönde vermiş

⁴ Bu konuda bkz. **Karayalçın**, Şeref ve Haysiyetin Korunması, s. 257. Kişilik haklarının korunması, insan onurunun korunmasıyla ilgili anayasal temel bir haktır. Bu konuda bkz. **Şimşek**, s. 4-11.

⁵ **Karayalçın**, Şeref ve Haysiyetin Korunması, s. 257.

⁶ **Helvacı**, s. 74-100. Ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 655 vd.; **Eren**, C. I, s. 495.

olduğu ve aşağıda belirteceğimiz bazı kararlar da görüşümüzü desteklemektedir. Ayrıca takip prosedüründe sadece alacaklı ile borçlunun değil, bu kişiler dışında takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin de kişilik haklarının korunacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 01.06.1999 tarihinde vermiş olduğu karar, özellikle haciz aşamasında üçüncü kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan kişilik hakları ile konut dokunulmazlığı ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin emsal nitelikte bir karardır. Zira bu karara göre, borçlu olmadığı halde evinin kapısı kırılarak zorla eşyalarına el konulan üçüncü kişinin manevî tazminat talebiyle açtığı dava, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesinde hükme bağlanan sorumluluk esas çerçevesinde haklı bulunmuş ve devlet aleyhine tazminata hükmedilmiştir⁷. Zira, burada evinin kapısı polis gücü ile kırılarak eşyalarına el konulan üçüncü kişinin temel hak ve özgürlükleri ihlâl edildiği gibi, haciz memuru gerek ölçülülük ilkesine gerekse İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasına aykırı hareket etmiştir.

Üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunması gereği, hiç şüphesiz Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak icra takiplerinde de geçerlidir. Zira yukarıda belirtmiş olduğumuz Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olaydakine benzer bir durumda, yani borçlu ile hiç bir ilgisi olmayan üçüncü kişinin mallarının Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılan bir takipte haczedilmesi üzerine, üçüncü kişi haczin kaldırılması için idarî yargıda dava açmış; ancak dava, talep istihkak iddiasına dayandırılmadığından yerel mahkemece reddedilmiştir. Bu durumda Danıştay 3. Dairesi ise, haklı olarak üçüncü kişinin talebi istihkak iddiasına dayandırılmamış olsa dahi, alacaklı tahsil dairesinin işlemine karşı açılan davanın idarî yargıda görülmesi gerektiğine, varılan sonuca göre

⁷ “*Davalı Emlak Bankası, İzmir 4. İcra Müdürlüğünün 1998/1895 sayılı takip dosyasında borçlusu Ş. R.'nin mallarını haciz ettirdikten sonra yaptığı hacizler alacağını karşılamadığından telefon defterinden ismi bulunan ve borçlusu Ş. R. ile hiç bir ilgisi olmamasına rağmen davacının evde bulunmadığı 13.3.1998 tarihinde gerçek borçlu olmayan davacının evine gelinip polis nezaretinde çilingirle kapı açtırılarak davacıların bazı malları haciz edilip yedimeine teslim edilmek üzere evden çıkarılmışlardır. Davacılar 'gerçek borçlu olmadıkları halde bu şekilde malların götürülmesi nedeniyle duyulan üzüntü ve sıkıntı nedeniyle' manevî tazminat istemişlerdir. Davalılar 'davanın reddini' savunmuş, mahkemece, dava reddedilmiştir. / Somut olayda, gerçek borçlu olmayan davacılar hakkında yapılan haksız haciz sonucu davacıların kişilik haklarına saldırı olduğu tartışmasızdır. Davalı Emlak Bankası'nın haksız fiil nedeniyle Borçlar Kanununun 41. maddesine göre, davalı Adalet Bakanlığının da yapılan işlerden dolayı kusursuz sorumlu oldukları İcra İflâs Kanununun 5. maddesinde belirlenmiştir. Kişilik haklarının saldırıya uğradığı sabit olan davacılar için tazminat kapsamı belirlenip karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 01.06.1999, 1953/5125 (Uyar, C. 5, s. 7519-7520).*

üçüncü kişinin malları üzerine konulan haczin kaldırılması gerektiğine karar vermiştir⁸.

4. Hukuk Dairesi, 01.06.1999 tarihinde vermiş olduğu bu kararındaki isabetli görüşünü devam ettirmiş ve bugün için Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin içtihatları istikrarlı bir şekilde, borçlu olmadığı hâlde haksız ve ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde mülküne girilerek eşyaları haczedilen üçüncü kişilerin kişilik haklarının zedelendiği; bu sebeple de davacı üçüncü kişiler lehine Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi çerçevesinde manevî tazminata hükmedebilme koşullarının oluştuğu yönünde gelişmiştir⁹.

⁸ “**Dava, istihkak iddiasına dayandırılmamış, kendisi ile hiç ilişkisi bulunmayan bir şahsın vergi borçlarından dolayı, evinde, kendisine ait mallar üzerinde haciz uygulaması yapılamayacağı belirtilerek bu idari uygulamanın iptali istenmiştir.** Bu haliyle bu davanın görüm ve çözümü idari yargıya aittir. Kaldı ki davacı istihkak iddiasıyla ayrıca adli yargıda dava açmıştır. / 6183 sayılı Yasanın ‘Haciz’ başlığını taşıyan 62 nci maddesinde ‘Borçlunun mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul mallar ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunur.’ hükmü yer almaktadır. / **Anılan madde hükmüne göre haciz ancak amme dairesine karşı borçlu olan mükelleflerin ellerinde bulunan veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul veya gayrimenkullere uygulanabileceğinden davacının hakkında haciz kararı alınan kişi ile hiç bir ilişkinin olmadığı yolundaki iddiaları incelenmeden davayı görev yönünden reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir.**” Dş. 4. D., 26.02.1998, 1997-5788/621 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

⁹ “**Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davalının sahte senede dayanarak davacı aleyhine yaptığı icra takibi sonucu, davacının taşınmazının haczedilip satıldığı, ihalenin feshi kararı ile bu satışın iptal edildiği ve davacının açtığı menfi tespit davasında davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verildiği ve bu kararın onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır.** / **Haksız yere bir kimsenin mallarının haczettirilmesi o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Yasası'nın 49. maddesi gereğince manevi tazminat ile sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Bu nedenle davacı yararına manevi tazminata karar verilmek gerekirken bu istemin tümünden reddi doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır.**” 4. HD, 07.03.2005, 2004-8567/2210 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

“**Davacı, davalı yanında pazarlama elemanı olarak çalışırken işten çıkarıldığını, ödenmeyen ücretlerini istediğinde, davalı elinde bulunan davacının işe girerken almış olduğu teminat senetlerini doldurarak ihtiyati haciz yoluyla davacının evindeki eşyaları haczettirdiğini, ancak açtığı dava sonucu mahkemece borçlu olmadığına tespit edildiğini, bu işlemler nedeniyle yuvasının dağıldığını ileri sürerek manevi tazminat istemiştir.** / Mahkemece ihtiyati haczin yasal prosedüre uygun olarak uygulandığı, takibin bonoya dayalı olduğu ve davacının mal varlığı dışındaki hukuki değerlere yönelik tecavüz olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. / **Dosyadaki kanıtlara göre, ihtiyati haciz kararına dayalı olarak, davacının evindeki eşyaların haczedildiği, haczin evin kapısının kapalı olması nedeniyle kapının çilingir marifetiyle açılarak yapıldığı, haciz sırasında polis memurunun da bulunduğu; davacının açtığı dava sonunda da davacının borçlu olmadığına ve davalının kötü niyetli olduğunun kesinleşen mahkeme kararı ile belirlendiği anlaşılmaktadır. Şu durumda haksız olarak davacının eşyalarının haczedildiği, böylece davacının çevresinde küçük düştüğü bu durumun kişilik haklarına saldırı oluşturacağı kabul edilmelidir.**” 4. HD, 28.05.2001, 1805/5636 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

4. Hukuk Dairesi, 21.10.2004 tarihinde verdiği bir kararında *-ve bu karar gibi vermiş olduğu diğer başka kararlarda istikrarlı olarak-*, bir adım daha ileri giderek, bir kişinin haksız yere takip başlatmasının, aleyhine takip başlatılan kişinin kişilik haklarını zedelediğinden bahisle, yerinde olarak davacı lehine manevî tazminata hükmedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Söz konusu karara konu olayda, borçlunun borcunu ödemiş olmasına rağmen, davalı bankanın borcunu ödemiş olduğu kişiye karşı tekrar takip başlatmasının, davacının iş ilişkilerini bozması, ticarî hayatını sekteye uğratması sebebiyle kişilik haklarına saldırı oluşturduğu; bu yüzden de, hukuka aykırı olarak borcunu ödemiş olan borçlusuna karşı tekrar takip başlatan banka aleyhine manevî tazminata hükmetmiştir¹⁰.

¹⁰ “Dava haksız icra takibi nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalı şirketin satın aldığı otomobilin borcunu ödemiş olmasına rağmen hakkında takip yapıldığını, borcun kefilî olan şahısa da ödeme emrinin gönderildiğini, bu nedenle ilişkilerinin bozulduğunu ve işyerinde hakkında icra takibi başlatıldığını duyulması nedeniyle kişilik değerlerinin saldırıya uğradığını belirterek 3.000.000.000 lira manevi tazminatın ödetilmesini istemiş, yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. / Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının elli üç ay vadeli davalı şirketten Fiat Palio araç aldığı, 10.06.2002, 10.07.2002 ve 10.08.2002 vadeli senetleri bankanın-Kızılay Şubesine yatırmasına rağmen banka görevlisinin yanlış hesaba aktardığını öğrenince anılan ödemeleri yeniden ve faizi ile birlikte Dışbank Kızılay Şubesine yatırdığı, Eylül ayı taksidini ise davalı şirket elemanı ile 06.09.2002 tarihinde görüşükten sonra 10.09.2002 tarihinde yatırdığı anlaşılmaktadır. Davacı anılan ödemelerden sonra 11.09.2002 tarihinde ise kalan borcunun tamamını yatırmış ve davalı tarafından ibra edilerek araç üzerindeki rehinin kaldırılması için 11.09.2002 tarihinde Trafik Tescil Şube Müdürlüğüne yazı yazılmıştır. / Davalı şirketin muhasebe servisi tarafından gerçekleştirilen hesap işlemleri ve davacının borcunun tamamının kapatıldığı hukuk bürosuna bildirilmemiş ve 25.10.2002 tarihinde 10.06.2002, 10.07.2002, 10.08.2002 ve 10.09.2002 vadeli senetler için icra takibine başlanmıştır. Davacı ve kefilinin işyerine gönderilen ödeme emri üzerine icra takibi davacının işyerinde duyulmuş ve kefilî ile ilişkileri bozulmuştur. / **Davalı şirketin muhasebe bürosu ile hukuk bürosu arasındaki iç ilişkideki aksaklık davalının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ödeme yapılmış olmasına rağmen icra takibinin yapılmış olması davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturur. Yerel mahkemece manevi tazminatın koşullarının oluştuğu gözetilmeksizin somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.**” 4. HD, 21.10.2004, 3851/12047 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

Bu yönde diğer bazı kararlar için bkz. “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davalı, davacının bedelini ödediği bonoyu ikinci kez tahsil için icraya koymuş, bu nedenle davacının evinde haciz yapılmıştır. Ancak davacının açtığı menfî tesbit davası sonucu davacının davalıya borçlu olmadığına karar verilmiş ve bu karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Böylece yapılan haczin haksız olduğu anlaşılmıştır. / **Haksız yere bir kimsenin mallarının haczettirilmesi, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Haczin haksızlığı nedeniyle kişilik hakları zarar gören davacı yararına manevi tazminat takdiri gerekir. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeden manevi tazminat isteminin reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.**” 4. HD, 07.02.2005, 306/918 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

“Davaya konu eylem, haksız ihtiyati haciz uygulamasından kaynaklanmaktadır. **Davalı, davacının evinde ihtiyati haciz isteminde bulunmuştur. Haciz işlemi sonrasında ise, davacının takibe konu borç ile ilgisi bulunmadığı anlaşılmıştır. Kural olarak, haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluk kusura dayanmamaktadır. Eylem ile zararlı sonuç arasında uygun**

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin belirtmiş olduğumuz bu emsal kararları, tamamıyla hukuk devletinin gereklerine uyan, temel insan haklarına saygı duyan bir anlayışın ürünü olarak, menfaat dengesine de hizmet eden önemli içtihatlardır. Oysa aynı hassasiyetin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinde tam olarak gösterilmemiş olduğu, öğretide de ağır eleştirilere maruz kalan İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi ile ilgili aşağıda yapacağımız açıklamalarda tespit edilecektir. Zira şu an mevcut icra hukuku sistemimiz, borçluyla herhangi bir irtibatı dahi bulunmayan ve dolayısıyla, hâkimiyet alanında borçlunun mallarını buldurmeyen bir üçüncü kişinin, alacaklının tek bir beyanı ile evine girilmesine ve mallarına elkonularak yediemine kaldırılmasına izin vermektedir (bkz. İİK m. 88/II). Yoğun bir şekilde eleştirilen bu düzenleme karşısında, 4. Hukuk Dairesi'nin böyle bir durumla karşılaşan üçüncü kişiler lehine, manevî zararlarının tazminine yönelik olarak verdiği kararları, adalet duygularına hizmet eder niteliktedir. Ancak belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesindeki bu düzenlemenin değiştirilmemesi, hükmün uygulanmasından doğan kişilik haklarına saldırı sebebiyle devlet aleyhine verilen tazminatları arttıracak ve devlet için çok daha büyük zararlara sebebiyet verecektir. Ayrıca, kişilik haklarına yapılan böyle bir müdahalenin de, başvurulması hâlinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da hukuka aykırı bulunacağı *-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile Anayasa'nın 12, 13, 17, 19, 20 ve 21. maddelerine aykırılık sebebiyle-* kuvvetle muhtemel olduğundan, devlet aleyhine verilecek tazminat miktarlarının artması beklenen bir durumdur.

Kişilik haklarının korunmasına gerçek kişiler açısından, kişilere sağlıklı bir yaşam hakkının tanınması; kişilerin özel hayatlarına saygı duyulması; kişilerin şeref ve haysiyetlerini incitecek eylem ve işlemlerden kaçınılması; kişilerin meslek, sanat ve ticaret hayatlarının korunması gibi birtakım gereklilikler girmektedir¹¹. Tüzel

nedensellik bağının bulunması, giderim sorumluluğu için gerek ve yeterlidir. Somut olayda, haczin haksızlığı sabittir. Davalı tarafından, nedensellik bağının kesildiği de kanıtlanmamıştır. Şu durumda, davalının sorumluluğu kabul edilmelidir. Mahkemece, zarar kalemlerinin varlığı araştırılmalı ve saptandığı takdirde de hüküm altına alınmasına karar verilmelidir. Yetersiz ve yanlış gerekçelerle; yasanın uygulanmasındaki yanlışlığa dayalı olarak davanın reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. (HUMK.m.428/b.1).” 4. HD, 26.04.2004, 2003-15969/5485 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

¹¹ Bu konuda bkz. *Helvacı*, s. 59-100.

kişiler açısından ise, özellikle ticaret sırlarının korunması¹², ticarî itibarının zedelenmemesi kişilik haklarının korunması açısından zorunludur. İcra ve İflâs Kanunu sisteminde de, esasında kişilik haklarına dahil olan unsurları koruyucu hükümlere rastlamak mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde haczi kabil olmayan mal ve hakların belirtilmesi, bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder. Örneğin, borçlunun meslek ve sanatının icrası için gerekli olan eşyalarının haczedilememesi (İİK m. 82/I, b. 2) borçlunun meslek ve sanat hayatının korunmasını sağlar ve bu hâliyle borçlunun, kişilik haklarını da korumaya hizmet eder¹³.

Genellikle *-konusu para borcu olan icra takiplerinde-* borçlu, para borcunu yerine getirmemektedir ve takip konusu paranın tahsilini sağlamak amacıyla borçlunun mal varlığı değerlerine yönelinmektedir. Bu anlamda örneğin, borcun tahsilinin sağlanması amacıyla yapılan haciz işlemi borçlunun mal varlığı değerlerine yönelen bir işlemdir. Ancak bu durumda dahi, borçlunun ve hatta takibe taraf olmamasına rağmen borçlunun ailesinin kişilik haklarını koruması gerekmektedir. Örneğin, bu durumu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde, borçlunun ve ailesinin kullandığı hâline münasip evin haczedilemeyeceğini belirtilmiştir (İİK m. 82/I, b. 12). Borçlunun hâline münasip evinin hacze kâbil olmamasının bir sebebi, borçluyu ve ailesini topluma muhtaç bir hâle düşürmemek ve dolayısıyla, borçlu ve ailesinin onuru ile manevî kişilik haklarını korumaktır.

Kişilik haklarının korunması, ilâmlı icra yolu ile yapılan takiplerde de dikkat çekmektedir. Zira, belirli bir işin yapılması veya yapılmaması konusundaki ilâmların zorla icra edilememesi; ilâmın gereğini yerine getirmeyen borçlunun, bu işi yapmaya

¹² Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, (*İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi çerçevesinde*) kendilerine haciz ihbarnamesi veya ücret haczi bildirilen üçüncü kişilerin, meslek veya banka (*ticarî*) sırrına dayanarak bildirim cevap vermekten kaçınmalarının mümkün olmadığını kabul etmektedir (*bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz.* 12. HD, 134.02.2007, 2006-24523/2173 [*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2562-2563]).

¹³ Buna karşılık icra hukuku alanında ortaya çıkan birtakım hukuka aykırılıklar, borçlu ve üçüncü kişilerin kişilik haklarını zedeleyici niteliktedir. Örneğin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1988 tarihinde, kasaplık yapan borçlunun, dükkânındaki buzdolabının haczine ilişkin işlemi (12. HD, 02.05.1988, 8499/5810; *Uyar*, C. 5, s. 7217) ve 28.12.1987 tarihinde, gazete çıkarılan işyerindeki baskı makinesinin haczine ilişkin işlemi (12. HD, 28.12.1987, 2117/13806; *Uyar*, C. 5, s. 7218) hukuka uygun bulmuş; ancak her iki durumda da, gerçekleştirilen haciz işlemleri ile esasında borçlunun meslek ve sanatını icra etme hak ve özgürlüğü ihlâl edilerek kişilik hakları zedelenmiştir.

veya yapmamaya zorlanamaması bir anlamda kişilik haklarının çizmiş olduğu sınırın bir sonucudur. Borçlunun ilâmın gereğini yerine getirmemesi durumunda cezalandırılması ise, borçlunun kişilik haklarına müdahale anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumda borçlunun cezalandırılması, esasında devletin egemenlik yetkisinin kullanımı ile ilgilidir. Zira bir ilâmın gereğinin yerine getirilmemesi, gerçekten de devletin üç temel erkenden biri olan yargı organlarının vermiş olduğu karara karşı koyma anlamına gelecektir ki, bu durum kamu düzenini ilgilendirir. Bu sebeple de, borçlunun mahkeme ilâmına muhalefet etmesi cezalandırılır. Yani eş deyişle ilâmın gereğini yerine getirmeyen borçlunun cezalandırılması, borcunu yerine getirmemesi ile değil, devletin egemenlik yetkisini kullandığı yargı kararına uymaması ile ilgilidir. Bu şekilde ilâmlı icra yolu ile takipte, hassas bir dengenin yakalanmış olduğunu belirtebiliriz. Zira ilâmın gereğini yerine getirmeyen bir borçlu, ilâmın gereğinin yerine getirilmesi için zorlanamaz; aksi halde kişilik hakları ihlâl edilmiş olur. Ancak ilâmın gereğini yerine getirmeyen borçlu, ceza müeyyidesi ile karşı karşıya kalır; çünkü, borçlu ilâmın gereğini yerine getirmemekle, devletin yargı erkinin vermiş olduğu karara muhalefet etmiş olur ve bu da, esasında devlet aleyhine işlenmiş bir suç anlamına gelir.

İlâmlı icra yolu ile takipte, çocuk teslimi (İİK m. 25) ve çocukla şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında (İİK m. 25a) çocuğun kişilik haklarının korunup korunmadığı konusunda tereddütler ortaya çıkabilir. Ancak bu konuda özellikle son kanunlaştırma faaliyetleriyle birlikte çocuğun kişisel gelişimini sağlamaya ve kişiliğini korumaya yönelik uluslararası sözleşmelerle uyumlu önemli birtakım adımlar atıldığını ifade edebiliriz.

Tüm bu belirtmiş olduğumuz esaslar, bir takip sürecinde ilgililerin mefaatlerini dengelerken sadece kişilerin mal varlığı haklarının dikkate alınmadığı; aynı zamanda menfaat dengesinde, kişilerin kişilik haklarının da dikkate alınmasının zarurî olduğunu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, yukarıda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin de hükme bağladığı üzere, ilgililerin işlemleri gerçekleştiren icra memurlarının kusuru sebebiyle devlet aleyhine dava açması mümkün olduğu gibi (İİK m. 5), kişilik

haklarının ihlâline sebebiyet veren işlemi kusuru ile gerçekleştiren tarafa manevî tazminat davası (BK m. 49) açması da mümkündür¹⁴.

IV. MAL VARLIĞI HAKLARININ KORUNMASI

Mal varlığı hakları, takip prosedüründe menfaat dengesinin önemli bir ayağını oluşturan temel bir haktır. Zira takip prosedüründe buraya kadar yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, menfaatlerin çatışmasına sebebiyet veren temel hak esasında mal varlığı haklarıdır. Alacaklı, bir yandan mülkiyet hakkının oluşturduğu mal varlığı haklarını korumak amacıyla alacağını takip etmekte; diğer yandan da borçlu, mal varlığı haklarının haksız müdahalelere konu olmaması için çaba sarfetmektedir.

İcra hukuku sistemi, ilgililerin mal varlığı haklarının korunmasına önem vermektedir. Genellikle, menfaat dengesinin yöneldiği alan ilgililerin mal varlığı hakları olduğundan, konuya ilişkin düzenlemeler de önem kazanır. Mal varlığı haklarının korunması konusunda, özellikle icra hukukunda başvurulacak geçici hukukî koruma önlemleri önemli bir fonksiyona sahip olmaktadır. Bunun yanı sıra borçlunun mallarının haczi borçlunun mal varlığına yönelen bir işlem olduğundan, gerek haczin icrası gerekse haczin yapılmasının ardından alınacak muhafaza tedbirleri de mal varlığı haklarının korunmasında önemli bir işleve sahip olmaktadır. Özellikle haciz aşamasında mal varlığı haklarının korunması açısından getirilen en önemli kriterlerin başında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasındaki menfaatleri dengeleme zorunluluğunu belirtebiliriz. Bu maddenin getirdiği bir zorunluluk olarak, haciz memuru haczi gerçekleştirirken bir yandan borçlunun mal varlığı değerlerini haczedecek, diğer yandan da haciz işlemi gerçekleştirirken dahi, borçlunun mal varlığını korumayı amaçlayacaktır. Zira haciz memuru, hacze, borçlunun mal varlığı değerlerini en olumsuz şekilde etkileyecek mallarından başlamamalıdır (İİK m. 85/son). Zira hiç bir zaman haciz işlemi, borçlu açısından bir cebrî icra tehdidi olarak kullanılmamalı ve bu açıdan borçlunun mal varlığı haklarının haksız ve ölçsüz bir şekilde zedelenmesine izin verilmemelidir. Örneğin

¹⁴ Bu konuda bkz. *Karayalçın*, Şeref ve Haysiyetin Korunması, s. 267; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 681; *Helvacı*, 125-126, 130.

borçluya ait bir fabrikaya hacze gidildiğinde, fabrikanın işleyişini yürüten mal varlığı değerlerinin haczi en sona bırakılmalıdır. Aksi takdirde, menfaat dengesine aykırı olarak gerçekleştirilen bu işlem, borçlunun mal varlığı haklarını zedeleyecektir.

Maliye Bakanlığı'nın Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak yayınlamış olduğu bir Genelge, haciz yapan memurun, haczi gerçekleştirirken aynı zamanda borçlunun mal varlığı değerlerini korumayı da gözetmesi gerektiği yönünde önemli esaslar benimsemektedir: "*Bakanlığımıza intikal eden olaylardan, amme borçluları hakkında sürdürülen takip muameleleri sırasında borçlu mükelleflerin; telefonlarına haciz konularak görüşmeye kapatıldığı, ... anlaşılmıştır. / Bilindiği üzere, 351 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği'nde; telefon haczine ilişkin olarak sürdürülecek uygulama açıklanmış ve günümüzde telefon borçluların ticari, sınai ve mesleki faaliyetlerinin devamı bakımından vazgeçilmesi mümkün olmayan ve işletme için son derece önemli bir araç olması nedeniyle telefon hacizlerinin borçluların işyeri ve ikametgahlarında uygulanan hacizler sonunda amme alacağının tahsilinin mümkün olmaması ve başka malının da bulunmaması ve amme alacağının zamanaşımına uğramak üzere olması gibi çok zorunlu hallerde yapılması gerektiği belirtilmiştir. / Bu açıklamalara uygun olarak telefon hacizlerine gereken hassasiyetin gösterilmesi, çok zorunlu olmadıkça telefon hacizlerine başvurulmaması gerekmektedir.*" (Maliye Bakanlığı Tahsilat İç Genelgesi, Seri No: 1999/1). Bu Genelge'de belirtilen esaslar, görüldüğü üzere aynı zamanda takip işlemlerinde dengenin korunması gereğini de göstermektedir.

Satış aşamasında da borçlunun mal varlığı değerlerinin korunması esastır. Zira burada her ne kadar artık borçlunun malları üzerine haciz konulmuş ve bu mallar hakkında satış aşamasına gelinmişse de, borçlunun satışa konu mal varlığı değerlerinin korunması gerekir. Bu durum borçlunun menfaatlerine olduğu kadar alacaklının da menfaatlerine hizmet eder. Zira hacizli malın değeri korunduğu ölçüde, alacaklı bu oranda alacağını tahsil edebilecek, borçlu da aynı oranda borcundan kurtulabilecektir. Nitekim, İcra ve İflâs Kanunu'nun 113. maddesinde belirtilen *değeri sürekli düşmekte olan hacizli malın satışı* borçlunun mal varlığı değerlerinin korunmasına hizmet eder. Yine borçluya ait bir hacizli taşınmaz hakkında satış kararı verilse dahi, o taşınmazın idaresinden icra dairesinin sorumlu olması (İİK m. 131), mal varlığı haklarının satış aşamasında dahi korunmakta olduğunu gösterir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mal varlığı hakları zedelenen ilgililerin maddî tazminat talebi ile dava açması her zaman için mümkündür. Böyle bir durumda, takip prosedürü içerisinde yer alan şikâyet yolu işletilerek işlem iptal edilebileceği gibi; ilgili, şartları olduğu takdirde işlemi gerçekleştiren icra memurlarının sorumluluğuna gidebilir (İİK m. 5) veya işlemin yapılmasına kusuru ile sebebiyet veren taraf *-örneğin alacaklı taraf-* aleyhine tazminat davası açabilir (BK m. 41 vd.).

V. KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI

Kamu düzeni, hukukun her alanında geçerli olan ve neredeyse her bir hukuk alanında, içinin o hukuk dalının kendine has özelliklerine göre doldurulması gereken üst bir kavramdır¹⁵. İcra hukuku alanında da kamu düzeni kavramının, diğer hukuk dallarında olduğu gibi önemi yadsınamaz. İcra hukukunda kamu düzeni kavramı, birkaç yönlü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bizatihi icra hukukunun kendi bünyesinden kaynaklanmaktadır. Zira icra hukuku kuralları, kişilerin kendiliğinden hak almasının hukuk düzenince yasaklanması sebebiyle, devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Devlet, zor kullanma yetkisine dayanarak toplumsal ile sosyal barış ve huzurun sağlanması için bozulan adalet dengesini yerine getirir. Bu yüzden de, esasında öncelikle icra hukuku kurallarının bizatihi kendisi kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple, icra hukuku kuralları emredicidir ve tarafların bu kuralları değiştirmeleri kural olarak mümkün değildir¹⁶. Örneğin, bir özel hukuk alacaklısı ile borçlusunun anlaşarak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiş olan takip türlerinin dışında bir takip yolu kabul etmeleri mümkün değildir.

Hukukumuzda, çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere, cebrî icra kuralları temel olarak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak icra hukuku sistemimizde birtakım alacaklı grupları ve özellikle de kamu alacaklarının korunması için 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinden bağımsız kanunlar kabul edilmiştir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun cebrî icraya ilişkin

¹⁵ Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atakan*, s. 59-64.

¹⁶ *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 13; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 16-17; *Aşık*, s. 59-60.

hükümleri, bunlar arasındadır. Zira, her iki Kanun'un da kamu alacaklarının özel olarak korunması ihtiyacından doğduğu belirtilmekte ve bu durumun kamu düzenine ilişkin olduğu benimsenmektedir¹⁷.

İkinci olarak kamu düzeni kavramı, kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel haklarına yapılan müdahalelerde karşımıza çıkmaktadır. İlk bölümde ele aldığımız üzere, icra hukukunda, borçlunun ve üçüncü kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulunulmakta ve bu durum da çoğu kez, kamu düzeninin korunması amacıyla yapılmaktadır¹⁸. Zira icra hukukunda, borçlunun veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleler, alacaklının menfaatlerinin ve mülkiyet hakkının korunması kadar kamu düzeninin korunması amacına da yönelmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramı, icra hukuku alanında borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleleri adetâ meşru kılan bir araçtır. Gerçekten de borçlunun borcunu ödememesi, sosyal düzenin ve barışın bozulması anlamına gelip, bozulan bu dengenin tekrar tesis edilmesi gerekir ki, bu durum da kamu düzenine ilişkindir. Aksi takdirde, kişilerin hak ve özgürlüklerinin sadece alacaklının mülkiyet hakkının korunması pahasına, icra hukukunda olduğu kadar sınırlandırılması düşünülemezdi. Bu çerçevede, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine kamu düzeninin korunması amacıyla ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılan müdahaleler, cebrî icra faaliyetlerinin devletin egemenlik yetkisiyle ilgili olmasının bir sonucudur¹⁹. Zira devletin egemenlik yetkisine ilişkin olan icra hukuku kuralları, kamu düzeninin sağlanmasına hizmet eder, toplumsal barış ve huzurun ayakta tutulmasını amaçlar; bu sebeple de toplumsal barışın sağlanması, kamu düzeninin korunması amacıyla kişilerin hak ve özgürlüklerine ölçülü bir şekilde müdahalede bulunulabilir.

¹⁷ Bu yönde açıklamalar için bkz. *Kumrulu*, s. 648; *Karakoç*, Genel Vergi Hukuku, s. 549-550; *Karakoç*, Kamu İcra Hukuku, s. 116.

Buna karşılık kamu alacaklarının özel bir kanun ile tahsilinde kamu yararı olmadığını savunan görüş için bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 17; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 19-20; *Postacıoğlu*, s. 21; *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 105.

¹⁸ Kamu düzeni ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişki için bkz. *Atakan*, s. 119-130.

¹⁹ Kamu düzeni ile ölçülülük arasındaki ilişki için bkz. *Atakan*, s. 126-130.

İcra takibi prosedüründe, takibin ilerlemesini sağlamak amacıyla yapılan işlemlerin de kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir. Zira yoğun bir menfaat çatışmasını bünyesinde barındıran ve bu anlamda, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulunma yetkisi tanıyan icra hukuku kurallarının, kamu düzenine aykırılık oluşturmayacak bir şekilde uygulanması esastır. Özellikle kişilerin hak ve özgürlüklerine ölçülülük ilkesine aykırı olarak yapılan müdahaleler kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Örneğin ödeme emri gönderilmeden borçlunun mallarının haczedilmesi, kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilir²⁰. Zira bu durumda, borçlunun savunma hakkı Anayasa'ya aykırı olarak ihlâl edildiğinden, bu durum kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilir. Yine bunun gibi İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde belirtilen haczedilemeyen mal ve haklardan birinin haczedilmesi, örneğin devlet malının haczedilmesi veya icra memurunun, icra mahkemesinin yerine geçerek üçüncü kişinin istihkak iddiasını incelemesi kamu düzenine aykırılık oluşturur²¹. Bunun gibi durumlarda ya borçlunun hak ve menfaatleri haksız ve ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde zedelenmektedir ya da devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin ağır bir hukuka aykırılık mevcuttur. Bu kapsamda, kamu düzenine aykırı olan icra işlemlerine karşı başvurulabilecek hukukî yolların da belirtilmesinde fayda vardır.

Öncelikle, kamu düzenine aykırı bir işleme karşı, menfaati olan tüm ilgililerin işlemin iptali için şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvurusu mümkündür. Hatta bu durum, diğer şikâyet sebeplerinden farklı olarak süresiz şikâyete konu oluşturur²². Bunun yanı sıra, aynı zamanda kamu düzenine aykırılık oluşturan işlemler için işlemin hukuka aykırılığı sebebiyle kanun yoluna başvurulması da mümkündür. Bu başvuru imkânlarının tümü, her bir takip işlemi için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bunun yanı sıra, ağır menfaat ihlâllerine sebebiyet veren ve aynı zamanda kamu düzenine aykırılık teşkil eden işlemler için koşulları mevcut ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru da mümkündür.

²⁰ *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 86; *Kuru*, El Kitabı, s. 190; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 69, 136; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes*, s. 81.

²¹ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 69.

²² Bu konuda bkz. *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 85 vd.; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes*, s. 81-82; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 69.

Son olarak belirtmek gerekir ki icra hukuku kuralları, bazı durumlarda hukuken kişiliği (*hak ve taraf ehliyeti*) bulunmayan toplulukların dahi menfaatlerini gözetmektedir. Bu durumda ise, kanun koyucu tarafından korunmak istenen esasında “*kamu düzeni*”nin kendisidir. Örneğin evlilik birliği, toplumu meydana getiren en küçük organizma olarak hukukumuzda, toplumun genel menfaatini ilgilendiren bir müessese olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple de, kanunlarda evlilik birliğinin korunmasına yönelik bazı düzenlemeler getirilebilmektedir. Bu duruma örnek olarak, Türk Medenî Kanunu’nun 217. maddesini göstermek mümkündür²³.

§ 6. MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

I. ALACAKLI BAKIMINDAN

A. Genel Olarak

Menfaat çatışmasının doğal bir sosyal içgüdü olduğunu ve bu kapsamda kişiler arasında oluşan bu çatışmanın hukuk düzeni tarafından dengeleneceğini birinci bölümde yaptığımız açıklamalarda ortaya koymuştuk. İcra hukukunda da, çeşitli alacaklı gruplarının menfaatlerinin korunması düşüncesinden hareket edilerek birtakım farklı hukukî düzenlemelere gidilebilmektedir. Bu hukukî düzenlemelerde benimsenen esasların bir kısmı, bazı alacaklı gruplarına makûl ölçüler içerisinde birtakım yetkiler tanımaktadır. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu içerisinde devletin menfaatleri düşünülerek haczedilmezlik kuralı benimsenmiş (bkz. İİK m. 82/I, b. 1);

²³ Bu hükme göre; “*Mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa, hâkim istemde bulunan eşi güvence göstermekle yükümlü tutar.*” (TMK m. 217). Bu hüküm, Türk Medenî Kanunu’nun 185. maddesinde eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü olarak somutlaşan “*evlilik birliği*”nin korunmasına yöneliktir. Buna göre, borçlu eşin ekonomik olarak zor durumda kalacağı ve bunun evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede olduğu hâllerde kendisine ödeme için süre verilmesini talep edebilecektir (*süre verilmesine ilişkin benzer düzenlemeler için ayrıca bkz. TMK m. 239, 253*). Ödeme için borçlu eşe süre verilmesi konusunda taraflar anlaşamazlar ise, hâkim, borçlu tarafa ödeme için uygun bir süre verebilir. Bu süre, evlilik birliğinin korunması amacına yönelik borçlu eşe tanınan bir vadedir (*Konuralp/Tercan*, s. 65). Borçlu eşe, vade imkânı tanınmasının icra hukuku için sonucu, borcun ertelenmiş olmasıdır. Borçlu, ertelenme vakiasını borca itiraz şeklinde ileri sürebileceği gibi, bu imkânı kaçırmış olması hâlinde, icra takibinin tâliki (İİK m. 71) yoluna başvurulabilir (*Konuralp/Tercan*, s. 66).

bazı devlet alacakları imtiyazlı sayılmıştır (İİK m. 206/I). Buna karşılık birtakım alacaklı gruplarının menfaatlerinin korunması amacıyla, menfaat dengesine yapılan müdahaleler her zaman bu şekilde ölçülü olamamaktadır.

İcra hukuku sistemimizde, alacaklının farklı kişiler olması hâlinde bu kişilerin hukukî ve toplum içindeki konumları ile ekonomik düzende sahip oldukları önem dikkate alınarak farklı düzenlemelere gidilmiştir. Devlet alacakları açısından ayrı bir kanunî düzenleme bulunmaktadır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkındaki Kanun, devlete borçlu olan bir kişinin borcunu zamanında ve gereğince ödememesi durumunda, alacakların ne şekilde tahsil edileceğini düzenlemektedir. Bunun gibi, kredi kurumlarına da İcra ve İflâs Kanunu'nda, herhangi bir alacaklının sahip olduğu yetkilerden farklı yetkiler tanınmış ve bu konuda özel bazı düzenlemelere gidilmiştir. Ayrıca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacaklarının tahsili hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda oldukça geniş kapsamlı düzenlemeler getirilmiş ve bu Kanun'a göre dayanılarak çıkarılan "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*"te de ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Bunun dışında da bazı özel kanunlarda birtakım alacaklılar için özel düzenlemeler öngörülmektedir. Bu sebeple aşağıda, alacaklının devlet olması, kredi kurumu olması, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu olması ve herhangi bir kişi olması hâllerini ayrı ayrı incelemeye çalışacağız. Zira bugünkü cebri icra sistemimizde, özellikle devlet alacakları, kredi alacakları ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacakları açısından, İcra ve İflâs Kanunu'nun diğer alacaklılar için öngördüğü sistemden ciddi şekilde farklılıklar taşıyan düzenlemeler yer almakta ve bu düzenlemeler gerek takibin tarafları arasındaki menfaat dengesini ve gerekse üçüncü kişilerin takip içindeki hukukî durumunu farklı bir boyuta taşımaktadır.

B. Alacaklının Bir Kredi Kurumu Olması

1. Genel Olarak Kredi Kurumlarının Korunması Sorunu

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan kanun değişiklikleri ve bu değişikliklerin hazırlık çalışmalarını incelediğimiz takdirde, bu değişikliklerin çok önemli bir kısmının, kredi kurumlarının menfaatlerinin gözetilerek yapıldığını tespit etmekteyiz. Ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin ve özellikle bankacılık

krizlerinin İcra ve İflâs Kanunu'na yaptığı etkilerden, daha önceki açıklamalarımızda genel hatlarıyla bahsedilmişti²⁴. Bu aşamada ise, sorunu biraz daha somut verilerle ele almayı gerekli görüyoruz. Bu şekilde kredi kurumlarının yani bankaların, İcra ve İflâs Kanunu'nun bozulan sistemi üzerindeki önemli etkisi ve özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nda “*taraf menfaatlerinin dengelenmesi gereği*”nin bankalar lehine ne oranda bozulduğu somut olarak ortaya konulabilecektir²⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nda bazıları doğrudan doğruya, bazıları da dolaylı olarak bankaları ilgilendiren bir çok düzenleme bulunmaktadır. Bankalar lehine düzenlemeler getiren bu hükümlerin neredeyse tümü, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 1932 yılında kabul edilip yürürlüğe girdiği ilk hâlinde bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nda sonradan yapılan değişiklikler neticesinde Kanun'a alınan bu hükümlerin önemli bir kısmına, mehzaz kanunumuz olan ve bankacılık sektörü bakımından da dünyanın en gelişmiş ülkelerinin başında gelen İsviçre icra hukuku sisteminde rastlamak mümkün değildir (*örneğin, İİK m. 68b ve 150i*)²⁶.

Bankaların kanunlaştırma süreci üzerindeki yoğun baskıları, ağırlıklı olarak İcra ve İflâs Kanunu'nda 18.07.1981 tarih ve 2494 sayılı Kanun'un ardından İcra ve İflâs Kanunu'nda yeniden bir kanun değişikliğine gidilmesi gerektiği yönündeki taleplerle [*ki bu talepler İcra ve İflâs Kanunu'nda 15.06.1985 tarih ve 3222 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasına sebebiyet verecektir*] kendisini belirgin olarak hissettirmeye başlamıştır. 1983-1984 yıllarında Türk ekonomi hayatının önemli bir ayağını oluşturan bankaların kötü yönetimi ve buna bağlı olarak faizlerin yükselmesi sebebiyle yaşanan bankacılık krizinin ardından, bankalar alacaklarını istedikleri zaman süreci içerisinde tahsil edememelerini gerekçe göstererek İcra ve İflâs Kanunu'nda değişikliğe gidilmesi yönünde teklifler sunmuşlardır²⁷. Ancak hemen

²⁴ Bu konuda bkz yuk. I. Bölüm, § 2, III.

²⁵ Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan kredi kurumları ile ilgili icra hükümlerinin eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Kredi Kurumları, s. 97-119.

²⁶ **Özekes**, Kredi Kurumları, s. 102.

²⁷ **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 28. Söz konusu dönemde, bankaların kanunlaştırma sürecine olan etkileri **Üstündağ** tarafından şu şekilde ifade edilmektedir: “...özellikle 1979 yılından başlayarak 1980'li yıllarda geliştirilmeye çalışılan ekonomik modeli takiben, önce firmalar bazında başlayan ödeme güçlüğü, dalga dalga tüm sektörlerle yayılmış ve işte böyle bir ortamda alacaklıların alacaklarını elde edebilmek için takip yollarına

belirtmek gerekir ki, koşullar objektif olarak değerlendirildiğinde, bankaların yoğun baskısı neticesinde başlatılan İcra ve İflâs Kanunu tâdil çalışmalarından önceki İcra ve İflâs Kanunu'nun da alacakların tahsilinin sağladığı, sorunun bankacılık sektöründe yaşanan krizden ve bankaların tutumundan kaynaklandığı kabul edilmektedir²⁸.

İcra ve İflâs Kanunu tâdil çalışmaları devam etmekteyken, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılması planlanan değişikliğin uzun sürecektir olması kaygısı içinde bulunan bankalar, yoğun bir baskı uygulayarak İcra ve İflâs Kanunu'ndan önce, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'na “*Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması*” başlıklı beş maddenin eklenmesini (3182 sayılı Bankacılık Kanunu m. 90; 91; 92; 93; 94) sağlamışlardır^{29, 30}. Hatta bankaların yoğun

başvurmaları sonucu günlük yaşamda haciz ve iflaslardan geçilmez olmuştur. Bu psikolojik ortam içinde alacaklılar, alacaklarını elde edebilmek için asgari bir sürenin geçmesini beklemeye dahi tahammül gösterememiştir; buna karşılık borçlular da, kendilerini mahva kadar götürecektir olan bu yaklaşımı, hukuk mevzuatının en ince noktalarını da harekete geçirerek önlemenin yollarını aramaya başlamışlardır. Borçlulardaki bu direnme gücünün de eklenmesi ile alacaklıların istedikleri zaman içinde elde edemeyen alacaklılar ve özellikle bankalar, bu kez alacaklarının tahsili bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun yetersiz kaldığı fikrini ortaya attırmışlardır. Hatta daha sonraları bu düşünceyi, bizzat bankaların yetkili organları da verdikleri beyanatlar ile kamuoyuna benimsetmeye çalışmışlardır.” (Üstündağ, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 28-29).

²⁸ *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 29; *Öktemer*, s. 158-159.

²⁹ Bu konuda bkz. *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 29. *Arslan* tarafından ise, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenen bu düzenlemelerin, bankaların alacaklarını kısa sürede ve güvenli olarak tahsil edebilmelerini sağlamak amacıyla hizmet ettiği belirtilmektedir (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 189, 205). Yazar, düzenlemelerin Bankalar Kanunu'na özel olarak dahil edilmesinin nedeni ile amacını şu ifadelerle belirtmektedir: “*Kanun koyucunun banka alacaklarının tahsiline ilişkin bu özel düzenlemeyi yaparken, esas itibarıyla 3182 sayılı Bankalar Kanunu ile hedeflenen ve yukarıda anılan amaçları nazara almıştır. Kuşkusuz, bu amaçlar yanında, bankaların bir çok açıdan diğer tüzel kişi alacaklılardan ayrılıkları (farklılıkları) olması, örneğin, bankaların bir anonim şirket olmasına rağmen gerek kuruluş gerek işleyişte anonim şirketlerden farklı olarak bazı yükümlülükler altına sokulması, faaliyetlerinin kısıtlanması, özel olarak düzenlenmesi, banka yöneticileri ve bazı personelinin iflaslarının istenebilmesi gibi hususlar da bu kuralların Bankalar Kanunu'na dahil edilmesine etkili olmuştur. Özetle ifade etmek gerekirse, bu özel düzenlemenin geniş anlamda kamu yararını korumak amacıyla yapıldığını ve bu düzenlemenin Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı düşmediğini kabul etmek gerekir.” (Arslan, İİK m. 68b, 150ı, s. 190).*

³⁰ Bankaların 3222 sayılı İcra ve İflâs Kanunu değişikliğinin hazırlık sürecinde Bankalar Kanunu'nda bankaların, kredi sözleşmelerinden doğan alacaklarını tahsile yönelik olarak eklettikleri hükümler şu şekilde eleştirmiştir: “... *Bankalar Kanunu ile getirilmiş olan yeni hükümler, alacaklı ile borçlu arasında bulunması gereken silah eşitliğini (dengeleri), alacaklılar lehine geniş ölçüde bozmuştur. Uygulamada kredi sözleşmelerine konulan takip hukukuna ilişkin çok sayıdaki klot ile (ki bunların geçerliliği de ayrıca tartışılabilir) alacaklı ile borçlu arasında korunması gereken bu dengeler büyük ölçüde zaten bozulmuş bulunmaktadır.” (Üstündağ, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 30).*

baskısı sebebiyle olsa gerek, Bankalar Kanunu'na eklenen bu hükümlerin, düzenlemelere ilişkin bir Adalet bakanlığı tasarısı bulunmadan ve kanunlaşması düşünülen kanun hükümlerinin kamuoyuna da açıklanmadan kabul edildiği; dolayısıyla, kanunlaşma sürecinde “*olağan*” sayılmayan bir süreçten geçerek bu hükümlerin kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir³¹. Bankalar Kanunu'na eklenen bu hükümler bankaların alacaklarının tahsilinin hızlandırılmasına yönelik getirilen düzenlemeler olup, özellikle bu maddelerin iki tanesi 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuza da sonradan eklenmiştir. Gerçekten de bu şekilde borçlu ile alacaklı arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini alacaklı bankalar lehine ölçsüz bir şekilde bozan İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150ı maddelerinin temelini teşkil eden bu hükümler, *-geçirmiş olduğu olağan olmayan kanunlaştırma süreci açısından dahi-* meşruluğu tartışılabilir düzenlemeler içererek günümüze kadar gelmiştir³². Özellikle belirtmek gerekir ki bankacılık sektörü, 3182 sayılı Bankacılık Kanunu'na ekledikleri bu maddelerle, örtülü bir *banka alacaklarının tahsiline özgü İcra ve İflâs Kanunu düzenlemek istemişler*; ancak, bu istek o dönemde kamuoyundan büyük bir tepki toplaması sebebiyle başarıya ulaşamamıştır³³. Zira, İcra ve İflâs Kanunu tâdil çalışmalarının beklenilenden daha kısa bir süre içerisinde tamamlanması üzerine, İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapan 15.06.1985 tarihli ve 3222 sayılı Kanun Değişikliği'nin kabulü ile birlikte, Bankalar Kanunu'na, bankaların kredi sözleşmelerinden doğan alacaklarının tahsilini hızlandırmaya yönelik olarak konulan bu maddelerin (3182 sayılı Bankacılık Kanunu m. 90; 91; 92; 93; 94) üç tanesi (3182 sayılı Bankacılık Kanunu m. 92; 93; 94) yürürlükten kaldırılmıştır.

³¹ *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 29.

³² İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150ı hükümlerinin hukukun temel ilkelerine, Anayasa'ya, kanun yapma tekniğine, icra hukuku sisteminin özüne ve icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesine aykırılık oluşturduğu yönündeki ayrıntılı eleştiriler için bkz. *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 109-117.

³³ *Üstündağ* bu durumu, aynen şu ifadelerle özetlemektedir: “*Kendilerine bir kamusal fonksiyon görüyor gibi düşünen Bankalar, kendilerine özgü bir İcra ve İflâs Kanunu yaratma çabası içinde görünüyorlar. Ancak bu iş için zamanın henüz olgun olmadığı ve bu yaklaşımlarının devam ettiği ve ülkemizde yakın zamanda görülmüş olan karşı tepkileri dikkate alarak bu kez, sözü edilen taslaklar yolu ile [3494 sayılı Kanun Değişikliği için Türkiye Bankalar Birliği ve T.C. Merkez Bankası tarafından hazırlanan taslaklar] mevcut İcra ve İflâs Kanununa, izlemiş oldukları yönde hükümler koydurmak çabası içinde buldukları görülmektedir.*” (*Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 124).

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda, 15.05.1985 tarihinde yapılan 3222 sayılı Kanun değişikliğinin ardından, henüz aradan üç yıl geçmişken, İcra ve İflâs Kanunu'nun tekrar değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve bu konuda birden çok tasarı taslağı hazırlanmıştı³⁴. Hazırlanan bu tasarı taslakları içerisinde özellikle Türkiye Bankalar Birliği tarafından hazırlanan tasarı taslağı önem taşımaktadır³⁵. Bu tasarı taslağının genel gerekçesi, düzenlemelerin tamamen bankacılık sektörünün ihtiyaçlarına yönelik olduğunu açıkça göstermektedir:

“Bankamız bir kısım borçluların kötü niyetli tutumlarını önlemek ve banka alacaklarının süratle tahsiline imkân vermek üzere, İ.İ.K.’muzun yetkili bir komisyonda yeniden incelenmesini ve gerekli değişikliklerin mümkün olan en kısa sürede yapılmasını kesin bir zorunluluk olarak mütalaa etmektedir... Bankamız, İ.İ.K. değerlendirilirken ilgili maddelerde ekte belirtilen değişikliklere de yer verilmesine ve diğer maddelerin de gerektiği takdirde buna göre düzenlenmesinin yararlı olacağı görüşündedir...”³⁶.

Bankalar Birliği tarafından hazırlanan tasarı taslağı, çeşitli itirazlara uğramasına rağmen³⁷, büyük ölçüde İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapan 3494

³⁴ **Türkiye Sınâî Kalkınma Bankası A.Ş.** tarafından hazırlanan “*Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılmasına Yönelik Olarak İcra-İflâs Kanununda Yapılması Önerilen Değişiklikler*” için bkz. **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 49-55; **Türkiye Bankalar Birliği** tarafından hazırlanan “*İcra ve İflâs Kanununa İlişkin Yasa Değişikliği Taslağı*” için bkz. **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 55-68; **Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası** tarafından hazırlanan İcra ve İflâs Kanunu tâdil tasarısı için bkz. **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 95-120.

³⁵ Yasama organının mutlak yetki alanı dahilinde bulunan yasama yetkisinin devredilmezliği ile ilgili anayasal zorunluluk karşısında, kanun yapma faaliyetinin, söz konusu kanundan menfaat temin edecek tarafın dahil olduğu bir grup tarafından hazırlanmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği şüphe götürmemektedir. Bu konuda icra hukukunun anayasal temellerini belirlerken yaptığımız açıklamalar (bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I) dikkate alındığında, kredi kurumlarını temsil eden Türkiye Bankalar Birliği tarafından tamamen kredi kurumları lehine menfaat dengesini bozan düzenlemeler içeren kanun tasarı taslağının hazırlanması, hukuk devletinin gerekleriyle örtüşmemektedir. Ayrıca, yasama organının kanun yapma mutlak yetkisine de müdahale anlamına gelen bu durumun, kanun yapma tekniği açısından da hukuka aykırı olduğu yönündeki açıklamalarımız için bkz. aşağı. II. Bölüm, § 8, II.

³⁶ **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 39.

³⁷ Türkiye Bankalar Birliği'nin sunmuş olduğu bu tasarı taslağı, **Üstündağ** tarafından şu ifadelerle eleştirilmiştir: “*Ekonomik hayatın içinde yer alan ve finans kuruluşları dışında bulunan sektörler ile ayrıca bilim çevrelerinin geniş zamanlı bir çalışmasına olanak vermeksizin, sadece tek bir sektörün (Bankacılık sektörünün) ihtiyaçları paralelinde ve bu sektör temsilcileri tarafından hazırlanmış olan bu son taslağın istenen ve özlenen çok boyutlu bir ekonomik faydayı sağlayabileceği kanısında da değilim. Ayrıca, her alacaklı sektörün arzusu paralelinde kanun değişikliğine girişmenin bizi nerelere götürebileceği de görülmezlikten gelinmektedir.*” (**Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 38-39).

sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Bu tasarı taslağı, bugün icra hukuku sisteminin temelini, kanun yapma tekniğine, hukukun temel ilkeleri ile Anayasa'ya aykırı olduğu ve menfaat dengesini alacaklı banka lehine ölçsüz olarak bozduğu kabul edilen İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150ı maddelerini de kapsamaktadır³⁸. *Türkiye Bankalar Birliği* tarafından 1988 yılında tasarı taslağı olarak Adalet Bakanlığı'na sunulan bu madde metinlerinin, bugün -4949 sayılı Kanun Değişikliği ile daha da güçlenerek- İcra ve İflâs Kanunumuzda itirazlara rağmen hâlen yer alması, başlı başına bankacılık sektörünün İcra ve İflâs Kanunu üzerindeki gücünü ispat etmektedir.

Türkiye Bankalar Birliği'nin 1988 yılında Adalet Bakanlığı'na sunmuş olduğu tasarı taslağı, daha sonra T.C. Merkez Bankası'nın hazırlamış olduğu tasarı taslağı ile birleştirilerek Adalet Komisyonu'na sunulmuştur³⁹. Bu kapsamda Türkiye Bankalar Birliği ve T.C. Merkez Bankası'nın temel esaslarını düzenleyerek Adalet Bakanlığı'na sunulmuş olan bu kanun Tasarısı, Hükümet tarafından da bazı ufak değişiklikler yapılarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş ve Adalet Komisyonu'nda da Yargıtay Başkanlığı, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Ticaret Odaları ve Borsalar Birliği gibi ilgili kuruluşların görüşleri alınmıştır. Adalet Bakanlığı'nca incelenen bu Tasarı'nın Genel Gerekçesi'nde de, açık bir şekilde "...Bankalar Kanunundaki bazı hükümler de ^[40] uygulamada eşitlik sağlanması amacı ile bu Kanun kapsamına dahil edilmiştir" ifadesiyle, değişikliğin getirdiği yenilikleri ve amacı belirtilmiştir⁴¹. Oysa zaten özü itibarıyla Anayasa'nın

³⁸ **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 103-119. Söz konusu düzenlemelerin alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini, alacaklı bankalar lehine bozduğu yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. **Budak**, Borçlu Aleyhine Değişiklikler, s. 333; **Öktemer**, s. 155.

Arslan ise, bu madde hükümlerinin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini, alacaklı bankalar lehine bozmadığı görüşündedir (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 194).

³⁹ **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 123.

⁴⁰ Burada kastedilmek istenen hükümler özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 69b ve 150ı hükümleridir. Zira, 3494 sayılı Kanun Değişikliği'nin kabulüyle birlikte bu madde hükümlerini Bankacılık Kanunu'nda karşılayan hükümler (3182 s.lı Bankacılık Kanunu m. 92; 93; 94) yürürlükten kaldırılmıştı. 3494 sayılı Kanun değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, İİK'ndaki Düzenlemeler, s. 3 vd.

⁴¹ Bu konuda bkz. *Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 192; **Tercan**, Kredi Kurumları, s. 83-84.

Tercan tarafından İcra ve İflâs Kanunu'na 3494 sayılı Kanun ile eklenen 68b ve 150ı maddeleriyle, "bankaların kredi işlemlerinden doğan alacaklarının tahsilini hızlandırılması ve

eşitlik ilkesine aykırı olan mevcut İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150ı düzenlemelerinin⁴², değişikliğin söz konusu olduğu o dönemde Bankacılık Kanunu'ndan kaldırılarak İcra ve İflâs Kanunu'na alınması, mevcut Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldırmayacaktı. Bu açıdan, kanun değişikliğinin gerekçesi tatminkâr değildir. Ayrıca, önemli bir kısmı kanunlaşan bu Tasarı maddelerinin, bir “teпки yasası” olma amacıyla hazırlandığı da ifade edilmektedir⁴³. Zira bankalar, kanun değişikliği hazırlık aşamasında, İcra ve İflâs Kanunu'nun tâdil edilmesi gerektiğinin gerekçesi olarak 1982-1984 yılları arasında yaşanan bankacılık krizinin etkilerini göstermişler ve alacaklarını tahsil edememeleri sebebiyle Kanun'da değişiklik yapılması yönünde büyük bir kamuoyu baskısı oluşturmuşlardır. Oysa, bankalarca bu dönemde yapılan baskı neticesinde İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler dönemini şu ifadelerle belirten *Üstündağ*, basiretli bir tacir ve bir güven kurumu olarak kamu gücünü kullanan banka sektörünün, kendi kusurlarından kaynaklanan sektör krizini ne şekilde gerçekleştirdiklerini açıkça ortaya koymaktadır:

“24 Ocak 1980 ekonomik tedbirleri ve Temmuz Bankacılığının ardından pahalanan parayı, bankalar plase etmek için bol keseden kredi dağıtmışlardır. Bu

kötü niyetle yapılan itirazların önlenmesi”nin amaçlandığı belirtilmektedir (*Tercan*, Kredi Kurumları, s. 83).

Arslan tarafından, Bankalar Kanunu'nun 90 ve 91. maddelerinin İcra ve İflâs Kanunu'na alınmasının farklı gerekçeleri de olduğu belirtilmektedir: “...bankaların Bankalar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği sırada mevcut alacaklarının tahsilinin de hızlandırılması amacı ile Kanun tasarisına ilgili komisyonda dahil edilip kanunlaşan 90 ve 91 inci maddeleri hükümlerinin, 2.5.1985 tarihinden sonra gönderilen hesap özetlerine dayalı takipler hakkında değil de, bu tarihten sonra yapılan sözleşmelere göre verilmiş krediler ve bu tarihten sonra kurulan azami meblağ ipotekleri hakkındaki takiplerde uygulanabileceğine ilişkin Yargıtay kararları, bu hükümlerin Kanuna dahil edilmesinden beklenen sonuçların elde edilmesini Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan kredi sözleşmelerinden doğan alacaklar yönünden önlemiştir. Bu sonucun, 90 ve 91 inci maddelerin yürürlükten kaldırılıp İcra ve İflas Kanunu'na bazı değişikliklerle ilave edilmesi düşüncesinin oluşmasında etkili olduğu söylenebilir.” (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 192). Bankalar Kanunu'nun 90 ve 91. madde hükümlerinin, İcra ve İflâs Kanunu'na alınmasının esas gerekçesinin, düzenlemenin uygulama alanını, Yargıtay'ın banka aleyhine verdiği kararların etkisinden kurtarmak olduğu yönündeki diğer bir görüş için bkz. *Budak*, Borçlu Aleyhine Değişiklikler, s. 333.

İcra ve İflâs Kanunu 68b ve 150ı düzenlemelerinin, İcra ve İflâs Kanunu'na alınmasının isabetli olmadığı; bu düzenlemelerin, Bankacılık Kanunu'nda yer alması gerektiği yönündeki görüş için bkz. *Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 194. Aksi görüşte olan *Üstündağ*'ın eleştirileri için bkz. *Üstündağ S. (Arslan*'ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı), s. 211.

⁴² Bu konuda bkz. *Özeker*, Kredi Kurumları, s. 115.

⁴³ *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 124.

kredilerin dağıtımında bankaların yetkili ve güvenli organlarının gerekli özeni ve duyarlılığı göstermemiş oldukları açıktır. İşte, bankalar personelinin özensiz dağıttıkları bu paraların geriye dönmemesinin faturası İcra ve İflâs Kanununa çıkarılmıştır. Böylece de, sorumluların sorumlulukları örtülmek istenmiştir. Aslında batık kredide, bu krediyi açan çevrelerin hiç mi sorumluluğu yoktur?...⁴⁴.

Bankaların, İcra ve İflâs Kanunu sistemi üzerindeki yoğun etkileri 3222 ve 3494 sayılı kanun değişiklikleriyle sınırlı kalmamıştır. İcra ve İflâs Kanunu'na, 30.07.2003 tarihinde yapılan 4949 sayılı Kanun Değişikliği ile birlikte değiştirilen hükümler de, 3222 ve 3494 sayılı Kanun değişikliklerinde olduğu gibi, yoğun bir şekilde kredi kurumları lehine düzenlemeleri içermektedir. Ülkemizde 1958, 1983-1984 ve 1990'lı yıllarda yaşanan ekonomik krizlerde olduğu gibi, 19 Şubat 2001 tarihinde gerçekleşen ekonomik krizin ardından da, icra hukuku kurallarında bankalar lehine önemli değişiklikler yapılmış; alacaklarını tahsil edemeyen bankalara, alacaklarını tahsil edebilmeleri uğruna çok önemli imtiyazlar tanınmıştır. Oysa, kapitali elinde bulunduran ve finansal piyasaya etki etme gibi önemli bir fonksiyonları ve hatta kamu güçleri bulunan bankaların en temel özelliği, birer *güven kurumu* niteliğinde olmalarıdır⁴⁵. Ancak bankalar, yaptıkları kanunî düzenlemelerle, güven kurumu niteliğinde olma özelliklerini kaybetmekte ve bunun çok daha ötesinde, ekonomik piyasayı düzenleme yetkisinden kaynaklanan kamusal gücünü kötüye kullanmaktadırlar. Bankaların özellikle 1980'li yıllardan itibaren, İcra ve İflâs Kanunu üzerinde yapmış oldukları etkilerden elde edilen sonuçlar, *Üstündağ* tarafından aktarıldığı üzere durumun ciddiyetini göstermektedir:

“Belirtmem gerekir ki, bankalar sahip oldukları güce dayanarak '80 sonrası siyasi gücü de arkalarına alarak, istediklerini yapmışlardır. Nitekim bir banka müdürü 'Faizlerle kârımızı katladık' diye beyanat verdi, bu hükümler çıktıktan sonra [kastedilen hükümler İİK m. 68b ve 150ı düzenlemeleridir]. Eh bu hükümlerin kime hizmet ettiği ortaya çıkıyor”⁴⁶.

⁴⁴ *Üstündağ*, İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, s. 46.

⁴⁵ *Battal*, s. 1 vd. Bankaların, diğer ticarî işletmelerden ve anonim şirketlerden farklı olarak “güven kurumu” niteliğine sahip olmalarının temel sebepleri için bkz. *Battal*, s. 33-97.

⁴⁶ *Üstündağ S. (Arslan*'ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı), s. 213. Zira *Üstündağ*, bankaların borçlulara haksız takipler başlattığını; madde düzenlemelerinin, borçluya ancak borcunu ödedikten sonra haksız olan borç miktarı için dava açmasına imkân vermesi sebebiyle, bankaların alacaklarının çok üstü takipler başlattığını; bankaların haksız bir şekilde

Karayalçın tarafından son derece açık bir şekilde ifade edildiği üzere, kredi işlemleriyle ilgilenen bankaların ve bankalardan kredi alan kişilerin karşılıklı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır⁴⁷. Kredi sözleşmesi akdedilirken her iki tarafın da uyması gereken bu yükümlülükler, karşılıklı birer edimdir. İlk olarak borçlunun, kredi kurumlarından borç alırken her bireyin, her işletmenin (*ve hatta her kamu kuruluşunun*) bir *borçlanma sınırı* olduğunun bilincinde olması gerekir. İkinci olarak borçlu, borç para alırken alacaklısı için teminat teşkil eden aktifini korumaya çalışmalı ve borç aldığı parayı yatırım amacıyla kullanmalıdır⁴⁸. Borçlu ancak bu durumda, yaptığı yatırımın geliri ile borcunu vadesinde ödeyebilecektir. Buna karşılık ise, kredi veren alacaklıların, borç para verirken borçlunun bu iki konudaki durumunu ve tutumunu incelemesi gerekir⁴⁹. Yani alacaklı, kredi verdiği borçlusunun “*borçlanma sınırını*” tespit edebilmeli⁵⁰ ve borçlunun, kredi olarak

başlattıkları bu takiplerden icra dairelerinin dahi rahatsızlık duyduklarını ve bu yüzden de, birtakım önlemler almaya çalıştıklarını ortaya koymaktadır (bkz. *Üstündağ S. [Arslan’ın tebliği ile ilgili], Tartışmalar, [Arslan, İİK m. 68b, 150], s. 212-213*). İcra ve İflâs Kanunu’nda 1965 yılından itibaren yapılan değişikliklerle alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin, borçlular aleyhine ve özellikle de alacaklı bankalar lehine haksız bir durum yaratıldığına ilişkin görüş için bkz. *Budak, Borçlu Aleyhine Değişiklikler, s. 316*.

⁴⁷ *Karayalçın, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 136-137*.

⁴⁸ *Karayalçın, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 136*.

⁴⁹ *Karayalçın, Kredi Düzeni, s. 554-555; Karayalçın, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 136-137*.

⁵⁰ Bu konuda özellikle İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu’nda 1994 yılında yapılan değişiklikle icra tutanaklarının ve sicillerin sahip olduğu fonksiyon, Türk hukuku açısından da bir ihtiyaca cevap verebilecek niteliktedir. Zira İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu, borçlunun ekonomik durumu hakkında güvenli bilgi ve örnek alma hakkının, ekonomik yaşantıdaki olumlu etkisinin farkında olarak bir anlamda, “*ekonomi polisi (kolluğu)*” görevini yerine getirmeyi üstlenmiştir. Böylece borçlu ile sözleşmesel ilişkiye girecek ilgililer, icra tutanaklarını inceleyebilecek (İsv İİK m. 8) ve bu şekilde borçlunun ekonomik durumunun olumsuz etkilerinden kendisini koruyabilecektir (*Taşpınar, İsviçre Federal İİK, s. 606*). Her ne kadar benzer bir düzenleme hukukumuz açısından İcra ve İflâs Kanunu’nun 8. maddesinde de öngörülüyorsa da, bu düzenlemeye göre tutanakları görmek ve örnek almak isteyen kişinin, *korunmaya değer, özel ve güncel yararlarının varlığını* ispat etmesi gerekir. Mevaz Kanun’da ise, icra tutanaklarını görmek ve örnek almak isteyen kişinin, *menfaatini ispat etmesi değil, menfaatini inandırıcı kılması* yeterli görülmektedir (İsv İİK m. 8a/I) (*Taşpınar, İsviçre Federal İİK, s. 608*). İsviçre hukukunda, ilgilinin menfaatini inandırıcı kılması ise, (i) alınacak bilginin bir sözleşmenin kurulması veya sözleşmenin sona erdirilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olması veya (ii) bilgi isteyen kişinin, söz konusu kişi ile ekonomik bir rekabet içinde olması veya böyle bir rekabet ilişkisi içerisine girmesinin kuvvetle muhtemel olması yeterlidir (*Taşpınar, İsviçre Federal İİK, s. 608*). Benzer bir sicil sisteminin İcra ve İflâs Kanunumuz açısından da kabul edilmesi, icra sicillerinin alenîyetinin sağlanmasına yardımcı olacak ve özellikle kredi ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlayabilecektir. Ancak böyle bir yapılandırmanın Türk toplum yapısına uygun olarak düzenlenmesi ve ne olursa olsun kredi kurumlarının bu sisteme uymalarının öncelikle sağlanması şarttır.

aldığı parayı yatırım amaçlı mı aldığını araştırmalıdır⁵¹. Zira bu araştırma sonucunda elde edeceği sonuç, aynı zamanda kredi veren tarafın güvencesini oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak alacaklı, kredi sözleşmelerini ve içeriğini “*basiretli bir alacaklı olarak*” hazırlamalı ve kredi kararlarını ona göre vermelidir⁵². Oysa, günümüzde bankaların kredi dağıtmak için her sokak başına seyyar standlar kurduğu, hatta bunun da ötesine geçerek televizyon reklamlarında sadece tek bir cep telefonu mesajıyla dahi isteyenlere kredi dağıttıklarını milyonlarca insana duyurdukları maruf ve meşhur bir vakiydir. Bu durum karşısında bankaların, yukarıda bahsedilen yükümlülükleri yerine getirip gerçek bir kredi araştırması yaparak kişilere kredi dağıttıklarından söz etmek mümkün değildir. Buna rağmen, bankaların kredi dağıtmak konusunda gösterdikleri basiretsizlikten vazgeçmeyip (bkz. TTK m. 20/I), kusuru İcra ve İflâs Kanunu’na atfetmeleri ve bu doğrultuda, sürekli olarak kanun koyucunun kanun yapma mutlak ve devredilemez nitelikteki yetkisine müdahalede bulunmaları hukuk devletinde rahatsız edici bir durum yaratmaktadır. Zira, bu konuda *Karayalçın* tarafından, bankalar lehine yapılan icra hukuku düzenlemelerinin eşitlik ilkesine aykırı ve hukuken rahatsız edici olduğu şu ifadelerle belirtilmektedir:

“Bankaları diğer alacaklılar karşısında ayrıcalıklı hale getiren özel hükümlerin isabetli olmadığı kanaatindeyim. Yani İcra İflas Kanunu’nda yapılan değişiklikler eşitlik duygusuna kanaatimce aykırıdır ve beni rencide etmektedir. Bankaların bu kadar korunmaya layık oldukları kanaatinde değilim... Siz kredi açarken gereken basireti göstermezseniz, banka olarak milyonlarca lira layık olmayan kişilere kredi olarak verilirse, arkasından bunları hep diğer alacaklılara göre daha imtiyazlı şartlar

⁵¹ Bu konuda özellikle Bankacılık Kanunu’nun 47. maddesine dayanılarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkarılan (RG 01.11.2006, S. 26333) “*Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik*”in 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, bankaların -düzenlemede yer alan istisnalar hariç- yüzbin yeni Türk Lirasını geçen işlemlerde kullanacakları krediler için *hesap durum belgesi* almaları zorunludur. Ayrıca kredi ilişkisi devam ettiği süre boyunca, her yıl hesap dönemini izleyen altı ay içinde hesap durumu belgesinin yenilenmesi zorunludur (Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik m. 47/II). Ancak, kredi veren kuruluşlar için bu zorunluluğun ancak yüzbin yeni Türk Lirasını aşan kredi işlemleri için getirilmesi kanaatimizce yeterli değildir. Bu miktarın altındaki kredi işlemleri için de, hesap durum belgesi olmasa da buna benzer birtakım önlemler öngörülmesi, kanaatimizce icra hukukunu yakından ilgilendiren kredi alacaklarının tahsilinin sağlanması için bir güvence oluşturabilecektir.

⁵² *Karayalçın*, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 136-137.

altında tahsil etmek üzere özel hükümler isterseniz ben hukukçu olarak şahsen bu taleplerin karşılanmaması gerektiği kanaatindeyim...»⁵³.

Bu noktada, alacaklarını tahsil edememe gerekçesiyle özellikle 2000’li yıllardan itibaren İcra ve İflâs Kanunu sistemine çok ciddî müdahalelerde bulunan bankacılık sektörünün, bu duruma karşı *basiretli bir tacir olarak* kendisinin de birtakım önlemler alıp almadığının belirlenmesi gerekir (bkz. TTK m. 20/I). Bu konuda alacaklarını tahsil edememe durumu ile karşı karşıya kalan bankacılık kesiminin alacağı ilk önlem şüphesiz ki, kredi dağıtımında biraz daha basiretli davranmasıdır. Bankaların bu konuda özensiz davrandığının fiilî örneklerini *-kredi vereceği kişinin finansal durumu hakkında bir araştırma yapmaksızın tek bir cep telefonu mesajıyla kredi vereceğine ilişkin reklâm faaliyetleri gibi-* yukarıda belirttik; ancak bankaların bu konudaki kusurlarını ayrıca birtakım resmî kuruluşlarca ilân edilen bazı istatistiksel veriler de açıkça ortaya koymaktadır.

(1) T.C. Merkez Bankası’nın yapmış olduğu bir istatistiksel veri, bankaların 2003 ile 2008 yılları arasında, yatırım amaçlı olmayarak dağıttıkları kredi miktarlarını göstermektedir⁵⁴. Bu kredi tutarlarının içerisinde hem bireysel krediler hem de kredi kartları aracılığıyla dağıtılan miktarlar girmektedir⁵⁵. Bankaların 2008 Ocak ayı itibarıyla, finansman konularına göre tasfiye olunacak bireysel kredi ve kredi kartları miktarı brüt olarak, toplam tasfiye olunacak kredi miktarı olan **301,781,211.0**’dan, **72,423,394.5** ile bütün sektörler içerisinde **% 24** oranında bir paya sahiptir⁵⁶. Yani bankaların dağıttıkları 301,781,211.0 değerindeki kredi miktarının, 72,423,394.5 liralık kısmı kredi kartları ile verilen bireysel kredilere harcanmıştır. Oysa bu oran 2003 Ocak ayında **7,252,070.4** ile bütün sektörler içerisinde **% 13**; 2004 Ocak ayında **7,617,588.8** ile bütün sektörler

⁵³ **Karayalçın** (*Arslan*’ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı), s. 211, dipnottaki yazar notu. Aynı şekilde banka alacaklarının tahsili açısından bankalara ayrıca imtiyaz tanınmasının, hukuka uygun olmadığı konusundaki eleştiriler için bkz. **Üstündağ S.** (*Arslan*’ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı), s. 211; **Umar**, 4949 sayılı Değişiklik, s. 85 vd.; **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 98 vd.

⁵⁴ Bu bilgiler için bkz. <http://www.tcmb.gov.tr/> (Bankalarca Finansman Konularına Göre Firma Bazında Bildirimi Yapılan Nakdi Krediler ve Tasfiye Olunacak Krediler - Ocak 2008, Ocak 2007, Ocak 2006, Ocak 2005, Ocak 2004, Ocak 2003).

⁵⁵ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (Tahsilat Dairesi Başkanlığı)’na devredilen krediler toplama dahil edilmemiştir.

⁵⁶ <http://www.tcmb.gov.tr/> (Bankalarca Finansman Konularına Göre Firma Bazında Bildirimi Yapılan Nakdi Krediler ve Tasfiye Olunacak Krediler - Ocak 2008).

içerisinde % 10.9; 2005 Ocak ayında 15,233,408.9 ile bütün sektörler içerisinde % 15.5; 2006 Ocak ayında 31,657,322.9 ile bütün sektörler içerisinde % 20.3; 2007 Ocak ayında 46,103,568.5 ile bütün sektörler içerisinde % 20.6 idi.

Bu verilerden çıkan sonuç: Bankalar, 2003 ile 2008 yılları arasında, her geçen yıl yatırım amaçlı olmayan bireysel kredi ve kredi kartları aracılığıyla dağıttıkları kredi miktarlarını neredeyse yüzde elli oranında arttırmışlardır.

- (2) **T.C. Merkez Bankası**'nın ilân etmiş olduğu bir başka istatikselsel veri ise, **2003 ile 2008 yılları arasında, bankalara bireysel kredi ve kredi kartı borcunu ödemeyen kişi sayısını göstermektedir**⁵⁷. Bu veriye göre, bankalara, ferdi kredi ve kredi kartı borçlarını ödememiş kişilerin toplam sayısı 2003 yılında 26.543; 2004 yılında 52.064; 2005 yılında 129.860; 2006 yılında 166.653; 2007 yılında 266.472; 2008 yılında henüz sadece Nisan ayı itibariyleyse 245.938 ile 2007 yılının sayısına neredeyse ulaşmış durumdadır.

Bu verilerden çıkan sonuç: 2003 ile 2008 yılları arasında, bankalara bireysel kredi borcu ile kredi kartı borcu bulunan ve borçlarını ödeyemeyen borçluların sayısı, her geçen yıl neredeyse iki katı oranında artmıştır.

- (3) **Bankalar Arası Kart Merkezi**'nin yaptığı bir başka istatikselsel veri de, **2003 ile 2008 yılları arasında, bankaların dağıtmış oldukları kredi kartı sayılarına ilişkindir**⁵⁸. Bu istatikselsel veriye göre, toplam kredi kartı sayısı 2002 yılında 15.705.370; 2003 yılında 19.863.167; 2004 yılında 26.681.128; 2005 yılında 29.978.243; 2006 yılında 32.433.333; 2007 yılında 38.534.106'dır. 2008 yılında Mayıs ayına kadar bankalarca dağıtılan kredi kartı sayısı ise, 39.622.926 ile 2007 yılında dağıtılan miktara çok yaklaşmıştır.

Bu verilerden çıkan sonuç: Bankalar, 2003 ile 2008 yılları arasında, her geçen yıl dağıttıkları kredi kartı sayısını önemli oranda arttırmıştır.

- (4) **Bankalar Arası Kart Merkezi**'nin yaptığı bir başka istatikselsel veri, **2003 ile 2008 yılları arasında, yerli kredi kartları ile yurtiçinde yapılan işlem** (nakit çekme +

⁵⁷ <http://www.tcmb.gov.tr/> (Bankalarca Bildirimi Yapılan Ve Bankamız Negatif Nitelikli Ferdi Kredi Ve Kredi Kartları Sisteminde Yer Alan Kişi Sayısı). Bu verilerde bir kişinin borcunu ödeyememesi durumu, bir yıl içerisinde sadece bir kez olarak gözükmektedir. Yani, bankalarca kredi borcunun tahsil edilememesinin, her aya göre dağılımı hesaplandığında çok daha fazla bir sayı ortaya çıkacaktır.

⁵⁸ Bkz. http://www.bkm.com.tr/istatistik/pos_atm_kart_sayisi.asp

kredi kartı ile alışveriş) tutarını göstermektedir⁵⁹. Bu verilere göre yurtiçinde yerli kredi kartları ile yapılan işlem tutarı, 2002 yılında **23.681,92**; 2003 yılında **38.326,78**; 2004 yılında **63.271,96**; 2005 yılında **83.694,98**; 2006 yılında **106.335,02**; 2007 yılında **139.101,11** milyon Yeni Türk Lirasıdır. 2008 yılının *Mayıs ayı itibarıyla*, nakit çekme ve kredi kartı ile yurtiçinde yapılan *henüz beş aylık* işlem tutarı, **69.884,06** milyon Yeni Türk Lirasıdır.

Bu verilerden çıkan sonuç: 2003 ile 2008 yılları arasında, bankaların dağıttıkları kredi kartları sayısı ile doğru orantılı olarak her geçen yıl krediye dayanan işlem tutarı neredeyse yüzde elli oranında artmıştır.

(* **Yukarıda belirtilen T.C. Merkez Bankası ile Bankalararası Kredi Kartı Merkezi'nin ilân ettiği dört istatistiksel verinin değerlendirilmesi ile ulaşılan sonuç:** Kredi kartı borcu ile bireysel kredi borçlarını ödemeyen borçluların sayısı (*2 nolu veri*) arttıkça; bankalar tarafından dağıtılan kredi miktarları (*dolayısıyla kredi kartı sayıları*) da artmıştır (*1 ve 3 nolu veri*). Bunun bir sonucu olarak, kredi kartları ile yapılan işlemlerin tutarı yıldan yıla önemli bir artış göstermiş (*4 nolu veri*); ancak bu işlemlerden doğan borçların geri ödemesinin yapılmaması, borçluların borç miktarını daha arttırmıştır. *O hâlde bankalar, her yıl kredi alacaklarını tahsil edemedikçe, daha fazla miktar ve oranlarda bireysel kredi ve kredi kartı dağıtmışlardır.* Bankaların bu davranışı ise, hem sosyal düzenin⁶⁰ hem

⁵⁹ Bkz. http://www.bkm.com.tr/istatistik/kredikarti_yurtici_issuer_islemleri.asp

⁶⁰ Bugün kredi kartı borçlarının yüksek faiz oranlarının da etkisiyle borçlular tarafından ödenememesi, toplumsal düzende önemli bir sorun teşkil etmektedir. Şüphesiz ki, burada bankalar tek taraflı olarak kusurlu değildirler. Ekonomik seviyesinin ne durumda olduğunu bilmesine rağmen, kredi limitini aşarak ve krediyi yatırım amaçlı kullanmayan bilinçsiz bir borçlunun da kusuru bulunmaktadır. Nitekim bu ortak kusur karşısında, yatırım amaçlı kullanılmayan kredi borçları ödenememekte; kredi oranlarının yüksek olması, kişileri, başka krediler almaya sevk etmekte; bu kredi borçları da ödenememekte ve bu şekilde borçlular açısından bir kısır döngü oluşmaktadır. Bilinçsiz borçlu ile basiretli davranmayan bankacılık sektörünün, sosyal düzende yarattıkları sonuç: "*Tefecilik hortladı!*". Bir haber sitesinin bu başlık altında 22.05.2008'de verdiği haberde, ödeme gücü bulunmamasına rağmen kredi kartı alarak borcunu ödeyemeyen bazı borçluların, artık borçlarını ödeyebilmek için hukuka aykırı yollarla sokak köşelerinde faize ve taksitli para veren kişilere başvurduklarını ve bu anlamda, ülkede bir *tefecilik sektörünün* oluştuğu belirtilmekteydi. Yine aynı haberde, borçluların borçlarını ödeyebilmek için çeşitli yöntemler geliştirdiğinden bahsedilmekte; bu yöntemler arasında borçluların, tanıdıkları bir esnaftan mal almış gibi taksitlendirme yaparak aldığı parayla borçlarını kapatmaları gösterilmektedir (<http://www.kanald.com.tr/haber/HaberDetay.aspx?haberId=7766&catId=36> [Erişim Tarihi: 22.05.2008]). Dağıtılan kredilerin geri ödemesinin yapılamaması sebebiyle oluşan bu sosyal ve hukukî bozuklukta ise, kusuru İcra ve İflâs Kanunu'na atfetmek hatalıdır. Zira gerek borçluların biraz daha bilinçli olarak kredi almaları gerekse bankaların biraz daha basiretli bir şekilde kredi dağıtmaları, oluşan sosyal ve hukukî bozukluğu çok büyük oranda ortadan kaldıracaktır. Bu durumda ise, banka alacaklarının daha kolay tahsilinin sağlanması amacıyla tahsil hukukuna ilişkin düzenlemelerde değişiklik yapılmasına gerek kalmayacaktır.

de hukuk düzeninin bozulmasına sebebiyet vermiştir. Esasında basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan bankaların (TTK m. 20/I), yukarıdaki istatistiksel verilerde tespit edildiği şekilde davranmasının kusurunun, yine bankalar tarafından İcra ve İflâs Kanunu'nun bir kusuru olarak addedilmesi *-zira buraya kadar yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere bankalar, sıkça İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin, banka alacaklarının tahsili konusunda yetersiz kaldığını ifade etmektedirler-*, haksız ve hukukî dayanaktan yoksundur.

Belirttiğimiz açıklamalar çerçevesinde, kamusal bir güç ve yetki kullanan bankaların basiretli davrandıklarından söz etmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. O hâlde, bankaların tahsil edemediği kredi borçları için sürekli olarak *-buraya kadar yaptığımız açıklamalarda somut olarak ortaya konulduğu üzere-* İcra ve İflâs Kanunu'nu değiştirmek için kamuoyu baskısı oluşturması, menfaat dengesi bakımından kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Her şeyden önce bu baskıyı dengeleyecek olan muhatapların (özellikle borçlu olduğu düşünülürse) aynı şekilde ve aynı organizasyonla bir baskı oluşturamayacakları düşünüldüğünde, ortaya çıkacak durumun anlaşılması daha da kolay olacaktır.

Ayrıca belirtmek isteriz ki Türkiye Bankalar Birliği, Türk bankacılık sektöründe faaliyet gösteren tüm bankaların uyması zorunlu olan birtakım etik ilkeler geliştirmiştir⁶¹. Türkiye Bankalar Birliği tarafından geliştirilen bu etik ilkelerin temel amacı, *“bankacılık mesleğine toplumda mevcut saygınlık duygusunun sürekliliğinin sağlanması, meslek onuru olarak adlandırılan bu saygınlık duygusunun geliştirilerek sürdürülmesi ve bankacılık sektöründe istikrar ve güvenin korunması”*dır (Bankacılık Etik İlkeleri m. 1). Ancak yukarıda orataya koyduğumuz bankacılık sektörünün sergilemekte olduğu tutum ile bu ilkelerin çok fazla uyum içerisinde olduğunu ifade etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira, kabul edilen bu ilkelerin en başında tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması yer almaktadır (Bankacılık Etik İlkeleri m. 2). Ancak, bankacılık sektörünün sergilemekte olduğu tutumun,

⁶¹ Söz konusu meslek etik ilkelerine, bankalarca uyulmasının zorunlu olduğu konusunda bkz. **Battal**, s. 72-76. Türkiye Bankalar Birliği'nin meslek etiklerinin belirlenmesi konusundaki görev ve yetkisi, kaynağını Anayasa'nın 135. maddesinden almaktadır. Zira bankacıların meslekî örgütü olan Türkiye Bankalar Birliği'nin bir meslek örgütü olarak amacı, bankacılık sektörünün ortak ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetleri kolaylaştırmak, dürüstlüğü sağlamak ve meslekî disiplin ile iş ahlakının yerleşmesini temin etmektir (bkz. Ay m. 135) (**Battal**, s. 72).

mevduat sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumaya yönelik olduğu, yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar karşısında mümkün görünmemektedir. Türkiye Bankalar Birliği'nce belirlenen, bankacılık sektörünün uyması gereken bu ilkelerin başında dürüstlük, tarafsızlık ve güvenilirlik gelmektedir (Bankacılık Etik İlkeleri m. 2). Bu kapsamda uyulması gereken etik ilkelerin temel esasları şu şekildedir:

“Etik, insanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, normları, kuralları, doğru-yanlış ya da iyi-kötü gibi ahlaki açıdan araştıran ölçüler bütünüdür. Meslek etiği, meslek grubunu oluşturan bireylerin kendi aralarında ve toplum ile olan ilişkilerini düzenlerken; örgütsel etik, örgütün içinden ve dışından kaynaklanan sorunların çözümünde belirli kurallar getirerek örgüt içi davranış kültürünü tanımlar.

Toplumda fon arz eden ve fon talep eden taraflar arasında birleştiricilik ve aracılık rolü oynayarak yatırım ve tasarruf işlevlerini gerçekleştiren bankaların aynı zamanda karlılık ve verimlilik ilkelerini amaç edinmiş olmaları, mesleki ve örgütsel alanda etik ilkelerine bağlı olarak çalışmalarını zorunluluğunu getirmektedir”⁶².

Bunların yanı sıra, aşağıda gerekçeleriyle birlikte açıklayacağımız üzere, bankalar icra hukukuna ilişkin yaptıkları kanun değişiklikleriyle Anayasa'nın ve hukukun temel ilkelerine, bunun da ötesinde kişilerin doğuştan sahip olduğu ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan temel bazı haklara aykırı düzenlemeler getirebilmektedirler. Söz konusu düzenlemeler, bu hâllerinde alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi anayasal bir zorunluluk olan menfaat dengesini de, alacaklı bankalar lehine alt-üst etmekte; bunun yanı sıra, takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin temel haklarını da ihlâl etmektedir⁶³. Özeke, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerin önemli bir kısmının, kredi kurumlarının menfaatlerini gözetme amacına hizmet ettiğini şu ifadelerle vurgulamaktadır:

“İcra ve İflâs Kanununda, kredi kurumları lehine de açıkça veya örtülü bazı düzenlemeler yapılarak, kredi kurumlarının alacaklarını daha kolay ve çabuk elde etmeleri, kendilerine karşı bir talep yönelttiğinde ise, bu konuda rahat hareket edebilmeleri amaçlanmıştır. Bu düzenlemeler dışında, uygulamada da gerek icra

⁶² Türkiye Bankalar Birliği Bankacılık Etik İlkeleri, Tebliğ No: 1012, Tarih: 01.11.2001.

⁶³ Özeke, Kredi Kurumları, s. 98.

*dairelerinde gerek mahkemelerdeki bazı uygulamalarla kredi kurumları lehine davranıldığı ve bunların da kanıksandığı görülmektedir*⁶⁴.

Bu konuda *Umar* tarafından, 4949 sayılı Kanun Değişikliği'nin kredi kurumlarının ve özellikle bankaların çıkarlarının gözetilerek yapıldığı şu ifadelerle vurgulanmaktadır:

*“Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuku, hiç bir zaman, kapitalist sınıfı yok etmek gibi nihaî bir hedefe yönelmemiş; tersine bu sınıfın özgürlüklerine kamu yararı düşüncesiyle sınırlamalar getirmeye özen göstermekle yetinmiş ve bu sınırlamalarla birlikte ülke refahına katkısı olacak diye onu vicdan ve adalet çerçevesinde korumayı kendine görev edinmiştir. Son zamanlardaki süreç içerisinde ise; özellikle İcra ve İflâs Hukuku alanında, vicdan ve adalet kaygısı olmaksızın sermayeyi, özellikle de bankaları iltimas derecesinin bile ötesinde koruyucu; icra tâkibi (o arada iflâs) alacaklılarının (dolayısıyla, her yıl on binlerce icra tâkibi yürüten bankaların), ortalığı kırıp dökerek, tâkip borçlusunu ve hatta üçüncü kişileri üzerlerinden tank geçmişçesine perişan ederek, tâkip konusu alacağı mutlaka tahsil etmelerini tek amaç edinen kurallara, gittikçe daha geniş ölçüde yer verilmektedir*⁶⁵.

Aşağıda yapılacak açıklamalarda, İcra ve İflâs Kanunu sisteminde bankalara adetâ iltimas tanıyan, çeşitli kanun değişiklikleri ile Kanun kapsamına alınan ve zaman zaman bankaların daha da lehine olmak üzere değiştirilen bazı düzenlemelere yer verilecektir. Bu düzenlemeler mevcut İcra ve İflâs Kanunu'nda, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini kredi kurumları lehine alt-üst eden başlıca düzenlemeler arasında yer almaktadır⁶⁶. Aşağıda inceleme konusu yapılacak bu düzenlemelerin her biri, kapsamı son derece geniş olabilecek ayrı birer çalışma konusu niteliğindedir. Bu çalışmada ise, söz konusu düzenlemelerin icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi ile bağlantısı oranında temel esasları, Kanun'a getiriliş amaçları ile hüküm ve sonuçları ele alınacaktır.

⁶⁴ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 97-98.

⁶⁵ *Umar*, 4949 sayılı Değişiklik, s. 85-86.

⁶⁶ İcra ve İflâs Kanunu'nun kredi kurumları lehine getirdiği düzenleme ve eleştirilere ilişkin olarak ayrıca bkz. *Umar*, 4949 sayılı Değişiklik, s. 85-97.

2. İcra ve İflâs Kanunu'nda Doğrudan Doğruya Kredi Kurumları Lehine Getirilen Düzenlemeler (İcra ve İflâs Kanunu m. 68b, 150ı)

İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b hükmü, 3494 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na dahil edilmiş⁶⁷ ve 4949 sayılı Kanun değişikliği ile de madde düzenlemesi birtakım değişikliklere uğramıştır⁶⁸. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu hüküm ilk olarak 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenmiş; daha sonra, 3222 sayılı Kanun Değişikliği ile birlikte yürürlükten kaldırılmış; ancak, aynı düzenleme bu sefer, 3494 sayılı Kanun Değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu bünyesine alınmıştır⁶⁹. Bu madde hükmü ile kredi kurumlarının düzenledikleri belgelerin, itirazın icra mahkemesinde kaldırılmasını sağlayan belgelerden olduğu ve bu konu ile ilgili olan bazı hususlar düzenlenmektedir⁷⁰. Söz konusu hükümle ilgili olarak kredi kurumlarının *kendilerinin düzenledikleri belgeleri*, noter aracılığıyla⁷¹ kredi

⁶⁷ Bkz. 3494 s.lı K. m. 4 (RG 25.11.1988, S. 20000). Bu konuda bkz. *Tercan*, Kredi Kurumları, s. 83, 89; *Öktemer*, s. 158-161.

⁶⁸ Bkz. 4949 s.lı K. m. 18 (RG 30.07.2003, S. 25184). Bu konuda ayrıca bkz. *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 146-147; *Uyar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 159 vd.

⁶⁹ Bu konuda bkz. *Tercan*, Kredi Kurumları, s. 89; *Öktemer*, s. 155, 158-159.

Ayrıca *Öktemer* 3494 sayılı Kanun'un kanunlaştırma süreci hakkında şu ifadeleri kullanmaktadır: “3494 Sayılı Kanunla ana kanunun [burada kastedilen 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'dur] *altıda bir bölümü elden geçirilmiştir. Zamanla hayatın olağan akışına, ekonomik duruma uymayan ve ihtiyaçlara cevap veremez hale gelen kanun hükümleri elbette değiştirilmelidir. Fakat bu yasama faaliyetinin, bazı zümrelerin baskısı altında ve onların yararına hizmet eder biçimde ele alınmaması, alacaklı borçlu dengesinin bunlardan birinin lehine bozulmaması gerekir idi. Yeni hükümler, kanunun yapısını, bütünlüğünü zedelememeli ve ana ilkelere ters düşmemelidir. / 3494 Sayılı Kanun, pek acele biçimde yasalaşmıştır. Bu nedenlerle, kanun başlığından başlamak üzere, pek çok madde metninde göze çarpan ve acele yüzünden giderilemeyen maddi hatalar, unutmalar, ifade zaafı mevcuttur. 3494 Sayılı Kanun, özellikle, bankalar ve ipotek alacaklıları yönünde ve onlara imtiyaz sağlar şekilde yeni hükümler getirirken, kanunun sistematüğını de bozmuştur.” (*Öktemer*, s. 156).*

⁷⁰ İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150ı hükümlerinin icra hukuku sistemine, kanun yapma tekniğine, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesine, icra hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 98-119. Benzer şekilde, söz konusu düzenlemelerin alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine, kanunun sistematüğını ve ana ilkelerine aykırı olduğu yönünde bkz. *Öktemer*, s. 156.

Buna karşılık *Asilbay* tarafından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b hükmünün uygulama alanının son derece dar olduğunu ve bu hâliyle hukuk düzeninden dışlandığını belirtmekte; bunun sebebi olarak da, alacaklı lehine olduğu izlenimini veren söz konusu düzenlemenin esasında, *menfaat dengesini borçlu lehine bozmuş* olmasını göstermektedir (*Asilbay*, s. 598).

⁷¹ Öğretide bankalar tarafından, hesap özeti noter aracılığıyla gönderilmesi gerektiği yönündeki madde düzenlemesi eleştirilmektedir: “*Hesap özeti noter aracılığı ile gönderilmesinin zorunlu kılınmasının bankalar ve noterler için bazı güçlükler ortaya çıkaracağı, hesap özeti krediyi kullanan tarafa noter aracılığı ile gönderilmesinin krediyi*

kullanan tarafa, hesap kat zamanından itibaren onbeş gün içerisinde göndermesi⁷² ve kredi kullanan tarafın bu hesap özetine itiraz etmemesi durumunda, kredi kullandıran tarafın (bankanın) itirazın kaldırılmasında, itirazı kesin olarak kaldıran bir belge olarak kullanması mümkündür. Bu durum ise en başta Anayasa'ya, hukukun genel ilkelerine, icra hukukunun temel ilkelerine ve alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesine aykırıdır⁷³. Ancak belirtmek gerekir ki, bünyesinde pek çok hukuka aykırılığı barındıran bu hükmün, Bankalar Kanunu'nda düzenleme alanı bulunduğu zaman sürecinde kamu düzenine ilişkin olduğu ve eşitlik ilkesini kesinlikle zedelediği ileri sürülmüştür⁷⁴. Ancak aşağıda belirteceğimiz üzere, bu

kullanan tarafta banka ile ilişkilerinin bozulduğu tedirginliğini yaratacağı ve onu hesap özetine itiraz etmeye yönelteceği söylenebilir. Noter aracılığı ile hesap özeti tebliğinin ortaya çıkaracağı giderlerin sonuçta krediyi kullanan tarafa yükletilmesi de muhtemeldir. Bu ise düzenlemenin bir başka olumsuz yönü olarak kabul edilebilir.” (Arslan, İİK m. 68b, 150ı, s. 196).

⁷² Öğretide bankalar tarafından, hesap özeti hesap katedildiği tarihten itibaren onbeş gün içerisinde gönderilmesi gerektiği yönündeki madde düzenlemesi eleştirilmektedir: “İİK'nun 68/b hükmünden yararlanmayı düşünen bankaların borçlu cari hesap sözleşmelerinde belirtilen dönemleri takip eden onbeş gün içinde yoğun bir iş yükü altında kalacakları, bu süre içinde çıkarılan hesap özetlerini notere tebliğ için tevdi edecekleri ve yoğun iş yükü bulunan noterlerin de aynı süre içinde borçluya tebliğatı yapması gerektiği gözönüne alındığında, bu düzenlemenin bankalara sağlamış görüldüğü avantajın bir çok zorluklarla kullanılabilmesi, hatta bu avantajdan fiilen yararlanamayacakları düşünülebilir.” (Arslan, İİK m. 68b, 150ı, s. 197).

⁷³ Bu konuda bkz. **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 109 vd. Düzenlemenin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini, alacaklı bankalar lehine bozmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. **Arslan**, İİK m. 68b, 150ı, s. 194-199, 204-205.

⁷⁴ **Reisoğlu**, Banka Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması, s. 2, 3; **Arslan**, İİK m. 68b, 150ı, s. 190; **Tercan**, Kredi Kurumları, s. 89; **Yeşilova**, s. 51-52.

Bankalar Kanunu'nda bankalar lehine getirilen bu düzenlemenin kamu yararına ilişkin olduğu yönünde İstanbul 5. İcra Tetkik Mercii'nin 1986 tarihli eski bir kararında belirtmiş olduğu görüş şu şekildedir: “Bankalar Kanununun 91. maddesi ile alacağın süratli bir biçimde tahsilinin sağlanması ve bu süratle kredinin yeni yatırımlara yönlendirilmesi ve kamu yararı düşünülmüştür.” (İstanbul 5. İTM, 11.03.1986, 1985-1700/520; **Reisoğlu**, Banka Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması, s. 3). Aynı kararda madde hükmünün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olmadığı da şu ifadelerle açıklanmaya çalışılmıştır: “Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi mutlak bir eşitlik değil, nisbi bir eşitliği ifade etmektedir. Bu eşitlik aynı durumda bulunan ve birbirleri ile karşılaştırılabilen benzer durumdaki kişi ve kuruluşların kanun önünde olanaklardan aynı ölçüde yararlanmaları ve sorumlu tutulabilmeleridir. Bankalar Kanunu ile getirilen düzenleme benzer durumdaki tüm bankaları kapsadığına göre, Anayasanın eşitlik ilkesine uygun düşmediği söz konusu edilemez.” (İstanbul 5. İTM, 11.03.1986, 1985-1700/520; **Reisoğlu**, Banka Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması, s. 3).

Arslan ise, banka alacaklarının tahsiline ilişkin özel kanunlarda düzenlemeler bulunması gerektiğini ve bu düzenlemelerin, esas itibarıyla kamu yararına hizmet ettiğini belirtirken, söz konusu düzenlemelerin alacaklı ile borçlu yararlarını bir arada koruması gerektiğine işaret etmektedir: “Yukarıda açıkladığım üzere, banka alacaklarının tahsili konusunda, İİK'nda yer alan kurallar yanında, bazı özel düzenlemelerin yapılabileceği, bunda kamu yararı bulunacağı kanısındayım. Ancak, bu düzenlemelerin özel kanununda, alacaklı ve borçlu yararlarını bir

düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olması bir yana Anayasa'ya, uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel haklara, hukukun temel ilkelerine ve dolayısıyla icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesine uygun olmadığı eleştirisi de ciddî gerekçelerle ileri sürülmektedir⁷⁵.

Öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b hükmünde belirtilen kredi kurumlarının kendilerinin düzenlemiş oldukları belgeler, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerle aynı hükümde değerlendirilmiştir (bkz. İİK m. 68b/III). Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerin ortak özelliği ya belge altındaki imzanın bizzat borçlu tarafından ikrar edilmesi veya bu imzanın resmî bir makam önünde atılmış imza olarak kabul edilmesidir (bkz. İİK m. 68/I). Oysa kredi kurumları resmî birer makam olmamalarının yanı sıra, borçlusuna karşı yapılan takipte “*alacaklı*” konumunda bulunması sebebiyle, borçlu ile doğal bir menfaat çatışması içerisinde bulunmaktadır. Böyle bir menfaat çatışması sürecinde, borçluyu, alacaklı kredi kurumunun “*düzenlediği*” bir belgeye dayanarak borca mahkûm etmek, hukukun temel ilkeleri yanında ispat hukuku ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır⁷⁶. Zira bu hüküm alacaklıya, itirazın kaldırılması aşamasında “*kendi düzenlediği belge*”ye dayanarak itirazı hükümden düşürme imkânı tanımaktadır. Borçlu, itirazın hükümden düşürülmesi aşamasında, alacaklı kredi kurumunun “*düzenleyip*” “*lehine kullandığı*” bu belgenin aksini ispat etmek istiyorsa, kendisinin de 68. maddede belirtilen belgelerden biriyle borcunu ödediğini ispat etmesi gerekir. Oysa ispat hukukunda, senet niteliğinde bir belgenin, diğer taraf aleyhine delil teşkil edebilmesi için o belgenin, aleyhine kullanılacak kişiden sâdir olması gerekmektedir. Zira delilin, çekişmeli vakıyı objektif ve bağımsız olarak temsil etmesi gerektiğinden, ya taraflardan bağımsız bir

arada koruyarak ve kanun yapma tekniğine uygun olarak yapılması gerekir. Bunun yerine, kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan bütün alacakların Devletin cebri icra organları yardımı ile tahsilini, alacaklı ve borçlu yararlarını aynı şekilde koruyarak sağlamak amacıyla konulan kuralları içeren bir genel kanun olan İcra ve İflas Kanununa genel nitelik taşımayan kuralların eklenmesi isabetli olmaz” (Arslan, İİK m. 68b, 150i, s. 194, 205-206).

⁷⁵ İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b (ve dolayısıyla 150i) gibi bankalar lehine getirilen ve alacaklı bankaları ölçüsüz bir şekilde koruyan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki haklı görüş için bkz. *Karayalçın* (Arslan'ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (Arslan, İİK m. 68b, 150i), s. 211, dipnottaki yazar notu; *Üstündağ S.* (Arslan'ın tebliği ile ilgili), Tartışmalar, (Arslan, İİK m. 68b, 150i), s. 211; *Umar*, 4949 sayılı Değişiklik, s. 85-86; *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 97-98. Benzer bir görüş için ayrıca bkz. *Öktemer*, s. 156.

⁷⁶ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 115-116.

şekilde ortaya çıkması veya ispat ve delil faaliyetinde bulunan taraftan değil, karşı taraftan sâdir olması gerekmektedir⁷⁷. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kredi kurumları, bu madde hükmü ile tamamıyla *kendilerinin düzenlemiş oldukları bir belgeyi, itirazın kaldırılması aşamasında borçlu tarafın aleyhine olmak üzere kullanmaktadır*. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, ispat hukuku kuralları ile tamamıyla çatışan ve bunun yanı sıra, borçlusu ile doğal bir menfaat çatışması içerisinde olan alacaklı lehine ve borçlu aleyhine olmak üzere menfaat dengesini ortadan kaldıran bir düzenlemedir⁷⁸. Bu hâliyle düzenleme, Anayasa ile hüküm altına alınan ispat hakkı⁷⁹, eşitlik ilkesi, âdil yargılanma ve özellikle silâhların eşitliği ilkesi, hukukî dinlenilme haklarına aykırılık teşkil ettiği gibi hukukî güvenliği de tamamen zedelemektedir⁸⁰.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b hükmünün hukuka aykırılık teşkil eden bir diğer yönü ise, hükmün ikinci fıkrasıdır. Bu fıkrada hukuka aykırılık teşkil eden ilk husus, borçlu açısından itiraz süresinin, hesap özeti ve ihtarnamelerin “*öğrenilmesi*” değil, “*gönderilmesi*” ile başlamasıdır (bkz. İİK m. 68b/II). Gerek medenî usûl hukukunda gerekse icra hukukunda geçerli olan (bkz. İİK m. 57/I, c. 1) tebligat hukuku mevzuatına göre, asıl olan tebellüğ yani öğrenme tarihidir. Ancak hükümde açıkça “*tebellüğ*”den değil, “*gönderilme*” tarihinden bahsedilmiştir. Kanun koyucu burada bilinçli bir tercihte bulunmuştur. Nitekim, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen bu düzenlemenin gerekçesine göre, “*...Ayrıca, İcra ve İflas Kanununun 68/b maddesinin ikinci fıkrasında geçen ‘aldığı’ ibaresi ‘gönderilen’ şeklinde değiştirilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan ve özellikle tebliğden kaynaklanan duraksamaların giderilmesi amaçlanmıştır...*” (Hükümet Gerekçesi, m. 19)⁸¹. Oysa gerek dava gerekse takip prosedürü açısından, taraflara ve üçüncü kişilere yapılan

⁷⁷ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 115.

⁷⁸ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 111 vd. *Arslan* tarafından söz konusu düzenlemenin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı banka lehine bozmadığı ifade edilirken, özellikle bankaların, Yargıtay'ın *belgeler zinciri* konusundaki kararlarının zaten bankalara 68b maddesinin verdiği imtiyaza benzer imkânlar verdiği; dolayısıyla Yargıtay uygulamasının, maddenin İcra ve İflâs Kanunu'na alınmasından önce de bankalar açısından benzer sonuçlar doğurduğu belirtilmiştir (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 194-195).

⁷⁹ Medenî yargılama hukukunda “*ispat hakkı*” özellikle hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının, temel bir ögesi ve bu anlamda da anayasal temel bir hak niteliği taşımaktadır (bu konuda bkz. *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 123-131).

⁸⁰ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 115-117.

⁸¹ *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 87, dn. 56.

tebligatlar hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan “*bilgilenme hakkı*”nın gerçekleştirildiği hukukî araçların başında gelmektedir⁸². Ayrıca düzenleme, kişilerin bilgilendirilmelerini katı bir şekilde düzenleyen ve kamu düzenine ilişkin kurallar getiren tebligat hukuku mevzuatına aykırıdır. Zira tebligat hukuku mevzuatı, geçerli bir tebligat için ya tebliği kişinin bizzat öğrenmesini (bkz. TebK m. 10, 32) ya da tebliğin, Kanun ve Tüzük’te belirtilen, muhatabın müdahale-öğrenme alanlarından birisine girmesini (bkz. TebK m. 11-21) aramaktadır. Bu durumda söz konusu düzenlemenin, itiraz süresinin başlaması yönünden “*gönderme*” tarihini kabul etmesi Anayasa’ya (Ay m. 36) aykırıdır⁸³. Öğretide *Umar*, hükmün hukuka aykırılığını son derece açık bir şekilde şu ifadelerle belirtmektedir: “*İkinci fıkradaki ‘aldığı’ ibaresinin ‘gönderilen’ diye değiştirilmesi ise, bankaların bastırmasıyla kredi borçlusuna zulmetmekte yasa koyucunun sınır tanımadığının kanıtıdır*”⁸⁴.

İcra ve İflâs Kanunu’nun 68b maddesinin ikinci fıkrasının, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bozan ve kredi alacaklısına, diğer alacaklılara oranla imtiyaz tanıyan bir başka yönü ise, krediyi kullanan borçlu tarafın, hesap özeti gerçeğe aykırılığını *ancak borcunu ödedikten sonra* dava edebilmesidir (bkz. İİK m. 68b/II)⁸⁵. Bu durumda, borçlu öncelikle kredi kurumunun gönderdiği hesap özeti belirtilen miktarı ödeyecek, ancak ondan sonra genel mahkemelerde dava açabilecektir. Bu hüküm, kişilerin Anayasa’nın 36. maddesi ile garanti altına alınan “*hak arama özgürlüğü*”nü ihlâl etmektedir. Zira bu hükme göre, borçlu kendisinin

⁸² *Pekcanitez*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 770-771; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 98; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları, s. 1297-1298; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 262.

⁸³ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 116. Kanun’un 150ı maddesinde de benzer bir şekilde düzenlenen hükmün Anayasa’ya aykırılığı konusu bundan sonraki başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

⁸⁴ *Umar*, 4949 Sayılı Değişiklik, s. 86.

⁸⁵ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 116. Bu konudaki eleştiriler için ayrıca bkz. *Umar*, 4949 Sayılı Değişiklik, s. 86. *Umar*, bu konudaki eleştirilerini şu şekilde ifade etmektedir: “*Borçlu, bankanın gönderdiği yazıyı alsın almasın, yazının gönderilmesinden sonra bir ay içinde itiraz etmemişse onun içeriğini kabullendi diye kesin karine oluşuyor; onun yanlışlığını ancak borcu ödedikten sonra dava edebiliyor.*” (*Umar*, 4949 Sayılı Değişiklik, s. 86).

Kredi kurumları yani bankalar lehine getirilen bu düzenleme, öğretide *Üstündağ* tarafından haklı olarak ciddi eleştirilerle karşılanmaktadır. *Üstündağ* bu düzenlemenin, bankaların mahkemelere başvurmadan, alacaklarını ilâmsız icra yolu ile borçlunun hak ve menfaatlerini tamamıyla gözardı eden bir şekilde tahsil etmelerine imkân sağlayan bir düzenleme olduğunu belirterek düzenlemenin hukuka aykırılığını ortaya koymaktadır (bkz. *Üstündağ S. [Arslan*’ın tebliği ile ilgili], Tartışmalar, (*Arslan*, İİK m. 68b, 150ı), s. 212-213).

düzenlemediği ve hatta imzasının dahi bulunmadığı bir belgeye karşı, gerçeğe aykırılık itirazını ancak alacaklının iddia ettiği miktardaki borcu ödedikten sonra ileri sürebilecektir. Oysa bu durumda, hesap özetine itiraz etmediği için itirazı kesin olarak kaldırılan borçlunun, genel mahkemelerde dava açma hakkına her zaman sahip olması gerekmektedir (bkz. Ay m. 36). Zira, itirazın kesin kaldırılması kararları kesin hüküm teşkil etmediğinden ve özellikle sınırlı bir yargılama faaliyeti gerçekleştirdiğinden, hesap özetine süresinde itiraz etmeyen borçlu, genel mahkemelere başvurma hakkına her zaman sahip olacaktır (Ay m. 36). Bu hâliyle düzenleme, bünyesinde barındırdığı Anayasa ihlâli sebebiyle, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini de tamamıyla bozan bir düzenleme hâlini almaktadır.

Önemle belirtmek isteriz ki Anayasa Mahkemesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun söz konusu 68b. maddesinin ikinci fıkrasına çok benzer olan bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar konumuzla ilgili doğrudan doğruya emsal niteliğine sahip olduğundan, özellikle bu kararın üzerinde durmak yararlı olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin, 28.03.2002 tarihinde vermiş olduğu bir iptal kararında, iptale konu olan 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafı şöyleydi: *“Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir”* (Belediye Gelirleri Kanunu m. 89/b. a). Yani söz konusu madde de aynen İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b hükmünün ikinci fıkrasında olduğu gibi, ilgililerin düzenlemeye konu işleme karşı dava açmasını, öncelikle borçlarının yarısını *-ki İİK m. 68b/II hükmünde borcun tamamının ödenmesi aranmaktadır-* borçlu olunan belediyeye ödemesini bir ön şart olarak kabul etmekteydi. Anayasa Mahkemesi ise, kararını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayandırmış; özetle şu ifadelerle de düzenlemeyi açıkça Anayasa'ya aykırı kabul ederek iptal etmiştir⁸⁶: *“İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere*

⁸⁶ AMK 28.03.2002, 2001-5/42 ([http://www.anayasa.gov.tr.](http://www.anayasa.gov.tr;); Erişim Tarihi: 27.06.2008).

dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı dikkate alındığında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesinin ikinci fıkrasının söz konusu düzenlemesi de şüphesiz iptale tâbidir. Aksinin kabulü hukuka duyulan güveni azaltır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin, hak arama özgürlüğüne karşı yapılan müdahalelere ilişkin de tavrı son derece nettir. Mahkeme, anayasal esaslara uygun bir şekilde gerekçelerini ortaya koymuş ve Anayasa'da 2001 yılında temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin yapılan değişiklik reformuna tamamıyla uygun olarak karar vermiştir. Bu çerçevede tekrarlamak gerekirse, Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğüne karşı hiç bir kısıtlama sebebi getirilmemiştir. Anayasa'nın 13. maddesi de son derece açık bir ifade ile temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki özel sınırlandırma sebeplerine inhisâr ettirmiştir. Bu sebeplerle de, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırılığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu hükme karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması hâlinde, Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili içtihatları, söz konusu düzenlemenin iptal edileceğini kuvvetle muhtemel göstermektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesi hakkında da, Ankara 8. İcra Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş; ancak dava henüz karara bağlanmamıştır (bkz. Ek Tablo).

İcra ve İflâs Kanunu'nda doğrudan doğruya kredi kurumları lehine getirilen ve bünyesinde ağır anayasal ve menfaat dengesi ihlallerini barındıran diğer bir düzenleme de, Kanun'un 150ı maddesidir⁸⁷. Kanun'un bu maddesi de, 68b

⁸⁷ **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 104. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 109-117.

Tercan, düzenlemenin kredi veren taraf “ayrıcılık” tanıdığını belirtmekte; bu ayrıcalığın da sebebini, “bankalara yatırılmış olan mevduatın ve buna bağlı olarak bankalara olan güvenin sarsılması toplumu çok yakından ilgilendireceğinden, kamu düzeninin ve kamu yararının korunması” olarak belirtmektedir (**Tercan**, Kredi Kurumları, s. 89). Ayrıca yazar, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı 09.03.1971 tarihli kararına dayanarak, düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğundan dolayı Anayasa'ya

maddesinde olduğu gibi 3494 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na dahil edilmiş⁸⁸ ve 4949 sayılı Kanun değişikliği ile de madde düzenlemesi birtakım değişikliklere uğramıştır⁸⁹. Bu düzenleme, kanun yapma tekniğine aykırı olarak kaleme alınmış, son derece anlaşılması zor bir hükümdür⁹⁰. Ayrıca söz konusu hükümle Kanun, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinin alacaklı banka lehine alt üst edilmesi konusunda, 68b hükmüne göre bir adım daha ileri gitmiş ve bankanın elinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takip yapmaya elverişli kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içeren ipotek alacağı bulunmasa dahi bankaya, borçluya karşı *ilâmlı* icra yolu ile takip yapma imkânı tanımıştır (bkz. İİK m. 150ı)⁹¹.

Banka, İcra ve İflâs Kanunu'nun 150ı maddesine göre yapacağı ilâmlı icra takibinde, öncelikle kredi borçlusuna kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özetini, tazmin talebini veya ihtârı, noter aracılığıyla borçlunun Kanun'da belirtilen adresine tebliğ ettirmek veya “*tebliğ edilmiş sayılacak*” yöntemi uygulayarak bildirmelidir⁹². Bu durumda borçlu ise, kendisine yapılan tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içerisinde, bu bildirimle noter aracılığı ile itiraz etme hakkına sahiptir. Aksi takdirde, borçluya İcra ve İflâs Kanunu'nun 149. maddesi anlamında işlem yapılması, yani “*icra emri*” gönderilmesi mümkün olacak ve dolayısıyla, borçluya karşı ilâmlı icra yolu ile takip başlatılacaktır. Kanun koyucu, “*adetâ bu düzenlemenin ilâmlı icra yolu ile takip sistemine ne kadar yabancı olduğunun bilinciyle*”⁹³, borçlunun bu takibe karşı *-şikâyet ve ilâmlı icra yolu ile takibin esaslarına aykırı şekilde-* sadece şikâyet yolu ile karşı koyabileceğini

aykırılığının kabul edilmediğine işaret etmektedir (*Tercan*, Kredi Kurumları, s. 89). Düzenlemenin, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini, alacaklı bankalar lehine bozmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. *Arslan*, İİK m. 68b, 150ı, s. 199-205.

⁸⁸ Bkz. 3494 s.lı K. m. 4 (RG 25.11.1988, S. 20000). Bu konuda bkz. *Tercan*, Kredi Kurumları, s. 83.

⁸⁹ Bkz. 4949 s.lı K. m. 18 (RG 30.07.2003, S. 25184). İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesinde olduğu gibi bu düzenlemede ilk olarak 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda yer almış; ancak 3222 sayılı Kanun Değişikliği ile birlikte yürürlükten kaldırılmış ve 3494 sayılı Kanun Değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'na ilâve edilmiştir.

⁹⁰ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 104.

⁹¹ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 104. Bu takibin ne şekilde gerçekleştirileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tercan*, Kredi Kurumları, s. 87-110.

⁹² *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 104.

⁹³ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 110.

düzenlemiştir. Zira kural olarak, kendisine karşı ilâmlı icra yolu ile takip yapılan borçlunun bu takibe *icranın geri bırakılması yolu* ile (İİK m. 33) karşı koyması gerekirdi. Bunun yanı sıra söz konusu hükümle, borçlu tarafından yapılacak şikâyet açısından da, şikâyet kurumunun genel esaslarından ayrılmış ve borçlunun, ancak borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî ya da imzası ikrar edilmiş belge sunması hâlinde takibin durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Oysa, kural olarak ihtiyatî tedbir talebi ile şikâyet yoluna başvuruya birlikte takibin durdurulması her zaman mümkündür (bkz. İİK m. 22). Bu esaslar çerçevesinde, öğretilerde ifade edildiği şekliyle Kanun'un 150ı maddesini, mevcut icra hukuku sistemi ile ilâmlı icra, icra emrine karşı konulması ve şikâyet kurumu bakımından izah etmek güçtür⁹⁴. Bu madde ile kredi kurumunun kendisinin düzenlediği ve resmîyeti bulunmayan bir belgenin⁹⁵ “*ilâm gücüne yükseltilmesi*” de hukuka aykırıdır⁹⁶. Tüm bu esaslar çerçevesinde, maddenin Anayasa'ya aykırılığı da ciddî bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'nun gerek 68b gerekse 150ı maddeleri, menfaat dengesi ve Anayasa açısından borçlunun tüm silâhlarını elinden alan; bu anlamda borçluyu savunmasız bırakarak âdil yargılanma hakkını (Ay m. 36) ve eşitlik ilkesini (Ay m. 10) ihlâl eden iki düzenlemedir⁹⁸. Bu çerçevede söz konusu düzenlemeler Anayasa'yı ve menfaat dengesini zedelemekle birlikte, hukukun genel ilkelerine de aykırılık teşkil etmekte ve genel ispat hukuku kurallarıyla da örtüşmemektedir⁹⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun 150ı maddesinin, bu kapsamda Anayasa'ya ve dolayısıyla icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesine aykırılığını üç ayrı boyutta ele almak mümkündür. Bunlardan birincisi, aynen Kanun'un 68b maddesinde olduğu gibi borçluya yapılacak tebligat konusunda benimsenen değişikliğin, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hukukî dinlenilme hakkı kapsamında aykırılığı

⁹⁴ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 110.

⁹⁵ Bu anlamda kredi kurumunun düzenlediği bu belgenin İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde ilâm niteliğinde sayılan belgelerle de hiçbir ilgisi bulunmamaktadır (*Özekes*, Kredi Kurumları, s. 110).

⁹⁶ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 110.

⁹⁷ İcra ve İflâs Kanunu'nun 150ı maddesinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 115-117.

⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 115-117.

⁹⁹ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 109-111, 113-117.

sorunudur. İkinci olarak, bu madde hükmü ile *kendi düzenledikleri belgelerin ilâm hükmünde sayılması* gibi¹⁰⁰ -diğer alacaklı gruplarına tanınmayan- bir imtiyazın kredi kurumlarına (*yani bankalara*) verilmesinin, Anayasa'nın 10. maddesi karşısında eşitlik ilkesine aykırılığının değerlendirilmesi gerekir. Yine bu durum, aynı zamanda ispat hukuku açısından da borçlunun tüm savunma imkânlarını ortadan kaldırdığından, hukukî dinlenilme hakkı kapsamında Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde de ele alınmalıdır. Üçüncü olarak da kredi kurumları (*yani bankalar*) tarafından bu madde hükmüne dayanılarak yapılan bir icra takibinde, diğer icra takiplerinden farklı olarak borçluya takibe karşı koymak için şikâyet yoluna başvurusunun; bu başvurusunda da, ancak elinde belirli belgeler bulunması durumunda, borçluya takibi durdurma imkânı tanınmasının hukuka aykırılığının değerlendirilmesi gerekir.

İlk olarak madde hükmü, belirtilen belgelerin “...*noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini...*” ifade ederek, borçlunun en önemli anayasal temel haklarından olan hukukî dinlenilme hakkına müdahale edilmiş ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı banka lehine tamamen ortadan kaldırmıştır. Zira bu düzenlemeyle birlikte, kişilerin hukukî dinlenilme haklarının sağlanmasının vazgeçilmez bir parçası olduğundan emredici olarak kabul edilen tebligat mevzuatına da hukuka ve Anayasa'ya aykırı bir şekilde müdahalede bulunulmuştur.

Kanun koyucunun, kişilerin anayasal bir hakkını düzenleyen böyle bir konuda hukuka aykırı olarak yaptığı müdahalenin gerekçesi olarak ileri sürdüğü sebepler de, esasında yapılan müdahalenin haksızlığını göstermektedir. Şöyle ki bu maddenin Hükümet Gerekçesi'nde, maddenin bu şekilde yeniden düzenlenmesi “...*bir çok defa kredi borçlusu adresinde bulunamamakta ya da adreste olmasına rağmen kendisine hesap özeti, tazmin talebi ve ihtar tebliğ edilememektedir. Maddeye yapılan ilâve ile, hesap özetinin, tazmin talebinin ve ihtarın kredi borçlusunun kredi sözleşmesinde*

¹⁰⁰ İlâmlı icraya konu olacak ilâmlar dışında, bazı özel kanunlarda ilâm niteliğinde kabul edilen belgelerin de belirli kriterleri taşıması gerekir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Tanrıver*, s.136-145). Kaldı ki, bankaların hazırladıkları söz konusu belgelerin ilâm hükmünde olduğu belirtilememekte; sadece, adetâ bir ilâm niteliği kazandırılarak hukuk sistemimizde bankalara son derece tehlikeli bir yetki verilmiş olmaktadır.

yazılı ya da 21 inci maddeye göre bildirilen adresine gönderilmesi yeterli olacak ve böylece tebligatın yapılmaması nedeniyle ipotek takiplerindeki gecikmeler ortadan kaldırılacaktır” şeklindeki gerekçelerle açıklanmaktadır (Hükümet Gerekçesi, m. 44)¹⁰¹. Ancak, kanun koyucunun kişilerin anayasal temel haklarına -ki bu madde ile borçlunun hukukî dinlenilme hakkının vazgeçilmesi mümkün olmayan unsurlarından bilgilenilme hakkına- müdahalede bulunurken, Anayasa'nın 13. maddesinde aranan genel sınırlama sebeplerinden birisine veya temel hakka ilişkin Anayasa'nın her bir maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerinden birine dayanması gerekir. Aksi takdirde, kanun koyucunun yaptığı müdahalenin meşruluğu bir yana hukukîliğinin dahi tartışma konusu yapılmasına gerek kalmayacaktır. Hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi, hak arama özgürlüğüne hiç bir sınırlama getirmemiş olduğundan, bu durumda kanun koyucunun kişilerin hukukî dinlenilme hakkına müdahalede bulunabilmesi mümkün değildir. Bu durumda genel sınırlama sebeplerinin düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesine başvurulmasına dahi gerek kalmayacaktır. Bu durum karşısında ise borçlunun temel haklarına müdahalede bulunulmak suretiyle, icra hukukundaki menfaat dengesini bozan bu düzenlemeler, ciddi bir şekilde Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırılık sorunu ile karşı karşıyadır.

İkinci olarak, 150ı hükmü ile kredi kurumunun kendisinin düzenlediği ve resmîyeti bulunmayan bir belgenin “ilâm gücüne yükseltilmesi” gerek borçlu açısından ispat hakkı çerçevesinde hukukî dinlenilme hakkına (Ay m. 36) gerekse diğer alacaklılar açısından eşitlik ilkesine (Ay m. 10) aykırılık teşkil ederek çok yönlü bir menfaat dengesi ihlâlüne sebebiyet vermektedir. Yukarıda açıklamış olduğumuz İcra ve İflâs Kanunu 68b hükmünde olduğu gibi, Kanun'un 150ı hükmünde de alacaklı bankanın, kendisinin düzenlediği bir belgeye dayanarak zaten sınırlı inceleme yapan icra mahkemesinde, itirazın bertaraf edilmesini sağlamasına imkân tanınmıştır. Hatta, 150ı hükmünde bir adım daha ileri gidilerek bu belgeye ilâm niteliği de kazandırılmış ve böylece alacaklı taraf, hepten güçlü bir konuma yükseltilmiştir. Borçlunun ispat hakkını son derece sınırlayan, bu çerçevede hukukî dinlenilme hakkı kapsamında açıklama hakkını ihlâl eden (Ay m. 36) ve alacaklı ile

¹⁰¹ Pekantez/Akkan/Yeşilova/Erişir, s. 388.

borçlu arasındaki menfaat dengesini, silâhların eşitliğini alacaklı banka lehine tamamen ortadan kaldıran bu düzenlemenin Anayasa veya icra hukuku ilkeleri ile açıklanması oldukça güçtür.

Üçüncü olarak Kanun'un 150ı maddesi, öğretilerde ifade edildiği şekliyle *icranın geri bırakılması ile şikâyet kurumlarını altüst etmiştir*¹⁰². Bu hâliyle düzenleme, icra hukuku ve özellikle ilâmlı icra sistemi ile şikâyet kurumuna tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu madde ile borçlunun, bankanın Kanun'da belirtilen nitelikte gönderdiği belgeye karşı itirazlarını şikâyet yolu ile ileri sürmesi gerektiği düzenlenmiştir. Oysa, öncelikle şikâyet yoluna icra organlarının kanuna aykırı davranışlarından dolayı başvurulduğu dikkate alındığında, şikâyet kurumunun temeline tamamen aykırılık oluşturan bu durumun benimsenmesiyle birlikte, icra hukuku sistemine ne derece aykırı davranıldığı ortaya çıkmaktadır. Kanun'un 150ı maddesi, bankalar lehine bir ilâmlı icra yolu ile takip yapma imkânı tanıdığına göre, burada borçluya icranın geri bırakılması yoluna başvurma imkânı tanınmalıydı¹⁰³. Ancak kanun koyucu bununla da yetinmemiş ve yapılacak şikâyet başvurusunda ancak elinde belirli belgeler bulunan borçlu lehine, mahkemece durdurma kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Şikâyet yargılmasında verilecek durdurma kararının bir geçici hukukî koruma önlemi niteliğinde olduğu dikkate alındığında, borçluya takibi durdurma konusunda böyle bir sınırlama getirilmesi, hak arama özgürlüğüne (Ay m. 36) önemli bir müdahale teşkil etmektedir¹⁰⁴. Ayrıca bu düzenlemeyle birlikte, borçlunun silâhları “gizlice elinden alınmış”¹⁰⁵ ve borçlunun ancak resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunması hâlinde, durdurma kararı verilebileceğine hükmedilmiştir. Alacaklının bu maddeye dayanarak *ilâmlı icra yolu ile takip yapması* için, kendi düzenlediği belgenin yeterli olmasına karşılık; borçlunun, alacaklının düzenlediği belgeye dayanılarak başlatılan bu takibi durdurma imkânının, resmî veya

¹⁰² *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 110.

¹⁰³ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 111.

¹⁰⁴ Zira geçici hukukî koruma önlemlerinin temel özelliği, hâkimin bunlara yaklaşık bir kanaatle karar verebilmesidir (bu konuda bkz. *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 216; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 665; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 369). Dolayısıyla bu durumda talepte bulunanın elinde herhangi bir belge olması da şart değildir. Oysa İcra ve İflâs Kanunu'nun 150ı maddesi ile böyle bir şart getirilmesi, hukukî niteliği geçici hukukî koruma önlemi olan geçici durdurma kararının amacı ile bağdaşmaz.

¹⁰⁵ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 111.

imzası ikrar edilmiş belgeye inhisâr ettirilmesi, menfaat dengesinin tamamen alacaklı bankalar lehine ortadan kaldırıldığını göstermektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler karşısında, Türkiye Cumhuriyeti'nin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini teminat altına alan, Anayasa'nın üstünlüğünü benimseyen, eşitlik ilkesini hak arama sürecinin her aşamasında işleten, hukukun temel ve genel ilkelerine uygun olarak insan haklarına saygılı bir *hukuk devleti* olmasının, 2709 sayılı ve 07.11.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında belirtilmesinin, icra hukuku alanında çok büyük bir etkisinin bulunmadığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu düzenlemeler karşısında, Anayasa'da yer alan temel ilke ve esasların, bizatihi devletin üç temel erkenden biri olan yasama organı tarafından tam anlamıyla göz önüne alınmadığını alınmadığını ifade etmek güç olmayacaktır. Bunun yanı sıra, menfaat dengesini bankalar lehine tamamen ortadan kaldıran, Anayasa'nın temel ilke ile esaslarına aykırılık teşkil eden ve esasında oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu düzenleme hakkında, İcra ve İflâs Kanunu'na ilâve edildiği 25.11.1988 tarihinden bu yana sadece birkez *Anayasa'ya aykırılık* başvurusunda bulunulmuş olması (*bkz. ekteki Tablo*) da oldukça endişe vericidir.

3. İcra ve İflâs Kanunu'nda Dolaylı Olarak Kredi Kurumları Lehine Getirilen Düzenlemeler

İcra ve İflâs Kanunu sistemimizde, yukarıda belirtildiği gibi doğrudan doğruya kredi kurumları lehine getirilen bazı düzenlemeler olduğu gibi (İİK m. 68b; 150ı), dolaylı olarak kredi kurumlarının lehine getirilen ve borçlu karşısında alacaklı bankanın menfaatlerini ölçsüz bir oranda koruyan düzenlemeler de mevcuttur. Bu şekilde, dolaylı olarak kredi kurumlarının menfaatlerine yönelen düzenlemeler ya büyük ölçüde kredi kurumları yani bankaları ilgilendirmektedir ya da bu düzenlemelerin İcra ve İflâs Kanunu sistemine, kredi kurumlarının talepleri üzerine alındığı konusunda yaygın bir kanaat hâkimdir¹⁰⁶. Yukarıda da açıkladığımız üzere, söz konusu bu düzenlemelerin önemli bir kısmı en başta Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan eşitlik ilkesi olmak üzere, diğer bazı temel haklar ile hukukun temel ilkelerine aykırı olup, borçlunun menfaatlerinin haleldâr edilmesinin yanı sıra

¹⁰⁶ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 102.

üçüncü kişilerin de temel haklarını ihlâl eden niteliktedir. Zira, aşağıda bu tür hükümlere bazı örnekler vererek belirttiğimiz ihlâlleri ortaya koymaya çalışacağız.

İlk olarak *İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi*¹⁰⁷, bankalar lehine eşitlik ilkesini zedeleyen bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu madde ilk olarak 3890 sayılı ve 11.07.1940 tarihli Kanun ile; daha sonra 538 sayılı ve 06.03.1965 tarihli kanun ile değişikliği uğramış; ardından da, uygulamada çok büyük ölçüde bankaları ilgilendiren bu hüküm, 4949 sayılı ve 30.07.2003 tarihli Kanun değişikliği ile (bkz. 4949 s.lı Değişiklik, m. 22) tamamıyla bankalar lehine bir hâl almıştır¹⁰⁸.

538 sayılı Kanun değişikliğinden önce, borçlunun üçüncü kişideki özellikle bankadaki alacağı haczedilince, bankaya bir tek haciz ihbarnamesi gönderilmekteydi; bunu üzerine, haciz ihbarnamesinde de belirtildiği gibi, bankanın yedi gün içerisinde bu ihbarnameye itiraz etmemesi durumunda, borç bankanın zimmetinde sayılır ve banka bu borcu ödemek durumunda kalırdı¹⁰⁹. Ancak zamanla bankaların bu durumdan mağdur oldukları yönünde şikâyetler artmış¹¹⁰ ve bu çerçevede 1965 yılında, 538 sayılı Kanun değişikliği ile bankalar lehine maddede önemli düzenlemeler yapılmıştır. Zira, Adalet Komisyonu raporunda açıkça belirtildiği üzere değişikliğin amacı, “*maddenin sertliğini gidermeye ve bilhassa haksız takibe maruz kalan üçüncü şahısların (bu arada bankaların) menfaatlerini korumaya gayret edilmiştir*”¹¹¹ şeklindeki ifadelerle belirtilmiştir. 538 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, bankaya gönderilecek haciz ihbarnamelerinin sayısı ikiye çıkarılmıştır. Zira kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen banka, bu ihbarnameye itiraz etmez

¹⁰⁷ *Kuru*, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczedilmesi suretiyle alacaklı-borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla Kanun'a eklendiğini ifade etmektedir (*Kuru*, İİK m. 89, s. 59). Ayrıca bu konuda bkz. *Yavaş*, s. 59 vd.

¹⁰⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Üstündağ*, İİK m. 89, s. 5-17. Belirtmek gerekir ki, 1965 ve 2004 yıllarında değişikliğe uğrayan bu düzenleme, mehz Kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndan son derece farklıdır. Zira İcra ve İflâs Kanunumuzun 89. maddesini karşılayan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 99. maddesi şu şekildedir: “*Hamiline ait yahut cirosu kabil senede müstenit olmayan alacak veya sair bir talep hakkı haczedilirse, icra memuru borçlu olan üçüncü şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini bildirir.*” (*Üstündağ*, İİK m. 89, s. 5, 13).

¹⁰⁹ *Kuru*, Bankadaki Mevduatın Haczi, s. 8.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. *Kuru*, Bankadaki Mevduatın Haczi, s. 10.

¹¹¹ Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, Millet Meclisi Dönem 1, Toplantı 2, Sıra Sayısı 461, s. 41 (*Kuru*, Bankadaki Mevduatın Haczi, s. 10, dn. 11). Ayrıca bkz. *Üstündağ*, İİK m. 89, s. 11.

ise, borç zimmetinde sayılacaktır. Bu durumda, bankaya ikinci bir haciz ihbarnamesi gönderilecek ve zimmetinde sayılan alacak hakkında, ikinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borçlunun bankada böyle bir alacağının bulunmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilecektir¹¹². Aksi takdirde, banka borcu ödemek zorunda kalacaktır.

2004 yılında yapılan 4949 sayılı Kanun değişikliği ile bankalar bir derece daha koruma altına alınmıştır; bankaya birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerinin ardından gönderilecek bir bildirim (üçüncü haciz ihbarnamesi) üzerine menfi tespit davası açma imkânı tanınmıştır¹¹³. Hatta bankaların menfaatlerinin korunması amacıyla, açılacak menfi tespit davalarının *matbu harca* tâbi olacağı dahi benimsenmiştir¹¹⁴. Ancak Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bu düzenleme hakkında, 03.12.1998 ve 08.02.1999 tarihlerinde Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne

¹¹² Bu konuda ayrıca bkz. **Kuru**, Bankadaki Mevduatın Haczi, s. 11; **Yavaş**, s. 109 vd.

¹¹³ **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 102. Hükümet Gerekçesi'nde de, söz konusu düzenlemenin alacaklıları, kötü niyetli borçlulardan korumak amacıyla getirildiği belirtilmektedir: “Alacaklıların ve icra dairesinin, takip borçlusunun üçüncü şahıstaki hak ve alacaklarının haczini isterken, gerçekte böyle bir hak veya alacak bulunup bulunmadığını denetleme imkânı bulunmadığından uygulamada bir kısım alacaklıların, üçüncü şahıslara haciz ihbarnameleri tebliğ ettirmek ve böylece itiraz ve menfi tespit davası açma hakkının kullanılmasını ihtimalinden yararlanmak amacını güttükleri gözlemlenmektedir. Madde ile birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine karşı müracaat haklarını süreyi geçirmek suretiyle kaçırmış üçüncü şahıslara, üçüncü bir bildirimle menfi tespit davası açma hakkı tanınmıştır. Ayrıca, maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre açılacak menfi tespit davalarının maktu harca tâbi olması öngörülerek, iyi niyetli üçüncü şahısların kolaylıkla menfi tespit davası açmak suretiyle iddialarını ispatlaması olanağı getirilmiştir...” (Hükümet Gerekçesi, m. 23; **Pekantez/Akkan/Yeşilova/Erişir**, s. 248).

¹¹⁴ Nitekim Hükümet Gerekçesi'nde, bu durumda açılacak menfi tespit davalarının matbu harca tâbi olması yönündeki değişikliğin sebebi şu şekilde ifade edilmiştir: “...Ayrıca maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre açılacak menfi tespit davalarının maktu harca tâbi olması öngörülerek, iyi niyetli şahısların kolaylıkla menfi tespit davası açmak suretiyle iddialarını ispatlaması olanağı getirilmiştir...” (Hükümet Gerekçesi, m. 23; **Pekantez/Akkan/Yeşilova/Erişir**, s. 248). Bu gerekçede belirtildiği gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nda kanun koyucunun iradesi, gerçekten de objektif olarak üçüncü kişilerin açacağı davalarda haklarını daha kolay ileri sürmelerini sağlamak ise, sadece bankalar için çok yaygın bir uygulama alanı bulunan bu maddedeki menfi tespit davalarının değil, üçüncü kişilerin açacağı tüm davalar için matbu harç alınması öngörülmelidir. Örnek vermek gerekirse, istihkak davası açısından, üçüncü kişinin açtığı bu davada haklı olma ihtimâli de oldukça yüksektir ve buna göre de 89. maddede bankalara tanınan bu kolaylığa benzer bir şekilde istihkak davası açacak olan üçüncü kişilerin de sahip olması gerekirdi. Ayrıca taraf menfaatlerinin dengelenmesinde icra harç ve masraflarının sahip olduğu fonksiyon ve özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin, bu konuda bankalara sağladığı imtiyazın menfaat dengesindeki konumu açısından bkz. aşa. II. Bölüm, § 7, II.

başvurulmuş; ancak 14.12.1998 tarihli başvurunun geri çevrilmesine¹¹⁵, 13.07.1999 tarihli başvurunun da esaslan reddine¹¹⁶ karar verilmiştir (bkz. *ekteki Tablo*).

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre üçüncü kişilere 89. madde çerçevesinde gönderilecek haciz ihbarnameleri üç aşamadan oluşmasına karşılık; Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre üçüncü kişilere gönderilecek haciz ihbarnamesi sayısı *sadece birdir*. Zira Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 79. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, haciz bildirisini alan kişi, bu bildirisinin kendisine tebliğinden yedi gün içerisinde bu alacağın kendisinde olmadığını bildirir ise, borç yedinde sayılır. Bu süreyi kaçıran üçüncü kişilerin ise, bir yıl içerisinde menfi tespit davası açması mümkündür. Buradan da anlaşılacağı üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi, üçüncü kişileri *-ve özellikle de bankaları-* aşırı bir ölçüde koruma altına alan bir düzenlemedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine karşılık gelen 79. maddesi de dikkate alındığında, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki üçüncü kişilerin *-özellikle bankaların*¹¹⁷ menfaatlerini aşırı bir oranda korunduğu daha somut bir şekilde ortaya çıkabilmektedir¹¹⁸.

İcra ve İflâs Kanunu'nun dolaylı olarak bankaları ilgilendirdiği veya onların talepleri ile kanunlaştığı ileri sürülen bir diğer hüküm de, *İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesidir*. Bu düzenleme borçlu dışında üçüncü kişilerin de mallarının haczine ve hatta bu mallara el konulmasına olanak tanıyan bir hüküm olması sebebiyle

¹¹⁵ AMK 14.12.1998, 57/77 (karar Resmî Gazete'de yayımlanmamıştır).

¹¹⁶ AMK 13.07.1999, 7/31 (RG 26.10.2000, S. 24212).

¹¹⁷ İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi, her kanunlaştırma sürecinde bankalar lehine daha da fazla koruma sağlamasına rağmen, hâlen bu konuda bankalar şikâyetlerini sürdürmektedirler. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi hakkındaki bu şikâyetlerde, son olarak Türkiye Bankalar Birliği etkili olmuş ve durum, Adalet Bakanlığı'nın 30.01.2006 tarihli genelgesine konu olmuştur. Bu genelgeye göre, Adalet Bakanlığınca "*Üçüncü kişilere bankacılık hizmeti vermesi söz konusu olmayan Türkiye Bankalar Birliğine İcra ve İflâs Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderildiği,*" tespit edilmiş ve genelgede Adalet Bakanlığı tarafından şu esaslara göre hareket edilmesi istenmiştir: "*Görev ve yetkileri 4389 sayılı Bankalar Kanununun 19 uncu maddesinde belirtilen Türkiye Bankalar Birliğinin, üçüncü kişilere bankacılık hizmeti vermesi ve mevduat kabul etmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla üçüncü kişilerin Birlik nezdinde bu manada herhangi bir hak ve alacağından bahsedilemeyeceği, İcra ve İflâs Kanununun 89 uncu maddesinin yedinci fıkrasında yer alan hüküm göz önüne alındığında Birliğin, bankalara haciz duyurusu yapma yükümlülüğünün bulunmadığı, bu nedenle haciz ihbarnamelerinin, Türkiye Bankalar Birliğine gönderilmeyerek, borçluların hak ve alacaklarının bulunduğu düşünülen banka şubelerine gönderilmesi...*" (Haciz İşlemleri Hakkında Genelge, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, S. B.03.0.HİG.0.00.00.03/010.06.02/18, T. 30/01/2006, Genelge No: 118).

¹¹⁸ Konuya ilgili daha ayrıntılı bilgiler için bkz. III Bölüm, § 9, II, B, 4, ç.

oldukça eleştirilmektedir¹¹⁹. Aynı zamanda zilyetlik karinesine de (TMK m. 985) aykırılık teşkil eden bu düzenlemeye göre, üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malın haczinde, alacaklı muvafakat ederse bu mal üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılacak; buna karşılık alacaklı muvaffakat etmez ise, üçüncü kişinin elinde bulunan bu mal başka bir kişiye yediemin olarak tevdi edilecektir. Bu durum ise, hem takibe taraf olmayan üçüncü kişinin menfaatlerini zedelemekte hem de üçüncü kişilerin anayasal bir temel hakkı olan mülkiyet hakkına (Ay m. 35) haksız bir müdahale teşkil etmektedir¹²⁰. Ancak niteliği itibariyle bir muhafaza tedbiri olan bu düzenlemeyi, ileride özellikle diğer muhafaza tedbirleri arasında ele alacağımız için burada konunun ayrıntısına girmiyoruz¹²¹.

Bankalar lehine getirildiği belirtilen¹²² ve alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini görmezden gelen¹²³ diğer düzenlemeler de *İcra ve İflâs Kanunu'nun 169a ve 170. maddeleridir*. Zira bu hükümlerle birlikte, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, borçlunun takibe itirazı sonucunda haklı çıkan alacaklı lehine % 40 oranından başlayan bir tazminat hükmedilebiliyorken; itiraz sonucunda haklı çıkan borçlu lehine ancak % 20 oranından başlayan bir tazminat hükmedilebilmektedir. Bu düzenleme, İcra ve İflâs

¹¹⁹ *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 155; *Pekcanitez*, 4949 s. lı İİK Değişikliği, s. 147-148; *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 17-18; *Kuru*, El Kitabı, s. 377; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 197-198; *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 102.

¹²⁰ İcra ve İflâs Kanunu'nun 4949 sayılı Kanun ile değiştirilen şekli ile Hükümet Gerekçesi'ndeki madde metninin birbiriyle çelişiyor olması, yasama faaliyetlerinin güvenilirliği konusunda ciddi şüpheler yaratmaktadır (*bu konudaki eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 148; *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 18; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 198). Hükümet Gerekçesi'ne göre; “*İcra ve İflâs Kanununun 88 inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hükümlerle ‘üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların haczedilmesi durumunda alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılacağı’ öngörülmüştür. Böylece, ‘alacaklı muvafakat etmezse, üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malların da haczedilip, üçüncü kişinin elinde bırakılmayarak muhafaza altına alınacağı’ şeklindeki uygulamaya son verilmesi amaçlanmıştır...*” (Hükümet Gerekçesi, m. 22; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 244).

¹²¹ Bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, B, 4, ç.

¹²² *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 102. Ayrıca *Umar* tarafından 4949 sayılı Kanun ile değiştirilen İcra ve İflâs Kanunu'nun 169a hükmünün, mevcut hâli ile kambiyo senedine dayanmayan alacaklarda icra inkâr tazminatının düzenleyen Kanun'un 68. maddesi ile çelişki içerisinde olduğu belirtilmektedir (*Umar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 89-90). Düzenlemenin eleştirisi için bkz. *Umar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 89-90.

¹²³ *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 157; *Umar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 89; *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 102.

Kanunu'nun benimsemiş olduğu temel sisteme aykırı olduğu gibi¹²⁴, gerek alacaklı ile borçlu arasındaki gerekse alacağı kambiyo senedine dayanan alacaklı ile dayanmayan alacaklı arasında eşitlik ilkesini Anayasa'ya aykırı olarak (Ay m. 10) ihlâl etmektedir. Ancak, Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bu düzenleme hakkında da Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğuna rastlanılmamıştır (bkz. *ekteki Tablo*).

C. Alacaklının Devlet Olması

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, kural olarak kişilerin özel hukuk ilişkilerinden doğan borçlarının tahsilini düzenlemektedir. Bunun dışında ise, kamu alacaklarının tahsilini düzenleyen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun, devletin kamu hukuku ilişkilerinden doğan alacaklarının tahsilini düzenlemektedir (AATUHK m. 1). Öncelikle belirtmek gerekir ki, devletin alacaklı konumunda olduğu her durumda, borcun tahsili aşamasında 6183 sayılı Kanun uygulanmayacaktır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 47. maddesine göre, devletin bir sözleşmeden veya haksız fiilden doğan alacakları hakkında 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanacaktır (İİK m. 47). Bu durumda devlet, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan genel haciz yolu ile takipte veya özel takip yollarından birisine başvurulması hâlinde bu takip yolunda, sıradan bir alacaklının sahip olmadığı bazı imtiyazlara da sahip olacaktır (İİK m. 206; AATUHK m. 21 gibi). Ancak bu konu, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, burada sadece 6183 sayılı Kanun kapsamına giren icra takipleri ele alınacaktır.

Devlet alacaklarının 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu dışında ayrı bir Kanun ile (6183 sayılı Kanun) düzenlenmesinin bazı özel sebepleri olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de devlet, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinden doğan harcamaları karşılamak amacıyla, özel kesimden kamu kesimine ekonomik değerler aktarmakla yükümlüdür. Bu ekonomik değerlerin, devletin alacaklı sıfatını kazanmasıyla birlikte kamu borçluları tarafından ödenmesi, devletin yürütmekle

¹²⁴ Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte hükmedilecek tazminat oranlarını düzenleyen 169a ve 170. maddelerini, genel haciz yolu ile yapılan takiplerde karşılayan 67 ve 68. madde hükümleri alacaklı ile borçlu lehine hükmedilecek tazminatlarda bu şekilde bir ayrımı benimsememiştir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. *aşa. III. Bölüm, § 9, III, B, 3.*

zorunlu olduğu kamu hizmetlerini sürdürmesi için zorunlu bir unsurdur¹²⁵. Bu sebep de, devletin kamu hukukundan doğan alacaklarının ayrı bir takip yolu ve hatta ayrı bir Kanun ile düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu devletin, kamu hukukundan doğan alacağını sadece ayrı bir takip yolu olarak düzenlemekle yetinmemiş; bunun yanı sıra, kamu alacağından doğan alacaklarının tahsili için de ayrı bir Kanun kabul etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki öğretide baskın görüş, kamu alacaklarının tahsilini düzenleyen ayrı bir Kanun'un bulunmasına gerek olmadığı yönündedir¹²⁶. Nitekim 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun mehazı olan İsviçre hukukunda da, kamu alacakları özel hukuk alacakları ile aynı esaslara göre, aynı Kanun ile tahsil edilmektedir¹²⁷. Gerçekten de öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, kamu alacaklarının tahsilini ayrı bir Kanun ile düzenlemek yerine, İcra ve İflâs Kanunu içerisinde kamu alacaklarına *-mevcut İcra*

¹²⁵ **Kumrulu**, s. 648; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s. 549-550; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 116.

¹²⁶ “Bir alacak cebri icra yolu ile tahsili kabil hale gelince, bunun tezelden ve az masrafla tahsili Devletin vazifesidir. Bunun için alacağın mahiyeti, yani amme veya hususî hukuk alacağı ile içtima edince amme menfaati mülâhazası ile imtiyazlı sayılabilir, yani borçlunun mahdut mallarından amme alacağının hususî hukuk alacağından önce ona tercihan tahsil edileceği kabul edilebilir. Fakat, amme alacağı kolaylıkla tahsil edilecek, buna mukabil hususî hukuk alacağı ihmal edilecektir denemez; modern Devlet düzeninde böyle bir ayırım yapılamaz. Bu yönden 6183 sayılı K.nun Türk takip hukukunda yeri olmaması gerekir.” (**Berkin**, İcra Hukuku Dersleri, s. 17. Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. **Berkin**, İcra Hukuku Rehberi, s. 19-20). Ayrıca **Berkin**, diğer bir eserinde yukarıdaki ifadelerine ek olarak özellikle, kamu alacağının tahsiline ilişkin takiplerde tarafsızlığın sağlanması açısından da bu konuda yeknesaklık sağlanması gerektiğini şu ifadelerle belirtmiştir: “6183 sayılı kanunun modern Türk takip hukuku rejiminde yeri olmadığını ve bu kanunun yürürlükten kaldırılarak kamu hukuku alacaklarına bazı imtiyazlar tanınsa bile, bunların özel hukuk alacakları ile aynı usullere ve koşullara tâbi tutulmak suretile tarafsız icra dairelerince tahsili yoluna gidilmesi daha doğrudur.” (**Berkin**, İcra Hukuku Rehberi, s. 20).

Üstündağ tarafından da, kamu alacaklarının tahsili için ayrı bir kanunun kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı, Alman hukuk doktrinindeki görüşler çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu konuda bkz. **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 15-22.

Ayrıca kamu alacaklarının tahsili hakkında ayrı bir kanunun kabul edilmesinin gerekli olmadığı ve hatta hukuka uygun olmadığı yönünde diğer bazı görüşler için ayrıca bkz. **Postacıoğlu**, s. 21; **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 105.

¹²⁷ Kamu alacaklarının da, mehaz Kanun olan İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu içerisinde düzenlendiğini tespit etmekteyiz. Zira İsviçre İcra-İflâs Kanunu'nun 43. maddesinde *vergî, resim, harç, para cezaları veya remî makamlara ödenmesi gereken borçlardan dolayı borçlu iflâsa tâbi kişilerden olsa dahi, borçlunun iflâsının istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır* (**Taşpınar**, İsviçre Federal İİK, s. 611). Dolayısıyla bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, mehaz İsviçre hukukunda kamu alacaklarının tahsili için ayrı bir kanun kabul edilmemiş; bu türden alacakların tahsili de, tahsil prosedürüne ilişkin genel kanun olan İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir (bu konuda bkz. **Ansay**, Düşünceler, s. 1459; **Taşpınar**, İsviçre Federal İİK, s. 611).

ve İflâs Kanunu'nda örnekleri olduğu gibi- bazı imtiyazlar tanınması mümkündür. Hatta gerekiyorsa, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen özel takip yollarında olduğu gibi, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin özel bir takip yolunu İcra ve İflâs Kanunu bünyesine de almak mümkündür. Ancak aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, 6183 sayılı Kanun mevcut hâliyle, İcra ve İflâs Kanunu sistemini aşan ve hatta Anayasa'ya aykırılığı dahi şüphe götüren birtakım düzenlemeler içermektedir. Nitekim bu ihlâller karşısında söz konusu düzenlemelerle icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi alacaklı kamu idareleri lehine neredeyse tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Bu durumun en belirgin ve en önemli ispatı da, kamu alacağının tahsiline ilişkin yapılan bir takipte kamu idaresinin bir yandan alacaklı diğer yandan da cibrî icra organı olarak tahsili gerçekleştirmesidir¹²⁸. Bu durum Özekes tarafından şu ifadelerle eleştirilmektedir:

“...asıl dikkat çeken husus, kamu idaresinin hem alacaklı hem de aynı anda cebri icra organı olmasıdır. Yani, alacaklı, aynı zamanda her iki tarafa eşit durması ve tarafsız davranması gereken icra organı konumundadır. Bunun temel hukuk ilkeleri bakımından ne kadar yerinde olduğu en hafif deyimle tartışmaya açıktır. Bu, şairin 'kadı ola davacı, mübaşir dahi şahit, ol mahkemenin hükmüne denir mi adalet' sözünün icra hukukuna uyan bir haldir”¹²⁹.

Gerçekten de, alacaklı tarafın aynı zamanda tahsil dairesi olarak takip yapmasının hukukun temel ilkelerine, hukuk devletinin bir unsuru olan hukukî güvenliğin sağlanmasına, kuvvetler ayrılığına, Anayasa'ya, menfaat dengesine aykırılığı şüphe götürmemektedir. Bir yandan İcra ve İflâs Kanunu'nda, hâkimler gibi tarafsız olması amaçlanan icra ve iflâs memurları ile müstahdemlerine, Kanun'da belirtilen yakınlarının işlerini görmekten kaçınması zorunluluğu getirilirken (İİK m. 10; AATUHK m. 108-109. Ayrıca bkz. İİK m. 11), diğer yandan da Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılan bir takipte, alacaklının, icra organı olarak görev yapmasına cevaz verilmesinin hukuka uygunluğu şüphelidir.

Az önce de ifade ettiğimiz üzere kamu alacaklarının tahsilinde, devlet hem alacaklı hem tahsil organıdır. Bu çerçevede alacaklı devlet, tahsil organı olarak

¹²⁸ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Özekes, Kredi Kurumları, s. 105 vd.

¹²⁹ Özekes, Kredi Kurumları, s. 105.

“*tahsil dairesi*” sıfatıyla takip başlatmadan önce borçlu hakkında ihtiyatî haciz karar verebilecek (AATUHK m. 13); borçlusuna karşı ödeme emri düzenleyerek gönderecek (AATUHK m. 55); borçlunun elindeki ve üçüncü şahıslardaki malları üzerine haciz koyabilecek (AATUHK m. 62); üçüncü kişiler elindeki borçlunun olduğu düşünülen mallara muhafaza tedbiri olarak fiilen el koyabilecek (AATUHK m. 82); borçlunun konutunda ve şahsı üzerinde İcra ve İflâs Kanunu’nun 80. maddelerinde belirtilen türden zor kullanma tedbirlerini uygulayabilecek (AATUHK m. 80); haczedilen mallar üzerinde değer takdiri yapacak (AATUHK m. 81); borçlunun mallarının alacağı karşılama durumu “*aciz fişi*” düzenleyecek (AATUHK m. 75); satışı gerçekleştirecek (AATUHK m. 84); satış sırasında satılmayan gayrimenkulleri üzerine alabilecektir (AATUHK m. 98). Kısaca Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’da, alacaklı tahsil dairesine, İcra ve İflâs Kanunu’nun icra dairelerine vermiş olduğu tüm yetkiler ve hatta, bu yetkileri de aşan birtakım yetkiler (*borçlu hakkında ihtiyatî hacze karar verme, satılmayan malı üzerine alma gibi*) tanınmaktadır. Bu durum karşısında, tahsili gerçekleştirecek kamu idaresinin aynı zamanda alacaklı olması, borçlu ile zaten doğal bir menfaat çatışması içerisinde olan alacaklının takip prosedüründe tarafsız ve objektif davranacağı konusunda oldukça ciddi şüpheler yaratmaktadır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un ayrıca kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil eden bir düzenlemesi de, idarenin verebileceği ihtiyatî haciz kararını düzenleyen 13. maddesidir¹³⁰. Zira bu hükme göre, borçlu aleyhine ihtiyatî hacze, mahallin en büyük memuru (illerde vali, ilçelerde kaymakam) karar vermektedir (AATUHK m. 13). Oysa, bir işlemin yargısal bir faaliyet olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan birincisi, Anayasa’ya göre bağımsız mahkemeler tarafından verilen bir karar olmalı; ikincisi ise, bu karar taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlığı nihaî olarak sonlandırmaya yönelik (*kesin hüküm niteliğinde*) olmalıdır. Buna göre, bir işlemin yargısal bir karar olarak kabul edilmesi bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesine

¹³⁰ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’a göre verilecek ihtiyatî haciz kararları ve bu kararların menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, V. 6183 sayılı Kanun’un alacaklı idareye sağladığı bu imkânın benzeri bir yetkinin de, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na tanındığı yönündeki açıklamalar ve bu konudaki eleştiriler için bkz. aşa. II. Bölüm, § 6, I, Ç, 3.

bağlıdır¹³¹. Bu durumda ise, yargı organı yani mahkeme niteliğinde olmayan bir organın yaptığı faaliyet, bir yargı faaliyetine benzetilse dahi, kesinlikle devletin yargı fonksiyonuna dahil yapılan bir işlem olarak kabul edilemez¹³². Yani, idarî makamların hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözme ve karara bağlama yolundaki faaliyetlerinin *-bu faaliyetler iddia, tespit ve müeyyide aşamalarını içerseler dahi-*, yargı fonksiyonu olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹³³.

Birinci bölümde ele aldığımız Anayasa'nın bağlayıcılığı sebebiyle (Ay m. 11), yürütme organının da Anayasa'ya aykırı bir işlemde bulunması mümkün değildir. İdarenin Anayasa'ya aykırı bir işlem yapması durumunda, bu işlem idare mahkemeleri tarafından iptal edilecektir¹³⁴. Bu durumda, yasama organının koymuş olduğu bir Kanun ile devletin idarî teşkilatlarından birine Anayasa'ya aykırı birtakım yetkiler tanınması, bu işlemleri meşru hâle getirmemektedir. Zira, Anayasa'nın bağlayıcılığı gerek yasamayı gerekse yürütmeyi bağlamaktadır (Ay m. 11). Bu durumda kanun koyucunun, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile mahallin en büyük idarî âmirine yargısal nitelikte karar verme yetkisi tanınması (AATUHK m. 13), bu yetkinin kaynağını meşrulaştırmamaktadır. Zira, bu faaliyeti ile yasama organı Anayasa'ya aykırı davranmakta ve yargısal karar verme yetkisi olmayan, mahkeme niteliğinde bulunmayan bir idarî makama ancak mahkemelerin verebileceği nitelikte kararlar verme yetkisi tanımaktadır.

Mahallin en büyük idarî âmirine tanınan bu yetki, yasama organının yapmış olduğu bir Kanun ile verilmemiş olsaydı, hiç şüphesiz idarenin verdiği ihtiyatî haciz kararı, bir *"fonksiyon gaspı"*na sebebiyet verecekti. Zira idarî makamlarının, yargı organlarının yetki sahasına giren bir konuda işlem tesis etmesi mümkün değildir¹³⁵. Bu durumun yol açtığı fonksiyon gaspı ise, idare hukuku öğretisinde çok ciddi bir ihlâl olarak görülmekte ve bu sakatlığın müeyyidesi *"yokluk"* olarak kabul

¹³¹ Bu konuda bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 834; *Gözbüyük/Tan*, s. 8-9; *Günday*, s. 11-12; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 31-32; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 423.

¹³² *Gözbüyük/Tan*, s. 9-10; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 32; *Günday*, s. 12-13.

¹³³ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 32, 488-489, 522.

¹³⁴ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 72, 489. *Gözbüyük/Tan*, s. 969-970; *Günday*, s. 84-85. Ayrıca bkz. *Ocakçıoğlu*, s. 507-508.

¹³⁵ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 692. Ayrıca bkz. *Gözbüyük/Tan*, s. 390.

edilmektedir^{136, 137}. Bu durumda, sakatlığın giderilmesi için idarî dava yolu ile işlemin iptal ettirilmesine dahi gerek yoktur; zira, bu durumda böyle bir idarî karar, hukuk âleminde hiç bir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır^{138, 139}. Bu durumda, verilen karar şeklen mevcut gibi görünmekte; ancak dış âlemde hüküm doğurabilmesi için aranan nitelikler bulunmamaktadır¹⁴⁰. İşte normal şartlar altında, fonksiyon gaspı olarak nitelendirilebilecek ve hukuk âleminde hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacak olan bir “idarî” işlemin, temelini Anayasa’ya aykırı olan bir yasama faaliyetinden alması, idareye tanınan bu yetkiyi Anayasa’ya ve hukuka uygun hâle getirmemektedir. Bu açıdan kendisine ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi tanınan idarenin vermiş olduğu bu kararlar, Anayasa’ya, hukuka ve kuvvetler ayrılığı sistemine aykırıdır. Bu çerçevede, idarenin kanuna da dayansa bu ihtiyatî hacze karar verme konusundaki yetkisini kullanırken çok titiz davranması, özellikle mutlak ve açık bir gerekçe olmadan bu yetkileri kullanmaması, yetkinin sınırlarını zorlamaması; yargı organlarının da bu işlemleri denetlerken, aslında kendi yetkisini kullanan bir idarî organın işlemini denetlediği bilinci ile hareket ederek, idarenin işlem tesisi ve sınırlarını iyi denetlemesi ve bu denetimi de katı bir şekilde yapması yerinde olacaktır. Zira, idare esasında yargısal bir yetkiyi kullanmaktadır. Ancak kendi alacağını tahsil için bu tür bir yetkiyi kullanan idarenin, yetkinin denetiminde de ne kadar tarafsız ve objektif davranacağı büyük bir şüphe altındadır. Ayrıca aşağıda açıklayacağımız üzere, 6183 sayılı Kanun’un ihtiyatî hacze ilişkin hükümleri, idarenin keyfilğine daha fazla izin verecek niteliktedir. Bu esaslar çerçevesinde, idareye borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi tanınması, tamamıyla alacaklı ile borçlu arasında korunması gereken menfaat dengesini ortadan kaldırmaktadır.

¹³⁶ *Gözübüyük/Tan*, s. 390; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 695, 889; *Günday*, s. 153.

¹³⁷ Anayasa’nın 9. maddesine göre, mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organın verdiği kararın yok hüküm niteliğinde olduğu; bu anlamda hukuk âleminde herhangi bir sonuç doğurmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. *Özkes*, Yok Hüküm, s. 672 vd.

¹³⁸ *Gözübüyük/Tan*, s. 390; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 695, 889; *Günday*, s. 153.

¹³⁹ Zira bir mahkeme hükmünden bahsedebilmek için, bir hukukî ihtilâf hakkında, kanuna ve hukuka uygun şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından, belirli şekilde verilen ve alenîleşen kararın bulunması gerekir (*Özkes*, Yok Hüküm, s. 670). Bu temel unsurları ve nitelikleri taşımayan bir karar, yargılama hukuku anlamında bir karar olarak kabul edilemez (*Özkes*, Yok Hüküm, s. 670).

¹⁴⁰ *Özkes*, Yok Hüküm, s. 671.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun aynı zamanda ihtiyatî haciz şartları açısından da, idare tarafından keyfi bir şekilde borçlunun menfaatlerini ihlâl edebilecek esaslar benimsemiştir. Zira, 6183 sayılı Kanun'a göre karar verilecek ihtiyatî hacizde, ileride tahakkuk edecek olan veya vadesi gelmemiş alacaklar için ihtiyatî haciz talebinin uygulama sahası oldukça genişletilmiştir (bkz. AATUHK m. 13). Bunun yanı sıra Kanun'da belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde doğrudan doğruya ihtiyatî hacze kararı verilebilmekte; ayrıca, ihtiyatî hacze karar verilmesi için alacağın yaklaşık ispatla dahi olsa ispat edilmesi aranmamaktadır. Yukarıda ihtiyatî haciz gibi yargısal bir kararı kamu idarelerinin vermesi durumunda ortaya çıkabilecek sakıncalarla, Kanun'un borçlunun menfaatlerini gözardı eden bu düzenlemelerini birlikte değerlendirdiğimizde, idarenin keyfi olarak ihtiyatî hacze karar vermesi olasılığı oldukça artmaktadır. Ayrıca 6183 sayılı Kanun'da, İcra ve İflâs Kanunu'nda olduğu gibi (bkz. İİK m. 259), borçlunun ve üçüncü kişilerin, ihtiyatî haciz sebebiyle uğradıkları zararların tazminine yönelik bir düzenlemenin bulunmaması, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin ağır bir ihlâl tehlikesi altında kalmasına zemin hazırlamaktadır. Bu durumda idarenin keyfi olarak verdiği ihtiyatî haciz kararlarının denetiminin oldukça güç olması, kişilerin hak arama özgürlüğüne de müdahale anlamına gelmektedir. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'na göre verilen ihtiyatî haciz kararlarının uygulanması için, kararın verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde icra dairesine başvuru zorunluluğu bulunmaktayken, böyle bir zorunluluk 6183 sayılı Kanun'a göre verilecek ihtiyatî haciz kararlarında bulunmamaktadır. Bu durumda ise, borçlu her zaman için ihtiyatî haciz kararını mahallin en büyük amirine onaylatarak uygulatma yetkisine sahip olan idarenin¹⁴¹, ihtiyatî haciz tehdidi altında olacaktır.

İdarenin işlemleri açısından en fazla önem arzeden husus, idarenin keyfi davranışlarından kişilerin korunmasıdır. Bu korumanın sağlanması, hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur. Ancak yukarıda idarenin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapacağı icra takiplerinde sahip olduğu yetkiler göz önüne alındığında, kişilerin keyfi davranışlarla karşılaşma tehlikesinin oldukça yüksek olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Zira daha önceki

¹⁴¹ Bu konuda bkz. **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s. 563.

açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, cebrî icra alanında alacaklı ile borçlu işin doğası gereği menfaat çatışması içerisindedir. Kamu alacakları açısından da aynı durum geçerlidir. Zira bir yandan alacaklı kamu idaresi, kamunun alacağını tahsil etme çabası içinde olacak; diğer taraftan borçlu da kendisini, keyfî olarak hak ve menfaatlerini ihlâl edecek davranışlardan korumak isteyecektir. Bu durumda ise, bir de alacaklıya borçlunun temel hak ve özgürlüklerine rahatlıkla müdahalede bulunulabilecek, keyfî davranışlara hukuken izin veren birtakım imkânlar tanınması, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine olmak üzere ortadan kaldıracak bir tehdit yaratmaktadır. Ayrıca bu imkânlarla donatılan alacaklının karşısında bulunan borçlunun, alacaklı ile aynı ölçüde savunma araçlarına sahip olduğunu ileri sürmek çok mümkün görünmemektedir. Bu durum ise, Anayasa ile güvence altına alınan âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36) aykırıdır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak icra takiplerinde menfaat dengesi ve bu konuyla normatif düzenlemelerin incelenmesi çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıca incelenecektir. Biz bu başlık altında sadece, alacaklının bir kamu idaresi, devlet olarak menfaat dengesinde sahip olduğu imtiyazları genel hatlarıyla değerlendirmeye çalıştık. Dolayısıyla çalışmamızın, üçüncü bölümünde konu ayrıca inceleneceğinden, buradaki açıklamalarımızı sınırlı tutmayı tercih ediyoruz¹⁴².

Ç. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Alacaklı Olması

1. Genel Olarak

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi; Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi; Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin

¹⁴² Kamu alacaklarının menfaat dengesi çerçevesinde genel bir değerlendirmesi hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, VI. Ayrıca belirtmek isteriz ki, üçüncü bölümde genel haciz yolu ile takipte menfaat dengesinin uygulama alanı hakkında yaptığımız açıklamalarda, özellikle konuyu 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerini karşılaştırmaya çalıştık. Dolayısıyla söz konusu bölümlerdeki karşılaştırmalar da, menfaat dengesinin kamu alacaklarının tahsilinde ne şekilde biçimlendiğini ortaya koymamıza yardımcı olacaktır.

yürütülmesi ve sonuçlandırılması; Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanun’la verilen diğer görevlerin yerine getirilmesi amacıyla kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip idarî ve malî özerkliğe sahip bir kuruluştur (bkz. BankK m. 111; 122). Anayasa’nın 167. maddesine dayanılarak¹⁴³, hukuk sistemimize 1993 tarihli ve 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu ile getirilen¹⁴⁴ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, hukukumuzda bazı istisnaî yetkilerle donatılmış olan *bağımsız idarî kurumlardan* birini teşkil etmektedir. Bu sebeple ilk olarak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun, bağımsız bir idarî otorite olarak taşıdığı anlamı, kuvvetler ayrılığı içerisinde bulunduğu konumu ve bu çerçevede sahip olduğu yetkileri temel esasları ile ele almayı gerekli görüyoruz. Zira, Fon’un kendisine Bankacılık Kanunu ile verilen ve konumuz açısından alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini ortadan kaldıran birtakım yetkileri bulunmaktadır. Bu sebeple de, öncelikle bu yetkilerin kaynağını ve bu çerçevede kendisine tanınan yetkilerin temel esasları ile ölçülerini ele almayı uygun buluyoruz.

Temelini Anglo-Sakson hukuk sisteminden alan idarî bağımsız kurumların ortaya çıkış sebebi, yasamanın yürütmeye olan güvensizliği olmuştur¹⁴⁵. Dolayısıyla bağımsız idarî kurumlar, esasında kuvvetler ayrılığının iki ayağını oluşturan yasama ve yürütmenin uyumunun sağlanması amacıyla ortaya çıkmıştır. Bağımsız idarî kurumlar, belirli bir hizmet alanında sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapan *-örneğin, bankacılık alanında-*; denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip olan; yani, belirli bir hizmet alanında sınırlı olarak kural koyma, koyduğu kuralları uygulama ve kurallara uyulmasını sağlama yetkileri ile donatılan kurumlardır¹⁴⁶. Bağımsız idarî kurumların “*devlet adına*” faaliyet göstermeleri sebebiyle¹⁴⁷, bu kurumlara “*devlet içinde devlet*” de denilmektedir¹⁴⁸. Devlet fonksiyonu içerisinde

¹⁴³ Anayasa’nın 167. maddesine göre Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır.

¹⁴⁴ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun kuruluşu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Battal**, TMSF, s. 227-245.

¹⁴⁵ **Günday**, s. 490. Bu konuda ayrıca bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 337; **Yahyaoglu**, s. 62; **Demir**, s. 29, 33.

¹⁴⁶ **Gözübüyük/Tan**, s. 336, 338; **Günday**, s. 491; **Yahyaoglu**, s. 63-64, 109-111; **Demir**, s. 42.

¹⁴⁷ **Gözler**, İdare Hukuku, C. I, s. 186.

¹⁴⁸ **Günday**, s. 490. Bağımsız idarî kurumların devlet teşkilâtı içerisindeki yeri hakkında değişik görüşlerin değerlendirilmesi hakkında bkz. **Yahyaoglu**, s. 103-104.

yer alan bağımsız idarî kurumlar, faaliyet alanları ile ilgili birtakım düzenlemeler yapabilirler ve birtakım idarî yaptırımlar uygulayabilirler¹⁴⁹. Bununla birlikte, bağımsız idarî kurumların yaptığı faaliyetlerin, yargısal değil idarî olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur. Yani, bağımsız idarî kurumlar birer yargı organı değildirler. Bu sebeple de, bu kurumların yapmış oldukları işlemlere karşı, idarî yargıya başvurmak mümkün olduğu gibi, bu kurumların vermiş oldukları kararlar da kesin hüküm teşkil etmemektedir¹⁵⁰.

İdarî faaliyetlerde bulunan bağımsız idarî kurumların birtakım düzenleyici işlemler yapmaları mümkün olduğu gibi, bazı idarî yaptırımlar da uygulayabileceklerinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Bu idarî yaptırımlara para cezası verme, faaliyeti askıya alma gibi işlemler örnek gösterilebilir¹⁵¹. Yine, bağımsız idarî kurumlar, kanuna dayanmak ve kanun ile Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla birtakım düzenleyici işlemler yapabilirler¹⁵². Ancak, aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bir bağımsız idarî kurum olarak bu yetkilerini icra hukuku alanında çok büyük bir ölçüde aşmaktadır. Zira Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tanınan bu yetkiler, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin¹⁵³ ötesinde, devletin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin birtakım yetkililerdir. Cebrî icra prosedürünü yürütmek veya mahkemelerin verebileceği türden bazı kararlar vermek, devletin yürütme ve yargı fonksiyonundan kaynaklanan mutlak, devredilemez egemenlik yetkisinin unsurlarıdır. Nitekim Fon, başlatığı takipleri kendi organları aracılığıyla yürütebilmekte; borçlular hakkında ihtiyatî haciz kararı verebilmektedir (BankK m. 134/XVI). Oysa geçici bir hukukî koruma tedbiri olan ihtiyatî haciz kararı, ancak Anayasa'ya göre kurulmuş olan mahkemeler tarafından verilebilir. Bunun gibi Fon'un “*idarî yaptırım uygulayabilme yetkisi*”ni aşan bir çok yetkinin, Bankacılık Kanunu ile Fon'a tanınması, kuvvetler ayrılığı sistemini de

¹⁴⁹ *Gözübüyük/Tan*, s. 338-339; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 190; *Demir*, s. 42-44.

¹⁵⁰ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 187. Bağımsız idarî kurumların sadece yargı dışı uyuşmazlık çözme yetkileri hakkında bkz. *Demir*, s. 44.

¹⁵¹ *Gündüz*, s. 48, 71-72. Bu konuda diğer bazı idarî yaptırım türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Gündüz*, s. 48-79.

¹⁵² *Gözübüyük/Tan*, s. 351; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 191.

¹⁵³ İdarî yaptırımlar aracılığıyla kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin mümkün olduğu ve bu konudaki birtakım örnek yaptırım türleri hakkında bkz. *Gündüz*, s. 71-72.

bozabilecek niteliktedir. Zira, yürütme organının bir türü olarak kabul edilen bağımsız idarî kurum niteliğindeki Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, Bankacılık Kanunu ile birlikte ancak mahkemelerin yapabileceği birtakım faaliyetleri yapabilme yetkisi tanınmıştır.

Fon'a tanınan yetkiler arasında, konumuz açısından özellikle önem arzeden husus, Fon'un alacakların takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılmasında sahip olduğu yetkililerdir (bkz. BankK m. 132-144). Fon'un, alacakların takip ve tahsiline yönelik yetkileri, Bankacılık Kanunu'nun yanı sıra ve bu Kanun'un 132. maddesinin son fıkrası uyarınca hazırlanan "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*"¹⁵⁴ te de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun temel kuruluş amacı, zayıfı korumak ve sosyal devlet ilkesine uygun olarak zorunlu sigortanın gerçekleştirilmesini sağlamaktır¹⁵⁵. Ancak aşağıda ayrıca açıklayacağımız üzere, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun, Fon'a tanıdığı tahsil yetkilerinin, Fon'un, kuruluş amacı olan Anayasa'ya hizmet edip etmediği bir yana, yetkilerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği dahi şüphelidir¹⁵⁶. Konunun bu çalışmada ayrıca ele alınmasının temel sebebi de, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi karşısında Fon'a tanınan bu yetkilerin değerlendirilmesi gereğidir. Bu sebeple de, aşağıda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, 5411 sayılı Kanun ile tanınan alacaklarının tahsiline ilişkin yetkilerini menfaat dengesi ve icra hukumuza hâkim olan temel ilkeler ile Anayasal ilkeler çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu'nda belirtilen bir kısım alacaklarını 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Kanunu'na göre (bkz. BankK m. 132/II; Bank. Yön. m. 4-6); diğer bir kısım alacaklarını da, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre tahsil etmektedir (bkz. Bank. Yön. m. 35-36). Ancak Bankacılık Kanunu, Fon'a, icra takibinde gözetilmesi gereken menfaat

¹⁵⁴ RG 07.01.2007, S. 26396.

¹⁵⁵ *Battal*, TMSF, s. 234.

¹⁵⁶ Nitekim Fon'un sahip olduğu tahsil yetkileri öğretilerde eleştirilmektedir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun sahip olduğu alacaklarının tahsiline ilişkin yetkileri hakkında eleştiriler için bkz. *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 57-76.

dengeinden ayrılan ve gerek 2004 sayılı Kanun'a gerekse 6183 sayılı Kanun'a göre oldukça istisnaî nitelikte birtakım yetkiler vermektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla, konuyu her iki Kanun -2004 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun- açısından da, ayrı ayrı ele almayı gerekli görüyoruz. Ancak bu konuya ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, bu konuda özellik arzeden bir duruma daha değinmekte fayda vardır. 5411 sayılı Bankacılık Kanun'da bankaların sorunlu kredilerini devralmak ve bunları tasfiye etmek amacıyla kurulan *varlık yönetim şirketleri* de icra hukuku açısından birtakım imtiyazlı yetkilere sahiptir¹⁵⁸. Ancak bu şirketler 6183 sayılı Kanun'a göre değil, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre takip yapma yetkisine sahip olacaktırlar¹⁵⁹. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu kapsamında varlık yönetim şirketlerinin de birtakım imtiyazları yetkileri bulunmakta ve bu yetkilerin bir kısmı, aşağıda belirteceğimiz Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun sahip olduğu yetkilerle paralellikler arzedeabilmektedir¹⁶⁰.

2. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu Hükümlerine Göre Tahsil Yetkisi

Yönetmelik “2004 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Takip Edilecek Alacakların Tahsilinde Kullanılacak Yetkilere İlişkin Usul ve Esaslar” başlığı altında 35, 36 ve 37. madde hükümleriyle Fon'un, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre tahsil edeceği alacaklar hakkında düzenlemeler öngörmektedir¹⁶¹. Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesinin sekizinci fıkrası ve Yönetmelik'in 35. maddesine göre; “*Bu Kanununun 107 nci maddesi uyarınca bir bankanın alacaklarının devralınması halinde bu alacaklar, devir tarihi itibarıyla Fon alacağı haline gelir ve Fon, 5411 sayılı Kanun ve mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu kapsamında 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsile yetkili olduğu alacakları dışındaki alacaklarının takip ve tahsilini 2004 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirir*”. Bu ifadeyle

¹⁵⁷ Bankacılık Kanunu hükümlerinin icra ve iflâs hukuku bakımından ayrıntılı değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez/Erdönmez*, s. 25-43.

¹⁵⁸ Varlık yönetim şirketlerinin icra hukuku alanında sahip olduğu yetkiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdönmez*, s. 2517.

¹⁵⁹ *Erdönmez*, s. 2527.

¹⁶⁰ Varlık yönetim şirketlerinin sahip olduğu imtiyazlık cebri icra yetkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez/Erdönmez*, s. 42; *Erdönmez*, s. 2526-2439.

¹⁶¹ Bu konuda bkz. *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 60-62.

hangi tür alacakların 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre tahsil edileceğini belirtmiştir. Yönetmeliğin 36. maddesi de, 2004 sayılı Kanun'a göre yapılacak takiplerin konusunu teşkil eden alacakları belirlemiştir. Bu şekilde belirlenen ve 6183 sayılı Kanun'a göre takip edilecek alacakların icra yolu ile takip ve tahsilinde, 2004 sayılı Kanun hükümlerinden oldukça farklı ve önemli düzenlemeler getirildiği tespit edilmektedir (bkz. BankK m. 37).

İlk olarak Bankacılık Kanunu'nun, İcra ve İflâs Kanunu sisteminden tamamen sapan bir düzenlemesi 138. maddesinin, birinci fıkrasıdır (BankK m. 138/I; Bank. Yön. m. 37/I, b. b). Bu hükme göre; *“Fonun taraf olduğu her türlü dava ve icra takiplerinin kısmen veya tamamen Fon aleyhine neticelenmesi halinde, 2004 sayılı Kanunda yazılı tazminat ve cezalar Fon hakkında uygulanmaz”*. Bu hüküm, 4672 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenmiş ve birtakım değişikliklerle 5411 sayılı Kanun'a kadar mevcudiyetini korumuştur. Fon'a tanınan bu imtiyazın sebebi, 4672 sayılı Bankalar Kanunu'nun gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir:

“Fonun, taraf olduğu icra takipleri ve icra takipleri dolayısıyla açılmış davalar sonunda, özellikle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda öngörülen icra inkar ve benzeri tazminatlarla karşılaşması ihtimali mevcut bulunmaktadır. Fon, takip ve davalarını yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankaların kayıt ve belgelerini esas alarak açmak veya devam ettirmek mecburiyetindedir. Bir başka ifade ile, kayıt ve belgelerin doğruluğunun teyidine kadar beklenmesi halinde süre geçmesi sebebiyle hak kaybı söz konusu olabileceğinden Fon, bankaların önceki sahipleri döneminde tutulmuş kayıtların doğruluğuna itibar etmek durumundadır. Bu mecburiyet dolayısıyla, Fonun takip ve davalarda netice itibarıyla haksız çıkması halinde tazminat veya ceza müeyyidesi ile karşılaşmaması hakkaniyete daha uygun olacaktır”¹⁶².

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 138. maddesinin gerekçesinde ise, söz konusu düzenlemenin getiriliş amacı sadece şu ifadelerle belirtilmiştir:

“Fon ve Fon bankalarının taraf olduğu her türlü dava ve icra takiplerinin kısmen veya tamamen aleyhe neticelenmesi halinde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yazılı tazminat ve cezaların uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır”¹⁶³.

¹⁶² *Atıcı*, s. 1160.

¹⁶³ *Taşdelen*, s. 1188.

5411 sayılı Kanun'un madde gerekçesine baktığımızda, gerekçenin madde metninin tekrarından başka herhangi bir açıklayıcı ifadeyi içerdiğini saptayamamaktayız¹⁶⁴. 4672 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki madde metninin gerekçesine baktığımız takdirde de, yine tatminkâr bir açıklamaya rastlayamamaktayız. Esasında, gerekçede gösterilen sebebin Fon'un tazminat ve cezalardan muaf tutulması gibi son derece istisnâî bir imtiyazla donatılması ile tam anlamda örtüşüğünü ifade etmek mümkün görünmemektedir. Bunun yanı sıra, Yargıtay bu madde hükmüne dayanarak, Fon'un taraf olduğu dava ve takiplerde, Fon'dan harç dahi alınmaması gerektiğini benimsemektedir¹⁶⁵.

Bu hâliyle Bankacılık Kanunu'nun söz konusu hükmüyle getirilen düzenleme gereğince, İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen tüm tazminat ve cezalar Fon'un taraf olduğu takip ve davalarda uygulanmayacaktır¹⁶⁶. Bu yönde bir düzenlemeye gidilmesinin gerekçesi, kanun koyucu tarafından hukukî bir gerekçeye dayandırılmamıştır. Zira, madde düzenlemesi ile anayasal bir ilke olan ve Anayasa'nın mutlak olarak kabul ettiği eşitlik ilkesinden (Ay m. 10) ayrılınmaktadır. Bu durumda ise, madde hükmünün Anayasa'ya aykırılığı şüphelidir.

¹⁶⁴ Ancak madde gerekçesinde geçen ve Kanun metninde yer almayan "*Fon bankaları*"nın da, bu hükmün uygulama alanına gireceği kanaati uyandırılmaya çalışılmıştır. Oysa, Bankacılık Kanunu'nun 138. maddesi, sadece "*Fonun taraf olduğu dava ve takipler*"den söz etmektedir. Madde gerekçesindeki "*Fon ve Fon bankaları*" ifadesi, bu hâliyle Kanun metnine aykırıdır. Zira, gerekçeye göre yönetim ve denetimi Fon'a devredilen bankaların taraf olduğu dava ve takiplerde de bu hükmün uygulanması söz konusu olabilecektir. Nitekim, Yargıtay'ın içtihadları da, yönetim ve denetimi Fon'a devredilen bankaların taraf olduğu dava ve takiplerde de bu madde hükmünün uygulanacağı yönündedir (bkz. *Alıcı*, s. 1160). Oysa öğretilerde de haklı olarak belirtildiği üzere, Fon'dan ayrı bir tüzel kişiliği olan yönetim ve denetimi Fon'a devredilmiş bankalar için bu hükmün uygulama alanı bulması mümkün değildir (*Alıcı*, s. 1160). Dolayısıyla, Kanun metni kapsamında olmayan bir alacaklı grubunu, bu maddenin uygulama alanına almaya çalışan madde gerekçesi, bazı kötü niyetli alacaklılar karşısında - *Yargıtay'ın da yerleşik içtihadı göz önüne alındığı takdirde*- borçlunun menfaatlerini, hukuka aykırı bir şekilde suistimal etmeye elverişlidir.

¹⁶⁵ "*Tasarruf Mevduat Sigorta Fonuna devredilen bankaların, alacakların dava veya talep yoluyla tahsil cihetine girmeleri halinde harçlardan muaf tutulacakları gibi, dava veya takiplerin kısmen veya tamamen fon aleyhine sonuçlanması halinde de, kanunda yazılı tazminat ve cezalar fon hakkında uygulanmayacaktır.*" 19. HD, 05.11.2002, 2001-7944/7068 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairih: 24.05.2008).

¹⁶⁶ İhâlenin feshi talebinin reddi sebebiyle, davacı Fon aleyhine ihâle bedelinin % 10'u oranında para cezasına mahkûm edilmesinin hukuka uygun olmadığı yönünde bir karar için bkz. 12. HD, 31.01.2003, 2002-27292/1719 (YKD 2003/8, s. 1228). Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun kararı ile Fon'a devredilen davalı Toprakbank aleyhine % 40 icra ve inkar tazminatına hükmedilmesinin kanuna aykırı olduğu yönündeki bir diğer karar için bkz. 13. HD, 02.10.2003, 62220/11093 (Yasa HD 2004/Eylül, s. 149).

İkinci olarak Bankacılık Kanunu'nun, İcra ve İflâs Kanunu sisteminden bütünü sapan, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini tamamen Fon lehine ortadan kaldıran diğer bir düzenlemesi de, 138. maddesinin dördüncü fıkrasıdır (BankK m. 138/IV; BankK Yön. m. 37/I, b. c). Bu hükme göre; “*Fonun alacaklı olduğu ve 2004 sayılı Kanun uyarınca yapılan takiplerde borçlular tarafından yapılan itirazlar satış dışında takip işlemlerini durdurmaz*”. 5411 sayılı Kanun'un madde gerekçesine baktığımızda, sadece “*Fonun alacaklı olduğu takiplerde borçlular tarafından yapılan itirazların satış dışında takip işlemlerini durdurmayaacağı hükme bağlanmıştır*”¹⁶⁷ şeklinde bir ifadeye rastlamaktayız. Ancak bu ifade, İcra ve İflâs Kanunu sisteminden çok önemli bir sapma gösteren düzenlemenin, hangi gerekçeye dayanılarak getirildiğini açıklamada yeterli değildir.

Aşağıdaki açıklamalarımızda ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere, itiraz aşaması ilâmsız icra yolu ile yapılan takiplerinde, çok büyük bir öneme sahiptir. Zira İcra ve İflâs Kanunu sistemimize göre, elinde hiç bir belge bulunmayan alacaklının - ve hatta belki, gerçekten alacaklı dahi olmayan bir kişinin-, borçlu aleyhine takip başlatması, borçluya ödeme emri göndermesi mümkün ve hatta hukukumuzda oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Borçlunun takibe itiraz etmemesi, edememesi durumunda veya belki de elinde ispata elverişli belge bulunmaması sebebiyle itirazının hükümden düşürülmesinin ardından, mallarının haczi ve sonrasında satışı ile karşı karşıya kalması söz konusudur. Bu çerçevede tamamen alacaklının menfaatlerinin gözetilerek başlatılan ilâmsız icra takibi sürecinde, alacaklı ile borçlu arasındaki silâhları eşitlemeyi sağlayan ve borçlunun elindeki en önemli savunma aracı “*itiraz üzerine alacaklının başlattığı takibin durması*”dır¹⁶⁸. Zira İcra ve İflâs

¹⁶⁷ *Taşdelen*, s. 1189.

¹⁶⁸ Bankacılık Kanunu'ndaki bu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu sistemi içerisinde kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesi ile paralellik arz etmektedir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesine göre, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, borçlunun itirazı -aynen Fon'un alacaklı olduğu ilâmsız icra takiplerinde olduğu gibi- satıştan başka hiç bir icra takip işlemini durdurmamaktadır. Ancak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, böyle bir düzenlemeye gidilmesinin haklı bir hukukî gerekçesi bulunmakatadır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe başvuran alacaklının elinde, borçludan alacağını ispatlayan bir *kambiyo senedi* bulunmaktadır. Kambiyo senetleri, taşıdıkları nitelik itibarıyla adı senetlerden daha güçlü bir ispat kuvvetine sahiptir. Dolayısıyla elinde kambiyo senedi bulunan alacaklıya, borçlunun itirazı ile takibi satış dışında durdurma imkânının verilmemesinin sebebi, elinde bulunan kambiyo senedi aracılığıyla alacaklı olduğunun kuvvetle muhtemel şekilde ispat edilmiş olmasıdır (*bu konuda ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III, C*). Bu durumda, elinde herhangi bir belge

Kanunu sisteminde itiraz ile takibin duracağına ilişkin kanun hükmünün (İİK m. 66/I) amacı, en başta elinde belge olması şartı aranmaksızın alacaklıya takip başlatabilme imkânının verilmesi karşısında, borçluya da kendisine karşı yapılan haksız takibe karşı bir itiraz beyanı ile takibi durdurabilmesi imkânının tanınmasıdır¹⁶⁹. Dolayısıyla ilâmsız icra yolu ile takipte, borçlunun itiraz beyanı ile takibin duracağı kuralı, âdil yargılanma hakkı içerisinde hâkkaniyete uygun yargılanma unsurunun, İcra ve İflâs Kanunu sistemi içerisindeki en somut görünümünden birini teşkil etmektedir. Bu açıdan borçlunun itiraz beyanı ile takibin duracağı hükmü, ilâmsız icra yolu ile takipte, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyici en önemli araçlardan biri; âdil yargılanma hakkının unsurlarından, alacaklı ile borçlunun elindeki silâhların eşitliği ilkesini gerçekleştiren en önemli araçlardan olarak gerek Anayasa'nın (Ay m. 36; 10) gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS m. 6) zorunlu bir unsurudur. Bu sebeple, Bankacılık Kanunu ve bu Kanun'a göre çıkarılan Yönetmelik hükmünün, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tanıdığı bu imtiyazın hukukî gerekçesi tam olarak belirtilememekte ve bu hâliyle hüküm gerek Anayasa'nın 36. maddesini gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlâl etmektedir. Bugüne kadar, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü tespit edilememiştir (Bkz. Ek Tablo). Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil eden bu düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle iptal edilmesi hukuk devletinin bir gereğidir. Söz konusu düzenleme mevcut olduğu sürece, iç hukuk kanun yolları tüketilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkına dayanılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânı her zaman için mümkün olacaktır¹⁷⁰.

olmadan takip başlatma imkânı bulunan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na bu şekilde bir imtiyaz tanınmasının, aynı imkânın kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip alacaklısına da tanınmasının nedenleri farklı esaslara dayanmaktadır.

¹⁶⁹ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Arar*, s. 137; *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 165; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 54; *Postacıoğlu*, s. 145; *Kuru*, C. 1, s. 274; *Muşul*, s. 267; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 104; *Kuru*, El Kitabı, s. 215; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 155; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 47.

¹⁷⁰ Menfaat dengesinin ihlâline karşı bir başvuru imkânı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, III, D.

Ayrıca, kanun yapma faaliyetinin yasama gücünün kullanılmasıyla ilgili olduğunun gözardı edilerek, kanun yapma tekniği açısından da bu düzenlemenin hukuka aykırılıklar taşıdığını belirtmek istiyoruz. Zira Bankacılık Kanunu'nun 138. maddesinde belirtilmemiş olmasına rağmen, madde gerekçesinde “...*Fonun kamu adına tesis ettiği işlemlerin güvencesi olarak, Fona ait mal, hak ve alacakların haczedilemeyeceği*”nin belirtildiği ifade edilmiştir¹⁷¹. Oysa, kanun metninde bu şekilde bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Bu durumda, böyle bir düzenlemenin, Kanun'da yer almadan sadece Gerekçe'de ifade edilerek hukuk uygulamasına dahil edilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Üçüncü olarak Fon'un, ihâlelere teminat göstermeksizin katılabilmesini öngören Bankacılık Kanunu'nun 138. maddesinin üçüncü fıkrasının, anayasal eşitlik ilkesi (Ay m. 10) çerçevesinde ve diğer alacaklılar aleyhine olmak üzere menfaat dengesini bozduğunu ifade etmek mümkündür. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nu teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutan bir diğer düzenleme de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 138. maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Bu hüküm uyarınca; “*Fonun alacaklısı olduğu icra dosyalarında Fona ödenmesi gerken satış bedelleri sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin teminatsız olarak ödenir*” (BankK m. 138/IV). Maddenin gerekçesi de, madde metnini aynen tekrarlamaktadır¹⁷².

İcra ve İflâs Kanunu sistemine göre, hacizden sonra paraların paylaşılması aşamasına geçilir; alacaklı birden fazla ve satış sonunda elde edilen para, alacaklıların tümünü karşılamıyorsa bir sıra cetveli düzenlenir. Bu sıra cetveline, borçludan alacağı olan tüm alacaklılar belirli bir sıra içerisinde (bkz. İİK m. 206) yazılır. İlgililer, sıra cetvelinde kendi sıralarına veya diğer bir alacaklı veya alacaklıların sıralarına itirazda bulunabilirler. Bu itirazı ise, duruma göre icra mahkemesi şikâyet neticesinde veya genel mahkemeler dava neticesinde sonuca bağlarlar. Bu çerçevede ancak, sıra cetveli hakkında yapılan itiraz sonuca bağlandıktan sonra ve sıra cetvelinin kesinleşmesiyle birlikte, icra dairesi alacaklılara ödeme yapabilecektir¹⁷³.

¹⁷¹ Bu konuda bkz. *Taşdelen S.*, s. 1138; *Reisoğlu*, Şerh, s. 1559.

¹⁷² Bu hüküm, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda da yer almaktaydı. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na, 5020 sayılı Kanun değişikliği (m. 15/9-e maddesi) ile eklenen bu hüküm, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na da aynen aktarılmıştır.

¹⁷³ Bu durum, alacaklılar arasında eşitliğin korunması gereğinin bir sonucudur. Dolayısıyla, hüküm dayanağını Anayasa'nın eşitlik ilkesinden (Ay m. 10) almaktadır. Zira İcra ve İflâs

İcra ve İflâs Kanunu'nun 142a hükmü ise, alacaklıların menfaatlerini düşünerek bu konuda bir istisna getirmiştir. Bu istisnaî hükme göre, sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek payına düşen meblağı tahsil edebilir. Kanun koyucu burada, bir alacaklının menfaatini gözetirken diğer alacaklıların da güvencesiz bırakılmasına cevaz vermemiştir. Teminat, İcra ve İflâs Kanunu içerisinde gerek alacaklı ile borçlu gerekse birden fazla alacaklı arasındaki menfaatleri dengeleyen önemli araçlardan bir tanesidir¹⁷⁴. Buna karşın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ise, her iki düzenlemede de teminat gösterme zorunluluğundan muaf tutulmasının hukukî bir gerekçesi belirtilmemektedir. Bu sebeple, söz konusu hükümlerle İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen teminat gösterme zorunluluğundan Fon'un muaf tutulması, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesini (Ay m. 10) ve alacaklılar arasındaki menfaat dengesini de Fon lehine bozmaktadır.

3. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Kanunu Hükümlerine Göre Tahsil Yetkisi

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi Bankacılık Kanunu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak takiplerde, bu Kanun'u aşan "*olağanüstü istisnaî yetkilerle*"¹⁷⁵ donatmıştır. Bu yetkilere ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, Fon'un 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edeceği alacaklarının belli başlı olanlarını belirtmek gerekir. Öncelikle, Bankacılık Kanunu'nun 108. maddesinin birinci fıkrası, temel olarak Fon'un hangi tür alacaklarının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre tahsil edileceğini belirtmiştir (bkz. BankK m. 108/I). Bu hükme göre 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilecek alacakların başında, faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devredilen bankaların hâkim ortakları ile yöneticilerinden olan alacaklar yer almaktadır (BankK m. 132/III). Bunun yanı sıra Kanun'un 130.

Kanunu, sadece alacaklı ile borçlu arasındaki eşitliğin sağlanmasıyla ilgilenmez; bunun yanı sıra, alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması da menfaat dengesinin bir sonucu olarak İcra ve İflâs Kanunu açısından önem arz eder.

¹⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. aşa. II. Bölüm, § 7, III.

¹⁷⁵ *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 62.

maddesinde belirtilen Fon'un gelirleri de yine 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilecektir (*ayrıca bkz. BankK m. 132/IV; 135*).

Öncelikle Fon, 6183 sayılı Kanun'a göre yapacağı icra takiplerinde, bu Kanun'un tahsil dairelerine tanımış olduğu tüm yetkilere sahiptir (BankK m. 132/III). Bu çerçevede Fon'un, 6183 sayılı Kanun'undan aldığı en önemli yetkiler arasında borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı verebilmesini (BankK m. 134/XVI; Bank. Yön. m. 29'un atfı ile AATUHK m. 13) göstermek mümkündür¹⁷⁶. Zira Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, kendisine tanınan bu yetki ile yargısal bir karar olan ihtiyatî haciz kararı verebilmektedir¹⁷⁷. Oysa, daha önce kamu idarelerinin vermeye yetkili olduğu ihtiyatî haciz kararlarından söz ederken de belirttiğimiz üzere, bir işlemin yargısal bir faaliyet olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Bu durumda ise, yargı organı yani mahkeme niteliğinde olmayan bir organın yaptığı faaliyet, bir yargı faaliyetine benzetilse dahi, kesinlikle devletin yargı fonksiyonuna dahil yapılan bir işlem olarak kabul edilemez. Yani, idarî makamların hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözüme ve karara bağlama yolundaki faaliyetlerinin *-bu faaliyetler iddia, tespit ve müeyyide aşamalarını içerseler dahi-*, yargı fonksiyonu olarak kabul edilmesi mümkün değildir^{178, 179}.

¹⁷⁶ *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 63.

¹⁷⁷ Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un, idarenin borçlu aleyhine keyfi bir şekilde ihtiyatî hacze karar verebilmesine imkân tanıyan 13. maddesi hakkındaki açıklamalar için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, C.

¹⁷⁸ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 32, 488-489, 522.

¹⁷⁹ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu üyelerinin bağımsızlıkları Bankacılık Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda belirtmiş olduğumuz açıklamalar karşısında, Anayasa'nın yargı organları arasında saymadığı bağımsız idarî kurumlardan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun üyelerinin bağımsız olması zorunluluğu, kesinlikle Fon'un verdiği kararları ve yaptığı işlemleri yargısal bir karar hâline dönüştürmemektedir (*Gözler*, İdare Hukuku, C. I, s. 34, 488-489, 522).

Nitekim *Gözler*'in bağımsız idarî kurumlardan Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu ve RTÜK için belirtmiş olduğu şu ifadeler Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu için de aynen geçerlidir: "*Hukukî uyumsuzluklar veya hukuka aykırılık iddiaları, bağımsızlık niteliğine sahip organlarca çözümlense bile bunların verdiği kararlar kesin hüküm oluşturuyorsa, bunların faaliyetleri yargı fonksiyonu olarak nitelendirilemez. Örneğin Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, RTÜK gibi bağımsız idarî otoritelerin durumu böyledir. Gerçekten de bu Kurulların üyeleri belli ölçüde bağımsızlık niteliğine sahiptir. Keza bu kurulların tarafsızlığını sağlayıcı usûller de vardır. Dahası bu kurullar maddî açıdan tamamıyla yargı fonksiyonuna benzer bir fonksiyon ifa etmektedirler. Bir hukuka aykırılık iddiasını dinlemekte, bu iddianın gerçekliğini araştırmakta ve daha sonra da müeyyide uygulanıp uygulanmamasına karar*

Birinci bölümde ele aldığımız Anayasa'nın bağlayıcılığı (Ay m. 11) sebebiyle, idarenin hizmet yönünden yerinden yönetim birimlerinden olan idarî bağımsız kurumlar da, Anayasa'ya aykırı bir işlemde bulunamaz¹⁸⁰. Daha önce de belirttiğimiz üzere, idarenin Anayasa'ya aykırı bir işlem yapması durumunda, bu işlem idare mahkemeleri tarafından iptal edilecektir¹⁸¹. Bu durumda, yasama organının koymuş olduğu bir Kanun ile devletin idarî teşkilatlarından birine Anayasa'ya aykırı birtakım yetkiler tanınması, bu işlemleri meşru hâle getirmemektedir. Zira, Anayasa'nın bağlayıcılığı gerek yasamayı gerekse yürütmeyi bağlamaktadır (Ay m. 11). Bu durumda kanun koyucunun, Bankacılık Kanunu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na yargısal nitelikte karar verme yetkisi tanınması, bu yetkinin kaynağını meşrulaştırmamaktadır¹⁸².

Daha önce kamu idarelerinin verdiği ihtiyatî haciz kararlarından bahsederken de belirttiğimiz üzere, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na bu yetki, yasama organının yapmış olduğu bir Kanun ile verilmemiş olsaydı, hiç şüphesiz Fon'un ihtiyatî haciz kararı vermesi, aynı mahallin en büyük idarî âmirinin verdiği ihtiyatî haciz kararı gibi bir “fonksiyon (görev-işlev) gaspı” sayılacaktı. Zira, idarî makamlarının, yargı organlarının yetki sahasına giren bir konuda işlem tesis etmesi mümkün değildir¹⁸³. Bu durumun yol açtığı fonksiyon gaspı ise, idare hukuku öğretisinde çok ciddî bir ihlâl olarak görülmekte ve bu sakatlığın müeyyidesi “yokluk” olarak kabul edilmektedir¹⁸⁴. Normal şartlar altında, fonksiyon gaspı olarak

vermektedirler. Hatta bu Kurulların çalışma usûlleri de büyük ölçüde mahkemelerin yargılama usûllerine benzemektedir. Ne var ki tüm bu özelliklere rağmen bağımsız idarî otoritelerin faaliyetleri bir yargı fonksiyonu, kararları bir yargı kararı olarak nitelendirilemez.” (Gözler, Anayasa Hukuku, s. 834-835).

¹⁸⁰ Anayasa'nın bağlayıcılığının devletin idarî faaliyetlerindeki tezahür şekilleri hakkında bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 32-34; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I., s. 72.

¹⁸¹ *Gözübüyük/Tan*, s. 39; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I., s. 72, 489; *Demir*, s. 56-57.

¹⁸² Zira, bu faaliyeti ile yasama organı Anayasa'ya aykırı davranmakta ve yargısal karar verme yetkisi olmayan, mahkeme niteliğinde bulunmayan bir idarî kuruluşa ancak mahkemelerin verebileceği nitelikte kararlar verme yetkisi tanımaktadır. Zira gerek yasama organının gerekse yürütme organının kendi sorumluluk alanında ve diğer güçler ile uyum içinde görevlerini yerine getirmesi toplumsal düzenin ve huzurun da temel şartıdır (*Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 119).

¹⁸³ *Gözler*, İdare Hukuku, C. I., s. 692. Ayrıca bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 390.

¹⁸⁴ *Gözübüyük/Tan*, s. 390; *Gözler*, İdare Hukuku, C. I., s. 695, 889; *Günday*, s. 153. Zira, böyle bir idarî karar hukuk âleminde hiç bir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır (*Gözler*, İdare Hukuku, C. I., s. 695, 889. Ayrıca bkz. *Özkes*, Yok Hüküm, s. 670; *Gözübüyük/Tan*, s. 391;

nitelendirilebilecek ve hukuk âleminde hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacak olan bir “*idarî*” işlemin, temelini Anayasa’ya aykırı olan bir yasama faaliyetinden alması, Fon’a tanınan bu yetkiyi Anayasa’ya ve hukuka uygun hâle getirmemektedir. Bu açıdan kendisine ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi tanınan Fon’un vermiş olduğu bu kararlar, Anayasa’ya, hukuka ve kuvvetler ayrılığı sistemine aykırıdır.

Bunun yanı sıra, kanun koyucunun “*yasa koyma gücüne dayanılarak*” konulan Anayasa’ya aykırı bir kanun hükmünün, bu nitelik kendisine bahşedilmemiş olsaydı, hukuk âleminde hiç bir sonuç doğurmayacak kadar ağır bir müeyyide ile karşılaacağı düşünüldüğünde, bir çok borçlu lehine ihtiyatî hacze karar veren Fon’un bu yetkisinin, hukukî güvenlik ilkesini zedelemekte olduğu da açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, idarenin kanuna da dayansa bu yetkileri kullanırken çok titiz davranması, özellikle mutlak ve açık bir gerekçe olmadan bu yetkileri kullanmaması, yetkinin sınırlarını zorlamaması; yargı organlarının da bu işlemleri denetlerken, aslında kendi yetkisini kullanan bir idarî organın işlemini denetlediği bilinci ile hareket ederek, idarenin işlem tesisi ve sınırlarını iyi denetlemesi ve bu denetimi de katı bir şekilde yapması yerinde olacaktır.

Belirttiğimiz bu hususların dışında, Bankacılık Kanunu ile düzenlenen cebrî icra usûlünün, cebrî icra sistemimizin benimsemiş olduğu temel esaslara aykırılıklar taşıdığı konusunda da birtakım şüpheler bulunmaktadır. Zira, Bankacılık Kanunu ve ilgili Yönetmelik incelendiğinde, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’a göre yaptığı takiplerde, tamamen kendi görevlileri eliyle yürütülen bir cebrî icra usûlünü benimsemiş olduğunu görmekteyiz. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’na göre yapacağı takiplerde tahsil dairesi olarak *Tahsilat Daire Başkanlığı* görev yapmaktadır (Bank. Yön. m. 17). Tahsil dairesi olarak görev yapan bu organların, açıkça “*Fon personeli*” ve “*Fon tarafından görevlendirilen avukatlar*” olduğu Yönetmelik’in “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinde belirtilmektedir. Bu takip sürecinde haciz işlemini de Tahsilat Daire Başkanlığı tarafından

Günday, s. 153). Bu durumda, verilen karar şeklen mevcut gibi görünmekte; ancak dış âleminde hüküm doğurabilmesi için aranan nitelikler bulunmamaktadır (*Özkes*, Yok Hüküm, s. 671).

Ayrıca Anayasa’nın 9. maddesine göre, mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organın verdiği kararın yok hüküm niteliğinde olduğu; bu anlamda hukuk âleminde herhangi bir sonuç doğurmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. *Özkes*, Yok Hüküm, s. 672 vd.

görevlendirilen Fon personeli yürütecektir (Bank. Yön. m. 23/II). Yine haczin ardından yapılacak satış işlemi de, Fon görevlileri tarafından gerçekleştirilecektir (Bank. Yön. m. 32). Hatta Yönetmelik'in 30. maddesinde haciz, ihtiyatî haciz ve diğer takip işlemlerinin uygulanması amacıyla ihtiyaç duyulduğunda, Fon'un sözleşmeli avukatlarının veya "diğer kişi veya kurumların" işlem yapmaya yetkili oldukları belirtilmiştir (Bank. Yön. 30). Burada diğer kişi veya kurumların kim olduğu belirsizdir. Oysa cebrî icra faaliyetini yürütme, ihkak-ı hakkın yasak olması sebebiyle mutlak olarak devletin egemenliğindedir. Bunun yanı sıra, bu durumda menfaatleri dengeleme yükümlülüğü bulunan tahsil organının, tarafsızlığı ve objektifliği konusunda birtakım şüpheler uyanabilmektedir. Zira, alacaklı ile borçlu arasında bir takip prosedüründe doğal bir menfaat çatışması olduğunu belirlemiştik. Bu durum karşısında, alacaklı tahsil organının bu yükümlülüğü yerine getirmesi birtakım hukuka aykırılıkları da beraberinde getirebilir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre tahsil yetkisine sahip olduğu icra takiplerinde, borçlular hakkında yurt dışına çıkış yasağı talep edebilir; bunun da ötesinde, yurt dışına çıkış yasağı uygulanacak alacak limitleri ve konuyla ilgili düzenleme yapma yetkilerini kendisinde barındırır (BankK m. 132/XIII; Bank. Yön. m. 28). Borç için yurt dışına çıkış yasağı verilmesinin, Anayasa'nın temel bir hak olarak düzenlediği seyahat özgürlüğüne aykırı olduğu; Anayasa'nın 23. maddesindeki özel sınırlama sebeplerinin, borcun ödenmemesi durumunu kapsamadığını ilk bölümde yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik¹⁸⁵. Bu noktada, zaten Anayasa'nın benimsemiş olduğu esaslara aykırı olarak borçlunun temel hakkına yapılan bu müdahalenin, bir de alacaklının takdirine bırakılması hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmayacaktır.

Ayrıca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'dan aldığı bir başka yetki de, ihâleye katılarak pey sürme imkânını tanıyan Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesinin yedinci fıkrasıdır. Bu hükme göre Fon, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunu'na göre yapacağı icra takiplerinde ihâleye katılarak pey sürmeye ve *alacağına mahsuben*

¹⁸⁵ Bkz. yuk. § 4, I, Ç, 2, f.

ihâleden mal, hak ve alacakları satın almaya yetkilidir (BankK m. 132/VII)¹⁸⁶. Bu durumda ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bir yandan yetkili organları vasıtasıyla satış işlemlerini gerçekleştirmekte; diğer yandan da bu ihâleye alıcı sıfatıyla katılabilmektedir. O hâlde Fon, kendi alacağından doğan bir takip prosedüründe *alacaklı* sıfatıyla birlikte hem *tahsil organı*, hem de *alıcı* konumuna geçebilmektedir. Bu durumda ise, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesinin zedelenmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira bu sıfatları aynı anda bünyesinde barındıran bir alacaklının, menfaatleri dengeleme konusunda gerçekten de tarafsız ve objektif olacağını ifade etmek çok gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Kaldı ki, Bankacılık Kanunu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na verilen bu yetkilerin, temel sebeplerini de göz önüne aldığımızda, bu konuda gerçekten de objektif ve tarafsız bir şekilde borçlunun menfaatlerinin de göz önüne alınması oldukça uzak görünmektedir. Dolayısıyla bu durum, aynı zamanda menfaat dengesini alacaklı Fon lehine de oldukça bozmaktadır¹⁸⁷.

Bu çerçevede yaptığımız açıklamalar göstermektedir ki Bankacılık Kanunu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na alacaklarının tahsili için gerek 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nu gerek 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkındaki Kanunu'nu ve gerekse her iki Kanun'da da bulunmayan ve bunları aşan nitelikte birtakım yetkilerle donatılmış durumdadır. Menfaat dengesi açısından son derece tehlike arz edebilecek olan bu yetkiler, bundan sonraki başlık altında ayrıca değerlendirilecektir. Ancak burada özellikle belirtmek istiyoruz ki, Bankacılık Kanunu'nun Fon'a vermiş olduğu bu yetkilerin önemli bir kısmı, icra hukukunun benimsemiş olduğu temel sistemden sapma göstermektedir. Hatta bu düzenlemelerin içerdiği yetkiler, Roma cibrî icra usûllerinde uygulanmış olan ihkak-ı hak yetkisinin sınırlarını zorlayabilecek niteliktedir.

¹⁸⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Pekcanitez/Erdönmez*, s. 35.

¹⁸⁷ Fon'un gerçekleştirdiği satış işleminin alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini ne kadar ağır bir şekilde ihlâl edildiği hakkındaki açıklamalar için bkz. *Atalay*, Kredi Kurumları, s. 63.

4. Bankacılık Kanunu'nun, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na Alacaklarının Tahsiline İlişkin Tanımış Olduğu Yetkilerin Değerlendirilmesi

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu ile gerek 2004 sayılı Kanun'un gerekse 6183 sayılı Kanun'un alacaklıya tanımış olduğu yetkileri aşan yetkilerle donatılmıştır¹⁸⁸. Bu yetkilerle esasında söz konusu Kanun, istisnaî nitelikli bir kanun hâlini almıştır. Zira bu Kanun ile Fon, özellikle 6183 sayılı Kanun'a göre yapacağı icra takiplerinde belirli kişileri borçlu olarak addetmekte; gerektiğinde ihtiyatî haciz kararı verebilmekte; onlar aleyhine ve kendi lehine olarak değiştirdiği ispat ve yargılama kuralları getirmekte; borçlunun mallarını kendi görevlendirdiği kişilerce haczettirmekte, satmakta yani, neredeyse bizzat ihkak-ı hak eylemektedir. Bunun yanı sıra Fon'un, tüzel kişilerin kanunî temsilcileri ile borçlu ve borçla ilgili diğer ilgililerin yurt dışına çıkmasını yasaklama yetkisi de bulunmaktadır (Bank. Yön. 38/I, ç). Fon, tüm bu işlemleri gerçekleştirirken de idarî bağımsız bir otorite olarak “*yürütme organı*” sıfatı ile hareket etmektedir. Ancak, bu yetkilerle birlikte Fon'un sadece bir yürütme organı olmadığı; bunun yanı sıra, alacaklı, mahkeme, tahsil organı sıfatlarının tümünü de kendisinde topladığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde, Anayasamızın temel aldığı “*kuvvetler ayrılığı*” teorisi zedelenmekte; Anayasa'nın, kişilere tanımış olduğu eşitlik ilkesi, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı, kişi dokunulmazlığı gibi temel haklar ihlâl tehlikesi altına girmekte; tahsil prosedüründeki menfaat dengesi de Fon'un lehine bozulmaktadır. Bu durumda ise, alacaklı Fon'un aynı zamanda yürütme, yargı, tahsil organlarının tümünü temsil etmesi “*hukuk devleti*” kavramının zedelenmesine de sebebiyet verebilmektedir. Bunun yanı sıra, Fon'un taraf olduğu tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası şartı aranmaması, alacaklılar arasında eşitlik ilkesini bozmaktadır.

Bankacılık Kanunu'nun hazırlanması sırasında, Fon'a tanınan tahsil yetkileri birtakım eleştirilere uğramışsa da, söz konusu bu Kanun'un adetâ bir “*sıkıyönetim*” kanunu olarak hazırlandığı iddia edilerek¹⁸⁹ itirazlar bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Ancak bir kanun, hangi koşullarda ve hangi ihtiyaçlara cevaben hazırlanmış olursa

¹⁸⁸ Atalay, Kredi Kurumları, s. 62.

¹⁸⁹ Bu konuda bkz. Üstündağ, İcra Hukukunun Dünü ve Bugünü, s. 29-30.

olsun kişilerin, hak ve özgürlüklerini Bankacılık Kanunu'nun düzenlemiş olduğu şekilde ihlâl tehlikesi altında bırakmamalıdır. Hiç şüphesiz bu Kanun belirli amaçlara hizmet edilmesi ve özellikle de kamu menfaatinin korunması amacıyla hazırlanarak kabul edilmiştir. Ancak her ne kadar bu Kanun kamu menfaatine hizmet etme amacıyla olsa da, birtakım organlara Anayasa'nın, hukuk devletinin gereklerini aşan birtakım yetkiler tanınması hem kişilerin keyfî bir şekilde cebrî icra tehdidi altında kalmasına sebebiyet verir hem de hukukî güvenliği zedeler. Birinci bölümde özel olarak üzerinde durduğumuz üzere, kanunlar soyut ve genel olarak hazırlanırlar. Bu çerçevede kamu menfaatine hizmet etmek için düzenlenmiş olsalar dahi, Bankacılık Kanunu'nun Fon'a tanıdığı yetkiler, anayasal sınırları zorlamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesi karşısında, yukarıda belirttiğimiz üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin, Anayasa'nın sözüne, ruhuna aykırı olan ve ölçülülük ilkesine uymayan hükümlerle işlevsiz bırakılması hukuka aykırılık teşkil edecektir (bkz. Ay m. 12, 13). Anayasa'nın üstünlüğü karşısında, Anayasa'ya aykırı kanunî düzenlemelerle kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin özlerine dokunulması mümkün değildir (bkz. Ay m. 11). Kaldı ki, yukarıda belirtmiş olduğumuz anayasal ihlâllerin önemli bir kısmı eşitlik ilkesi (Ay m. 10) ile âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36) aykırılık teşkil etmektedir. Âdil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi, bu hakkı sınırlandırabilecek özel bir sebep öngörmemiştir.

Anayasa'ya aykırılık tehlikesini yaratan Bankacılık Kanunu hükümleri aynı zamanda, uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlâl etmektedir. Bankacılık Kanunu'nun bu hükümleri karşısında, Türkiye Cumhuriyeti'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından büyük tazminatlara mahkûm edilmesi kaçınılmaz bir durumdur¹⁹⁰.

Yukarıda temel esaslarıyla ele aldığımız üzere, Bankacılık Kanunu'nun Fon'a alacakların tahsil ve takibi prosedüründe tanımış olduğu yetkiler, eşitlik ilkesine aykırıdır (bkz. Ay m. 10). Dolayısıyla, tarafları arasında eşitliğin bulunmadığı bir takip sürecinde, alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesinin bulunduğu söz etmek de mümkün olmayacaktır. Bu gereklilik, borçlunun subjektif durumu ve konumu ne olursa olsun herkese kendisini savunma imkânının tanınması gereğini

¹⁹⁰ *Pekcanitez*'in bu görüşü hakkında bkz. Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (8 Haziran 2007), II. Oturum Tartışmalar, s. 81.

içeren âdil yargılanma hakkının da doğurduğu bir sonuç, bir temel haktır. Bu durum karşısında ise, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar da esasında ihlâlin ağırlık derecesini ortaya koymaktadır. Kanun'un, taraflar arasındaki menfaat dengesinin yanı sıra, kişi dokumalmazlığını (Ay m. 17), mülkiyet hakkını (Ay m. 35) da hangi ölçüde ihlâl ettiği şüphe götürür. Yine bu çerçevede, söz konusu düzenlemelerle borçlunun yanı sıra, üçüncü kişilerin de mülkiyet hakları (Ay m. 35) ile hak arama özgürlükleri (Ay m. 36) ihlâl tehlikesi altındadır.

Tüm bu açıklamalarımız karşısında, esasında konunun son derece kapsamlı olduğu da ortaya çıkmaktadır. Ancak biz yukarıda yaptığımız açıklamalarda, olabildiğince bu çalışmanın boyutları ile sınırlı kalarak Bankacılık Kanunu'nun Fon'a tanımış olduğu yetkileri, menfaat dengesi karşısında kuvvetler ayrılığı esası, hukuk devleti, anayasal ilke ve esaslar çerçevesinde değerlendirmeye çalıştık. Tüm bu tespitler ise, öğretilerdeki "*takip ve tahsil usûllerinin tek bir kanun altında toplanması gereği görüşü*"nün¹⁹¹ haklılığını açıkça ortaya koymaktadır.

D. Diğer Alacaklılar

İcra ve İflâs Kanunu dışındaki bazı kanunlarda da alacaklıların menfaatleri lehine getirilen birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Bu şekilde birtakım özel düzenlemeler getirilmesinin gerekçesi, alacaklının içinde bulunduğu hukukî statüdür. Bu düzenlemelerde de önem arzeden husus, söz konusu düzenlemelerde gözetilen menfaat dengesinin özellikle ölçülülük ilkesine ve diğer bazı temel ilke ve kurallara uygun olup olmadığıdır.

Öncelikle Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. maddesinde, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tanınan olağanüstü hak ve yetkiler, kamu bankalarına da tanınmaktadır¹⁹². Maddede belirtilen kamu bankaları ise, düzenlemede "*Sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda (Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş. dahil)*" şeklinde belirlenmiştir. Bu kapsamda kabul edilen kamu bankaları,

¹⁹¹ Bkz. **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 105-106.

¹⁹² **Reisoğlu**, Şerh, C. 2, s. 1800.

Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. maddesinde belirtilen türden alacakları için Bankacılık Kanunu'nun 123, 134, 136, 137, 138, 140, 142 ve 165. maddelerini kıyasen ve işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulayabilecektir¹⁹³. Bu çerçevede kamu bankalarına tanınan imtiyazlar arasında (i) tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası şartı aranmaması ve (ii) tüzel kişilerin kanunî temsilcileri ile borçlu ve borçla ilgili diğer ilgililerin yurtdışına çıkmasını yasaklama yetkisi bulunmaktadır¹⁹⁴.

Birtakım özel kanunlarda korunan alacaklı gruplarına Türk Ticaret Kanunu'ndan örnekler vermek mümkündür. Zira gemi alacaklısı hakkı sahibi, Türk Ticaret Kanunu'nda özel birtakım hak ve yetkilere sahiptir¹⁹⁵. Gemi alacaklılarının bu şekilde imtiyazlı kabul edilmesinin temelinde, rehin alacaklısı olarak karşılığında sınırlı sorumlu olan donatanın yer almasıdır. Zira rehin alacaklısı, donatanın tüm malvarlığına değil; ancak gemi ve navlundan oluşan deniz servetine müracaat etme imkânına sahiptir. Bu durumdaysa sınırlı aynî sorumluluk sisteminin uygulanmasında, alacaklı aleyhine bozulan dengeyi tekrar sağlamak, alacakların deniz servetinden tahsil edilmesini kolaylaştırmak ve geminin sefer sırasında kredi ihtiyacının karşılanmasını kolaylaştırmak gibi sebepler dikkate alınarak, gemi alacaklısı hakkı olarak ifade edilen kanunî rehin hakkı tesis edilmiştir¹⁹⁶.

Bunun dışında özellikle Türk Medenî Kanunu'nda özellikle aile hukukunda, bazı alacaklılara özel imkânlar sağlayan hükümler mevcuttur. Türk Medenî Kanunu'nda, eşlerin evlilik birliğini temsili nedeniyle yaptıkları borçlar için icra hukukunda sonuç doğuran önemli bazı hükümler vardır. Türk Medenî Kanunu'nun "Eşlerin Temsil Yetkisi" başlığını taşıyan 188. maddesinde, eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil ettiği belirlenmiş ve ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden birinin, ancak Kanun'da belirlenen hâllerde birliği temsil edebileceği belirtilmiştir. Bu hükmü takiben, Kanun'da, birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşlerin üçüncü kişilere karşı

¹⁹³ *Alıcı*, s. 1320.

¹⁹⁴ *Reisoğlu*, Şerh, C. 2, s. 1801.

¹⁹⁵ Gemi alacaklarının tahsilinde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Türkel*, s. 37 vd.

¹⁹⁶ *Türkel*, s. 283. Gemi alacaklısı hakkının paraya çevrilmesinde, bu hakkın tanıdığı birtakım yetkiler ile bu yetkilerin menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. *Türkel*, s. 37 vd.

müteselsilen sorumlu olacağı (TMK m. 189) belirtilerek, 188. madde hükmünde belirtilen temsil yetkisi içerisinde yapılan işlemlerden eşlerin her ikisinin de sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, evlilik birliğinin temsili için yapılan işlemler açısından, alacaklının durumu büyük ölçüde güçlenmiş; söz konusu hükümler, alacaklının menfaatlerini koruyan bir hâle dönüşmüştür. Zira bu hükümlerin ortaya çıkardığı sonuçlar, alacaklının, evlilik birliğini temsil için yapılmış olan işlemlerde, işlemi yapan eş ile birlikte diğer eşe de takip yapabilmesi ve diğer eşin de, kişisel mal varlığı dahil tüm mal varlığı ile alacaklıya karşı sorumlu olmasıdır^{197, 198}. Oysa icra hukukunda, kural olarak, sadece alacaklı ile hukukî işlemde bulunan ve dolayısıyla, o hukukî işlemde “borçlu” konumunda olan kişiye karşı takip yapılabilmektedir. Türk Medenî Kanunu’ndaki bu hüküm, alacaklının, takip sürecinde menfaatlerini korumak amacıyla getirilen hukukî ilişkide bulunan borçlu dışında üçüncü kişilere de takibin sirayet edebileceği istisnâ hükümlere örnektir.

Türk Medenî Kanunu’nun, alacaklının menfaatlerini korumayı amaçlayan başka bir hükmü de, Kanun’un 210. maddesidir. Bu hükme göre, mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklının, haczin uygulanmasından zarara uğraması hâlinde, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır¹⁹⁹. Bu hüküm, tamamıyla alacaklının alacağını tahsil edebilmesine yönelik olarak mal ortaklığı rejiminin eşler açısından getirdiği elbirliği mülkiyetinin çözülmesi suretiyle, borçlu eşe düşecek malların belirlenerek

¹⁹⁷ **Konuralp/Tercan**, s. 52.

¹⁹⁸ Ayrıca, **Konuralp** ve **Tercan**’ın belirttiği üzere, alacaklının yapacağı bu takipte, işlemi yapan eş ile diğer eş ihtiyarî takip arkadaşı olacaklarından, eşlerin ortak konutundaki eşyaların haczinden sonra, diğer eşin *-kendisi de söz konusu takipte borçlu konumunda olacağından-* istihkak iddiaları da söz konusu olamayacaktır (**Konuralp/Tercan**, s. 52).

¹⁹⁹ Öğretide, bu hüküm, “zarara uğrama” kavramının belirsiz olduğu ve “zararın ispatı”nın ne şekilde yapılacağına belirsiz olması yönleriyle eleştirilmiştir (**Konuralp/Tercan**, s. 64). **Konuralp** ve **Tercan**, hükümdeki bu belirsizliklerin şu şekilde çözümlenebileceğini belirtmişlerdir: “Zararın, kanaatimizce, alacaklının, borçlu eşin mal ortaklığındaki el birliği mülkiyetine tabi mallardaki hissesini haczettirerek satması ile elde edebileceği menfaat (ulaşılacak ödeme miktarı) ile bu rejim dışına çıkılarak borçlu eşin özel mülkiyetine geçecek malların haczi sonucu yapılacak satıştan elde edilecek menfaat arasındaki fark şeklinde anlaşılması gerekir.” (**Konuralp/Tercan**, s. 64).

alacaklının hisseli olmayan borçlu eşin mallarının haczedilerek satılabilmesini mümkün kılan bir düzenlemedir²⁰⁰.

Yine Türk Medenî Kanunu'nun 213. maddesine göre, mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakmaz. Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir. Bu hüküm de, alacaklıların, alacağını tahsil menfaatine yönelik olarak mal rejiminde meydana gelecek bir değişiklikten, olumsuz yönde etkilenmemelerini amaçlamaktadır²⁰¹.

II. BORÇLU BAKIMINDAN

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda, alacaklının menfaat dengesinde sahip olduğu konumu çeşitli alacaklı gruplarına göre ayrı ayrı incelemeye çalıştık. Bu konuda yaptığımız açıklamalar, şüphesiz borçlunun da menfaat dengesinde sahip olduğu konumu da ortaya koymuştur. Zira çoğunlukla, takip prosedüründeki çatışan menfaatlerin bir yanında alacaklı diğer yanında da borçlu bulunmaktadır. Dolayısıyla, alacaklı bakımından menfaat dengesinin kapsamını belirlerken, açıklamalarımızın diğer boyutu da borçluyu konu almaktaydı. Ancak, burada özellikle bazı kanunlarda özel olarak koruma altına alınan borçlu gruplarını belirtmek istiyoruz. Örneğin, İş Kanunu'nun 35. maddesine göre işçinin maaşının, en fazla dörtte biri haczedilebilecektir (İş K. m. 35).

Ayrıca belirtmek isteriz ki Bankacılık Kanunu'nun 106. maddesi, yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na geçen bankaların borçlu olduğu

²⁰⁰ **Konuralp/Tercan**, s. 64.

²⁰¹ **Konuralp/Tercan**, s. 64. Alacaklıların menfaatlerini korumaya yönelik bu hükmün getirdikleri **Konuralp** ve **Tercan** tarafından şu ifadelerle belirlenmiştir: “Eşler arasındaki mal rejimi değişikliğinden etkilenerek, bazı malların diğer eşin mülkiyetine geçmesi durumunda, daha önce borçlu olan eşten ya da ortaklıktan alacaklı olan ve devra konu eşya üzerinden alacağını tahsil imkânı bulunan kişiler, yeni malik olan diğer eşe karşı sadece yeni iktisap ettiği malları (gerekirse iptal davası yoluyla) haczettirmek değil; bundan çok daha etkili olarak, yeni malik eşe karşı da icra takibi yaparak alacaklarını tahsil imkânına kavuşmuşlardır. Zira, maddî hukuk bakımından artık, yeni malik olan diğer eş de borçtan şahsen sorumludur.” (**Konuralp/Tercan**, s. 65).

takiplerin akıbetini belirtmiştir. Bu düzenlemeye göre, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasının ardından, izni kaldırılan banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dahil her türlü icra takibi duracak ve yeni icra takibi yapılamayacaktır (BankK m. 106/II). Bankacılık Kanunu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na, aynı Fon’un alacaklı olması durumunda sağlanan imtiyazlar gibi, Fon’a diğer alacaklılara nazaran bu şekilde imtiyazlar tanınması kanaatimizce hukuka aykırıdır²⁰².

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN

Üçüncü kişiler açısından menfaat dengesinin kapsamı, kural olarak üçüncü kişinin sahip olduğu sığata veya konuma göre değişmemektedir. Zira her takip türünde veya cebrî icra usûllerini düzenleyen çeşitli kanunlarda, üçüncü kişilerin sıfatının veya bulunduğu konumun menfaat dengesi bakımından farklı bir uygulama alanı bulunmamaktadır. Ancak alacaklı veya borçlunun sıfat ve konumunda kendisine imtiyaz tanınan bir durumun varlığı hâlinde, bu imtiyaz çoğunlukla takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine olumsuz bir şekilde sirayet etmektedir. Nitekim buraya kadar özellikle alacaklının kredi kurumu, kamu idareleri, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu olması gibi durumlarda üçüncü kişilerin de durumunun ağırlaştığını tespit ettik. Bunun tam tersine, yani üçüncü kişinin örneğin bir kredi kurumu olması durumunda, bu sefer menfaat dengesinin ne şekilde üçüncü kişiler lehine döndüğüne (bkz. İİK m. 89) de değindik. Burada özellikle belirtmek istediğimiz husus ise, belirttiğimiz Kanunlarda, takibe taraf olmayan üçüncü kişiler için de ağır sorumluluklar yüklendiğidir. Örneğin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun alacaklı olması durumunda, tüzel kişilerin kanunî temsilcileri hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulabilecektir (BankK m. 132/XIII; Bank. Yön. m. 38/I, b. ç). Bunun dışında Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’da, özel olarak takibe taraf olmayan limited şirket ortakları, kanunî temsilcilerin sorumluluğu (AATUHK m. 35) hakkında birtakım düzenlemelere gidilmiştir.

²⁰² Yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na geçen bankaların taraf olduğu takiplerde borçlu konumunda olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun sahip olduğu yetkiler ve bu yetkileri, her bir takip yolunda ne şekilde kullanacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tercan*, TMSF’nin Taraf Olduğu Takipler, s. 875-886.

Bu ayrıık durumlar dışında, üçüncü kişiler açısından menfaatlerini koruma gerekliliği, sahip oldukları hak ve özgürlüklerden kaynaklanır. Bu kapsamda, üçüncü kişilerin menfaatleri de borularla benzer şekilde mal varlıklarına, şahıs varlıklarına, konut veya işyerlerine yapılacak haksız müdahalelerden korunma amacına yönelir.

§ 7. MENFAAT DENGESİNİ KORUMANIN ZAMAN BAKIMINDAN KAPSAMI

İ. GENEL OLARAK

Alacaklı ile borçlu arasında, takip prosedürü kapsamında doğan menfaat çatışmasının dengelenmesi gerekmektedir. Bu zorunluluğun temeli, yukarıda bahsedilmiş olan genel hukuk ilkeleri ve icra hukukunun anayasal temelleri ile genel ilkelerine dayanmaktadır. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin kapsamı konu ve kişi bakımından incelendi. Bu aşamada, korumanın kapsamının zaman bakımında değerlendirilmesini ele alacağız. Zira takibin tarafları arasında vukuu bulan uyuşmazlık, takibin başlamasından çok daha önceye dayanmaktadır. Hatta taraflar, uyuşmazlığın çözümü için takip yoluna başvurmadan önce çeşitli yollara da başvurmuş olabilirler. Örneğin alacaklı, borçluya karşı bir dava açmış olabilir ve bu dava sonuçlanmadan alacaklı, takip yolunu tercih etmiş olabilir veya dava sonuçlandıktan sonra elde ettiği ilâmla borçluya karşı takip başlatmış olabilir. Bunun gibi, borçlu da alacaklının kendisine karşı yaptığı haksız takibi bertaraf etmek amacıyla kendisine karşı takip başlatılmadan önce, alacaklıya karşı borçlu olmadığına *-hukukî yararı bulunması koşuluyla-* dair bir dava açmış olabilir veya takip sırasında böyle bir dava açmaya karar verebilir. Bunun yanı sıra, takibin taraflarının takip başlamadan önce, takip sırasında ve hatta takip sonuçlandırıldıktan sonra dahi başvurabileceği birtakım hukukî yollar da bulunmaktadır. Geniş anlamda her biri birer hukukî çare olan bu yollar, taraflar arasında *-ve bazı durumlarda üçüncü kişiler açısından da-* ortaya çıkan menfaat çatışmasının dengelenmesini sağlamayı amaçlar. Bu açıdan takibin taraflarının eşit silâhlarla donatılması, takibin başlamasından önce, takip sırasında ve takip başlatıldıktan sonra çeşitli araçlarla sağlanır. Benzer bir durum, menfaatlerinin bulunduğu ölçüde üçüncü kişiler açısından da söz konusu olacağından, İcra ve İflâs Kanunu, takibin belirli

aşamalarında üçüncü kişilerin de menfaatlerini koruma amacıyla bazı önlemler almıştır.

Belirtmek gerekir ki aşağıda menfaat dengesinin zaman bakımından takip prosedüründe ne şekilde biçimleneceğine ilişkin yaptığımız açıklamalarımız, aynı zamanda takip prosedüründe menfaat dengesinin kurulmasına veya korunmasına hizmet eden *araçlardır*. Örneğin takipten önce açılan menfi tespit davası hem zaman bakımından menfaat dengesini dengeleyici bir role sahiptir hem de başlı başına alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasında bir başvuru aracıdır. Dolayısıyla aşağıda yapacağımız açıklamalar, aynı zamanda menfaat dengesinin kurulmasında ve korunmasında kullanılan başvuru araçlarını da kapsadığından, ayrıca bu başvuru araçları için çalışmamızda bir başlık bulunmayacaktır.

II. TAKİP ÖNCESİ VE TAKİBİN BAŞLANGICINDA

Takip öncesinde ve takibin başlangıcında, menfaat dengesi alacaklı yararına işlemektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar, aşağıda her bir takip yolu için ayrı ayrı yapılacaktır. Ancak burada takibin öncesinde ve takibin başlangıcında menfaat dengesinin hangi sebeple alacaklı lehine işleyeceğini genel esaslarıyla belirtmek istiyoruz.

Kural olarak alacaklının, borçlu aleyhine takip başlatması veya takip başlatma iradesinin sebebi, takibin konusuna ilişkin menfaatlerinin ihlâl edilmesi veya ihlâl edilme tehlikesiyle karşılaşmasıdır. Alacaklı da hakkın icrasını bizzat kendisi yerine getiremeyeceğinden, devletin yetkili organlarına başvurarak hakkın borçlu tarafından icra edilmesini talep edecektir. Bu durumda ise, korunması gereken menfaat hukukî korunma talebi ile icra organlarına başvuruda bulunan alacaklının menfaatleridir. Bu talebe karşı, talepte bulunan alacaklının menfaatlerinin *öncelikle* gözetilmesi, menfaat çatışmasının bir sonucu olduğu gibi özellikle hak arama özgürlüğü ve hukukî güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira bu durum, kişilere hukukî korumayı sağlamayı üstlenmiş olan devletin kendisine yapılan başvuru neticesinde, hukukî korunma talebinde bulunan kişiyi hukuken koruma zorunluluğundan kaynaklanır. Şüphesiz ki başta alacaklı lehine işleyen menfaat dengesi, hukukî korumanın gerçekleşmesi amacıyla başlatılan süreçte adım adım diğer tarafa sirayet etmektedir.

Takip öncesinde *alacaklının* hak ve menfaatlerini korumaya hizmet eden en önemli araçların başında, icra hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma önlemi olan ihtiyatî haciz gelmektedir. Zira alacaklının, alacağını tahsil yetkisinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinde somutlaşan sebeplerden birisiyle ihlâl tehlikesi altına girdiği tespit edilirse, alacaklı ihtiyatî haciz talebinde bulunabilecektir. Koşulları oluştuğunda lehine verilecek ihtiyatî haciz kararı ise, alacaklının alacağını tahsil yetkisine yönelen tehlikeyi bertaraf edebilecek ve borçlunun, borca yeter malvarlığı değeri üzerinde haciz uygulanmasına imkân verecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu ihtiyatî haciz imkânı ile borçluyu sürekli bir icra tehdidi altında bırakmak istememiş ve borçluya karşı, ihtiyatî haciz kararının ardından on günlük bir süre içerisinde alacaklının ihtiyatî haciz kararının icrasının sağlanmasını zorunlu kılmıştır (İİK m. 261/I). Yani kanun koyucu henüz takip başlamadan önce, alacaklının hak ve menfaatlerinin ihlâl tehlikesi altına girmemesi için ihtiyatî haciz imkânı getirmiş; ancak bu durumda dahi henüz takibin başlangıcında aynı zamanda borçlunun da menfaatlerini gözetmiştir. İhtiyatî hacizde menfaat dengesi konusunu, üçüncü bölümde ayrıca inceleyeceğimiz için²⁰³ burada sadece bu kurumun, alacaklının hak ve menfaatlerinin takip öncesinde ve takibin başlangıcında *-takibin devamında olduğu gibi. Zira alacaklı henüz takip başlatmadan önce borçlu hakkında ihtiyatî haciz isteyebileceği gibi, takibin devamında da bu talep de bulunabilir-* gözetilen önemli bir araç olduğunu vurgulamak istiyoruz.

Takibin başlangıcında *borçlunun* hak ve menfaatlerinin korunması amacına hizmet eden en önemli araçların başında ise, menfi tespit davası gelmektedir. Zira İcra ve İflâs Kanunu, menfi tespit davasının açılmasına icra hukukuna özgü birtakım sonuçlar bağlamıştır (bkz. İİK m. 72). Kanun koyucu takip başlamadan önce açılan menfi tespit davasının, alacaklının menfaatlerini gözeterek kendiliğinden icra takibini durdurmasına izin vermemiş; ancak borçlunun göstereceği teminat karşılığında, ihtiyatî tedbir yolu (HUMK m. 101 vd.) ile icra takibinin durdurulmasına imkân tanınmıştır (İİK m. 72/II). Bu durumda, menfi tespit davasına bakan mahkeme şayet davacı borçlunun *takibin durdurulmasına* yönelik ihtiyatî tedbir talebinin kabulüne karar verirse, alacağın yüzde onbeşinden aşağıda olmayan bir oranda (bkz. İİK m.

²⁰³ Bu konuda bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, VI.

72/II) teminat karşılığında menfî tespit davası sonuçlanıncaya kadar takibin durdurulmasına karar verebilecektir²⁰⁴. Burada hem bir geçici hukukî koruma önlemi olarak ihtiyatî tedbirin hem de menfî tespit davasının takibin başlangıcında, borçlunun menfaatlerinin korunmasına ne şekilde hizmet ettiği görülmektedir.

Bunların yanı sıra belirtmek isteriz ki, takibin özellikle başında icra harç ve masrafları da menfaat dengesinin sağlanmasında kayda değer bir fonksiyona sahiptir. Zira kural olarak icra masrafları, borçluya aittir (İİK m. 59/I). Ancak alacaklının takibin başlangıcında *-takip talebinde bulunurken-* talep ettiği muamelenin masraflarını ve ayrıca da borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesine göre yapabileceği itirazın kendisine tabliğ masrafını da yatırması gerekir (İİK m. 59/I). Yani her ne kadar takip masraflarından nihaî sorumluluk borçluya yüklenmişse de, takibin başlangıcında, menfaat dengesi lehine olan alacaklıya aynı zamanda bir külfet de yüklenmiş; ancak alacaklının, ilk ödenen paradan masrafları alabileceği de belirtilerek, alacaklının bu konuda menfaatlerinin zedelenmesine cevaz verilmemiştir (İİK m. 59/II). Ayrıca belirtmek gerekir ki, takibin başlangıcında masrafları yatırma zorunluluğunun alacaklıya yüklenmesi, devletin ve dolayısıyla kamu menfaatlerine de hizmet eder.

III. TAKİBİN DEVAMI SIRASINDA

A. Genel Olarak

Takip prosedüründe gerek alacaklı ile borçlu açısından gerekse üçüncü kişiler açısından menfaatleri dengeleyen pek çok araç bulunmaktadır. Bu araçlar kimi zaman adetâ birbirlerinin ikamesi gibi kullanılmakta, çoğu zaman da tamamıyla birbirinden farklı amaçlara hizmet etmektedir. Örneğin ilâmsız icra yolu ile takiplerde uygulama alanı bulan takibin iptal ve tâliki (İİK m. 71), ilâmlı icra yolu ile takiplerde karşımıza icranın geri bırakılması (İİK m. 33) olarak çıkmaktadır²⁰⁵.

²⁰⁴ *Kuru*, El Kitabı, s. 309.

²⁰⁵ Bu iki müessesenin birbiriyle karşılaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Boran*, s. 122-128.

Yine takibin iptal ve tâliki ile menfî tespit davasının birbirine benzer, hatta birbirinin ikamesi olduğu akla gelebilirse de, birisi maddî hukuka, diğeri takip hukukuna ilişkin savunma araçları olan bu iki müessese birbirinden farklıdır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Boran*, s. 128-144). Ancak bu nokta da belirtmek gerekir ki mehz İsviçre icra hukukunda, menfî tespit

Benzer şekilde borçlunun borcu olmadığı bir parayı ödememek için açtığı menfi tespit davası (İİK m. 72/I-V), para ödendikten ve takip sona erdikten sonra istirdat davası (İİK m. 72/V-VIII) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık örneğin tasarrufun iptali davası (İİK m. 277 vd.), tamamıyla takip hukukuna özgü hüküm, sonuçlar doğuran ve takip hukukunda ikamesi veya benzeri olmayan bir başvuru aracıdır²⁰⁶.

Belittiğimiz başvuru yolları, takibin devamı sırasında ve takibin belirli aşamalarında kullanılacak araçlardır. Buna karşılık tebligatlar; takip harç ve masrafları; farklı koşullar altında alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişilerin göstereceği teminatlar takibin devamı sırasında sürekli olarak menfaat dengesinin kurulmasında düzeltici işleve sahip olacaktır. Dolayısıyla biz de takibin devamı sırasında menfaat dengesinin kurulmasını incelerken, kullanılacak başvuru araçlarını bu çerçevede inceleyeceğiz. Zira aşağıda öncelikle özel olarak herhangi bir tarafın menfaatlerine hizmet etmeyen ve takibin devamı sırasında menfaat dengesinin kurulmasında düzeltici işleve sahip olacak tebligatları ele alacağız. Daha sonra ise, hizmet ettiği ilgilinin konumuna göre her bir müesseseyi ilgili başlık altında inceleyeceğiz.

Az önce genel olarak belirttiğimiz başvuru araçlarından teminatı, hem borçlu ve alacaklı hem de üçüncü kişiler açısından ayrı başlıklar altında ele alacağız. Ancak bundan önce teminatın amacının, takip prosedüründeki her ilgili için aynı esaslara hizmet ettiğini belirtmek gerekir. Zira teminat, menfaat dengesinin korunması açısından her ilgili için farklı bir fonksiyona sahip olacaktır. Kural olarak taraflarca

davasını düzenleyen İcra İflâs Kanunumuz'un 72. maddesi ile icra takibinin iptal ve tâlikini düzenleyen Kanunumuz'un 71. maddesindeki bağlantı dikkate alınarak, menfi tespit davası, takibin iptalini düzenleyen madde üzerine inşa edilmiştir (*Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 620). Buna göre borçlu, takibin iptali prosedüründe ispat edemediği husuları, yani *borçlu olmadığı, borcun sona erdiği veya borcun ertelendiği* iddiaları ile menfi tespit davası açacaktır (İsv İİK m. 85a/I); menfi tespit davasının sonucunda da *takibin iptaline veya ertelenmesine* karar verilecektir (İsv İİK m. 85a/III) (*Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 620). Bu konuda ayrıca bkz. 137-144.

²⁰⁶ Tasarrufun iptali davası ile istihkak davası birbirine benzer görünüyorsa da, her iki davanın açılabilmesi için aranan koşul vakıtlar ile dava sonunda elde edilecek hükümler birbirinden tamamıyla farklıdır. Dolayısıyla tasarrufun iptali davası ile istihkak davası, birbirinin ikamesi olamaz. Buna benzer şekilde muvazaa sebebiyle açılan ve aynı sonuç doğuran dava ile aynı sonuç doğurmaya yönelmeyen, sadece kötü niyetle yapılan işlemi iptale yönelen tasarrufun iptali davaları da birbirinden tamamıyla ayrılmalıdır. Özellikle muvazaa sebebiyle açılan davalar ile tasarrufun iptali davalarının birbiriyle koşulları ve sonuçları bakımından karşılaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akkaya*, s. 665-682.

veya üçüncü kişilerce, icra hukuku alanında sonuç doğuran herhangi bir işlemin yapılabilmesi için teminat gösterilmesi gerekmemektedir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu başta olmak üzere diğer bazı kanunlarda, belirli durumlarda taraflarca veya üçüncü kişilerce teminat gösterilmesi gereği öngörülmüştür. İcra hukukunda genel olarak teminatın amacı, bir tarafa icra hukukuna ilişkin bir imkân sağlanırken, diğer tarafın bu haktan yararlanılması hâlinde uğrayabileceği zararların karşılanmasına yöneliktir. Bu açıdan teminat, bir icra takibinde zıt menfaatlere sahip olan alacaklı ile borçlu -ve bazı durumlarda üçüncü kişiler- arasındaki hassas dengenin sağlanmasında önemli bir araçtır. İcra hukukunda, teminat gösterecek kişi alacaklı veya borçlu olabileceği gibi üçüncü kişi de olabilir. Zira burada önemli olan, teminatın sağlanması (*gösterilmesi*) karşılığında gerçekleştirilecek işlemin, hangi tarafın menfaat alanında sonuç doğuracağıdır. Bu sebeple de teminat yatırma gereği, takibin tarafları dışında üçüncü kişilere de yüklenmiş bir külfettir.

Takibin devamı sırasında her zaman için kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına hizmet edecek olan tebligatlardır. Tebligatlar, icra hukuku siteminde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde önemli bir fonksiyon üstlenir. Her şeyden önce tebligat, kişilerin kendileri lehinde veya aleyhinde hüküm ve sonuç doğuran veya doğurması muhtemel olan işlemler hakkında bilgi sahibi edinmelerini sağladığından, kişilerin hukukî dinlenilme haklarının sağlanmasına hizmet eder²⁰⁷. Bunun dışında ise tebligatın, icra hukuku sistemimizde alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini ihlâl eden bir sorun olarak karşımıza çıkması, özellikle uygulamada karşılaşılan tebligat sorunları ve İcra ve İflâs Kanunu'nun bazı düzenlemeleri ile tebligat mevzuatına aykırı olarak, ilgililerin temel hakları ile menfaatlerini zedeleyici hükümler getirilmesidir. Bu durumun en somut örnekleri arasında, tebligatın muhatabın öğrenmesini veya öğrenme alanına girmesini gerekli görmeyerek, sadece “gönderilmiş” olmasını geçerli bir tebligatın

²⁰⁷ Tebligatın icra hukuku alanında taşıdığı önem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Belgesay*, Şerh, s. 64-67; *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 129-140; *Postacıoğlu*, s. 91-99. Ayrıca tebligatın takip prosedüründe taşıdığı önem -*özellikle de hukukî dinlenilme hakkının sağlanması açısından*- hakkında bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 2, c. Ancak tebligat, icra hukuku sistemimizde, sadece hukukî dinlenilme hakkının vazgeçilmez bir unsuru olarak fonksiyon göstermemektedir. Bunun yanı sıra icra hukuku sistemimizde, bazı işlemlerin geçerli olarak kabulü, bu işlemlerin ilgililere usûlünce tebliğ edilmesine bağlıdır ve ilgililerine usûlüne uygun bir şekilde yapılmamışsa, icra takip prosedürünün devam etmesi, kural olarak mümkün değildir.

hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu varsayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b ve 150i maddeleri gelmektedir²⁰⁸.

Tebliğat, esasında takip prosedüründe alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin çatıştığı ve çetin bir mücadele safhasını gerektirdiği süreçte hem alacaklının hem de borçlunun en etkili silâhlarından birini teşkil eder. Zira tebligatın alacaklı açısından önemi, takibin sürüncemede kalmasını engelleyici ve alacaklıyı, takibin bir aşama ilerisine götüren fonksiyonudur. Borçlu açısından tebligatın önemi ise, borçlunun kendisi aleyhine yapılan, özellikle de haksız olarak gerçekleştirilen cebrî icra müdahaleleri hakkında koruyucu ve bilgilendirici fonksiyona sahip olmasıdır. Bu açıdan İcra ve İflâs Kanunu'nda tebligata ilişkin yapılan kanun değişikliklerinde, tebligatın alacaklı ve borçlu açısından temsil ettiği bu iki fonksiyonun hassas bir dengede tutulması gerekir.

Uygulamada karşılaşılan tebligat sorunları arasında en önemli yeri, borçlunun adres değiştirmesi durumunda, borçlunun yeni adresini bildirmemesi sebebiyle takip prosedürünün ilerleyememesi oluşturmaktadır. Bu konuda, özellikle bazı kanun değişiklikleri ile alacaklı ve borçlunun adres bildirme ve adresi değiştirdiğini diğer tarafa bildirme konusunda düzenlemelerin getirilmesi menfaat dengesinin korunması açısından olumlu bir gelişmedir. Nitekim aşağıda örnekler vereceğimiz üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nda çeşitli zamanlarda gerçekleştirilen kanun değişiklikleri ile neredeyse her bir takip türünde adres bildirimine ilişkin benzer esaslar kabul edilmiştir. Bu şekilde adres bildirimine yönelik düzenlemelerle takip prosedüründe, bir tarafın adres değişikliğininin diğer tarafı haksız bir şekilde zarara uğratmasını önler²⁰⁹.

Adres değişikliği bildiriminin İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak menfaat dengesinin korunmasında sahip olduğu fonksiyon sebebiyle yapılan kanun değişikliklerinden verebileceğimiz örneklerden ilki, 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasıdır²¹⁰.

²⁰⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, 2.

²⁰⁹ Bu konuda bkz. *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 134-136; *Postacıoğlu*, s. 95-97.

²¹⁰ Takip prosedüründe karşılaşılan tebligat sorunlarının, bu dönemde yarattığı aksaklıklar ve 538 sayılı Kanun'da bu şekilde bir hükmün benimsenmesi ihtiyacının gereği hakkında bilgi için bkz. *Erman*, 538 sayılı Kanun Değişikliği, s. 551, 561-562; *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 134-135-136; *Postacıoğlu*, s. 94-96.

Bu hükme göre, ilâmda ve 38. maddeye göre ilâm hükmünde sayılan belgelerle ipotek senedinde yazılı olan adresi değiştiren alacaklı veya borçlu, bu durumu birbirlerine noter vasıtasıyla bildirmedikçe, tebligat aynı adrese yapılır ve bu adreste bulunmadığı takdirde Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi uygulanır. Bu şekilde düzenlenmiş olan hüküm, takip başlamadan önceki adres değişiklikleri ile ilgilidir²¹¹. Bunun dışında takip başladıktan sonra gerçekleştirilen adres değişikliklerininse, bu maddeye göre noter vasıtasıyla karşı tarafa bildirilmesi kural olarak gerekli değildir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nda, bazı kanun değişiklikleri ile çeşitli maddelerde bu şekilde birtakım yükümlülüklerin farklı takip türlerinde ve takibin çeşitli aşamalarında getirildiğini tespit edebilmekteyiz. Örneğin, 4949 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçlu veya vekili, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır; adresini değiştiren borçlu yurt içinde yeni adres bildirmediği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılacaktır (İİK m. 62/III)²¹². Yapılan bu Kanun değişikliği ile alacaklının menfaatlerine hizmet etmek üzere, borçlunun adresini bildirmemesi durumu karşısında, alacaklının haksız yere zarara uğraması ve takibin sürüncemede kalmasının önüne geçilmek istenmiştir^{213, 214}. Bu konuda başka bir örnek olarak, ipotegün paraya çevrilmesi yolu ile takipte adres gösterme zorunluluğu olarak düzenlenen ve 4949 sayılı Kanun ile Kanun'a yeni eklenen İcra ve İflâs Kanunu'nun

²¹¹ *Berkin*, 538 s.lı İİK Değişikliği, s. 136.

²¹² Bu konuda bkz. *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 144-145; *Uyar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 168.

²¹³ “...borçlu veya vekiline dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirme zorunluluğu getirilerek takiplerin sürüncemede kalmaması ve icra tebliğlerinin seri bir şekilde yapılabilmesi; böylece alacaklının etkin, verimli ve hızlı bir şekilde alacağına kavuşması amaçlanmıştır.” (Hükümet Gerekçesi m. 14; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 147).

²¹⁴ Ayrıca genel haciz yolu ile takibe ilişkin yapılan itirazlar açısından düzenlenmiş bu hüküm, diğer takip yollarında da bulunan özel atıf hükümleri sebebiyle uygulama alanı bulacaktır (taşınır rehlinin paraya çevrilmesi yolu ile takipte İİK m. 147/I; kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte İİK m. 170b). Ancak taşınmaz rehlinin paraya çevrilmesi yolu ile takipte -birazdan açıklanacağı üzere- (İİK m. 148a) ve ilâmlı icrada (İİK m. 21/I) ayrıca özel düzenlemeler olduğu için İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesinin üçüncü fıkrası, bu takip türlerinde uygulanmaz.

148a hükmünü gösterebiliriz²¹⁵. Bu hükme göre, ipotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı satın alanlar ya da bunların halefleri, tapu sicil müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirmek zorundadırlar (İİK m. 148a/I); aksi takdirde ilgililerin tescil talebi, tapu sicil müdürlüğüne reddolunur (İİK m. 148a/II). Maddeye göre adres değişikliğinin de aynı şekilde, tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi gerekir; şayet yeni adres tapu sicil müdürlüğüne bildirilmez ise, tebligatların eski adrese ulaştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılır²¹⁶.

B. Borçlu Açısından

Takipten önce ve takibin başlangıcında, menfaat dengesinin alacaklı lehine işlediğini belirtmiştik. Buna karşılık kanun koyucu, takibin sona ermesine kadar borçlunun menfaatlerinin de haksız bir şekilde gözardı edilmesini arzu etmemiş; bu amaçla borçlu lehine birtakım düzenlemeler getirmiştir. Zira İcra ve İflâs Kanunu, zaten alacağını tahsil yetkisinin tehlikede bulunduğu veya bu ihtimâlin söz konusu olduğu bir durumda alacaklıya, alacağını tahsil etmesi için takip başlatma olanağı tanımıştır. Bu durumda, borçlu ile alacaklı arasındaki silâhların eşitlenmesi için borçluya da birtakım imkânlar verilmelidir. İlâmsız icra yolu ile yapılan takiplerde genel olarak, takibin devamı sırasında borçlunun özellikle satış ve paranın ödenmesi aşamalarına kadar başvurabileceği yollar arasında borçlunun menfî tespit davası açması (İİK m. 72); borçlunun, alacaklı ile borcun taksitle ödenmesi anlaşması yapması (İİK m. 111) ve takibin iptal ve tâliki talebidir (İİK m. 71). Bunun yanı sıra, bazı özel durumlarda borçluya, takibi geçici olarak durdurabilme imkânı da tanınmıştır. İlâmlı icra yolu ile yapılan takipler açısından da, takibin devamı sırasında borçlu menfaatine işleyen başvuru yolları ise, icranın durdurulması (İİK m. 36) ve icranın geri bırakılmasıdır (İİK m. 33). Bunun yanı sıra gerek ilâmlı icra yolu ile yapılan takiplerde gerekse ilâmsız icra yolu ile yapılan takiplerde, Kanun'da düzenlenmiş olan bazı geçici durdurma kararları da menfaat dengesinin kurulması

²¹⁵ Bu konuda bkz. *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 156; *Uyar*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 185-186.

²¹⁶ “Maddede, ipotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alan ya da bunların halefleri bakımından adres gösterme zorunluğu getirilmek ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35 inci maddesi hükmüne göre tebligat yapılmasını sağlamak suretiyle takiplerin sürüncemede kalmasının ve adalete duyulan inancın zedelenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.” (Hükümet Gereğesi m. 42; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 373).

açısından borçluya tanınmakta olan bir haktır. Örneğin borçlunun şikâyet yoluna başvurmasıyla birlikte, geçici bir hukukî koruma önlemi olarak icra mahkemesi takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 22). Aynı şekilde borçlunun itirazı ile takip duracaktır (İİK m. 62). Başka bir örnek de istihkak davasından vermek mümkündür. Zira, istihkak davasında mahkemenin takibin tâliki şeklinde bir durdurma kararı vermesi mümkündür (İİK m. 97/1). Tüm bu durumlar, takibin devamı sırasında borçlu açısından menfaat dengesinin kurulmasında önemli birtakım hak ve yetkiler barındırır. Bunların dışındaysa, hem borçlu ve alacaklı hem de üçüncü kişiler açısından takibin devamı sırasında, menfaat dengesinin korunmasına hizmet eden birtakım araçlar bulunmaktadır. Bunların en başında da, teminat gelmektedir. Teminat, gerek alacaklı ve borçlu gerekse üçüncü kişilerin her biri açısından farklı fonksiyonlara sahip olduğundan konuyu alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi açısından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Teminat, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyici önemli bir rol oynamaktadır²¹⁷. Ancak teminat ile aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, çoğunlukla nihaî olarak korunması amaçlanan taraf esasında alacaklıdır. Buna karşılık teminata ilişkin düzenlemeler ile nihaî olarak borçlunun uğraması muhtemel zararların önüne geçilmesini amaçlayan kuralların sayısıysa oldukça azdır. Bu kurallardan ilki, hem borçlunun hem de üçüncü kişinin uğraması muhtemel zararların önüne geçilmesi için alacaklı tarafından yatırılması gereken bir teminat türüne ilişkindir. Bu durum teminat gösterilmesi zorunluluğunun farklı bir önem arzettiği, geçici bir hukukî koruma önlemi olan ihtiyatî haciz uygulamasıdır. İhtiyatî haciz belirli bir para alacağının güvence altına alınması amacıyla öngörülen geçici bir hukukî koruma sağlar. Mahkeme, ihtiyatî hacze karar verirken talebe konu olacak ve ihtiyatî haciz sebebi hakkında tam bir kanaate sahip olmasa, yaklaşık bir kanaate sahip olsa dahi borçlunun mallarının ihtiyaten haczine karar verebilecektir²¹⁸. Bu durum, ihtiyatî hacizde geçerli olan ispat ölçüsünün öğretilde benimsenen ifadesiyle *yaklaşık ispat* olmasının bir sonucudur. İhtiyatî hacizde yaklaşık ispat ölçüsünün

²¹⁷ Teminat, bir borç ilişkisinde alacaklının alacağını güvence altına almayı amaçlar. Bu çerçevede teminat, borçlunun mal varlığı ile sorumluluğunu, alacaklıya karşı güvence altına alır (*Kuntalp*, s. 264-265). Teminatın borç-sorumluluk ilişkisinde sahip olduğu önemli fonksiyon için ayrıca bkz. *Kuntalp*, s. 263-266.

²¹⁸ *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 214 vd.; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 369-370.

kabul edilmesinin en önemli sonucu ise gösterilecek teminattır. Zira bu durumda bir tarafta, belirli “*tehlikeler*”in gerçekleşmesi hâlinde alacaklının alacağı ve ihtiyatî haciz sebebini yaklaşık olarak dahi ispat etmesi durumunda verilecek bir ihtiyatî haciz kararı bulunmakta; diğer tarafta da borçlunun veya üçüncü kişilerin, verilecek olan bu ihtiyatî haciz kararından doğabilecek zarar ve ziyanları bulunmaktadır. Bu durumu öngören kanun koyucu ihtiyatî hacizde, borçlunun ve üçüncü kişilerin uğraması muhtemel olan zararların karşılanması amacıyla, alacağı ilâma -veya ilâm hükmünde bir belgeye- bağlı olmayan alacaklıdan teminat alınması gerektiğini düzenlemiştir (bkz. İİK m. 259; 260/V)^{219, 220}. Buna göre, alacaklı, istenilen miktarda teminatı mahkeme veznesine yatırmadıkça, ihtiyatî haciz kararı kendisine verilmez ve alacaklı bu kararın icrasını (İİK m. 261) talep edemez²²¹.

İhtiyatî hacizde öngörülen teminatın menfaat dengesi ile doğrudan bağlantısı, “*alacağı ilâma -veya mahkemenin takdirî ile ilâm hükmünde bir belgeye- dayanan alacaklıdan teminat alınmasının gerekli olmadığı*” noktasında da açıkça ortaya çıkmaktadır (bkz. İİK m. 259/II, III). Zira ihtiyatî haciz talebi bir ilâma dayanan alacaklının, alacağının varlığı artık kesin hükümle sabittir. Bu durumda, korunması gereken menfaat tamamıyla alacaklının menfaatidir; bu sebeple de, alacağı ilâma dayanan alacaklının bir teminat göstermesi de gerekli değildir. Alacağın ilâm hükmünde bir belgeye dayanması durumundaysa, takdir yetkisi mahkemeye verilmiş ve bu belgeden alacaklının alacağının haklılığı anlaşılıyorsa teminat gösterilmesinin zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır (İİK m. 259/III). Tüm bu açıklamalardan sonra, ihtiyatî haciz gibi bir geçici hukukî koruma önleminin söz konusu olduğu durumlarda teminatın, farklı bir fonksiyona sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, mahkemelerin ihtiyatî hacizde her somut olayın özelliğine göre teminat miktarını belirlemesi gerekir. Ancak, mahkemelerin özellikle ihtiyatî hacze karar verirken talepte bulunanın banka olması durumunda, teminatsız bir şekilde ihtiyatî

²¹⁹ **Kuru**, El Kitabı, s. 888.

²²⁰ Mahkemece gösterilmesine karar verilen teminatın yeterli olmadığına karşı borçlunun, aynı mahkeme önünde itirazda bulunması mümkündür (İİK m. 265/I). Aynı şekilde ihtiyatî hacizde alacaklının yatırması gereken teminata itiraz etme hakkı, menfaati ihlâl edilen üçüncü kişiye de tanınmıştır (İİK m. 265/II).

²²¹ **Kuru**, El Kitabı, s. 888.

haciz kararı verdikleri görülmektedir²²². Bu durumun hukuka aykırı olduğu ve hatta, bu şekilde hareket eden hâkimlerin *açık kanun hükmüne riayet etmemeleri sebebiyle* (bkz. İİK m. 259) sorumluluklarına (bkz. HUMK m. 573/II) sebebiyet verebileceği de belirtilmektedir²²³. Bu sebeple mahkemeler, ihtiyatî haciz kararı verirken teminat konusunda da hassasiyet göstermelidirler. Örneğin karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilecek olan ihtiyatî haciz yargılamasında, borçlu tarafın *dinlenmesinden sonra* verilen ihtiyatî haciz kararı ile *borçlu dinlenilmeden* verilen ihtiyatî haciz kararları arasında fark bulunmaktadır. Bu durumda mahkeme, özellikle borçluyu dinlemeden ihtiyatî hacze karar veriyorsa, alacaklıdan daha yüksek oranda teminat alınmasına karar verebilecektir. Tüm bu özelliklerinden dolayı, mahkemece takdir edilen teminata, hem borçlu hem de üçüncü kişiler açısından bir temyiz sebebi olarak kanun koyucu tarafından özel bir önem atfedilmiştir (bkz. İİK m. 265/I, II).

Kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya ve nihaî olarak borçlunun korunması için gösterilmesini zorunlu kılınan diğer teminat türü de İcra ve İflâs Kanunu'nda değil, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre yabancı bir gerçek veya tüzel kişinin Türkiye'de icra takibi başlatması durumunda, takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı gösterme zorunluluğu bulunmaktadır (bkz. MÖHUK m. 48).

Takibin devamı sırasında, taraf menfaatlerinin dengelenmesine hizmet eden bir diğer imkân da alacaklı ile borçlunun, takip konusu borcun taksitle ödenmesi konusunda anlaşma yapmalarıdır (İİK m. 111). Borcun taksitle ödenmesi imkânı, borcunu ödemek isteyen borçlunun, borcunun tamamını ödemesinin mümkün olmadığı durumlarda başvurabileceği bir yoldur. Kanun koyucu bu imkânı tanıyarak, borcunu ödemek isteyen borçlunun, borcunu ödeyememe sebebiyle mağdur olmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple de, borcun taksitle ödenmesine ilişkin anlaşmada belirlenen vadelere veya anlaşmanın borçlu tarafından ihlâline kadar, borçlunun mallarının haczedilmesine (İİK m. 78) ve anlaşma hacizden sonra yapılmışsa, haczedilen malların satışına (İİK m. 111) cevaz verilmemektedir.

²²² *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 102.

²²³ *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 103.

Dolayısıyla, bu kurum, dürüst olan ancak borcunu ödeme imkânı takibin yapıldığı sırada bulunmayan dürüst borçluyu ödüllendirmektedir.

C. Alacaklı Açısından

Daha önce belirttiğimiz üzere, ihtiyatî haciz alacaklının menfaatlerinin takibin devamında da korumasına hizmet eden önemli bir başvuru aracıdır. Ancak takibin devamında, menfaat dengesinin korunmasına ilişkin araçların, kanun koyucu tarafından daha fazla borçlu lehine getirilmiş olduğunu ifade edebiliriz. Zira artık alacaklı bir takip başlatmıştır ve takip prosedürü de neredeyse tümüyle alacaklının talepleri doğrultusunda yürümektedir. Yine takibin başında alacaklının menfaatlerinin ön plânda olması, takibin devamında menfaatleri dengeleyici araçların daha fazla borçlu lehine getirilmesine sebebiyet verir. Bu durum karşısında kanun koyucu, takibin devamı sırasında alacaklıdan ziyade borçluya menfaatlerini koruma imkânı sağlamak amacıyla, birtakım başvuru imkânları tanımıştır. Ancak buradan da takibin devamı sırasında alacaklının menfaatlerini korumaya hizmet eden hiç bir başvuru aracı bulunmadığı anlaşılmamalıdır. Takibin devamı sırasında alacaklının hak ve menfaatlerine hizmet eden belki en önemli araç, borçlunun göstereceği teminattır. Zira teminat çerçevesinde, alacaklının alacak hakkı ile bu hakka yönelen menfaatleri koruma altına alınacaktır. Biz de, takibin devamı sırasında menfaat dengesinin alacaklıya dönmesinde teminatın fonksiyonunu gözeterek, takibin devamı sırasında menfaat dengesinin hangi durumlarda alacaklının yararına hizmet edeceğini teminat gösterme yükümlülüğünü merkez alarak belirlemeyi yararlı görüyoruz.

İcra ve İflâs Kanunu açısından teminat yatırılmasının öngörüldüğü durumların önemli bir kısmı alacaklının menfaatlerine hizmet etmektedir. Özellikle ilâmsız icra yolu ile takipte, borçlu veya üçüncü kişi tarafından gösterilecek teminat, alacaklının takip sonunda elde etmeyi arzu ettiği alacağı korumayı amaçlar. Zira ilâmsız icra yolu ile takipte, teminat gösterecek olan borçlu veya üçüncü kişi, gösterdiği teminat karşılığında takip prosedüründe kendi menfaatine bir sonuç yaratmakta; buna karşılık yatırılan teminat da, alacaklının takip sonunda elde edeceği alacağı güvence altına almaktadır. Bu açıdan ilâmsız icra yolu ile takipte, teminata ilişkin hükümlere daha fazla rastlanılmaktadır. Zira, bu takip yolunda henüz alacağı bir mahkeme kararı ile tespit edilmemiş olan bir alacaklı ve diğer tarafta da, kendisine karşı yapılacak haksız

takiplerden korunması gereken bir borçlu bulunmaktadır. Bu sebeple de, gösterilmesi öngörülen teminatlar ile bir taraftan alacaklının icra takibi sonunda elde etmeyi amaçladığı alacak korunacak; diğer taraftan da borçlu, kendisine karşı yapılan haksız müdahaleleri bertaraf etme imkânına sahip olacaktır.

İlâmlı icra yolu ile takipte ise, artık alacaklının, alacağı kural olarak bir ilâma dayanmaktadır. Dolayısıyla, borçluya karşı yapılan takibin haksız olma ihtimâli, ilâmsız icra yolu ile takipte olduğundan çok daha düşüktür. Bu sebeple de borçluya, teminat karşılığında kendisine karşı yapılan takibe müdahale etme imkânı sadece iki durumda tanınmıştır. Bunlardan birincisi, zamanaşımı, imhâl veya itfa iddiasında bulunan borçluya teminat karşılığında, icranın geri bırakılması olanağının tanınmasıdır (bkz. İİK m. 33). İkincisi ise, *henüz kesinleşmemiş olan bir karara dayanarak* kendisine karşı takip yapılan borçluya, takibe konu davanın temyiz aşamasında olması sebebiyle tanınan icranın durdurulması olanağıdır (bkz. İİK m. 36). Gerek icranın geri bırakılmasında gerekse icranın durdurulmasında, yatırılan teminat ile borçlunun haklı olma ihtimâlinin bulunduğu hâllerde, borçlu menfaatine bir durum yaratılmakta; ancak bir yandan da teminat ile alacaklı korunmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla gerek ilâmlı gerekse ilâmsız icra yolu ile takipte belirtilen durumlarda teminatla korunması amaçlanan, yani hakkı güvence altına alınmak istenen taraf alacaklıdır; ancak, gösterilen teminat ile borçlu veya üçüncü kişinin menfaat alanında bir sonuç doğmaktadır. Zira, gösterilen teminat ile bir taraftan borçlu veya üçüncü kişi lehine takip prosedüründe bir sonuç doğmakta²²⁴; diğer taraftan da, alacaklının hakkı güvence altına alınmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu kural olarak teminat alınmasını gerektiren durumları kendisi belirlemiş; ancak, alınacak teminatın tutarı ve cinsi konusunda belirli bir oranda takdir yetkisi bırakmıştır²²⁵. Bu durumda, kural olarak taraflarca veya üçüncü

²²⁴ Örneğin borçlu açısından ilâmsız icra yolu ile takipte, takip durmakta (bkz. İİK m. 72/II; 169a/son), durmuş olan takibin durmaya devam etmesi sağlanmakta (bkz. İİK m. 69/II), paranın alacaklıya verilmesi engellenmekte (bkz. İİK 72/III), satışın veya haczin yapılması önlenmektedir; ilâmlı icra yolu ile takipte icra geri bırakılmakta (İİK m. 33; 149a) veya takibin icrası durdurulmaktadır (bkz. İİK m. 36).

²²⁵ Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu, bazı durumlarda sadece “*teminat alınabileceği*”ni, bu konuda bir zorunluluk bulunmadığını, teminatın alınmasının gerekli olup olmadığını teminata karar verecek mercinin takdirine bırakmıştır. Bu durumun somut örneği, taşınır satışlarıdır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu’nun 118. maddesinin, ikinci fıkrasının, son cümlesinde yer alan “*Bu fark, varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur*” ifadesi, bu konuda takdir yetkisinin icra

kişilerce gösterilmesi gereken teminatın tutarı ve cinsi, mahkeme²²⁶ veya icra dairesi²²⁷ tarafından takdir edilir. Ancak bu konuda mahkemelerin ve icra dairelerinin takdir yetkisi de belirli bir oranda mevcuttur. Zira, bazı durumlarda teminat yatırılması gereğini düzenleyen kanunî hükümler bu teminatın tutarı hakkında da belirli *-genellikle asgarî-* bir oran öngörmekte²²⁸; bazı durumlarda ise, hangi tür teminatların kabul edilebileceği bizatihi kanun tarafından belirlenmektedir²²⁹. Bu şekilde kanunî bir düzenleme bulunan durumlarda, teminata karar veren mahkemenin veya icra dairesinin, kanunda belirtilen teminat tutarına veya cinsine riayet etmesi gerekmektedir. Ancak özellikle kanunun mahkemelere veya icra dairelerine daha yüksek oranda teminat gösterilmesine karar verme yetkisi tanıdığı durumlarda, mahkemelerin ve icra dairelerinin teminat oranını belirlerken hassasiyet göstermesi gerekir. Zira, teminat yatırılmasını öngören düzenlemeler her zaman için çatışan menfaatleri de beraberinde getirmektedirler. Gösterilecek teminat ile alacaklının, takip sonunda elde edeceği hakkın korunması, güvence altına alınması sağlanmalıdır. Dolayısıyla, takdir edilecek teminatın bu sınırı aşmasına cevaz verilmemeli; alacaklıya gereksiz ve diğer tarafın aleyhine olacak bir hukukî güvence sağlanmamalıdır. Uygulamada ise, bu konuda gereken hassasiyetin gösterilmediği; mahkemelerce ve icra dairelerince, teminatın taraflar arasındaki menfaatleri dengeleyici önemli fonksiyonu gözardı edilerek kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin mahkemelerin, kanunların asgarî bir sınır öngördüğü teminatlarda, tüm başvuranlara karşı aynı oranı uyguladıklarına, somut olayın özelliklerini dikkate almadan karar verdiklerine rastlanılmaktadır. Bunun gibi yine mahkemelerin teminat gösterilmesi gereken durumlarda, belirli menfaat gruplarını ve özellikle bankaları

müdürlüğünde olduğunu göstermektedir (bkz. İİK m. 118/II, c. son). Bu konu, ayrıca aşağıdaki açıklamalarımızda ele alınacaktır. Bunun dışında diğer başka örnekler için bkz. İİK m. 131.

²²⁶ Teminatın tutarı ve cinsi konusunda takdir yetkisinin mahkemelere bırakıldığı bazı düzenlemeler için bkz. İİK m. 33; 36; 69/II; 72/II, III; 97/III; 149a; 169a/son; 259; 281.

²²⁷ Teminatın tutarı ve cinsi konusunda takdir yetkisinin icra dairesine bırakıldığı bazı düzenlemeler için bkz. İİK m. 118; 131; 142a.

²²⁸ Teminatın tutarı konusunda belirli bir miktarın öngörüldüğü bazı düzenlemeler için bkz. İİK m. 69/II; 72/II, III; 124/III; 149a/II, III.

²²⁹ Teminatın cinsi konusunda belirleme yapılan bazı düzenlemeler için bkz. İİK m. 33/III; 36; 69/II; 97/III; 124/III; 142a; 169a/III.

teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tuttuklarına rastlanılmaktadır²³⁰. Oysa örneğin devleti olduğu gibi (bkz. İİK m. 36) bankaları da, teminat gösterilmesinden muaf tutan herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemelerin vermiş oldukları kararlar hukuka aykırılık teşkil etmektedir²³¹. Teminatın, icra hukuku alanında sonuç doğuran işlemde zarar ve ziyana uğraması muhtemel olan kişi için önemli bir güvence fonksiyonuna sahip olduğu gözardı edilmemelidir.

Teminata ilişkin düzenlemelere gerek ilâmlı gerekse ilâmsız icra yolu ile takipte sıkça rastlamanın mümkün olduğunu belirtmiştik. İlâmsız icra yolu ile takipte de genel haciz yolu ile takipte, diğer özel takip yollarında ve ihtiyatî haciz, tasarrufun iptali gibi bazı özel başvurularda da teminata yer veren pek çok hüküm mevcuttur. Bu hükümlerin bir kısmında, teminatın alacaklı ile borçlu *-ve bazı durumlarda da üçüncü kişiler-* arasındaki menfaatleri dengelemede çok önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Örneğin özellikle ilâmsız icra yolu ile yapılan takiplerde, borçlu tarafından açılan menfî tespit davalarında durum bu şekildedir. Borçlu, alacaklıya borçlu olmadığına ilişkin kendisine karşı icra takibi başlatılmadan önce bir menfî tespit davası açabileceği gibi, kendisine karşı takip başlatıldıktan sonra da bu davayı açabilir. Borçlunun, kendisine karşı bir icra takibi başlatılmadan önce menfî tespit davası açması durumunda, kanun koyucu alacaklının menfaatlerini korumuş ve bu durumda açılacak davanın kendiliğinden, yapılacak takibi durdurmasına cevaz vermemiştir (bkz. İİK m. 72/II). Ancak, borçlunun açtığı menfî tespit davasının, alacaklının başlattığı takibe hiç bir etkisinin olmaması da kanun koyucu tarafından benimsenmemiş; borçlunun göstereceği *teminat* karşılığında, ihtiyatî tedbir yolu (HUMK m. 101 vd.) ile icra takibinin durdurulmasına imkân tanınmıştır (İİK m. 72/II). Bu durumda, menfî tespit davasına bakan mahkeme şayet davacı borçlunun *takibin durdurulmasına* yönelik ihtiyatî tedbir talebinin kabulüne karar verirse, alacağın yüzde onbeşinden aşağıda olmayan bir oranda (bkz. İİK m. 72/II) teminat karşılığında menfî tespit davası sonuçlanıncaya kadar takibin durdurulmasına karar

²³⁰ Özellikle ihtiyatî haciz taleplerinde bankalardan teminat alınmaksızın, ihtiyatî hacze karar verildiği yönündeki açıklamalar ve eleştiriler için bkz. *Özokes*, Kredi Kurumları, s. 102.

²³¹ *Özokes*, Kredi Kurumları, s. 102.

verebilecektir²³². Burada davacı borçludan alınacak teminat, alacaklının ihtiyatî tedbir nedeniyle alacağını geç almasından doğacak zararları karşılamaya yöneliktir²³³. Borçluya karşı icra takibi başlatıldıktan sonra açılacak bir menfi tespit davasında ise, kanun koyucu açılan davanın takibi sürüncemede bırakmak amacıyla açıldığını kuvvetle muhtemel kabul etmiş; bu yüzden de, ihtiyatî tedbir yolu ile dahi takibin durdurulmasına imkân tanımamış (bkz. İİK m. 72/III)²³⁴ ve bu durumda da alacaklının menfaatlerini öncelikle gözetmiştir. Ancak, bu hâlde dahi borçlunun menfaatleri tamamen göz ardı edilmemiş ve menfi tespit davasına bakan mahkemenin, borçlunun göstereceği *teminat* karşılığında *ancak* icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için ihtiyatî tedbir kararı verebileceği kabul edilmiştir (bkz. İİK m. 72/III, c. 2). Bu durumda da, borçlunun göstereceği teminat alacağın yüzde onbeşinden aşağıda olamayacaktır (İİK m. 72/III).

Görüldüğü üzere kanun koyucu, borçluya karşı henüz bir icra takibi başlatılmadan önce açılacak menfi tespit davasında, öncelikle alacaklının menfaatlerini dikkate almış ve davadan sonra başlatılan takibin *kendiliğinden* durmasına izin vermemiştir. Ancak böyle bir durum karşısında borçlunun menfaatlerinin zarara uğraması söz konusu olabileceğinden, ihtiyatî tedbir yolu ile borçlunun takibi durdurulmasına imkân tanınmıştır. Bu durumda ise, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyen en önemli araç, borçlunun göstereceği teminattır. Zira, borçlunun göstereceği bu teminat sayesinde alacaklının zarara uğramasının önüne geçilmesi sağlanacaktır. Bu sebeple de, kanun koyucu teminat konusunda *asgarî* bir oran göstererek alacaklıyı korumayı amaçlamıştır. Borçluya karşı icra takibi başlatıldıktan sonra açılan menfi tespit davasında ise, yine öncelikle alacaklının korunması hedeflenmiş ve hatta bu korumanın, alacaklı açısından takip başlatılmadan önce açılan menfi tespit davasından daha etkili olması amaçlanmıştır.

²³² *Kuru*, Menfi Tespit Davası, s. 30. Ayrıca bkz. *Muşul*, s. 397; *Üstündağ*, İcra, s. 161; *Kuru*, El Kitabı, s. 309; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 216-217; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes*, s. 166.

²³³ *Kuru*, C. 1, s. 123; *Kuru*, El Kitabı, s. 309. İcra İflâs Kanunumuz'daki düzenleniş şeklinden biraz farklı niteliğe sahip olan ve sonunda takibin iptali veya talikine karar verilen İsviçre hukukundaki menfi tespit davasında, hâkimin her aşamada takibi durdurma yönünde bir karar vermesi mümkündür (İsv İİK m. 85a/II) (*Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 620).

²³⁴ *Kuru*, Menfi Tespit Davası, s. 50. Ayrıca bkz. *Üstündağ*, İcra, s. 162; *Kuru*, El Kitabı, s. 315; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 217-218; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes*, s. 167.

Bu sebeple, borçluya, ihtiyatî tedbir yoluyla olsa dahi takibi durdurma imkânı tanınmamış; ancak *teminat* karşılığında, alacaklıya icra veznesindeki paranın ödenmesini engelleme imkânı tanınmıştır. Menfî tespit davası açısından asgarî oranı Kanun'da belirtilmiş olan bu teminata mahkemelerce karar verilirken, teminatın alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinde sahip olduğu hassas fonksiyonun mutlaka göz önüne alınması gerekmektedir.

İlâmsız icra yolu ile takibin diğer temel aşamalarında da teminata önemli fonksiyonlar yüklenmiştir. Örneğin itirazın geçici kaldırılması talebinin kabulü üzerine, kararın verildiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde açılacak borçtan kurtulma davasında, davanın görülebilmesi için borçlunun dava konusu miktarın yüzde onbeşi oranında teminat göstermesi gerekmektedir (bkz. İİK m. 69/II). Esasında özel bir dava şartı olarak kabul edilen bu teminat²³⁵, icra hukukunda borçlu aleyhine önemli hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Zira, bu dava teminatın yatırılmaması sebebiyle reddolunduğunda²³⁶, icra mahkemesinde sınırlı bir yargılama ile borcunun olduğuna hükmedilen borçlu hakkında yapılan takip kesinleşecek ve borçlunun malları haczedilebilecektir.

Bunun gibi istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin açacağı istihkak davasında da, teminat yatırılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki, istihkak davasına bakan icra mahkemesi, takibin ertelenmesine karar verdiğinde, istihkak iddiasının haksız olması ihtimâlîne karşılık olmak üzere alacaklının muhtemel zararlarının önüne geçilmesi amacıyla, istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiden, İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesinde gösterilen cinsten bir teminat alınmasına karar verecektir (İİK m. 97/III). Teminatın cinsi konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır; mahkeme, 36. maddede öngörülen teminat cinslerinden birine karar verebilecektir. Teminatın miktarı konusunda da hâkimin takdir yetkisi bulunmasına karşılık, Kanun teminat miktarı için asgarî bir oran belirlemiştir. Buna göre istihkak davasında takibin ertelenmesi kararı ile birlikte, mahkemenin yüzde

²³⁵ *Kuru*, El Kitabı, s. 288.

²³⁶ Öğretide savunulan bir görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nda ilk duruşma gününe kadar yatırılması öngörülen teminatın (bkz. İİK m. 69/II), ilk duruşmaya kadar yatırılmaması hâlinde, davanın reddedilmemesi; zaten menfî tespit davasının özel bir türü olan borçtan kurtulma davasının, bu durumdan itibaren menfî tespit davası olarak görülmesi gerektiğidir (*Kuru*, El Kitabı, s. 288-289).

kırıktan aşağı olmamak üzere (bkz. İİK m. 97/XIII) alacaklının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla üçüncü kişiden teminat alınmasına karar vermek zorundadır²³⁷. Üçüncü kişi tarafından teminat gösterilmemesinin, kendi menfaati açısından önemli bir sonucu bulunmaktadır. Şayet üçüncü kişi, mahkemenin belirleyeceği teminatı getirmez ise, icra mahkemesinin takibin ertelenmesine (tâlikine) ilişkin kararı uygulanamaz, infaz edilemez²³⁸. Yani bu durumda, icra müdürü teminat yatırılmadığı sürece icra takibine devam eder; buna göre üçüncü kişinin kendisinin olduğunu iddia ettiği malın hazine ve satışına kadar takip devam ederek sonlandırılabilir²³⁹.

Satış aşamasında da teminat önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Artık satış aşamasında, alacaklının alacağı kesin olarak belirlenmiş olduğundan bu aşamadaki teminata ilişkin düzenlemelerin, alacaklının takip sonucunda elde edeceği alacağı koruma amacı çok daha yoğun bir şekilde hissedilebilmektedir. Bu sebeple, kanun koyucu özellikle taşınmaz satışında bu iradesini çok daha somut olarak ortaya koymuş; ihâleye katılmak isteyen her alıcıdan taşınmazın muhammen kıymetinin yüzde yirmisi oranında teminat göstermesini talep etmiştir (İİK m. 124/III)²⁴⁰. Bu şekilde, arttırmaya katılacak kişiler, özellikle taşınmazın satışı konusunda satın alma iradelerini bu teminat aracılığıyla ortaya koyacaklardır. Buna karşılık kanun koyucu taşınmazların satışında, alıcıların teminat göstermesini zorunlu kılmamış; bu konuda icra müdürlüğüne takdir yetkisi vermiştir (bkz. İİK m. 118/II). Ancak, uygulamada genellikle taşınmaz satışında da icra müdürlükleri teminat alınmasına karar vermektedir. Satış aşamasında teminatın birden fazla alacaklının alacağını güvence altına almayı amaçladığı bir durumsa, diğer bir alacaklı tarafından sıra cetveline itiraz veya şikâyet yoluna başvurulmasıdır (İİK m. 142). Zira bu durumda, yapılan itiraz ve şikâyet başvurularına rağmen, alacaklılar gösterecekleri bir teminat ile kendi

²³⁷ Burada icra mahkemesi, takibin ertelenmesine karar verdiği anda, istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiden teminat almak zorundadır; teminatın alınıp alınmayacağı konusunda icra mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır (*Aslan*, s. 319).

²³⁸ *Aslan*, s. 321. Ancak üçüncü kişi tarafından yatırılması gereken teminatın yatırılmaması, istihkak davasının devam etmesine engel teşkil etmez; sadece bu durumda, takip durmayacak, devam edecektir (*Aslan*, s. 321).

²³⁹ *Aslan*, s. 321.

²⁴⁰ Kanun koyucu tarafından, ödeme için alıcıya süre verildiğinde icra dairesinin satış bedelinin güvence altına alınması için teminata karar verebileceği düzenlenmiştir (bkz. İİK m. 131).

paylarına düşen alacaklarını, itiraz ve şikâyetin sonuçlanmasını beklemeden tahsil edebileceklerdir (İİK m. 142a)

Özel takip türleri içerisinde kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte de, teminat önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Genel haciz yolu ile takipten farklı olarak bu takip yolunda, alacaklının menfaatleri ağırlıklı olarak korunmuş ve icra mahkemesine yapılacak olan itirazın, satıştan başka hiç bir icra takip işlemini durdurmaması öngörülmüştür (İİK m. 169). Bu durumda, itiraz yargılamasında sırasında da durmayan icra takibi, icra mahkemesinin vereceği itirazın reddi kararından sonra kural olarak devam edecektir (bkz. İİK m. 169a/son). Ancak borçlu icra mahkemesinin vermiş olduğu itirazın reddi kararını temyiz etmek ve temyiz aşamasında da görülmeye devam edecek olan icra takibini durdurmak istiyorsa, İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesine göre göstereceği teminat karşılığında mallarının haczini veya satışını temyiz yargılaması sonuçlanıncaya kadar durdurabilecektir. Bu açıdan, borçlunun itirazı ile icra takibinin durmadığı, devam ettiği kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, icra mahkemesinin vereceği itirazın reddi kararından sonra borçlunun göstereceği teminat, borçlunun menfaat alanında oldukça önemli bir sonuç doğurmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun alacaklı menfaatleri lehine getirilen bir diğer düzenleme de, Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasının alacaklıya tanıdığı imkândır. Bu maddeye göre, haciz veya iflâs yollarından birini seçmiş olan alacaklı, bir defaya mahsus olmak üzere o yolu bırakıp harç ödemeksizin diğerine yeni baştan müracaat edebilir (İİK m. 43/II). Bu durum, alacaklının "*takip yolunu seçme*" iradesine sahip olmasının ve icra hukukunda kural olarak tasarruf ilkesinin geçerli olmasının bir sonucudur. Kanun koyucu bu hükümde, alacaklının iradesine ağırlık vermiştir. Zira takibin tarafını, konusunu ve takip yolunu seçme hak ve yetkisine sahip olan alacaklının, bir defaya mahsus olmak üzere seçtiği takip yolunu değiştirmesine cevaz vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu hüküm, aynı zamanda borçlunun da menfaatlerine hizmet eden bir düzenlemedir. İlk olarak, hüküm alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla düzenlenmiştir; çünkü, borçlu hakkında iflâs yoluna başvurmuş olan alacaklının, iflâs yoluyla yaptığı takip neticesinde alacağının tamamına ulaşma ihtimâli düşüktür. Böyle bir durumda her şeyden önce alacaklı, borçlunun mal varlığını, borçludan alacaklı olan diğer

alacaklılarla paylaşmak zorunda kalacaktır. İflâs yoluyla yapılan bir takip sonunda, alacaklının alacak konusuna tamamen erişme ihtimâli haciz yoluyla yapacağı takibe nazaran çok daha düşüktür. Ancak hüküm borçlunun menfaatlerine de hizmet etmektedir; zira, alacaklının seçtiği iflâs yolu ile takibi haciz yolu ile takibe dönüştürmesi, borçlunun ekonomik ve ticarî hayatını sürdürmesine imkân tanır. İflâsına karar verilmiş bir borçlunun, ekonomik ve ticarî hayatı son bulur. Dolayısıyla iflâs yoluna başvuran alacaklının, takibi haciz yolu takibe dönüştürmesi her halûkarda borçlunun da menfaatindedir. Dolayısıyla, getirilen bu düzenlemeyle borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesinin korunmakta olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Ç. Üçüncü Kişiler Açısından

Genel haciz yolu ile ilgili aşağıdaki açıklamalarda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, takibin devamı sırasında ve özellikle de haciz aşamasında, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla birtakım hukukî yollar öngörülmüştür. Bu çerçevede ilk olarak haciz aşamasında, borçlu yerine kendi mallarının hacedilmesi hâlinde, üçüncü kişinin başvurabileceği istihkak iddiası ve davası (İİK m. 96 vd.) oldukça önemlidir. Bunun yanı sıra, alacaklı ile borçlu arasında yapılan takipte üçüncü kişi konumunda bulunan borçlunun diğer bir alacaklısına, hacze iştirak etme imkânı (İİK m. 100) tanınması da kural olarak alacaklılar arasında eşitlik ilkesinin geçerli olmasının bir sonucudur. Şikâyet yolu takibin her aşamasında olduğu gibi takibin devamı sırasında da, menfaati ihlâl edilen üçüncü kişinin başvurabileceği bir yol olarak (İİK m. 16) menfaatlerin korunmasına yardımcı olur.

Yukarıda borçlu ve alacaklılar hakkında, belirli durumlarda güvence sağlayan teminattan bahsedilmişti. Borçlu açısından olduğu gibi üçüncü kişiler açısından da teminat önemlidir. Zira ihtiyatî hacizde, borçlunun ve üçüncü kişilerin uğraması muhtemel olan zararların karşılanması amacıyla, alacağı ilâma -veya ilâm hükmünde bir belegeye- bağlı olmayan alacaklıdan teminat alınmasını gerekmektedir (bkz. İİK m. 259; 260/V). Buna göre, alacaklı, istenilen miktarda teminatı mahkeme veznesine yatırmadıkça, ihtiyatî haciz kararı kendisine verilmez ve alacaklı bu kararın icrasını

(İİK m. 261) talep edemez²⁴¹. Ayrıca mahkemece takdir edilen bu teminata karşı, üçüncü kişiler temyiz yoluna başvurabilirler (bkz. İİK m. 265/I, II).

IV. TAKİBİNİN SONUNDA VE TAKİPTEN SONRA

Dava sonunda elde edilen kesin hükümle aynı güce sahip olmasa da, takibin sona ermesiyle, taraflar arasındaki takip konusuna ilişkin uyuşmazlık son bulmaktadır. Ancak gerek takibin son aşamasında gerekse takipten sonra başvurulabilecek bazı yollar bulunmaktadır ve bu hukukî yolların ortak özelliği, haksız yere menfaat ihlâline sebebiyet vererek ilgililer arasındaki menfaat dengesini bozan takip işlemlerinin düzeltilmesi amacına hizmet etmeleridir.

Alacaklıya karşı esasında borçlu olmayan borçlunun, cebri icra tehdidi altında takip konusu parayı ödemesi durumunda borçlu, paranın ödenmesinden itibaren bir yıl içinde istirdat davası açarak ödediği parayı geri isteyebilecektir (İİK m. 72/VII, VIII). Bu dava niteliği itibariyle bir eda davasıdır ve maddî hukuk açısından sebepsiz zenginleşme davasına benzer; ancak bu davaya icra hukuku bakımından bazı şartlar ve sonuçlar bağlanmıştır²⁴². Genel mahkemelerde açılacak bu davanın görülebilmesi için takibin kesinleşmesi aşamasında, alacaklının itirazın iptali davası açmamış olması veya borçlunun, takipten önce veya takip devam ederken menfî tespit davası açmamış olması gerekir. Zira bu durumlarda, artık takip konusu borcun olup olmadığı kesin hüküm niteliğinde bir kararla tespit edilmiştir. Dolayısıyla istirdat davası, borcunun bulunduğu veya bulunmadığı kesin hükümle tespit edilmemiş olan borçlunun menfaatlerine hizmet eden bir davadır. Ancak, bu davayı açma imkânı tanıyarak yaptığı takip son bulan alacaklının menfaatlerinin ihlâle uğramaması için dava, borcun ödenmesinden itibaren bir yıllık süreye tâbi tutulmuştur (İİK m.

²⁴¹ **Kuru**, El Kitabı, s. 888.

²⁴² **Kuru**, Menfî Tespit Davası, s. 237. Ayrıca bkz. **Muşul**, s. 450-456; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 221; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 173.

İstirdat davasının şartları şu şekilde belirtilmektedir: (i) Borç olmayan bir paranın ödenmiş olması gerekir, (ii) paranın icra takibi sırasında ödenmiş olması gerekir, (iii) paranın cebri icra tehdidi altında ödenmiş olması gerekmektedir ve (iv) davanın, borç olmayan paranın icra veznesine tamamen ödenmesinden itibaren bir yıl içerisinde açılması gerekir (**Kuru**, Menfî Tespit Davası, s. 237-256. Ayrıca bkz. **Üstündağ**, İcra, s. 167-169; **Kuru**, El Kitabı, s. 341-343; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 221-222; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 173-174).

72/VII). İstirdat davasına benzeyen ancak, borçlunun borçlu olmadığı kesin olarak belirlenmesinden sonra başvurulabilecek bir yol ilâmlı icra yolunda icranın iadesi (İİK m. 40) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İcranın iadesinde, alacaklı elindeki ilâma dayanarak takip yapmakta; ilâmın gereği icra edilmekte; ancak, Yargıtay'a yapılan temyiz talebinden sonra mahkeme kararı bozularak tekrar incelenmekte ve inceleme sonucunda borçlunun, borçlu olmadığı tespit edilmektedir²⁴³. Bu durumda da, İcra ve İflâs Kanunu'nun 40. maddesi gereğince, icra takibi eski hâline iade edilmektedir. İcranın iadesi yoluna ancak, borçlunun borçlu olmadığı kesinleşmesi sonunda gidilmektedir. İstirdat davasında ise, zaten borçlu hakkında daha önce genel mahkemelerce verilmiş bir karar bulunmadığından başvurulmaktadır. Ancak, her iki hukukî yolun da amacı takibin gereğini yerine getiren borçlunun, kesin hükümle esasında borçlu olmadığı tespit edilmesi durumunda icranın eski hâle dönüştürülmesini sağlamaktır.

Bunun yanı sıra takibin son aşamalarından olan satış aşamasında ortaya çıkacak hak ve menfaat kayıplarının önüne geçilmesi için kanun koyucu tarafından ihâlenin belirli durumlar altında feshine imkân tanınmıştır (İİK m. 134). Bu imkân hem menfaati zarar gören alacaklıya hem de borçluya tanındığından önemli bir başvuru aracıdır. Yine bunun gibi satış aşamasından sonra paraların ödenmesi aşamasında, alacaklıların hak ve menfaatlerinin zarara uğramasını engelleyici bir fonksiyon arzeden sıra cetveline itiraz davası ile şikâyet de önemli birer başvuru aracıdır (İİK m. 142). Yine aciz vesikası, takibin sonunda alacaklının alacak hakkının korunmasına hizmet eden önemli araçların başında gelir (İİK m. 143)²⁴⁴.

Takibin sonunda, özellikle kötü niyetli borçlulara karşı alacaklıları korumaya yönelik en önemli araçların başında ise tasarrufun iptali davası gelmektedir (İİK m. 277 vd.). Zira bu dava aracılığıyla, borçlunun ve üçüncü kişilerin muvazaalı ve kötü niyetli birtakım davranışlarına karşı alacaklının hak ve menfaatlerinin korunması mümkün olabilecektir. Belirttiğimiz tüm bu başvuru araçları, üçüncü bölümde her bir

²⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Tanrıver*, s. 171-173.

²⁴⁴ Bütün bu belirtilen hususların menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. III. Bölüm, § 9, III, B, 6.

müessesenin ilgili olduğu başlık altında ayrıca inceleneceğinden burada konun ayrıntısına girmiyoruz²⁴⁵.

§ 8. MENFAAT DENGESİNİ KORUMAK VE GÖZETMEKLE YÜKÜMLÜ OLANLAR

İ. GENEL OLARAK

Hakkın, hukuk düzeni tarafından korunan menfaat ve tanınan yetki şeklinde tanımlandığını daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Hakkın konusunu oluşturan menfaatin ihlâl edilmesi durumunda, hakların korunması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu ihtiyacın ortaya çıkması ise, “*hakkın kim tarafından korunacağı*” sorusunu da beraberinde getirmektedir. Modern hukuk düzenleri, hakların doğrudan doğruya hak sahibi eliyle korunmasını kural olarak kabul etmezler. Hukuk düzeni yargı, icra ve infaz organlarına hakkın korunması için bir ödev ve aynı zamanda da yetki verir.

Menfaat dengesini gözetmekle yükümlü olan ve hakların korunması sürecinde ilk etkiye sahip olan organ yasama organıdır. Yasama organı, kanun yapma yetkisine dayanarak soyut hukuk kurallarını düzenlemektedir. Yasama organı tarafından kanun hâline getirilen bu kurallara uyulup uyulmaması ve uyulmaması hâlinde uygulanacak yaptırımın türü, ölçüsü konusundaki yetki ise artık yasama organında değildir.

Hukuk kurallarının yaptırımlarını uygulama yetkisi, yürütme ve yargı organlarına verilmiştir. Yürütme ve yargı organları, yasama organının kabul etmiş olduğu hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Kuralın temeli ve sınırı yasama organı tarafından belirlendikten sonra, yasama organı, yürütme ve yargı organına somut olaya uygulanacak soyut hukuk kuralını belirleme, yaptırım konusunda alternatifleri seçme veya belirli sınırlar içerisinde kalarak karar verme yetkisi gibi birtakım yetkiler tanımaktadır²⁴⁶. Nitekim menfaatlerin dengelenmesi gereği de, bu yetkinin bir uzantısıdır.

²⁴⁵ Tasarrufun iptali davasının menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. III. Bölüm, § 10, IV, B, 3.

²⁴⁶ *Karayağın*, Hukukta Metod, s. 118.

II. YASAMA ORGANI

Taraflar arasındaki menfaat çatışmasının dengelenmesinde ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasında etkili olabilecek ve bu dengeyle korumanın gerçekleştirilmesini sağlayacak etkin organların başında yasama organı gelmektedir. Yasama organı, yargı organlarının uyuşmazlığa el koymasından veya yürütme organının kanunların uygulanmasını sağlamak için kamusal gücünü kullanmasından çok daha önce uyuşmazlıklara uygulanacak soyut hukuk kurallarını belirlemek suretiyle, hukuk düzeninin kurulmasında önemli bir işleve sahip olmaktadır. *Rousseau*'nun ifadesiyle kanun koyucu, yani yasama organı “makineyi icad eden teknisyen”dir²⁴⁷; bu sebeple özellikle icra hukukunda menfaat dengesinin kurulması ve korunması konusunda uygulanacak kuralların belirlenmesinde, kanun koyucunun çok önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır.

Yasama organı yani Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin temsilcisi olarak (Ay m. 80) görevini yerine getirir. Dolayısıyla yasama organı, Türk milletinin tümünü temsil ettiğinden, kanun yapma yetki ve ödevini kullanırken toplumdaki haktan yararlanacak tüm ilgililere ve menfaat gruplarına kural olarak²⁴⁸ eşit uzaklıkta bulunmak zorundadır. Aksi takdirde devlet, adaleti gerçekleştirme görevinden uzaklaşır. Bu sebeplerle, yasama organının kanunlaştırma sürecinde, menfaat dengesinin kurulmasında ve korunmasında hassas davranması; haktan yararlanacak ilgililere eşit uzaklıkta bulunması; uyuşmazlığa taraf olacak kişilerin kanun önünde eşit hak ve silâhlara sahip olmalarını sağlanması önemlidir ve bu yükümlülükler, devletin temel görevleri arasındadır.

²⁴⁷ *Schefold* [Çev. Ayiter], s. 513.

²⁴⁸ Bu kurala getirilebilecek istisnalar arasında zayıfın korunması gibi kamu düzenine ilişkin olabilecek tarafların gerçek eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirler sayılabilir. Ancak, bu istisnaların geniş yorumlanmaması da gerekir. Zira, kişilerin yasama ve yargı organı önünde eşit haklara sahip olmalarının sağlanması için alınabilecek tedbirler, ancak taraflar arasında mevcut koşulların taraf menfaatlerini ve eşitliğini sağlayamaması durumunda karşımıza çıkabilmelidir. Ayrıca bu durum da ancak maddî hukuka ilişkin kurallar açısından söz konusu olabilecektir. Zira şekli hukuk dallarında, bu arada medenî usûl hukukunda olduğu gibi icra hukukunda da, zayıf tarafın korunması ilkesi gibi bir ilkenin geçerli olduğundan söz edilemez. Şekli hukuk kuralları açısından zayıfın korunması, ancak hak arama sürecinin başında daha doğrusu, hukukî yollara başvurmak için söz konusu olabilir. Örneğin, kişinin hukukî yollara başvurması için gerekli ekonomik koşulları bulunmuyorsa, devlet bu kişiyi adli yardım müessesesi ile korumaya çalışır. Ancak, hak arama süreci bir kez başlatıldıktan sonra şekli hukukta artık zayıfın korunmasından söz edilemez. Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, B, 7; I. Bölüm, § 4, I, Ç, 2, b.

Yasama yetkisi, devletin üç temel erkenden biridir. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin içerisinde, yasama organı icra hukukunda gözetilmesi anayasal bir zorunluluk olan menfaat dengesinin kurulmasıyla korunmasında kronolojik olarak yükümlü olan ilk organdır. Esasında bu açıdan da yükümlülüğü, yürütme ve yargıya oranla daha ağırdır. Zira bu üç kuvvet arasında bir üstünlük durumu söz konusu olmasa da, yürütme ve yargı organları, yasama organının kabul ettiği hukuk normlarıyla bağılırlar. Ancak yürütme ve yargı organlarının bu bağılılığı, Anayasa ile sınırlıdır (bkz. Ay m. 11). Zira bir yargı organı, önüne gelen uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünüyorsa, Anayasa Mahemesi'ne başvurarak bu kanun hükmünün iptalini talep etmelidir²⁴⁹. Anayasa'nın 11. maddesi açıkça bu sonucu doğurmaktadır.

Esasında çalışmamızın daha önceki bölümlerinde ele aldığımız menfaat dengesi ihlallerinin çok önemli bir kısmı, temelini yasama organının Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olarak ortaya koyduğu irade açıklamalarından kaynaklanmaktadır. Birinci bölümde ele aldığımız hukuk devletinin gereklerine, yasama organı da bağılıdır. Buna göre yasama organı yasama gücünü kullanırken, ancak Anayasa'nın belirlemiş olduğu çerçevede hareket edebilecek (Ay m. 11)²⁵⁰; her ne sebeple olursa olsun bu gücünü kullanırken herhangi bir kişiye, sınıfa, menfaat grubuna imtiyaz sağlayıcı düzenlemeler getiremeyecek (Ay m. 10); kişilerin temel hak ve özgürlüklerini her durumda güvence altına alacak (Ay Başlangıç; Ay m. 12); kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ederken de ancak Anayasa'nın belirlemiş olduğu esaslar çerçevesinde düzenlemeler öngörebilecek (Ay m. 13); temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan uluslararası sözleşmelere riayet edecek ve hukukun temel ilkelerine (Ay m. 90) uyacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle, “*Yasa koyucunun Anayasa ve üstün hukuk kurallarıyla sınırlı olan takdir hakkını aşması söz konusu değildir*”²⁵¹. Ancak çalışmamızın çeşitli bölümlerinde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, yasama organı tarafından bu anayasal ilke ve esaslara uyulmaması, icra hukuku açısından ciddî ihlaller barındıran ve menfaat dengesini

²⁴⁹ Bu konuda bkz. **Ocakçıoğlu**, s. 507-508; **Gülsoy**, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 96.

²⁵⁰ **Gülsoy**, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 87. Yasama organının Anayasa'ya bağılılığı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gülsoy**, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 87-101.

²⁵¹ AMK 11.09.1986, 1985-33/22 (AMKD S. 22, s. 194-195).

bazı menfaat grupları lehine ortadan kaldıran birtakım düzenlemelerin hukuk sistemimize kazandırılmasına sebebiyet vermiştir. Zira Anayasa'da belirlenen ilke ve esasların, icra hukuku gibi kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalede bulunan hukuk dallarında dikkate alınmaması söz konusu olamaz. Anayasal ilke ve esasların, bir millet adına hareket eden yasama organı tarafından dahi dikkate alınmaması, o ülkede hukukun meşruluğu sorununu da beraberinde getirecektir. Türk icra hukuku sistemi de bugün, bu sorun ile karşı karşıyadır.

Yasama organının kanun yapma faaliyetini ele alırken, öncelikle kanun yapmanın amacından da söz etmek gerekir. Zira bu durumda, kanun koyucunun icra hukukuna ilişkin kuralları düzenlerken gözeteceği amacı da belirlemiş olacağız. Yasama faaliyeti, hukuk düzeninin sağlanmasına yönelmeli, adaletin gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu doğrultuda icra kurallarında soyut olarak kanun yapmanın amacı, toplumda hukuk düzenini, istikrarı, adaleti sağlayacak en uygun hukuk kurallarını ve yaptırımları bulmak, onlara kanun gücünü kazandırmaktır²⁵². Ancak bu amaca hizmet eden bir kanunlaştırma faaliyeti, adaletin sağlanmasına hizmet edebilecektir. Bu durumda yasama organı tarafından kanunlaştırılması düşünülen hukuk kurallarının da, toplumun ve kişilerin korunmaya değer maddî ve manevî menfaatleri arasında hassas dengeyi kurmak, çatışan menfaatler arasında en uygun çözümü gerçekleştirmek yani, adaleti sağlama amacına yönelmesi gerekir. Aksi takdirde yasama organı tarafından kanunlaştırılan hukuk kurallarının, güçlü ve sürekli olması mümkün olmayacaktır²⁵³. Bu çerçevede icra hukuku kuralları da, takibin taraflarının ve takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatleri arasında hassas dengeyi kurmayı, çatışan menfaatler arasında en uygun çözümü gerçekleştirmek amacıyla olmalıdır. Ancak bu durumda, gerçekten de *adaletin sağlandığından* söz etmek mümkün olabilecektir.

Konumuz açısından da önemli olan bir gelişmenin, bu noktada ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızda tespit ettiğimiz gibi, icra hukuku sistemimizde salt kanun yapma tekniğine aykırılık sebebiyle dahi menfaat dengesine aykırılık yaratan pek çok durum bulunmaktadır. Bu durumu temel birkaç

²⁵² *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 110.

²⁵³ *Karayalçın*, Hukukta Metod, s. 117.

örnek vermek gerekirse, İcra ve İflâs Kanunu'nda 68b, 150ı gibi maddelerin anlaşılması son derece zor, dolambaçlı ifadelerle²⁵⁴ hak arama özgürlüğünü engellediğini; 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nda madde metninde belirtilmemiş olmasına rağmen, 138. maddenin gerekçesinde, Fon'a ait malların haczedilemeyeceğinin belirtilmesini; İcra ve İflâs Kanunu'nda madde hükmü ile madde gerekçesi arasında çelişki bulunan 88. maddeyi gösterebiliriz. Bunlar gibi örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür. İşte bu şekilde kanun yapma tekniğine aykırılık oluşturan ve aynı zamanda icra hukukundaki menfaat dengesini de bozan bu ihlâllerin, bundan sonraki kanunlaştırma faaliyetlerinde 2005/9986 karar sayılı Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile engellenmesi mümkün olabilecektir. Zira bu Yönetmelik, gerek kanun yapma tekniği açısından gerekse kanun yapma tekniğine aykırılık oluşturan durumların sebebiyet verdiği menfaat dengesi ihlâlleri açısından son derece önemli birtakım yenilikler getirmektedir. Nitekim Yönetmeliğin "*Taslak hazırlamada uyulacak ilkeler*" başlığını taşıyan 4. maddesinde, taslaklar hazırlanırken birtakım ilkelere uyulması gerektiği düzenlemiştir. Bu ilkeler arasında, menfaat dengesi ihlâllerine de sebebiyet veren sorunların çözülmesine hizmet edecek şekilde taslakların, (i) üst hukuk normlarına aykırı olamayacağı; (ii) düzenleme amacına uygun olarak hazırlanacağı; (iii) hazırlanırken yargı kararlarının da gözönünde bulundurulacağı; (iv) madde metinlerinin kısa ve anlaşılır biçimde düzenleneceği, ayrıca içinde açıklayıcı hükümlere yer verilemeyeceği gibi birtakım temel ilkeler kabul edilmiştir.

Yönetmeliğin 4. maddesinde benimsenen bu ilkelere göre, kanun taslaklarının öncelikle üst hukuk normlarına uygunluğu tespit edilecektir. Burada önemle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu "*Anayasa normları*" yerine, "*üst hukuk normları*" ifadesini kullanırken bilinçli bir tercih yapmış ve hukukun genel ilkelerine uyulmasını arzu etmiştir. Zira Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün 38. maddesine göre komisyonlar, kendilerine havale edilen tasarı veya tekliflerin ilk önce Anayasa'nın metin ve ruhuna aykırı olup olmadığını tetkik etmekle yükümlüdürler; bir komisyon, bir tasarı veya teklifin Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ettiği takdirde gerekçesini belirterek maddelerin müzakeresine geçmeden

²⁵⁴ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 104.

reddeder (TBMM İç Tüzüğü m. 38)²⁵⁵. TBMM İçtüzüğünde “*Anayasa’nın metin ve ruhuna uygunluk*” aranırken, Mevzuat Hazırlama Yönetmeliğinde “*üst hukuk normları*”nın tercih edilmesi bilinçlidir. Bu durumda, kanun koyucu icra hukukuna ilişkin hükümleri düzenlerken sadece Anayasa’yı değil, aynı zamanda temel hakların korunması hakkındaki uluslararası sözleşmeler ile genel hukuk ilkelerini de dikkate almak zorundadır²⁵⁶.

Bunun gibi Yönetmeliğin 4. maddesinde, taslaklar hazırlanırken ilgili mevzuatın tümünün gözden geçirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin de gerçekten uygulanması durumunda, Bankacılık Kanunu veya 6183 sayılı Kanun’un içerdiği gibi, icra hukuku mevzuatının temel kanunu niteliğinde olan İcra ve İflâs Kanunu’nun benimsemiş olduğu sisteme aykırı birtakım düzenlemelerin önüne geçilmesi, mümkün olabilecektir. Ayrıca Yönetmeliğin bu maddesine göre taslaklar sade, anlaşılır, kısa ve açık ifadelerle hazırlanmalıdır. Bu düzenlemenin de hazırlanan kanun taslaklarına uygulanması hâlinde, daha önce belirtmiş olduğumuz esaslar çerçevesinde menfaat dengesi ihlallerinin önüne geçilmesinde önemli bir gelişme gösterilmiş olacaktır. Zira bu şekilde Kanun’da birtakım dolambaçlı ifadelerle, bir taraf aleyhine menfaat dengesini ortadan kaldıran düzenlemelerin üstü örtülü bir şekilde kabul edilmesinin (*böyle bir örnek için bkz. İİK m. 68b ve 150i*²⁵⁷) önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.

Yönetmeliğin “*Gerekçeler*” başlıklı 21. maddesine göre de, genel gerekçede taslağın hazırlanmasını gerektiren nedenlerin açıkça belirtilmesi; ayrıca madde gerekçelerinde, her maddenin düzenleniş nedenlerinin açıklanması; kaldırılması, değiştirilmesi veya eklenmesi istenen hükümlerin neler olduğunun ve kaldırma, değiştirme veya ekleme sebeplerinin açıkça belirtilmesi; madde gerekçelerinin, her madde için ayrı ayrı düzenlenmesi; madde gerekçelerinin, madde metninin tekrarı biçiminde hazırlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin yasama faaliyetinde uygulanması durumunda da, esasında belki de kendisinden

²⁵⁵ Komisyonların, yasama faaliyetindeki önemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. *Karamustafaoğlu*, s. 5 vd.

²⁵⁶ İcra hukukunda uygulama alanı olan uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkeleri hakkında bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, B, 5.

²⁵⁷ İİK m. 68b ve 150i hükümlerine bu yönde yapılan eleştiriler için bkz. *Özkes*, Kredi Kurumları, s. 104 vd.

beklenilmeyen önemli bir sonuç doğacaktır. Zira bu düzenlemeye uygun şekilde kaleme alınan gerekçelerle, bazı menfaat gruplarının, alt komisyonlarda kanunlara kendi menfaatleri lehine olmak üzere birtakım düzenlemeler ekletmesi ve son anda eklenen bu düzenlemelerin farkedilmeden genel kuruldan geçirilmesinin engellenmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca, bu düzenleme ile kanun maddesinde olmayan veya kanun maddesinde hükme alınanın aksine bir ifade içeren taslak metninin başarıya ulaşması mümkün olmayacaktır.

Yönetmeliğin, taslaklar hakkında ilgili bakanlıklar ile kurum ve kuruluşlardan alınacak görüşlerin usûl ve esaslarını ayrıntılı olarak düzenleyen 5, 6 ve 7. maddeleri de son derece önemli bir zorunluluk getirmektedir. Zira, yukarıda İcra ve İflâs Kanunu'nda *-özellikle birtakım menfaat gruplarının baskıları ile-* gerçekleşen değişikliklerin, genellikle kamuoyuna sunulmaksızın son derece aceleyle getirilerek yapıldığını ve bu yüzden de ağır eleştirilerden kurtulamadığını belirtmiştik. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nda bu şekilde kamuoyuna sunulmaksızın kanunlaşan düzenlemelerin, gerçekten de sadece belirli kesimlerin katılımıyla ve bu kesimlerin menfaatlerinin lehine yapıldığını göz önüne alırsak eleştirilerin haklılığı açıkça ortaya çıkacaktır²⁵⁸. Yönetmeliğin ilgili maddeleri de, bu durumun engellenmesine hizmet edecek şekilde, taslakların son derece geniş bir kamuoyu kitlesine sunulmasına ve buralardan alınacak görüşlerin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu durum ise, taslakların şeffaf bir süreçten geçilerek kanunlaşmasını sağlayacaktır²⁵⁹.

Bu esaslar çerçevesinde, henüz 2006 yılından bu yana yürürlükte olan Yönetmeliğe göre hazırlanacak icra hukuku kurallarına ilişkin kanun değişikliklerin, bundan sonra hukuka, Anayasa'ya, hukukun temel ilkelerine uygun içeriklerle ve şeffaf bir süreçten geçerek kanunlaşması beklenilmektedir. Şayet Yönetmeliğin uygulanması sağlandığı takdirde, icra hukuku alanında yasama faaliyetleri sırasında gerçekleşen menfaat dengesi ihlallerinin önemli bir oranda önüne geçilebilecektir.

²⁵⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, 1.

²⁵⁹ “Kanun değişikliklerinin gerçekleşmesinde bir ‘şeffaflık’ olması gerekir. ‘Karakollarda hapisanelerde şeffaflık’ dışında, kanun değişikliklerinde de bir şeffaflık olması ve bunların, bilimadamlarının, ilgili çevrelerinde iştirakiyle, geniş bir tartışma ortamı içinde yapılması temenni edilir.” (Kabaalioglu H., Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Açılış Konuşması, s. V).

Ayrıca son olarak belirtmek isteriz ki cebrî icraya ilişkin kanunlarda, menfaat dengesinin korunmasına ve kurulmasına yönelik birtakım boşluklar olması mümkündür ve hatta bu durum, işin mahiyeti gereği olağandır. Ancak bu durumda mevcut yasa boşlukları, menfaat dengesine uygun olarak yorumlanmalı; kanun koyucunun iradesi taraf menfaatlerinin korunmasına en uygun şekilde belirlenmelidir.

III. YARGI VE İCRA (TAHSİL) ORGANLARI

A. Genel Olarak

Yasama organının somut olaylara uygulanacak soyut hukuk normlarını kanunlaştırmasının ardından, hakkın teminini sağlayacak devlet organı olarak yargı ve icra organları karşımıza çıkacaktır. Yukarıdaki açıklamalarımızda, soyut hukuk kurallarının kanunlaştırılması süreci sırasında, taraf menfaatlerinin dengelenmesinde ve üçüncü kişiler ile takibin taraflarının menfaatlerinin korunmasında etkili olacak ilk organın yasama organı olduğunu belirledik. Kanunlaştırma sürecinin ardından, hakların icrasının sağlanması aşamasında menfaatler çatışmasında rol oynayacak organ, yargı ve icra organlarıdır. Zira yargı ve özellikle icra organları hakkın icrasını sağlarken, çoğu zaman alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaklardır. Bu noktada önem kazanan husus, yargı ve icra organlarının her bir yargılama ve takip sürecinde öncelikle menfaatlerini gözetecek olduğu tarafları/ilgilileri hukukun, hakkaniyetin ve menfaat dengesindeki hassas ölçüyü gereğine uygun şekilde belirlemesi ve buna uygun olan hukukî korumayı sağlayabilmesidir.

B. Mahkemeler ve Yargı Organları

Takip prosedüründe icra dairesinin sahip olduğu işlev önemli olmakla birlikte, icra dairesi dışında mahkemeler de bu noktada önemli bir yere sahiptir. Takip prosedüründe mahkemeler denildiğinde özel bir mahkeme niteliğinde olan icra mahkemeleri ile genel mahkemeler anlaşılmaktadır. Şüphesiz ki, takip sürecinde asıl işleve sahip olan ve ilk planda karşılaştığımız genellikle icra mahkemeleridir. Zira icra mahkemesi, icra prosedüründe menfaatler dengesinde hassas dengeyi

uygulayacak ve denetleyecek olan, sadece icra iflâs hukuku işlerine bakan özel bir mahkeme niteliğindedir.

İcra mahkemeleri, icra hukukunda önemli işlemlere sahip olan bazı talepleri incelemeye yetkili tek organdır. Örneğin şikâyet talebi, itirazın kesin veya geçici kaldırılması talepleri, istihkak davaları, ihâlenin feshine ilişkin şikâyet talepleri gibi. Ancak, özellikle icra mahkemesinin yaptığı yargılamanın sınırlı bir yargılama olması ve verdiği kararların kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle (İİK m. 363), takip prosedüründe genel mahkemeler de önemli bir işlev kazanmaktadır. Zira, bazı durumlarda, icra mahkemesinin verdiği kararların ardından genel mahkemelere başvurmak mümkün olabildiği gibi (*itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklının itirazın iptali davası açması gibi*) bazı durumlarda da doğrudan genel mahkemelerde dava açma yoluna gidilebilmektedir (*borçlunun, hukukî yararı olmak koşuluyla genel mahkemelerde menfî tespit davası açması veya elinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesi anlamında belge bulunmayan alacaklının doğrudan genel mahkemelerde itirazın iptali davası açması gibi*). Dolayısıyla, menfaatlerin dengelenmesine ilişkin olarak kişilerin başvurabilecekleri hukukî çareler açısından her iki mahkeme de bazı durumlarda birbirlerinden bağımsız bazı durumlarda da birbirleriyle bağlantılı bir öneme sahiptir. Bunun yanı sıra icra mahkemesi kararlarının, incelemeye yetkili olduğu taleplere oranla oldukça az sayıdaki kararlarının temyizinin mümkün olması hem genel mahkemelerin takip sürecinde sahip oldukları önemi arttırmakta hem de menfaatlerin dengelenmesinde önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁰.

Ancak özellikle menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından, icra prosedüründe önem arzeden bazı işlemlerin icra mahkemesi denetiminden geçmesi, konumuz açısından bu mahkemelerin önemini oldukça arttırmaktadır. Zira icra mahkemesi örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin uygulanmasından, kıymet takdirinden doğan, icranın geri bırakılmasına ilişkin, muhafaza tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların son inceleme merciidir (İİK m. 363). Esasında bu işlemlerin tümü, menfaat dengesinin korunmasına doğrudan hizmet ederler. Bu durum karşısında icra mahkemesinin, yapacağı incelemelerde taraflar

²⁶⁰ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. III. Bölüm, § 10, III, Ç.

arasındaki menfaat dengesini kurulması, korunması ve kararını bu doğrultuda vermesi çok büyük bir öneme sahiptir.

Bu çalışmanın bir çok yerinde farklı şekillerde değinildiği üzere, özellikle denetim ve içtihat birliğini sağlama bakımından en önemli organ olan Yargıtay'ın bu konudaki fonksiyonu oldukça önemlidir. Yargıtay verdiği kararlarda, menfaat dengesinin gözetilip gözetilmediğini dikkate almalı, bu konuda uygulamadaki boşlukları dolduracak nitelikte içtihatlarla yol gösterebilmelidir. Nitekim bu çalışmanın bir çok yerinde bu yöndeki Yargıtay kararlarına atıf yapılmış bulunmaktadır²⁶¹. Ancak burada daha önce yaptığımız şu eleştiriyi de tekrarlamakta yarar görüyoruz: İcra ve İflâs Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen Yargıtay'ın icra ve iflâs kararlarının yayınlanacağına ilişkin hükmün, üzerinden uzun zaman geçmiş olmasına rağmen uygulanmamış olması, icra ve iflâs hukuku gibi içtihat hukuku hâline gelmiş bir alanda önemli bir eksiklik oluşturmaktadır²⁶².

C. İcra (Tahsil) Daireleri

Takip prosedürünün temel organı icra dairesidir. Haciz yolu ile yapılan tüm takip türlerinde, takip icra dairesinden başlatılır -*Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile Bankacılık Kanunu'nun birtakım düzenlemeleri, kuralın istisnasını oluşturur*- ve takibe ilişkin bir çok işlem daha sonraki aşamalarda da icra dairesi tarafından gerçekleştirilir. Bu sebeple icra daireleri, takip prosedürünün en önemli organlarının başında gelmektedir. İcra dairelerinin başında bulunan icra memurları da, icra takibini devlet adına yürüten ve cebrî icra gücüne sahip memurlardır²⁶³.

Bu çerçevede Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile Bankacılık Kanunu'nda icra takibini yürütme yetkisinin bizatihi alacaklının kendi yetkili organlarına verilmesi hukuka ve menfaat dengesine aykırıdır. Zira birinci bölümde de üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz üzere, cebrî icra yetkisi mutlak anlamda devletin egemenlik yetkisinin bir unsurudur ve devredilmesi mümkün

²⁶¹ Bu konuda özellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin menfaat dengesinin korunmasına hizmet eden bazı kararları hakkında yaptığımız açıklamalar için bkz. yuk. II. Bölüm, § 5, 3.

²⁶² Bu konuda daha önce yaptığımız eleştiri için bkz. yuk. I. Bölüm, § 2, III.

²⁶³ *Pekantez*, Şikâyet, s. 16.

değildir. Ayrıca günümüzün modern cebrî icra sistemlerini, Roma icra hukuku sisteminden ayıran en önemli özellik de, alacaklının ihkak-ı hak yetkisine sahip olmamasıdır. Bu durumda, ihkak-ı hakka benzer birtakım yetkilerin de modern icra hukuku sistemlerinde bazı alacaklı gruplarına verilmesi doğru değildir. Yine özellikle vurgulamak gerekir kanun koyucunun, özellikle borçlu ile doğal bir menfaat çatışması içerisinde olan alacaklıya bu yetkiyi vermesi son derece sakıncalıdır. Ayrıca bu durumda, taraflar arasında gerçek anlamda menfaat dengesinin kurulması da mümkün olamayacaktır. Zira kanun koyucu, icra organlarının bağımsız ve tarafsız olmasını gerekli görmüş; bu sebeple de hâkimlerinkine benzer birtakım düzenlemeleri (İİK m. 10; 10a; 11) icra memurları için öngörmüştür. İcra organlarının bağımsız ve tarafsız olması, taraflar arasında çatışan menfaatlerin dengelenmesi vazgeçilemez bir öneme sahiptir. Zira icra memurlarının, bir takip prosedüründe çatışan menfaatleri dengeleyebilmesi her şeyden önce, takibin taraflarına eşit uzaklıkta bulunmasına bağlıdır. Bu açıdan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun kamu idaresi ile Fon yetkililerine, kendilerinin bizatihi *alacaklı konumunda oldukları* icra takiplerini yürütme yetkisinin verilmesi âdil yargılanma hakkı açısından da, menfaat ihlâllerine rahatlıkla sebebiyet vereceğinden hukuka aykırıdır²⁶⁴.

İcra dairesi memurlarının takip prosedüründe sahip oldukları konum, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra dairesi görevlilerine birtakım yükümlülükler yüklemesine ve bazı yetkiler tanınmasına sebebiyet vermektedir. İcra dairesi görevlileri, bir çok kamu görevlisinin sahip olmadığı bazı önemli yetkilere sahiptir. Bunlar arasında, borçlunun konutuna girilmesi (İİK m. 80; AATUHK m. 78/I) veya borçlunun mal varlığı üzerinde zor kullanma yetkisinin bulunması (İİK m. 24-32; İİK m. 80; AATUHK m. 80) örnek olarak gösterilebilir²⁶⁵. İcra ve İflâs Kanunu'nun icra dairesi memurlarına

²⁶⁴ Bu durumun âdil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. II. Bölüm, § 4, I, Ç, 2, b.

²⁶⁵ İcra ve İflâs Kanunu'nda, icra memuruna zor kullanma yetkisinin tanındığı durumların listesini de şu şekilde belirlemek gerekir:

- Borçlu, taşınır teslimine ilişkin ilâmlı icra emrinin gereğini yerine getirmez ise, hükmolunan ilâm konusu taşınır veya onun misli borçlunun yedinde bulunursa “*zorla alınır*” alacaklıya teslim edilir (İİK m. 24/III; İİK Yön. m. 23).
- Borçlu çocuk teslimine ilişkin ilâmın gereğini yerine getirmez ise, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmü “*zorla icra olunur*” (İİK m. 25/I; İİK Yön. m. 24).

tanıldığı bu yetkilerin kullanımında, icra dairesi görevlilerinin somut olay üzerinde uyguladığı (veya uygulaması gerektiği) takdir yetkisi, menfaatlerin dengelenmesinde de özel bir öneme sahiptir.

İcra dairesi memurlarına, birtakım yükümlülükler yüklenmesinin ve takdir yetkisi tanınmasının en önemli sonuçlarından birisi, bu kişilerin yapmış oldukları işlemlere karşı ilgililerin şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvurabilmesidir. Şikâyet yolu ile menfaat dengesini bozan veya menfaat ihlâllerine haksız bir şekilde sebebiyet veren icra dairesi memurlarının işlemlerinin, ilgililerin yapacağı talep üzerine düzeltilmesi mümkün olabilecektir. Bu sebeple icra memurlarının, takip prosedüründe takibin taraflarının ve üçüncü kişilerin menfaatlerini dengeleme yükümlülüğü ile şikâyet yolu arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır²⁶⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, icra dairelerinin başında görevli olan icra memurları, yargılama organlarından farklı olarak devletin “*cebrî icra fonksiyonu*”nu yerine getirmektedir. Buradan hareketle, icra organları ile yargı organlarının

-
- Çocuk teslimine ilişkin ilâmın gereği yerine getirildikten sonra, diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa, hükme gerek kalmaksızın “*zorla elinden alınıp*” öbür tarafa teslim olunur (İİK m. 25/II; İİK Yön. m. 24).
 - Çocukla şahsî ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası borçlu tarafından yerine getirilmez ise, ilâm hükmü “*zorla yerine getirilir*” (İİK m. 25a/II; İİK Yön. m. 24).
 - Taşınmazların tahliye ve teslimine ilişkin ilâmların gereği, borçlu tarafından yerine getirilmez ve borçlu taşınmazı veya gemi siciline kayıtlı gemiyi işgâl etmeye devam ederse, ilâm hükmü “*zorla icra olunur*” (İİK m. 26/II; İİK Yön. m. 23).
 - Taşınmazların tahliye ve teslimine ilişkin ilâmların gereğinin yerine getirilmesi üzerine, alacaklıya teslim olunan taşınmaza veya gemi siciline kayıtlı gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu, ayrıca hükme gerek kalmaksızın “*zorla çıkarılır*” (İİK m. 26/III; İİK Yön. m. 23).
 - Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilâm hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilâm hükmü tekrar “*zorla yerine getirilir*” (İİK m. 30/IV; İİK Yön. m. 25).
 - Borçlu, bir irtifak hakkının veya gemi siciline kayıtlı bir gemi üzerindeki intifa hakkının kaldırılmasına dair ilâmın gereğini yerine getirmez ise, ilâmın gereği “*zorla yerine getirilir*” (İİK m. 31; İİK Yön. m. 25).
 - Borçlu, haciz sırasında kendisinden istenildiği takdirde, kilitli yerleri ve dolapları açmak ve eşyaları göstermek zorundadır; aksi takdirde, bu yerler “*zorla açtırılır*” (İİK m. 80/III).
 - Haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın, gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun “*şahsına karşı kuvvet istimal edebilir*” (İİK m. 80/IV).

²⁶⁶ İcra memurlarının menfaat dengesinin ihlâlüne yol açan işlemlerinden dolayı başvurulabilecek şikâyet yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. III. Bölüm, § 10, III, B.

yaptıkları işlemler de birbirinden farklı hukukî temellere dayanmaktadır. Buna bağlı olarak icra memurlarının “*menfaatleri dengeleme yükümlülüğü*”nün ve bu yükümlülüğün derecesinin belirlenmesinde, gerçekleştirdikleri işlemlerin hukukî niteliği önem arz etmektedir²⁶⁷. İlk bölümde yaptığımız açıklamalarda, icra organlarının kuvvetler ayrılığı içerisinde yürütme organına dahil olduğunu belirtmiştik. Buna göre icra organları, devletin mutlak tekelinde olan cebrî icra faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. İcra organlarının yürütmekte oldukları bu faaliyet, kendileri açısından birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir.

İlk olarak, egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin olan cebrî icra faaliyeti, temelini ve gücünü Anayasa’dan aldığından, icra organlarının işlemlerinin de Anayasa’ya uygun olması zorunludur (Ay m. 11). Ayrıca devlet organları ve makamlarının bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uymaları zorunluluğu (bkz. Ay m. 10) karşısında, icra organları da gerek alacaklı ile borçlu arasında gerekse diğer ilgililer arasında eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlüdür. Bunların yanı sıra ilk bölümde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, icra hukukunda menfaat dengesinin konusunu, kişilerin temel hak ve özgürlükleri oluşturmaktadır. Bu nedenle, alacaklının ve -*özellikle*- borçlunun hâkimiyet alanında sonuç doğuran takip işlemleri, çoğunlukla beraberinde temel haklara yapılan bir müdahaleyi de getirmektedir. Bu durumda ise, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin ölçülülük ilkesine uygun olması gereği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, icra organlarının menfaatlerin dengelenmesi kapsamındaki en önemli yükümlülüklerinin başında, alacaklı-borçlu veya üçüncü kişinin temel haklarına sınırlama getiren tüm müdahalelerde ölçülülük ilkesinin gereklerine göre hareket etme zorunluluğu gelmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu tarafından icra memurlarına tanınan takdir yetkisi oldukça geniş bir alana sirayet etmektedir²⁶⁸. Bu yetkilerin tümünde icra memurları karar

²⁶⁷ İcra organlarının işlemlerinin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Şikâyet, s. 16-20. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, B, 3, c.

²⁶⁸ İcra ve İflâs Kanunu’nda “*icra memuru*”na, “*icra müdürü*”ne veya “*icra dairesi*”ne doğrudan doğruya takdir yetkisi tanınan durumları şu şekilde listelemek mümkündür:

İlâmlı icra yolu ile takipte;

- Taşınırın teslimine ilişkin ilâmlarda, borçlunun, ilâma uygun olarak borç konusu taşınırı aynen iade etmemesi durumunda -*şayet, taşınır malın değeri ilâmda yazılı değilse veya*

alacaklı ile borçlu arasında bedel, uyuşmazlık konusu ise-, taşınır malın bedeli *icra müdürü* tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur ve hükme gerek olmaksızın re'sen borçludan tahsil edilir (İİK m. 24/IV).

- Bir önceki maddede belirtilen durumda (İİK m. 24/IV), *icra müdürü* malın rayicinin belirlenmesi konusunda *-borsa ve ticaret odası bulunmayan yerlerde-* kendi seçeceği bir bilirkişiden yararlanır (İİK m. 24/V).
- *İcra müdürü*, taşınmazın tahliye ve teslimine ilişkin ilâmın yerine getirilmesi için, ilâm konusu taşınmazda bulunan borçlunun mallarının *-borçluya veya borçlu yerine hükümde belirtilen kişilerden birine teslim mümkün olmaz ise-* emin bir yerde veya alacaklıda kalmasına karar verir (İİK m. 26/IV).
- Bir işin yapılmasına dair ilâmın gereğini yerine getirmeyen borçlu hakkında, *icra müdürü* tarafından o işin yapılması için gereken masraf bilirkişi aracılığı ile tespit ettirilir ve hükme gerek kalmaksızın, borçlunun malları üzerine haciz konulur (İİK m. 30/II).
- Mahkeme kararını temyiz eden ancak, hakkındaki ilâmlı icra takibinin durdurulması için Yargıtay'dan karar getirene kadar kendisine süre verilmesi talebinde bulunan borçluya, *icra müdürü* uygun bir süre verir (İİK m. 36/I).

Genel haciz yolu ile takipte;

- Borçlunun, kendisine bir temsilci atayamayacak kadar ağır hasta olması durumunda, *icra müdürü* borçlu hakkında başlatılan takibin tâlik edilmesine karar verebilir (İİK m. 55/I).
- Resmî sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı *icra dairesince*, kaydına işletilmek suretiyle de yapılabilir; karar verme yetkisi icra dairesindedir (İİK m. 79/II, son c.).
- *İcra müdürü*, haczi yardımcı veya kâtiplerden birine yaptırma yetkisine sahiptir (İİK m. 80/I).
- Haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın, gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun *“şahsına karşı kuvvet kullanma”* yetkisine sahiptir (İİK m. 80/IV).
- *İcra müdürünün*, borçluya karşı zor kullanma konusunda zabıta memurlarından yardım isteme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır (İİK m. 81/I).
- Kısmen haczi mümkün olan alacaklarda, *icra müdürü* tarafından borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli bir oranı takdir edilerek ayrılır; geri kalanı üzerinde haciz uygulanır (İİK m. 83/I).
- Haczi koyan memur alacaklı ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir (İİK m. 85/son)
- Haciz yapan memur, haczettiği malların kıymetini takdir eder; gerekiyorsa, bu konuda bilirkişiye başvurur (İİK m. 87).
- Haczi yapan memur, hacizli malı *-alacaklının onayı bulunması koşulu ile-* borçlu veya üçüncü kişinin elinde bırakabilir (İİK m. 88/II).
- İcra dairesi, üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alma yetkisine sahiptir (İİK m. 88/III).
- İcra dairesi, hacedilen haklarla ilgili masrafların peşin olarak ödenmesini isteme yetkisine sahiptir (İİK m. 90).
- İcra dairesi, bir taşınmazın hacedilmesi durumunda, taşınmazın idare ve işletmesiyle eklentisinin korunması için gerekli tedbirleri alma yetkisine sahiptir (İİK m. 92/II).
- İcra dairesi, hacedilen taşınmazdaki mahsullerin toplanması için gereken tedbirleri alma yetkisine sahiptir (İİK m. 93/I); icra dairesi, takdir yetkisi kapsamında, şayet borçlu ve

verirken, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerini göz önüne almalı; buna göre takdir yetkisini kullanmalıdırlar²⁶⁹. İcra memurlarının takdir yetkisine ilişkin listenin son derece kapsamlı olması, menfaatlerin dengelenmesinde icra memurlarının etkinliğinin ve yetkisini son derece geniş olduğunu göstermektedir.

Ölçülülük ilkesine her düzeydeki anayasal ve idarî organlar, makamlar ve kişiler görevlerini gerçekleştirirken uymak zorundadırlar²⁷⁰. Bu anlamda idarî bir organ olan icra memurları da hiç şüphesiz ölçülülük ilkesine uymak zorundadır. Özellikle icra memurlarının, İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesine göre sahip olduğu zor kullanma yetkisi, aynı zamanda icra memurları için ölçülülük ilkesine uyma zorunluluğunu da beraberinde getirir. Zira bu madde hükmüne göre, haciz memurunun talebi üzerine borçlu kilitli yerleri, dolapları açmaya ve eşyalarını göstermeye zorlanabilecek; borçlunun bunu yerine getirmemesi üzerine bu yerler haczi yapan memur tarafından zorla açtırılabilecektir (İİK m. 80/III). Bunun da

ailesinin geçimi için gerekiyorsa, mahsulden veya satıldıkça bedelinden bir miktarın borçluya bırakılmasına karar verebilir (İİK m. 93/II).

- İcra müdürü, kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir (İİK m. 113/II).
- Açık arttırma ilânının şekli, arttırmanın tarzı, yer ve günü ile gazeteyle ilân yapıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgililerin menfaatlerine en uygun olan şekliyle tespit edilir (İİK m. 114/II, c. 1).
- Taşınır malların satışında, icra müdürü müşteriye yedi günü geçmemek üzere süre verebilir (İİK m. 118/I).
- İcra dairesi, taşınır malların satışında alıcının teminat göstermesini isteyebilir (İİK m. 118/II, son cümle).
- İcra dairesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 119. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hâllerden birinin varlığı hâlinde, satışın pazarlık yolu ile yapılmasına karar verebilir (İİK m. 119).
- Taşınmaz malların satışında, icra müdürü alıcıya on günü geçmemek üzere süre verebilir (İİK m. 130).
- Taşınmaz satışlarında, ödeme süresi içerisinde taşınmazın idaresi için gerekli olan tedbirleri icra dairesi takdir eder (İİK m. 131/I, c. 1); ayrıca satış bedelinin teminatı olarak alıcıdan teminat isteyebilir (İİK m. 131/I, son cümle).

²⁶⁹ “İcra dairelerinin sorumlu amiri durumundaki icra müdürlükleri icra işlerinde birinci derecede görevlidir ve yaptıkları işlemlerin bazılarında hiç bir takdir yetkisi yokken, bazı işlemlerinde ise takdir yetkisi tanınmıştır. Takdir yetkisi tanınan hallerde takdir yetkisini kullanırken, ilgililerin menfaatini en iyi şekilde gözetmek zorundadır. Ayrıca, kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin kendisine verdiği görevleri yapıp yapmama konusunda serbestiye sahip olmayıp; kendisine yapılan her talep hakkında olumlu veya olumsuz bir işlemde bulunmak; karar vermek zorundadır. Yine, süreye tabi işleri süresinde, olmayanları da uygun bir sürede yapmak zorundadır.” HGK, 03.10.2007, 12-601/695 (Legal MİHDER 2008/1, S. 9, s. 221-223).

²⁷⁰ Atasoy, s. 128.

ötesinde, haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın, gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı bizzat kuvvet kullanma yetkisine sahip olacaktır (İİK m. 80/IV). Bu açıdan zor kullanma yetkisine sahip olan haciz memuru, borçlunun temel haklarına müdahale teşkil eden (Ay m. 20; 21) bu haciz işlemini gerçekleştirirken, anayasal bir zorunluluk olan ölçülülük ilkesine uymak zorundadır.

Haciz memuru, bir yandan İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanmasını sağlayan bir *yasa uygulayıcısı*²⁷¹ olarak kamu görevi ifa etmekte ve bu anlamda gerçekleştirdiği iş, kamu menfaatine hizmet etmekte; diğer taraftan da bir kişinin temel haklarına müdahale etme yetkisini elinde bulundurmaktadır. Bu durumda, haczi yapan memur çatışan iki menfaati dengelemekle yükümlüdür. Bu dengeleme işleminde ise, haciz memurunun en önemli başvuru araçlarının başında ölçülülük ilkesi gelmektedir. Haciz memuru öncelikle, alacaklının alacağına kavuşması için bir kanun uygulayıcısı olarak borçlunun mallarına haciz uygulamak zorundadır. Ancak bunu yaparken, temel haklardan olan borçlunun kişisel dokunulmazlığının, maddî ve manevî varlığının korunması hakkının, kişi güvenliğinin ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi, bu müdahalenin hukuka ve ölçülülük ilkesine uygunluğu sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Öncelikle bir kanun uygulayıcısı olarak haciz memuru, görevini yerine getirirken insan onuruna saygı göstermekle, insan haklarını korumak ve gözetmekle yükümlüdür (Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme m. 2). Burada insan haklarından kestedilen, gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk tarafından koruma altında olan temel haklardır²⁷². Bunun yanı sıra, yasa uygulayıcılarından olan haciz memuru, ancak *kesinlikle* zorunlu olduğunda ve

²⁷¹ “*Yasa uygulayan görevliler*”, polis yetkilerini kullanan atanmış veya seçilmiş tüm yasa görevlilerini içerir (*Atasoy*, s. 129). Bu durumda İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesi anlamında kısmen polis yetkilerine sahip olan haciz memurunun da bir yasa uygulayıcısı olduğunu kabul etmek gerekecektir. *Atasoy* tarafından, 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 13. maddesinde ölçülülük ilkesine ilişkin yapılan değişikliğin ardından, bu değişikliğe uygun olarak polis vazife ve yetkileri hakkında kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapıncaya kadar geçecek zamanda, gerek Anayasa m. 13 gereğince gerekse 1979 yılında Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “*Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme*” gereğince yasa uygulayıcılarının ölçülülük ilkesine uygun davranması gerektiği belirtilmiştir (*Atasoy*, s. 128). Ayrıca bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atasoy*, s. 128-137.

²⁷² *Atasoy*, s. 129.

görevini yerine getirmesi için *gerektiği ölçüde* güce başvurmalıdır (Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme m. 3). Bu anlamda bir yasa uygulayıcısı olarak haciz memuru, hiç bir şekilde ulaşılabilecek yasal hedefle orantılı olmayan güç kullanımı gerçekleştiremez, böyle bir önlem alamaz²⁷³.

Borçlunun temel haklarına müdahale edildiği, tam anlamıyla canının yandığı haciz aşamasında tüm bu anayasal ilke ve esaslara uyulması bir zorunluluk teşkil etmektedir. Nitekim, uygulamada borçlu için bir ölüm kalım mücadelesine dönüşen haczin uygulanmasında, çok ciddi sorunlar yaşanmakta; icra memurları, borçlunun anayasal haklarını ve özellikle ölçülülük ilkesini gözardı ederek haciz işlemini gerçekleştirmekte; buna karşılık, borçlu da şahıs varlığını, mal varlığını, şerefini, onurunu korumak için saldırgan davranışlar içerisine girebilmektedir. Sorunun ciddiyeti, Adalet Bakanlığı'nın 30.01.2006 tarihli bir genelgesinde son derece açık bir şekilde kendisini göstermiştir²⁷⁴. Zira, bu Genelge'de belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı'nca “... *Haciz işlemleri sırasında yeterli ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle istenmeyen bazı olaylar, yaralanmalar ve can kaybının meydana geldiği...*” gözlemlenmiş ve genelgede Adalet Bakanlığı tarafından “*Haciz yapan memurun gerektiğinde zor kullanma yetkisi bulunduğundan İcra ve İflâs Kanununun 80 ve 81 inci maddelerinde yer alan hükümler ile kendilerine tanınan güvenlik önlemleriyle ilgili yetkilerin duraksamaya yer vermeyecek şekilde kullanılması...*” gerektiği önerisi verilmiştir.

Dolayısıyla, Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve sınırlandırılmasıyla ilgili tüm ilke ve kuralların, yine Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü çerçevesinde bütün hukuk dallarında olduğu gibi icra hukuku alanında da uygulanması gerekir. Anayasal ilke ve kuralların gerçek anlamda icra hukuku alanında da uygulanması hâlinde, yaşanan olumsuz olayların çok önemli bir ölçüde azalacağı şüphesizdir. Zira şahıs varlığına, mal varlığına, kişinin onuruna, kişi dokunulmazlığına, konut dokunulmazlığına saygı duyulan bir borçlu sosyal hukuk devletinin gereklerine uygun bir müdahale ile karşı karşıya kalacak; bu durumda da, hukukun üstünlüğü karşısında, alacaklının mülkiyet

²⁷³ Atasoy, s. 130.

²⁷⁴ Haciz İşlemleri Hakkında Genelge, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, S. B.03.0.HİG.0.00.00.03/010.06.02/18, T. 30/01/2006, Genelge No: 118.

hakkının korunması uğruna yapılan müdahale borçlu açısından da meşru hâle gelecektir. Ancak mevcut İcra ve İflâs Kanunu'na göre, haciz memurunca tüm bu anayasal ilke ve kurallara uyulmasına rağmen, borçlunun zorluk çıkarması durumunda, icra memurunun, İcra ve İflâs Kanunu'nun 80 ve 81. maddelerinin kendisine tanıdığı kuvvet kullanma yetkisini hukuka ve ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanmış olduğu kabul edilebilecektir.

MENFAAT DENGESİNİN UYGULAMA ALANI VE İHLÂLİNİN SONUÇLARI

§ 9. MENFAAT DENGESİNİN UYGULAMA ALANI

I. TÜRK İCRA HUKUKU SİSTEMİNDE, İCRA TAKİP TÜRLERİ VE İCRA TAKİP YOLLARI

Türk icra hukuku sisteminde, cebir yetkisinin modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi devlete ait olduğunu ve bu durumun tarihî gelişimini daha önceki açıklamalarımızda ele almıştık¹. Çalışmamızın bu bölümüne kadar, yine cebrî icraya ilişkin çeşitli kanunlardan, takip türlerinden ve takip yollarından yer yer bahsedildi. Bu aşamada ise, Türk icra hukuku sisteminin dayandığı temel takip türleri ve yolları hakkında kısaca açıklama yaptıktan sonra, menfaat dengesinin uygulama alanı her bir kanun, takip türü ve takip yolu açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu sebeple de öncelikle, çalışmamızın daha önceki bölümlerinde bahsedilen bazı kanunlar ve takip yolları hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Türk icra hukuku sisteminde, normatif icra hukuku kurallarını bir takibin başlangıcından sonlandırılmasına kadar düzenleyen temel iki Kanun mevcuttur. Bunlardan ilkinin, çalışma konumuzun da özünü oluşturan, özel hukuk alacaklarının ne şekilde tahsil edileceğini belirleyen *2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu* oluşturmaktadır. Bunun dışında ise, kamu hukukundan doğan alacakların ne şekilde devlet tarafından tahsil edileceğini düzenleyen *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun* mevcuttur. Kamu alacaklarının, özel hukuk alacaklarından farklı niteliklere sahip olması, kamu alacaklarının tahsili konusunda ayrı bir Kanun'un benimsenmesine sebebiyet vermiştir. Ancak, öğretilerde her iki türden alacağın tahsilinin tek bir kanunda toplanması gerektiği, bunun da temel nitelikli olan İcra ve İflâs Kanunu olması gerektiği ciddi gerekçelerle

¹ Bkz. yuk. I. Bölüm, § 2.

savunulmaktadır². Nitekim, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun mehzazı olan İsviçre icra hukukunda, kamu alacakları da aynen özel hukuk alacakları gibi aynı kanuna tâbi olarak tahsil edilmektedir³. Kamu alacaklarının tahsili konusunda 6183 sayılı Kanun'un taşıdığı bazı özellikler, gerek anayasal ilke ve haklar karşısında gerekse alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesi karşısında tehlikeli durumlar yaratabilecek niteliktedir. Bu konuda cebrî icraya ilişkin tüm kuralların İcra ve İflâs Kanunu'nda toplanması gereğinin temel gerekçesi ve 6183 sayılı Kanun'a getirilebilecek en önemli eleştiri, "alacaklı" kamu idaresinin, 6183 sayılı Kanun'a göre yapacağı bir icra takibinde hem tahsil organı olarak, hem de bazı durumlarda bir anlamda mahkeme olarak işlemler yapabilmesi, kararlar alabilmesidir. Bu durumun yarattığı hukukî ihlâller ve menfaat dengesi açısından oluşturduğu tehlikeler, çalışmamızın bundan önceki kısımlarında ele alındığı gibi⁴ aşağıda da ayrıca farklı hukukî boyutlarıyla incelenecektir.

2004 ve 6183 sayılı Kanunlar dışında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun alacaklarının ne şekilde tahsil edileceğini düzenleyen *5411 sayılı Bankacılık Kanunu*'nun 132 ile 139. maddeleriyle bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*⁵ hükümleri icra hukukuna ilişkin son derece ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Ancak bu düzenlemeler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun alacaklarının bir kısmının 6183 sayılı Kanun'a, bir kısmının da 2004 sayılı Kanun'a göre tahsil edileceğini hükme bağlamakta ve 2004 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanunların uygulanacağı durumları özel olarak belirtmektedir. Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na alacakların tahsili için tanıdığı yetkilerin önemli bir kısmı, aynı Kanun'un Geçici 13. maddesi ile kamu bankalarına da tanınmıştır. Bu çerçevede gerek 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un gerekse 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun alacaklının bizzat kandisine tahsil yetkisi tanıdığı düzenlemelerin uygulama alanı

² Bu konuda bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 17; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 19-20; *Postacıoğlu*, s. 21; *Özeker*, Kredi Kurumları, s. 105.

³ *Ansay*, Düşünceler, s. 1459; *Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 611.

⁴ Bu konuda bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, C.

⁵ RG 07.01.2007, S. 26396.

oldukça genişlemiştir. Nitekim bu durumların yarattığı hukuka aykırılıklar, aşağıda gerek ayrı başlıklar altında gerekse 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır. Yine Türk Ticaret Kanunu'nda deniz icra hukukuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu sistemimiz haciz yolu ile takibi, *ilâmlı icra takibi* (İİK m. 24-41) ve *ilâmsız icra takibi* (İİK m. 42-144) olarak iki ana takip türüne ayırmıştır. Bu takip türleri de kendi içerisinde, özellikle alacaklıların içerisinde bulunduğu hukukî durum dikkate alınarak çeşitli takip yollarına ayrılmıştır. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nda, alacağı rehinle güvence altına alınan alacaklı için *taşınır veya taşınmaz rehininin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız haciz yolu ile takip* (taşınırlar için İİK m. 145-147; taşınmazlar için İİK m. 148, 149b-150d); alacağı kambiyo senedine dayanan alacaklı için *kambiyo senetlerine özgü ilâmsız haciz yolu ile takip* (İİK m. 167-176b); kiralayan sıfatına sahip alacaklı için *kiralanan taşınmazların tahliyesi yolu ile ilâmsız takip* (İİK m. 269-276); elinde İcra ve İflâs Kanunu'nun aradığı belgelerden bulunan (İİK m. 68) veya hiç bir belge bulunmadan takip yapmak isteyen alacaklı için *genel haciz yolu ile ilâmsız takip* (İİK m. 58-144) ayrıca düzenlenmektedir. Bunun dışında ise, elinde bir mahkeme ilâmı veya ilâm niteliğinde bir belge bulunan alacaklı, *ilâmlı icra yolu ile takip* (İİK m. 24-41) yapabilecektir. Yine alacaklının rehin hakkının, ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgeye dayanması durumunda alacaklı, *taşınır veya taşınmaz rehininin ilâmlı icra yolu ile paraya çevrilmesi yoluna* (taşınırlar için İİK m. 150h; taşınmazlar için İİK m. 149; 149a; 150h) başvurabilecektir. Bu şekilde birbirinden ayırabileceğimiz takip yollarının her biri, borçlu ve alacaklı arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından farklı fonksiyonlara sahiptir. Özellikle alacaklının içinde bulunduğu hukukî konum itibarıyla ayrı bir takip yolu olarak düzenlenmesi tercih edilen bu takip türleri, aşağıda menfaat dengesi açısından ayrı ayrı ele alınacağından burada konunun ayrıntısına girmiyoruz. Bu noktada özellikle üzerinde durmak istediğimiz husus ise, icra hukuku sisteminin ilâmlı ve ilâmsız icra yolu olarak ikiye ayrılmasının sistem bazında ve menfaat dengesi açısından değerlendirilmesidir.

İlâmsız icra yolu ile takip, icra hukuku sistemimize ilk defa, üç yıl gibi kısa bir süre yürürlükte kalan 04.09.1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu ile birlikte girmiştir. İlk bölümde belirttiğimiz üzere, İsviçre'nin "*Borç İçin Tâkip ve İflâs Hakkında Federal*

Kanunu’ndan iktibas edilen bu Kanun’un en önemli özelliklerinden birisi, icra hukuku sistemimize ilâmsız icra yolu ile takibi getirmiş olmasıdır. Zira, bu Kanun’un kabulünden sadece üç yıl sonra yürürlüğe giren 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu da, bir önceki Kanun gibi ilâmsız icra yolu ile takibi benimsemiştir. Bu takip yolunun, 1929 tarihinde ilk olarak Türk icra hukuku sisteminde kabul edilmesinin en önemli sebebi, mahkemelerin işyükünü azaltmaktı⁶. Zira ilâmsız icra yolu ile takip sayesinde, elinde bir mahkeme kararı bulunmayan bir alacaklı da, borçlusuna karşı takip başlatabilecek; borçlunun itiraz edip etmemesine göre takip konusu alacağa ilişkin uyuşmazlık, mahkemeye intikal etmeden çözümlenebilecekti. Borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak miktarı, alacaklı ile borçlu arasında bir uyuşmazlık çıkardığı takdirde dahi, şayet alacaklının elinde belirli türden belgeler bulunuyorsa, alacaklı (*daha sonradan “icra mahkemesi” olarak kabul edilen*) icra tetkik merciine başvurabilecek; böylece genel mahkemeler üzerindeki işyükü azaltılacaktı. Ancak bugün icra hukukunun içinde bulunduğu sistem, bu amaçtan uzaklaşmış; aksine, ilâmsız icra yolu ile takip, mahkemelerin işyükünü arttıran bir takip türü hâline gelmiştir⁷. Zira bugün elinde belirli türden bir belge olan veya olmayan her alacaklı, borçlusuna karşı ilâmsız icra yolu ile takip başlatabilmekte; borçlu, çoğu zaman takibe itiraz etmekte; bunun üzerine alacaklı ya icra mahkemelerine veya genel mahkemelere veyahut da her iki mahkemeye de başvurarak borçlunun itirazının hükümden düşürülmesini talep etmektedir. Bu aşamada *-özellikle de kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte-* borçlunun, alacaklıya karşı genel mahkemelerde bir menfi tespit davası açması da son derece mutad bir hâl almaktadır. Ayrıca ilk kabul edildiği 1929 yılında, ilâmsız icra yolu ile takibin, ilâmlı icra yolunun sadece bir alternatifi olacağı düşünülmüş ve bugünkü gibi, sistem için ilâmsız icra yolu ile takibin *kural*, ilâmlı icra yolu ile takibin *istisnaî* bir başvuru yolu olacağı öngörülememiştir.

Bugün, icra hukuku büyük oranda ilâmsız icra yolu ile takibe dayanmış olması ve bu takip yolunun taşıdığı bazı hukuka aykırılıklar ile aksaklıklar, ilâmsız icra yolunun etkinliğinin azaltılması gerektiği yönünde haklı görüşlerin ortaya çıkmasına

⁶ *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 137.

⁷ İlâmsız icra yolu ile takibin mukayeseli hukuk çerçevesinde sahip olduğu fonksiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ülkü*, s. 571 vd.

sebebiyet vermiştir. Zira, aşağıda özellikle genel haciz yolu ile takibin her bir aşamasında ayrıca üzerinde duracağımız üzere sistem, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından ciddi endişeler uyandırmaktadır. Bu konuda, özellikle icra hukuku sisteminde ilâmsız icra yolu ile takibin etkinliğinin azaltılması ve oluşan menfaat ile hak kayıplarının önüne geçilmesi için birtakım çözüm önerileri de getirilmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesi anlamında belgesi bulunmayan bir alacaklının, öncelikle dava açarak alacağını takip etmesi; şayet alacaklının elinde böyle bir belge bulunmuyorsa, alacaklının ilâmsız takip yoluna başvuramaması yönündedir. Bu öneriye göre, şayet alacaklının elinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesi anlamında bir belge bulunuyorsa, borçlusuna karşı takip yapabilmek için alacaklı, öncelikle icra mahkemesine takip yapabilir onayı almak için başvuracak; icra mahkemesi yapacağı bu yargılamada, borçluyu dinleyecek ve özellikle borçlunun elinde, alacaklının sahip olduğu belge ile aynı kuvvette bir belge olup olmadığını soracaktır. Bu durumda borçlu, alacaklının sahip olduğu belge ile aynı kuvvette bir belge sunarsa, bu durumda alacaklının genel mahkemelere başvurarak ilâm elde etmesi sağlanacak; aksi hâlde yani borçlu, alacaklının sahip olduğu belgeyle aynı kuvvette bir belge sunamazsa, bu durumda, borçlu menfî tespit davası açmak için genel mahkemelere başvuracaktır. Bu şekilde, bir yandan, yargı denetimi dışında borçlunun mal varlığına el atılması engellenecek, diğer yandan da alacaklı baştan yargı organına müracaat etmek suretiyle hem takip yapmak hem de gereksiz engellemelerle karşılaşmaktan kurtulacaktır. Bugün, önce takip yapılmakta, ardından itirazın kaldırılması veya iptali yollarıyla meşgul olunmaktadır. Ancak önerilen sistemle ortaya çıkacak sorunların baştan giderilmesi mümkün olabilecek ve bu yolla hukuk devletine daha uygun bir prosedür izelenecektir⁸. Bu şekilde kabul edilen bir sistemin, takip ekonomisine de mevcut sistemden daha uygun olacağı açıktır. Ayrıca icra sisteminde revizyona gidilmesi durumunda, icra hukukunda özerk ve özel alanlar yaratılarak sistemin bozulmasından vazgeçilmesi gerektiği; tüm takip yollarının aynı kanunda toplanması, ancak zorunlu olan hususlarda özel hükümlere yer verilmesi gerektiği de bu öneriyle birlikte vurgulanmaktadır⁹.

⁸ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 107-109.

⁹ *Özekes*, Kredi Kurumları, s. 109.

Bu çerçevede getirilen eleştiri ve önerilerden de anlaşılacağı üzere, ilâmsız icra yolu ile takibin sisteme getirdiği en büyük zarar, gerçekten alacaklı olmayan, elinde belirli belgeler bulunmayan bir kişinin kolayca ve bir yargı kararına dayanmadan borçlu olarak belirlediği kişinin mal varlığı değerlerine yönelebilmektedir¹⁰. Bu durum, borçlunun hak ve menfaatlerini haksız bir şekilde zedeldiği gibi; menfaat dengesini de alacaklı ihlâl etmektedir. Gerçekten de, birinci bölümde icra hukukunun amacı hakkında yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, icra hukukunun en önemli amaçlarından birisi, adaletin yerine getirilmesi yani gerçeğin tespit edilmesinin sağlanmasıdır. Bu çerçevede, alacağının varlığı bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş bir alacaklının durumu ile elinde, alacaklı olduğuna dair hiç bir belge dahi bulunmayan bir alacaklının durumu çok farklıdır. Zira bir alacaklının elinde, kesin gerçeği yansıtan bir mahkeme kararı bulunmaktadır; diğer alacaklının elinde ise, hiç bir belge bulunmamaktadır. Bu durumda ise, hukuk nazarında elinde bir mahkeme kararı olan alacaklının diğerine göre üstün tutulması, menfaat dengesinin bir gereğidir.

II. KAMU ALACAKLARININ ÖZEL DURUMU

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun, kamu alacaklarının cebren tahsilini düzenlemektedir. Kamu alacaklarının doğumu açısından arzettiği farklılıklar ve taşıdığı özellikler, bu konuda özel hukuk alacaklarının tahsilini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'ndan ayrı bir kanun ve ayrı bir takip yolunun tercih edilmesine sebebiyet vermiştir¹¹. Yürürlüğe girdiği 01.01.1954 tarihinden bu yana uygulanmakta olan Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun¹², sistem bazında -*özellikle takibin temel aşamaları açısından*- İcra ve İflâs Kanunu'ndan çok büyük farklılıklar taşımasa da, 6183 sayılı Kanunu'nun temel bazı özellikleri, özel hukuk alacaklarının tahsilini düzenleyen İcra ve İflâs

¹⁰ Bu konuda ilâmsız icra sisteminin patolojik yönden eleştirisi hakkında bkz. *Atalay*, Yargısız İnfaz, s. 67-69.

¹¹ *Kumrulu*, s. 648; *Karakoç*, Genel Vergi Hukuku, s. 549-550; *Karakoç*, Kamu İcra Hukuku, s. 116.

¹² RG 28.07.1953, S. 8469.

Kanunu'nun benimsemiş olduğu esaslardan önemli bir şekilde ayrılmayı gerektirmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir kamu alacaklısı, 6183 sayılı Kanun'a göre borçlusunu dilerse haciz yolu ile dilerse de iflâs yolu ile takip edebilir (AATUHK m. 54). Bunun yanı sıra kamu alacaklısı, borçluya karşı teminatın paraya çevrilmesi yoluna başvurabilecektir (AATUHK m. 54/I, b. 1). Konumuz açısından asıl önem arzeden takip yolu ise, borçlunun 6183 sayılı Kanun'a göre haciz yolu ile takibidir. Haciz yolu ile takip, İcra ve İflâs Kanunu'ndan farklı olarak alacaklının takip talebi ile değil, ödeme emri ile başlar. Zira 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak takiplerde, takibi kamu alacaklısının bizatihi kendisi, yani alacaklı kamu idaresi yürütür. Bu anlamda, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki icra dairesi, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takibinde yerini alacaklı kamu idaresine bırakır. Bu durumun menfaat dengesi açısından değerlendirilmesi bir yana bırakıldığında, takibi kamu alacaklısının kendisi "*tahsil organı*" olarak başlattığından, bu durumda bir takip talebine de ihtiyaç duyulmamaktadır. Dolayısıyla, 6183 sayılı Kanun'a göre başlatılacak bir icra takibi, İcra ve İflâs Kanunu'ndan farklı olarak ödeme emrinin borçluya gönderilmesi ile başlayacaktır. Kamu alacağının tahsil aşamasından önceyse, kamu alacağının doğumu ve kamu borçlusu açısından ferdileşmesi yani, tarh-tebliğ-tahakkuk işlemlerinden geçmesi, kamu icra hukukunun inceleme alanına girmemektedir. Zira kamu borcunun doğumu ve kamu borçlusu açısından tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarından geçmesi, vergi hukukuna ilişkin bir sorundur. Dolayısıyla burada inceleme konumuzu oluşturan husus, bu aşamalardan geçerek kamu borçlusu tarafından *ödenmemiş* kamu borcunun tahsilinin ne şekilde gerçekleştirileceğidir.

6183 sayılı Kanun'a göre başlatılacak bir icra takibinde, borçluya ödeme emrinin gönderilmesinin ardından aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere, kamu borçlusunun ödeme emrine itiraz edip etmemesine göre, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi takibin kesinleşmesi aşamasına gelinecektir. Ancak bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen genel haciz yolu ile takipten farklı olarak, borçlu ödeme emrine itiraz etmek istiyorsa, bu itirazını ileri sürmek için kendisinin vergi veya idare mahkemelerinde dava açması gerekmektedir (AATUHK m. 58). Oysa İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacak genel haciz yolu ile takipte, borçlunun takibi başlatan icra dairesine yapacağı itiraz yeterli

olmakta; ancak alacaklı, borçlunun itirazını hükümden düşürmek istiyorsa genel mahkemelerde dava açmak veya elinde belirli belgeler varsa, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmak zorundadır. 6183 sayılı Kanun'da ise, dava açma külfeti borçluya aittir. Esasında menfaat dengesi açısından değerlendirildiğinde, bu durum son derece makûldur. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacak genel haciz yolu ile takipte alacaklı, elinde herhangi bir belge olmadan takip başlatabilmektedir. Bu durumda ise, borçlunun yapacağı itiraz üzerine dava açma külfetinin alacaklıya yüklenmesi, menfaat dengesinin de bir gereğidir. Oysa 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak bir icra takibinde, borçlunun "*kamu borcu*" vergi mevzuatına göre doğmaktadır; dolayısıyla, alacaklı kamu idaresinin alacağı varlığı, bir kanuna dayanmaktadır ve tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarından geçerek borçlu açısından da bir anlamda kesinlik kazanmıştır¹³. Bu durumda ise, 6183 sayılı Kanun'a göre başlatılan icra takibinde, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi için dava açma külfetinin kendisine yüklenmesi, menfaat dengesine uygun olduğu gibi İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu sisteme de aykırılık teşkil etmemektedir. Ödeme emrine itiraz davasının sonuçlanmasının veya ödeme emrine itiraz edilmemesi -yani itiraz davasının açılmaması- durumunda, aynen İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi haciz ve satış aşamalarına geçilerek takip sonuçlandırılacaktır.

Bu şekilde 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takibinin temel aşamalarını kısaca belirttikten sonra, özellikle konumuz açısından önem arzeden ve 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takibini, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacak icra takiplerinden ayıran temel bazı özelliklerini kısaca belirtmek istiyoruz¹⁴. 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak bir icra takibini, diğer icra takiplerinden ayıran en temel özellik, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, takibi alacaklı kamu idaresinin yürütmesidir. O hâlde, İcra ve İflâs Kanunu'na göre icra dairesinin sahip olduğu

¹³ Burada "*kesinlik kazanmıştır*" ifadesinden kastımız, takibin kesinleşmesi değildir; "*alacağın varlığı*"nın bir anlamda kesin olmasıdır. Yani, İcra ve İflâs Kanunu'na göre borçlusuna genel haciz yolu ile takip başlatan alacaklının alacağı gibi, *varlığı veya yokluğu* henüz kesin olarak bilinmeyen bir alacak değil; gerçekten de vergi kanunlarına göre belirlenmiş ve kamu borçlusu açısından tarh-tebliğ-tahakkuk aşamalarından geçerek *varlığı kesin olan* bir alacak söz konusudur.

¹⁴ 6183 sayılı Kanun ile 2004 sayılı Kanun arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s. 560-566; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 130-133.

konum, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takibinde alacaklı kamu idaresindedir. Bu durum, konumuz açısından da son derece önemlidir. Bir icra takibinde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyecek en önemli organ, devlet adına cibrî icrayı gerçekleştirecek tahsil organı yani icra dairesidir. 6183 sayılı Kanun'da ise alacaklı, tahsil organı olarak görev yapmaktığından, menfaatlerin ne ölçüde dengede kalacağı esasında oldukça şüphe yaratmaktadır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'na göre menfaatleri dengelemekle yükümlü olan icra memurları, aynı zamanda Kanun gereği tarafsız da olmak zorundadır (İİK m. 10; AATUHK m. 108; 109). Bu durum, özellikle icra takibinde menfaatleri dengelemek açısından kanun koyucu tarafından özel olarak güvence altına alınmak istenmiştir. Buna karşın, 6183 sayılı Kanun'a göre de tahsil organı, aynen İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasında belirtildiği gibi, haciz sırasında alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri olabildiğince dengelemek zorundadır (AATUHK m. 62/VI). Alacaklının aynı zamanda tahsil organı olması, 6183 sayılı Kanun'un bu düzenlemesinin çok fazla anlamlı olmadığı yönünde bir kanaat uyandırabilir.

Bir *kamu* alacaklısı ile bir *özel hukuk* alacaklısının durumu, kural olarak aynı değildir. Zira *özel hukuk alacaklısının* borçlusunu takip ederken amacı, alacak miktarını tahsil edip bu miktarı, kendi mal varlığı değerine aktarmaktır. Bir anlamda özel hukuk alacaklısının amacı, tahsil ettiği parayı kendi kasasına koymaktır. 6183 sayılı Kanun'da belirtilen *kamu alacaklısının* amacı ise, borç miktarını tahsil edip bu miktarı, *devletin* mal varlığı değerine aktarmaktır. Dolayısıyla 6183 sayılı Kanun'a göre, alacaklı kamu idaresinin aynı zamanda tahsil organı olması, alacaklı olarak kamu idaresini, kesinlikle menfaatleri dengeleme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Hatta, kamu alacaklısı için borçlunun menfaatlerini gözetmek ve onun mal varlığını korumak, çoğu zaman borçludan çok daha fazla alacaklıyı ilgilendirmektedir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacak icra takiplerindeki menfaat dengesinden, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takibindeki menfaat dengesini ayıran en temel özelliklerden birisi de, alacaklı kamu idaresinin, gelecekte takip konusu borcu tahsil ettikten sonra dahi, daha pek çok kez borçlunun mal varlığına yönelecek olmasıdır. Zira 6183 sayılı Kanun'a konu olan kamu alacaklarının önemli bir kısmı, mükelleflerin dönemseller olarak devlete ödemek zorunda oldukları vergilerden oluşmaktadır. Oysa özel hukuk alacaklısının tek amacı,

sadece alacağını tahsil etmektir; zira, ileride borçlu ile herhangi bir borç ilişkisine girmek gibi bir zorunluluğu bulunmadığından, yapacağı icra takibi neticesinde, borçlunun mal varlığının ne duruma geleceği genellikle özel hukuk alacaklısını çok fazla ilgilendirmemektedir. Buna karşın alacaklı kamu idaresinin, yapacağı bir tek icra takibi ile borçlunun menfaatlerine aykırı ve ölçüsüz bir şekilde borçlunun mal varlığını paraya çevirmesi, kendisinin de menfaatlerine aykırı olacaktır. Bu sebeple de, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak icra takiplerinde, borçlunun mal varlığı değerlerinin korunması ve ölçülü bir şekilde paraya çevrilmesi, kamu borçlusu kadar kamu alacaklısının da menfaatlerini ilgilendiren bir husustur.

Belirttiğimiz bu esaslar çerçevesinde, kamu alacaklarında menfaat dengesinin ne şekilde biçimlendiği ortaya çıkacaktır. Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerindeyse, her bir takip aşamasında 6183 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri, ayrıca 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile karşılaştırılarak menfaat dengesi çerçevesinde incelenecektir.

III. İLÂMSIZ İCRADA

A. Genel Olarak

Alacaklının, “*alacağını tahsil edememe tehlikesi*” bulunduğu, bu tehlikenin tehdit ettiği menfaatin korunması gerekir¹⁵. Ancak böyle bir tehlikenin mevcut olması durumunda, alacaklının menfaatini koruyucu araçlara başvurulması hukuka uygun olur. Alacaklının menfaatlerinin tehlike altında olması ise, icra hukukunda alacaklının elinde bulundurduğu belgeden anlaşılır. Alacaklının elinde bulundurduğu belgeden, borçlunun borçlu olduğu anlaşıldığı ölçüde, alacaklının *alacağını tahsil edememe tehlikesi* içinde olduğu belirlenir. Örneğin, ilâmlı icra yolunda alacaklının alacağı bir mahkeme hükmü ile tespit edilmiş olduğundan, menfaat dengesi alacaklı lehinedir. Bu durumda, borcunu yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının “*alacağını tahsil yetkisi*”ni tehlikeye soktuğu açıktır. Bu sebeple de, ilâmlı icra yolunda alacaklının menfaatlerinin korunması asıldır.

¹⁵ Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 20.

İlâmlı icra yolundakine benzer bir durumun, esasında kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte de geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür. Her ne kadar bu takip yolunda, alacaklının elinde ilâm kadar güçlü bir belge bulunmasa da, alacağını kuvvetli bir şekilde ispat etmesini sağlayan bir kambiyo senedi bulunmaktadır. Bu sebeple de, alacaklının elinde *-kural olarak-* alacaklı olduğunu belgeleyen kambiyo senedi karşısında, borçlunun, alacaklının *alacağını tahsil yetkisini* tehlikeye soktuğu kuvvetle muhtemeldir. Bu noktadan hareketle, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte de kural olarak alacaklının menfaatlerinin korunması asıldır. Yine kambiyo senetlerine benzer şekilde özellikle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız takipte de alacaklının, korunmaya değer *maddî hukuktan kaynaklanan* bir aynî hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple de kanun koyucu rehin alacaklısına, maddî hukukun kendisine sağladığı imtiyaza paralel olarak takip prosedüründe de bazı imkânlar tanımıştır. Buna karşılık, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi zorunluluğunun hassas bir şekilde ortaya çıktığı takip yolu genel haciz yolu ile takiptir. Zira bu takip yolunda, alacaklı elinde *“alacaklı olduğunu”* ispatlayan herhangi bir belge bulunmadan da borçlu aleyhine icra takibi başlatabilir. Bu durumda ise alacaklının, gerçekten alacaklı olup olmadığı; bu sebeple de, alacaklının *“alacağını tahsil yetkisi”* nin gerçekten tehlike altında olup olmadığı bilinmemektedir.

Bütün bunların yanı sıra, genel haciz yolu ile takibin konusunu oluşturan teminat alacaklarında da menfaat dengesinin ne durumda olduğuna değinmek yararlı olacaktır. Genel haciz yolu ile takibin konusu ya para alacağı ya da bir teminatın gösterilmesini sağlayacak olan teminatın ilâmsız icra yolu ile takibidir. Bu çerçevede, alacaklı olduğuna dair hiç bir belgesi bulunmayan ve maddî hukukun da, kendisine korunmaya değer bir hak bahşetmeyen alacaklılara, ilâmsız icra yolu ile takip yapma imkânının tanınmasının menfaat dengesi açısından eleştirildiğini belirtmiştik. Ancak kanaatimizce teminatın ilâmsız icra yolu ile takibinde aynı durum söz konusu değildir. Zira genel haciz yolu ile takibin konusunu oluşturan para alacakları açısından, alacağın varlığını ispatlayan bir belge bulunmamasına rağmen; yine genel haciz yolu ile takibe konulacak teminat alacakları bir kanuna, mahkeme

kararına veya sözleşmeye dayanmaktadır¹⁶. Belirttiğimiz kaynaklardan birisi vasıtasıyla borçlu, teminat gösterme borcu altına girmekte; ancak borçlu, zamanında ve usûlüne uygun olarak teminat gösteremediğinde, alacaklı teminatın gösterilmesini ilâmsız icra yolu ile takip vasıtasıyla isteyebilmektedir¹⁷. Bu kapsamda, teminat borcunun doğabileceği kaynaklar sınırlıdır ve alacaklının, korunmaya değer menfaatinin bulunduğuna ispat için elverişlidir. Örnek olarak, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine göre, haksız fiille birisine zarar veren kişi, kişisel durumuna, fiilin oluş şekline ve ağırlığına göre uygun bir tazminata mahkûm olur (BK m. 43/I); mahkemece, tazminatın irat şeklinde uygulanmasına karar verilirse, borçludan teminat alınmasına karar verilir (BK m. 43/II). İşte borçlu bu teminat borcunun gereğini yerine getirmez ise alacaklı, borçluya teminat borcunun ifası amacıyla ilâmsız icra yolu ile takip edebilir ve borçluya, genel haciz yolu ile takip (İİK m. 58 vd.) başlatabilir. Yani teminat borcunun ilâmsız icra yolu ile takibinde, takibin konusunu teşkil eden borcun kaynağı belirlidir ve bu çerçevede, alacaklının ilk tahlilde korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Zira alacaklı, teminat borcunun kaynağını ya kanuna ya mahkeme kararına ya da borçlu ile aralarında akdettikleri bir sözleşmeye dayandırmaktadır.

¹⁶ **Kuru**, Teminat Alacakları, s. 504; **Kuru**, El Kitabı, s. 169.

Uygulamada özellikle bankalar, teminatın ilâmsız icra yolu ile takibine sıkça başvurumaktadırlar. Zira bankalar, müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere “*Bankanız, taahhüdümüzü yerine getirmememiz veya acze düşmemiz veya hacze maruz kalmamız hallerinde veyahut da herhangi bir sebep göstermeye mecbur olmaksızın, işbu taahhütnameye istinaden vermiş bulunduğu teminat mektupları muhtevaları yekûnunu teşkil eden mebalığın tamamının nakden yatırılmasını, yeniden veya ilâve teminat olmak üzere menkul veya gayrimenkul teminat gösterilmesini bizden isteyebilir.*” şeklinde hükümler koymaktalar ve daha sonra da, müşterilerinden ilâve veya yeniden teminat göstermesini istemekteler ve müşteri borçlular da bu talebin gereğini yerine getirmediklerinde, onlara karşı ellerinde bulunan bu sözleşmelere dayanarak ilâmsız icra yolu ile takip başlatabilmektedirler (**Kuru**, Teminat Alacakları, s. 509-510; **Kuru**, El Kitabı, 172).

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, Teminat Alacakları, s. 504-510; **Kuru**, El Kitabı, 169-172.

B. Genel Haciz Yolu İle Takipte

1. Takibin Başlangıcında

Genel haciz yolu ile takip, alacaklının yetkili icra dairesine yapacağı bir takip talebi ile başlar¹⁸. İcra ve İflâs Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, takip talebinde nelerin bulunması gerektiği, beş bent hâlinde tek tek belirtilmiştir. Bu maddenin dördüncü bendinde “*Senet, senet yoksa borcun sebebi*”nin takip talebinde gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir (İİK m. 58/II, b. 4). Bu bentten çıkarılan sonuç, alacaklının, herhangi bir belgeye dayanmadan da borçlu aleyhine genel haciz yolu ile takip başlatabileceğidir¹⁹. Genel haciz yolu ile takip talebinin sadece bu özelliğine bakarak, söz konusu takip yolunda, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin alacaklı lehine korunarak başladığını tespit edebilmekteyiz²⁰. Oysa alacaklının elinde alacağını belgeleyen bir senedin bulunmaması, “*alacaklının, alacağını tahsil yetkisi*”nin tehlike altında bulunmadığına karine teşkil etmektedir. Buna rağmen kanun koyucu, genel haciz yolu ile takipte, alacaklıya, elinde alacaklı olduğunu ispatlayan bir belge bulunmadan dahi takip başlatmasına olanak tanımıştır.

Genel haciz yolu ile takibin başlangıcını, alacaklının menfaatlerinin korunması üzerine inşa eden İcra ve İflâs Kanunu, borçlunun hak ve menfaatlerinin korunması için birtakım önlemler almıştır. Zira bu aşamada borçlu açısından en fazla önem arzeden husus, aleyhinde başlatılan takip hakkında usûlüne uygun şekilde

¹⁸ *Arar*, s. 94; *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 133; *Belgesay*, Şerh, s. 123; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 44-45; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 70-71; *Gürdoğan*, İcra Hukuku Dersleri, s. 31-32; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 178-179; *Postacıoğlu*, s. 123; *Kuru*, C. 1, s. 208; *Muşul*, s. 236; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 79; *Kuru*, El Kitabı, s. 173; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 127; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 114. İcra ve İflâs Kanunu'nun 58. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “*Alacaklıya takip talebinde bulunduğu belgelere, talep ve takip masraflarına dair bedava ve pulstuz bir makbuz verilir*” (İİK m. 58/IV). Kanun'da bu durum, açıkça takip talebinin bir sonucu olarak belirtilmiştir. İcra dairesinin verdiği bu makbuz, alacaklının, hukukî korunma talebi ile icra dairesine yaptığı başvuruyu belgelemektedir.

¹⁹ *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 149; *Belgesay*, Şerh, s. 123; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 44-45; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 71; *Gürdoğan*, İcra Hukuku Dersleri, s. 31; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 191; *Postacıoğlu*, s. 133; *Kuru*, C. 1, s. 215-216; *Muşul*, s. 241; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 90-91; *Kuru*, El Kitabı, s. 173; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 130-131; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 115.

²⁰ Bu konuda bkz. *Özekes*, İhtiyatî Haciz, s. 19; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 45.

bilgilendirilmesidir²¹. Bu çerçevede de takibin başlangıcı aşamasında, gerek takip talebiyle ilgili düzenlemelerinde²² gerekse ödeme emri ve ödeme emrinin

²¹ Örneğin borçlunun hakkında başlatılan takip hakkında bilgilendirilmesine yönelik düzenlemeler içinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasının, beşinci bendini gösterebiliriz. Zira bu düzenlemeye göre, alacaklının takip talebinde, borçluya karşı hangi takip yolunu başlattığını göstermesi gerekir (İİK m. 58/II, b. 5). Bu husus, ayrıca borçluya hangi matbu ödeme emrinin gönderileceğinin belirlenmesinde de özellik arzeder. Ancak takip talebinde bu hususun belirtilmemesi, kural olarak borçlunun hukukî dinlenilme hakkını zedeleyecek nitelikte bir eksiklik değildir (*Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 71). Zira, takip talebinin ardından icra dairesinin gönderdiği ödeme emrinden de borçlu hakkında yapılan takip yolu anlaşılacaktır. Dolayısıyla bu bilginin takip talebinde yer almaması, hukukî dinlenilme hakkı açısından kural olarak bir ihlâl sayılmaz.

Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 58. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, alacak belgeye dayanmakta ise, belgenin aslının veya alacaklı yahut vekili tarafından tasdik edilmiş, borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi anında icra dairesine tevdi mecburüdür (İİK m. 58/III). Bu hüküm uyarınca, senedin bir örneğinin borçluya gönderilmesiyle birlikte, borçlunun savunma hakkı sağlanarak hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmiş olacaktır (*Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 115-116). Bu sebeple, öğretide savunulan görüşe göre, alacaklının, senedin aslını veya örneğini takip talebine eklememesi durumunda, icra dairesinin ödeme emri göndermemesi gerektiği belirtilmektedir (*Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 116). Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 61. maddesi gereğince de, takip belgeye dayanıyorsa, belgenin tasdikli bir örneğinin ayrıca ödeme emrine eklenmesi gerekmektedir (İİK m. 61/I, c. 2).

²² Alacaklının takip talebinde bulunmasına gerek İcra ve İflâs Kanunu gerekse Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Bu sonuçların doğabilmesi için, takip talebinin İcra İflâs Kanun'a uygun olarak doldurulup icra dairesine verilmesi ve alacaklı tarafından gerekli harçların ödenmesi gerekir. Bu koşulları sağlayan takip talebinin icra dairesine verilmesinin doğurduğu en önemli sonuç, icra dairesinin, borçluya karşı ödeme emri düzenleyip göndermesi zorunluluğudur (İİK m. 60/I; 61/I). Buna karşılık, Kanun'da uyulması zorunlu olan kurallara dikkat edilmeksizin verilen bir takip talebini, icra memuru kabul etmemeli ve borçluya, bu takip talebine dayanarak ödeme emri göndermemelidir. Bu kuralın ihlâli ise, borçlu açısından süresiz şikâyet sebebi teşkil edecektir (İİK m. 16).

Borçlar Kanunu (BK m. 133/II) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 662) uyarınca, takip talebinin ardından borçluya tebliğ edilecek ödeme emri ile zaman aşımı kesilecektir. Bunun için takip talebinin usûlüne uygun olarak düzenlenmesi ve gerekli harç ve giderlerin ödenmiş olması gerekmektedir (*Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 72; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 192; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 117). Bunun yanı sıra borçlu, Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca daha önce temerrüde düşürülmemişse, takip talebi ile temerrüde düşürülür. Ancak öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, borçlunun temerrüde düşürülme tarihi olarak takip talebinde bulunma tarihi değil, ödeme emrinin tebliğ tarihinin esas alınması gerekmektedir (*Postacıoğlu*, s. 123; *Muşul*, s. 246; *Kuru*, El Kitabı, s. 180; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 117. Aksi görüş için bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 72; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 192; *Kuru*, C. 1, s. 219-220; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 133). Zira bu durum, Borçlar Kanunu'nda, borçlunun, alacaklının ihtar veya ihbarı ile temerrüde düşürülmesi kuralına (BK m. 101) da aykırılık teşkil etmektedir. Henüz, kendisine karşı başlatılan takibe yönelik alacak hakkında bilgisi bulunmayan borçlunun, takip talebi ile temerrüde düşürülmesi, borçlar hukukunun temerrüde ilişkin temel kurallarına aykırılık teşkil ettiği gibi alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini de alacaklı lehine haksız bir şekilde bozmaktadır. Bunun yanı sıra, takip talebinde bulunmanın dolaylı sonuçları olarak İcra ve İflâs Kanunu'nda icra hukukuna ilişkin bazı sonuçlar ve süreler de belirtilmiştir. Örneğin, ihtiyatî haczin tamamlanmasında (İİK m. 264), hacze iştirakte (İİK m. 100) takip talebi esas alınmaktadır. Bunun gibi, örneğin, takip talebinden sonra açılan menfî tespit davası, kural olarak icra takibini durdurmayacaktır (İİK m. 72/III).

gönderilmesiyle ilgili düzenlemelerde borçlunun menfaatlerini ve özellikle borçlunun hukukî dinlenilme hakkını sağlayan birtakım kurallar öngörülmüştür. Bu kurallara uyulmaması veya ödeme emrinde bulunması gereken unsurların bulunmaması, borçlunun hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ediyorsa, bu durumda, şikâyet yolu (İİK m. 16) ile ödeme emrinin iptali her zaman talep edilebilecektir²³.

Alacaklının takibin başlangıcı aşamasında ve özellikle de takip talebi ile ödeme emrinin doldurulması konusunda bazı hususlara dikkat etmesi, kanun koyucunun takibin başlangıcında kendi lehine çevirdiği menfaatlerini etkili bir şekilde kullanmasını sağlayacaktır. Örneğin alacaklının takip talebinde, alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarını; faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün; alacak veya teminat yabancı para ise, alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep ettiğini ve faizini²⁴ göstermesi gerekmektedir (İİK m. 58/II, b. 3). Zira, alacaklının daha sonradan takip konusu miktarı arttırması mümkün olamayacaktır. Bu sebeple de alacaklı açısından, takip talebi ve ödeme emrinde alacağının ve fer'ilerini eksiksiz olarak gösterilmesi önemlidir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ödeme emrinin gönderilmesi, borçluya tanınan savunma hakkının kullanılması için büyük öneme sahiptir²⁵. Alacaklı

Takip talebinde bulunmanın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arar*, s. 117-118; *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 142; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 72; *Gürdoğan*, İcra Hukuku Dersleri, s. 31-32; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 191-193; *Postacioğlu*, s. 123-125; *Kuru*, C. 1, s. 218-222; *Muşul*, s. 244-247; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 82-85; *Kuru*, El Kitabı, s. 179-181; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 132-133; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 116-117.

²³ *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 71-72; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 82.

²⁴ Alacaklının takip talebinde istemiş olduğu faizin oranını belirtmemesi durumunda, icra memuru faiz oranı olarak kanunî faiz oranını hesaplayacaktır. Alacaklı, asıl alacak miktarı tahsil edilene kadar, bu hakkını saklı tutmamış olsa dahi, ayrı bir takiple faiz talep edebilecektir. Asıl alacak tahsil edildikten sonra ise, borç sona ereceğinden (BK m. 113) artık ayrı bir takiple dahi faiz talep edilemeyecektir (*Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 115).

²⁵ *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 71-72; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 195; *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 234-241; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 119.

Borçlunun ödeme emrinin usûlüne göre gönderilmesi ve borçlunun bu ödeme emrine usûlüne uygun olarak muttalî olması büyük önem taşımaktadır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasına göre, itiraz etmek isteyen borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur (İİK m. 62/I, c. 1). Görüldüğü üzere, borçlunun takibe itiraz süresi, ödeme emrinin kendisine "tebliği"nden başlamaktadır. Zira borçlunun, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde, takibe itiraz etmemesi durumunda kural olarak -bu durumun istisnasını gecikmiş itiraz (İİK m. 65) sebepleri teşkil etmektedir- takip kesinleşecek ve

açısından bu önem, borçluya ödeme emri gönderilmeden takibe devam edilememesi şeklinde meydana gelmektedir²⁶. Borçlu açısından ödeme emrinin gönderilmesinin taşıdığı önem ise, alacaklının kendisi aleyhine başlattığı takip hakkında bilgilendirilmesi ve bu takibe karşı, savunmalarını ileri sürme imkânı tanınması şeklinde somutlaşmaktadır. Bu sebeple ödeme emrinin gönderilmesi, borçlu açısından, hukukî dinlenilme hakkının sağlanması için uyulması gereken temel bir zorunluluktur ve bu anlamda ödeme emri borçluya geçerli bir şekilde tebliğ edilmeden takibin diğer aşamalarına geçilemez²⁷. Alacaklının, alacaklı olduğunu ispatlayan bir belgeye sahip olmamasına rağmen borçlu aleyhine icra takibi başlatması karşısında, borçlunun da ilk olarak bu takip hakkında usûlüne göre bilgilendirilmesi gerekir. Bu zorunluluğun ihlâli, takibin henüz başındayken eşit silâhlara sahip olmayan taraf menfaatlerinin daha fazla bozulmasına sebebiyet verecektir. Bu sebeple, Kanun'daki ödeme emrinin gönderilmesine ilişkin hükümlere riayet edilmesi özel bir öneme sahiptir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun "*Ödeme emri ve muhtevası*" başlığını taşıyan 60. maddesi, ödeme emrinde bulunması gereken unsurları beş bent hâlinde tek tek belirtmiştir (İİK m. 60/II). Bu unsurların bir kısmı borçlunun, ödeme emrinin kendisine tebliğinden sonra, Kanun'da belirtilen işlemleri yapması veya yapmaması durumunda hangi sonuçlarla karşı karşıya kalacağını bildiren ihtâr niteliğini taşır. Örneğin Kanun'un 60. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre, ödeme emrinin "*Borcun ve masrafların yedi gün içinde ödenmesi, borç teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını*" taşıması gerekir (İİK m. 60/II, b. 2). Bunun yanı sıra senet altındaki *imzayı* inkâr etmek istiyorsa, borçlunun, bu itirazını ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde "*ayrıca*" ve "*açıkça*" bildirmesi gerektiği; aksi takdirde, senet altındaki imzanın kendisinden sâdır olacağını kabul etmiş sayılacağı konuların ihtâr edilmesi gerekir (İİK m. 69/II, b. 3). Ayrıca, ödeme emrindeki bu ihtâra, mutlaka borçlunun

borçlunun malları, alacaklının talebi üzerine haczedilerek satışa çıkarılacaktır. Bu sebeple, ödeme emrinin borçluya usûlüne uygun olarak tebliğ edilmesi, gerek hukukî dinlenilme hakkı açısından gerekse genel haciz yolu ile takipte alacaklı karşısında borçlunun menfaatlerinin bir nebze de olsa korunması açısından büyük öneme sahiptir.

²⁶ *Kuru*, Ödeme Emri, s. 522; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 119.

²⁷ *Kuru*, Ödeme Emri, s. 523, 528-533.

“*Senet altındaki imzayı reddettiği takdirde icra mahkemesi önünde yapılacak duruşmada hazır bulunması; buna uymazsa vaki itirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verileceği*” eklenmelidir (İİK m. 60/II, b. 3, paragraf 2). Bu ihtârların tümü borçlunun, kendisi hakkında yapılacak işlemlerin hukukî sonuç ve hükümleri hakkında bilgilendirilmesine; dolayısıyla, hukukî dinlenilme hakkının sağlanmasına hizmet eden ve borçlunun menfaatleri düşünülerek getirilmiş düzenlemelerdir.

Bunun yanında ödeme emrinin içereceği en önemli ihtârlar arasında, borçlunun mal beyanında bulunmasıyla ilgili Kanun’un 60. madde yer almaktadır. Bu düzenlede borçlunun süresinde ve usûlüne göre mal beyanında bulunmaması durumunda, karşılaşılabilecek yaptırımlar ihtar edilmektedir (İİK m. 60/II, b. 4). Bu bentte belirtilen ihtârın borçlu açısından taşıdığı önem, borçlunun davranışına bağlanan yaptırımın türü ile ilgilidir. Zira borçlunun bu ihtâra muhalafeti, kendisinin hapisle tazyik edilmesine sebebiyet verecektir²⁸. Son olarak da, borçlunun borcu ödememesi veya itiraz etmemesi durumunda takibe devam edileceği ödeme emrinde ihtâren bildirilir (İİK m. 60/II, b. 5).

Özetle, takibin başlangıcı aşamasında kanun koyucu tamamıyla alacaklının menfaatlerini gözetmiştir. Takibin başlangıcı aşamasında, alacaklı lehine yaratılan bu durum, alacaklının elinde hiç bir belge olmadan, borçluya karşı takip başlatabilmesinden kaynaklanır. Ancak takibin başlangıcında alacaklının menfaatlerinin ön planda tutulması, borçlunun bazı temel haklarının gereğinin yerine getirilmesine engel değildir. Bu anlamda, özellikle borçluya usûlüne uygun olarak ödeme emri gönderilmesi ve ödeme emrinde, borçlunun takip hakkında bilgilendirilmesi gereken hususların belirtilmesi, borçlunun hukukî dinlenilme hakkına sahip olmasının zorunlu sonucudur. Bu aşamada borçlu açısından özellikle önem arzeden husus ise, ödeme emrini aldıktan sonra aleyhine başlatılan takiple ilgili belirli süreler içerisinde yapacağı veya yapmayacağı işlemlerin sonuçları hakkında ihtâr edilmesidir.

²⁸ Mal beyanında bulunmama sebebiyle borçlunun cezalandırılması ve bu açıdan mal beyanında bulunmanın önemi ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ercan*, s. 13 vd.

2. İtiraz Aşamasında

İtiraz, kendisine ödeme emri gönderilen borçlunun borca veya ödeme emrinin ekinde bulunan senet altındaki imzaya karşı ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde inkâr işleminde bulunmasıdır^{29, 30}. Takibin başlangıcında alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat çatışmasında alacaklının menfaatlerinin esas alındığını belirtmiştik. Zira, genel haciz yolu ile takipte elinde alacaklı olduğunu ispatlayan hiç bir belge bulunmayan alacaklının beyanı uyarınca icra dairesi, borçlu tarafa, ödeme emri göndererek alacaklının “*alacaklı olduğunu iddia ettiği miktarda parayı*” alacaklıya ödemesini ihtâr etmektedir. Buna karşılık kanun koyucu, takibin başlangıcında alacaklı lehine bozulan menfaat dengesini itiraz aşamasında bir nebze de olsa borçlu lehine çevirmeyi amaçlamaktadır³¹. Zira, “*İtirazın hükmü*” başlığını taşıyan İcra ve İflâs Kanunu’nun 66. maddesine göre, süresi içinde yapılan itiraz takibi durdurur (İİK m. 66/I, c. 1). Bu hükümle, alacaklının beyanı ile başlatılan icra takibi, borçlunun itiraz beyanı ile olduğu yerde durmaktadır. Dolayısıyla genel haciz yolu ile takipte itiraz aşamasında, taraflar arasındaki menfaat dengesi alacaklıdan borçlu tarafa geçmektedir.

Buna karşılık Bankacılık Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu sisteminden tamamiyle farklı olarak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’na göre gerçekleştireceği icra takiplerinde, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini tamamen Fon lehine ortadan kaldıran bir düzenleme benimsemiştir (bkz. BankK m. 138/IV; BankK Yön.

²⁹ *Arar*, s. 128-129; *Belgesay*, Şerh, s. 128-129; *Gürdoğan*, İcra Hukuku Dersleri, s. 35-36; *Postacıoğlu*, s. 146-147; *Kuru*, C. 1, s. 238-241; *Muşul*, s. 261-266; *Kuru*, El Kitabı, s. 195-197; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 143-145; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 121.

³⁰ Ödeme emrinin tebliğinden yedi gün sonra yapılacak itiraz hüküm ve sonuç doğurmayacağı gibi kendisine ödeme emri gönderilemeden borçlunun yapacağı itiraz da hüküm ve sonuç doğurmamalıdır (Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Kuru*, El Kitabı, s. 199; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra Hukuku, s. 147; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 123). Bu konuda her ne kadar Yargıtay’ın aksi yönde kararları bulunsa da, ödeme emrinin gönderilmesi ve borçlunun ödeme emrinde kendisine isnât edilen borç ve borcun sebebi hakkında bilgilenmesi yapacağı itiraz için önemlidir. Zira, borçlu itirazda bulunurken itiraz sebebini göstermek zorunda olmasa da, borçlunun, itirazında sebep göstermesi durumunda sonradan bu itirazları değiştirmesi mümkün değildir (İİK m. 63). Bu sebeple, borçlunun yapacağı itirazın hukukî öneminin ve sonuçlarının bir gereği olarak borçlunun, ancak kendisine ödeme emri tebliğ edildikten sonra yapacağı itirazının kabul edilmesi gerekmektedir.

³¹ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. *Arar*, s. 137; *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 165; *Ansay*, İcra Hukuku, s. 54; *Postacıoğlu*, s. 145; *Kuru*, C. 1, s. 274; *Muşul*, s. 267; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 104; *Kuru*, El Kitabı, s. 215; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 155; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 47.

m. 37/I, b. c). Bu hükme göre; “*Fonun alacaklı olduğu ve 2004 sayılı Kanun uyarınca yapılan takiplerde borçlular tarafından yapılan itirazlar satış dışında takip işlemlerini durdurmaz*”. Ancak alacaklı ile borçlu arasındaki silâhları eşitlemeyi sağlayan ve borçlunun elindeki en önemli savunma aracı “*itiraz üzerine alacaklının başlattığı takibin durması*”dır. Zira İcra ve İflâs Kanunu sisteminde itiraz ile takibin duracağına ilişkin kanun hükmünün (İİK m. 66/I) amacı, en başta elinde belge olması şartı aranmaksızın alacaklıya takip başlatabilme imkânının verilmesi karşısında, borçluya da kendisine karşı yapılan haksız takibe karşı bir itiraz beyanı ile takibi durdurabilmesi imkânının tanınmasıdır. Bu durum karşısında, Bankacılık Kanunu’nun söz konusu düzenlemesi menfaat dengesi ihlallerine sebebiyet verebilecek niteliktedir.

6183 sayılı Kanun’da (AATUHK m. 58/III) ve kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takiplerde (İİK m. 169) de, Bankacılık Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer şekilde, borçlunun yapacağı itirazın takibi durdurmayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda şayet borçlu, takibi durdurmak istiyorsa -6183 sayılı Kanun’a göre teminat yatırması şartı ile- mahkemeden takibi durdurma yönünde talepte bulunması gerekir (AATUHK m. 58/III; İİK m. 169). Ancak bu düzenlemelere göre takibin borçlunun itiraz beyanı ile durmamasının sebebi, alacaklının, alacağının varlığının kuvvetle muhtemel haklı olmasıdır. Yani bu durumlarda menfaat dengesinin ölçülü bir şekilde alacaklı lehine işlemesinin meşru sebepleri bulunmaktadır. Bu konu, aşağıdaki açıklamalarımızda ayrıntısıyla ele alınacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun yapacağı itiraz her hâlûkarda borçlunun menfaatlerine hizmet etmemektedir. Şayet borçlu, alacaklıya karşı gerçekten borçlu ise, ödeme emrine itiraz etmemelidir. Her ne kadar bu durumda da, borçlunun itirazı ile takip olduğu yerde duracaksa da (İİK m. 66/I, c. 1), borçlunun borçlu olduğu alacaklı tarafından -*elinde belirli belgeler bulunan alacaklının başvuracağı itirazın kaldırılmasında yahut genel mahkemelerde görülecek itirazın iptali davasında*- ispatlandığı takdirde, borçlu, borcu ödemenin yanı sıra alacaklının talep edeceği icra inkâr tazminatı -*imza inkârı durumunda ayrıca para cezası*- ile de (İİK m. 67/II; 68/V, VII; 68a/VI, VII) karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla bu tazminatlar özellikle kötü niyetli borçlulara karşı alacaklıların menfaatlerini korumayı amaçlayan³² ve bu anlamda kötü niyetli borçlular ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesini korumayı sağlar. Aşağıdaki açıklamalarımızda da değineceğimiz üzere, borçlu aleyhine talep

³² Bu konuda bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 104.

edilebilecek bu tazminat miktarları son derece yüksek olduğundan, durum borçlu aleyhine ciddî bir şekilde ağırlaşmıştır. Bu sebeple, borçlu olan veya borçlu olmamasına rağmen, borçlu olmadığını genel mahkemelerde ispatlayacak delili bulunmayan borçlunun, ödeme emrine itiraz etmesi, borçlunun menfaatlerine büyük bir zarar verecektir.

İtiraz, kural olarak takibin yapıldığı ve ödeme emrinin gönderildiği icra dairesine yapılır³³. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 62. maddesine göre, borçlu, takibin yapıldığı icra dairesine gönderilmek üzere bulunduğu yer icra dairesine de itirazını bildirebilir (İİK m. 62/I, c. 2). Bu durumda, itirazın yapıldığı icra dairesinin, gereken masrafları borçludan alarak itirazı derhal takibi yapan icra dairesine göndermesi gerekmektedir³⁴. Usûlüne göre yapılan ve takibi yapan icra dairesine gönderilmesi için gereken masrafları ödeyen borçlunun itirazı, Kanun'da belirtilen hüküm ve sonuçları doğuracaktır. Burada kanun koyucu gerek alacaklının gerekse borçlunun menfaatlerini gözeterek hükmü düzenlemiştir. Zira bu hükümlerle birlikte borçluya, takibi yapan icra dairesi dışındaki bir icra dairesine itirazını yapabilme olanağı tanınmış ve borçlunun, mağdur olması önlenmiştir. Diğer yandan, borçlunun takibi yapan icra dairesi dışındaki başka bir yer icra dairesine yapacağı itirazın, takibi yapan icra dairesine gönderilmesi için yapılması gereken masrafların borçludan alınması gerektiği; bu masrafların borçludan alınmaması durumunda itirazın yapıldığı icra dairesinin bu masraflardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir (İİK m. 62/I, c. 2). Bu şekilde, itirazın gönderilmesi için gereken masrafları ödemeyen borçlunun takibi gereksiz yere uzatacak davranışlarının, alacaklının, alacağına kavuşmasını engellemesinin önüne geçilmiştir³⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 63. maddesinin üçüncü fıkrasında, borçlunun, borcun bir kısmına itiraz etmek istemesi hâlinde, bu itirazını “ayrıca” ve “açıkça” yapması

³³ *Arar*, s. 128; *Belgesay*, Şerh, s. 129; *Kuru*, C. 1, s. 258; *Muşul*, s. 259-260; *Kuru*, El Kitabı, s. 205-206; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 150; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 124.

³⁴ *Kuru*, C. 1, s. 258; *Muşul*, s. 259-260; *Kuru*, El Kitabı, s. 206; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 150; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 124.

³⁵ Bu durum madde gerekçesinde de belirtilmiştir: “...maddenin birinci fıkrasında, takibi yapan icra dairesinden başka bir icra dairesine yapılan itirazlarda masrafların icra müdürü tarafından alınması, alınmaması hâlinde bundan icra müdürünün şahsen sorumlu tutulacağı belirtilmek suretiyle sadece masraf alınmaması nedeniyle takibin sürüncemede kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır...” (Hükümet Gerekçesi, m. 14; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 146-147).

gerektiği; aksi takdirde “*borca hiç itiraz etmemiş*” sayılacağı belirtilmiştir (İİK m. 63/III). Kanun’daki bu düzenlemeye göre, “*benim bu kadar borcum yoktur*”, “*borcum bu kadar değildir*”, “*borca kısmen itiraz ediyorum*” gibi ifadeler kısmî itiraz olarak kabul edilmemekte ve bu durumda, borçlu hiç itiraz etmemiş sayılmaktadır. Ancak öğretide de belirtildiği üzere, borçlunun, itirazında itiraz etmek istediği kısmı açıkça belirtmemesinin yaptırımı oldukça ağırdır. Mevzuatımızda teşkil eden İsviçre hukukunda da, hüküm yumuşatılarak kısmî itirazında itiraz ettiği miktarı belirtmeyen borçlunun, alacağın tümüne itiraz ettiği kabul edilmiştir³⁶. Söz konusu hüküm, bu hâliyle, borçlunun menfaatlerini ağır bir şekilde ihlâl etmekte ve bunun sonucu olarak da, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini zedelemektedir.

İtirazın, borçluya gönderilen ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde yapılması gerektiğini ve kural olarak, bu süre geçtikten sonra yapılan itirazın herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağını ifade etmiştik. Bu kesin sürenin istisnasını ise, İcra ve İflâs Kanunu’nun 65. maddesinde düzenlenen “*Gecikmiş itiraz*” oluşturmaktadır. Gecikmiş itiraz, kusuru olmaksızın bir engel dolayısıyla itiraz süresini kaçıran borçluya, engelin kalktığı günden itibaren üç gün içerisinde itiraz etme olanağı tanıyan bir hukukî çaredir³⁷. Söz konusu müessese, borçlunun kusuru olmaksızın gerçekleşen bir sebep dolayısıyla “*borca itiraz edememe ve takibin kesinleşmesi*” gibi önemli bir hukukî sonucu bulunan “*itiraz etme hakkı*”ndan mahrum bırakılmasını önlemektedir. Medenî usûl hukukundaki “*eski hâle getirme*” müessesesine benzeyen bu kurum, hukukî korunma talebi ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamakta ve borçlunun menfaatlerini korumaya hizmet etmektedir .

3. Takibin Kesinleşmesi Aşamasında

İtirazın hükümden düşürülmesi aşamasında, menfaat dengesi en başta alacaklının aleyhine gibi görünmektedir. Zira borçlunun beyanı ile duran takibi ilerletmek isteyen alacaklıya, bunun için dava açma veya icra mahkemesine başvuru külfeti yüklenmesi, menfaat dengesinin alacaklının aleyhine olduğu kanaatini

³⁶ Bu konuda bkz. *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 125.

³⁷ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 126.

uyandırabilmektedir. Ancak bu durum, elinde herhangi bir belge bulunmayan bir kişinin, genel haciz yolu ile takip başlatabilme imkânına sahip olmasının bir sonucudur. Zira takip başlatan kişi, gerçekten takibin borçlusundan alacaklı ise, bu durumda ya elinde alacağını ispatlayan belirli belgeler bulunacak (*ki bu durumda alacaklı, itirazın hükümden düşürülmesi için daha basit ve kısa bir yol olan itirazın kaldırılması talebi ile icra mahkemesine başvurabilecektir*[İİK m. 68; 68a]) veya alacağının varlığını genel ispat hukuku kuralları ile ispatlayabilecek bir durumda (*bu durumda da alacaklı, genel ispat kuralları ile ispat faaliyetine girebileceği genel mahkemelerde itirazın iptali davası açabilecektir* [İİK m. 67]) olacaktır. Alacaklı, alacağının varlığını ve tehlikede olduğunu ancak bu şekilde ispatlayabileceğinden, kanun koyucunun alacaklıya, itirazın hükümden düşürülmesi için sunduğu imkânlar alacaklının menfaatlerine hizmet etmektedir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak icra takiplerinde ise borçlu, alacaklı tahsil dairesinin gönderdiği ödeme emrine itiraz etmek istiyorsa, bu durumda ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde idarî yargıda itiraz davası açması gerekmektedir (AATUHK m. 58/III). Bu durumun ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak icra takiplerinin konusunun bir vergi alacağı olması veya devletin diğer bazı hizmetlerden dolayı aldığı harç ve masraflar olduğu gözönüne alındığında, menfaat dengesi açısından hukuka aykırılık teşkil etmediğini belirtmek mümkündür. Zira bu alacakların önemli bir kısmı temelini maddî hukuka ilişkin bir kanundan almaktadır. Bu sebeple de, devletin kanundan doğan bu alacaklarının tahsilinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğu açıktır. Bu durumda ise menfaat dengesine uygun olan, bu borcu herhangi bir şekilde sona ermiş borçluya itiraz davası açma külfeti yüklenmesidir.

İtirazın hükümden düşürülmesi aşamasında alacaklının açabileceği itirazın iptali davası, tamamıyla alacaklının menfaatlerini odak olarak alan bir hukukî yoldur. Zira hukukî niteliği itibarıyla eda davası olan itirazın iptali davasına³⁸, kanun koyucu alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla icra hukukuna özgü birtakım sonuçlar bağlamıştır. Nitekim bu dava sonunda verilen hükümlerle, alacaklı takibe devam

³⁸ *Özkan*, s. 7. Ayrıca bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 166; *Postacıoğlu*, s. 179-180; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 131; *Kuru*, El Kitabı, s. 219; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 160; *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 130.

edebilecek veya haklı çıkması durumunda, borçludan icra tazminatı alabilecektir (bkz. İİK m. 67)³⁹.

İtirazın kaldırılması yolu ise, alacaklının elinde alacaklı olduğunu ispatlayan herhangi bir belge bulunmasını aramayan genel haciz yolu ile takibin bu özelliğinden

³⁹ Mahkeme, borçlunun borçlu olduğu kanaatine ulaşırsa, davayı kabul ederek borçlunun itirazının iptaline karar verecektir (*Muşul*, s. 323; *Kuru*, El Kitabı, s. 226; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 164; *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 136). Bu durumda, borçlunun itirazı iptal edilmiş olacağından, alacaklı, mahkeme hükmünü takibi yapan icra dairesine vererek haciz talep edebilecek ve dolayısıyla takibe kaldığı yerden devam edebilecektir (İİK m. 78/II). İtirazın iptali davasının kabul edilmesi durumunda, alacaklı lehine doğan diğer bir önemli sonuç ise, alacaklının talep etmesi hâlinde mahkemenin hükmedeceği yüzde kırktan aşağı olmayan icra inkâr tazminatıdır (İİK m. 67/II). Alacaklı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilmesinin sebebi, borçlu tarafından alacağın tahsilinin geciktirilmesini ve haksız olarak takibe yöneltilen itirazları engellemektir (*Özkan*, s. 210; *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 137). Tazminatın belirlenmesinde, alacaklının, dava tarihi ile haklılığına değil takip tarihi itibarıyla haklılığına bakılır (*Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 137). Bu sebeple de, borçlunun, dava açıldıktan sonra yaptığı ödemeler tazminat oranının belirlenmesinde etkili olmayacaktır. Ayrıca, borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmetmek için borçlunun kötü niyetli olması aranmamaktadır. Oysa Kanun, alacaklı açısından kötü niyet şartını aramaktadır.

İtirazın iptali davası sonucunda mahkeme, takip konusu alacağın bulunmadığı kanaatine ulaşırsa, davayı reddedecektir. Bu durumda, itirazın iptaline ilişkin verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte alacaklının başlatmış olduğu takip iptal edilecektir (*Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 141). İtirazın iptali davasının reddedilmesi durumunda da, borçlunun dava dilekçesine karşı verdiği cevap layihasında talep ettiği takdirde, mahkeme, alacaklıyı alacağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak kaydıyla tazminata hükmedecektir (İİK m. 67/II). Ancak, daha önce de belirtildiği gibi alacaklı aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun, alacaklının takibi yapmakta haksız ve kötü niyetli olduğunu ispatlaması gerekmektedir (İİK m. 67/II). Alacaklı aleyhine hükmedilecek olan kötü niyet tazminatının amacı da, alacaklının, haksız ve kötü niyetle alacaklı olmadığı birine karşı takip başlatmak suretiyle icra dairelerini ve mahkemeleri meşgul etmesini engellemektir (*Özkan*, s. 210).

İcra tazminatlarına ilişkin olarak alacaklı ile borçlu arasındaki eşitliği zedeleyen bir husus, borçlunun, icra tazminatı talep edebilmesi için “*alacaklının takibi yaparken haksız ve kötü niyetli olduğunu*” ispat etmesi gerekirken; alacaklının, icra tazminatı talep edebilmesi için “*borçlunun kötü niyetli olduğunu*” ispat etmesinin aranmamasıdır. Yani, alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi için borçlunun, “*alacaklının takip yaparken kötü niyetli olduğunu*” ispat etmesi gerekir. Bu konuda ispat yükü ise, borçlu üzerindedir. Zira, Türk Medenî Kanunu 2. maddesi gereğince, iyiniyet karinedir; dolayısıyla, bu adî karinenin aksini ispat yükü borçlu tarafa düşmektedir. Oysa, alacaklının “*kendisine borçlu olmadığını bildiği bir kişiye karşı takip yapması*” başlı başına kötü niyetin varlığını ortaya koymaktadır. Bu husus zaten itirazın iptali davası sonucunda verilen kararda hâkim tarafından takdir edilmektedir. Bu sebeple, alacaklı aleyhine tazminata hükmedebilmek için böyle bir şart öngörülmesi, kanaatimize eşitlik ilkesini zedelemektedir.

Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu’nun 67. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen icra tazminatlarının hukukî niteliği hakkındaki değişik görüşler için bkz. *Kuru*, İcra İnkâr Tazminatı, s. 615 vd.; *Özkan*, s. 208-210. Bu konuda ayrıca bkz. *Postacıoğlu*, İnkâr Tazminatı, s. 956-958; *Postacıoğlu*, İtirazın İptali, s. 968 vd.

dolayı ihdâs edilen bir yoldur⁴⁰. Zira genel haciz yolu ile takibin başlangıcında, alacaklıya alacaklı olduğunu ispatlayan bir belge olmadan takip yapmasına cevaz verilmekte; ardından borçlunun itiraz beyanı ile takibi durdurmasına imkân verilmektedir. Bu açıdan kanun koyucu, itiraz aşamasında borçlu lehine işleyen menfaat dengesini, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere itirazın kaldırılması aşamasında alacaklı lehine çevirmeyi amaçlamıştır. Aksi takdirde, yani alacaklıya dava açmaya nazaran çok daha kısa ve pratik bir yol olan itirazın kaldırılması yoluna başvurma imkânı tanınmasaydı, alacaklı mutlaka genel mahkemelerde açacağı dava ile takibi ilerletebilecekti. Bu durumda da borçlunun itirazının daha kısa bir sürede icra mahkemesinde kaldırılarak alacaklının, alacağını tahsil etmesi imkânı ortadan kaldırılacaktı. Ancak itirazın kaldırılması yolunun tamamen alacaklının menfaatlerine hizmet eden bir yol olduğu düşünülmemelidir. Zira bu yola, elinde ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesinde sayılan “*alacaklının, alacaklı olduğunu ispatlayan*” belgelerden biri bulunan alacaklı başvurabilecektir. Alacaklının elinde Kanun'da sınırlı bir şekilde belirtilen bu belgelerden biri bulunmuyorsa, bu durumda, alacaklının itirazı hükümden düşürmek amacıyla genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmaktan başka hukukî çaresi kalmayacaktır⁴¹. Dolayısıyla, itirazın hükümden düşürülmesi aşamasında, borçluya karşı yapılan keyfî ve haksız takiplerin bertaraf edilmesini sağlayan bir sistem geliştirilmesi amaçlanmıştır.

4. Haciz Aşamasında

a. Menfaat Dengesi Çerçevesinde Haciz Aşamasının Temel Özellikleri

Daha önceki açıklamalarımızda da belirtmiş olduğumuz üzere, icra hukukun temel ilkelerinden birisi, alacaklının, borçlunun mal varlığına icra organları tarafından el atılarak, para ile tatmin edilmesidir⁴². Zira icra hukukunda, borçlunun mal varlığı değerlerinin, alacağa karşılık gelmek üzere alacaklıya devredilmesi kural olarak mümkün değildir; bu çerçevede, borçlunun mal veya hakları haczedilerek

⁴⁰ Bu konuda bkz. *Postacioğlu*, s. 190; *Muşul*, s. 285-286; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 137; *Kuru*, El Kitabı, s. 235; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra, s. 172-173; *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 144-145.

⁴¹ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 144.

⁴² *Muşul*, s. 501; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 143; *Kuru*, El Kitabı, s. 357; *Türkel*, s. 55 .

satılır ve bedelinden alacak ödenir (*bu kuralın istisnaları için bkz. İİK m. 120; AATUHK m. 98*). Alacaklının bu şekilde tatmin edilebilmesi için önce alacağına yetecek mal varlığı değerinin tespiti ve ardından da bu mal varlığı değerine el konulması gerekmektedir⁴³. Bu el koyma işlemi ise, takip prosedüründe haciz işlemi ile gerçekleşecektir. Bu çerçevede haciz, “*para alacaklarının ödenmesini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulmasıdır*”⁴⁴.⁴⁵ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, haczin hüküm ve sonuçlarını doğurması için haczedilen mallara fiilen el konulması gerekli değildir; hukukî el koyma yeterlidir⁴⁶.⁴⁷ Haczin sonuç doğurması, malların haczedildiğinin icra tutanağına geçirilmesi ile

⁴³ *Türkel*, s. 55-56.

⁴⁴ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 193. Benzer yönde tanımlar için ayrıca bkz. *Postacioğlu*, İcra, s. 290; *Muşul*, s. 471; *Kuru*, El Kitabı, s. 358.

Üstündağ ise, haciz şu şekilde tanımlamaktadır: “*Haciz, cebri icra organı tarafından yapılan devlete ilişkin bir hâkimiyet tasarrufudur.*” (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 143).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından ise, haczin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “*Haciz, cebri icra organı tarafından yapılan devlete ilişkin bir hakimiyet tasarrufu olup, icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda istemde bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır.*” HGK, 31.03.2004, 12-202/196 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2560). Yargıtay kararlarında aynı yöndeki tanımlar hakkında diğer bazı kararlar için bkz. 12. HD, 26.01.2007, 2006-23135/1182 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2563-2564); 12. HD, 17.10.2006, 16576/19517 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2566-2567); 12. HD, 28.02.2005, 1059/3883 (*Uyar*, C. 5, s. 7495; *Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2576).

⁴⁵ Haciz için verilen bu tanım kesin haczin tanımını karşılamaktadır. Zira, itirazın geçici kaldırılması neticesinde yapılan haciz ile geçici hukukî koruma niteliğinde olan ihtiyatî hacizde yapılan hacizler kesin haciz niteliğinde değildir. Bunun en önemli sonucu ise, sadece kesin hacizler için satış talep edilebilmesidir (İİK m. 108). Dolayısıyla, itirazın geçici kaldırılması neticesinde yapılan haciz ile ihtiyatî haciz neticesinde yapılan hacze dayanarak alacaklının satış talebi herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır (*Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 193). Bu kuralın istisnaları için bkz. İİK m. 108/II.

⁴⁶ *Postacioğlu*, İcra, s. 290; *Taşpınar*, Haczedilmezlik, s. 13; *Muşul*, s. 471; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 154; *Kuru*, El Kitabı, s. 358; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 184; *Türkel*, s. 56.

⁴⁷ Haciz işleminin fiilî değil, hukukî bir el koymayı ifade ettiği İcra ve İflâs Kanunu’nun çeşitli hükümlerinden anlaşılmaktadır. Örneğin haciz memurunun, borçlunun bir taşınır malını haczetmesi durumunda, haczettiği taşınırı (alacaklının muvafakati ile) bizzat borçlunun elinde bırakması veya yediimine teslim etmesi mümkündür (İİK m. 88/II). Ayrıca haciz memurunun, borçlunun üçüncü kişilerin elindeki taşınır mallarının haczinde de, haczedilen taşınırın üçüncü kişiye yediimin olarak bırakılması mümkündür (İİK m. 88/II). Bunun gibi, borçlunun üçüncü kişilerdeki taşınır malları ile alacaklarının, bu kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haczi mümkündür (İİK m. 89). Ayrıca, trafik siciline kayıtlı kara taşıt araçlarının haczinde de, haciz kararının trafik siciline işlenmesiyle, araç üzerinde fiilî hâkimiyete gerek kalmadan haciz gerçekleşecektir (İİK m. 79/II, c. 2). Tüm bu örnek düzenlemeler, İcra ve İflâs Kanunu sisteminin fiilî değil, hukukî bir el koymayı, haciz işleminin gerçekleştirilmesi için yeterli gördüğünü göstermektedir.

gerçekleşecektir⁴⁸. Haczolunan mallara icra dairesi tarafından el konularak örneğin bir yedimeine teslimi ise, haciz işleminin ardından uygulanacak muhafaza tedbirleri ile ilgilidir.

Haciz aşaması, genel haciz yolu ile takipte, gerek alacaklı gerekse borçlu bakımından büyük önem arzeder. Bu aşamada borçlu, somut anlamda kendisine karşı takip yapılmasının hüküm ve sonuçları ile yüzyüze kalmaktadır. Zira, borçlu tarafın mallarını haczetmek amacıyla gerekirse yokluğunda konutuna girilebilmekte (İİK m. 80/II; AATUHK m. 78/I); kilitli yerleri açılarak eşyalarına el konulabilmekte (İİK m. 80/III; AATUHK m. 80/I, II); borçlunun, üzerinde değerli eşyaları bulunması ve kendisinin bunları vermek istememesi hâlinde, şahsına karşı kuvvet uygulanabilmektedir (İİK m. 80/IV; AATUHK m. 80/III). Ayrıca haciz aşamasında, takibin başlangıcı ve itirazın kesinleşmesi aşamalarında somut olarak karşılaşmadığımız “*üçüncü kişilerin menfaatleri*” de doğrudan doğruya etkilenebilmektedir. Örneğin, borçluyla birlikte yaşayan aile üyeleri veya borçlu ile herhangi bir irtibatı bulunan borçlu yakınları, borçlunun yerine kendi mallarının haczedilmesi tehlikesi ile karşıya karşıya kalmakta (İİK m. 96-99; AATUHK m. 66-68); takibe taraf olmayan ve borçlunun mal veya haklarını ellerinde bulunduran üçüncü kişilerden, bu mal ve hakları icra dairesine teslim etmesi istenebilmekte (İİK

Alman hukukunda haczin gerçekleştirilebilmesi için, icra memurunun mutlaka haczedilen mal ve haklara fiilen de el koyması gerekir; bu durum özellikle, icra memurunun maldaki fiilî hâkimiyeti kazanması ve borçlunun tasarruf yetkisinin tamamen bertaraf edilmesini sağlayacağından bir zorunluluk teşkil eder (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 154-155). Mevzuatımız olan İsviçre Kanunu’nda ise, -*İİK m. 88 hükmünde olduğu gibi*- para, banknot gibi şeylerin icra dairesi tarafından muhafaza altına alınacağı; diğer taşınırların ise, geçici olarak -*istenildiği zaman emre amade tutulmaları şartıyla*- borçlunun veya bir üçüncü kişinin elinde bırakılabileceği kabul edilmiştir (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 155).

İcra ve İflâs Kanunu sisteminden ayrı olarak, 6183 sayılı Kanunu’na göre yapılacak icra takiplerinde farklı esaslar benimsenmektedir. Örneğin, Maliye Bakanlığı’nın 16.09.1974 tarihli tebliğine göre, taşıt haczinde, taşıtın haczedildiğinin sadece trafik siciline bildirmesinin, taşıtın devrine, yok olmasına, zarara uğramasına engel olmadığı; bu sebeple, 6183 sayılı Kanun’a göre yapılacak taşıt haczinde, aynı zamanda 6183 sayılı Kanun’unun 82. maddesindeki muhafaza tedbiri uygulanarak taşıta fiilen de el konulması gerektiği belirtilmiştir (351 seri nolu Tahsilat Genel Tebliği, (<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>; RG 16.09.1974). Ayrıca bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. Dş. 4. D, 25.06.2002, 689/2700 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

⁴⁸ Haczin ne zaman tamamlanmış olduğu, haczin hukukî sonuçları açısından ve muhafaza tedbirlerinin zorunlu olup olmaması açısından önem taşır. İcra hukuku sistemimizde, icra memurunun malların haczine ilişkin iradesini haciz tutanağına geçirmesi ile haczin tamamlanmış olduğu konusunda bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 147-148. Karş. *Muşul*, s. 481. Ayrıca haczin ne zaman gerçekleştirilmiş olduğu hakkında İsviçre ve Türk öğretisinde yapılan tartışmalar hakkında bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 146-148.

m. 89; AATUHK m. 79); bir alacaklının talep ettiği hacze, belirli koşullar altında borçlunun diğer alacaklıları da katılabilmektedir (İİK m. 100. AATUHK m. 21; 69). Borçlunun ve üçüncü kişilerin doğrudan doğruya etkilendiği bu işlemler karşısında borçlu, alacaklı ve üçüncü kişilerin gerek bireysel olarak sahip oldukları hak ve menfaatler gerekse kendi aralarında oluşan menfaat çatışması haciz aşamasında önemli ve diğer aşamalardan farklı bir fonksiyona sahiptir. Zira bir tarafta alacaklının, alacağını tahsil yetkisi bulunmakta; diğer tarafta borçlunun kişisel ve mal varlığı değerlerini koruma hakkı bulunmakta ve bir diğer yanda da üçüncü kişilerin mülkiyet hakları devreye girmektedir. Hacze iştirak müessesesinde ise, farklı olarak alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi somut olarak karşımıza çıkmaktadır.

Haciz aşamasının taşıdığı öneme binaen, kanun koyucu alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması gereğini özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, "*Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir*" (İİK m. 85/son). İcra ve İflâs Kanunu, bu madde düzenlemesiyle alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gereğini, "*haczi yapan memura*" doğrudan doğruya yüklemektedir.

İcra dairesince kesin haczin uygulanabilmesi için alacaklının talebi gereklidir (İİK m. 78). İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin birinci fıkrasında, alacaklının haciz talep edebilmesi için borçlunun mal beyanında bulunmasını beklemeye gerek olmadığı düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, alacaklının alacağını tahsilini, borçlunun mal beyanında bulunmaması sebebiyle geciktirilmesini önlemek istemiştir. Bunun yanı sıra, Kanun'un 78. maddesinin ikinci fıkrası, alacaklının menfaatlerini gözeterak haciz isteme süresine ilişkin getirdiği düzenlemede, haciz isteme hakkının, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşeceğini; bu süre hesaplanırken de, itiraz veya dava halinde bunların başlangıcından hükmün kesinleşmesine kadar veya alacaklıyla borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlâline kadar geçen zaman hesaba katılmaz (bkz. İİK m. 78/II)⁴⁹.

⁴⁹ İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesi uyarınca, alacaklının itirazın iptali davası açması veya itirazın kaldırılması talebi ile icra mahkemesine başvurmasıyla birlikte haciz işleme süresi de

İcra ve İflâs Kanunu, haciz aşamasında borçlunun, borçluyla birlikte yaşayan ailesinin toplum içindeki sosyal durumlarını dikkate alan, borçlunun ekonomik yaşantısını devam ettirebilmesi için gereken önlemleri gözetilen bir sistem geliştirmeyi de ihmâl etmemiştir. Kanun'un 82 ve 83. maddelerinde düzenlenen (*tamamen veya kısmen*) haczi caiz olmayan mal ve hakların belirlenmesi bu amaca hizmet etmektedir. Bu düzenlemelerde kanun koyucu sadece borçlu ve üçüncü kişilerin mal varlığını korumayı amaçlamamıştır⁵⁰. Zira, bazı durumlarda borçlu ve üçüncü kişilerin korunması aynı zamanda kamu menfaati düşüncesinden ve özellikle sosyal devlet ilkesinden kaynaklanmıştır. Bunun yanı sıra, kanun koyucu devlet mallarının haczedilemeyeceğini düzenleyerek de devletin egemenlik gücünün korunmasını amaçlamıştır. Bu açıdan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82 ve 83. maddelerinin uygulanmasında borçlunun, üçüncü kişilerin, devletin ve kamu menfaatlerinin dikkate alınması somut olarak karşımıza çıkmaktadır. Haczedilmezlik konusunda takdir yetkisi ise icra müdürüne aittir⁵¹. Haczedilmezlik konusunda icra müdürü tarafından takdir yetkisinin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumunda, icra müdürünün kullandığı takdir yetkisinin şikâyet konusu olabilmesi, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaat ihlâllerine karşı başvurabilecekleri önemli bir araçtır. Kanun koyucunun, borçlunun haczedilecek mal ve haklarının belirlenmesine verdiği önem İcra ve İflâs Kanunu'nun 83a maddesinden de anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre, "82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir" (İİK m. 83a). Zira, Kanun'un 82 ve 83. maddelerinde belirtilen mal ve hakların haczedilememesinin sebebi, borçlu ile üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Bu sebeple, borçlu ve düzenlemeler kapsamında belirtilen üçüncü kişilerin mağdur olmaması için bu konuda önceden yapılan anlaşmaların geçerli olmayacağı (*bkz. BK m. 19, 20*) özel olarak düzenlenmek istenmiştir.

Haciz aşamasında haczin hukukî olarak uygulanması dışında haciz sonrasında alınan muhafaza tedbirleri de önemli bir yer tutmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun bu

kesilecektir. Aynı durum, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak taksit sözleşmesinin borçlu tarafından ihlâlüne kadar geçen süre için de geçerlidir.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Yılmaz*, Devlet Malları, s. 601 vd.; *Karayalçın*, Devlet Mallarının Haczedilmezliği, s. 123 vd.

⁵¹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 198.

konudaki düzenlemeleri borçlu ve üçüncü kişiler üzerinde önemli etkiler doğurmaktadır. Örneğin, öğretide de eleştirilen “*Mahcuz malları muhafaza tedbirleri*” başlığı altında düzenlenen İcra ve İflâs Kanunu’nun 88. maddesine göre, üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malların haczedilmesi durumunda, taşınır mal ancak alacaklının muvafakat etmesi durumunda alacaklıda yediemin olarak bırakılmaktadır. Oysa zilyetlik karinesi uyarınca (TMK m. 985), bir taşınırın zilyeti olan kişinin o malın mâliki olduğunun adî bir karine olarak kabul edildiğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Bu sebeple, üçüncü kişiler, mallarının haczedilerek ellerinden alınması tehlikesi ile sadece haczin uygulanması sırasında değil aynı zamanda haczin yapılmasının ardından uygulanacak muhafaza tedbirlerinde de karşılaşabilmektedirler.

Haciz aşamasında üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini koruyucu nitelikte olan en önemli araçların başında istihkak davası gelmektedir. İstihkak davasının temelini, üçüncü kişinin borçlunun olduğu düşünülerek haczedilen malına karşı ileri sürülen istihkak iddiası oluşturmaktadır. İstihkak davasında amaç, üçüncü kişilerin haklarını korumak olduğu gibi, haczedilen mal üzerindeki uyuşmazlığın da sadece o takip için çözümlenmesidir; yoksa, istihkak davasında, malın mülkiyetinin kime ait olduğu tespit edilmez⁵².

Haciz işlemiyle, borçlunun sadece borca yeter miktardaki mal varlığı haczedilmektedir. Haciz işlemi sonucunda elde edilen para ise, bu para alacaklıya ödenir; paradan başka bir şey ise, bu mal satılır ve bedeli alacaklıya ödenir. Borçluya karşı birden fazla takip yapan alacaklı varsa ve borçlunun haczedilen mallarının satışı sonunda elde edilen para alacaklıların alacağına yetmiyorsa hacze iştirak müessesesi devreye girebilecektir. Hacze iştirak müessesesinin amacı, alacaklılar arasında eşitliği sağlamaktır. Zira, icra iflâs hukuku sistemimizde, borçlunun mallarına önce haciz koyduran alacaklının, diğer alacaklılara göre önceliği bulunmamaktadır⁵³. Belirli şartlar altında bu fonksiyonu gerçekleştirmeyi sağlayan hacze iştirak müessesesi, alacaklılar arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde ve eşitliğin sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir.

⁵² *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 230.

⁵³ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 221.

Belirttiğimiz bu esaslar çerçevesinde, yukarıda her bir paragraftaki açıklamalarımız, aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

b. Haciz Memurunun Zor Kullanma Yetkisinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Haciz aşamasında, haciz memurunun zor kullanma yetkisini kullanabileceği ilk aşama, borçlunun konutuna veya işyerine zorla girebilecek olmasıdır. Haciz memuru, borçlunun işyerine veya konutuna zorla girme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinin ikinci fıkrasında, borçlunun haciz sırasında malın olduğu yerde bulunmaz veya bulundurulması mümkün olmaz ise haczin, borçlunun gıyabında yapılacağı belirtilmiştir (İİK m. 80/II). Bu durumda haciz memuru, borçlunun işyerine veya konutuna zorla girilebilecektir (İİK m. 80/III). Bu durum borçlunun konut dokunulmazlığını ihlâl ettiği gibi (Ay m. 21); haciz yokluğunda yapılacağından, borçlunun menfaat dengesi ihlâlleri ile de karşılaşması muhtemeldir. Her ne kadar haciz memuru, haciz sırasında alacaklı ile borçlunun menfaatlerini gözeterek haciz işlemini gerçekleştirmekle yükümlüyse de (İİK m. 85/son), borçlunun gıyabında konutuna veya işyerine zorla girilerek gerçekleştirilecek haciz işlemi, borçlunun menfaatlerini ihlâl tehlikesini barındırmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, modern icra hukuku sistemlerinde borçlunun konutuna zor kullanmak suretiyle haciz için girilmesi kabul edilmemektedir⁵⁴.

Borçlunun temel haklarına müdahale edildiği, tam anlamıyla canının yandığı haciz aşamasında anayasal ilke ve esaslara uyulması bir zorunluluk teşkil etmektedir. Nitekim, uygulamada borçlu için bir ölüm kalım mücadelesine dönüşen haczin

⁵⁴ İngiliz cibrî icra hukukunda, haciz için geçerli olan temel kural, haciz için borçlunun taşınmazına girişin kuvvet kullanmaksızın gerçekleştirilmesidir (*Eruygur*, s. 424). Nitekim İngiliz cibrî icra hukukunda, haciz için borçlunun taşınmazına kuvvet kullanmak suretiyle girilmesi, tüm haczi yasadışı kılmakta ve borçluya kanunî yollara *-hatta cezaî yollara-* başvuru imkânı tanımaktadır (*Eruygur*, s. 424).

Yine haczin önceden borçluya haber verildiği mehz İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu'nda, 1994 yılında yapılan değişikliğe kadar, borçlunun haber verilmesine rağmen haciz sırasında bulunmaması durumunda, haczin polisle birlikte yapıldığına ilişkin bir kanunî düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak buna rağmen, borçluya önceden haciz günü haber verilmiş olmasına rağmen, borçlunun bulunmaması durumunda haczin polisle yapılması, kanunî bir dayanak da bulunmaması sebebiyle ağır bir şekilde kişilik haklarına müdahale olarak yorumlanmıştır (*Taşınar*, İsviçre Federal İİK, s. 620). Bu sebeple de, İsviçre Federal İcra-İflâs Kanunu'nda 1994 yılında yapılan değişiklikle bu durum kanunî düzenlemeye (İsv İİK m. 91) kavuşturulmuştur.

uygulanmasında, çok ciddi sorunlar yaşanmakta; icra memurları, borçlunun anayasal haklarını ve özellikle ölçülülük ilkesini gözardı ederek haciz işlemini gerçekleştirmekte; buna karşılık, borçlu da şahıs varlığını, mal varlığını, şerefini, onurunu korumak için saldırgan davranışlar içerisine girebilmektedir. Sorunun ciddiyeti, Adalet Bakanlığı'nın 30.01.2006 tarihli bir genelgesinde son derece açık bir şekilde kendisini göstermiştir⁵⁵. Zira, bu Genelge'de belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı'nca "... *Haciz işlemleri sırasında yeterli ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle istenmeyen bazı olaylar, yaralanmalar ve can kaybının meydana geldiği...*" gözlemlenmiş ve genelgede Adalet Bakanlığı tarafından "*Haciz yapan memurun gerektiğinde zor kullanma yetkisi bulunduğundan İcra ve İflâs Kanununun 80 ve 81 inci maddelerinde yer alan hükümler ile kendilerine tanınan güvenlik önlemleriyle ilgili yetkilerin duraksamaya yer vermeyecek şekilde kullanılması...*" gerektiği önerisi verilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, icra memuruna borçlunun şahıs varlığı ile mal varlığı üzerinde zor kullanma yetkisi tanımaktadır. Bu düzenlemeye göre borçlu, haciz memurunun talebi doğrultusunda kilitli yerleri ve dolapları açmaya ve sair eşyayı göstermeye mecburdur; bu yerler gerekiyorsa, haciz memuru tarafından zorla açtırılır (İİK m. 80/III). Burada zor kullanma hususunda zabıta memurları, haciz memuruna yardımcı olacaklardır (İİK m. 81/I).

Yine haciz memuru, borçlunun, üzerinde para, kıymetli evrak, altın, gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu da bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı zor kullanabilecektir (İİK m. 80/IV). Burada dikkati çeken husus ise, icra memuruna borçlunun şahıs varlığı üzerinde zor kullanma yetkisinin verildiği durumun, haciz memurunun borçlunun üzerinde kıymetli şeyleri sakladığını görmesi değil, anlaması durumudur. Yani bu maddenin yorumundan çıkan sonuç, haciz memurunun, borçlunun üzerini arayabileceğidir. Bu durumun ise, hukuk devletinin gereklerine ters düştüğünü, durumun borçlunun kişilik haklarını zedelediğini de belirtmiştik. Konuyla ilgili olarak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile paralel düzenlemeler getiren Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun, İcra ve İflâs Kanunu ile benzer bir düzenleme kabul etmiştir. Zira ilgili

⁵⁵ Haciz İşlemleri Hakkında Genelge, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, S. B.03.0.HİG.0.00.00.03/010.06.02/18, T. 30/01/2006, Genelge No: 118.

hükme göre de, alacaklı tahsil organının, borçlunun üzerinde zor kullanma yetkisi, borçlunun üzerindeki kıymetli şeyleri *sakladığını* anlaması hâlinde söz konusu olacaktır (AATUHK m. 80/III). Yani tahsil organının, borçlunun üzerinde bir şey *sakladığını* anlayabilmesi, borçlunun üzerini aramasından sonra söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, açıkça borçlunun üzerinin aranmasına cevaz vermektedir. Bu çerçevede düzenlemelerin yirminci yüzyıl insan hakları gerekleri ve özellikle de savcılarının sahip olduğu yetkiler karşısında gözden geçirilmesi zarurîdir. Zira bu durum, borçlunun anayasal temel haklarına aykırılık oluşturduğu gibi, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini de, borçlunun kişilik haklarını ihlâl etmek suretiyle zedelenmektedir.

Haciz memurunun zor kullanma yetkisiyle ilgili olarak *Belgesay*, haciz memuruna verilen bu yetkinin hukuku uygun olmadığını belirterek o dönemde söz konusu olan tasarı düzenlemesini eleştirmiştir. Yazarın henüz insan hakları ve anayasal hakların yeni yeni gelişmeye başladığı dönemlerde konu ile ilgili ifadeleri dikkat çekicidir: “*Biz, kuvvet sarfile borçlunun üzeri aranmasını umumî âdaba uygun bulmuyoruz. Bizce, borçlu, üzerinde haczi kabil olan malları varken inkâr eder, yahut icra memurunun tayin edeceği kısa bir müddet varken inkâr eder, yahut icra memurunun tayin edeceği kısa bir müddet zarfında bu malları teslimden imtina ederse hareketi cezayı mucip sayılabilir. Bu halde tetkik mercii hal ve vaziyeti ve borçlu ve alacaklının beyanatını göz önünde tutarak esbabı mucibe ile vereceği hususi bir arama kararı ile borçlunun aranması mümkün görülür. Fakat, alacaklının talebile, borçlunun mühim bir şey sakladığından şüpheyi mucip bir sebep yokken, her hangi bir yerde üzeri aranması, soyunmağa davet edilmesi çok çirkindir. Hususî menfaatler namına umumî ahlâkın kabul edemeyeceği bir hali kanunun kabul edemeyeceği bir hali kanunun kabul etmesi makul olamaz. Yalnız borçlunun üzerinde bulunup görünen ve açıkça haczi kabil ve mühim bir kıymeti haiz bulunan malları icra memuru tarafından zaptedilebilir. Son tâdilât projesi, icra memuru ‘borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri taşıdığını... görürse borçlunun şahsına karşı kuvvet istimal’ edebileceğini kabul etmiştir. Şu halde, borçlunun üzerinde araştırma yapılmayacak, görünürdeki malları zaptedilmekle iktifa edilecektir”⁵⁶.*

⁵⁶ *Belgesay*, Leeman Raporu 2, s. 41.

Sistemin mevcut hâliyle, haciz memurunun söz konusu düzenlemelerden kaynaklanan takdir yetkisini ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanması, özellikle menfaat dengesinin korunması için zorunludur. Zira ölçülülük ilkesi daha önce de belirttiğimiz üzere, yürütme organının takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda, kişileri bu organların keyfî işlemlerinden korumayı amaçlar. Ölçülülük ilkesi sayesinde, takdir yetkisine sahip olan idarî organların, araç ile amaç arasında uygun bir ilişki kurması sağlanır⁵⁷. Bu kapsamda, sistemin mevcut hâliyle de haciz memurunun söz konusu yetkileri kullanması için zor kullanmanın gerçekten gerekli olması ve amaç ile araç arasında makûl bir dengenin bulunması gerekir⁵⁸. Örneğin, borçlunun haczi kabil başka mal varlığı değerleri bulunmasına rağmen, haciz memurunun kilitleri yerleri ve dolapları zorla açtırarak içindekileri haczetmek istemesi veya borçlunun üzerini aramak istemesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca son olarak belirtmek isteriz ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinde düzenlenen haciz memurunun zor kullanma yetkisi, sadece borçluya karşı kullanılabilir bir yetkidir. Yani haciz memurunun, borçlu dışında üçüncü kişilerin mal ve şahıs varlığı üzerinde zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 01.06.1999 tarihinde vermiş olduğu karar, özellikle haciz aşamasında üçüncü kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan kişilik hakları ile konut dokunulmazlığı ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin emsal nitelikte bir karardır. Zira bu karara göre, borçlu olmadığı halde *evinin kapısı kırılarak zorla eşyalarına el konulan üçüncü kişinin* manevî tazminat talebiyle açtığı dava, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesinde hükme bağlanan sorumluluk esas çerçevesinde haklı bulunmuş ve devlet aleyhine tazminata hükmedilmiştir⁵⁹. Zira, burada evinin

⁵⁷ *Metin*, s. 190.

⁵⁸ *Metin*, s. 187-188.

⁵⁹ “*Davalı Emlak Bankası, İzmir 4. İcra Müdürlüğü'nün 1998/1895 sayılı takip dosyasında borçlusu Şükrü Rodoplu'nun mallarını haciz ettirdikten sonra yaptığı hacizler alacağını karşılamadığından telefon defterinden ismi bulunan ve borçlusu Şükrü Rodoplu ile hiç bir ilgisi olmamasına rağmen davacının evde bulunmadığı 13.3.1998 tarihinde gerçek borçlu olmayan davacının evine gelinip polis nezaretinde Çilingirle kapı açtırılarak davacıların bazı malları haciz edilip yediemine teslim edilmek üzere evden çıkartılmışlardır. Davacılar 'gerçek borçlu olmadıkları halde bu şekilde malların götürülmesi nedeniyle duyulan üzüntü ve sıkıntı nedeniyle' manevi tazminat istemişlerdir. Davalılar 'davanın reddini' savunmuş, mahkemece, dava reddedilmiştir. / Somut olayda, gerçek borçlu olmayan davacılar hakkında yapılan haksız haciz sonucu davacıların kişilik haklarına saldırı olduğu tartışmasızdır.*

kapısı polis gücü ile kırılarak eşyalarına el konulan üçüncü kişinin temel hak ve özgürlükleri ihlâl edildiği gibi, haciz memuru gerek ölçülülük ilkesine gerekse İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasına aykırı hareket etmiştir. Haciz memuru, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere söz konusu olayda;

- (i) ölçülülük ilkesine aykırı hareket ederek en son başvurulması gereken çare olan, *polis gücünü kullanarak -ve bu konuda gerekli araştırmayı da yapmadan-* borçlu olduğu düşünülen kişinin evine kapısını kırdırmak suretiyle girmiştir,
- (ii) haczi gerekli araştırmayı yapmadan gerçekleştirdiğinden hem İcra ve İflâs Kanunu'na aykırı hareket etmiş hem de üçüncü kişinin Anayasa ile korunan kişilik haklarını, mülkiyet hakkını, konut dokunulmazlığını zor kullanma yetkisine dayanarak ihlâl etmiştir.

Bu hukuka aykırı hususlar karşısında, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de isabetli olarak üçüncü kişinin oluşan *manevî zararı için* tazminata hükmetmiştir. Bu karar son derece hukuka uygun olup, hak ve menfaatleri haksız ve hukuka aykırı bir biçimde ihlâlâ uğrayan üçüncü kişiler ve hatta, ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde haciz memurunun zor kullanma yetkisini kullanması suretiyle malları haczedilen borçlular için de emsal nitelikli bir karardır. Zira belirtilen durumlarda gerek üçüncü kişi gerekse borçlu için manevî tazminata hükmetme koşulları gerçekleştiğinde devlet aleyhine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesine göre tazminat hükmetmek için hiç bir engel bulunmamakta; hatta bu durum, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının bir sonucudur.

Ayrıca benzer düzenlemelerin Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile birlikte tahsil organına da tanınmış olması (bkz. AATUHK m. 80), son derece sakıncalıdır. Zira alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengelemekle yükümlü olan alacaklıya, bir de borçlusuna karşı *her türlü zora başvurma* imkânı tanınması, alacaklı kamu idaresinin keyfî davranışlarına sebebiyet verebilecek ve bu durum, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini zedeleyecektir. Kamu alacağının tahsil sürecinde, hem alacaklı hem de tahsil organı olarak hareket eden

Davalı Emlak Bankası'nın haksız fiil nedeniyle Borçlar Kanununun 41. maddesine göre, davalı Adalet Bakanlığının da yapılan işlerden dolayı kusursuz sorumlu oldukları İcra İflas Kanununun 5. maddesinde belirlenmiştir. Kişilik haklarının saldırıya uğradığı sabit olan davacılar için tazminat kapsamı belirlenip karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. 4. HD, 01.06.1999, 1953/5125 (*Uyar*, C. 5, s. 7519-7520).

kamu idaresine bu yetkinin tanınması, hukuk devletinin gerekleri ile de bağdaşmamaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu yetkiyi düzenleyen Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 80. maddesinin ikinci fıkrası ile tahsil organına söz konusu yetkinin “*hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurma*” şeklinde verilmesi de, kanun koyucunun ölçülülük ilkesine aykırı olarak yasama görevini yerine getirdiğini göstermektedir (AATUHK m. 80/II). Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı öncelikle, yasama organı tarafından kanun yapma faaliyeti sırasında gerçekleştirilmektedir. Bu doğrultuda, kanun koyucunun, bünyesinde zaten anayasal ihlaller barındıran söz konusu yetkiyi, bir de *durumun gerektirdiği her türlü zor başvurma* şeklinde kaleme alması oldukça sakıncalı durumlara sebebiyet verebilecek niteliktedir.

c. Muhafaza Tedbirlerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, haciz hukukî değil, fiilî bir el koymadır^{60, 61}. Dolayısıyla haciz işlemi ile birlikte haciz memurunun, kural olarak hacizli mala fiilen el koyması zorunlu değildir⁶². Ancak, bu durumda alacaklı ile

⁶⁰ *Postacioğlu*, s. 290; *Taşpınar*, Haczedilmezlik, s. 13; *Özyeşil*, s. 12; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 154; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 193; *Kuru*, El Kitabı, s. 357-358.

⁶¹ Haciz işleminin gerçekleştirilmesi ile birlikte alacaklı lehine rehin hakkına benzer bir hak oluştuğu ifade edilmektedir (*Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 258; *Türkel*, s. 62). Ancak Türk öğretisinde baskın görüş olarak kabul edildiği üzere, alacaklının haciz işlemi ile birlikte hacizli mal üzerinde kazandığı bu hak, rehin hakkı olarak kabul edilmemektedir (*Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 272-274; *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 258; *Postacioğlu*, s. 317-318; *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 252-253; *Gaul* [Çev. Deren-Yıldırım], s. 5; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 197). Haczin hukukî niteliği ve özellikle haczin rehin hakkı ile karşılaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Umar*, Tarihî Gelişim, s. 251-254; *Taşpınar*, Haczedilmezlik, s. 17-20; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 173-175; *Türkel*, s. 58-62. Ayrıca Alman hukuku açısından bu tartışmalar için bkz. *Gaul* [Çev. Deren-Yıldırım], s. 4-6.

⁶² Öğretide baskın görüş, haciz işlemi ile birlikte borçlunun *tasarruf yetkisinin kısıtlandığı* yönündedir (bkz. *Postacioğlu*, s. 314-315; *Muşul*, s. 481; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 162; *Kuru*, El Kitabı, s. 378, 388-389; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 219; *Özyeşil*, s. 12-13). Kabul edilen bu görüşe göre, gerek taşınır gerekse taşınmazlar açısından haciz işlemi ile borçlunun hacizli mal üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmakla birlikte (bkz. taşınır açısından İİK m. 86/I; taşınmazlar açısından İİK m. 91/I), belirli koşullar altında, borçlunun hacizli taşınır veya taşınmaz malı bir üçüncü kişiye satması, devretmesi yani üzerinde tasarrufi işlemlerde bulunması mümkündür. Örneğin, taşınmazlar açısından haciz işlemi ile birlikte icra memuru tapu idaresine söz konusu taşınmaz için Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesine göre şerh düşürülmesini talep edebilir (bkz. İİK m. 91/I). Bu durumda ise, tapu kütüğündeki şerhe rağmen, borçlunun taşınmazı bir üçüncü kişiye satması mümkündür. Hacizli bir taşınmazda olduğu gibi hacizli bir taşınırın da, borçlu tarafından bir başka kişiye devredilmesi, satılması mümkündür. Ancak öğretide de baskın olarak kabul edildiği üzere, tüm bu durumlarda *-borçlunun cezaî sorumluluğu saklı kalmakla birlikte* [bkz.

borçlu arasındaki menfaat çatışmasını dengelemek ve özellikle de bazı kötü niyetli borçlulara karşı alacaklıları korumak amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu haczin gerçekleştirilmesinin ardından icra memurunca birtakım muhafaza tedbirlerinin alınmasına imkân tanımıştır. Zira borçluya ait mal ve haklar üzerine haciz konulmasının ardından, borçlunun veya üçüncü kişinin hâkimiyet alanında bulunan mal ve hakların yok edilmesi, kaçırılması, tahrip edilmesi, eksiltilmesi veya ekonomik değerinin azaltılması her zaman ihtimâl dahilinde olabilecektir⁶³. Bu durumda ise, alacaklının haklarını korumak ve dolayısıyla hacizli mal veya alacağın yok olmasını, zarara uğramasını önlemek için birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. İcra memuru tarafından karar verilen ve İcra ve İflâs Kanunu’nda çeşitli hak ve mal çeşitlerine göre ayrı ayrı belirlenmiş bu muhafaza tedbirleri ile birlikte, haczedilen malın haciz işleminin gerçekleştirildiği zamanda olduğu gibi satış aşamasına kadar da bozulmadan, değiştirilmeden aynen korunması sağlanabilecektir⁶⁴. Aksi takdirde, artık borçlusuna karşı başlatmış olduğu icra takibi belirli aşamalardan geçerek kesinleşen alacaklının korunmaya değer hak ve menfaati ihlâl tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Bu anlamda, alacaklı açısından aynı zamanda hukukî korunma talebinin gereğinin yerine getirilmesini sağlayacak muhafaza tedbirleri, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi açısından da önemli bir fonksiyona sahip olacaktır⁶⁵. Ayrıca muhafaza tedbirleri, haczin hukukî el

İİK m. 86/I]- yapılan devir işleminin geçerliliği üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına bağlıdır (bkz. taşınırar açısından İİK m. 86/II, III) (bkz. Postacıoğlu, s. 314-315; Üstündağ, İcra Hukuku, s. 164-166; Kuru, El Kitabı, s. 378, 388-389; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 219; Özyeşil, s. 14). Yani hacizli malı devralan üçüncü kişi, o malın hacizli olduğunu biliyorsa, yapılan devir işlemi alacaklıya karşı geçersiz olacak; şayet üçüncü kişi, malı haciz işleminden habersiz devralmışsa, bu durumda yapılan devir işlemi -üçüncü kişinin iyiniyetinden dolayı- geçerli olacaktır.

⁶³ *Özyeşil*, s. 15.

⁶⁴ *Özyeşil*, s. 20. Hatta kanun koyucu bu korumayı, taşınmazların haczedilmesi durumunda bir derece daha arttırmıştır. İcra ve İflâs Kanunu’nun 92. maddesinde, icra dairesinin taşınmazın idare ve işletilmesi ile eklentinin korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir. 4949 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan düzenlemenin Hükümet Gerekçesi’nde de açıkça, düzenlemenin amacı şu ifadelerle belirtilmektedir: “*Maddeyle özellikle taşınmazların paraya çevrilmesinin zaman alması ve takip sürecinde kıymetli eklentilerin taşınmazdan çıkarılarak, yok edilerek ya da bozularak alacaklılardan kaçırılması ihtimali düşünülerek, icra dairesine, taşınmazın idare ve işletilmesi yanında, eklentinin korunması için gerekli muhafaza tedbirlerini alma zorunluluğu getirilmiş ve böylece işletmenin ekonomik bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır*” (Hükümet Gerekçesi m. 25; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 260).

⁶⁵ *Özyeşil* tarafından ifade edildiği üzere, haciz işlemi ile birlikte alacaklı lehine bir *ifa menfaati* ortaya çıkmaktadır. Muhafaza tedbirleri ise, haczedilen mal ve hakların muhafaza altına

koyma işlevini tamamlayıcı bir işlev görecek ve alacaklının, alacağına fiilen kavuşmasına da hizmet edecektir⁶⁶.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 88 ile 95. maddeleri arasında düzenlenen muhafaza tedbirleri, haczedilen mal veya hakkın niteliğine göre çeşitlilik arz etmektedir. Muhafaza tedbirleri açısından önemli olan ilk husus, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, alacaklının artık belirli aşamalardan geçerek kesinleşen alacağına ilişkin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Ancak muhafaza tedbirleri açısından önem arzeden bir diğer husus, muhafaza tedbirleri ile üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri arasındaki ilişkidir. Bu kapsamda üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine sirâyet eden bu muhafaza tedbirlerini üç başlık altında toplamak mümkündür. Bu muhafaza tedbiri çeşitlerinin ilk türü, üçüncü kişilerin yapılan haciz işleminden haberdâr edilmeleri ve bu çerçevede üçüncü kişilerin, hak ve menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu kapsamda uygulanacak muhafaza tedbirleri, kural olarak üçüncü kişiler açısından bir yükümlülük getirmemekte; ancak, alınan muhafaza tedbiriyle birlikte artık üçüncü kişiler, söz konusu hak veya mal hakkında “*mal veya hakkın hacizli olmadığı yönünde iyiniyet*” iddiasında bulunma imkânlarını kaybetmektedirler. Bu nitelikteki muhafaza tedbirlerinin tipik örneği, İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesidir (bu yönde bkz. AATUHK m. 88). Bu maddeye göre, borçlunun taşınmazının haczedilmesi durumunda, borçlunun taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin birinci fıkrası anlamında tahdide uğrar, sınırlanır. Bu durumun tapu kütüğüne şerh ettirilmesi yönünde bir muhafaza tedbiri alınması durumunda ise, bu şerhe rağmen hacizli malı borçludan devralan üçüncü kişinin *haczi bilmediği yönündeki iyiniyet iddiası* dinlenmeyecek ve bu durumda üçüncü kişi, taşınmazı hacizli olarak devralmış olacaktır. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrasına göre, anonim şirketteki payın haczi durumunda haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline

alınmasını sağlayarak alacaklının ifa menfaatinin korunmasına hizmet eder. Bu şekilde muhafaza tedbirleri aracılığı ile hacizle satış arasında geçecek süre içerisinde borçlunun ve üçüncü kişilerin, alacaklının ifa menfaatini engelleyecek davranışlarına engel olunur (*Özyeşil*, s. 22).

⁶⁶ *Özyeşil*, s. 15. Haczin ardından uygulanacak muhafaza tedbirlerinin takip prosedüründeki işlevi ve amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Özyeşil*, s. 14-16, 20-22.

bildirilir. Bu durumda ise, yapılan tescile rağmen hacizli payın devri, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda geçersiz olacaktır (İİK m. 94/I, c. 6).

Üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ilgilendirecek muhafaza tedbiri çeşitlerinin ikinci türü ise, yine üçüncü kişiye hiç bir yükümlülük getirmeyen ve sadece üçüncü kişilerin, ileride haciz işlemi sebebiyle hak kaybına uğramalarını önlemek amacıyla haciz işleminden haberdâr edilmelerine yönelik olanlarıdır. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesine göre, bir taşınmazın haczedilmesi durumunda, taşınmaz kendilerine rehnedilmiş olan alacaklılar ile kiracılara haciz işlemi haber verilir (bu yönde bkz. AATUHK m. 88/III; 89). Bu çeşit muhafaza tedbirlerinde, alacaklının korunmaya değer alacak hakkı ve menfaatlerinden ziyade, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması söz konusudur.

Üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ilgilendirecek muhafaza tedbiri çeşitlerinin üçüncü türü ise, doğrudan doğruya üçüncü kişilere yükümlülük getiren tedbirlerdir. Bu çeşit muhafaza tedbirleri, borçlunun üçüncü kişide olan mal ve alacaklarının değiştirilmeden, bozulmadan, tahrip olmadan, eksilmeden alacaklının alacak hakkını korumak için icra dairesine tevdi edilmesi ihtârını barındırırlar (*bkz. örnek olarak İİK m. 89 ve 92 [karş. AATUHK m. 79; 88/III; 89]*) veya doğrudan doğruya bu mal veya haklara haciz memuru tarafından elkonulur (*bkz. örnek olarak İİK m. 88/II*). Esasında üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri açısından ciddi bir ihlâl tehlikesini barındıran muhafaza tedbirleri de, çoğunlukla bu türden olan tedbirler arasındadır. Zira bu tip muhafaza tedbirlerinin, alacaklının veya borçlunun beyanı ve doğruluğu araştırılmadan, icra dairesi tarafından üçüncü kişiler üzerinde uygulanması ihtimâli mevcuttur. Bu tip muhafaza tedbirlerine İcra ve İflâs Kanunu'nun 88 ve 89. maddeleri ile 92. maddenin üçüncü fıkrası örnek olarak gösterilebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesine göre, üçüncü kişinin elinde bulunan borçlunun taşınır bir malı haczedildiğinde, alacaklının, taşınırın üçüncü kişinin elinde kalmasına muvafakat etmemesi durumunda malın bir yediemine teslim edilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Ancak zilyetlik karinesine aykırılık teşkil eden bu düzenleme (TMK m. 985), bir muhafaza tedbiri olarak üçüncü kişi aleyhine ölçüsüz bir hak ve menfaat ihlâli tehlikesi yaratmaktadır. Bu sebeple de öğretide hüküm, taşınır malın haczi halinde, malın alacaklının muvafakatini aramaksızın

üçüncü kişide yediemin olarak bırakılması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁷. Kanun'un 89. maddesine göre ise, borçlunun üçüncü kişide olduğu düşünülen mal veya hakkın icra dairesine tevdi veya ödenmesi, belirli aşamalardan geçerek üçüncü kişiden talep edilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi, bazı amaçlarla çok kez değişikliğe uğrayan düzenlemesi ile diğer muhafaza tedbirlerine oranla üçüncü kişiler açısından çok daha fazla koruma sağlamaktadır. Zira bu maddeye göre üçüncü kişinin, borçluya ait olduğu iddia edilen mal veya hakkı icra dairesine tevdi veya teslim etmesi oldukça uzun bir prosedürün ardından gerçekleşir^{68, 69}. Kanun'un 92.

⁶⁷ **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 155; **Atalay**, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 17-18; **Kuru**, El Kitabı, s. 377; **Pekcanitez**, 4949 s. lı İİK Değişikliği, s. 147-148; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 197-198; **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 102..

4949 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi, üçüncü kişilerin Anayasa ile teminat altına alınmış olan mülkiyet haklarını ihlâl etmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesinin, II. fıkrasının, 3. cümlesine göre; “*Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılabilir*”. Oysa Türk Medenî Kanunu'nun 985 hükmü gereğince, “*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır*”. Bu hükmün yanı sıra, “*Bir taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır*.” şeklinde düzenleme getiren İcra ve İflâs Kanunu'nun 97a hükmü de, zilyetlik karinesini düzenlemektedir. Bu hâliyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesi, gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 97a gerekse Türk Medenî Kanunu 985. maddesi ile çelişki içindedir ve üçüncü kişinin Anayasa'dan kaynaklanan mülkiyet hakkını ihlâl etmektedir (bu konuda bkz. **Pekcanitez**, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 147-148; **Atalay**, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 20-21; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 209; **Özkes**, Kredi Kurumları, s. 102.). Zira, hukuka aykırı düzenleme getiren bu hükme göre, üçüncü kişinin elindeki bir taşınır malın haczedilmesi hâlinde, ancak alacaklı muvafakat ederse, bu mal yediemin olarak üçüncü kişi elinde bırakılacaktır. Üçüncü kişinin malı elinde bulundurmasına alacaklının muvafakat etmemesi durumunda ise, mal haczedilecek ve bunun üzerine, üçüncü kişi istihkak davası açarak malın mülkiyetini tekrar iktisap edecektir (bu konuda bkz. **Pekcanitez**, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 147-148; **Atalay**, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 20-21; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 209). Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır: “*4949 sayılı Yasa ile değişen İİK'nun 88/2. madde hükmü gereğince, 30.07.2003 tarihinden sonra yapılacak hacizlerde anılan değişikliğin uygulanması zorunlu olacağından, merciice alacaklının muvafakati olmadığı halde mahcuzun borçlu yedinde bırakılması doğru olmadığı gibi...*” 12. HD, 19.02.2003, 25688/3271 (**Uyar**, C. 5, s. 7582). Ayrıca bu hükmün farklı bir açıdan eleştirisi için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, 3.

Ayrıca İcra İflâs ve Kanunu'nun 88. maddesinin uygulanması ile ortaya çıkan haksız müdahale sadece Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının zedelenmesi ile sınırlı değildir. Zira, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin de haklı olarak içtihat ettiği gibi, üçüncü kişilerin malları haksız bir yere haczediliyorsa, bu durumda kişilerin aynı zamanda kişilik hakları da ihlâl edilmiş olur.

⁶⁸ Kredi kurumları lehine bir çok kez değişikliğe uğrayan düzenlemenin eleştirisi için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, 3.

⁶⁹ Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın, üçüncü kişilerdeki taşınır malların İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca ihbarname gönderilmeden 88. maddeye göre de muhafaza tedbirinin uygulanmasının mümkün olduğunu kabul eden kararları bulunmaktadır: “*...borçlunun üçüncü şahıstaki alacağının haczi için mutlaka üçüncü şahsa İİK'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi zorunlu değildir. Zira, borçlunun üçüncü*

maddesine göre ise, borçlunun haczedilen taşınmazında bir kiracı bulunması durumunda, kiracının artık kira bedellerini icra dairesine ödemesi bildirilir.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre üçüncü kişilere 89. madde çerçevesinde gönderilecek haciz ihbarnameleri üç aşamadan oluşur. Zira bankalar lehine maddede getirilen değişiklikler neticesinde, borçlunun alacağı üçüncü kişinin yedinde sayılması uzun bir prosedürden geçirilirken, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre üçüncü kişilere gönderilecek haciz ihbarnamesi sayısı birdir (bkz. AATUHK m. 79). Zira Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 79. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, haciz bildirisini alan kişi⁷⁰, bu bildirin kendisine tebliğinden yedi gün içerisinde bu alacağın kendisinde olmadığını bildirmez ise, borç yedinde sayılır. Bu süreyi kaçıran üçüncü kişilerin ise, bir yıl içerisinde menfi tespit davası açması mümkündür. Dolayısıyla, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun, üçüncü kişilerde bulunan alacakların haczindeki muhafaza tedbirlerinde oldukça farklı esaslar getirmiştir. Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi, üçüncü kişileri aşırı bir ölçüde koruma altına alan bir düzenlemedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine karşılık gelen 79. maddesi de dikkate alındığında, İcra ve

kişilerdeki alacağı İİK'nun 106/2. maddesi gereğince menkul hükmündedir. Bu nedenle üçüncü şahıstaki alacağın haczi menkul haczi gibi yapılır. Haczin tamamlanması için üçüncü kişiye, İİK'nun 89. maddesi gereğince, haciz ihbarnamesinin de ayrıca tebliğ edilmiş olması zorunlu değildir.” 12. HD, 01.06.2006, 7724/11721 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2590); 12. HD, 06.03.2006, 1494/4384 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2590-2591); 12. HD, 05.12.2005, 20227/24058 (Legal MİHDER 2005/2, s. 525-526; *Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2592); 12. HD, 29.04.2004, 6537/10591 (Legal MİHDER 2005/2, s. 538-539; *Uyar*, C. 5, s. 7578-7579); 12. HD, 16.02.2001, 1313/2890 (*Uyar*, C. 5, s. 7579); 12. HD, 27.05.1999, 6418/6980 (*Uyar*, C. 5, s. 7579-7580).

70

Danıştay, borçlunun hak ve alacakları için üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmesi için, ya borçlunun üçüncü kişide alacağı olduğunu bildirmiş olması veya idarenin, borçlunun alacağının üçüncü kişide bulunduğunu tespit etmiş olmasını aramaktadır. Bu durumda ise, örneğin borçlunun alacağı için bankaya, bütün mudilerin hesaplarını araştırıp, sonuca göre hareket edilmesi gerektiği yönündeki haciz ihbarnameleri kabul edilmemektedir. Bu yönde bir karar için bkz. “...*amme borçlusunun üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları üzerine haciz uygulanabilmesi için borçlu mükellefin üçüncü şahıs nezdinde alacağının bulunduğunu bildirmiş olması veya idarece borçluların üçüncü şahıstan alacağının tespit edilmesi gerekmektedir.* / Olayda ise davacı banka şubesine gönderilen haciz bildirisıyla, nezdinde menkul kıymeti, herhangi bir hakkı veya alacağı bulunup bulunmadığı belirsiz binlerce mükellefin hesap durumları araştırılarak borçlarına yetecek kadar hak ve alacağına haciz konulmasının istenmesinde, yukarıda belirtilen kanun hükümlerine uygunluk bulunmadığından aksi görüşle verilen mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.” Dş. 3. D., 24.02.2004, 2003-1382/425 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

İflâs Kanunu'ndaki üçüncü kişilerin menfaatlerini aşırı bir oranda korunduğu daha somut bir şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Haciz işleminden sonra uygulanacak muhafaza tedbirleri gerek alacaklı gerek borçlu ve gerekse üçüncü kişiler açısından takip prosedüründe hem önemli bir işleve sahiptir hem de doğrudan doğruya menfaatlerin dengelenmesinde bir araçtır. Bu durumda ise, özellikle muhafaza tedbirlerini uygulayıp uygulamama konusunda haciz memurunun takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı ve muhafaza tedbirlerinin uygulanması veya uygulanmamasının bir zarara sebebiyet vermesi durumunda başvurulabilecek hukukî yolların belirlenmesi gerekmektedir. Zira muhafaza tedbirinin uygulanması gereken bir durumda, icra memuru tarafından bu muhafaza tedbirinin uygulanmaması veya muhafaza tedbirinin uygulanmasının gerekli olmadığı bir durumda, icra memuru tarafından muhafaza tedbiri uygulanması hem hukuka aykırılık teşkil edecek hem de gereksiz yere alacaklı, borçlu veya üçüncü kişiler açısından menfaat ihlâlüne sebebiyet verebilecektir. Bu kapsamda da ilk olarak, haczi gerçekleştiren icra memurunun muhafaza tedbiri uygulamasının zorunlu olup olmadığını ve dolayısıyla, bu konuda bir takdir yetkisinin bulunup bulunmadığını belirlemeye çalışacağız.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, haciz memurunun muhafaza tedbirlerini uygulamak zorunda olup olmadığı konusunda, İcra ve İflâs Kanunu'nda genel bir kural bulunmamakla birlikte, öğretide de baskın olarak kabul edilen bir görüş bulunmamaktadır⁷¹. Ancak bu konuda çözüme ulaşılması için kanatimizce uygulanacak muhafaza tedbirinin ilgili olduğu her bir Kanun hükmüne başvurulması gerekmektedir. Zira İcra ve İflâs Kanunu, bazı muhafaza tedbirleri açısından haczi uygulayan icra memurunun, muhafaza tedbirini uygulayıp uygulamamada takdir yetkisinin bulunmadığını açıkça belirtmiştir. Örneğin, Kanun'un 88. maddesinin birinci fıkrasına göre, haczi yapan memur, haczolunun paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler vs. cirosu kabil senetlerle altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri fiilen el koymak suretiyle icra dairesinde “*muhafaza eder*” (karş. AATUHK m. 82/I).

⁷¹ Ancak bu konuda *Özyeşil* tarafından, alacaklının hak ve menfaatlerinin korunması zorunluluğundan hareket edilerek, haczi uygulayan icra memurunun mutlaka Kanun'da belirtilen ilgili muhafaza tedbirlerini uygulamak zorunda olduğu kabul edilmektedir (*Özyeşil*, s. 26). Yazar, bu sebebe binaen İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu konu ile ilgili düzenlemelerin emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir (*Özyeşil*, s. 26).

Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu konuda haczi yapan memurun bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁷². Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre haciz memuru tarafından, üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır bir mal haczedildiğinde “*alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü hâlinde*” üçüncü şahsa yediemin olarak “*bırakılır*”. Madde metninden anlaşıldığı üzere, bu durumda haczi uygulayan memurun, taşınır malı yediemine bırakıp bırakmama konusunda bir takdir yetkisi yoktur. Bunun gibi İcra ve İflâs Kanunu’nun 91. maddesinin ilk fıkrasına göre, taşınmaz haczi yapan icra memuru, haczi tapu idaresine “*bildirir*”. Bu konuda da Kanun hükmü, icra memuruna herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır. Her iki düzenlemede de, icra memurunca alınması gereken muhafaza tedbirinin bir zorunluluk olduğu, madde metinlerinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu’nun ilgili düzenlemesinden, muhafaza tedbirini uygulayıp uygulamama konusunda icra memuruna bir takdir yetkisinin tanınmadığı Kanun’un lafzından anlaşılıyorsa, haczi uygulayan memurun haczolunan mal veya alacak üzerinde ilgili muhafaza tedbirini uygulaması zorunludur⁷³.

Buna karşılık, 6183 sayılı Kanun’un 82. maddesinin birinci fıkrasında, haczedilen para, kıymetli maden, mücevher, ticarî senet, hisse denedi ve tahvil *gibi menkul mallar* hakkında kaybolmalarını ve değiştirilmelerini önleyecek nitelikte tedbirler alınacağı belirtilerek, hükmün düzenleme alanı, İcra ve İflâs Kanunu’na nazaran oldukça genişletilmiştir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu’nun 88. maddesinin birinci fıkrasında, haciz memurunun fiilen elkoyarak icra dairesinde muhafaza altına alacağı taşınır mallar *sınırlayıcı* bir biçimde belirtilirken; 6183 sayılı Kanun’un 82. maddesinin birinci fıkrasında, fiilen elkonulacak taşınır malların belirlenmesi konusunda *örnekleyici* bir ifade kullanılarak, bu konuda takdir yetkisi alacaklı tahsil organına bırakılmıştır.

⁷² Ciro su kabil kambiyo senetlerin İcra ve İflâs Kanunu’nun 88. maddesinin birinci fıkrası uyarınca muhafaza altına alınmasının zorunlu olduğu; bunun dışında örneğin, bu çeşit senetler için İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesindeki muhafaza tedbirinin uygulanamayacağı yönündeki bir karar için bkz. 12. HD, 03.03.2006, 977/4160 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2591). Benzer yönde kararlar için bkz. 12. HD, 30.11.2001, 18940/20403 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2593); 12. HD, 22.05.2001, 8281/9066 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2594).

⁷³ İcra dairesinin, İcra ve İflâs Kanunu’nun 90. maddesine göre, haczedilen hakların korunması için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu yönündeki bir Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararı için bkz. 12. HD, 20.09.2004, 14961/19735 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2751-2752).

Nitekim Danıştay vermiş olduğu bir kararda, borçlunun otomobilinin 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan bir icra takibinde haczi durumunda, otomobile fiilen el konulması gerektiğine karar vermiştir⁷⁴. Ayrıca bu konuda 16.09.1974 tarihli ve 351 nolu Tahsilat Genel Tebliğ de, aynı esasını benimsemiştir⁷⁵. Oysa, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacak bir icra takibinde, borçlunun otomobilinin haczi için fiilî el koyma gerekmemekte; trafik siciline haczin bildirilmesiyle birlikte otomobil hacedilmiş sayılmaktadır (bkz. İİK m. 79/II, son cümle).

Kanun'un haczi uygulayan icra memuruna muhafaza tedbiri uygulanması konusunda takdir yetkisi tanımadığı durumlarda, icra memurunun gerekli tedbiri uygulamamış olması hakkın yerine getirilmemesi sebebiyle süresiz şikâyet konusu olabilecektir (İİK m. 16/II). Burada hukukî yararı bulunan alacaklı ve borçlunun şikâyet yoluna başvurması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Kanaatimizce, burada menfaati ihlâl edilen üçüncü kişiler de, şikâyet yoluna başvurma hakkına sahiptir. Hatta haczi yapan memurun, Kanun'un uygulanmasını zorunlu olarak kabul ettiği bir muhafaza tedbirini uygulamamasında kusuru bulunuyorsa, bu işleminden dolayı zarara uğrayan ilgililer İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesine göre, zararlarının tazmini için dava açabileceklerdir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun "*Mahcuz malları muhafaza tedbirleri*" başlığını taşıyan 88 ile 95. maddelerine bakıldığında, Kanun'un bazı durumlarda haczin ardından muhafaza tedbiri uygulanıp uygulanmaması konusunda icra memuruna takdir yetkisi tanıdığını tespit etmek mümkündür. Bu maddelere 88. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası örnek olarak gösterilebilir. Kanun'un 88. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, alacaklının rıza göstermesi durumunda, haciz memuru, hacedilen taşınır malı borçluda "*bırakabilir*"⁷⁶. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre icra dairesi,

⁷⁴ "...amme borcuna karşılık teminat olarak gösterilen davacıya ait otomobil menkul mal niteliğinde olup, haczi halinde teslimi zorunlu olduğundan İdarece, haciz konulan aracın teslim edilmesi gerektiğini bildiren yazıda usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır." Dş. 4. D, 25.06.2002, 689/2700 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

⁷⁵ Bu Tebliğ için bkz. yuk. dn. 7.

⁷⁶ "Fiilen el koyma şartı para, kıymetli evrak ve altın... vs. gibi menkul malların dışında kalan menkuller için gerekli değildir. Haczi yapan memurun bu mallara hukuken el koyması yani haczettiği menkul malları alacaklının muvafakatı ile bizzat borçluda bırakması veya bir yediemine teslim etmesi yeterlidir." 12. HD, 29.11.2002, 23718/25610 (Uyar, C. 5, s. 7582-7583; *Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2592-2593).

"4949 sayılı Yasa ile değişen İİK'nun 88/2. madde hükmü gereğince, 30.07.2003 tarihinden sonra yapılacak hacizlerde anılan değişikliğin uygulanması zorunlu olacağından, merciice

üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları muhafaza altına “*alabilir*”⁷⁷. Görüldüğü üzere, her iki durumda da Kanun icra memuruna, muhafaza tedbiri uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir yetkisi vermiştir. Bunun gibi Kanun’un, icra memuruna muhafaza tedbiri uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi tanıdığı hâllerde, bu takdir yetkisinin hangi yönde kullanılacağı, gerekliliği ve ölçüsünün hassas bir şekilde belirlenmesi gerekir. Böyle bir durumda icra memurunun, tarafların durumlarına, alacağın miktarına, borçlunun mal varlığı değerlerine ve özellikle malın bırakılacağı (*borçlu veya üçüncü*) kişinin tutumlarına göre bir karar vermesi gerekir. Zira, muhafaza tedbirinin alınmasını gerekli kılan bir durumun varlığına rağmen, haciz memurunca muhafaza tedbirinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi veya tam aksi bir durumda muhafaza tedbirinin uygulanmasını gerekli kılan bir durum olmamasına rağmen, haciz memurunca gereksiz yere muhafaza tedbiri uygulanmasına karar verilmesi, kuvvetle muhtemel ya alacaklının ya borçlunun veyahut da üçüncü kişinin hak ve menfaatlerini ihlâl edecektir. Böyle bir durumda ise, menfaati ihlâl edilen kişinin “*işlemin hâdiseye uygun olmaması*”ndan bahisle şikâyet yoluna başvurması hususunda tereddüt edilmemelidir. Bunun gibi yine muhafaza tedbirinin hukuka aykırı bir şekilde uygulanmasında veya uygulanmamasında icra memurunun kusuru bulunuyorsa, bu işlemten dolayı zarara uğrayan ilgililer İcra ve İflâs Kanunu’nun 5. maddesine göre, zararlarının tazmini için dava açabileceklerdir.

Nitekim takip yapan alacaklı alacağını, icra memurunun hatalı işleminden dolayı tahsil edemiyorsa -*somut olayda özellikle muhafaza tedbirlerinin doğru uygulanmaması sebebiyle alacaklının alacağını tahsil etme imkânı ortadan kalkmıştır*-, koşulları oluşmuşsa, devlete karşı İcra ve İflâs Kanunu’nun 5. maddesi çerçevesinde sorumluluk davası açabilir. Nitekim 4. Hukuk Dairesi 11.10.2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, icra memurunun İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesine göre gönderdiği haciz ihbarnamesine üçüncü kişi itiraz etmemesine rağmen, icra memurunun tekrar aynı kişiye haciz ihbarnamesi göndermesinin hukuka aykırı

alacaklının muvafakati olmadığı halde mahcuzun borçlu yedinde bırakılması doğru olmadığı gibi...” 12. HD, 19.02.2003, 25688/3271 (*Uyar*, C. 5, s. 7582).

⁷⁷

6183 sayılı Kanun’a göre yapılacak bir icra takibinde de, alacaklı tahsil idaresi benzer yönde bir muhafaza tedbirini 82. maddenin ikinci fıkrasına dayanarak alabilir. Zira bu madde düzenlemesine göre taşınır mallar, uygun bir yerde muhafaza altına alınabilir, güvenilir bir şahsın kefaleti ile borçluya ve taşınırı elinde bulunduran zilyede bırakılabilir veya güvenilir bir şahsa bırakılabilecektir. Bu konuda takdir yetkisi ise, alacaklı tahsil organındadır.

olduğunu; ancak bu durumun alacaklının zararına sebebiyet verip vermediği belirlenmeden tazminata hükmetmenin mümkün olmadığını belirtmiştir⁷⁸.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, haczin ardından uygulanacak muhafaza tedbirleri de neredeyse haciz kadar önem taşımaktadır. Zira, muhafaza tedbirlerinin uygulanması alacaklı, borçlu ve hatta üçüncü kişilerin doğrudan doğruya ve fiilî olarak mülkiyet haklarına müdahale teşkil etmektedir. Bu sebeple icra memurunun, muhafaza tedbiri uygularken son derece hassas davranması gerekir. Özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun, muhafaza tedbiri uygulama konusunda icra memuruna takdir yetkisi tanıdığı hâllerde, bu hassasiyet çok daha büyük bir anlam taşıyacaktır. Haciz memurunun Kanun'un kendisine takdir yetkisi tanıdığı veya tanımadığı durumlarda, somut olaydaki menfaat dengesini dikkate almadan muhafaza tedbirine karar verdiği hâllerde, yaptığı işlem şikâyet konusu olabilecektir. Haciz memuruna muhafaza tedbirlerinin uygulanması konusunda yüklenen bu sorumluluğun temeli ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin altıncı fıkrasındaki haciz memurunun, haciz sırasında “*menfaatleri dengeleme yükümlülüğü*”dür. Haciz işleminin kurucu olmasa da tamamlayıcı bir işlevi olan muhafaza tedbirlerinin uygulanmasında İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin altıncı fıkrasındaki bu düzenlemeyi doğrudan doğruya uygulamakta herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁷⁸ 4. Hukuk Dairesi, icra memurunun hatalı işlemlerinden dolayı, alacaklının alacağını tahsil edememesi sebebiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesine göre Adalet Bakanlığı'nın sorumluluğuna gidilebilmesi için şu esasları kabul etmektedir:

“Dava, icra müdürünün hatalı işlemi nedeniyle doğan zararın ödetilmesine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ve karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacının alacaklı olduğu icra takibi sırasında İİK.nun 89. maddesine göre çıkarılan haciz ihbarına süresinde itiraz edilmediği için borcun üçüncü şahsın zimmetinde sayılması ve alacaklının talebi üzerine borcun üçüncü şahıstan tahsili gerektiği halde, icra memurunun yeniden İİK.nun 89. maddesine göre haciz ihbarı gönderdiği ve bu kez itiraz edilmiş olması nedeniyle üçüncü şahıstan tahsil isteğini reddettiği anlaşılmaktadır. Böylece icra memurunun hatalı işlem yaptığı anlaşılıyorsa da bunun bir zarara yol açtığı kanıtlanmış değildir. Davacı ancak hatalı işlem nedeniyle alacağını tahsil imkanını kaybetmiş veya tahsildeki gecikmeden dolayı karşılanmamış bir zararı varsa davalı bakanlıktan tazminat isteyebilir. O halde öncelikle icra memurunun hatalı işlem yaptığı tarihte üçüncü kişinin bankadaki hesabında borcu karşılayacak kadar parasının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, bundan sonra davacının alacağını halen tahsil edip edemediği üzerinde durulmalı ve bunların sonucunda davacının karşılanmamış bir zararı varsa ona hükmedilmelidir. Yerel mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 11.10.2004, 3429/11208 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

ç. İstihkak Prosedürünün Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Haciz aşamasında üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini koruyucu nitelikte olan en önemli araçların başında istihkak davasının geldiğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Esasında istihkak iddiasının ve davasının, takip prosedüründe üçüncü kişilerin haklarını koruma anlamında arzettiği özelliklere, bundan önceki açıklamalarımızda yer yer değinildi. Bu yüzden burada benzer açıklamaları tekrarlamadan, özellikle icra takibi sürecinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişinin fiilî konumuna göre, istihkak prosedüründeki menfaat dengesinin görünüm şeklini ele almaya çalışacağız.

Bundan önceki açıklamalarımızda bir çok kez belirtmiş olduğumuz üzere, bir takip prosedüründe haciz, sadece borçlunun mal varlığı değerleri üzerine uygulanır; borçlunun ne kadar yakını olursa olsun, üçüncü kişilerin malları haczedilemez. Bu durumda ise, haciz sırasında veya ilgilinin hacizden haberdâr olmasının ardından, ileri süreceği istihkak iddiası önem kazanmaktadır. Şayet üçüncü kişi, haciz sırasında bulunuyorsa ve haczedilen malın kendisine ait olduğunu belirtiyorsa, gerek alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesi gereğince gerekse üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunması zorunluluğu sebebiyle, haciz memurunun söz konusu malı haczetmemesi uygun olur (bkz. İİK m. 85/II). Bu durum haczi yapan memurun takdirinde ise de, özellikle borçlunun olduğu bilinen başka mal varlığı değerleri bulunuyorsa veya o malın, borçluya değil de üçüncü kişiye ait olduğu açıksa, buna rağmen haciz memurunun üçüncü kişinin üzerinde hak iddia ettiği mallarını haczetmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesine aykırılık oluşturacağından, şikâyet yoluna başvurulabilir (İİK m. 16). Haciz sırasında üçüncü kişi tarafından, haciz uygulanmak istenen mal üzerinde hak iddia edilmesine rağmen bu mal üzerine haciz uygulanıyorsa, bu durum aynı zamanda takip ekonomisine de aykırılık oluşturabilecek ve bu anlamda, taraflar için gereksiz bir zaman ve masraf kaybına sebebiyet verebilecektir⁷⁹. Zira, istihkak iddiasının ardından kural olarak

⁷⁹ Zira kanun koyucu bu sebeple, üçüncü kişinin hak iddiası üzerine açılacak istihkak davasına, süratle ve diğer davalardan önce bakılmasını özel olarak düzenleme gereği duymuştur (İİK m. 97/XVIII). Bu şekilde takibin süruncemede kalmasına sebebiyet verebilecek olan üçüncü kişinin hak iddiası, biran önce çözüme kavuşacak ve takibe devam edilebilecektir (*Aslan*, s. 397). Esasında bu düzenleme dahi, kanun koyucunun istihkak prosedürünün biran önce sonuca

istihkak prosedürü işleyecek, bu durum da alacaklı ile borçlunun menfaatlerini zaman ve masraf kaybı açısından zedeleyecektir.

İstihkak prosedürünün temel yapıtaşı, istihkak davasıdır. İstihkak davasının temelini, üçüncü kişinin borçlunun olduğu düşünülerek haczedilen malına karşı ileri sürülen istihkak iddiası oluşturmaktadır. Öğretide istihkak davasının amacı, borçluya ait olduğu gerekçesiyle haczedilen ve fakat üzerinde üçüncü bir kişinin hak iddiasında bulunduğu bir mal üzerindeki uyuşmazlığın, takip prosedüründe çözümlenerek bu mal üzerindeki cebri icra işleminin akıbetini tespit etmek olduğu ifade edilmektedir⁸⁰. Bu amaca da bakıldığında, istihkak davasının, üçüncü kişilerin haklarını korumayı amaçladığı belirlenmektedir. Ancak bu davadaki amaç, haczedilen mal üzerindeki uyuşmazlığın sadece o takip için çözümlenmesidir; yoksa istihkak davasında, malın mülkiyetinin kime ait olduğu tespit edilmez⁸¹.

İstihkak prosedüründe kanun koyucu, istihkak davasına konu malın kimin elinde haczedildiğine göre, istihkak prosedürünü farklı usûllere dayandırmıştır⁸². Şayet *hacizli mal borçlunun elinde bulunuyorsa* ve bu mala karşı üçüncü kişi (veya borçlu) istihkak iddiasında bulunmuşsa, icra memuru öncelikle alacaklı ve borçluya istihkak iddiasına karşı diyeceklerini belirtmeleri için üç günlük süre verir (İİK m. 96/I, II). Bu durum hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir; zira, üçüncü kişinin istihkak iddiası üzerine, gerek alacaklının gerekse borçlunun takip prosedüründeki hukukî durumlarında bir değişiklik meydana gelebilecektir ve bu yüzden de alacaklı ile borçluya açıklama hakkı tanınması zorunludur⁸³. Alacaklı ve borçlu, bu üç günlük süre içerisinde açıkça veya zımnen, üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz etmezler ise, sorun yoktur; üçüncü kişinin istihkak iddiası söz konusu takip açısından kabul edilmiş olur ve üçüncü kişinin malı üzerindeki haciz kalkar (İİK m. 96/II). Bu durumda artık derdest takip süresince, aynı mallar üzerinde haciz uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple de belirtilen itiraz süresine uyulması, özellikle

kavuşturulmasının, taraf menfaatlerine ve üçüncü kişilerin haklarına olan etkisini gözettiğini göstermektedir.

⁸⁰ *Aslan*, s. 22.

⁸¹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 230.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan*, s. 235 vd.

⁸³ *Özkes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 275-276. Aynı yönde bkz. *Aslan*, s. 297.

alacaklının menfaatleri için oldukça önem arzeder⁸⁴. Alacaklı veya borçlu, üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz ederse, bu durumda özellikle menfaat dengesinin alacaklı ve borçlu ile üçüncü kişi arasındaki durumunun ne şekilde biçimleneceği önemlidir. Zira böyle bir durumda, kanun koyucu tarafından üçüncü kişinin mülkiyet hakkının mı öncelikli olarak gözetilmesi gerektiği, yoksa alacaklının tahsil yetkisi ile borçlunun borcundan kurtulmak amacıyla mallarının paraya çevrilmesini isteme yetkisinin mi ağırlıklı olarak gözetilmesi gerektiği belirlenmelidir. Bu sebeple de kanun koyucu birtakım araçlar kullanarak alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasını dengelemeye çalışmıştır.

Alacaklı veya borçlunun istihkak iddiasına itiraz etmesi durumunda, öncelikle icra dosyası icra mahkemesine gönderilir ve icra mahkemesi, takibin tâliki hakkında bir karar verir (İİK m. 97/I). Bu durumda istihkak iddiasına konu hacizli mal hakkında⁸⁵, takibin devam edip etmeyeceği oldukça önemlidir. Zira icra mahkemesi, istihkak iddiasına konu hacizli mal hakkında takibin tâlikine karar verirse, bu karar tamamıyla üçüncü kişinin menfaatlerine hizmet edecektir. Bu sebeple de kanun koyucu, mahkemenin istihkak konusu hacizli mal hakkında takibin tâlikine karar verebilmesini, üçüncü kişinin mahkemenin (*yüzde kırktan aşağı olmamak üzere*) takdir edeceği oranda teminat göstermesi şartına bağlamıştır (İİK m. 97/XIII). Bu şekilde alacaklı ve borçlunun, istihkak davası sonucunda üçüncü kişinin haksız olduğunun anlaşılması durumunda, muhtemel zararlarının doğması engellenmeye çalışılmıştır⁸⁶. Teminatın, daha önceki bölümde yaptığımız açıklamalar çerçevesinde menfaat dengesi açısından taşıdığı önem dikkate alındığında, hak sahibi olduğunu iddia ettiği mallar hakkında takibin tâliki kararı verilen üçüncü kişi ile alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyici bir fonksiyon üstlendiğini ifade etmek mümkündür. İcra mahkemesinin, istihkak iddiasına konu mal hakkında takibin tâlikine veya devamına karar vermesinin ardından ise üçüncü kişinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra mahkemesinde istihkak davası açması gerekmektedir (İİK m. 97/VI). Şayet, üçüncü kişi bu süre içerisinde dava

⁸⁴ *Aslan*, s. 301-302.

⁸⁵ Bu konuda bkz. *Aslan*, s. 310-311.

⁸⁶ Bu konuda bkz. *Aslan*, s. 318-319.

açmaz ise, istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılacaktır⁸⁷. Burada dikkati çeken husus ise, istihkak iddiasını açma külfetinin üçüncü kişiye yüklenmiş olmasıdır. Zira, bu prosedürde istihkak iddiasına konu mal borçlunun elinde haczedilmiştir ve dolayısıyla, zilyetlik karinesi borçlunun lehine işlemektedir. Yani, üçüncü kişi borçlunun elinde haczedilen malın kendisine ait olduğu iddia ve ispat etmek istiyorsa, bu durumda dava açma külfeti altına da üçüncü kişi girmelidir. Belirtmek gerekir ki bu prosedür, malın borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulunması hâlinde de aynı şekilde işleyecektir⁸⁸. Zira bunun sebebi İcra ve İflâs Kanunu'nun, haczedilen malın borçlu ile birlikte üçüncü kişide bulunması durumunda, malın borçlunun elinde haczedilmiş sayılacağını aksi çürütülebilir bir karine olarak kabul etmiş olmasıdır (İİK m. 97a/I).

Borçlunun veya borçlu ile birlikte üçüncü kişinin istihkak davasına konu malı birlikte elinde bulundurması üzerine açılan istihkak davasında, özellik arzeden durum, bu dava için Kanun'nda özel olarak düzenlenmiş karineler ve bu karinelerin çürütülmesi için getirilen özel ispat kurallarıdır. Bu davada Kanun tarafından düzenlenmiş üç tür karine, istihkak davasındaki menfaat dengesinin biçimlenmesinde özellik gösterir:

- (i) Bu karinelere ilki, taşınır malı elinde bulunduran kişinin, o malın maliki sayılmasıdır (İİK m. 97a/I). Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 97a hükmünün birinci fıkrasında düzenlenen bu karine, bir anlamda Türk Medenî Kanunu'nun 985. maddesinin tekrarından ibarettir. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 985. maddesine göre zilyetlik, mülkiyete karinedir (TMK m. 985). Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nda söz konusu hüküm düzenlenmemiş olsaydı da, genel hükümlerden aynı sonuca ulaşılabilecekti. Bu karinenin istihkak davasındaki menfaat dengesinin biçimlenmesinde arzettiği rol ise, yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, istihkak davası açma külfetinin üçüncü kişiye yüklenmesidir. Zira mal borçlunun elinde

⁸⁷ *Aslan*, s. 339-340.

⁸⁸ Hacizli malı, borçlu ile üçüncü kişinin birlikte elinde bulundurması kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan*, s. 551-553. Hacizli malın, borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulundurması durumunun, bilhassa istihkak davasında ispat rejiminde arzettiği birtakım özellikler için bkz. *Aslan*, s. 555-566.

haczedilmişse, bu durumda zilyetlik karinesi borçlu lehine işler ve üçüncü kişi bu durumda, bunun aksini iddia ve ispat etmek durumundadır.

- (ii) İkinci olarak az önce de ifade ettiğimiz üzere istihkak davasına konu mal, borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde haczedilmişse, bu durumda İcra ve İflâs Kanunu'nun özel düzenlemesi gereğince hacizli mal, borçlunun elinde haczedilmiş sayılır (İİK m. 97a/I; aynı yönde bkz. AATUHK m. 67/II). Yani bu durumda, zilyetlik karinesi borçlu (ve dolayısıyla alacaklı) lehine işler⁸⁹; bu durumun aksini iddia ve ispat yükü yine üçüncü kişiye düşmektedir. Üçüncü kişinin menfaatlerine tamamen zıtlık oluşturan bu karinenin, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının ve menfaatinin korunması karşısında hukuka uygunluğu tartışma konusu yapılabilir niteliktedir.
- (iii) Yukarıdaki iki karineden farklı olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 97a hükmünün birinci fıkrasının, üçüncü cümlesinde üçüncü kişi lehine bir karine kabul edilmiştir. Zira bu düzenlemeye göre, birlikte oturlan yerlerdeki mallardan mahiyetleri gereği kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılabilir veya örf ve âdet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların sayılır (İİK m. 97a/I, 3. c.). Bu karineyi somutlaştıracak bir örnek vermek gerekirse, borçlu erkeğin mallarının haczi için evine gidildiğinde evde bir çift küpe veya bir çocuk bisikleti bulunmuşsa, maddedeki karine uyarınca bunların, borçlu ile birlikte yaşayan üçüncü kişilere (kadın ve çocuğa) ait olacağı varsayılır. Nitekim bu düzenleme, gerçeğe yakın, muhtemel ve bu anlamda mülkiyet karinesi lehine olan üçüncü kişilerin menfaatlerine hizmet eden bir karinedir.

Kanun tarafından özel olarak düzenlenmiş bu karinelerin çürütülmesi için, karine aleyhine olan taraf (ilk iki karinede, üçüncü kişi; ikinci karinede, borçlu veya alacaklı) öncelikle, malın ne şekilde iktisap edildiğini ispatlamalıdır (İİK m. 97a/II). Örneğin üçüncü kişi malı, bağışlama ve satış işlemi neticesinde iktisab etmiş olduğunu ispatlamalıdır. Bunun yanı sıra davacının, malın, borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukukî ve fiilî sebep ve vakıaları da ispat etmesi gerekir (İİK

⁸⁹ *Aslan*, s. 435. Oysa bu karine, mehzaz İsviçre hukukunda, üçüncü lehine getirilmiş ve bu ihtimâlde malın, borçlunun değil, üçüncü kişinin elinde haczolunmuş sayılacağı kabul edilmiştir (*Aslan*, s. 435).

m. 97a/II). Yani davacı, aleyhine olan karineyi çürütübilme için önce malın ne şekilde iktisap edildiğini ispat edecek, ardından ise malın kendisine ait olmasına rağmen hangi sebeple borçlunun elinde haczedilmiş olduğunu ispatlayacaktır. Kanun koyucunun, karine kendi lehine olan alacaklı veya borçlu açısından böyle çift korumalı bir düzenlemeye gitmesinin gerekçesi, hacizli malın geçerli bir sebeple iktisap edildikten sonra, malın muvazaalı olarak satılıp alacaklılardan mal kaçırılmasını engellemek olduğu belirtilmektedir⁹⁰. Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu sistemimiz, özellikle malın borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulunması durumunda, neredeyse tamamen üçüncü kişiyi kötü niyetli addetmiş ve bu sebeple de üçüncü kişilerin aleyhine önemli birtakım ispat kuralları getirmiştir. Zira buradaki menfaat ihlâli ilk olarak, malı borçlu ile birlikte elinde bulunduran üçüncü kişi aleyhine zilyetlik karinesinin işlemeyle ortaya çıkmaktadır (İİK m. 97a/I). Bunun ardında ise, menaatine aykırı bir şekilde zilyetlik karinesi aleyhine değiştirilen üçüncü kişinin, bu karineyi çürütmesi için son derece sıkı ispat kuralları getirilmesinin, üçüncü kişiler açısından bir ispat imkânsızlığına sebebiyet verebileceğini de ifade edebiliriz.

Hacizli malın üçüncü kişide bulunması durumunda ise, işleyecek istihkak prosedürü bu durumun yarattığı hukukî görünüme göre farklılık arz etmektedir. Zira böyle bir durumda, mal, üçüncü kişinin elindeyken, yani zilyetlik karinesi üçüncü kişinin lehine işlerken mal haczedilmiş ve istihkak iddiasında bulunulmuştur (İİK m. 99). Bu durumda ise, ortaya çıkan hukukî görünüm üçüncü kişinin lehine olacağından, dava açma külfeti ve ispat faaliyeti karşı taraf olan alacaklıya düşmektedir. Bu sebeple de, üçüncü kişinin istihkak iddiası üzerine icra memuru, alacaklıya dava açması için süre verir. Alacaklı, süresi içinde borçluya karşı istihkak davası açmaz ise, bu durumda alacaklı, üçüncü kişinin istihkak iddiasını, söz konusu takip açısından kabul etmiş sayılacaktır (İİK m. 99). Alacaklının süresi içerisinde, üçüncü kişiye karşı istihkak davası açması durumunda ise, bu dava İcra ve İflâs Kanunu'nun 97. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde (bkz. İİK m. 97) karara bağlanacaktır⁹¹. Bu durumda, icra mahkemesinin takibin tâliki yönünde bir karar vermesine gerek olmaksızın, istihkak davasına konu malla ilgili istihkak davası

⁹⁰ *Aslan*, s. 463.

⁹¹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 239.

sonuçlanıncaya kadar takibe devam edilmeyecektir⁹². Ancak burada önemle belirtmek istiyoruz ki, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine son derece aykırılık teşkil edecek bir şekilde, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'nun yeniden ele alınan 88. maddesi uyarınca, alacaklının muvafakati olmadığı takdirde, bu malın üçüncü kişinin elinden alınabileceği ve muhafaza tedbiri uygulanabileceği yönünde “*hatalı*” bir düzenlemeye gidilmiştir⁹³. Zira böyle bir muhafaza tedbiri uygulanmış ise üçüncü kişi, istihkak iddiasının kabulünden sonra uğradığı zararın tazminini ancak genel hükümlere göre genel mahkemelerde açacağı bir dava ile talep edebilecek; bu durum ise, takip prosedüründe doğan zararların takip içinde giderilmesini amaçlayan İcra ve İflâs Kanunu sistemine aykırılık oluşturacaktır⁹⁴. Ayrıca üçüncü kişilerin muhafaza tedbirleri hakkında yapılan işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurusu hâlinde, icra mahkemesinin verdiği bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı da dikkate alındığında (bkz. İİK m. 363/I), üçüncü kişiler açısından doğabilecek hak ve menfaat ihlâlleri de son derece ciddi boyutlardadır.

4949 sayılı Kanun değişikliği ile ortaya çıkan bu sorunun çözümü için öğretide ileri sürülen öneri, İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesinin, lafza göre değil amaca göre yorumlanması ve üçüncü kişinin elinde hacz edilen mal üzerinde istihkak iddiası ileri sürülmesi durumunda, malın yediemin olarak *-alacaklının muvafakatini aramaksızın-* üçüncü kişide bırakılmasıdır⁹⁵. Bu şekilde malın üçüncü kişiden alınmasından doğacak muhtemel zararların da önüne geçilmiş olacaktır. Nitekim aşağıda belirtildiği gibi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, böyle bir durumda, yani üçüncü kişinin malın kendisine ait olduğunu ileri sürdüğü bir durumda, malı elinden alınan üçüncü kişileri lehine manevî tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir.

⁹² *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 240.

⁹³ Bu konudaki eleştiriler için bkz. *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 147-148; *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 17-27; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 240. İcra ve İflâs Kanunu'nun 99. maddesinde benimsenen esaslar ile aykırılık oluşturan 88. maddenin getiriliş amacı ve bünyesinde taşıdığı hukuka aykırılıkların eleştirisi için ayrıca bkz. yuk.

⁹⁴ *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 147-148; *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 23-25; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 240.

⁹⁵ *Pekcanitez*, 4949 s.lı İİK Değişikliği, s. 147-148; *Atalay*, İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri, s. 25; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 240.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 06.10.2003 tarihinde vermiş olduğu bir kararda haksız yere malları haczedilen üçüncü kişilerin istihkak davasını kazanmaları üzerine açtıkları manevî tazminat davasında, üçüncü kişilerin ticarî itibarlarının sarsıldığından bahisle manevî tazminatlarının doğabileceğine hükmetmiştir⁹⁶. Emsal nitelikte olan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bu kararı, Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmış; böylece, üçüncü kişilerin takip sürecinde haksız müdahaleler neticesinde hak ve menfaatlerinin zedelenmesi hukuka uygun olarak engellenmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, başka bir kararında ise mallarına haksız yere elkonularak satılan üçüncü kişilerin ihlâl edilen hak ve menfaatlerine uygun olarak, istihkak davası sonuçlanıncaya kadar satılan malların bedelinin tahsili için açılan

⁹⁶

“1- Dava, haksız haciz nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş ; hüküm, davacı tarafından temyiz olunmuştur. / Davacı, dava dışı Y. T.'un borcu nedeniyle davacı şirkete ait işyerinde haciz yapıldığını ve makinelerine el konulduğunu; istihkak davasının lehine sonuçlandığını; ancak, haciz nedeniyle işlerinden geri kaldığını, yeni sipariş de alamadığını belirterek maddi; ticari itibarının sarsılması nedeniyle de manevi tazminat isteminde bulunmuştur. / Mahkemece, istihkak davası sonucunda makinelerin davacıya iade edildiği gerekçesiyle manevi tazminat koşullarının oluşmadığı ; maddi tazminat istemi bakımından ise, istihkak davasında kötü niyet tazminat isteminin reddedildiği ve bu kararın bağlayıcı nitelikte bulunduğu belirtilerek, davanın reddine karar verilmiştir. / Davacı, haczedilen eşyalar ile borçlunun bir ilgisinin bulunmadığının belirtilmesine karşın, haciz uygulaması sonucunda maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürmektedir. Maddi tazminat istemine esas olan zarar kalemlerini de, dava dilekçesinde açıklayıp göstermiştir. Mahkemenin, kararına dayanak yaptığı İİK. m.97'de ön görülen tazminat, özel bir düzenleme niteliğindedir. İstihkak savına itiraz eden alacaklı veya borçlu aleyhine, yalnızca bu nedenle hükmedilmektedir. Diğer yandan, anılan istihkak davasında tazminat isteminin reddine ilişkin verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmemiş ve yasa yolunda da incelenmemiştir. Davacı, bu davada, genel olarak davalı eyleminin haksız olduğunu ileri sürmüştür. İsteminin yasal dayanağı da, BK. m.41 vd. hükümleridir. Bu anlamda, uğranılan zararların istenilebileceği, 24.5.1974 gün ve 1974/5-7 sayılı İBK. ile kabul edilmiştir. Mahkemenin, yasanın uygulamasına ilişkin yanılışı ve yetersiz gerekçesi bozmayı gerektirmiştir. (HUMK. m.428/b.1). / 2- Davacı, haksız haciz uygulaması nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Haczin haksızlığı saptandığı takdirde, BK. m.49 anlamında davacı tüzel kişiliğin manevi değerlerine dahil bulunan ticari itibarının sarsıldığının kabulü gerekir. Mahkemece, somut olaya uygun düşmeyen ve yetersiz gerekçe ile bu istemin reddi de, yasanın uygulanmasına ilişkin yanılışı (HUMK. m.428/b.1) niteliğinde olup; bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 06.10.2003, 5713/11158 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008). 4. Hukuk Dairesi tarafından verilen bu karara karşı yerel mahkemenin direnmesi üzerine, dosya Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiş ve Hukuk Genel Kurulu'nun da kararı 4. Hukuk Dairesi ile aynı yönde olmuştur. Zira Hukuk Genel Kurulu kararında özetle; “İstihkak davası lehine sonuçlanan üçüncü şahıs, yapılmış olan haczin haksız olmasından doğan maddi zararını hacizi uygulayan alacaklıdan isteyebilir. İstihkak davasında kötü niyet tazminat isteminin ret edilmiş olması, alacaklının haksız hacizden doğan maddi tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Haczin haksızlığının saptanması halinde, davacı tüzel kişiliğin manevi değerlerine dahil bulunan ticari itibarının sarsıldığının ve bu bağlamda manevi tazminata hak kazandığının kabulü gerekir. İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 15. fıkrasındaki tazminat icra hukukuna özgü götürü bir tazminat niteliğinde olup, genel hükümlere dayanılarak açılan gerçek zararın tazminine yönelik davalar yönünden engel oluşturmayacağı gibi bu davalar ile tarafları aynı olsa bile konusu ve yasal dayanakları itibariyle benzerlik taşımamaktadır.” sonucuna ulaşılmıştır (HGK, 01.12.2004, 4-600/625 [Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008]).

davada, satılan malların “*icraî satışta*”ki değerlerinin değil, üçüncü kişinin gerçek zararını ifade eden “*malların satıldığı tarihteki gerçek rayiç değerleri*”nin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁷.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin, alacaklılar aleyhine verdiği bu tazminat kararları dikkate alındığında, öğretide tavsiye edilen önerinin uygulanmasının alacaklıların menfaatine doğuracağı olumlu sonuçlar da açıkça ortaya çıkacaktır.

d. Hacze İştirak Müessesesinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Haciz yolu ile icra takiplerinde, gerek alacaklı gerekse borçlu açısından en sıcak takip aşaması, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere haciz aşamasıdır. Zira yukarıda da bahsedildiği gibi, borçlu açısından bu aşamanın can alıcı noktası, borçlunun artık hukuken ve hatta çoğunlukla (*alınan muhafaza tedbirlerinin neticesi olarak*) fiilen de mallarına el konulması; ayrıca, borçlunun gerek kişisel varlığı gerekse mal varlığı değerleri üzerinde zor kullanılabilmesidir. Alacaklı açısından ise haciz aşamasının önemi, özellikle artık alacağının tahsili için gereken mal varlığı değerlerinin ferdileşmesi ve bu şekilde, alacağını tahsil imkânının mümkün olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanır. Zira, bu aşamadan sonra, artık sadece haczedilen malların paraya çevrilmesini sağlayacak satış aşamasına geçilecektir. Şayet alacaklı borçlunun hiç bir malını haczedemezse, satış aşamasına geçilemeyecek ve alacaklı, haciz aşamasının sonunda eline geçecek aciz vesikası ile borçlunun yeni bir mal kazanımını bekleyecektir. Dolayısıyla borçlu açısından haciz aşaması ne kadar önemliyse, alacaklı için de o kadar önem taşımaktadır.

⁹⁷ “*Davalı, senetten doğan alacağını tahsil için borçlusu K. A. aleyhine icra takibi başlatarak, borçluya ait olmayan davacı şirkete ait işyerinde haciz uygulamıştır. Davacı şirket haczedilen malları nedeniyle istihkak davası açarak davayı kazanmıştır. Ne var ki, istihkak davası devam ederken haczedilen mallar icra yoluyla satılarak paraya çevrilmiş ve alacaklıya ödenmiştir. İstihkak davası sonunda mallarını geri almak için müracaat eden davacıya mallar satıldığından iade edilememiştir. Davacı, mallarının değerini istemektedir. Yerel mahkeme, malların dava tarihindeki değerinin istenemeyeceğini belirterek icradaki satış değerine hükmetmiştir. / Oysa, dava konusu edilen eşyalar icra dairesince icraî koşullara göre yapıldığından bu satıştan elde edilen bedel malların gerçek değeri olarak kabul edilemez yapılan haciz uygulamasının haksız olduğu istihkak davası ile belirlendiğine göre, davacının bu haksız eylemden doğan gerçek zararının belirlenmesi gerekir. Bu değer belirlenmesi için, davacının istihkak davası kesinleştikten sonra eşyalarını teslim almak için müracaat tarihinin esas alınarak malların bu tarihteki değerlerinin belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmeden hüküm kurulmuş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” 4. HD, 02.10.2000, 5133/8158 (Kazancı İcrahata-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).*

Alacaklılar açısından oldukça önem taşıyan haciz aşamasında, bir alacaklının, kendisinden önce bir başka alacaklının, aynı borçlunun mallarını haciz uygulatarak sattırması, sonradan haciz uygulamak isteyen alacaklının/alacaklıların menfaatlerini ciddi bir şekilde zedeleyebilecektir. Zira böyle bir durumda, özellikle borçlunun haczi kâbil tüm mal varlığı değerleri de paraya çevrilmiş ise, sonradan borçlunun mal varlığı değerleri üzerinde haciz uygulamak isteyen alacaklı(lar) için alacaklarını tahsil etme imkânları, borçlunun yeni mal varlığı değerleri kazanmasını bekleyecektir. Alacaklı(lar) açısından borçlunun mal varlığı değerleri üzerinde yapılan haciz işleminin önemine binaen, kanun koyucu borçludan alacaklı olan diğer alacaklı/alacaklıların da menfaatlerini korumayı gerekli görmüştür. Bu şekilde kanun koyucu, borçlusunun mal varlığı üzerinde haciz uygulamamış olan, ancak başka bir alacaklının borçluya takip yaptığını ve borçlunun mallarına el koyma aşamasında olduğunu öğrenen alacaklıya, haciz uygulama konusunda kendisinden önce davranan diğer alacaklının yanında hacze iştirak etme olanağı tanıyarak hem alacaklılar arasında eşitliği sağlamayı amaçlamış hem de alacaklılar arasında ortak bir menfaat birliği oluşmasına imkân vermiştir. Ancak Türk kanun koyucusu bu eşitliği sağlarken, borçlunun muvazaalı alacaklılar yaratarak, ilk haciz koyduran asıl alacaklının hak ve menfaatlerinin zarara uğramasına izin vermemiş; bu sebeple de, aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız üzere, hacze iştirak koşullarını çok sıkı şartlara bağlı tutmuştur. Bu şekilde alacaklılar arasında eşitlik sağlanmaya çalışılırken, ilk haczi koyduran alacaklının zarara uğramasının da önüne geçilmeye çalışılmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda hacze iştirak kurumu, temel olarak iki farklı hükümde düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi, hacze takipli iştiraki; 101. maddesi ise, hacze takipsiz iştiraki düzenlemektedir. Bu iki tür hacze iştirak arasındaki en temel fark ise, ilkinde, bir alacaklının, başka bir alacaklının daha önce borçlunun malları üzerine koydurduğu hacze katılması için takip yapması zorunluluğunun olması (*hacze takipli iştirak*); ikincisinde ise, bir alacaklının, başka bir alacaklının daha önce borçlunun malları üzerine koydurduğu hacze katılması için takip yapması gerekliliğinin bulunmamasıdır (*hacze takipsiz iştirak*). Bu şekilde Kanun'da, iki farklı iştirak türü düzenlenmesinin sebebi, bazı alacaklılara tanınan

ayrıcalıktır⁹⁸. Yani İcra ve İflâs Kanunu, 101. maddede belirtilen takipsiz hacze iştirak edebilecek alacaklılara, bazı gerekçelerle diğer alacaklılara göre imtiyaz tanımaktadır. Gerek hacze takipli iştirak gerekse takipsiz iştirak neticesinde borçlunun mallarına ilk haciz koyduran alacaklı ile diğer alacaklı(lar) bir topluluk oluştururlar. Bu topluluğun tüzelkişiliği olmamakla birlikte, bu topluluk Türk hukukunda *Yılmaz* tarafından menfaat topluluğu olarak nitelendirilmiştir⁹⁹. Zira bu topluluğun amacı, borçlunun mallarını paraya çevirerek alacaklarının tahsilini sağlamaktır. Nitekim, kanun koyucu da adetâ bu özelliği ortaya koymak amacıyla, hacze iştirak etmiş olan alacaklılardan birinin satış talebinde bulunmasının, satış için yeterli olacağını hükme bağlamıştır¹⁰⁰. Bunun gibi bir alacağın ödeme yerine geçmek üzere, alacaklılardan bir veya birkaçına devredilebilmesi için de hacze iştirak etmiş olan bütün alacaklıların muvafakati gerekmektedir (İİK m. 120/I)¹⁰¹. Bu çerçevede, hacze iştirak müessesesi, bir takip prosedüründe birbiri ile eşit veya eşit sayılabilecek konumda bulunan alacaklıların ortak bir menfaat grubu oluşturmasına sebebiyet verir.

İcra hukuku sistemimizde, bir alacaklının borçlunun mallarına önce haciz koydurması, kendisi için bir rüçhan hakkı sağlamamaktadır. Yani, ilk haciz koyduran alacaklının yanında bir başka alacaklının da hacze iştirak etmesi durumunda, ilk haczi koyduran, diğer alacaklı/alacaklılara göre bir öncelik hakkına sahip olmayacaktır. Bu durumda ilk haczi koyduran alacaklı, takip neticesinde hacizli malların satışından elde edilecek parayı, hacze iştirak etmiş diğer alacaklı/alacaklılar ile paylaşacaktır. O halde, ilk haczi koyduran alacaklının yanında, onun çabası neticesinde elde edilecek nimetlere ortak olan (*diğer, hacze iştirak eden*) alacaklının da, gerçekten alacaklı olması ve Kanun'da belirlenmiş kurallar çerçevesinde bunu ispatlaması gerekir. Bu sebeple de, kanun koyucunun özellikle hacze takipli iştirak konusunda sıkı şartlar getirmiş olması (İİK m. 100), esasında kanun koyucunun alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması konusunda gösterdiği hassasiyetin bir sonucudur.

⁹⁸ *Yılmaz*, Hacze İmtiyazlı İştirak, s. 364.

⁹⁹ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 310.

¹⁰⁰ Bu konuda bzk. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 310.

¹⁰¹ Bu konuda bzk. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 310.

İcra hukuku sistemleri, hacze iştirak konusunda farklı esasları kabul etmiştir. Bu sistemlerin alacaklılar arasında eşitliği sağlayıp sağlamadığı, hukukumuzda tartışmalara konu olmuştur. Örneğin Alman hukukunda, hacze iştirak müessesesi bulunmamaktadır; bu sebeple de, borçlunun bir malına haciz koyduran ilk alacaklı alacağını tahsil etmedikçe, diğer alacaklılar borçluya yönelememektedirler¹⁰². Alman icra hukukunda benimsenen borçlunun malları üzerinde ilk haczi koyduran alacaklının rüçhan hakkına sahip olması, alacaklılar arasında eşitliği bozması ve alacaklılar arasında gereksiz bir yarışa yol açması yönleriyle eleştirilmektedir¹⁰³. Bu görüşün aksine sistemin özellikle, borçlusuna karşı takip yapma zahmetine girip, bu yönde çaba gösteren bir alacaklının gerçekleştirdiği hacze, kendisi ile aynı çabayı göstermeyen bir alacaklının iştirak ederek haksız bir menfaat elde etmesini önlediği; bu sebeple sistemin, Türk icra hukukunda kabul edilen hacze iştirak sistemine göre daha adaletli sonuçlar doğurduğu da belirtilmektedir¹⁰⁴.

Buna karşılık Fransız hukukunda, borçlunun mallarına ilk haciz koyduran alacaklının haczine, diğer bir alacaklının veya alacaklıların katılmasına imkân verilmektedir; haczedilen mal satılıp parası paylaştırılıncaya kadar, diğer bütün *alacağı muaccel olmuş* alacaklılar, hacze katılabilirler¹⁰⁵. Bu sistemi ise, alacaklılar arasında eşitliği sağladığı gerekçesiyle olumlu karşılayanlar olduğu gibi¹⁰⁶, borçlunun malları üzerine ilk haczi koyduran ile son haczi koyduran alacaklının aynı oranda alacağını tahsil etmelerinin, normal bir sonuç olmadığı belirtilerek sistemi

¹⁰² *Arar*, s. 222; *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 272-273. Alman hukukunda, hacze iştirak müessesesinin bulunmamasının temel sebebi öncelikle, iflâsın sadece tacirler için değil, tüm borçlular için talep edilebilmesidir (*Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 272). Bunun yanı sıra, Alman icra hukukunda, haciz işlemi, alacaklıya rehin hakkına benzer bir rüçhan hakkı vermektedir. Buna göre, bir alacaklının borçlunun bir malı üzerine koydurduğu hacizden sonra, o malın haczine başka bir alacaklının iştirak etmesi mümkün değildir. Zira, ilk haczi koyduran alacaklı, o malı paraya çevirip alacağını tahsil etmedikçe, diğer bir alacaklı veya alacaklıların, hacizli malın satışından menfaat elde etmesi mümkün değildir (*Arar*, s. 222; *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 273).

¹⁰³ Bu yöndeki görüşler için bkz. *Ansay*, İcra Hukuku, s. 120; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 108; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 228.

¹⁰⁴ Bkz. *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 273.

¹⁰⁵ *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 274. Borçlunun mallarının, hacze katılan bütün alacaklıların ortak rehni olarak kabul edilen (bkz. *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 228; *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 274) Fransız sisteminde, paraya çevrilen malın, alacakları karşılamaması durumunda, alacaklılar eşit oranda alacaklarını tahsil edeceğinden, bu sistemde alacaklılar zarara da eşit oranda katılmaktadırlar (*Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 108).

¹⁰⁶ Bkz. *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 373.

eleştirenler de mevcuttur¹⁰⁷. Bunun yanı sıra bir başka görüş ise, haklı olarak Fransız sisteminin, alacaklılara hacze iştirak etme olanağı tanınması sebebiyle Alman sistemine nazaran daha iyi bir sistem benimsemiş olduğu; ancak, sistemin hacze iştirak edebilme koşulu olarak, sadece alacağın muaccel olmasını araması sebebiyle sakıncalı olduğu yönündedir¹⁰⁸.

İsviçre hukukunda ise, Alman ve Fransız sistemlerinin ortalama yolu bulunarak *grup sistemi*, yani *derece usûlü* benimsenmiştir¹⁰⁹. Bu sisteme göre, ilk haczin konulmasından itibaren 30 gün içinde başvuran alacaklılar kendi aralarında bir grup; 30 günün dolmasından sonra başvuranlar ise, ikinci bir grup teşkil ederler ve bundan sonra ortaya çıkacak her 30 günlük sürede yeni gruplar ortaya çıkabilecektir¹¹⁰. Bu durumda öncelikle birinci gruptaki alacaklıların alacakları ödenir, bu gruptaki alacaklıların alacakları ödenmeden diğer gruba geçilmez. Aynı şey diğer gruplar için de geçerlidir. Bu sistem, hukukumuzda 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda benimsenmiş olmasına rağmen, birtakım kötü niyetli borçlulara haksız imkânlar tanıdığı gerekçesiyle, 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuz ile Türk hukukunda terkedilmiştir¹¹¹.

Mevcut Türk icra hukuku sisteminde ise hacze iştirak müessesesi, Alman ve Fransız sistemlerinden tamamıyla farklı olduğu gibi, mehz İsviçre sisteminden de oldukça önemli farklılıklara sahiptir. Az önce de belirtmiş olduğumuz üzere, 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzda hacze iştirak müessesesi, aynen mehz İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi kabul edilmişti¹¹². Ancak bu Kanun'un benimsemiş olduğu hâli ile uygulanan hacze iştirak müessesesi çok geçmeden kötü niyetli borçlular için bir kurtuluş fırsatı doğurmuş; bu kişiler, muvazaalı alacaklılar yaratarak kendilerine takip yaptırmışlar, takibe itiraz etmeyerek kesinleştirmişler ve sonunda muvazaalı alacaklıların kolaylıkla gerçek alacaklının koydurduğu hacze iştirak

¹⁰⁷ Bkz. *Ansay*, İcra Hukuku, s. 120; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 108; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 228.

¹⁰⁸ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 276.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 276-277.

¹¹⁰ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 276.

¹¹¹ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 277.

¹¹² Bu konuda bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 277-278.

ederek, gerçek alacaklının/alacaklıların alacağını tahsil etmelerine haksız olarak engel olmuşlardır¹¹³. Kurumun yarattığı bu sakıncaların giderilmesi için 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edilirken, mehz Kanun'dan oldukça ayrılmış ve bir alacaklının hacze iştirak edebilmesi oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır¹¹⁴. İcra ve İflâs Kanunu'nun bugün benimsemiş olduğu sisteme göre, 100. maddede belirtilen şartları gerçekleştiren her alacaklı, satılan malın tutarı icra vizesine girinceye kadar hacze katılabilir; hacze katılan bu alacaklılar, aralarında bir derece teşkil ederler ve her derecedeki alacaklılar aralarında, alacaklarını eşit oranda alırlar. Bu alacaklılar alacaklarını hacizli malların satışından sonra tahsil ettiklerinde, geriye para kalırsa, bu para hacze katılmayan ikinci derecedeki alacaklılara ödenir.

Hacze iştirak konusunda benimsenen bu farklı sistemlerden sonra şunu belirtebiliriz ki, gerek Alman ve Fransız sistemlerinde gerekse Türk ve İsviçre sistemlerinde, her zaman için sistemlerin eleştirilen yanı, alacaklılar arasında gerçekten bir eşitliğin sağlanıp sağlanmadığı yönünde olmuştur. Zira bir sistemde, borçlunun mallarına ilk haczi koyduran alacaklıdan sonra gelen alacaklıların hacizli maldan menfaat elde edememesi eşitliğe aykırı bulunmuş; diğer sistemde ise, ilk haczi koyduran alacaklının, hacizli malın satışından elde edilen parayı kendisi ile aynı zahmeti göstermemiş olan alacaklıyla aynı oranda paylaşmasının, alacaklılar arasında eşitliği bozduğu ileri sürülmüştür. Bu çerçevede Türk icra hukuku sisteminde benimsenmiş olan hacze iştirak müessesesinin, Türk toplum yapısının da özellikleri göz önüne alındığında, alacaklılar arasında eşitliği sağlamaya hizmet ettiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Zira hacze iştirak müessesesinin asıl amacı, alacaklılar arasında menfaat eşitliğini sağlamaktır. Bu şekilde alacaklılar, borçlunun mal varlığının satışı sonucunda elde edilecek parayı eşit bir şekilde paylaşabileceklerdir. Bu hâliyle de, özellikle hacze iştirak şartlarının çok sıkı şartlara bağlanmış olması, borçlunun muvazaalı alacaklılar yaratmasını oldukça güçleştirdiği gibi, hacze iştirak neticesinde oluşturulacak sıra ile de alacaklıların haksız menfaat elde etmeleri de engellenebilecektir. Dolayısıyla Türk icra hukukunun benimsemiş

¹¹³ *Arar*, s. 222-223; *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 278.

¹¹⁴ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 278.

olduğu hacze iştirak sisteminin, alacaklılar arasında eşitliği sağladığını ve sistemin, alacaklıların ortak menfaatlerine hizmet ettiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Hacze takipli katılma konusunda İcra İflâs Kanun'unun 100. maddesi, dört tane şartın birlikte gerçekleştirilmiş olmasını gerekli görmektedir. Bu şartlar, (i) takip şartı, (ii) öncelik şartı, (iii) önceliğin belgelendirilmesi şartı ve (iv) zaman şartıdır¹¹⁵. Esasında bu şartlar, bir takipte borçlunun mallarına haciz koyduran ilk alacaklının, bu malın satışından elde edilen parayı borçlunun bir başka alacaklısı ile paylaşması, onunla bir menfaat birliği yapması için aranan şartlardır. Bu çerçevede bu şartların her birinin gerçekleştirilmiş olması, alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması konusunda daha fazla koruma getiren bir anlamda önlemdirler. Zira bu şartların her birinin varlığı, hacizli malın alacaklısının yanında bir başka alacaklının onunla menfaat birliği yapmasını gerektirecek unsurların gerçekliği konusunda bir ispat vasıtasıdır.

İlk olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi çerçevesinde hacze iştirak etmek isteyen alacaklının, borçluya karşı bir takip yapmış olması ve bu takipte, kendisine haciz isteme sırasının gelmiş olması gerekir¹¹⁶. Hacze takipli iştirakin temel şartı olan bu şart sayesinde, borçlunun mallarına haciz koyduran ilk alacaklının haczine, alêlâde bir alacaklının değil, kendisi gibi borçluya karşı takip başlatmış bir alacaklının katılması sağlanmıştır.

Bunun yanı sıra, hacze takipli iştirak için Kanun'un getirdiği ikinci şart, hacze katılmak isteyen alacaklının alacağına, ilk haczi¹¹⁷ koyduran alacaklının yaptığı takipten önce doğması gerekmektedir¹¹⁸. Buna göre, hacze katılmak isteyen alacaklının alacağı,

¹¹⁵ Hacze takipli katılma için aranan bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 279 vd.

¹¹⁶ *Postacıoğlu*, s. 437; *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 279; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 229; *Akcan*, s. 50.

¹¹⁷ İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinde, “İlk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar...” ifadesi yer aldığından ve ihtiyatî haciz ile geçici haciz, kesin hacze dönüşmeden alacaklıya satış isteme yetkisi vermediğinden, öğretide, maddede geçen “ilk haciz” kapsamına, ihtiyatî haciz ile geçici haczin girmediği belirtilmektedir (*Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 281-282).

¹¹⁸ *Postacıoğlu*, s. 437; *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 279; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 229; *Akcan*, s. 61-62.

(i) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmsız icra yolu ile takip başlatmışsa, takip tarihinden

(ii) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmlı icra yolu ile takip başlatmışsa, ilâma ilişkin davanın açıldığı tarihten

önce doğmuş olmalıdır¹¹⁹.

Hacze takipli iştirak için aranan diğer şart, hacze iştirak etmek isteyen alacaklının, alacağının, ilk haczi koyduran alacaklının yaptığı takipten önce doğduğunu belgelemesidir. Hacze iştirak etmek isteyen alacaklının, bu belgelendirme işlemini, Kanun'un 100. maddesinde belirtilen türdeki belgelerden birisi ile ispat etmesi gerekmektedir. Bu şart, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, aynı zamanda borçlunun, muvazaalı alacaklılar yaratmasına da engel olacaktır¹²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, maddede sayılan belgeler tahdidî olduğundan, hacze iştirak etmek isteyen alacaklının, alacağının önceliğini başka türden bir belge ile ispat etmesi mümkün değildir¹²¹. Kanun'un 100. maddesine göre, hacze iştirak etmek isteyen alacaklının elinde,

(i) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmsız icra yolu ile takip başlatmış ise, *takip tarihinden*; ilâmlı icra yolu ile takip başlatmış ise, ilâma ilişkin *davanın açıldığı tarihten önceki* bir tarihte *başlatılan* takibe ilişkin bir *aciz vesikası* bulunması hâlinde hacze iştirak edebilir (İİK m. 100/I, b. 1). Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, hacze iştirak etmek isteyen alacaklının, sadece alacağının belirtilen tarihlerden önce doğması (*yani yukarıdaki öncelik şartını karşılaması*) yeterli değildir; aynı zamanda borçluya karşı takibi de, bu tarihlerden önce başlatmış olması gerekir. Ancak bu koşullar altında, alacaklı elindeki aciz vesikasına dayanarak hacze iştirak edebilecektir.

(ii) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmsız icra yolu ile takip başlatmış ise, *takip tarihinden*; ilâmlı icra yolu ile takip başlatmış ise, ilâma ilişkin *davanın açıldığı tarihten önceki* bir tarihte *açılan* bir davaya ilişkin *ilâm* bulunması

¹¹⁹ *Postacıoğlu*, s. 438; *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 280; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 229-230; *Akcan*, s. 62-63.

¹²⁰ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 280, 283.

¹²¹ *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 282.

hâlinde hacze iştirak edebilir (İİK m. 100/I, b. 2). Bu durumda, davanın belirtilen tarihlerden önce açılmış olması yeterlidir; yoksa, ilâmın da belirtilen tarihlerden önce alınması gerekli değildir¹²².

(iii) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmsız icra yolu ile takip başlatmış ise, *takip tarihinden*; ilâmlı icra yolu ile takip başlatmış ise, ilâma ilişkin *davanın açıldığı tarihten önceki* bir tarihte alınmış *resmî*¹²³ veya *tarih ve imzası onaylı bir belge*¹²⁴ bulunması hâlinde hacze iştirak edebilir (İİK m. 100/I, b. 3).

(iv) ilk haczi koyduran alacaklı ilâmsız icra yolu ile takip başlatmış ise, *takip tarihinden*; ilâmlı icra yolu ile takip başlatmış ise, ilâma ilişkin *davanın açıldığı tarihten önceki* bir tarihte *resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usûlüne göre verdikleri makbuz veya vesika* bulunması hâlinde hacze iştirak edebilir (İİK m. 100/I, b. 4)¹²⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi çerçevesinde hacze iştirak etmek isteyen alacaklı, son olarak haczedilen malın satış tutarı icra veznesine girene kadar, hacze iştirak talebinde bulunabilecektir.

Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinin hacze takipli iştirak için getirdiği şartları menfaat dengesi açısından bir kez daha değerlendirdiğimizde, düzenlemenin, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi olumlu olduğunu ifade edebiliriz. Zira, madde hükmü her ne kadar anlaşılması ve uygulanması konusunda bazı güçlükler taşısa da, gerek ilk haciz koyduran alacaklı gerekse hacze katılmak isteyen diğer alacaklı(lar) açısından menfaatleri dengeleyici bir fonksiyona sahiptir. Özellikle, maddede hacze iştirak açısından alacağın varlığı ve doğumu resmî

¹²² *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 285.

¹²³ Tapu senetleri, ipotek senetleri, noterlikçe re'sen düzenlenen ve borç ikrarını içeren senetler gibi (*Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 285).

¹²⁴ Noterlikçe onaylı senetler gibi (*Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 285).

¹²⁵ Bu bent kapsamına resmî dairelerin usûlüne göre verdiği belgeler dahil olduğundan ve aciz vesikasının da bu nitelikli bir belge olması sebebiyle, öğretilerde İİK m. 100/I, b. 1 hükmünün gerekli olmadığı ifade edilmektedir (bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 286). Aksi görüş için bkz. *Postacıoğlu*, İcra, s. 397.

Rehin açığı belgesinin, bu bent kapsamında sayılan belgelerden olduğu yönünde bkz. 19. HD, 22.06.2006, 4470/6809 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 2961); 19. HD, 06.04.2006, 1681/3590 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 2962).

belgelere dayandırıldığından, borçlunun hileli işlemler yaparak ilk haciz koyduran alacaklının menfaatlerini zarara uğratması son derece güç bir hâl almaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanaatimizce hükümde borçlunun menfaatlerini gözardı eden bir yan da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hacze takipli iştirak yetkisini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi alacaklılar arasındaki eşitliği ölçülü bir şekilde sağladığı gibi, gerek alacaklı(lar) ile borçlu gerekse alacaklılar arasındaki menfaatlerin dengelenmesine hizmet eden bir hükümdür.

Bu noktada, hangi alacaklının hangi sırada hacizli malın paraya çevrilmesinden menfaat elde edeceği üzerinde de durmayı tercih ediyoruz. Zira bu husus, menfaat dengesini de yakından ilgilendirir. Hacizli malın satılmasından sonra elde edilen paradan, önce birinci derecede hacze katılanların alacakları ödenir. Geriye birşey artarsa, bu ikinci dereceye verilir; ikinci derecedeki bütün alacaklılar alacaklarını tamamen aldıktan sonra, geriye birşey artarsa, bu üçüncü dereceye verilir ve paylaşırma bu şekilde devam eder¹²⁶. Ancak, malın satılmasından sonra elde edilen para, birinci derecede hacze katılanların alacaklarını ödemeye yeter; ancak ikinci dereceye geldiğinde bu paranın (*İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılan ilâve hacizlere rağmen*) ikinci ve üçüncü derecedeki alacaklıların alacağını ödemeye yetmeyeceği anlaşılırsa, İcra ve İflâs Kanunu'nun 140. maddesi uyarınca, İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesine göre bir sıra cetveli düzenlenir¹²⁷. Bu sıra cetveli, her bir derecedeki alacaklılar için ayrı ayrı düzenlenir (*örneğin, ikinci derecedeki alacaklılar için ayrı bir sıra cetveli; üçüncü derecedeki alacaklılar için ayrı bir sıra cetveli oluşturulur*). Bu hususlar esasında, hacze iştirak müessesesinden çok paranın paylaşılması ile ilgilidir. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki, hacze iştirak konusunda mevcut sistemimizin temel esasları, alacaklılar arasında menfaat eşitliğinin sağlanması konusunda olumlu düzenlemeleri içermektedir¹²⁸. Türk icra hukuku sisteminin benimsemiş olduğu hacze iştirak

¹²⁶ **Yılmaz**, Hacze Adî İştirak, s. 310.

¹²⁷ **Yılmaz**, Hacze Adî İştirak, s. 311.

¹²⁸ Ancak öğretilerde hacze iştirak müessesesine, birkaç noktada eleştiri getirilmektedir. Özellikle hacze iştirak süresi ile ilgili olarak iki yön eleştirilmektedir. Bunlardan ilki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinde hacze iştirak talebinin "*İlk haciz üzerinde satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar*" yapılabileceğini; ancak, bu durumun alacının satış tutarını erken veya geç yatırmasına göre tesadüfî olacağı; bunun da doğru olmadığı yönündedir (**Yılmaz**, Hacze Adî İştirak, s. 312). İkinci olarak ise, 6183 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflâs

müessesesini genel hatlarıyla değerlendirdikten sonra, İcra ve İflâs Kanunu'nun alacaklılar arasındaki menfaat eşitliğini sağladığını, bu konu hakkındaki düzenlemeleri ele alarak belirlemeye çalışacağız.

Hacze iştirak konusunu, ayrıca kamu alacakları ve özellikle de 6183 sayılı Kanun çerçevesinde de ele almayı gerekli görüyoruz. Öncelikle şunu belirtmek isteriz ki, kamu alacaklarının tahsili konusunda ayrı bir Kanun'un (6183 sayılı Kanun) mevcut olması; 6183 sayılı Kanun'a göre, borçlunun vergi, para cezası, resmî harç gibi bir kamu borcunun bulunması ile 2004 sayılı Kanun'a göre, haksız fiilden veya sözleşmeden doğan bir borcunun bulunması farklı hükümlere tâbi olup; bu borçlardan doğan hacze iştirak konusunda da, kamu alacaklısı yanında diğer alacaklının da yine bir kamu alacaklısı mı, yoksa bir özel hukuk alacaklısı mı olacağı önemlidir. Zira her bir ihtimâle göre uygulanacak kanun hükümleri birbirinden farklıdır. Son derece karmaşık olan bu durumun doğmasının asıl sebebi, daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere öğretide de haklı olarak eleştirildiği gibi, kamu alacakları konusunda ayrı bir Kanun'un (6183 sayılı Kanun) mevcut olmasından kaynaklanır. Oysa aşağıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi, hacze iştirak müessesesi açısından kamu alacakları hakkında, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. veya 101. maddesine eklenecek bir düzenleme ile durum çok daha açık bir şekilde hükme bağlanabilirdi. Zira kanun koyucu, 6183 sayılı Kanun'da olduğu gibi, kamu alacaklarına hacze iştirak konusunda bir imtiyaz tanımak istiyorsa, bu rahatlıkla İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesinde sayılan imtiyazlı diğer alacaklılar gibi, İcra ve İflâs Kanunu bünyesinde düzenlenebilirdi. Kamu alacaklarında hacze iştirak konusunda yaptığımız bu giriş açıklamasından sonra, kamu alacaklarında hacze iştirak durumunda ortaya çıkabilecek ihtimâlleri değerlendirmek istiyoruz.

Devletin alacağı, bir *haksız fiilden veya sözleşmeden doğuyorsa*, bu durumda İcra ve İflâs Kanunu'nun 47. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu alacağın tahsilinde 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Zira, devletin bu şekilde doğmuş kamu alacaklarının, özel hukuk alacaklarının tahsilinden bir farkı bulunmamaktadır. Buna göre devlet, haksız fiil veya sözleşmeden doğan alacağı için borçlunun malları üzerinde, bir özel hukuk alacaklısından *önce* haciz uygulatmış ise,

Kanunu'nun, hacze iştirak süreleri ile ilgili olarak birbirinden farklı düzenlemeleri kabul etmiş olmasının anormal sonuçlar yarattığı belirtilmektedir (*Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 312-313). Hacze iştirake ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesine getirilen eleştirilerden bir diğeri de, maddedeki ilk hacizden ne anlaşılması gerektiğinin belli olmamasıdır (*Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 313).

özel hukuk alacaklısı İcra ve İflâs Kanunu'nun 100 veya 101. maddesi çerçevesinde bu hacze iştirak edebilecektir. Buna karşılık, borçlunun malları üzerinde, kamu alacaklısından *önce* özel hukuk alacaklısı haciz uygulatmışsa, haksız fiilden ve sözleşmeden doğan alacaklar için devletin, özel hukuk alacaklısının koydurmuş olduğu hacze, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi çerçevesinde iştirak etmesi mümkün olabilecektir¹²⁹. Böyle bir durumda, devletin haksız fiilden veya sözleşmeden doğan alacağı, özel hukuk alacaklarından hiç bir farklılık arzemediğinden, hacze iştirakte de alacaklının “*devlet*” olması bir fark yaratmamaktadır. Zira devletin bu tür alacaklarının, diğer özel hukuk alacaklarından ayrılmasını gerektiren bir özelliği bulunmamaktadır ve bu konuda devlete imtiyaz tanınmamış olması da, eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Asıl karışıklık ise, devletin 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edeceği cinsten bir kamu alacağının varlığı durumunda belirir. Bu durumda karşımıza üç ihtimâl çıkabilecektir:

- (i) *İlk ihtimâlde, ilk haczi koyduran, 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilecek bir kamu alacağının alacaklısı; hacze iştirak etmek isteyen de, bir özel hukuk alacaklısıdır.* Bu durumda, yani hem kamu alacaklısına hem de özel hukuk alacaklısına borçlu olan borçlunun mallarına, ilk önce kamu alacağı sebebiyle tahsil daireleri tarafından haciz uygulanmış ise, bu hacze özel hukuk alacaklısının iştiraki mümkün değildir¹³⁰. Zira böyle bir durumda, kamu alacağının tahsili hakkında 6183 sayılı Kanun uygulanacağından, özel hukuk alacaklısının İcra ve İflâs Kanunu'nun 100 veya 101. maddesi çerçevesinde, kamu alacaklısının koydurduğu hacze iştirak etmesi mümkün değildir; bu durumda, 6183 sayılı Kanunu'nun 21. maddesinde konuyla ilgili düzenleme olup olmadığına bakılmalıdır. 6183 sayılı Kanun'un 21. maddesi, bir kamu alacaklısının koydurmuş olduğu hacze, ancak başka bir kamu alacaklısının

¹²⁹ Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesinde sayılan imtiyazlı alacaklılar ve alacakları arasında, devletin haksız fiil veya sözleşmeden doğan alacakları belirtilmemiştir. Bu sebeple devletin, bu türden alacakları için İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi çerçevesinde hacze iştirak etmesi için maddede belirtilen şartları sağlaması gerekmektedir.

¹³⁰ *Yılmaz*, Hacze Adı İştirak, s. 307.

Ayrıca bu yöndeki kararlar için bkz. 19. HD, 21.09.2006, 6354/9574 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 2960-2961); 19. HD, 12.11.2004, 5466/11345 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 2968-2969). “*Özel kişilerin haczettirdikleri mallara, paraya çevirmeden evvel haciz koyan vergi idaresi, malın bedeline aynı derecede, bu sıra üzerinden iştirak eder. Fakat, vergi idaresinin haczinden sonra haciz koyduran özel kişiler aynı hakkı haiz değildir. Bunlar, amme alacağından artar kısım üzerinden alacaklarını tahsil ederler.*” 12. HD, 20.09.1966, 8711/8574 (*Şimşek*, s. 177).

iştirak edebileceğini düzenlediğinden, özel hukuk alacaklısının, kamu alacaklısının koydurmuş olduğu hacze iştiraki mümkün değildir. Ancak bu durumun ortaya çıkardığı sonuç, anayasal eşitlik ilkesi karşısında eleştiriye açıktır. Zira aşağıda belirteceğimiz üzere, bir kamu alacaklısının, özel hukuk alacaklısının koydurmuş olduğu hacze iştirak etmesi için *hiç bir koşul aranmazken*; bir özel hukuk alacaklısının, *hiç bir koşul altında* kamu alacağından doğan hacze iştirak edememesi, eşitlik ilkesine aykırıdır (Ay m. 10). Özellikle her vatandaşın kural olarak vergi mükellefi olduğu gözönüne alındığında, borçluyu takip eden özel hukuk alacaklısının borçlusunu takip etmek istemesi durumunda, karşısına bir kamu alacaklısının çıkması olağandır. Bu durumda ise, hiç bir koşul altında özel hukuk alacaklısının, kamu alacaklısının uygulatmış olduğu hacze iştirak edememesi menfaat dengesine aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

- (ii) *İkinci ihtimâlde, birincinin tam aksine, ilk haczi koyduran özel hukuk alacaklısı; hacze iştirak etmek isteyen ise bu sefer, 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilecek bir kamu alacağının alacaklısıdır.* Bu durumda 6183 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre, özel hukuk alacaklısı haczedilen malları paraya çevirmeden önce, kamu alacaklısı (*İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesindeki koşullar dahil*¹³¹) *hiç bir koşul aranmaksızın* özel hukuk alacaklısının uygulatmış olduğu hacze, hacizli mal satılana kadar¹³² iştirak edebilir. Bu durumda satış bedeli, aralarında garameten paylaşılacaktır (AATUHK m. 21/I, c. 1). Madde hükmü eleştiriye açıktır. Zira, bir özel hukuk alacaklısı, başka bir özel hukuk alacaklısının haczine iştirak ederken, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi gereğince son derece sıkı şartlara tâbi tutulurken; kamu alacaklısının, özel hukuk alacaklısının haczine iştirak ederken hiç bir şarta tâbi tutulmamasıdır. Yani bu durumda kamu alacaklıları ile özel hukuk alacaklıları arasında eşitlik bozulmakta, alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin ihlâl edilmekte ve en önemlisi de, bu durum hacze iştirak kurumunun amacına ters düşmektedir. Her ne kadar özel hukuk alacaklısının, kendisine takip

¹³¹ Kanun tarafından, özel hukuk alacaklısının haczine iştirak edecek kamu alacaklısının, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesindeki koşulları sağlamasının aranmadığı konusunda bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 306.

¹³² 6183 sayılı Kanun'un 21. maddesi, hacze katılma istemlerinin zamanı konusunda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinden farklı olarak, hacze iştirak taleplerinin "*satış bedelinin vezneye girmesine*" kadar değil, "*hacizli malın paraya çevrilmesine*" kadar yapılabileceğini kabul etmiştir. *Yılmaz*'a göre, kanunların bu değişik düzenlemesi, anlamsız farklılaşmalara yol açmaktadır (*Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 307).

başlatıldıktan sonra devlet ile anlaşılıp hileli alacaklar yaratması ihtimâl dahilinde olmasa da, yine de kamu alacakları açısından böyle bir imtiyazın getirilmesinin gerekçesi de sadece “*kamu alacağını korumak*” olmamalıdır. Zira gerek kanun koyucu olarak gerekse yürütme organı olarak devlet, hem kamu alacaklısını hem de özel hukuk alacaklısını tahsil sürecinde eşdeğerde tutmakla yükümlüdür (bkz. Ay m. 10). Kamu alacakları, kamu menfaatine hizmet ediyorsa da devlet, kamu alacağını, tahsil sürecine gelmeden önce gerektiği şekilde güvence altına almalıdır. Örneğin bu konuda, verginin kaynaktan kesilmesi, alınacak önlemlerden biri olabilir. Dolayısıyla, kamu alacaklarını, tahsil sürecinde özel hukuk alacaklarına nazaran ölçsüz şekilde korunması eleştiriye açıktır.

(iii) *Üçüncü ihtimâlde ise, ilk haczi koyduran 6183 sayılı Kanun’a göre tahsil edilecek bir kamu alacağının alacaklısı; bu hacze iştirak etmek isteyen, bu sefer yine 6183 sayılı Kanun’a göre tahsil edilecek bir başka kamu alacağının alacaklısıdır.* Bu durumda doğrudan doğruya 6183 sayılı Kanun’un 69. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre, bir kamu alacaklısının, diğer bir kamu alacaklısının haczine iştirak etmesi, kamu alacağının, ilk haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmasına ve haczolunan malların paraya çevrilmemiş olmasına bağlıdır¹³³. Bu durumda dahi, Türk icra hukukunun benimsemiş olduğu hacze iştirak sisteminden farklı olarak, hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan kamu alacaklısı alacağını tahsil edecek; artan para, *hacze iştirak* tarihine göre, diğer kamu alacaklılarına sırayla ödenecektir¹³⁴. Bu düzenleme ile Türk icra hukuku sisteminin benimsemiş olduğu hacze iştirak sistemi tamamen terkedilmiş; Alman hukukunda olduğu gibi¹³⁵, adetâ ilk haczi koyduran kamu

¹³³ Kamu alacaklıları arasında, İcra ve İflâs Kanunu’nun 100. maddesinde belirtilen sıkı şartların aranmamasının sebebi, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki şartların, haczi koyduran alacaklıyı, hileli işlemler yapabilecek diğer alacaklılardan korumak amacıyla olduğu; kamu alacaklılarının bu tip işlemlere girmesinin beklenmediği; bu yüzden de 6183 sayılı Kanun’un 69. maddesinin, İcra ve İflâs Kanunu’nun 100. maddesi kadar ağır şartları gerekli görmediği haklı olarak belirtilmektedir (*Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 307). Ancak kanaatimizce, düzenleme, Anayasa’nın 10. maddesi karşısında, özel hukuk alacaklıları ile kamu hukuku alacaklıları arasında yarattığı eşitsizlik çerçevesinde de ele alınmalıdır.

¹³⁴ Bu konuda bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 308.

Kamu alacaklıları arasındaki hacze iştirakte, ilk olarak ilk haczi uygulatan kamu alacaklıının alacağının tahsil edilmesi gerektiği yönünde bkz. 19. HD, 22.03.2006, 1804/3290 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 2962-2963).

¹³⁵ Hacze iştirak konusunda, 6183 sayılı Kanun’un 69. maddesinde benimsenen esasların, Türk icra hukukundaki hacze iştirak sisteminden farklı olduğu ve bu yönüyle, kamu alacaklıları arasında hacze iştirak sisteminin Alman hacze iştirak sistemine benzediği yönünde açıklamalar için bkz. *Yılmaz*, Hacze Adî İştirak, s. 308.

alacaklısına rehin hakkına benzer bir yetki verilmiş ve kronolojik sırayla, hacizli mala iştirak eden kamu alacaklısı tatmin edilmedikçe, diğer bir kamu alacaklısının alacağını tahsil etmesine imkân verilmemiştir. Ayrıca bu düzenleme ile kamu alacakları tamamen özel hukuk alacaklarından farklı bir statüye tâbi tutulmuştur. Düzenlemenin ilginç yanı ise, 6183 sayılı Kanun'un, bir kamu alacaklısının, özel hukuk alacaklısının uygulattığı hacze iştirak etmesi için hiç bir koşul aramazken, bir kamu alacaklısının, diğer bir kamu alacaklısının haczine iştirak etmesi için çok sıkı şartlar getirmesidir. Bu durumun eşitlik ilkesi (Ay m. 10) karşısında eleştiriye açık olması, şüphe götürmemektedir. Ayrıca böyle bir durumun menfaat dengesi karşısındaki sonucu bir yana, hukuk devleti karşısındaki sonucu dahi eleştiriye açıktır. Kanaatimizce, 6183 sayılı Kanun'un 21. maddesi,

- (1) özel hukuk alacaklısına, kamu alacaklısının koydurmuş olduğu hacze *hiç bir koşul altında*, iştirakı mümkün kılmazken ve
- (2) kamu alacaklısına *hiç bir koşul aramaksızın*, özel hukuk alacaklısının haczine iştirak etme imkânı tanırken;

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, özel hukuk alacaklıları arasındaki hacze iştiraki çok sıkı şartlara bağlamışken; 6183 sayılı Kanun'un 69. maddesinin, kamu alacaklısının gerçekleştirdiği hacze, bir başka kamu alacaklısının iştirak etmesi durumunda, ilk haczi gerçekleştiren kamu alacaklısına rehin hakkına benzer bir hak tanınması, kanaatimizce alacaklılar arasındaki menfaat dengesi ile eşitlik ilkesi başta olmak üzere hukuk devletinin gereklerine ve hacze iştirak müessesesi konusunda Türk icra hukukunun benimsemiş olduğu sisteme aykırıdır.

Özetle 6183 sayılı Kanun ile kamu alacağının tahsilini kolaylaştırmak amacıyla getirilen ve İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu sistemden sapan bu düzenlemeleri, Anayasa'nın 10. maddesi karşısında, eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmek istiyoruz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kamu alacaklarının tahsilinde her ne kadar kamu yararı bulunuyorsa da, devlet (yasama, yargı ve yürütme organları), herkesi (kamu alacaklıları da dahil) kanun önünde eşit tutmalıdır. Şüphesiz ki, kamu alacaklarının tahsili söz konusu olduğunda, aynı zayıfın korunması ilkesinde olduğu gibi, taşıdığı kamu menfaatine binaen kamu alacaklarının da korunması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak ilk bölümde de ele aldığımız üzere, kamu alacaklarının tahsilinde olduğu gibi bir tarafın korunması, bir alacaklının alacağının tahsilinin kolaylaştırılması, icra hukuku alanında geçerli olmamalıdır. Bu şekilde

zayıfın korunması veya bir tarafın kamu yararı düşüncesi ile korunması (*tüketici hukukunda olduğu gibi*) ancak, maddî hukuk kuralları için geçerli olabilir. Şekli hukuk dallarından olan medenî usûl ile icra hukukunda, zayıfların korunması veya kamu yararı düşüncesi ile bir tarafın korunması gibi bir ilkedен söz etmek mümkün değildir. Zira, yargılamanın birer parçasını oluşturan bu şekli hukuk dallarında kişiler ister devlet olsunlar ister özel hukuk kişisi olsunlar, her zaman için eşit silâhlara sahip olmak zorundadırlar (bkz. Ay m. 36). Bu durum en başta hukuk devletinin gereklerinden ve bu çerçevede âdil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olduğu gibi, menfaat dengesi de bunu gerektirir. Bu çerçevede, devlet, kamu alacaklarının taşıdığı öneme binaen bu alacakları güvence altına almak istiyorsa, bunu şekli bir hukuk dalı olan icra hukuku kuralları ile değil, maddî hukuk kuralları ile örneğin, vergi mevzuatındaki düzenlemelerle gerçekleştirmelidir.

e. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. Maddesinin Son Fıkrasının Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Haciz aşamasının taşıdığı öneme binaen, kanun koyucu alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması gereğini özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, "*Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir*". İcra ve İflâs Kanunu, bu madde düzenlemesiyle alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gereğini, yükümlülük olarak "*haczi yapan memura*" doğrudan doğruya yüklemektedir. Ancak, Kanun tarafından bu zorunluluğun haciz aşamasında özellikle belirtilmiş olması haciz işleminin doğurduğu sonuçlardan ve yarattığı etkilerden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu maddeden hareket edilerek, icra müdürü tarafından gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında benimsenen "*hacizde tertip kuralı*"na uyulması gerekmektedir. Bu kurala göre, haciz sırasında öncelikle, borçlunun çekişmesiz malları haczedilmelidir¹³⁶. Borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü kişilerin üzerinde hak iddia ettikleri mallar çekişmeli sayılacaktır¹³⁷. Alacaklının ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunabilmesi için çekişmeli olan mallar en son

¹³⁶ *Belgesay*, Şerh, s. 248; *Aslan*, s. 248; *Kuru*, El Kitabı, s. 370; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 208. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan*, Hacizde Tertip, s. 280 vd.

¹³⁷ *Aslan*, s. 248; *Kuru*, El Kitabı, s. 370; *Aslan*, Hacizde Tertip, s. 280; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 208.

haczedilmelidir¹³⁸ ve malların çekişmeli olduğu mutlaka haciz tutanağına yazılmalıdır (İİK m. 102/I, III; 96/I). Çekişmesiz mallar içerisinden de, öncelikle taşınır mallar, daha sonra ise, taşınmazlar haczedilmelidir¹³⁹.

Haciz memuru, haczedilecek mallar konusunda alacaklı veya borçlunun talepleri ile bağlı değildir; kendisi, borçlunun hangi mallarından hacze başlayacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu konuda haciz memurunun takdir yetkisini kullanırken bağlı olduğu doğrudan doğruya ilk kural İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesidir¹⁴⁰. Zira İcra İflâs Kanun'unun 85. maddesine göre, borçlu veya üçüncü kişi tarafından üçüncü kişiye ait olduğunu belirttiği, yani çekişmeli malların haczini en sona bırakmalıdır (İİK m. 85/II, son cümle)¹⁴¹. Borçlunun çekişmesiz malları içerisinde de öncelikle taşınırları; taşınır mallarının borcu karşılamaya yetmemesi durumunda ise, taşınmazlarının haczi mümkün olmalıdır. Bu durum borçlunun menfaatlerinin korunması gereği ile ölçülülük ilkesinin bir sonucudur. Zira örneğin, borçlunun 10.000. Liralık borcu için 80.000. Lira değerindeki taşınmazının haczedilmesi hem menfaat dengesine hem de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Yani az önce de belirtmiş olduğumuz üzere, borçlunun çekişmesiz malları içerisinde öncelikle taşınır mallarının haczedilmesi gerekir.

Borçlunun menfaatlerine uygun olarak öncelikle borçlunun taşınır mallarının haczedilmesi gereği, İcra ve İflâs Kanunu'nun birtakım hükümleri ile de sağlanmaya çalışılmıştır. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçlunun taşınmaz bir malının haczedilmesi durumunda, henüz bu mal arttırmaya çıkarılmadan borçlu, borcun tümüne yetecek miktarda taşınır mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse, taşınmaz üzerinde haciz kalmaya devam etmekle birlikte, taşınır mal veya alacak haczolunur (İİK m. 85/III). Şüphesiz ki,

¹³⁸ Alacaklı ve borçlu anlaşmalar dahi, çekişmeli malların ancak borçluya ait haczedilecek malların bulunmaması durumunda haczedilebileceği belirtilmektedir (*Belgesay*, Şerh, s. 248-249).

¹³⁹ *Kuru*, El Kitabı, s. 370; *Aslan*, Hacizde Tertip, s. 280-281; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 208.

¹⁴⁰ *Belgesay*, Şerh, s. 247.

¹⁴¹ *Belgesay* tarafından, alacaklı ile borçlu anlaşmalar dahi, borçlunun çekişmeli mallarının, ancak borçlunun haczedilecek başka bir malı bulunmaması durumunda haczedilebileceği belirtilmektedir (*Belgesay*, Şerh, s. 248). Yazar, aynı şekilde üzerinde ihtiyatî haciz bulunan mallar ile hakkında istihkak davası açılmış malların da haczinin en sona bırakılması gerektiğini belirtmektedir (*Belgesay*, Şerh, s. 248).

böyle bir durumda alacaklı satış talebinde bulunursa, öncelikle borçlunun bu mallarının paraya çevrilmesi gerekir¹⁴². Aksi yönde bir yorum tarzı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin amacına aykırılık oluşturur. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun borçlunun menfaatlerini dikkate alarak, borçlunun miktarı az olan bir borcu için taşınmazının paraya çevrilmesine engel olan bir düzenlemesi de 45. maddenin dördüncü fıkrasıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinin birinci fıkrasına göre, alacaklının alacağı bir rehin hakkı ile güvence altına alınmış ise, alacaklı öncelikle söz konusu rehinli malı paraya çevirmek zorundadır (*önce rehne başvuru zorunluluğu*). Ancak aynı maddenin dördüncü fıkrasında, ipotekle temin edilmiş faiz ve senelik taksit alacaklarında, alacaklının rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak dışında borçluya karşı haciz veya iflâs yolu ile takip de yapabileceği hükme bağlanmıştır (İİK m. 45/IV). Zira, bu şekilde miktarı az olan faiz veya senelik taksit alacakları için rehne rağmen, alacaklı dilerse borçlusuna karşı genel haciz yolu ile takip dahi başlatabilir. Böyle bir düzenlemenin getirilmesi, borçlunun olduğu kadar alacaklının da menfaatlerine hizmet eder. Zira bu düzenleme olmasaydı, örneğin ipotekle temin edilmiş bir senelik taksit alacağına, borçlunun tek bir taksidi ödememesi durumunda dahi alacaklının, ipoteği paraya çevirmesi gerekecek; alacaklı bu taksidi, ipoteği paraya çevirmek suretiyle, tahsil ettikten sonra ise, borçlu diğer taksitleri ödemezse, bu sefer borçlunun paraya çevirebileceği bir malı bulunmaması tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecekti. Bu çerçevede gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin üçüncü fıkrası, gerekse 45. maddenin dördüncü fıkrası, menfaatlerin dengelenmesi açısından yerinde birer başvuru imkânı getirmektedir. Ayrıca, her iki düzenleme de icra hukukunda uygulama alanı bulan ölçülülük ilkesinin, kanun koyucu tarafından dikkate alındığı örnek hükümlerdendir.

Haciz memurunun haczi uygularken gerek üzerinde haciz uygulayacağı malları tespit konusunda gerekse bu mallar hakkında alınacak muhafaza tedbirleri konusunda

¹⁴² Bu yönde bkz. *Muşul*, s. 480. Zira bu şekilde, öncelikle taşınır malın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen satış bedelinin veya borçlunun taşınmazın paraya çevrilmesini engellemek için gösterdiği alacağın, alacağı karşılayıp karşılamadığı tespit edilecek. Şayet alacak bu şekilde karşılanabiliyorsa, bu durumda üzerinde haciz bulunan taşınmaz satışa çıkarılmayacaktır. Bu şekilde, hem alacaklının alacağı tahsil edilmiş olacak hem de borçlunun taşınmazı paraya çevrilmemiş olacaktır. Böyle bir durumun ise, hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini dengelediği konusunda bir şüphe yoktur (bu konuda ayrıca bkz. *Muşul*, s. 480).

ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde karar vermesi gerekir¹⁴³. Esasında yukarıda bahsetmiş olduğumuz hususların tümü de, icra memurunun haciz işlemini uygularken ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket etmesi gereğinden ortaya çıkar.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesini son derece farklı bir şekilde yorumlamaktadır. Özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.03.2004 tarihinde, SSK tarafından bağlanan emekli maaşının haczi kabil olup olmadığı konusunda icra memurunun takdir yetkisinin bulunmadığına ilişkin vermiş olduğu bir karar, bu konuda son derece önem arz etmektedir. Zira, bu kararın ardından verilen Yargıtay kararlarına bakıldığında da, çoğunlukla haciz memurunun haczi uygularken takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisinin olup olmadığı ve bu anlamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasının ne şekilde anlaşılacağı hususlarında söz konusu bu karara atıf yapıldığı tespit edilmektedir. Ayrıca kararın İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasının uygulanması ile ilgili benimsemiş olduğu esaslar dikkate alındığında, konunun önemi açısından bu kararı aynen aktararak açıklamalarımıza bu kararı odak alarak devam etmek istiyoruz:

“... Gerek İcra ve İflas Yasası'nın 79. maddesinde, gerekse 85. madde ifadesinden ortaya çıkan sonuç, icra müdürüne haciz uygulaması konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır. Gerçekten de 79. madde kesin bir ifadeyle icra dairesinin haczi yapacağından, 85. madde; maddede belirtilen yasal koşullar altında borçlunun mal ve haklarının haczolunacağından söz etmektedir. 85. madde sadece, 'alacaklara yetecek miktarın' saptanması konusunda icra müdürüne bir takdir hakkı tanımaktadır. / Uyuşmazlığın çözümünde, kamu düzeni düşüncesinden hareketle, anılan Yasa'nın 85/son maddesinden de yararlanılabilir. İcra ve İflas Yasası'nın 85/son maddesinde; 'Haczi koyan memur borçlu ve alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif

¹⁴³ “İcra ve İflâs Kanunu'muzun bu hükmü [85. maddenin son fıkrasından bahsedilmektedir], ölçülülük ilkesi ile de yakından ilgilidir. Zira icra müdürünün hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini dikkate alarak haczi yapması, ilk önce Anayasadaki eşitlik ilkesinin (m. 10) bir gereğidir. Bunun bir sonucu olarak icra müdürü haczi yaparken ne alacaklının menfaatlerini borçlununkine ne de borçlunun menfaatlerini alacaklıninkine üstün tutmalıdır. Aksine tarafların korunmaya değer menfaatleri, haklı bir denge ve münasip bir oran içinde tutulmalıdır. Bu anlamda olmak üzere Devlet adeta alacaklının bir temsilcisi gibi davranamaz, sadece hukuku korur ve uygular; cebri icraya alacaklının talebi ile başlanmış olsa bile, alacaklının kollanması eşitlik ilkesine aykırı olur. Aynı şekilde icra hukuku alanında 'takip yapılmasına borçlunun kendisi sebebiyet vermiştir, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır' gibi bir düşünce de savunulamaz.” (Aslan, s. 249, dn. 51).

etmekle mükelleftir' şeklinde ifadesini bulan hüküm ile, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. Bu ilkenin bir gereği olarak icra müdürü, işlemlerinde, bütün ilgililerin yararlarını dikkate almak zorundadır. / İcra memurları, alacaklının alacağına kavuşması için gerekli olan takip işlemlerini yapacaktır. İcra Müdürüne yaptığı bir kısım işlemlerde hiç bir takdir yetkisi tanınmamıştır. / Buna karşın, Medeni Hukukta olduğu gibi, İcra ve İflas hukukunda da Yasa bazı konularda memurun davranış tarzını direkt olarak öngörmekten kaçınarak işi memurun takdir yetkisine bırakmıştır. Bu duruma, İcra ve İflas Yasası'nın 'Kısmen haczi caiz olan şeyler' başlığı ile 83. maddesi örnek gösterilebilir. Bu maddede; 'Takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir.' şeklinde tanımlanan hüküm ile, haciz isteminin yerine getirilmesi için icra müdürüne bir takdir yetkisi verilmesi değil, kamu düzeni düşüncesi ile alacaklının alacağını tahsil ile borçlu ve ailesinin geçimi arasında bir menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır. / Alacaklının haciz istemi konusunda icra müdürünün taktir yetkisi bulunduğu sonucuna varılırsa, olumsuz işlemleri için şikayet yoluna alacaklının, takdir yetkisi bulunmayıp haciz talebini uygulamak durumunda olduğu kabul edilirse, bu durumda borçlunun şikayet yolunu başvurması gerekecektir. Her iki durumda da soruna İcra Mahkemesince çözüm bulunsun da, bu süreç, taraflar arasında sağlanmaya çalışılan dengeyi etkileyecektir.

İcra ve İflas Yasası 83/a maddesi, 82. ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaları geçerli saymamıştır. Zira, borçlu, böyle bir anlaşmanın kendisine hazırlayacağı tehlikeleri önceden tahmin edemez. Buna karşılık, borçlu haczi caiz olmayan bir malın haczine, malın haczi sırasında muvafakat verebileceği gibi, şikayet yoluna gitmeyerek zımnen rıza gösterebilir. Bu durumda borçlu artık, hacz edilen bu nitelikteki mal yada hakkından mahrum kalmanın bütün sonuçlarını bilmektedir. Alacaklı ile borçlu arasında, icra memuru tarafından gözetilmesi gereken denge, bu sürecin icra müdürünün takdirine bırakılmayıp, alıcı yararına kullanılmasını zorunlu kılacaktır.

Kaldı ki, şikayet kabul edilirse, şikayet konusu işlem ya bozulacak, yada düzeltilecektir. İşlemin bozulması, geçmişe etkilidir (extunc). Böylece bu işleme dayanarak yapılmış bütün işlemler de hükümsüz olacaktır. Kamu düzeni düşüncesi ile getirilen bu düzenlemeler, borçlunun menfaatlerinin gözetilerek bir denge oluşturulduğu sonucunu doğurmaktadır. / Tüm bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, Yasa hükmünün açık ifadesi ve içeriği ile icra müdürüne alacaklının haciz isteminin yerine getirilmesi konusunda takdir yetkisi tanıdığından sözedilemeyeceği

gibi, başka alanlarda tanınmış takdir yetkisinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi isabetsizdir....”¹⁴⁴

Yargıtay yukarıda belirtmiş olduğumuz Hukuk Genel Kurulu’nun benimsemiş olduğu esaslar çerçevesinde -çoğunlukla da bu Hukuk Genel Kurulu kararına atıfta bulunarak-, haciz sırasında borçlunun, alacağın aslı ile faizi ve masraflarını karşılayacak oranda mal varlığı değerlerine haciz memuru tarafından, mal ve hakların haczi kabil olup olmadığı konusunda herhangi bir takdir yetkisi kullanılmadan haciz konulmasını benimsemektedir¹⁴⁵. Yargıtay Hukuk Genel

¹⁴⁴ HGK, 31.03.2004, 12-202/196 (*Uyar*, C. 5, s. 7497-7499; *Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2558-2561). Hukuk Genel Kurulu’nun oybirliği ile vermiş olduğu bu karara 11. Hukuk Dairesi başkanı Işıl Ulaş tarafından yazılan karşı oyun gerekçesi ise şu şekildedir: “*Şikayet konusu işlem, icra memurunun, davalı borçlunun S.S.K.ca bağlanan emekli maaşının tamamının haczi için alacaklı tarafından yapılan haciz talebinin reddine ilişkin bulunmaktadır. Haciz istem konusu yapılan maaşın haczedilemeyeceği 506 sayılı Yasa’nın 121 ve 1479 sayılı Yasa’nın 67’nci maddeleri hükümleri uyarınca emredici bir hükümle düzenlenmiştir. Anılan Yasa hükümleri uyarınca bu maaşın İİK’nun 82’nci maddesinde sayılan haczi caiz olmayan mallar ve haklar kapsamında mütalaa edilmesi gerekir. Bu durumda icra memurunun, İİK’nun kendisine tanıdığı yetki ve verdiği görev gereğince, anılan hükümler uyarınca haczi mümkün olmayan maaşın haczi konusunda alacaklı talebinin reddi karar vermesinde ve Mercii’ce de bu yöne ilişkin alacaklı şikayetinin reddinde yasaya aykırılık bulunmadığından, Merci kararının onanması düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma kararına iştirak etmiyorum.*”

¹⁴⁵ “İİK’nın 85. maddesine göre, haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesi zorunlu olup memurun haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir hakkı yoktur. Her ne kadar, 506 sayılı Kanunun 121. maddesi gereğince işçinin SSK’dan almakta olduğu emekli maaşının haczi mümkün değil ise de, bu husus haciz işleminden sonra borçlunun şikayeti halinde gözönünde bulundurulacağından (HGK’nın 31.03.2004 tarih ve 2004/12-202 Esas - 2004/196 Karar) Mahkemece, şikayetin kabulü ve İcra Müdürü işleminin iptali yerine, bu istemin reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.” 12. HD, 12.07.2005, 11976/15468 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2774-2775). İcra memurunun, alacaklının haciz talebini yerine getirmek zorunda olduğu, “mesken haczinin mümkün olmadığı”, “maaşın tamamının veya bir kısmının haczedilemeyeceği” vb. gerekçelerle alacaklının haciz talebini yerine getirmekten “takdir hakkını kullandığını” belirterek kaçınamayacağı, aynı şekilde “haciz edilmek istenen şeyin üçüncü kişiye ait olduğu” iddia ediliyorsa, bunun haciz yapılmasını önlemeyeceği, istihkak iddialarına (İİK m. 96 vd.) ilişkin hükümlere göre işlem yapılması gerektiği yönünde bir karar için bkz. 12. HD, 10.03.2005, 1389/4924 (*Uyar*, C. 5, s. 7494-7495). Benzer yönde kararlar için bkz. 12. HD, 26.01.2007, 2006-23135/1182 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2763-2764); 12. HD, 28.02.2005, 1059/3883 (*Uyar*, C. 5, s. 7495); 12. HD, 25.02.2005, 23/3680 (*Uyar*, C. 5, s. 7495); 12. HD, 17.02.2005, 2004-26065/2991 (*Uyar*, C. 5, s. 7496); 12. HD, 19.10.2004, 18157/22168 (*Uyar*, C. 5, s. 7496); 12. HD, 16.04.2004, 4404/9567 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2578-2579); 12. HD, 17.02.2004, 2003-25618/3099 (*Uyar*, C. 5, s. 7500); 12. HD, 13.03.2003, 2030/5035 (*Uyar*, C. 5, s. 7501); 12. HD, 03.02.2003, 2002-27448/1856 (*Uyar*, C. 5, s. 7511); 12. HD, 27.11.2000, 18168/18462 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2581; YKD 2001/6, s. 865-866).

Yargıtay yukarıdaki kararlarına benzer şekilde, aynı zamanda haciz memurunun alacaklının göstermiş olduğu adreste haczi uygulamak zorunda olduğunu benimsemektedir. Benzer yöndeki kararlar için bkz. 12. HD, 25.01.2007, 2006-23438/960 (*Oskay/Koçak/Deynekli/*

Kurulu, bu kararında haciz memurunun sadece, haczedilecek malların miktarını tespit ederken bir takdir yetkisinin olacağını; bunun dışında, haciz memurunun herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Oysa, Kanun'un 85. maddesinin son fıkrası açıkça, bu yetkiyi haciz memuruna tanımıştır. Zira kanun koyucunun söz konusu yetkiyi haciz memuruna, haczedilecek mal ve hakların ne şekilde belirleneceğini düzenleyen 85. maddesinde düzenlemesinin esas sebebi de budur. Dolayısıyla haciz memuru, sadece haczedilecek malların miktarını belirlerken değil, haczedilecek malların niteliğini ve sırasını belirlerken de menfaat dengesini gözetme yükümlülüğü çerçevesinde takdir yetkisine sahip olacaktır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 31.07.1987 tarihinde vermiş olduğu örnek bir kararda ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasındaki *haciz memurunun, haczi gerçekleştirirken olabildiğince alacaklı ile borçlunun menfaatlerini dengeleme yükümlülüğüne* uygun olarak sonuca ulaşmıştır. Bu karara göre;

“Haczedilen makinanın monte edilmiş olduğu fabrikanın tamamlayıcı bir parçası olduğu öne sürülmüştür. Bu yönden mercice bir araştırma yapılmamıştır. İİK'nun 85. maddesinin son fıkrası gereğince haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir. Bilirkişi aracılığı ile haczedilen makinanın, bağımsız olarak haczedilmesi durumunda fabrikanın çalışmasının durup durmayacağı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yasaya uygun görülmemiştir.”¹⁴⁶

İcra İflâs Dairesi, 27.04.1956 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasındaki haciz memurunun, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleme yükümlülüğünü gerekçe göstererek icra memurunun, takip konusu alacak ve takip masraflarını karşılayacak miktardan fazla

Doğan, C. 2, s. 2564); 12. HD, 10.03.2005, 1389/4924 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2575); 12. HD, 28.02.2005, 1059/3883 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2576).

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, alacaklı vekilinin borçlu adına kayıtlı araç bulunması halinde, kayıtlarına haciz konulması için Ankara Trafik Müdürlüğüne haciz yazısı yazılması talebinin, icra müdürlüğüne yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, bu konuda icra müdürünün herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı yönündeki bir kararı için bkz. 12. HD, 17.10.2006, 16576/19517 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 2, s. 2566-2567).

¹⁴⁶ 12. HD, 31.07.1987, 1986-12091/8559 (YKD 1988/1, s. 68; *Uyar*, C. 5, s. 7531).

mal haczedemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁷. İcra İflâs Dairesi, 14.06.1951 tarihli diğer bir kararında da, yukarıdaki kararında olduğu gibi aynı esaslara dayanarak haczedilen taşınmazın satış bedelinin, borcu karşılamayacağı anlaşılmadıkça, borçlunun diğer taşınmazlarına başvurulamayacağını hükme bağlamıştır¹⁴⁸.

Gerek alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi çerçevesinde gerekse üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması çerçevesinde haczedilemeyen mal ve haklar (İİK m. 82, 83) önemli bir yer tutar. Zira konu ile ilgili İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde belirtilen mal ve hakların bir kısmı günümüz ihtiyaçlarının karşılamamakta; buna karşın günümüzde kişilerin sosyal, ekonomik yaşamını sürdürebilmeleri için gerekli olan bazı eşyalar ise madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun yanı sıra, haczedilmezlik kapsamındaki mallar belirlenirken borçlunun menfaatleri mutlaka hassasiyetle dikkate alınarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin doğru bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır. Örneğin haciz memuru, bir malın borçlunun mesleği için lüzumlu olup olmadığını takdir ederken söz konusu mal ile borçlunun mesleği arasındaki ilişkiyi kurması gereklidir¹⁴⁹. Benzer şekilde haciz memuru, İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesine göre, borçlunun kısmen haczi caiz olan mal ve haklarını tespit ederken, mutlaka

¹⁴⁷ “İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrası mucibi icra memurunun tarafların menfaatini mümkün olduğu kadar temin ile mükellef olduğu göz önünde tutularak borçlunun tahsili istenen alacak ve takip masraflarını karşılayacak miktardan fazla mallarına haciz konulmasının doğru olmadığı düşünülmelidir.” İİD, 27.04.1956, 2530/2511 (*Uyar*, C. 5, s. 7536).

¹⁴⁸ “Haczolunan mallardan gayrimenkulun satış bedeli, borcu ödemeye kâfi geleceğinden bahsile bu gayrimenkulun haczine muvafakat etmekle diğer mahfuz otomobil üzerinden haciz kaldırılmış olmasına göre, gayrimenkul hakkında yapılan ihale kesinleşip satış bedelinin borca kâfi gelmediği anlaşılmadıkça, borçlunun başkaca malına müracaat olunması caiz olmadığı halde, mercice mezkûr ihalenin kesinleşip kesinleşmediği ve ihale bedelinin borcu karşılayıp karşılamayacağı anlaşılmaksızın mücerret birinci ihaleden sonra vaki olan talebe binaen evvelce üzerinden haciz kaldırılmış olan otomobile tekrar haciz konması ve bu hususta ileri sürülen şikâyetin reddi kanuna aykırıdır.” İİD, 14.06.1951, 3212/3286 (*Uyar*, C. 5, s. 7536).

¹⁴⁹ Örneğin, Yargıtay'm isabetli olarak hükme bağladığı, kitabevinde çalışan bir borçlu için, tabancanın şahsî ve mesleği için lüzumlu eşya sayılmayacağına ilişkin karar için bkz. 12. HD, 29.06.1995, 9710/9774 (*Uyar*, C. 5, s. 7181).

Buna karşılık Yargıtay bir kararında, kasaplık yapan borçlunun, dükkânındaki buzdolabı için ileri sürdüğü haczedilmezlik iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir (12. HD, 02.05.1988, 8499/5810; *Uyar*, C. 5, s. 7217). Yine Yargıtay benzer şekilde gazete çıkaran işyerindeki baskı makinesinin haczedilebileceğine karar vermiştir (12. HD, 28.12.1987, 2117/13806; *Uyar*, C. 5, s. 7218).

takdir yetkisini menfaat dengesine uygun bir şekilde kullanmalıdır¹⁵⁰. Zira bu çerçevede vereceği karar alacaklının, alacağını tahsil imkânını ortadan kaldırmamalı; ancak borçlunun da insan onuruna yakışır bir şekilde yaşamasına imkân verecek değere el koymaması gerekir. Dolayısıyla haciz memurunun gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesine göre haczedilemeyen hak ve alacakları belirlerken gerekse 83. maddeye göre borçlunun haczedilmesi mümkün olan mal varlığı değerini belirlerken, takdir yetkisini menfaat dengesine uygun bir şekilde kullanması büyük önem taşımaktadır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkındaki Kanun'a göre gerçekleştirilecek haciz işlemlerinde de, haczedilecek malların niteliği ve miktarı belirlenirken borçlunun menfaatlerinin korunmasının zorunlu olduğu konusunda şüphe duyulmamalıdır.

Nitekim Danıştay 3. Dairesi, 28.06.2000 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, alacaklı idarece haciz uygulanan taşınmazların amme alacağını karşılamaya yeterli olup olmadığı yolunda bir araştırma yapılmadan borçlunun menfaatine aykırı bir şekilde menkul malları üzerine ikinci kez tesis edilen haciz işleminin hukuka uygun olmadığını belirtmiştir¹⁵¹. Yine kamu alacağına yetecek miktarda mal ve haklara haciz konulurken, borçlunun yararını gözetecek biçimde bir araştırma yapılarak haczin uygulanması gerekmektedir¹⁵².

¹⁵⁰ Mehaz İsviçre icra hukukunda, her türlü gelirin ancak kısmen haczi mümkündür (*Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 622). Bu konuda kanun asgarî veya azamî bir belirleme yapmayı tescih etmemiş ve takdir yetkisini tamamen icra memuruna tanımıştır. İcra memuru, bu takdir yetkisini kullanırken, borçlunun “yaşam sınırı”nı, asgarî standardını göz önüne alacaktır (*Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 622).

¹⁵¹ “*Dosyanın incelenmesinden, davacının kesinleşen vergi borcu nedeniyle 9.10.1996 tarih ve 96/281, 282 ve 283 sıra nolu haciz bildirimleriyle yedi parça taşınmaz üzerine haciz uygulandığı, ancak haczedilen bu taşınmazların açık arttırma ile satışı yapılarak paraya çevrilmediği gibi bilirkişi marifetiyle rayiç bedellerinin tespiti yoluna da gidilmeden, 9.9.1998 tarihli haciz tutanağı ile davacının işyerindeki menkul mallarının haczedildiği anlaşılmıştır. / Bu durumda, alacaklı idarece, haciz uygulanan taşınmazların haczin ayanacağını oluşturan amme alacağını karşılamaya yeterli olup olmadığı yolunda herhangi bir araştırma ve tespit yapılmaksızın davacının menfaatine aykırı şekilde menkul malları üzerine ikinci kez tesis edilen haciz işleminde hukuka uygunluk görülmemiştir.*” Dş. 3. D., 28.06.2000, 1999-2680/24946 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

¹⁵² Bu konuda bkz. Dş. 3. D., 22.01.1992, 1991-1116/189 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

f. Sonuç Olarak Türk İcra Hukuku Sisteminde Haciz Aşamasının, Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel Olarak Değerlendirilmesi

(1) Haciz aşaması gerek alacaklının alacağı tahsili açısından taşıdığı güvence, gerekse borçlunun mallarına haciz uygulanması ve hatta el konulması sebebiyle, menfaat dengesi ihlallerine karşı özel bir korumaya ihtiyaç duyulan bir aşamadır. Hatta, alacaklı ile borçlunun yanı sıra üçüncü kişilerin de mülkiyet haklarına birtakım müdahaleler öngören haciz aşamasında, üçüncü kişilerin de hak ve menfaatlerinin dikkate alınması büyük önem arzeder. Nitekim yukarıda konunun ayrıntısıyla ele alınmasının sebebi de, menfaat ihlallerinin haciz aşamasında ciddî bir tehlike arzemesidir. Nitekim yukarıda ele almış olduğumuz Yargıtay kararları da, haciz aşamasında menfaat ihlallerine ne kadar sık rastlanıldığını göstermektedir.

(2) Haciz aşamasında oluşabilecek menfaat dengesinin korunması açısından en önemli araç, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrasında, haczi memuru yapan memura yüklenen “*menfaatleri telif etme yükümlülüğü*”dür. Bu şekilde, haciz memuru bir yandan alacaklının alacağı tahsili sağlayacak şekilde haciz işlemi gerçekleştirecek; diğer yandan da borçlunun mülkiyet hakkına haksız ve ölçüsüz bir şekilde müdahale etmeyecektir. Dolayısıyla haczi yapan memurun söz konusu takdir yetkisi, temelinde son derece hassas bir menfaat dengesini barındırmalıdır. Bu şekilde menfaat dengesi ihlallerine karşı ilgililerin başvurabileceği en etkili başvuru yolu ise, şikâyettir. Bu çerçevede şikâyet müessesesi, haciz aşamasında daha farklı bir amaca hizmet eder.

(3) 6183 sayılı Kanun'un haczin uygulanması ile ilgili olarak borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine ciddî bir ihlâl teşkil edecek durum ise, hukuka aykırı olarak malları haczedilen borçlunun -ve özellikle *istihkak davaları dışında, bazı özel durumlarda üçüncü kişilerin-* yapılan haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvuramamasıdır. Zira 6183 sayılı Kanun, hak ve menfaatleri ihlâl edilen ilgililerin, takip prosedüründe hukuka aykırı olarak gerçekleştirdikleri işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurmalarını öngören bir mekanizma benimsenmemiştir. Özellikle takip prosedürünü, alacaklı idarenin “*tahsil organı*” olarak gerçekleştirdiğini dikkate aldığımızda son derece sakıncalı olabilecek bu durum, haciz aşamasında karşılaşılabilecek hukuka aykırılıklar açısından da ciddî ihlalleri barındırabilecektir.

Zira, şikâyet müessesesini benimsememiş olan bu özel tahsil usûlünde, borçlunun veya üçüncü kişilerin, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen haciz işlemine karşı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'na göre, işlemi öğrendikleri tarihten itibaren otuz gün içerisinde dava açmaları gerekmektedir¹⁵³. Bu durumun ise, iki yönlü sakıncaları mevcuttur:

- (i) İlk olarak, 6183 sayılı Kanunu'na göre yapılacak icra takiplerinde, borçlunun üçüncü kişilerin elindeki mal ve haklarının haczedilmesi veya taşınmazın haczedilmesi durumunda, borçluya hacizle ilgili bilgilendirilmesi konusunda bir tebligat yapılmamaktadır. Zaten bünyesinde, borçlunun anayasal bir zorunluluk olan hukukî dinlenilme hakkına ihlâli barındıran bu duruma karşı, bir de borçluya, işlemin gerçekleştirilmesinden itibaren 30 gün içerisinde idarî yargıda dava açması yükümlülüğünü getirmek hukuk devletinin ve Anayasamızın gerekleri ile bağdaşmamaktadır. Zira borçludan, alacaklı tahsil dairesi tarafından bilgilendirilmediği bir konuda dava açmasını beklemek hem hak arama özgürlüğünü hem de hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmektedir.
- (ii) İkinci olarak ise, alacakların tahsili konusunda temel kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanmasında, özellikle Yargıtay kararları tarafından da geliştirilen esaslara göre, borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin çok ağır ihlâle uğradığı veya ağır kamu düzenine aykırılıkların söz konusu olduğu durumlarda, borçlu ve üçüncü kişiler süresiz şikâyet hakkına sahiptirler. Bu durum, aynı zamanda kişilerin anayasal haklarının bir sonucudur. Bu duruma örnek olarak, kişiye ödeme

¹⁵³ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin b. bendi, 6183 sayılı Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili *-genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin-* davaları vergi mahkemelerinin çözebileceğini belirtmiştir. Bu kapsamın dışında kalan ve 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasıyla ilgili uyumsuzlukların ise, genel esaslar çerçevesinde idare mahkemelerinde çözüleceği kabul edilmektedir. Ayrıca bu konuda bkz. **Çelik**, s. 194; **Yılmaz K.**, s. 739-740.

6183 sayılı Kanun'da haciz işlemine karşı dava açma süresi öngörülmediğinden, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 7. maddesine göre, 30 günlük sürenin esas alınacağına ilişkin bkz. Dş. 3. D., 1990-2731/1974.

emri gönderilmeden haciz işleminin gerçekleştirilmesini gösterebiliriz¹⁵⁴. Böyle bir işlem, bünyesinde çok ağır anayasal hakların ihlâli anlamına geldiğinden, kişilerin bu durumda süresiz şikâyet hakkına sahip olması gerekmektedir. Zira böyle bir durumda, kişilerin hukukî dinlenme hakları ihlâl edilmekte; aynı zamanda mülkiyet haklarına da *-borçluya borcu ödeyip ödeyemeyeceği dahi sorulmadan mal varlığına elkonulduğundan-* ölçülülük ilkesine aykırı olarak müdahale edilmektedir. Oysa, kamu alacağının tahsili için yapılan bir takip sürecinde, böyle bir durumla karşılaşacak borçlunun, *haciz işleminin gerçekleştirildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde* idarî yargıda dava açması gerekmektedir. Bu süreyi kaçırmış olan borçlunun, daha sonra dava açma hakkı bulunmayacaktır. Bu durumun ise, Anayasa'ya aykırılığı konusunda şüphe duyulmamalıdır.

Danıştay ise, kamu alacağının tahsil eden yetkili idarî organların gerçekleştirdiği açık ve ağır hukuka aykırı işlemler karşısında, bu işlemlerin idarî işlem veya idarî eylem olarak nitelendirilmenin mümkün olmadığı; bu işlemlerin esasında idarenin gerçekleştirdiği birer haksız fiil olarak nitelendirilmesi gerektiği ve bu sebeple, bu gibi eylemlere karşı açılan davaların, adlî yargıda görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira, Danıştay bir kararında geçerli bir haciz varakasına (*yani haciz tutanağına*) dayanmadan gerçekleştirilen haciz işleminin, hukuk devletinin gerekleri karşısında bir

¹⁵⁴ Zira Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılan haciz işlemleri de, geçerliliğini, borçluya gönderilmiş geçerli bir ödeme emrinden almaktadır. Danıştay kararlarına göre kendisine ödeme emri gönderilmeden yapılan haciz işlemleri geçerli olmayacaktır: “6183 sayılı Yasanın açıklanan maddelerinde belirttiği üzere, kamu alacağının bir kimse ya da kuruluştan haciz yoluyla tahsili için, öncelikle 55'inci madde uyarınca ödeme emri tanzim ve tebliği, sonra 64'üncü madde uyarınca haciz varakası düzenlenmesi gerekmekte olup, bu aşamalar geçildikten sonra kamu alacağı hala tahsil edilememiş ise, o zaman 62'nci maddeye göre haciz işlemi tatbik edilebilecektir. / Olayda ise, ... Anonim Şirketinin muhtelif dönemlere ait vergi borçlarının tahsili amacıyla şirket adına düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı dava açılmayıp, borcun da ödenmemesi üzerine, şirket adına düzenlenen haciz varakalarına dayanılarak davacının aracı üzerine haciz işlemi uygulandığı; **ancak haciz işleminden önce, davacı adına bu borç nedeniyle ödeme emri düzenlenip tebliğ edilmediği, haciz varakası da tanzim edilmediği anlaşılmış olup...**” Dş. 7. D., 18.04.2002, 2001-1883/1625 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

Borçluya ödeme emri gönderilmeden, doğrudan doğruya haciz işleminin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hakkında diğer bazı kararlar için ayrıca bkz. Dş. 7. D., 14.03.2001, 2000-2004/1097 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); Dş. 4. D., 16.02.1999, 1998-725/439 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008); Dş. 7. D., 05.03.1996, 1995-2548/768 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008); Dş. 3. D., 14.02.1989, 1988-1549/383 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

idarî işlem veya idarî eylem olarak kabul etmenin mümkün olmadığına; bu gibi ağır ve açık hukukî ihlâlleri içeren idarî organın davranışlarının, haksız fiil niteliğinde olduğu; buna dayanarak açılan davaların da, idare aleyhine tazminat davası niteliğinde olmaları sebebiyle, adlî yargıda görülmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁵. Danıştay'ın benimsemiş olduğu bu esaslardan hareket ederek, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan icra takiplerinde, tahsil organı olan idarî organın gerçekleştirdiği menfaat ihlâllerine karşı, idarî yargı yerine adlî yargıda tazminat davası açılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, borçlunun haciz işleminden kaynaklanan hukuka aykırılıklar sebebiyle haczin kaldırılmasına yönelik olarak idarî yargıda dava açmadan önce, haciz işleminin kaldırılması için -2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereğince- önce kamu idaresine başvurması gerektiğini; şayet bundan bir sonuç alınamazsa idarî yargıda dava açması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁶. Ancak böyle

¹⁵⁵ “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 62'inci maddesinde; borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı; 64'üncü maddesinde ise; haciz muamelelerinin, tahsil dairelerince düzenlenen ve alacaklı amme idaresinin, mahalli en büyük memuru veya tevkil edeceği memur tarafından tasdik edilen haciz varakalarına dayanılarak yapılacağı hükme bağlanmıştır. / Olayda, davacı Şirketin banka mevduat hesabına konulan haczin, haciz varakasına dayanmadığı hususu tartışmasızdır. / Hukuk Devleti olmanın kaçınılmaz gereklerinden biri olarak, kamu gücünü kullanan idarenin, tek yanlı iradesiyle idari işlem tesisinden önce, bu işlemin maddi ve hukuki sebeplerini ortaya koyması zorunludur. Bu bağlamda, kamu gücünün kullanımı da, hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. İdarenin, hiç bir kurala dayanmayan keyfî uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren 'idarî eylem' veya 'idarî işlem' olarak kabulü olanaklı değildir. İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukukilikten yoksun olan ve bu haliyle 'haksız fiil' olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır. Bu bakımdan, Mahkemece, görev hususu gözardı edilerek, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda isabet görülmemiştir.” Dş. 7. D., 16.03.2005, 2001-2357/402 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

¹⁵⁶ “2577 sayılı Kanununun 7 nci maddesinde dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde 60 gün, vergi mahkemelerinde 30 gün olduğu kurala bağlanmıştır. Aynı Kanununun 11 inci maddesinde de, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmez ise isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçen sürenin de hesaba katılacağı kurala bağlanmıştır. / Dosyanın incelenmesinden, haciz işlemine karşı dava açılmadan önce, 5.3.2003 tarihinde vergi dairesi müdürlüğüne haciz işleminin kaldırılması yolunda başvuruda bulunulduğu; ancak bu başvurunun sonucu beklenmeden dava açıldığı anlaşılmakta olup, 2577 sayılı Kanununun 11 nci maddesi hükümleri dikkate alınıp davanın süresinde açılıp açılmadığı belirlenmeden ve vaktinden önce açılan davalardaki Danıştay

bir durumda, borçlunun haksız haciz sebebiyle kamu idaresine işlemin kaldırılması için yaptığı başvuru, hacizli malın satışına engel olmayacak ve idarenin işlemini kaldırmaması üzerine, idarî yargıda açılan davada, borçlunun itirazının haklılığı ortaya çıktığında, kuvvetle muhtemel hacizli mallar satılmış olacaktır. Hacze karşı itiraz mekanizmasının bu şekilde işlemesi, alacaklı kamu idaresinin menfaatlerinin korunmasına, borçlunun menfaatlerinin ve hukukî korunma talebinin ise gözardı edilmesine sebebiyet vermektedir. Ayrıca, bu prosedürün gereksiz bir masraf ve zaman kaybına sebebiyet vermesi, takip ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Kamu alacaklarının tahsili sürecinde, borçlu aleyhine bu şekilde bir sorunun ortaya çıkmasının sebebi ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, borçlunun, şikâyet gibi *alacaklı tahsil organının* gerçekleştirdiği hukuka aykırı işlemlere karşı başvurabileceği özel bir hukukî yolun bulunmamasından kaynaklanmaktadır. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda düzenlenen genel esasların, takip prosedürünün ihtiyaçlarını karşılamadığı gerçeği karşısında ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un kaldırılarak kamu alacaklarının tahsilinin bazı özel düzenlemeler çerçevesinde, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği yönündeki eleştiriler haklılık payını ortaya koymaktadır.

(4) Ayrıca son olarak üzerinde durmak istediğimiz ve haciz aşamasını diğer takip aşamalarından önemli bir şekilde ayıran nokta da, haciz memurunun zor kullanma yetkisidir. Bu yetki, hem borçlunun konutuna zorla girilmesini hem de borçlunun şahıs varlığı ile mal varlığı değerleri üzerinde zor kullanılmasına imkân tanımaktadır. Normal şartlar altında kişi dokunulmazlığı (Ay m. 17), konut dokunulmazlığı (Ay m. 21) karşısında, söz konusu düzenlemelerin İcra ve İflâs Kanunu'nda mevcut hâli ile yer alması hukuka uygun değildir. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere bugün savcının dahi, bir kişinin evine girip arama yapabilmesi mahkeme kararına

İçtihatları göz önüne alınmadan verilen kararda yasal isabet görülmemiştir. DVDDGK, 23.09.2005, 122/199 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

Benzer yönde bir Danıştay daire kararı için bkz. “*Ödeme emrine karşı, 2577 sayılı kanunun 11'inci maddesi uyarınca üst makama başvurulabileceği; ancak, üst makam yerine işlemi yapan makama yapılan başvurunun, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmayaacağı, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.*” Dş. 7. D., 05.10.2004, 2003-2031/2338 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

Ayrıca ödeme emrine karşı dava açma sürelerinin tesbitinde idari düzeltme talebinde bulunan mükellefin ödeme emri düzeltme dilekçesine 60 gün içerisinde cevap verilmemesi halinde dava açma süresinin, bu sürenin bitiminden itibaren başlayacağı yönünde bkz. Dş. 7. D., 26.06.2003, 2000-7758/3752 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 27.05.2008).

bağlıyken, haciz memurunun elinde hiç bir mahkeme kararı olmadan borçlunun konutuna girebilmesi anayasal haklar ve menfaat dengesi çerçevesinde hukuka aykırıdır. Aynı şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nun haciz memuruna, borçlunun şahıs varlığı üzerinde zor kullanma yetkisi tanınması da son derece ciddi menfaat ihlâllerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu konularla ilgili olarak gerek ilk bölümde¹⁵⁷ gerekse haciz aşaması çerçevesinde gereken açıklamalar yapılmış olduğundan, düzenlemelerin ortaya çıkardığı menfaat dengesi ihlâllerinin ayrıntısına girmiyoruz.

5. Satış Aşamasında

a. Menfaat Dengesi Çerçevesinde Satış Aşamasının Temel Özellikler

İcra hukuku sistemimiz, alacaklının doğrudan doğruya borçlunun haczedilen malları ile tatmin edilmesine izin vermemektedir¹⁵⁸. Bu sebeple, kesin haciz sahibi olan alacaklının¹⁵⁹ talebi ile haczedilen borçlunun malları yine, alacaklının talebi (*istisnâ olarak borçlunun [İİK m. 113/I] talebi veya icra dairesinin re'sen hareketi [İİK m. 113/II]*) ile icra dairesince satışa çıkarılacaktır (İİK m. 107).

Satış aşaması, takibin kesinleştiği ve hatta borçlunun mallarına haciz konulduğu; dolayısıyla, artık alacaklının alacağı tahsiline yönelik olan mücadele sürecinde kural olarak atacağı nihaî bir adımdır. Zira, bu aşamadan sonra paraların ödenmesi, icra dairesinin bir yükümlülüğüdür. Alacaklının, paranın ödenmesi konusunda ayrıca bir talepte bulunmasına dahi gerek yoktur. Dolayısıyla, artık satış aşamasında gerek borçlu gerekse alacaklı açısından menfaat dengesi farklı bir boyut kazanmıştır. Zira, satış aşamasına gelene kadar, borçlunun aleyhinde başlatılan takip kesinleşmiş; borçlunun mal varlığı değerleri üzerine haciz konulmuş ve satış talep edilmiştir. Bu aşamadan sonra, sadece haczedilen malın/malların paraya çevrilmesi kalmıştır. Esasında bu aşamadan itibaren, gerek alacaklının gerek borçlunun

¹⁵⁷ Bkz. yuk. I. Bölüm, § 4, I, Ç, 2, ç ve e; I. Bölüm, § 4, I, Ç, 3.

¹⁵⁸ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes*, s. 246.

¹⁵⁹ İcra ve İflâs Kanunu'na göre, ancak kesin haciz sahibi olan alacaklı satış isteyebilecektir. İtirazın geçici kaldırılması neticesinde borçlunun mallarına geçici haciz koyduran veya ihtiyatî haciz neticesinde borçlunun mallarını ihtiyâten haczedilen alacaklı, satış talep etme yetkisine sahip değildir (İİK m. 108). Ancak, bu duruma alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla bir istisna getirilebilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 113. maddesinin ikinci fıkrasına göre, haczedilen malların kıymetleri hızla düşmekte veya muhafazası güç ise, borçlunun malları üzerine geçici veya ihtiyatî haciz koydurmuş olan alacaklı da satış talebinde bulunabilecektir (İİK m. 108).

menfaatlerinin aynı yöne hizmet ettiğini, daha doğrusu hizmet etmesi gerektiğini ifade etmek mümkündür. Zira, borçlu için artık aleyhinde başlatılan takip kesinleşmiştir ve kural olarak kendisinin borçlu olduğu artık sabittir. Dolayısıyla, borçlunun menfaatine en uygun olan şey, bir an önce ve olabildiğince en yüksek tutarda haczedilen mallarının paraya çevrilmesi; bu şekilde borcundan kurtulmasıdır. Zira, bu durumda kendisi de en kısa zamanda cebrî icra tehlikesinden kurtulacak; ayrıca da, borç için faiz ödemesi de gerekmeyecektir. Bu sebeple satış aşamasında borçlunun en büyük menfaati, *bir an önce ve bedeli yüksek bir şekilde* haczedilen mallarının paraya çevrilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesidir. Alacaklının satış aşamasında menfaati ise, hiç şüphesiz *bir an önce* alacağına kavuşmasıdır. Ancak unutulmamalıdır ki, borçlunun mallarının rayiç değerinde satılması, borçlu açısından ne kadar önemliyse, alacaklı açısından da o derece önem taşıyacaktır. Zira, borçlunun mallarının rayicinin altında satılması hâlinde, alacaklı alacağını tamamen tahsil edemeyecek ve icra memuru, ilâve hacizler yapmak durumunda kalacaktır. Hatta borçlunun, tamamlama hacizler neticesinde haczedilecek başka malı da bulunmuyorsa, alacaklı elindeki aciz vesikası ile borçlunun yeni bir mal edinmesini bekleyecektir. Dolayısıyla, borçlunun haczedilen mallarının olabildiğince yüksek satılması, alacaklının da menfaatlerine hizmet etmektedir.

Kanun koyucu, satış aşamasında borçlunun da menfaatlerini gözardı etmemiştir. Örneğin, borçlunun satışı yapılacak malların korunmasına yönelik tedbir almasına izin verilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 113. maddesine göre, kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı olan malların satılmasını alacaklı gibi borçlu da talep edebilecektir (İİK m. 113). Hatta, bu durumda, icra müdürü dahi kendiliğinden haczedilmiş olan malların satılmasına karar verebilecektir. Dolayısıyla, bu hükümlerle hem alacaklının alacağını tahsil yetkisi hem de borçlunun hakları korunmaktadır. Zira, kıymeti süratle düşen bir malın hemen satılmaması, söz konusu malın ekonomik değerini yitirmesine sebebiyet verebilecek ve bu durumda da, alacaklının alacağının tahsili için borçlunun diğer mallarına el uzatılacaktır.

Satış aşamasında ihâlenin yapılması önemli bir işleve sahiptir. Bu sebeple de, kanun koyucu satışın her evresinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla hukuka aykırı olarak yapılan satışların şikâyet yolu ile

feshedilmesine imkân tanımıştır¹⁶⁰ (bkz. İİK m. 134). İhâlenin herhangi bir evresinde ihâlenin feshi hem alacaklı hem borçlu hem de diğer ilgililer ihâlenin feshini talep edebileceklerdir. Bir tür özel şikâyet olan ihâlenin feshinin ayrıca düzenlenmesinin sebebi, alacaklı, borçlu ve ilgililerin menfaatlerinin hukuka aykırı olarak ihlâl edilmesini önlemektir.

İcra hukuku sistemimizde çeşitli paraya çevirme usûlleri benimsenmiştir. Bu paraya çevirme usûllerinin her birinin menfaat dengesi açısından arzettiği özellikler farklıdır. Özellikle satış aşamasının, bu paraya çevirme usûllerinden ibaret olması, menfaat dengesinin bu satış usûllerinde ne şekilde değerlendirildiğini ayrıca incelememize sevk etmiştir. Bu sebeple bundan sonraki menfaat dengesinin, satış aşamasında arzettiği özellikleri her bir paraya çevirme usûlü açısından ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

b. Paraya Çevirme Usûllerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

aa. Genel Olarak Paraya Çevirme Usûlleri

İcra ve İflâs Kanunu sistemi, gerek taşınırların (bkz. İİK m. 114-118) gerekse taşınmazların (bkz. İİK m. 123-133) kural olarak açık arttırma yolu ile satılmasını kabul etmiştir¹⁶¹ (aynı şekilde bkz. AATUHK m. 84-87; 88-99). Bunun dışındaki paraya çevirme usûllerine başvurulması istisnaî niteliktedir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu sistemimizde, pazarlık yolu ile satış sadece, taşınır mallar açısından kabul edilmiştir (İİK m. 119; aynı şekilde bkz. AATUHK m. 85/I). Yani, taşınmaz malların pazarlık yolu ile satışı mümkün değildir; taşınmaz mallar için herhalükârda açık arttırma yolu ile satış usûlü uygulanacaktır. Açık arttırma yolu ile satış ve pazarlık yolu ile satış usûlü dışında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 120 ve 121. maddelerinde, yine son derece istisnaî nitelikte olan paraya çevirme usûlleri benimsenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesine göre, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının ödeme yerine geçmek üzere alacaklılara devri veya borçlunun üçüncü kişideki alacağının tahsilini veyahut dava hakkının kullanılmasını, alacaklılardan birinin üzerine alması

¹⁶⁰ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 268. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Arslan*, İhâlenin Feshi, s. 71 vd.

¹⁶¹ *Erturgut*, s. 18.

mümkündür (İİK m. 120). İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinde ise, intifa hakkı, taksim edilmemiş miras, şirket veya iştirak hâlinde tasarruf olunan bir mal hissesinin ve diğer maddelerde düzenlenmeyen her çeşit mal ve hakkın satışının ne şekilde düzenleneceği belirlenmiştir (İİK m. 121; aynı yönde bkz. AATUHK m. 63). Ancak az önce de ifade ettiğimiz üzere, gerek taşınır mallar için öngörülen pazarlık yolu ile satış gerekse İcra ve İflâs Kanunu'nun 120 ve 121. maddelerinde benimsenen satış usûlleri, sistemin istisnasını oluşturmakta; paraya çevirme konusunda esas sistem, açık arttırma yolu ile satış usûlüne dayanmaktadır. Paraya çevirme usûlleri hakkında bu genel çerçeve çizildikten sonra¹⁶², bu usûllerin menfaat dengesinde bulunduğu önem ve kapsam çerçevesinde, her bir paraya çevirme usûlünü konumuzla bağlantısı oranında ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

bb. Açık Arttırma Yolu İle Satışın Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Açık arttırma yolu ile satış, icra organları aracılığıyla, İcra ve İflâs Kanunu'da belirtilen süreler içerisinde, resmî ilân yolu ile *-gerektiğinde ilgililere tebliğ edilerek-* yapılan ve özellikle kamuya duyurulmak suretiyle, arttırma şartlarının ve içeriğinin önemli bir kısmının Kanun tarafından belirlendiği bir paraya çevirme usûlüdür¹⁶³. Açık arttırma yolu ile satışta önem arzeden husus, ihâleye olabildiğince çok katılımın sağlanarak satış işleminin âdil bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu durum da, ihâle öncesi malın satışı için yapılması gereken hazırlıkları oldukça önemli kılar. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu, bu hususun önemine binaen taşınırlar ve taşınmazlar için birtakım farklı hazırlık işlemleri yapılmasını öngörmüştür. Bu durum esasında, taşınır ve taşınmaz malların gerek ekonomik değerlerinin gerekse bu malların satışı için yapılması gereken işlemlerin niteliğinin farklı olmasından kaynaklanır¹⁶⁴. Bu şekilde, borçlunun bir taşınmazının paraya çevrilmesi söz konusu olduğunda, kanun koyucu özellikle işin mahiyeti gereği ve taşınmazın ekonomik değerinin yüksek olması sebebiyle, satışa hazırlık sürecini ilgililerin menfaatlerine uygun olarak daha

¹⁶² Paraya çevirme usûlleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erturgut*, s. 18.

¹⁶³ Bu konuda bkz. *Özmumcu*, s. 20.

¹⁶⁴ Bu konuda bkz. *Aslan E.*, s. 14-15.

sıkı şartlara tâbi tutmuştur¹⁶⁵. Bu çerçevede, İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematığıne paralel olarak önce taşınırların, daha sonra ise taşınmazların paraya çevrilmesinde, menfaat dengesinin yeri ve önemini ele almaya çalışacağız.

Taşınır malların açık arttırma yolu ile satışı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 114 ile 118. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Satış aşamasında da, gerek alacaklının gerekse borçlunun menfaatlerinin korunması, İcra ve İflâs Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında özel olarak hükme bağlama zorunluluğunu doğurmuş ve ayrıca satışı gerçekleştirecek icra memuruna bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Zira bu düzenlemeye göre, ilânın şekli, arttırmanın tarzı, yer ve günü, gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgililerin menfaatlerine en uygun şekilde belirlenecektir (İİK m. 114/II, c. 1)¹⁶⁶. Esasında satış aşamasında, alacaklı ile borçlu arasında bir menfaat birliği olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira, artık belirli aşamalardan geçerek kesinleşen icra takibi prosedüründe, haczedilen malların olabildiğince yüksek bir miktarda satılarak alacaklının tatmin edilmesi hem alacaklının menfaatlerine hizmet eder; hem de bu durumda, borçlu artık borcundan kurtulabileceği için borçlunun menfaatlerine hizmet eder. Bu açıdan, arttırmaya katılım ne kadar çok olursa, satılacak malın alıcıları arasında da rekabet bu oranda artacak ve taşınır malın satış bedeli olabildiğince yükselecektir. Bu durumun ise, alacaklı ile borçlunun menfaatlerine hizmet ettiği konusunda şüphe

¹⁶⁵ Taşınır ve taşınmaz malların satışına hazırlık konusunda benimsenen farklar arasında, en belirgin olanlara örnek vermek gerekirse;

- (i) taşınır malların satışına hazırlık için ilân ve arttırma şartnamesinin hazırlanması yeterliyken; taşınmaz malların satışına hazırlık için ilân ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasının yanı sıra, ayrıca ilândan sonra bir mükellefiyetler listesi hazırlanması ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasının ardından da kıymet takdir işlemlerinin yapılması gerekir.
- (ii) taşınır mallarda, ilânın ilgililere tebliği zorunlu değilken; taşınmaz mallarda, mutlaka ilânın tapudaki ilgililere tebliği gerekmektedir.

¹⁶⁶ Taşınır malların satışına ilişkin kanun hükümleri içerisinde, taşınmaz malların satışında olduğu gibi (bkz. İİK m. 126), ilânın, satıştan ne kadar süre önce yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nun 126. maddesi, bu konuda emredici bir düzenleme getirmiş ve ilânın, taşınmaz satışının yapılacağı tarihten en az bir ay önce yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar, taşınır mallar için böyle bir süre öngörülmemişse de, icra memurunun ilgililerin menfaatlerini dikkate alarak bu ilânı satıştan uygun bir süre önce yapmalıdır (*Postacioğlu*, s. 471; *Arslan*, İhâlenin Feshi, s. 39; *Erturgut*, s. 83). Zira, burada ilgililerin menfaati, satışa katılmak isteyen kişilerin satışı öğrenip, satışa katılabilmeleri için hazırlık yapabilmelerine imkân verebilecek bir süre gözetilerek icra memurunun ilânı yapmasına yöneliktir. İcra memurunun bu yöndeki takdir yetkisini, ilgililerin menfaatlerine aykırı olarak kullanması ise, ihâlenin feshi için geçerli bir sebep teşkil edecektir (*Postacioğlu*, s. 471; *Arslan*, İhâlenin Feshi, s. 39; *Erturgut*, s. 83).

duyulmamalıdır¹⁶⁷. Ayrıca düzenlemede dikkat çeken bir diğer konu da kanun koyucunun, sadece alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin korunmasından değil, bütün *ilgililerin* (alâkadarların) menfaatlerinin korunmasından bahsetmiş olmasıdır¹⁶⁸. Bu kapsamda, arttırmaya katılmak isteyen alıcıların da menfaatlerinin korunması esası kabul edilmiştir. Bu durum ise, ilgililerin açık arttırma ve açık arttırmaya konu olacak taşınır mal(lar) hakkında, arttırmanın yapılmasından önce gerektiği şekilde bilgilendirilmeleri ile gerçekleştirilecektir. Bu bilgilendirmede araç olarak, yapılması zorunlu olan ilân kullanılacaktır¹⁶⁹. Bu şekilde açık arttırmanın yapılacağı yer¹⁷⁰, gün ve saat¹⁷¹ daha önceden ilân edilecek (İİK m. 114/I) ve açık arttırmanın

¹⁶⁷ *Erturgut* tarafından, katılımın artması sebebiyle oluşacak rekabet ortamında, taşınır malın en yüksek bedelle satılabilmesinin, *ilgililerin* menfaatine hizmet ettiği belirtilmektedir (*Erturgut*, s. 83). Burada yazarın bahsettiği “*ilgili*” kavramına, alacaklı ve borçlu dahildir. Zira, bir malın satışında oluşan rekabet ortamı içerisinde, malın en yüksek bedelle satılması, alıcıların menfaatine hizmet etmeyip, alacağını tahsil edecek alacaklının ve borcundan, satış bedeli oranında kurtulacak olan borçlunun menfaatlerine hizmet etmektedir.

¹⁶⁸ Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu’nun 114. maddesinin, ikinci fıkrasının, birinci cümlesine karşılık gelen Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un 85. maddesinin, üçüncü fıkrası “*alâkadarların*” menfaatlerinden değil, “*alacaklı amme idaresinin ve borçlunun*” menfaatlerinden söz etmiştir (AATUHK m. 85/III).

¹⁶⁹ İlânın, açık arttırma yolu ile satışta, satış hazırlıklarının en önemli aşaması olduğu; zira, yapılacak ilân aracılığıyla, arttırmaya olabildiğince çok kişinin katılımının sağlanacağı yönündeki açıklamalar için bkz. *Arslan*, İhalenin Feshi, s. 39. Benzer yönde açıklamalar için bkz. *Erturgut*, s. 82; *Aslan E.*, s. 55.

¹⁷⁰ Satışın ilânda gösterilen yer dışında başka bir yerde yapılmasının, satışa ilgiyi azaltacağından yapılan ihâlenin feshi gerektiği yönünde bkz. 12. HD, 02.10.1986, 1985-15288/9880 (*Uyar*, C. 6, s. 9343).

¹⁷¹ Açık arttırmanın yapılacağı gün için resmî tatil günleri dışında bir gün belirlenmelidir. Zira, icra takip işlemi olan satışın (satışın icra takip işlemi olduğu konusunda bkz. *Kuru*, İcra, C. 1, s. 137; *Erturgut*, s. 86), İcra ve İflâs Kanunu’nun 51. maddesinin birinci fıkrası gereğince, tatil günlerinde yapılması mümkün değildir.

Yargıtay, ihâlenin yapılacağı günün doğru bir şekilde ilân edilmemesinin ve bu konuda, ihâleye katılımı düşürecek zamanların belirlenmesinin ilgililerin menfaatlerini ihlâl ettiği görüşündedir. Örneğin açık arttırma ilânında, satış günlerinin, icra dosyasında kararlaştırılan günden farklı olarak ilân edilmesini, ihâlenin feshi için sebep teşkil ettiği yönündeki kararlar için bkz. 12. HD, 29.03.2004, 1802/7457 (*Uyar*, C. 6, s. 9337); 12. HD, 29.04.1988, 4702/5639 (*Uyar*, C. 6, s. 9337).

Yargıtay, benzer şekilde ihâlenin yapılacağı saatlerin belirli olması konusunda da son derece hassasiyet göstermektedir. Zira, ihâlenin belirtilen saatte yapılmaması veya belirtilen saatin, katılımcıların ihâleye iştirak etmek için uygunsuz bir zaman dilimi olarak belirlenmesi satış işleminin ilgililerin menfaatlerine uygun olarak gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Bu çerçevede, satış kararında birinci artırım için “*bitiş saati*”nin gösterilmemiş olmasının ve ayrıca ilân ve şartnamede gösterilen “*başlangıç saati*”nin de satış kararına uymamasının ihâlenin feshini gerektireceği yönünde bkz. 12. HD, 11.01.2005, 2004-22611/290 (*Uyar*, C. 6, s. 9334). Benzer yönde satış saatlerinin, ilân, şartname ve satış ilân suretlerinde birbiri ile çelişir şekilde gösterilmesinin, ihâlenin feshini gerektireceği yönünde bkz. 12. HD, 04.03.1993, 1443/1911 (*Uyar*, C. 6, s. 9335).

ilânda belirtildiği şekilde, doğru yer ve zamanda, usûlüne uygun olarak yapılması gerekecektir^{172, 173}. Bundan dolayıdır ki, kanun koyucu açık arttırma ilânının yapılmasına özel bir önem atfetmiştir. Haczedilen menkul mal(lar)ın satışının gerçekleşeceği arttırma ilânının ne şekilde yapılacağı, icra memurunun takdir yetkisi çerçevesinde, somut olayın özelliklerine ve özellikle de taşınır mal(lar)ın değerine göre belirlenir¹⁷⁴. İcra memurunun takdir yetkisini, taraf menfaatlerine aykırı olarak

¹⁷² Arttırma şartnamesinin tamamı ilânı gösterilmek zorunda olmamakla birlikte, ilânda dosya numarası; satılacak şeyin cinsi; niteliği; önemli özellikleri; takdir edilen kıymeti; arttırmanın yapılacağı yer; birinci ve ikinci arttırmanın gün ve saatleri; satış şartnamesinin ve diğer bilgilerin nereden ve ne şekilde öğrenilebileceği belirtilerek gideri verildiği takdirde şartnamenin bir örneğinin isteyene gönderilebileceği mutlaka belirtilmelidir (İİK Yön. m. 48). Aksi takdirde ilgililerin, arttırma ile bilgilendirilmeleri mümkün olmayacaktır (*Erturgut*, s. 86).

¹⁷³ İcra memurunun, satışı, alacaklının satış talebinin ardından en fazla bir ay içerisinde gerçekleştirmesi gerektiği Kanun'un 112. maddesinde düzenleyici bir şekilde belirtilmiştir (İİK m. 112) (*İcra ve İflâs Kanunu'nun 112. maddesinde belirtilen sürenin icra dairesi için bağlayıcı olmadığı; bu süre geçtikten sonra yapılan satış işlemlerinin de geçerli olacağı yönünde bkz. Postacioğlu*, s. 470; *Gürdoğan*, İcra Hukuku Dersleri, s. 102; *Arslan*, İhalenin Feshi, s. 38; *Erturgut*, s. 81). Ancak, bu konuda da esasında icra memurunun, İcra ve İflâs Kanunu'nun 112. maddesindeki süreye bağlı kalmak koşuluyla bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira icra memuru, satış işlemi, alacaklının ve borçlunun menfaatlerine göre, satış talebinden en fazla bir ay içerisinde gerçekleştirecektir (*Umar*, Tarihî Gelişim, s. 222-223; *Erturgut*, s. 81). Bu durumda icra memuru satışın ne zaman gerçekleştirileceği hususuna karar verirken özellikle, alacaklının uygun olmayan zamanda satış talebinde bulunarak hakkını kötüye kullanmasına imkân vermemesi gerekir (*Erturgut*, s. 81).

¹⁷⁴ İcra memuru, taşınır malın açık arttırma ilânını, el kâğıtlarına bastırarak bir kopyasını da divanhaneye asarak yapabilir ya da bölgesel veya ülke çapında basılan bir gazete ile duyurulmasını sağlayabilir. (*Erturgut*, s. 84). İcra memurunun açık arttırma ilânının ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, icra memuru yukarıda belirtilen ilân şekillerinden birkaçının birlikte de yapılmasına karar verebilir (*Erturgut*, s. 84). İcra memurunun gazete ile ilâna karar verdiği durumlarda, bu ilânın yapılacağı gazetenin de alacaklının ve borçlunun menfaatlerine uygun olarak, mümkün olduğu kadar çok alıcıya ulaşmasını sağlayacak şekilde seçilmesi gerekir (*Erturgut*, s. 84).

İlânın ne şekilde yapılacağı, taşınır malın niteliğine ve ekonomik değerine göre her somut olayda farklı olarak belirleneceği konusunda, aşağıda belirtilen Yargıtay kararlarını örnek olarak göstermek mümkündür: “Somut olayda, satışa konu yer toplam 21.878.852.100 TL değerinde, arsa üzerinde ev ve eklentileri bulunan bir taşınmazdan ibarettir. Açıklanan özellikleri gözetildiğinde bu taşınmazın satış ilanının mahalli gazetede yapılması yeterli olup, memurun işlemi İİK 114/2 maddesine uygundur. Kararda yer verilen Dairemiz içtihatlarına göre, ilanın tirajı en yüksek ve Türkiye genelinde yayınlanan bir gazetede yayınlanması hususu her yöreden alıcısı çıkacak nitelikte otel, fabrika vs. gibi nitelikleri taşıyan yüksek değerli yerler için zorunlu olup görünmekte olan davaya emsal teşkil etmez.” 12. HD, 26.12.2002, 28200/27696 (*Oskay/Koçak/Deyneklî/Doğan*, C. 3, s. 3084). “İİK'nun 114/2. maddesine göre ilan şekli arttırma tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılamayacağı icra müdürlüğüne alakadarların menfaatlerine en uygun olanı dikkate alınarak tayin edilir. Her ne kadar satılanlar menkul mal ise de, kıymetleri nazara alındığında sadece divanhanede ilan yapılmak suretiyle duyuru yapılması ilgililerin menfaatlerini korumaya yeterli değildir. En azından icra müdürlüğüne mahallinde münteşir bir gazete ve belediyede ilan yapılması suretiyle ihaleye katılmak isteyenlere duyurulmasının sağlanması gerekir.” 12. HD, 01.11.2004, 14717/16339 (*Uyar*, C. 6, s. 9336). Benzer yönde kararlar için bkz. 12. HD, 30.10.2000, 15637/16103 (*Uyar*, C. 6, s. 9337). “... satışı yapılan menkullerin toplam değeri nazara alındığında gazete ilanının

kullanması ise, işlemin şikâyet yolu ile iptaline (İİK m. 16) veya şartları oluşmuşsa, şikâyet yolunun özel bir düzenlemesi olan ihâlenin feshine sebebiyet verebilecektir.

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 30.06.2003 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, icra memurunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 114. maddesinden kaynaklanan takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması sebebiyle, taşınır satışının yapıldığı ihâlenin feshedilmesi sonucunda zarara uğrayan alıcının, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesine göre açtığı devlet aleyhine sorumluluk davasını haklı bulmuştur¹⁷⁵.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 85. maddesinin ikinci fıkrasında, arttırmanın yapılacağı yer, gün, saat, satılacak malların niteliği konusunda ilân, kamu idaresi tarafından *gerekli görülürse* yapılır (AATUHK m. 85/II). Yani bu konuda ilân yapıp yapmama yetkisi kamu

tirajı yüksek bir gazetede yapılması gerekir. ... İhaleye bir kişinin katılmış olması da ilanın yeterli şekilde duyurulmadığını ortaya koymaktadır. ... ihalenin feshine karar vermek gerekirken ... 12. HD, 17.12.1999, 15942/16741 (*Erturgut*, s. 84, dn. 168). Mahcuz beton santrali 250.000,00 YTL değerinde olup gazete ilânının yapılmamasının talep ve talibi azaltacağı yönünde bkz. 12. HD, 20.02.2007, 2006-24791/2873 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3077-3078). İhâlede 15 milyar muhammen bedelli araç satıldığına göre Türkiye genelinde yayın yapan tirajı yüksek gazetede ilâna gerek olmadığı yönünde bkz. 12. HD, 24.05.2005, 7791/11141 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3080).

“Somut olayda muhammen bedeli 75.000.000.000.-TL olan meskenin satışı için mutlaka tirajı en yüksek 5 gazeteden birisinde ilan yapılması satışı yapılan taşınmazın özellikleri nazara alındığında zorunlu değildir. Açıkça özellikleri gözetildiğinde icra müdürlüğüne Türkiye genelinde yayınlanan gazetelerden birinde ilanın yapılmasına karar verilerek satış ilanının Radikal gazetesinde yapılmış olması İİK.nun 114/2. maddesine uygundur. / İlanın tirajı en yüksek ve Türkiye genelinde yayınlanan bir gazetede yayınlanması hususu her yöreden alıcısı çıkacak nitelikte otel, fabrika vs. gibi nitelikleri taşıyan yüksek değerli yerler için zorunlu olup satışına karar verilen her meskenin mutlaka Türkiye genelinde tirajı en yüksek 5 gazeteden birinde satış ilanının ilan edilmesi doğru değildir.” 12. HD, 01.04.2004, 2952/7888 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3083-3084). Aynı yönde bkz. 12. HD, 26.12.2002, 28200/27696 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3084).

“Her ne kadar satılanlar menkul mal ise de, kıymetleri nazara alındığında sadece divanhanede ilan yapılmak suretiyle duyuru yapılması ilgililerin menfaatlerini korumaya yeterli değildir.” 12. HD, 01.11.2000, 14717/16339 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3084-3085).

¹⁷⁵

“Dosyadaki bilgi, belge ve taraf açıklamalarına göre; davacı icra satış dosyasında ihale ile kamyon satın almış, ne var ki, bu ihale icra tetkik mercüince, menkullerin açık arttırmasının gazetede ilan edilip edilmeyeceğinin icra müdürünün takdirine bırakıldığı, ancak muammen bedelin yüksek olması nedeniyle bu takdir hakkının gazete ilanı yaptırmama şeklinde kullanılmasının yanlış olduğu gerekçesiyle feshedilmiştir. Davacı bu nedenle uğradığı zararı davalı bakanlıktan istemektedir. / Davacının icra memurunun takdirini doğru kullanmaması sonucu zarar gördüğü dosya kapsamı ile sabittir. Takdir yetkisini kullanırken özensiz davrandığı İcra Tetkik Mercü kararıyla da belirlenmiştir. İcra memurunun bu davranışından dolayı davalı bakanlık kusursuz sorumludur. (İİK. m.5) Şu durumda mahkemece yapılacak iş tazminat kapsamının belirlenerek hüküm altına alınmasından ibarettir. Bu yön gözetilmeksizin davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir. “ 4. HD, 30.06.2003, 3868/8582 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).

idaresinin takdirindedir¹⁷⁶. Oysa 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda, icra memurunun ilân yapıp yapmama konusunda bir takdir yetkisi bulunmaz; icra memuru, ilân yapmak zorundadır. Ancak, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda ilânın *ne şekilde yapılacağı* icra memurunun takdir yetkisindedir (İİK m. 114/II). Yukarıda taşınır malların satışı için yapılan hazırlık işlemlerinden ilânın önemini belirttikten sonra, kamu alacaklarından doğan malların satışı için ilânın yapılmasının zorunlu olmaması, hem alacaklı ile borçlunun hem de alıcıların menfaatlerini ihlâl eder. Zira, bu durumda arttırmaya katılımın gerçek anlamda sağlandığını ifade etmek zordur. Bu durumun ise, borçlunun malının daha az bir miktara satılması sözkonusu olacak ve hem alacaklı alacağını muhtemelen tamamen tahsil edememiş olacak, hem de borçlu mallarını düşük bir bedelle paraya çevirtmiş olacaktır¹⁷⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasının, son cümlesinde belirtildiği üzere, ilânın yurt düzeyinde yayımlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi durumunda, bu ilân satış talebi tarihinde tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden birisiyle yapılmalıdır (İİK m. 114/II, son cümle). Taşınır malların satışında, ilânın gazete ile yapılıp yapılmayacağı konusunda takdir yetkisinin ise, icra memurunda olduğunu yukarıda belirtmiştik (bkz. İİK m. 114/II, c. 1). Burada icra memurunun, hangi şartlar altında taşınır malların satışı için gazetede ilân yapılmasına karar vereceği konusu ise, temel olarak taşınır mal(lar)ın ekonomik değerine göre belirlenir¹⁷⁸. Zira örneğin, taşınır malın

¹⁷⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Özbalcı*, s. 788; *Candan*, s. 464-465.

¹⁷⁷ Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 85. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tahsil dairesi, takdir yetkisini taşınır malın arttırma ilânın yapılması yönünde kullanırsa, bu durumda *-İcra ve İflâs Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi-* ilânın ne şekilde gerçekleştirileceğini yine, tahsil dairesi, borçlunun ve *kendisinin* menfaatlerini dikkate alarak belirleyecektir. Bu konuda ayrıca bkz. *Candan*, s. 464-465.

¹⁷⁸ Ayrı ekonomik değeri olan ve aralarında kullanım birliği bulunmayan televizyon, çamaşır makinesi, buzdolabı, müzik seti vb. taşınır malların ayrı ayrı şartnameler hazırlanarak satılmaları gerektiği yönünde bkz. 12. HD, 27.01.2005, 2004-23272/1128 (*Uyar*, C. 6, s. 9332-9333). Benzer yönde kararlar için bkz. 12. HD, 29.03.2004, 1802/7457 (*Uyar*, C. 6, s. 9333); 12. HD, 31.03.2003, 2002-27290/1699 (*Uyar*, C. 6, s. 9333); 12. HD, 03.12.2001, 19574/20473 (*Uyar*, C. 6, s. 9333).

İlânın yeterli olup olmadığının satılan taşınmazların tümünün değil, ayrı ayrı kıymetlerine göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. 12. HD, 06.05.2005, 6742/9997 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3081).

Aynı cins ve nitelikteki ev eşyalarının birlikte satışa çıkarılabileceği yönünde bir karar için bkz. 12. HD, 23.06.1986, 1985-12678/7179 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3086-3087). Satış memurunun, satışı tarafların yararına uygun olarak yapması gerektiğinden bahisle, ayrı ayrı değeri olan ve kullanılabilen taşınır malların ayrı ayrı satılması gerektiği yönünde bkz. 12. HD, 26.12.2002, 1985-10932/5653 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3087).

ekonomik değeri gazete ile ilân masraflarına karşılık geliyorsa veya ancak karşılıyorsa, ilânın gazete ile yapılmasında ilgililerin menfaati bulunmadığı gibi, aksine icra memurunun takdir yetkisini bu yönde kullanması, alacaklı ve borçlu açısından menfaat ihlâlîne sebebiyet verir¹⁷⁹. Bunun yanı sıra, haczedilen taşınırın satışına rağbetin çok olabileceği düşünülüyorsa, yine satışın maddede belirtilen türden gazetelerden birisinde ilânı gerekir¹⁸⁰. Haczedilen taşınıra talebin fazla olup olmayacağının belirlenmesi şüphesiz ki, icra memuru açısından zor bir husustur. Özellikle de, icra memuruna bu konuda da özel bir sorumluluk yüklenmiş olması, icra memurunun bu konuda takdir yetkisini kullanırken oldukça hassasiyet göstermesini gerektirir. Ancak örneğin, borçlunun haczedilen taşınırını, antika niteliğinde ise veya az bulunan bir parça ise (örneğin, değerli bir tablo), icra memurunun, satış ilânını gazetede yapılmasına karar vermesi uygun olacaktır. Bu konuda, özellikle alacaklı ile borçlunun beyanları da önemlidir. Şayet alacaklı veya borçlu, haczedilen taşınırın önemli bir ekonomik değeri olduğunu, örneğin antika olduğunu, az bulunur bir parça olduğunu belirtiyorsa, icra memuru bu kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla, bu beyanları gözönüne almalıdır. Zira, haczedilen malın paraya çevrilmesinde hem alacağının tamamını tahsil edeceği için alacaklının, hem de borcundan kurtulacağı için borçlunun ortak bir menfaati vardır ve bu ortak menfaatin gerçekleştirilmesi için her iki tarafın da, satış aşamasında bu konuda vereceği beyan kuvvetle muhtemel gerçeğe uygun olacaktır. Dolayısıyla, icra memurunun ilânın gazetede yapılmasına ilişkin takdir yetkisini kullanırken, taraf beyanlarını da dikkate alması önemlidir.

İlânın yanı sıra, taşınır malların satışında hazırlanacak arttırma şartnamesi de ilgililerin menfaatlerinin korunması amacıyla önemli bir araçtır. Zira şartnamede, dosya numarası; alacaklının ve borçlunun ad-soyadları; ilânın şekli; arttırmannın yapılacağı yer, gün ve saat; birinci ve ikinci arttırmaların tarihleri; arttırma şartları;

¹⁷⁹ Bu konuda bkz. *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 126; *Postacioğlu*, s. 484; *Erturgut*, s. 84.

¹⁸⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, icra memuru taşınır malın açık arttırma ilânını gazete ile gerçekleştirme yolunu tercih etmese de, menfaati bulunan alacaklının veya borçlunun şartnameyi, masrafı tamamen kendisine ait olmak üzere istediği şekilde ilân ettirmesi mümkündür (İİK m. 114/III, c. 2). Ancak bu ilân resmî işlemleri etkilemeyeceğinden (İİK m. 114/III, c. 3), ilânı yaptıran alacaklı ise, ilân masraflarını satış bedelinden talep edemez ve bu ilândaki hatalar/eksiklikler, ihâlenin feshine sebebiyet vermez (*Postacioğlu*, s. 484-485; *Arslan*, İhâlenin Feshi, s. 90; *Kuru*, İcra, C. 2, s. 1200; *Erturgut*, s. 85).

taşınır malın cinsi; takdir edilen kıymeti yazılır (İİK Yön. m. 47). Taşınır mala ilişkin önemli bilgileri içeren arttırma şartnameleri, ilgililerin ulaşabileceği bir bilgi kaynağı olduğundan, bu şartname, arttırmaya katılımı da arttırıcı bir özelliğe sahiptir¹⁸¹.

Buna karşılık, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'na göre yapılacak taşınır mal satışlarında, arttırma şartnamesinin hazırlanması da Kanun'da düzenlenmemiştir. İlân yapılması konusunda da alacaklı kamu idaresine takdir yetkisi tanıyan Kanun (AATUHK m. 85/II), arttırma şartnamesinin hazırlanmasını da gerekli görmemiştir. Bu durumda ise, arttırmaya katılımın gerçekten sağlandığı ve bu hâliyle taşınır malların satışı aşamasında, başta borçlu olmak üzere, alacaklının menfaatlerinin ihlâl edildiğini ifade etmek mümkündür. Zira ilgililerin katılımının sağlanmadığı bir açık arttırma usûlünün, borçlu ve alacaklının menfaatlerine hizmet ettiğinden söz etmek mümkün değildir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, taşınır malların satışında özellikle ihâleye hazırlık sürecinde yapılması gereken işlemlerde, icra memuruna önemli oranda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu aşamada icra memuruna tanınan takdir yetkisinin kullanılması önem arzeder; zira, icra memurunun takdir yetkisini hatalı kullanması çoğu zaman, kuvvetle muhtemel ihâleye katılımı da azaltacağından gerek alacaklı gerekse borçlu açısından zararın doğması ihtimâl dahilinde olacaktır. Bu sebeple de icra memurunun, kendisine takdir yetkisi tanınan durumlarda, taşınır malın nitelikleri ve ekonomik değerini gözönünde bulundurarak ilgililerin menfaatlerine uygun olarak hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, ihâlenin

¹⁸¹ Ayrıca belirtmek gerekir ki taşınır malların satışında, taşınmaz malların satışından farklı olarak (bkz. İİK m. 124/III) arttırmaya katılacak kişilerin bir teminat yatırması gerekmemektedir. Satılacak malın ekonomik değeri ve niteliğine göre, arttırmaya katılacak kişilerden teminat alıp almama konusunda takdir yetkisi, icra memuruna aittir. Zira, arttırmanın şartlarını taraf menfaatlerini de dikkate alarak icra memuru tayin edecektir (*Erturgut*, s. 88-89). Zira bu husus, İcra ve İflâs Kanunu'nun 118. maddesinin, ikinci fıkrasının, son cümlesinden de anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre, ihâleye katılıp da ihâle bedelini ödemeyen alıcıların verdiği zararlar, varsa öncelikle teminattan tahsil edilir (İİK m. 118/II, con cümle). Bu hüküm de, taşınır malların satışında teminata karar verme yetkisinin icra memurunun takdirinde olduğunu göstermektedir.

Taşınır malların satışında teminata karar verme yetkisinin icra memurunda olduğu yönünde bkz.: “*Taşınır mal ihalelerini düzenleyen İİK'nun 114 ve sonraki maddelerinde, 'ihaleye katılmak için teminat yatırılması gerekeceğine' ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, icra müdürü taşınır malın değerini gözeterek açık arttırma şartnamesi ve ilanında teminat yatırılmasını kararlaştırabilir.*” 12. HD, 16.09.2003, 13995/17742 (*Uyar*, C. 6, s. 9339). Aynı yönde kararlar için bkz. 12. HD, 10.10.1995, 12650/13270 (*Uyar*, C. 6, s. 9339-9340); 12. HD, 08.03.1995, 3077/3093 (*Uyar*, C. 6, s. 9340).

feshi sebepleri oluşabileceği gibi (İİK m. 134), icra memurunun verdiği karar şikâyet konusu da (İİK m. 16) teşkil edebilecektir.

Buna karşılık, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, alacaklı tahsil dairesinin takip prosedürüne ilişkin olarak gerçekleştirdiği işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurulmasını öngören bir düzenleme bulunmadığı gibi, satış işlemlerinden doğan hukuka aykırılıkların giderilmesi için ihâlenin feshine benzer bir hukukî çare de benimsenmemiştir. Bu durum karşısında, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılan bir takipte, borçlu veya ilgililer, satış aşamasında gerçekleştirilen hukuka aykırılıkların giderilmesi için genel hükümlere göre idarî yargıda (*takibin konusuna göre vergi mahkemeleri veya idare mahkemelerinde*) dava açmak durumundadır. İlgililer, bu davayı, satış kararının tebliğ edilmesi hâlinde *-ki Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre, satış kararının ilgililere tebliği zorunlu değildir¹⁸²-* tebliğ tarihinden itibaren, vergi mahkemelerinde 30 gün, idare mahkemelerinde 60 gün içerisinde açmak zorundadırlar (İYUK m. 7).

Arttırmaya hazırlık sürecinden sonra ise, ihâle gerçekleştirilecektir. Satış birinci arttırma neticesinde gerçekleşmişse, satış bedelinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 115. maddesine göre, taşınır malın tahmin edilen değerinin yüzde altmış ile satış ve paylaşırma giderlerini (İİK m. 115/I); satış ikinci arttırma neticesinde gerçekleşmişse, satış bedelinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 116. maddesi gereğince, taşınır malın tahmin edilen değerinin yüzde kırk ile satış ve paylaşırma giderlerini karşılaması gerekir (İİK m. 116/II). Ancak her iki durumda da, yani hem birinci arttırma hem de ikinci arttırmada da, ihâle bedeli maddede belirtilen oranlara ulaşsa dahi, satış bedelinin, satış isteyen alacaklıya göre rüçhanlı olan alacaklıların alacağını karşılaması gerekir¹⁸³. Başka bir deyişle, arttırmada teklif olunan miktar, maddede belirtilen oranı (*birinci arttırmada malın bedelinin yüzde altmışını; ikinci arttırmada yüzde kırkını*) karşılasa dahi, şayet kendisine göre rüçhanlı olan alacaklının alacağını

¹⁸² Bu konuda bkz. *Candan*, s. 470.

¹⁸³ Yargıtay bu durumu kamu düzenine ilişkin olarak görmektedir: “*Arttırma bedelinin 1. arttırmada menkulün tahmin edilen kıymetinin % 60'ını 2. arttırmada % 40'ını bulması satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacaklıların toplamından fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını geçmesi kuralı Yasanın emredici kuralı olup, kamu düzenine ilişkin olan bu hususun Mahkemece re'sen nazara alınması gerekir.*” 12. HD, 28.06.2005, 10538/13977 (*Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan*, C. 3, s. 3091).

karşılıyorsa, ihâle gerçekleştirilmez (bkz. İİK m. 115/I; 116/II)¹⁸⁴. Bu noktada kanun koyucunun, rüçhanlı alacaklının hak ve menfaatlerini, öncelikli olarak gözetmekte olduğu görölmektedir. Rüçhanlı alacaklıların hak ve menfaatlerinin, diğer alacaklılara nazaran öncelikli olarak korunmasının ise alacaklılar arasında eşitliği bozduğunu ifade etmek mümkün değildir.

Burada şunu belirtmek isteriz ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 115. maddesi, 4949 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve daha önce taşınır malların satışı için ihâlede, malın tahmin edilen değerinin yüzde yetmişbeşini bulması aranırken, bu değişiklikle oran yüzde altmışa indirilmiştir¹⁸⁵. Söz konusu bu hüküm, bankalar lehine getirilen¹⁸⁶ ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini, alacaklı lehine bozan bir düzenlemedir. İhâle bedel oranının azaltılması, borçlunun mallarının değerinden daha düşük bir bedelle satılmasına sebebiyet verecek ve borçlunun mal varlığının borcu karşılması gereksiz bir oranda kısıtlanacaktır. Taşınır malların satışına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 115. maddesine paralel olarak, *-aşağıda da belirteceğimiz üzere-* taşınmaz malların satışını düzenleyen Kanun'un 129. maddesinde de benzer şekilde değişiklik yapılmıştır¹⁸⁷. Bu değişikliğe göre, daha önce taşınmaz malların satışı için ihâlede, malın tahmin edilen değerinin yüzde yetmişbeşini bulması aranırken, bu deđişiklikle¹⁸⁸ oran yüzde altmışa indirilmiştir.

¹⁸⁴ Bu kurala, “rüçhanlı alacakların karşlanması prensibi” denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Erturgut*, s. 105-116, 119-120.

¹⁸⁵ Hatta bu oran, Hükümet'in teklif etmiş olduğu kanun değişikliğinde *yüzde elli* olarak belirlenmiş (bkz. 4949 s.lı Kanun'un Hükümet Gerekçesi, m. 29; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 320); ancak, Adalet Komisyonu'nda *yüzde altmışa* çıkarılmış (bkz. 4949 s.lı Kanun'a ilişkin Adalet Komisyonu Raporu; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 320) ve bu şekilde kanunlaşmıştır.

¹⁸⁶ *Umar*, 4949 Sayılı Değişiklik, s. 87. Buna karşılık Hükümet Gerekçesi'nde (m. 29), söz konusu düzenlemenin alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin gözetilerek bir an önce haczedilen malın satışının sağlanması amacıyla yapıldığı belirtilmektedir: “*Maddeyle, satışa çıkarılan malın artırma bedelinin tahmin edilen kıymetinin yüzde yetmişbeşi yerine yüzde eliisini bulması hâlinde ihale edilebileceği düzenlenerek, malın ilk artırmada satılabilmesi ve böylece ilân ve daha sonraki artırmalar için yapılacak masraflar ve geçecek süreden tasarruf edilmesi, malın biran önce satılması nedeniyle takibin sürüncemede kalmaması ve alacaklı ile borçlunun yararının gözetilmesi amaçlanmıştır.*” (*Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 320).

¹⁸⁷ “*Maddeyle taşınırlarda olduğu gibi taşınmazların ihalesinde de artırma bedeli için aranan oran yüzde yetmişbeşten yüzde elliye indirilmiş ve birinci artırma ile ikinci artırma oranları arasındaki farkın bu şekilde düşürülmesi suretiyle taşınmazın birinci artırmada daha kolaylıkla satılmasına imkân verilmek istenmiştir.*” (Hükümet Gerekçesi m. 36; *Pekcanitez/Akkan/Yeşilova/Erişir*, s. 341).

¹⁸⁸ Bkz. 4949 s.lı K. m. 36.

Önemle belirtmek isteriz ki, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, taşınır malın satışı için herhangi bir oran getirilmemiştir. Zira, bu Kanun'un 85. maddesinin, birinci fıkrasının, üçüncü cümlesinde ihâlenin, “*en çok arttıran*”a yapılacağı belirtilmektedir (İİK m. 85/I, c. 3). Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un “*Satılmayan menkul mallar*” başlığını taşıyan 87. maddesinde ise, haczedilen taşınır mallara verilen bedelin 81. maddede tespit olunan (*haciz sırasında yapılan kıymet takdiri neticesinde belirlenen*) değer *yüzde yetmişbeşinden aşağı olması* veya hiç alıcısı çıkmaması durumunda, taşınır malların ilk arttırmanın ardından onbeş gün sonra tekrar satışa çıkarılacağı ve bu arttırmada, **verilen bedel ne olursa olsun** satışın yapılacağı belirtilmektedir (AATUHK m. 87/I)¹⁸⁹. Bu durumun, borçlunun menfaatleri açısından son derece ciddî ihlâller taşıması bir yana, alacaklı kamu idaresinin menfaatlerine de ne ölçüde hizmet ettiği şüphelidir. Zira borçlunun taşınır mallarının, *bedeli ne olursa olsun satılması neticesinde*, alacaklı amme idaresinin de eline az miktarda para geçecektir. Özellikle daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, alacaklının kamu idaresi olması durumunda, alacaklının, borçlunun menfaatlerini çok daha fazla dikkate alıp koruması gerekir. Zira, alacaklı kamu idaresinin alacağını tahsil etmek uğruna borçlunun mal varlığı değerlerini, ne bedel olursa olsun “*satması*” alacağının tahsili için borçlunun çok daha fazla malının satışına sebebiyet verecek; bu durumda ise, borçlunun daha sonra taahhük edecek kamu borçlarının tahsili için, kuvvetle muhtemel borçlunun haczi kâbil mal varlığı değeri kalmayacaktır.

Kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 115 veya 116. maddelerini karşılayan miktarın teklif edilmesinin ardından satış kararını verir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu aşamada dahi alacaklının ve borçlunun menfaatleri korunmakta; aynı zamanda taşınırı teslim alan alıcının da menfaatleri gözardı edilmemektedir. Zira alıcıyı ekonomik olarak sıkıntıya sokmamak için icra memuruna, alıcıya satış bedelini ödemesi amacıyla yedi güne kadar süre tanınmasına karar verme yetkisi tanınmıştır (İİK m. 118/I, c. 2)¹⁹⁰. Bu şekilde, icra memuru alıcının menfaatlerini göz önüne alarak, alıcıya paranın ödenmesi için en fazla yedi günlük süre verebilecektir. Buna karşılık böyle bir durumda, alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin zedelenmemesi için,

¹⁸⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Özbalcı*, s. 797-798; *Candan*, s. 466-467.

¹⁹⁰ Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 85. maddesinin, dördüncü fıkrasına göre ise, alıcıya verilen bu süre *üç günü* geçemez (AATUHK m. 85/IV).

kanun koyucu tarafından süre yedi gün ile sınırlandırılmıştır¹⁹¹. İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak düzenlenen bu sürenin değiştirilmesi ise mümkün değildir (bkz. İİK m. 20). Bununla birlikte, kanun koyucu *alacaklı* ve *borçlunun menfaatlerini* gözeterek,

- (i) satışın ancak *peşin para* ile yapılmasına imkân tanımıştır (İİK m. 118/I, c. 1; aynı yönde bkz. AATUHK m. 85/I). Bu çerçevede ihâle bedelinin çek, bono, banka teminat mektubu veya nakit dışında herhangi bir araçla ödenmesi mümkün değildir¹⁹².
- (ii) satılan malın, ihâle kesinleşmeden *alıcıya teslim edilmesine* izin vermemiştir¹⁹³ (İİK m. 118/I, c. 3; aynı yönde bkz. AATUHK m. 85/IV).
- (iii) alıcının, ihâle bedelini ödememesi durumunda, ihâlenin geri alınmasına sebebiyet veren tüm alıcılar ve kefillerin, teklif ettikleri bedel ile son ihâle bedeli arasındaki fark ile diğer zararlardan ve temerrüt faizinden *müteselsilen sorumlu olacaklarını* hükme bağlamıştır (İİK m. 118/III)¹⁹⁴.

Taşınmazların satışında, taşınırların satışından daha ayrıntılı bir hazırlık süreci geçerlidir. Bu durum esasında, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, taşınmaz malların ekonomik değerinden ve niteliklerinden kaynaklanır. Zira, ekonomik değeri yüksek olan taşınmazların kaybı, sahibinin ekonomik yaşantısını *-özellikle taşınır*

¹⁹¹ Nitekim, icra memurunun ilgililerin menfaatlerini dikkate alarak karar vermesi gerek bu süreye karşı şikâyet yoluna başvurulabileceği yönünde bkz. **Arslan**, İhalenin Feshi, s. 220; **Erturgut**, s. 124.

¹⁹² **Erturgut**, s. 122.

¹⁹³ Belirtmek gerekir ki, taşınır malın mülkiyeti ihâle anında alıcıya geçmektedir (BK m. 231); ancak, malın teslimi, paranın ödenmesine bağlıdır. Oysa, Türk Medenî Kanunu'na göre, bir taşınırın mülkiyeti, zilyetliğin devri ile gerçekleşir. Bu anlamda, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınır mülkiyetinin, zilyetlik olmaksızın ihâle ile mülkiyetinin alıcıya geçeceğine ilişkin 118. maddesinin, birinci fıkrası, kuralın istisnasını teşkil eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erturgut**, s. 126-128.

¹⁹⁴ Buna karşılık Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 86. maddesi konu ile ilgili daha farklı bir düzenleme benimsemiştir. Bu düzenlemeye göre, satış bedelinin ödenmemesi üzerine, taşınır mal ikinci kez arttırmaya çıkarılır ve bu arttırmada en çok arttırana ihâle edilir. Bu durumda, idare tarafından ihâle konusu taşınır mal için yapılan her türlü masraf dahil olmak üzere,

- (i) taşınır mal birinci defa kendisine ihâle olunan kimseden, iki ihâle arasındaki fark ve diğer zararlar ile % 5 faiz, veya
- (ii) ikinci ihâlede talip çıkmaması sebebiyle ihâle yapılmadığı takdirde birinci ihâle bedeli ve diğer zararlar ile %5 faiz, tahsil edilir (AATUHK m. 86). Bu konuda ayrıca bkz. **Özbalcı**, s. 795-796; **Candan**, s. 468-469.

*mallar ile kıyaslandığında, kural olarak- sarsabilecek niteliktedir*¹⁹⁵. Bu sebeple, aynı taşınır mallarda olduğu gibi gerek alacaklı ve borçlunun gerekse üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla, ilgililerin de arttırma konusunda bilgilendirilmelerinin sağlanması için taşınmaz arttırmalarına hazırlık süreci de büyük önem arzeder¹⁹⁶. Kanun koyucu, yukarıda belirtmiş olduğumuz sebeplerden dolayı, taşınmaz malların satışına hazırlık sürecini, ilgililerin menfaatlerini korumak amacıyla çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Taşınır malların satışında, arttırmaya hazırlık süreci arttırma şartnamesinin hazırlanması ile ilândan ibaretken; taşınmaz mallarda, arttırmaya hazırlık süreci, dört aşamadan oluşur. Bunlar; (i) açık arttırmanın ilânı, (ii) arttırmanın şartlarını içeren arttırma şartnamesinin hazırlanması, (iii) taşınmaz üzerindeki mükellefiyetleri gösteren mükellefiyetler listesinin hazırlanması ve (iv) taşınmaza ilişkin kıymet takdirinin yapılmasıdır¹⁹⁷. Bu çerçevede olabildiğince çok katılımın sağlanarak âdil bir arttırma yapılabilmesi ve ilgililerin menfaatlerinin korunabilmesi için hazırlık sürecini kapsayan bu aşamaların sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.

Taşınmaz arttırma ilânlarında, taşınır arttırma ilânlarında olduğu gibi, ilânın ne şekilde yapılacağı icra memurunun takdirine bırakılmıştır¹⁹⁸ (İİK m. 126/IV atfı ile İİK m. 114/II). Zira taşınmaz arttırma ilânına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 126. maddesinin dördüncü fıkrası, 114. maddeye atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla yukarıda icra memuru tarafından, taşınır arttırma ilânlarında ilânla ilgili takdir yetkisinin ne şekilde kullanılacağına ve bunun ilgililerin menfaatlerine ne şekilde tesir edeceğine ilişkin yaptığımız tüm açıklamalar, taşınmaz ilânları için de geçerlidir. Bunun yanı sıra, taşınmaz arttırma ilânı içeriğinin ne şekilde olması gerektiği, Kanun'un 126. maddesinin ikinci fıkrasında da dört bent hâlinde ayrıca belirtilmiştir¹⁹⁹. Hükme göre;

¹⁹⁵ *Aslan E.*, s. 14.

¹⁹⁶ Bu konuda bkz. *Aslan E.*, s. 55.

¹⁹⁷ Taşınmaz arttırmalarının hazırlık işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan E.*, s. 24-97

¹⁹⁸ Taşınmaz arttırma ilânlarının ne şekilde yapılacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan E.*, s. 64-67.

¹⁹⁹ Taşınmaz arttırma ilânlarının içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan E.*, s. 58-64.

- (i) arttırmaya katılımın sağlanabilmesi için, mutlaka ilânda satışın yapılacağı yer, gün ve saat belirtilmelidir (İİK m. 126/II, b. 1; İİK Yön. m. 50/I, b. b. Aynı yönde bkz. AATUHK m. 93/II).
- (ii) ilgililerin bilgilendirilmesini sağlayacak en önemli araç olan arttırma şartnamesinin hangi tarihten itibaren ilgililerin incelemesine açılacağı belirtilmelidir (İİK m. 126/II, b. 2; İİK Yön. m. 50/I, b. c). Aksi takdirde, ilgililerin yani özellikle ihâleye katılmak isteyenlerin taşınmazın nitelikleri ve üzerinde bulunan rehin, irtifak gibi haklar konusunda (şartnamenin içeriği hakkında bkz. İİK m. 125) bilgilencmeleri sağlanamaz. Zira arttırmaya katılmak isteyen kişiler, menfaatlerini ancak şartnamedeki taşınmaza ve arttırmaya ilişkin birtakım başka özellikler konusunda bilgilendirilerek koruyabileceklerdir. Özellikle, taşınmaz arttırmasına iştirak etmek isteyenlerin aynı zamanda, taşınmazın tahmin edilen değerinin yüzde yirmisi oranında teminat göstermeleri gereği (İİK m. 124/III) ve bu teminat miktarının şartnamede belirtileceği (İİK m. 124/III) göz önüne alındığında, şartnamenin ilgililerin incelemesine açılmasına ilişkin hususların ilânda belirtilmesinin önemi de ortaya çıkar.
- (iii) İlânda, birinci arttırmada taşınmazın tahmin edilen değerinin yüzde altmışına ulaşamadığı takdirde, en çok arttırmanın taahhüdünün saklı kalarak arttırmanın on gün daha uzatılmış olacağı ve onuncu günde aynı yer ve saatte taşınmazın en çok arttırana ihâle edileceği belirtilmelidir (İİK m. 126/II, b. 3; İİK Yön. m. 50/I, b. d). Bu şekilde taşınmazın satışının sürüncemede kalmaması için hem alacaklının hem de borçlunun menfaatine uygun olarak taşınmazın satışının en yüksek değerde gerçekleşmesi amaçlanmaktadır.
- (iv) Son olarak maddede, ilâna mutlaka yazılması gereken bir husus olarak, satışa konu taşınmaz üzerinde başka alacaklıların, hak iddialarını belirtmeleri için onbeş gün içerisinde icra dairesine başvurmaları gerektiği belirtilir (İİK m. 126/II, b. 4; İİK Yön. m. 50/I, b. f). Bu husus, ilgililerin menfaatinin korunmasına hizmet eden bir diğer arttırmaya hazırlık işlemi olarak son derece önemlidir. Zira ilânda belirtilen bu

hususla ilişkin olarak, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğere ilgililer, süresi içerisinde icra dairesine başvuracaklar ve bu şekilde taşınmaza ilişkin mükellefiyetler listesi çıkarılacaktır. Taşınmaza ilişkin mükellefiyetler listesinin hazırlanması, hem alıcılar için taşınmazın üzerindeki hakların bilinmesi açısından hem de taşınmaz üzerinde hak sahibi olanların hak iddia etmeleri açısından son derece önemlidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu taşınmazların önemine binaen, taşınır malların satışından farklı olarak taşınmaz arttırma ilânının, satıştan en az bir ay önce²⁰⁰ yapılmasını zorunlu kılmış (İİK m. 126)²⁰¹ ve bunun yanında, ilânın birer suretinin borçluya, alacaklıya, taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı bulunan ilgililerine tebliğ edilmesi gerektiğini düzenlemiştir (İİK m. 127. Aynı yönde bkz. AATUHK m. 93/III). Taşınmaz arttırma ilânının, satıştan en az bir ay önce yapılmasını zorunlu kılan İcra ve İflâs Kanunu'nun 126. maddesi ile özellikle de, ilânın ilgililere tebliğ edilmesi zorunluluğunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 127. maddesi, menfaat dengesi ile hukukî dinlenilme hakkının birbiriyle bağlantısını açıkça ortaya koymaktadır. Zira bu düzenlemeyle, satış işlemi neticesinde menfaati etkilenecek olan kişilerin, yapılacak satış işlemi hakkında haberdâr edilmeleri, bilgilendirilmeleri sağlanmaktadır²⁰². İlânın dışında arttırma şartnamesinin ilgililerin incelemesine açık tutulması, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere özellikle arttırmaya katılmak isteyen alıcılar için son derece önemlidir. Zira, arttırma şartnamesinin içeriğinde, ilgililerin taşınmazla ilgili bilmesi gereken tüm bilgiler yer alacaktır²⁰³.

²⁰⁰ Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun, bu süreyi *onbeş gün* olarak belirlemiştir (AATUHK m. 93/I).

²⁰¹ İcra ve İflâs Kanunu'nun 126. maddesi, taşınırlarda olduğu gibi taşınmazların ilânında da hangi hususların bulunması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu hâliyle, hüküm, ilgililerin taşınmazın satışı hakkında bilgilendirilerek hukukî dinlenilme haklarının sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu konuda bkz. **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 239.

²⁰² Bu hükümle, taşınmazın satışıyla ilgili doğrudan doğruya menfaati bulunan ilgililerin sadece ilân yoluyla bilgilenecekleri ile sınırlı kalınmak istenmemiş, ayrıca bu kişilerin hukukî dinlenilme haklarının tebligat yolu ile de sağlanması istenmiştir. Bu konuda bkz. **Özkes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 239.

²⁰³ Taşınmazın açık arttırma şartnamesine, dosya numarası; alacaklı ve borçlunun ad ve soyadları; arttırmanın yapılacağı yer, gün, saat; şartnamenin açık bulundurulduğu ilk gün; birinci ve ikinci arttırma gün ve saatleri; taşınmazın tapu kaydı ve niteliği; varsa, borçlunun taşınmazla temin edilmiş kişisel borçlarının da alıcıya intikal edeceği; tapu sicilindeki diğere bilgiler ve taşınmaz üzerindeki mükellefiyetler; takdir olunan kıymet; arttırmaya katılacakların, taşınmazın takdir edilen kıymetinin yüzde yirmisi oranında pey akçesi veya banka teminat mektubunu tevdi

Taşınmaz malın satışına ilişkin ilân yapılması, ilgililere ilânın tebliğ edilmesi ve arttırma şartnamesinin hazırlanmasından sonra, mükellefiyetler listesinin icra dairesi tarafından hazırlanması aşamasına geçilir. Bu listede, satış konusu taşınmaza ilişkin aynî yükümlülükler (*ipotek, ipotekli borç senetleri, irat senetleri, irtifak ve intifa hakları ile tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haklar*), sıra ve derecelerine göre belirlenir ve satışa hazırlık aşamasında hazırlanan bu liste, satış sonunda satış bedelinin paylaşılma şeklini gösteren bir *sıra cetveli* niteliğini alır²⁰⁴. Mükellefiyetler listesinin hazırlanması, özellikle taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunması açısından önem arzeder. Zira, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, hazırlanan mükellefiyetler listesi, aynı zamanda satış bedelinin kime, hangi sıra ile verileceğini tespit eder. Dolayısıyla taşınmaz satışlarında, kanun koyucu, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer ilgililerin bu satıştan olumsuz etkilenmelerini engellemek amacıyla, bu hazırlık işleminin gerçekleştirilmesini öngörmüştür. O hâlde, mükellefiyetler listesinin hazırlanması da, satış aşamasında diğer ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunmaya çalışıldığını göstermektedir. Nitekim hazırlanan mükellefiyetler listesinin ilgililere tebliğinden itibaren, ilgililerin üç gün içerisinde bu listeye karşı itirazlarını bildirmeleri de mümkündür (İİK m. 128/I). İtiraz durumunda, hükümde belirtildiği üzere, itirazın incelenmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 96 ve 97. maddelerine göre yani, istihkak prosedürüne göre gerçekleştirilecektir. Mükellefiyetler listesinin kesinleşmesinin ardından ise, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin, taşınmazın değerine etki edip etmediği belirlenir ve icra dairesi tarafından satışa esas alınmak üzere tekrar kıymet takdiri yapılır (İİK m. 128/II). Görüldüğü üzere, taşınmazların satışa hazırlık işlemleri, taşınırlara nazaran oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Burada kanun koyucunun amacı, ekonomik değeri yüksek olan taşınmazın paraya çevrilmesi sırasında, gerek alacaklının gerekse taşınmazın üzerinde hak sahibi olan alıcıların hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Zira, taşınmazın satışından

etmeleri gereği; arttırmaya çıkarılan taşınmazın üzerinde hakkı olan alacaklı veya ilgiliden pey akçesi veya teminat mektubu aranıp aranmayacağı; taşınmazın son imar durumu; hangi giderlerin alıcıya ait olacağı ve diğer gerekli bilgiler yazılır (İİK Yön. m. 50).

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak satış işlemlerinde, "*satış şartnamesi*"nde nelerin yer alacağı hakkında bkz. AATUHK m. 92/I.

²⁰⁴ **Gürdoğan**, İcra Hukuku Dersleri, s. 109-110; **Postacıoğlu**, s. 489; **Kuru**, İcra, C. 2, s. 1276; **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 323; **Aslan E.**, s. 85.

ve satış bedeli alacaklıya ödendikten sonra, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan alıcıların hak iddia etmeleri oldukça zorlaşacaktır. Bu sebeple de, satış aşamasında özellikle taşınmaz üzerinde hak sahibi olan alıcıların hak ve menfaatlerinin korunmaya çalışıldığı dikkat çekmektedir.

Buna karşılık, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılacak satışlarda, taşınmaz satışı için mükellefiyetler listesi hazırlanması öngörülmemiştir. Bunun yerine Kanun'un 92. maddesinin, birinci fıkrasının, beşinci bendinde taşınmaz satış şartnamesinde "*Gayrimenkul üzerindeki henüz vadesi gelmemiş rehinler hakkında gerekli bilgilerle, satışın, gayrimenkul üzerindeki irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte yapılacağı*"nın belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir (AATUHK m. 92/I, b. 5). Bu durumun ise, taşınmazı satın alan kişinin hak ve menfaatlerini zedeldiği konusunda şüphe yoktur. Ayrıca aynı maddenin yedinci fıkrasında da, taşınmaz üzerinde rehin hakkı sahibi olan kişilerin menfaatlerini gözardı eden bir düzenleme benimsenmiş ve şartnameye "*Gayrimenkulün rehni suretiyle sağlanmış muaccel borçlar varsa bunların müşteriye devredilmeyip satış bedelinden **tercihan** ödeneceği*"nin belirtileceği hükme bağlanmıştır (AATUHK m. 92/I, b. 6). Yani, bu konuda rehinli alacaklıların hak ve menfaatlerini ihâl edici nitelikte olmak üzere, alacak miktarının satış bedelinden ödenip ödenmeyeceği hususu, alacaklı olan kamu idaresinin takdirine bırakılmıştır.

Taşınmaz üzerinde aynî hak sahibi olan ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunması için, kanun koyucu tarafından kabul edilen en etkili başvuru araçlarından birisi, mükellefiyetler listesinin hazırlanmasının ardından icra dairesince tekrar yapılacak olan kıymet takdirine karşı ilgililerin şikâyet yoluna başvurabilmesidir (İİK m. 128a/I). Ancak şikâyet sonucunda verilen bu karara karşı, ilgililerin kanun yoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır (İİK m. 363/I). Bu durum ise, tamamıyla taşınmaz üzerinde aynî hak sahibi olan ilgililerin menfaatlerini ilgilendiren bir konuda, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelebilecektir (Ay m. 36). Zira, taşınmazın önemli bir ekonomik değeri olduğu ve aynî hak sahibi alıcılar ile alacaklının, kıymet takdiri nazara alınarak elde edilen satış bedelinden tatmin edilecekleri dikkate alındığında, icra dairesinin konusu son derece yüksek meblağlı olan bu işlemine karşı verilen kararların kesin olması, menfaat dengesini de zedeleyici bir durum ortaya çıkarabilecektir.

Hazırlık işlemlerinin tamamlanmasından sonra, arttırmaya geçilir ve taşınırlarda olduğu gibi, taşınmaz malın tahmin edilen değerinin yüzde altmışına birinci arttırmada ulaşırsa (İİK m. 129/I); ikinci arttırmada da malın tahmin edilen değerinin yüzde kırkına ulaşırsa (İİK m. 129/II), taşınmaz mal ihâle edilir. Ancak her iki durumda da, taşınırlarda olduğu gibi, alacaklının alacağına rüçhanlı bir alacaklı bulunuyorsa, öncelikle teklif edilen bedelin bu rüçhanlı alacağı karşılması gerekir (bkz. İİK m. 129/I, II).

Buna karşılık Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da, taşınmaz malın satışının gerçekleşmesi için asgarî bir oran gösterilmemiş; azamî bir oran gösterilerek taşınmazın, *alacaklı kamu idaresi tarafından belirlenmiş rayiç değerinin* (bkz. AATUHK m. 91) *yüzde yetmişbeşini* sağlama koşulu aranmıştır²⁰⁵ (AATUHK m. 94/II). Burada borçlunun menfaatlerini ağır ihlâl tehlikesi altında bırakan iki husus bulunmaktadır. bunlardan birincisi, taşınmaz hakkında değer belirleme işlemi yani, kıymet takdirini alacaklı kamu idaresinin bizatihi kendisinin bilirkişinin yardımı ile yapmasıdır²⁰⁶. Bu durum, borçlu ve alıcılar açısından son derece tehlikeli durumlar ortaya çıkarabilir. Bunun yanı sıra, borçlu için taşınmaz malın değeri gözönüne alındığında taşıdığı ekonomik öneme rağmen, taşınmazın, alacaklının belirlediği rayiç değerinin yüzde yetmişbeşine satılabilmesi, menfaat dengesi açısından makûl bir düzenleme içermemektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu en azından bu aşamada rehinli alacaklıların menfaatlerini korumuş ve arttırma bedelinin, taşınmazın rayiç değerinin yüzde yetmişbeşini karşılması durumunda dahi, öncelikle varsa rüçhanlı alacaklıların alacağını karşılması gerektiğini belirtmiştir (AATUHK m. 94/II).

Birinci arttırma sonunda Kanun'un 94. maddesinde belirtilen miktar sağlanamaz ise, en çok arttırmanın teklifiyle bağlı kalması koşuluyla, arttırma yedi gün daha uzatılır; yedinci günde yapılan arttırmada, ihâle en çok arttırana *-rüçhanlı alacaklıların alacağını karşılması koşuluyla-* yapılır (AATUHK m. 95). Asıl hukukî sorun ise, bu durumda da taşınmazın ihâle edilememesidir. Zira bu durumda taşınmaz, ikinci arttırma tarihinden başlayarak bir yıllık süre içerisinde bir kez daha satışa çıkarılır ve satılmazsa, *alacaklı kamu idaresi, taşınmazın kendi belirlediği değerinin yüzde ellisini teferruğ bedeli olarak ödemek suretiyle, taşınmazın mülkiyetini kendi üzerine*

²⁰⁵ Bu konuda bkz. *Özbalcı*, s. 809-810; *Candan*, s. 493-494.

²⁰⁶ Bu konuda bkz. *Özbalcı*, s. 819-820; *Candan*, s. 483-484.

alabilecektir (AATUHK m. 98)²⁰⁷. Kanaatimizce, bu durum borçlunun menfaatlerine hizmet etmediği gibi, modern icra hukuku sisteminin en belirgin özelliklerinden biri olan, alacaklının borçlunun mal varlığına el atamaması, alacağını borçlunun mal varlığı değerlerini paraya çevirmek suretiyle elde etmesi zorunluluğuna da ters düşmektedir.

Buna karşılık, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacaklarının korunması amacıyla, satış aşamasında borçlunun menfaatlerini gözdardı eden bir düzenleme getirmiştir. Zira Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesinin yedinci fıkrasına göre Fon, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine uyarınca satışa arz ettiği mal, hak ve alacaklarla ilgili ihâleye katılmaya, pey sürmeye ve alacağına mahsuben ihâleden mal, hak ve alacakları satın almaya yetkilidir (BankK m. 132/VII). Bu durum, menfaat dengesini bozmakla birlikte hukuk devletinin gerekleri ile de örtüşmemektedir. Zira kanaatimizce satış işlemini kendi organları vasıtasıyla gerçekleştiren Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, bir de alacaklı sıfatı ile borçlunun mallarının satışında alıcı olarak ihâleye katılması menfaat dengesini ihlâl etmektedir. Zira böyle bir durumda, satışı gerçekleştiren alacaklı, aynı zamanda alıcı sıfatıyla ihâleyi kendi üzerine bırakabilecek; bu durum da da gerçekten tahsil organı olarak objektifliğini ve tarafsızlığını koruyup koruyamayacağı son derece şüpheli olacaktır.

İhâlenin gerçekleştirilmesinin ardından, taşınırlarda olduğu gibi, kanun koyucu alıcının menfaatlerini düşünerek, icra müdürüne, alıcıya satış bedelini ödemesi için on güne kadar süre verme yetkisi tanımıştır (İİK m. 130/I, 2. c.). Ancak bu durumda da, kanun koyucu menfaatleri dengelemek ve bunun da ötesinde alacaklının menfaatlerini, kendisine süre verilen alıcıya göre güçlendirmek için;

- (i) on günlük süre içerisinde, hasar ve masrafı kendisine ödeme için süre verilen alıcıya ait olmak üzere, *taşınmazın idaresini icra dairesine* vermiştir (İİK m. 131/I, 1. c.).
- (ii) icra dairesine, kendisine ödeme için süre verilen alıcıdan, teminat gösterilmesini isteme yetkisini vermiştir (İİK m. 131/I, son c.).
- (iii) satış bedelinin ancak *peşin* olarak ödenmesine imkân tanımıştır (İİK m. 130/I, ilk c.).

²⁰⁷ Bu konuda bkz. *Özbalcı*, s. 833; *Candan*, s. 499-500.

- (iv) alıcının satış bedelini ödemesine kadar, taşınmazla ilgili *tapuda hiç bir işlem yapılamayacağını* kabul etmiştir (İİK m. 131/I, c. 2).
- (v) alıcının, ihâle bedelini ödememesi durumunda, ihâlenin geri alınmasına sebebiyet veren tüm alıcılar ve kefillerin, teklif ettikleri bedel ile son ihâle bedeli arasındaki fark ile diğer zararlardan ve temerrüt faizinden *müteselsilen sorumlu olacaklarını* hükme bağlamıştır (İİK m. 133/II. Benzer yönde AATUHK m. 97/II).

cc. Pazarlık Yolu İle Satışın Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Pazarlık yolu ile satışın icra hukuku sistemimizde, istisnaî bir paraya çevirme usûlü olarak kabul edildiğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Zira İcra ve İflâs Kanunumuz, sadece 119. maddesinde hangi durumlarda bu satış yoluna başvurulabileceğini belirlemiştir. Pazarlık yolu ile satış, paraya çevirme işleminin olabildiğince çabuk ve az masrafla gerçekleştirilmesi amacına hizmet ettiğinden²⁰⁸, alacaklı ve borçlunun da menfaatlerine hizmet eden bir paraya çevirme usûlüdür. Zira, bu paraya çevirme usûlü ile birtakım idarî hazırlık işlemlerinden kurtulmak suretiyle hem zamandan hem de masraftan tasarruf edilmektedir²⁰⁹; bunların yanı sıra da, hacizli malın olabildiğince yüksek bir meblağa satılması sağlanmaktadır. Bu bakımdan, açık arttırma usûlünün yanında, bu yolun da Kanun'da kabul edilmesi, menfaat dengesi açısından önemlidir. İcra ve İflâs Kanunu, 119. maddede belirtilen durumlarda taşınır satışının pazarlık yolu ile yapılmasına imkân tanımıştır²¹⁰.

Pazarlık yolu ile satışta da, açık arttırma yolu ile satışta olduğu gibi, icra memurunun satışın ilân şekli, zamanını belirlerken, mümkün olan en iyi satış bedelini elde etme amacını gözönünde bulundurarak alacaklı ve borçlunun menfaatlerini korumalıdır²¹¹.

²⁰⁸ *Özmumcu*, s. 24.

²⁰⁹ *Özmumcu*, s. 25.

²¹⁰ İcra hukukunda pazarlık yolu ile satışın mümkün olduğu durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arslan*, İhalenin Feshi, s. 41-42.

²¹¹ *Arslan*, İhalenin Feshi, s. 42.

dd. Diğer Paraya Çevirme Usûllerinin Menfaat Dengesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Kanun koyucu satış aşamasında, alacaklıların menfaatlerini borçluya karşı korumak amacıyla birtakım paraya çevirme usûlleri kabul etmiştir. Bunlardan birisi İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesinde düzenlenen alacakların paraya çevrilmesi (bkz. İİK m. 120); diğeri ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesinde düzenlenen intifa hakkı ile hisse satışdır (bkz. İİK m. 121). Ancak özellikle menfaat dengesi açısından önem arzeden düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesidir. Zira bu maddedeki düzenlemeye göre, borçlunun üçüncü kişideki çekişmeli veya çekişmesiz alacakları, Borçlar Kanunu'nun 165. maddesi çerçevesinde alacaklılara devredilmektedir. Bu hâliyle alacaklılar, borçlunun alacaklarının tahsilatını geciktirmesi veya sürüncemede bırakması gibi bazı davranışlarından kaçınabilecektir. Amacı alacaklıların hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik olan bu paraya çevirme usûlü, icra hukuku alanında oldukça az kullanılan bir başvuru yoludur. Özellikle alacaklıların elinde, borçlunun alacaklı olduğu kişilere İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderme imkânları varken, bu yola başvuru gereği duyulmamaktadır.

Özellikle takip edilen alacak çekişmesiz nitelikte ise, alacağın ödeme yerine geçmek üzere alacaklıya devri prosedürü uygulanabilir (İİK m. 120/I). Hacze iştirak eden alacaklıların muvafakati ile, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, ödeme yerine geçmek üzere itibarî kıymeti ile alacaklılardan bir veya birkaçına devredilebilir. Bu şekilde alacağı devralan alacaklı, alacak oranında takip borçlusunun haklarına halef olur (İİK m. 120/I). Böylece takip alacaklısının alacağı, devraldığı alacak miktarınca ödenmiş sayılır ve icra takibi de sona ermiş olur. Buna karşılık borçlunun alacağı çekişmeli ve borçlu bu alacağını takip etmiyor ise, bu alacağın tahsili için alacaklının takip yetkisini alması da mümkündür (İİK m. 120/II). Bu durumda, hacze iştirak eden alacaklıların hepsi veya içlerinden bir ya da birkaçı, üçüncü kişideki alacağın tahsilini veya borçlunun üçüncü kişiye karşı sahip olduğu davayı takip yetkisinin kullanılmasını üzerine alabilir. Burada alacaklı, borçlunun üçüncü kişideki alacağını ödeme yerine geçmek üzere değil, tahsil için devralmaktadır. Bu sebeple borçlunun haklarına halef olmayıp davayı takip yetkisini kullanır; bu çerçevede üçüncü kişiye karşı dava açıp takip yapabilir.

6. Takibin Son Aşamasında

Takibin son aşaması paranın ödenmesidir. Ancak, birden fazla alacaklının bulunması ve haczolunan malların satışı sonucunda elde edilen paranın tüm alacaklıların alacaklarının ödemesine yetmediği durumlarda, paranın ödenmesi aşaması birtakım özellikler arz etmektedir. Buna karşılık, tek bir alacaklının bulunması veya haczolunan malların paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen paranın tüm alacaklıların alacaklarına yetmesi hâlinde, paranın ödenmesi aşamasında herhangi bir sorun meydana gelmeyecektir. Bu durumda, icra müdürü, alacaklının/alacaklıların dahi talebine gerek olmaksızın icra vizesine giren parayı ödeyecek/paylaştıracaktır.

Alacaklıların, alacağına tam anlamıyla kavuşabilmesi için icra müdürü, paranın ödenmesinde hacizli malın satış bedelinden öncelikle satış ve paylaşım giderleri gibi tüm alacaklıları ilgilendiren masrafları çıkarır; daha sonra ise, artan parayı alacaklılar arasında bölüştürür (İİK m. 138/II).

Paraların ödenmesi aşamasında, alacaklıların menfaatlerini ilgilendiren durum satış sonucunda elde edilecek paranın tüm alacaklıların alacağını karşılayamamasıdır. Bu durumda da, İcra ve İflâs Kanunu alacaklıların menfaatlerini gözeterek birtakım imkânlar tanımıştır. Bu açıdan önem arz eden iki müessese tamamlama haczi (İİK m. 139) ve sıra cetvelinin düzenlenmesidir (İİK m. 140-142). Zira, satış sonunda elde edilen paranın tüm alacaklıların alacağını karşılamaması durumunda, icra müdürü öncelikle tamamlama haczi yapacaktır. Tamamlama haczi, icra müdürünün, daha önce borçlunun mallarını haczederken malların değerinde yanılması sebebiyle yapılmaktadır²¹². Bu sebeple de, tamamlama haczi için alacaklının talebi gerekmemektedir (İİK m. 139).

Borçlunun satılan mallarının borcu karşılamaması durumunda, icra müdürünün sıra cetveli düzenlemesi gerekmektedir (İİK m. 140). Alacaklılar için sıra cetveli düzenleniyorsa, haczedilen malın satışı sonucunda elde edilen paranın, tüm alacaklıların alacağını karşılayamaması söz konusudur. Bu durumda, imtiyazlı alacaklılar alacaklarını tamamını tahsil edebilecekler; diğer alacaklılar ise, ancak

²¹² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 276.

alacaklarının bir kısmını tahsil edebilmektedirler²¹³. Sıra cetvelinde, aynı derecede hacze iştirak eden alacaklılar miktarlarıyla gösterilirler ve bu alacaklıların her biri belirli bir sıraya kaydolunurlar²¹⁴. Bu sıranın nasıl yapılacağı konusunda iflâstaki sırayı düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesi hacizde de uygulanacaktır (İİK m. 140/II). Buna göre, öncelikle rehinli alacaklar ödenir; daha sonra ilk üç sırada yer alan imtiyazlı alacaklar ödenir ve bunun da ardından dördüncü sıradaki imtiyazsız alacaklar ödenir (İİK m. 206). Bir önceki sırada bulunan alacaklı veya alacaklılar, alacaklarını tamamen tahsil edemediği sürece, sonra gelen sıraya ödeme yapılmaz; buna karşılık, aynı sırada yer alan alacaklılar eşit hakka sahiptirler (İİK m. 207).

Sıra cetvelinde yer alan ilgililer, sıra cetvelinde kendi sıralarına veya diğer bir alacaklı veya alacaklıların sıralarına itirazda bulunabilirler. Bu itirazı ise, duruma göre icra mahkemesi şikâyet neticesinde veya genel mahkemeler dava neticesinde sonuca bağlarlar. Bu çerçevede ancak, sıra cetveli hakkında yapılan itiraz sonuca bağlandıktan sonra ve sıra cetvelinin kesinleşmesiyle birlikte, icra dairesi alacaklılara ödeme yapabilecektir²¹⁵. İcra ve İflâs Kanunu'nun 142a hükmü ise, alacaklıların menfaatlerini düşünerek bu konuda bir istisna getirmiştir. Bu istisnaî hükme göre, sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek payına düşen meblağı tahsil edebilir. Kanun koyucu burada, bir alacaklının menfaatini gözetirken diğer alacaklıların da güvencesiz bırakılmasına cevaz vermemiştir. Zira, sıra cetvelinin kesinleşmesi sonunda alacaklının, sırasına ilişkin itirazın haklı olduğunun anlaşılması hâlinde, alacağını tahsil eden alacaklının da diğer alacaklıları zarara uğratması ihtimâli karşısında teminat zorunluluğunu öngörmüştür. Dolayısıyla, sıra cetvelinin kesinleşmesinden önce alacağını tahsil eden alacaklıya, teminat gösterme zorunluluğu yüklenmesi alacaklılar arasındaki menfaatleri dengeleyen bir araç olarak anayasal bir gereklilik şeklinde (Ay m. 10) karşımıza çıkmaktadır.

²¹³ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 276.

²¹⁴ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 277.

²¹⁵ Bu durum, alacaklılar arasında eşitliğin korunması gereğinin bir sonucudur. Dolayısıyla, hüküm dayanağını Anayasa'nın eşitlik ilkesinden (Ay m. 10) almaktadır. Zira İcra ve İflâs Kanunu, sadece alacaklı ile borçlu arasındaki eşitliğin sağlanmasıyla ilgilenmez; bunun yanı sıra, alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması da menfaat dengesinin bir sonucu olarak İcra ve İflâs Kanunu açısından önem arz eder.

Buna karşılık Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, bu durumda teminat gösterme zorunluluğundan muaf tutulduğunu (BankK m. 138/IV) ve bu durumun alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi (Ay m. 10) ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesini de Fon lehine bozduğunu daha önce açıklamıştık²¹⁶.

Sıra cetveline göre yapılan ödemeler neticesinde de hâlen alacağını tahsil edemeyen alacaklılar bulunuyorsa, icra müdürü, bu alacaklılar için borç ödemededen aciz vesikası düzenleyecektir. Borç ödemededen aciz vesikası, paraların paylaşılmasının ardından, alacağını tamamıyla tahsil edemeyen alacaklıya, ödenmeyen alacak kesimi için icra dairesi tarafından kendiliğinden verilen ve hiç bir harç veya resme tâbi olmayan bir belgedir²¹⁷. Aciz vesikası, alacaklının alacak hakkını sona erdirmediği gibi alacaklının hakkını daha da güçlendirmektedir²¹⁸. Zira borçluya karşı genel haciz yolu ile takip yapan alacaklının, takibin başında kendisinin alacaklı olduğunu ispatlayan bir belgesi bulunmamasına rağmen, alacaklı, aciz vesikası ile takip sonunda “*borçludan alacaklı olduğunu*” belgeleyen ve önemli hukukî sonuçları bulunan resmî bir belge edinmektedir.

Aciz vesikası takip prosedürü sonunda, borçlunun mal varlığı değerlerinin tümünün, alacaklının alacağını karşılamaya yetmediğini gösteren ve alacaklıya, takip sona erdikten sonra dahi, birtakım imkânlar veren bir cebrî icra aracıdır. Bu anlamda aciz vesikası, alacaklının, borçlunun mal varlığı değerlerinin, alacaklının alacağını karşılamadığını ispat eden bir belgedir²¹⁹. Bu araç, bir anlamda alacaklının elinde, takipten sonra dahi borçluya yöneltebileceği bir silâha benzetilebilir²²⁰.

²¹⁶ Bu konuda bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, Ç.

²¹⁷ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 281.

²¹⁸ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 282.

²¹⁹ Bu konuda bkz. *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 38.

²²⁰ Zira,

- (i) alacaklı bu belgeye dayanarak takibin sona ermesinden itibaren bir yıl içerisinde, borçluya karşı tekrar takip yapmak isterse, borçluya ayrıca ödeme emri göndertmesine gerek kalmayacak (İİK m. 143/III); eski takip dosyası üzerinden borçlunun yeni elde ettiği malları haczettirebilecektir (*Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 283).
- (ii) ayrıca bu vesika, borçlu aleyhine senet hükmünde olduğundan (İİK m. 143/II), İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesi anlamında belge olarak kabul edilecek ve elinde aciz vesikası bulunan alacaklının borçlusuna karşı tekrar takip yapması durumunda, şayet borçlu takibe itiraz ederse, alacaklı bu belgeye dayanarak borçlunun itirazını icra mahkemesinde kaldıracaktır (*Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 282).

C. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte

1. Kambiyo Senetlerinden Doğan Alacak Hakkının Tahsilinin Ayrı Bir İcra Yolu Olarak Düzenlenmesinin Amacı

Ticaretin gelişmesi bireylerin çeşitli ödeme araçlarına başvurmasını gerekli kılmıştır. Bu araçların başında ise, kambiyo senetleri gelmektedir. Kambiyo senetleri, günümüzde ticarî hayatın vazgeçilmez bir unsuru olup tacirler arasında yapılan işlemlerin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır. Zira kambiyo senetleri, asıl borç ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi yaratmamakta; ancak, kambiyo senetlerinin soyut niteliği sebebiyle asıl ilişkinin kambiyo senedinden anlaşılması mümkün olmamaktadır^{221, 222}. Bu durum da, kambiyo senetlerinin tedavül gücünü büyük oranda arttırarak kambiyo senetlerini, ticarî hayatın vazgeçilmez bir unsuru hâline getirmektedir. Maddî hukuktan doğan hakların sağlanması amacına hizmet eden icra hukukunun da, ticarî hayatın önemli bir aracı olan kambiyo senetlerine dayanan alacakların tahsilini ayrı bir takip yolu olarak düzenlemesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede yapılan düzenlemelerin, ticarî hayatın süratine, işlerliğine ve gerekliliklerine uygun olarak belirlenmesi, kanun koyucunun amacının zorunlu bir sonucudur²²³.

Kambiyo senetlerine dayanan alacakların tahsilinin ayrı bir takip yolu olarak düzenlenmesinin ticarî hayatın gerekliliklerinden doğan bir sebebinin bulunduğunu belirttik. Buna karşılık, kambiyo senetlerine dayanan alacakların tahsilinin ayrı bir takip yolu olarak düzenlenmesinin ve bu düzenlemelerde de alacaklının

(iii) bu vesika, alacaklıya, bir başka alacaklının koydurduğu hacze iştirak imkânı verecektir (*Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 283).

(iv) bu vesika, borçlunun “alacaklıyı zarara sokmak kastıyla mevcudunu azaltmak” (İİK m. 331) veya “gerçeğe aykırı beyanda bulunma” (İİK m. 338) suçlarından cezalandırılması için aranan şartlardan birisini teşkil etmektedir.

(v) bu vesikanın en önemli sonuçlarının başında ise, bu belgenin, alacaklıya tasarrufun iptali davası açma imkânı tanınmasıdır. Bu konu yukarıda ayrıca ele alındığından, bu noktada konunun ayrıntısına girmiyoruz.

²²¹ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 288.

²²² Bu durum özellikle asıl borç ilişkilerinden doğan def’ilerin, kambiyo senedi alacaklısına karşı ileri sürülmesi aşamasında büyük önem arzetmektedir.

²²³ Buna karşılık *Ansay* tarafından henüz ticarî hayatın günümüzde olduğu kadar gelişmemiş olduğu dönemlerde, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin ayrı bir takip yolu olarak düzenlenmesi gereksiz görülmüştür (*Ansay*, Düşünceler, s. 1459).

menfaatlerinin korunması gereğinin, icra hukukundan kaynaklanan birtakım sebepleri de bulunmaktadır. Daha önceki açıklamalarımızda, menfaat çatışmasının ortaya çıkabilmesi için taraflar arasında bir hakkın (*konusu para olan takipler açısından “alacak hakkı”nın*) tehlikeye düşmesi veya tehlikeye düşme ihtimâlinin bulunması gerektiğini ve genel haciz yolu ile takipte, kural olarak böyle bir tehlikenin mevcut olmadığını belirtmiştik. Zira, elinde, bu tehlikeyi en somut biçimde ispatlayacak olan “*borçlunun, kendisine borçlu olduğunu ispatlayan bir belge*” bulunmayan alacaklı açısından, kural olarak böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak, elinde kambiyo senedi bulunan alacaklının durumu çok daha farklıdır. Zira, kambiyo senetleri hukukî nitelikleri itibariyle, adî senet ile resmî senet arasında bir belgedir. Kambiyo senetleri, Türk Ticaret Kanunu’nda belirtilen özellikleri taşıdığı takdirde “*kambiyo senedi*” olarak vasıflandırılacaktır. Bu özellikleriyle, kambiyo senetleri adî senetlerden ayrılmaktadır. Ancak, bu senetlerin düzenlenmesi için resmî bir makama ihtiyaç duyulmaması, kambiyo senetlerinin resmî senet olarak da kabul edilmesini de mümkün kılmaktadır²²⁴. Dolayısıyla, elinde, borçlusundan kaynaklanan alacak hakkını evleviyetle ispat eden kambiyo senedi bulunan alacaklının, borcun ödenmemesi durumunda “*hakkın ihlâli tehlikesi*” ile karşı karşıya kaldığı açıktır. Ayrıca, kıymetli evrak hukuku açısından da, bir kambiyo senedinin zilyedi olan bireyin senetten mündemiç olan hakka sahip olduğu karinedir²²⁵ (*şeklî hak sahipliği karinesi*). Zira, hak ile kambiyo senedi birbiriyle kaynaşmışlardır²²⁶. Kambiyo senedi ile birleşen hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi senetten ayrı olarak da devredilemeyecektir (TTK m. 557). Kambiyo senedindeki şeklî hak sahipliği karinesi, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte kambiyo senedi alacaklısı konumunda bulunan tarafın menfaatlerinin korunmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takiplerde, alacaklının menfaatlerinin korunması esastır.

2. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Menfaat Dengesi

İcra hukuku, takip alacaklısı ve borçlusu arasında menfaat dengesini gözetmeye çalışırken, maddî hukuk kurallarını esas almaktadır. İcra hukuku kuralları özellikle,

²²⁴ Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 288.

²²⁵ Poroy/Tekinalp, s. 21.

²²⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan, s. 14.

takip alacaklısının, maddî hukuktan doğan hakkının varlığı üzerinde şüphe azaldıkça alacaklıya, borçlu karşısında büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte ise, kambiyo senedi hamilinin maddî hukuktan doğan şekli hak sahipliği karinesi, icra hukuku tarafından takdir görmüş ve kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip adı altında özel bir takip türü ihdâs edilmiştir. Böylece, kambiyo senedi hamiline daha kolay ve hızlı bir tahsil imkânı tanınmıştır²²⁷.

Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu sistemimiz, kambiyo senetlerinin ticarî hayattaki hızlı gerçekleşen tedavül gücünden ve kambiyo alacaklısının, kural olarak kambiyo senedinden doğan alacak hakkının sahibi olduğu karinesinden hareket ederek kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, alacaklının alacağını tahsil etmesi için bazı kolaylıklar sağlamıştır. Bu takip yolunda genel haciz yolu ile takipten farklı olarak göze çarpan ilk husus, kanun koyucunun takibin daha hızlı ve daha kolay ilerlemesini sağlamak amacıyla süreleri kısaltmış olmasıdır²²⁸. Örneğin, borçlunun itiraz süresi beş güne indirilmiştir (İİK m. 168/I, b. 3). Bunun yanı sıra özellikle, ödeme emrine yapılan itirazın takibi kendiliğinden durdurulmaması (İİK m. 169/I, c. 2; 170/I); ayrıca, takibin durdurulması için başvurulabilecek yolların oldukça külfetli olması, alacaklının menfaatlerini en üst düzeyde korumaktadır. Kambiyo senedinde yer alan “*hak sahipliği karinesi*” bu korumanın nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece, kambiyo senedinde mündemiç kılınan ve bu yolla tespit edilmiş alacak hakkının icra organları tarafından cebren tahsili sağlanmaktadır. Bu açıdan, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip kurallarının, kambiyo senedi hamilinin maddî hukuktan doğan *hak sahipliği karinesini* merkez aldığı ifade edebiliriz. Buna karşılık, kambiyo senedi borçlusunun, maddî hukuktan doğan def’ilerini takip sürecinde alacaklıya karşı da ileri sürmesi mümkündür. Bu def’iler, farklı takip kurumlarında ve farklı icra ve yargı organları önünde borçluya karşı ileri sürülebilir. Ancak şunu da önemle belirtmek isteriz ki, kambiyo senedi borçlusunun elinde alacaklıya karşı ileri sürülebilecek bir def’i bulunsa dahi, bu def’inin takip içerisinde çok kolaylıkla kullanılması mümkün değildir. Özellikle, kambiyo

²²⁷ Kambiyo senetlerine özgü takip yolunun avantajları hakkında bkz. *Reisoğlu*, s. 406 vd; *Öktemer S.*, s. 781-788.

²²⁸ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 288.

senedinin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def'ilerin icra organları önünde başarıyla ileri sürülmesi, çoğu zaman mümkün değildir. Bu durumda, borçlu alacaklısına karşı bu def'ileri ileri sürmek istiyorsa, bunun için menfi tespit davası (İİK m. 72) açmak zorunda kalacaktır.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takiplerde, alacaklının menfaatlerinin korunmasına hizmet eden en önemli düzenlemenin, takibe yapılan itirazın takibi kendiliğinden durdurulmaması olduğunu belirtebiliriz (İİK m. 169/I, c. 2; 170/I). Takibin durdurulabilmesi için borçlunun icra mahkemesinde takibin tedbiren durdurulmasını talep etmesi ve bu talebin kabul edilmesi gerekir (İİK m. 170/II). Ayrıca, borçlunun itiraz veya şikâyet konusu yaptığı ve kambiyo ilişkisinden doğan def'inin niteliği de söz konusu tedbir kararının verilmesinde önem taşıyacaktır. Bu açıdan, icra mahkemesinin dar araştırma alanı içinde sonuca bağlanamayacak bir def'i ileri sürülüyorsa, icra mahkemesinin tedbir kararı vermemesi gerekir. Dolayısıyla icra mahkemesinden, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin durdurulmasına ilişkin bir tedbir kararı alınabilmesi için, itiraz veya şikâyet konusu yapılacak def'inin icra mahkemesinin inceleme alanına dahil olması gerekir. Kambiyo senedi metninden anlaşılamayan veya protesto çekilmesi gibi icra mahkemesinin dikkate alabileceği bir (mutlak) def'inin bulunmadığı durumlarda, tedbir kararı uyarınca takibin durdurulması mümkün gözükmemektedir.

Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, borçlunun, takipten sonra menfi tespit davası açmak suretiyle takibi durdurması kural olarak mümkün değildir. Borçlu sadece, takip konusu alacağın tamamının icra dairesine yatırılması ve yüzde onbeşinden aşağı olmayan bir teminat üzerinden icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için tedbir kararı alabilir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde ise, kambiyo senetlerine dayanan bu takibin durdurulmasının oldukça zorlaştırılması, alacaklının menfaatlerini üst düzeyde korumaktadır²²⁹. Ancak bu noktada, alacaklının menfaatlerinin korunması gerektiği konusunda bir tereddüt duyulmamalıdır. Zira kambiyo senedinde yer alan hak sahipliği karinesi ve bu senetlerin kamu güvenine sahip olması²³⁰, takip aşamalarında alacaklının

²²⁹ *Reisoğlu*, s. 406; *Öktemer S.*, s. 781 vd.

²³⁰ Kambiyo senetleri hakkında geçerli olan kamu güveni ilkesi için bkz. *Öztan*, s. 375.

menfaatlerinin korunmasını haklı ve gerekli göstermektedir²³¹. Başka bir ifadeyle, maddî hukuktan doğan hak sahipliği ve kamu güveni ilkesinin icra hukuku tarafından teminat altına alınması gerekir. Aksi halde, maddî hukuktan doğan söz konusu ilkelerin pratik bir faydası bulunmayacaktır.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, kambiyo senetlerinin kendine özgü niteliklerinden dolayı icra müdürüne birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerin temeli, alacaklının menfaatlerinden çok borçlunun menfaatlerinin korunmasına yöneliktir. Bunun sebebi ise, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin takip alacaklısına tanımış olduğu imtiyazlardır. Borçlunun karşısında, kambiyo senedinin özelliklerinden doğan imtiyazlara sahip olacak alacaklının öncelikle “*kambiyo senedi alacaklısı*” olması gerekiyor. Bunun için de icra memurunun, öncelikle senedin kambiyo senedi olduğunu, alacaklının kambiyo senedi alacaklısı olduğunu re’sen incelemesi gerekir ki, borçlunun haksız yere menfaatleri haleldâr olmasın. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, tahsil prosedüründe icra organları tarafından da, bazı def’ilerin re’sen dikkate alınması, daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi, icra hukukunda hâkim olan tasarruf ilkesine bir istisna getirmektedir. Takip talebini alan icra müdürü, kambiyo senedini ve varsa protesto evrakını, takip talebinin kanunî unsurlarını inceleyecektir. Bunun yanında, icra dairesi senedin kambiyo senedi olup olmadığını, takipte bulunan alacaklının bu yola başvurma hakkının bulunup bulunmadığını (İİK m. 168/I, b. 3; 170a) ve senedin vadesinin gelip gelmediğini re’sen inceleyecektir (İİK m. 168/I). Bu açıdan icra dairesinin, senet metninden anlaşıldığı ölçüde, (i) takip konusu senedin kambiyo senedi olup olmadığını, (ii) senet hamili takip alacaklısının yetkili hamil olup olmadığını ve (iii) kambiyo senedinin ödeme gününün geçip geçmediğini re’sen incelemesi gerekecektir. Bu çerçevede, mutlak def’i olarak senet metninden anlaşılan:

- (i) şekil şartlarına uymamadan doğan def’iler,
- (ii) hamilin meşru hamil olmadığı def’i,
- (iii) senede konulan kayıtlardan doğan def’iler,

²³¹ Kambiyo senetlerinde hak sahipliğinin tespiti ve kambiyo senedinin türüne göre hak sahipliği karinesi için bkz. *Öztaş*, s. 196 vd.

(iv) sürelerle uyulmamasından doğan def'iler, icra dairesi tarafından re'sen dikkate alınmalı ve bu def'ilerin tespit edildiği durumlarda takip talebi reddedilmelidir²³².

Takibin durdurulmasının yanında, iptal edilmesi konusunda da alacaklının menfaatleri korunmaktadır. Özellikle, takibin iptal edilebilmesi için başvurulacak yolların, kambiyo senetlerindeki def'i sistemi ile uyumlu olduğu gözükmektedir. Buna göre, borçlu senet metninden anlaşılan def'ileri itiraz²³³ veya şikâyet²³⁴ yolu ile

²³² Dikkat edileceği üzere, yukarıda zamanaşımı def'i senet metninden anlaşılan mutlak bir def'i olarak gösterilmiştir. Ancak, icra dairesinin bu mutlak def'iyi re'sen dikkate alması mümkün değildir. Zira zamanaşımı def'i senet metninden anlaşılrsa da, dar ve teknik anlamda def'i niteliğindedir ve bu def'i, borçlu tarafından ileri sürülmedikçe icra ve yargı organları tarafından dikkate alınmaz. Bu konuda bkz. *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 298.

²³³ Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, borçlu kambiyo senedi altındaki imzaya (İİK m. 170) veya takip konusu kambiyo alacağına (İİK m. 169; 169a) icra mahkemesinde itiraz edebilir. Ancak, bu sadece hukuka uygunluk yönünden bir tespit olacaktır. Yoksa, maddî hukuk açısından bir def'i bulunsa da, bu def'inin icra mahkemesinde itiraz yolu ile ileri sürülmesi her zaman başarıyla sonuçlanmaz. Dolayısıyla, borçlunun itiraz yoluna başvururken, sadece maddî hukuk açısından kendi lehine bir def'inin doğup doğmadığını değil, bu def'inin icra mahkemesi önünde ileri sürülmeye uygun olup olmadığını değerlendirmesi gerekir (Kambiyo senetlerinde def'i sistemi için bkz. *Özkan*, s. 213-243, 252-254; *Poroy/Tekinalp*, s. 73 vd.). Zira icra mahkemesinin, itiraz üzerine yapacağı araştırma son derece sınırlıdır ve icra mahkemesinde, borçlunun dayandığı vakiaları ispat etmesi, belirli belgeleri elinde buldurmasına bağlı tutulmuştur (bkz. İİK 169a; 170).

- (1) **İtiraz Konusu Olabilecek Senet Metninden Anlaşılan Def'iler:** Senet metninden anlaşılabilen def'iler, kural olarak şikâyet sebebidir (Senet metninden anlaşılan def'iler için bkz. *Özkan*, s. 219-220). Ancak, zamanaşımı def'i, senet metninden anlaşılabilen bir def'i olarak, takip konusu borca yapılacak itirazın konusunu teşkil edebilir. Zamanaşımı itirazı senet metninden rahatlıkla anlaşılabilmesi için, icra mahkemesi bu itirazı değerlendirerek takibi iptal edebilir. Diğer senet metninden anlaşılabilen def'ilerin itirazın konusu olması durumunda da, icra mahkemesi bu def'ileri re'sen dikkate alarak takibi iptal edebilecektir.
- (2) **İtiraz Yoluna Konu Olabilecek Senetteki Taahhüdün Hükümsüzlüğüne İlişkin Def'iler:** Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler, gerek borca gerekse de imzaya itirazın konusunu oluşturabilir (Bu def'iler için bkz. *Özkan*, s. 220. Ayrıca krş. *Poroy/Tekinalp*, s. 76 vd.). Ancak, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin borca yapılacak itiraz kural olarak başarıyla sonuçlanmaz. Zira, borca yapılan itirazda borçlunun, borçlu olmadığını (veya borcun itfa edildiğini yahut ertelendiğini) resmî veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belgeyle ispat etmesi gerekir. Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'ilerin ise, kural olarak böyle bir belgede somutlaşması mümkün değildir. Dolayısıyla, imzaya itiraz dışında senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin borca itiraz, kural olarak icra mahkemesi tarafından kabul edilemez. Buna göre, [mutlak def'i niteliğindeki] (i) imza sahibinin ehliyetsizliği, (ii) temsil yetkisinin bulunmaması, imzanın cebirle atılması ve bunların dışında kalan [ve nispi def'i niteliğindeki] diğer senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler icra mahkemesinin sınırlı inceleme alanının dışında kalmaktadır.
- (3) **İtiraz Yoluna Konu Olabilecek Şahsî Def'iler:** Şahsî def'iler de, itiraz olarak icra mahkemesinde ileri sürülebilir (Bu def'iler için bkz. *Özkan*, s. 234-243; *Poroy/Tekinalp*, s. 80 vd.). Ancak bu def'ilerin başarılı bir şekilde kullanılabilmesi için borçlunun elinde belirli belgelerin bulunması gerekir. Şayet, borçlu şahsî def'isini resmî veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belgeyle ispat edemez ise, itirazı reddedilecektir. Ancak çoğu

icra mahkemesi önünde başarıyla sürebilir. Bunun ötesinde, senet metninden anlaşılamayan ve özellikle, temel ilişkiden doğan (şahsî) def'ilerin icra mahkemesi önünde başarılı bir şekilde ileri sürülmesi mümkün değildir. İcra mahkemesinin sınırlı inceleme alanı dikkate alındığında, bu husustaki itiraz ve şikâyetler icra mahkemesi tarafından reddedilecektir. Borçlunun, icra mahkemesi önünde başarılı bir şekilde ileri süremeyeceği def'ileri için menfî tespit davası açması gerekir. Borçlunun genel mahkemelerde bu davayı açmadan takibi iptal ettirmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde, kıymetli evrak hukukundaki def'i sistemiyle bir uyum bulunmaktadır. Borçlunun sadece kambiyo senedi vasıtasıyla ileri sürebileceği def'ilerin, icra organları tarafından re'sen dikkate alınması veya bu def'ilerin itiraz ya da şikâyet yolu ile icra mahkemesinde ileri sürülmesi mümkün kılınmıştır. Örneğin, takip konusu senedin kambiyo senedi olmadığı ya da imzanın kambiyo senedi borçlusuna ait olmadığı yahut senedin zamanaşımına uğradığı bu kapsamda değerlendirilecektir. Buna karşılık, senet metninden anlaşılamayan, özellikle temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def'ilerin takip içinde başarılı bir şekilde ileri sürülmesine imkân tanınmamıştır. Borçlu, icra mahkemesi önünde kullanabileceği bir belgeye sahip olmadıkça, senet metninden anlaşılamayan bir şahsî def'iyi veya senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin bir def'iyi (*örneğin, kambiyo senedinin verilmesine ilişkin sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin bir def'i*) icra mahkemesi önünden başarılı bir şekilde ileri süremez. Söz konusu kapsamdaki

zaman borçlunun elinde bu tür belgelerin bulunması mümkün olmaz. Dolayısıyla, kural olarak borçlunun şahsî def'ilerini takip alacaklısına karşı ileri sürmesi, maddî hukuk bakımından mümkün olsa da, icra hukuku açısından etki doğurmayacaktır. Bu itibarla, takibin durdurulabilmesi ve bunun ötesinde iptal edilebilmesi için menfî tespit davası açılmasından başka bir yol bulunmayacaktır.

²³⁴ Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, borçlu genel hükümlere göre şikâyet yoluna başvurabilir. Ancak bu takip yolunda, genel hükümlerin dışında özel şikâyet hâlleri düzenlenmiştir. Bu durumlarda, gerek süre gerekse sebep bakımından özel şikâyet yolları borçlu lehine yaratılmıştır. Böylece alacaklının yanında, özel şikâyet yolu öngörülerek kambiyo senedi borçlusunun takip içindeki menfaatleri bir nebze de olsa korunmak istenmiştir. Başka bir ifadeyle, buradaki şikâyet yolu, alacaklı lehine ölçülü bir oranda ve haklı olarak bozulan menfaat dengesinin düzeltilmesine hizmet etmektedir. Ancak aşağıda da görüleceği üzere, burada menfaatler dengelenirken senet metninden anlaşılınan def'iler temel nokta olarak alınmıştır. Borçlunun menfaatinin şikâyet yolu ile korunması, sadece senet metninden anlaşılınan def'ilerle sınırlıdır. İcra dairesi tarafından yukarıda sayılan def'ilerin dikkate alınmamasına karşı, borçlu şikâyet yoluna başvurarak takibi iptal ettirebilir.

def'ilerin genel mahkemelerde (menfi tespit davasıyla) ileri sürülmesi konusunda külfet borçluya yüklenmiştir.

Ç. Kiralanan Taşınmazların Tahliyesi Yolu İle Takipte

İlâmsız icra yolu, kural olarak para (*veya teminat*) alacakları için söz konusudur; bunun dışındaki talepler içinse, ilâmlı icra yoluna başvurmak gerekir. Bu çerçevede, bir taşınmazın tahliyesini sağlayabilmek için, öncelikle kiralayan tarafından kiracıya karşı bir dava açılmalı; tahliye davası kiralayan lehine sonuçlanır ve kiracı buna rağmen tahliyeyi gerçekleştirmezse, bu durumda, ilâmlı icra yolu ile kiracının taşınmazı tahliye etmesi sağlanabilir²³⁵. Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu sistemimiz, belirli şartların varlığı hâlinde kiralanan taşınmazların ilâmsız icra yolu ile de tahliyesine imkân tanımıştır²³⁶. Ancak, öncelikle kiralanan taşınmazların tahliyesinin ayrı bir takip yolu olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun yanı sıra, kiralanan taşınmazların tahliyesinin ilâmsız icra yolu ile takibinde, kiralayanın İcra İflâs Kanun'un tanımış olduğu bir imtiyaza sahip olması gerekip gerekmediğinin de tartışılması gerekir.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, kambiyo alacaklısının; ilâmlı icra yolu ile takipte, elinde mahkeme ilâmı bulunan alacaklının; rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte, rehin hakkı alacaklısının hukuk düzenince ve özellikle de maddî hukukça korunması gereken temel bir menfaatinin bulunduğunu belirtmiştik. Bu örneklerde, alacaklıların menfaatlerinin korunması gereği ya maddî hukukun onlara tanımış olduğu hak sahipliğinden (*rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte*) veya güçlü hak sahipliği karinesinden (*kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte*) ya da resmî bir belge olan mahkeme ilâmından (*ilâmlı icra yolu ile takipte*) kaynaklanmaktadır. Genel haciz yolu ile takipte ise, takip alacaklısının alacaklı olduğunu ispatlayan bir belgesi bulunmaması sebebiyle “*bir hakkın ihlâli tehlikesi*” ile karşı karşıya olmadığını ve bu sebeple de kural olarak, korunmaya değer bir menfaati bulunmadığını belirtmiştik. Bu açıdan, genel haciz yolu ile takip sistemden ayrılmaktaydı. Aynı durum, kiralanan taşınmazların tahliyesinde de söz konusudur.

²³⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 312.

²³⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, s. 312. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Sungurtekin*, s. 1 vd.

Burada, kiralaanın hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir manfaati bulunmamaktadır. Kiralanan taşınmazların tahliyesinin, İcra ve İflâs Kanunu'nda, paradan başka ilâmların ne şekilde icra edileceğini belirten hükümlerde olduğu gibi özel olarak düzenlenmesi mümkündür. Zira, bu takip yolunda, diğer özel takip türlerinin arzettiği ve takip yapan alacaklının menfaatlerinin korunması gereğine hizmet eden farklı bir özellik kanaatimizce bulunmamaktadır.

IV. İLÂMLI İCRA YOLU İLE TAKİPTE

İlâmlı icra yolu ile takipte, ilâmsız icra yolu ile takipten farklı olarak alacaklı öncelikle mahkemeye başvurarak hukukî korunma talebinde bulunmakta ve mahkemenin de alacaklıyı haklı bulması durumunda, alacaklının, davaya konu alacak hakkının sahibi olduğu tespit edilmektedir. Bunun ardından, alacaklı, borçludan²³⁷, ilâmın gereğinin yapılmasını talep etmekte ve borçlunun, ilâmı gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, alacaklı ilâmlı icra yolu ile takibe başvurmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen “*hak sahipliği tespiti*”nin ve bu hakkın gereğinin icrasını sağlamanın, medenî usûl ve hatta icra hukukunun asıl amacına hizmet ettiğini, yukarıda icra hukukunun amacını belirlerken de ifade etmiştik. Bu hâliyle, maddî hukuktan kaynaklanan hakların mahkeme tarafından tespiti ve bu hakların sağlanması sürecini şekli hukuk sistemine göre gerçekleştiren ilâmlı icra yolunun, sistemin esasını teşkil ettiği de belirtilmiştir.

İlâmlı icra yolu ile takipte, alacaklının sahip olduğu hak bir mahkeme hükmü ile belirlenmektedir. Dolayısıyla, ilâmlı icra yolu ile takipte alacaklının, davaya konu olan hakka ilişkin “*talep yetkisi*”nin sahibi olduğu mahkemenin vermiş olduğu kararlarla tespit edilmektedir. Bunun ardından ise, borçlunun, “*maddî hukuktan kaynaklanan hakkın bahsettiği talep yetkisi*”nin gereğini yerine getirmemesi, alacaklının “*alacağını talep yetkisi*”nin²³⁸ tehlike altında olduğunu tek başına ispat etmektedir. Bu durumda ise, şüphesiz ki öncelikli olarak korunmaya değer menfaat, hakkının bulunduğu mahkeme hükmü ile tespit ettiren alacaklının menfaatidir.

²³⁷ Buradaki alacaklı ve borçlu ifadeleri, sadece bir para borcunun alacaklısı ve borçlusunu ifade etmemektedir. Burada alacaklı ve borçlu sıfatının doğduğu borç ilişkisi, sadece para alacağına dayanmamaktadır.

²³⁸ İlâmlı icra yolunda alacaklının sahip olduğu “*alacağını talep yetkisi*”, konusu para olan ilâmsız icra yolu ile takiplerde alacaklının, “*alacağını tahsil yetkisi*”ne karşılık gelmektedir.

Dolayısıyla da bu takip yolu, ağırlıklı olarak alacaklı menfaatlerine hizmet eden bir takip yoludur. Bu çerçevede ilâmlı icra yolu ile takipte, borçlunun, mahkeme hükmü ile tespit edilen ve takip alacaklısı tarafından kendinden ifası istenen edime karşı koyması çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Burada, borçlu genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi (*genel haciz yolu ile takipteki ödeme emrine karşılık gelen*) icra emrine “*itiraz*” etmek suretiyle karşı koyamamaktadır. Şayet bu takip yolunda, borçlu icra emrine karşı gelmek istiyorsa, genel haciz yolundaki itiraza nazaran çok daha sıkı şartlara bağlanmış olan icranın geri bırakılması kararı alması gerekir (İİK m. 33).

Hukuk sistemimize göre, mahkemenin vermiş olduğu bir kararın temyiz edilmiş olması o kararın icrasını durdurmamaktadır (HUMK m. 443; İİK m. 36). Bu durum, mahkeme kararlarının hukuka uygun olduğunun kabul edilmesinin ve dolayısıyla hukukî güvenlik ilkesinin bir sonucudur. Ancak bazı durumlarda, borçluya, kendisinin hukuka aykırı olarak mahkemenin vermiş olduğu kararlardan olumsuz bir şekilde etkilenmesini önlemek amacıyla, kararın icrasının durdurulmasını talep yetkisi tanınmıştır (İİK m. 36). Bu anlamda, icranın durdurulması müessesesi, borçlunun menfaatlerine hizmet eden bir kurumdur. Ancak icranın durdurulması talebinde bulunan borçlunun, bu talebine başarıyla ulaşabilmesi için kural olarak teminat yatırması gerekmektedir (İİK m. 36/I). Borçlunun menfaatine hizmet eden bu prosedürde, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyecek olan araç da, borçlunun yatıracığı bu teminattır. Bu şekilde, bir yandan borçluya mahkeme kararının icrasını durdurma imkânı tanınmakta diğer yandan da, hakkı mahkeme kararı ile belirlenen alacaklının “*hakkı elde edememe tehlikesini*” önlemek amacıyla, borçludan teminat alınmaktadır. Ancak kanunkoyucu, icranın durdurulması talebinde bulunmayan ancak kanun yolu incelemesi sonunda haklı çıkan borçlu tarafın da menfaatlerini göz ardı etmemiştir. Zira borçlu, icranın durdurulması kararını almamışsa ve temyiz edilen karar Yargıtay tarafından bozulmuşsa, bu kararın icra dairesine verilmesi durumunda icra işlemleri olduğu yerde duracaktır (İİK m. 40/I). Bunun ardından kesinleşecek mahkeme kararı, borçlunun borçlu olmadığını tespit ederse, bu durumda daha önce başlatılmış olan hükmün icrası kısmen veya tamamen iade edilecektir (İİK m. 40/II). Yani, icra dairesi tarafından ilâmlı icra takibi sonucu alacaklıya ödenmiş olan para veya teslim edilen mal, tamamen veya duruma göre kısmen geri alınır ve borçluya

iade edilir²³⁹. Bu hâliyle, ilâmlı icra yolu ile takipte öncelikli olarak korunmaya layık bulunan alacaklı menfaatleri ise de, icra hukukunun borçlunun hak ve menfaatlerinin hukuka aykırı bir şekilde zarara uğramasını önlemek amacıyla önleyici tedbirler aldığı ifade edebiliriz.

İlâmlı icra yolu ile takibe ilişkin son olarak değinmek istediğimiz husus ise, birinci bölümde icra hukukunun ilkeleri arasında ele aldığımız paraya çevirme ilkesinin ilâmlı icra yolu ile takipte bulunduğu durumdur. Zira modern cebrî icra sistemlerinde olduğu gibi, İcra ve İflâs Kanunu sistemine göre de alacaklının, alacağını devletin cebrî icra organı aracılığı ile elde etmesi gerekmekte ve borçlunun mallarına elkonulup, bu malların mülkiyetinin aynen alacaklıya devredilmesi de mümkün olmamaktadır. Bu kapsamda alacaklı, ancak usûlüne uygun olarak gerçekleştirilen haciz işleminin ardından satış sonucunda elde edilecek *paradan* alacağını tahsil edebilecektir. Bu bakımdan özellikle ilâmların aynen icra edilmesi zorunluluğunun, modern cebrî icra sistemlerinin benimsediği esaslarla *-özellikle de paraya çevirme ilkesi ile-* çelişkili olduğu akla gelebilir.

Zira para dışındaki mallara ilişkin ilâmların icrasında, örneğin borçlunun ilâma konu taşınırını aynen alacaklıya teslim etmesi gerekmektedir. Bu durumun da borçlunun kişilik haklarını zedelediği düşünülebilir. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus, bu gibi durumlarda, yani ilâmın gereğinin borçlu tarafından aynen ifasının istendiği durumlarda dahi, borçluyu söz konusu edimin aynen ifasına zorlamanın mümkün olmamasıdır. Örneğin taşınır mala ilişkin bir ilâmın icrasında, borçlunun ilâma konu taşınırını aynen ifa etmesi gerekmektedir. Ancak, borçlu taşınırını aynen alacaklıya teslim edemiyorsa (*taşınırını veya mislini elinden çıkarmışsa*), devletin cebrî icra organlarının, borçluyu aynen ifaya zorlaması mümkün değildir. Bu durumda, ilâma konu taşınırın değeri icra memurunca takdir edilir ve takdir edilen miktar oranında, ilâmın gereğini yerine getirmeyen borçlunun malları haczedilerek satılır, bedeli alacaklıya ödenir (İİK m. 24/IV).

Söz konusu durum ise, özellikle çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında birtakım sıkıntılar ortaya çıkarabilmektedir (bkz. İİK m. 25; 25a; 25b). Zira özellikle insan hakları konusunda yirminci yüzyılda

²³⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 324.

yaşanan gelişmeler, çocuk haklarının da etkin bir şekilde korunmasına yönelmekte ve bu durumda da, çocuğun polis ve icra memurlarının zorla bir taraftan alınıp diğer tarafa teslim edilmesi kişilik hakları ile insan onuruna aykırılık teşkil edebilmektedir. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu sisteminde özellikle 4949 sayılı Kanun değişikliği ile insan haklarının gelişimine paralel olarak birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Zira bu düzenlemelere göre, çocuğun onuru ile kişilik hakları ve menfaatlerini korumak amacıyla, gerçekleştirilen zorla teslimde ayrıca sosyal çalışmacı, pedegog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın veya bu kişilerin bulunmaması durumunda bir eğitimcinin bulunması gerektiği kanunî düzenlemeye kavuşmuştur (İİK m. 25b). Bu hâliyle dahi insan haklarının korunması -*özellikle çocuğun kişilik haklarının ve onurunun korunması*- anlamında, çocukların teslimine ilişkin düzenlemelerin uluslararası hukukun gereklerine uyup uymadığı tartışma konusu yapılabilecektir. Bu sebeple de, icra memurlarının çocuk tesliminin zorla icrası hâllerinde, Kanun'da belirtilen esaslara uygun hareket etmesi çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması açısından çok büyük bir öneme sahiptir.

Özellikle çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrası hakkında yaptığımız açıklamalara paralel olarak, bünyesinde icra memuruna pek çok “*zor kullanma*” yetkisi tanıyan ilâmlı icraya ilişkin hükümlerin uygulanmasında ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi büyük bir öneme sahiptir. Zira icra memurunun, kanunî düzenlemelerin kendisine tanıdığı zor kullanma yetkisini, gerekli olduğu durumlarda, amaca uygun olarak ölçülü bir şekilde yerine getirmesi gerekir.

V. REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE TAKİPTE

A. Rehin Hakkının İcra Hukukunda Ayrı Bir Takip Yolu İle Tahsilinin Olarak Düzenlenmesinin Amacı

Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip, alacağı aynî bir teminat olan rehinle temin edilmiş alacaklının alacağını tahsilini özel olarak düzenleyen bir takip yoludur. Bu takip yolunun ayrı bir takip türü olarak düzenlenmesinin sebebi de, maddî hukukun rehin hakkı alacaklısına sağladığı birtakım haklardan ve yetkilerden

kaynaklanmaktadır²⁴⁰. Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yolunun alacaklısı, esasında alacağını maddî hukuktan kaynaklanan bir rehin hakkı ile sağlamıştır. Rehin hakkı, sahibine herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak bahşeder²⁴¹. Oysa alacak hakkı, sahibine sadece nisbî bir hak verdiği için alacak hakkının sahibi, bu hakkı herkese karşı değil sadece hakkın borçlusuna karşı ileri sürebilecektir. Dolayısıyla, rehin hakkı gibi, sahibine herkese karşı ileri sürülebilen bir yetki tanıyan rehin hakkının paraya çevrilmesi de özellik arzedecektir. İşte bu özellikler dikkate alınarak, İcra ve İflâs Kanunu rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibi ayrıca düzenlemiştir.

Bir rehin hakkının maddî hukuk açısından verdiği teminat (güvence) ancak icra organları vasıtasıyla kullanılır. Zira, alacaklının rehin hakkının verdiği güvenceye sahip olmasıyla kendisi için nihaî koruma sağlanmamaktadır. Borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda, (rehin sahibi) alacaklının öncelik hakkından faydalanabilmesi için rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurması gerekir. Ancak, bu gereklilik İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı zamanda bir zorunluluk teşkil etmektedir²⁴². Söz konusu madde de, rehin hakkıyla temin edilen bir alacak hakkının takibi için “*önce rehne başvurma zorunluluğu*”nu²⁴³ getirirken, alacaklı-borçlu ve borçlunun diğer alacaklıları arasındaki menfaatleri değerlendirerek bir çözüm yoluna gidildiği görülmektedir. Hatta, önce rehne başvurma zorunluluğuna istisna getirilirken de, yine tarafların menfaatlerin hassas bir şekilde kanun koyucu tarafından dikkate alınmaktadır.

²⁴⁰ Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilk kabul edildiği yıllarda *Ansay* tarafından rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin ayrı bir takip yolu olarak benimsenmesi, gereksiz bulunmuştur (*Ansay*, Düşünceler, s. 1461).

²⁴¹ *Akıpek*, s. 3; *Köprülü/Kaneti*, s. 3; *Ayan*, s. 3.

²⁴² *Berkin*, İcra Hukuku Rehberi, s. 374; *Kuru*, El Kitabı, s. 842; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 323; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 366. Ancak bu durumda, *Kuru*'nun da ifade ettiği üzere, rehin alacaklısı, alacağının rehinle karşılanmayacağı tahmin edilen bölüm için ihtiyatî haciz talep edebilir (*Kuru*, El Kitabı, s. 842, dn. 7; 911). Ayrıca bkz. 12. HD, 23.02.1987, 1986-5957/2451 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

²⁴³ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun iktisabı sırasında, Kanun'un 41. maddesi aynen tercüme edilerek 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun 33. maddesine aynen alınmıştır. 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesi, 1932 tarihli 2004 tarihli İcra ve İflâs Kanunumuza da ifadesi biraz değiştirilerek 45. madde numarası ile intikal etmiştir (*Budak*, Rehne Başvurma Zorunluluğu, s. 413). Önce rehne başvurma kuralının tarihi kökenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Budak*, Rehne Başvurma Zorunluluğu, s. 403-417.

Rehin hakkı sahibi, esasında rehin hakkı sayesinde alacağını güvence altına almaktadır. Zira, birden fazla alacaklının bulunması ve borçlunun satılan mallarının borcun tamamını karşılayamaması durumunda, öncelikle rehin hakkı sahiplerinin alacağı ödenecek, daha sonra kalanı diğer alacaklılar arasında paylaşılacaktır (İİK m. 140; 206). Bu sebeple, kanun koyucu, zaten alacağını güvence altına almış olan rehin hakkı sahibinin, diğer alacaklıların haklarını ihlâl etmemesi için rehin hakkı alacaklısına “*önce rehne başvurma zorunluluğu*”nu yüklemiştir (İİK m. 45). Bu zorunluluk sebebiyle, alacağı rehinle temin edilmiş bir alacaklı, alacağını takip yaparak elde etmek isterse, kural olarak önce rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başvuracaktır. Alacaklı, bu yola başvurmadan önce ilâmlı veya ilâmsız icra yolu ile takibe veya borçlu iflâsa tâbi kimselerden ise, iflâs yoluna başvuramayacaktır²⁴⁴. Bu durum, alacaklılar arasında eşitsizlik yaratmadığı gibi aksine alacaklıların mümkün olduğunca eşit silâhlarla donatılmasına hizmet etmektedir.

B. Rehlin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takipte Menfaat Dengesi

Önce rehne başvurma kuralının, ilk tahlilde borçlunun menfaatlerini koruduğu söylenebilir. Ancak, borçlunun yanında (ve belki de ondan önce), borçlunun diğer alacaklılarının menfaatleri de söz konusu ilkenin koruma kapsamındadır. Zira takip alacaklısı, bir yandan borçlunun mal varlığı değerleri arasında bulunan rehnedilen şeyi kendi hâkimiyetinde bulundururken; diğer yandan diğer takip yollarıyla borçlunun (haczi kabil) başka mal varlığı değerlerine el atması, diğer alacaklıların menfaatlerini zedeleyecektir. Başka bir ifadeyle, rehin hakkı sahibi alacaklı, rehlin paraya çevrilmesi yerine diğer takip yolları uyarınca, borçlunun (rehin konusu dışındaki) diğer mal varlığı değerlerini haczettirebilir. Bunun yanında, hâla elinde rehin hakkını saklı tuttuğu için diğer alacaklıların rehnedilen mal varlığı değerini haczetmesi hâlinde, rehlin kendisine tanıdığı rüçhan hakkını kullanacaktır. Sonuçta, rehinle alacağını teminat altına alan takip alacaklısının, diğer alacaklılara nazaran konumu oldukça güçlenecektir.

Takip süreci içinde, sadece alacaklı veya borçlunun değil, diğer alacaklıların ve hatta, alacaklı sıfatına sahip olmayan üçüncü kişilerin dahi menfaatleri yeri geldiği

²⁴⁴ *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 341; *Budak*, İpoteğin Paraya Çevrilmesi, s. 19.

zaman korunabilmektedir²⁴⁵. Özellikle, takibin tarafları dışında *üçüncü kişilerin* menfaatlerinin korunduğu durumlarda, ilgili koruyucu normların emredici nitelikte bulunduğu kabul edilmelidir²⁴⁶. İşte, önce rehne başvurma zorunluluğunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinin birinci fıkrası, takibin taraflarının dışında, borçlunun diğer alacaklılarını korumakta ve bu durum, bu hükme *emredici* nitelik kazandırmaktadır^{247, 248}. Takdir edileceği üzere, takibin taraflarının taktipten önce, üçüncü kişilerin takip süresince menfaatlerini zedeleyici sözleşme yapmaları ve bu suretle, önce rehne başvurma ilkesini bertaraf etmeleri mümkün olmamalıdır. Borçlunun sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, kendi menfaati üzerinde tasarrufta bulunması tartışılabilir ise de, aynı sonuç, borçlunun diğer alacaklıları açısından geçerli olmayacaktır²⁴⁹.

Öte yandan, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla taktipte izlenmesi gereken sürecin, rehin hakkına ve bu hakkın teminat altına aldığı alacak hakkına göre biçimlendiğini söyleyebiliriz. Rehin hakkının türü, alacağın veya rehin hakkının ilâm

²⁴⁵ Özekes tarafından da ifade edildiği gibi “*Taktipte hukuku etkilenen üçüncü kişilerin de hukukî dinlenilme hakkı vardır*” (Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 238. Ayrıca bkz. Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 25; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 343).

²⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 140.

²⁴⁷ Önce rehne başvurma kuralının emredici nitelikte olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Belgesay, İcra Hukuku, s. 444; Berkin, İcra Hukuku Rehberi, s. 375-376; Guisan, s. 449-472; Gürdoğan, İİK m. 45, s. 11 vd. Ayrıca bu yönde İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. Kılıçoğlu, s. 135, dn. 586.

²⁴⁸ Önce rehne başvurma kuralının emredici nitelikte olduğu yönündeki görüşler için bkz. Aşık, s. 131-132, 135; Gürdoğan, Rehnin Paraya Çevrilmesi, s. 9; Kuru, El Kitabı, s. 841; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, s. 462; Martin [Çev. Berkin], s. 329; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 322-323; Tercan, Kredi Kurumları, s. 84-85; Üstündağ, İcra Hukuku, s. 366, 368.

Kılıçoğlu, İİK m. 45'i borçlunun sorumluluğuna ilişkin bir maddî hukuk normu olmadığını; bu hükmün bir icra hukuku normu olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla yazar, söz konusu hükmü cebri icra engeli olarak görmektedir (Kılıçoğlu, s. 138-139). Bu açıdan yazar kural olarak önce rehne başvurma zorunluluğunu bertaraf eden sözleşmeleri geçersiz saymaktadır (Kılıçoğlu, s. 140).

Aşık, icra sözleşmeleri açısından sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran kıstaslardan birini de emredici hukuk normları olarak nitelendirmiştir. Bu durumda ise, emredici hukuk normuna aykırı olarak yapılan icra sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır (Aşık, s. 60-61). Yargıtay Hukuk Daireleri arasında da, İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesinin emredici olup olmadığı yönünde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, hükmün emredici olmadığını savunurken; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, hükmün emredici olduğunu savunmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, kuralın emredici olduğuna ilişkin kararları için bkz. 02.04.1993, 662/5863 (Uyar, C. 1, s. 210); 29.11.1994, 15152/7868 (Uyar, C. 1, s. 823-824).

²⁴⁹ Bkz. Kılıçoğlu, s. 140.

veya ilâm niteliğindeki bir belgeye dayanıp dayanmadığı, alacağın belirli olup olmaması bu takip yolunda önem taşıyacaktır. Dolayısıyla rehin hakkının türü, bu hakkın ne şekilde kurulduğu, alacağın veya rehin hakkının ilâmda tespit edilip edilmemesi, taraflar arasındaki menfaat dengesinde doğrudan dikkate alınmaktadır²⁵⁰.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, alacaklının haciz kurumu ile korunacak bir menfaati bulunmamaktadır. Rehin hakkının alacaklıya tanıdığı imkânlar, haciz aşamasını kendiliğinden ortadan kaldırmaktadır. Haciz, borçlunun mal varlığı değerleri üzerinde hukukî bir el koyma iken, rehin sınırlı bir aynî hak olarak bu korumayı sağlamaktadır. Ayrıca, taşınmaz ve teslim bağli taşınır rehinleri için rehin hakkının kurulma şekli, alacaklının menfaatleri fiilen korumaktadır. Zira, bu rehin haklarında rehinli mal varlığı değeri alacaklının hâkimiyet sahasında bulunduğu için bu mal varlığı değerlerinin borçlunun elinden alınmasına gerek yoktur. Ancak söz konusu tespit teslim bağli olmayan rehin hakları için geçerli değildir. Bu tür rehin haklarında, rehinli mallar borçlunun hâkimiyet alanında bulunmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının rehin hakkıyla sahip olduğu hukukî güvencenin fiilî olarak muhafaza altına alınması gerekir. Takibin kesinleşip satış aşamasında gelmesiyle birlikte, icra dairesi rehin hakkının konusunu oluşturan mal varlığı değerlerine el koyması gerekir. Teslim bağli olmayan rehinlerde, diğer rehin haklarından farklı olarak, alacaklının korunmaya muhtaç menfaatleri bulunmaktadır. Bu itibarla, İcra ve İflâs Kanunu'nda teslim bağli olmayan rehinlerde başvurulacak el koyma ve muhafaza tedbirlerinin özel olarak düzenlenmesi alacaklının menfaatlerinin korunması için zorunluluk teşkil etmektedir.

Son olarak rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapma zorunluluğunun hak arama özgürlüğünü ihlâl edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesi, kanun koyucu tarafından borçlu ile borçluya takip yapan alacaklı dışındaki alacaklıların menfaatlerini dengelemek amacıyla getirilmiştir. Zira,

²⁵⁰ Bu çerçevede, taşınır rehminin paraya çevrilmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 145 ile 147. maddeleri arasında düzenlenirken, ipoteğin paraya çevrilmesine ait kurallara 148 ile 150d maddeleri arasında yer verilmiştir. Bu iki rehin türünün paraya çevrilmesine ilişkin müşterek hükümler ise, 150e ile 153. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, hangi rehin haklarının taşınır rehminin veya ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip kurallarına tâbi olduğu belirtilmiştir.

alacağı rehinle temin edilen alacaklı açısından bu şekilde bir düzenleme getirilmeseydi, rehin sahibi alacaklı hem rehinle güvence altına aldığı alacak yetkisini rehinli mal üzerinden devam ettirecekti hem de borçlunun rehinli olan mal(ları) dışındaki mal varlığı üzerinde -*genel haciz yolu ile takip yapmak suretiyle-diğer alacaklılarla birlikte* tahsil yetkisini devam ettirecekti. Ayrıca bu hükümlerle, alacağı rehinle güvence altına alınan alacaklının borçluya karşı takip yapması önlenmemiştir. Bu hükümlerle alacaklıya sadece, rehinli alacağın kendine özgü özelliklerini gözeterek Kanun'da ayrı bir takip yolu olarak düzenlenen rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapma zorunluluğu yüklenmiştir. Bu açıdan söz konusu düzenleme, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediği gibi, diğer alacaklılar ile borçlunun, rehinli alacaklı karşısında menfaatlerini korumaya hizmet etmektedir.

VI. İHTİYATÎ HACİZDE

İhtiyatî haciz, alacaklının para alacağına kavuşmasını sağlayacak takibin teminat altına alınmasını amaçlar. Alacaklının alacağını tahsil yetkisinin tehlikede bulunduğu durumlarda, bu tehlikenin tehdit ettiği menfaatin hukuk düzenince korunması gereği ortaya çıkmaktadır. İhtiyatî haczin amacına baktığımızda da, bu müessesenin, alacaklının alacağını tahsil yetkisinin tehlikeye düşmesini önlemeye hizmet ettiğini tespit edebilmekteyiz. Hangi durumlarda, alacaklının, alacağını tahsil yetkisinin tehlikeye düştüğünü belirlememizse ihtiyatî haciz müessesesinde nispeten kolaydır. Zira, kanun koyucu bu tehlike durumlarını “*İhtiyatî haczin şartları*” başlığı altında İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinde ihtiyatî haczin sebeplerini belirlemek suretiyle somutlaştırmıştır. Örneğin, para alacakları için getirilen ihtiyatî haciz sebebi, vadesi gelmiş olan bir borcun ödenmemesidir (İİK m. 257/I). Zira, bir para borcunun vadesi gelmiş olmasına rağmen borçlu tarafından ödenmemesi, başlıbaşına alacaklının “*alacağını tahsil yetkisini*”ni tehlikeye düşüren bir durumdur²⁵¹. Buna benzer bir şekilde, borçlunun borcunun vadesi gelmemiş olsa dahi, borçlunun belirli bir yerleşim yeri bulunmuyorsa veya borçlu taahhütlerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya veya kendisi kaçmaya hazırlanıyor yahut kaçıyor veya bu amaçlarla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli

²⁵¹ Özkes, İhtiyatî Haciz, s. 19.

işlemlerde bulunuyorsa (İİK m. 257/II), yine alacaklının “*alacağını tahsil yetkisini*”ni tehlikeye düşüren bir durumdur²⁵². Zira söz konusu bu davranışlar da makûl, dürüst bir borçlunun gerçekleştireceği işlem ve durumlardan sayılamaz.

Belirttiğimiz esaslar çerçevesinde, alacaklının ihtiyatî haciz talebinin kabulü veya reddine karar verilirken, öncelikle alacaklının menfaatlerinin esas alınması gereklidir. Dolayısıyla, ihtiyatî haciz aşamasında öncelikli olarak alacaklının menfaatlerinin dikkate alındığı, özellikle ihtiyatî haciz sebeplerinde kendisini gösterir. Zira ihtiyatî haciz sebepleriyle borçlunun açıkça borcunu ödeyemeyeceğinin tespit edilmesi değil, bu konuda şüphe ve borçlunun niyeti dikkate alınmış; şüphe olan durumlarda da Kanun, alacaklının lehine bir durum yaratmıştır²⁵³.

Mahkemenin ihtiyatî hacze karar verirken, alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî ilişkinin tam olarak belirlenmesini aramaması ve hatta alacaklının, para alacağının tahsilinin tehlike altında bulunduğunu yaklaşık olarak ispatlamasıyla yetinerek karar vermesi (İİK m. 258/I, c. 2), ihtiyatî hacizde başlangıçta menfaat dengesinin alacaklı lehine işlediğinin bir başka göstergesidir. Borçlunun, ihtiyatî haciz kararı verilirken bu karara hiç bir etkide bulunamaması ve borçlunun dinlenmesinin gerekli olmaması da (İİK m. 258/II) bu hususun bir ispatıdır²⁵⁴. Ancak, bu durumdan ihtiyatî hacizde hiç bir şekilde borçlunun menfaatlerinin dikkate alınmadığı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. İhtiyatî haciz sebeplerinin sınırlı olması ve ihtiyatî haciz sebepleri için yaklaşık da olsa bir ispat faaliyeti aranması, borçlunun menfaatlerinin kanun koyucu tarafından gözetildiğini göstermektedir²⁵⁵.

İhtiyatî hacizde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlere dengelemek için başvurulacak en önemli araçların başında, alacaklıdan alınacak teminat gelmektedir (İİK m. 259). Zira az önce de ifade ettiğimiz üzere, ihtiyatî haciz kararı yaklaşık ispat faaliyetinin ardından borçlu dinlenmeden verilebilecek bir karar olduğundan, alacaklının haksız olması ve dolayısıyla borçlunun zarar uğrama olasılığı her zaman mevcuttur. Bu sebeple de kanun koyucu, ihtiyatî hacze karar verirken kural olarak

²⁵² *Özkes*, İhtiyatî Haciz, s. 20.

²⁵³ *Özkes*, İhtiyatî Haciz, s. 21.

²⁵⁴ *Özkes*, İhtiyatî Haciz, s. 19.

²⁵⁵ *Özkes*, İhtiyatî Haciz, s. 22.

teminat alınması gerektiğine hükmetmiş (İİK m. 259/I); bazı istisnâî durumlarda (İİK m. 259/II, III), teminat alınmasının gerekli olmadığını düzenlemiştir. Dikkati çeken husus ise, alacaklının teminat gösterme zorunluluğunun bulunmadığı durumların, alacaklının talebinin kuvvetle muhtemel haklı olacağı durumlara inhisâr ettirilmiş olmasıdır (İİK m. 259/II, III)²⁵⁶.

İhtiyatî hacze karar verilirken ve ihtiyatî haciz uygulanırken alacaklı lehine işleyen menfaat dengesi, bu aşamadan sonra yani özellikle de kararın alınıp uygulatılmasının ardından borçlu ve üçüncü kişiler lehine işlemeye başlamaktadır. Zira kararın alınması ve hatta borçlunun malvarlığı üzerinde, ihtiyatî haciz kararının gereği olarak haciz uygulanması neticesinde, alacaklının alacağını tahsil tehlikesi bertaraf edilmiş olmakta; bu aşamadan sonra, alanın bu geçici hukukî koruma önleminden borçlunun zarara uğramasının önüne geçilmek istenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, ihtiyatî haciz kararının kabulünden sonra on gün içerisinde ihtiyatî haciz kararının gereğinin yerine getirilmesi, alacaklının kararı uygulamadaki keyfiliğinin önüne geçilmesini amaçlayarak, bu anlamda borçlunun menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir²⁵⁷.

Nitekim Yargutay 4. Hukuk Dairesi, 16.11.2000 tarihinde, kanaatimizce hukuka uygun olarak verdiği bir kararında, alacaklı lehine verilen ihtiyatî haciz kararına karşı borçlunun yaptığı itirazı dikkate almayarak, borçluyu sürekli bir icra tehdidi altında bırakacak ihtiyatî hacze karşı borçlunun itirazlarını incelememesi sebebiyle, hâkimin sorumluluğuna (HUMK m. 573/II) hükmetmiştir. Zira karara konu olayda, alacaklının talebi üzerine verilen ihtiyatî haciz kararına itiraz eden borçlunun, itirazının haklılığını gösteren kuvvetli emareler bulunmasına rağmen, davaya bakan hâkimin borçlunun itirazını incelemeden davanın esasına girmesinin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun maddesine göre hâkimin sorumluluğunu gerektirdiği sonucuna varılmıştır²⁵⁸.

²⁵⁶ **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 23.

²⁵⁷ **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 23.

²⁵⁸ “... Somut olayda, alacaklı banka tarafından alınan ihtiyati haciz kararı uygulanarak davacıların ev eşyaları haczedilmiştir. Davacılar, süresinde yaptıkları itirazları ile alacağın rehinle temin edildiğini bildirmişlerdir. Dosyadaki belgelere göre de alacağın ipotekle temin edildiği, hatta alacaklının ihtiyati haciz kararı istemeden önce ipotegün paraya çevrilmesi yoluyla takip yaptığı borçlunun itiraz ettiği, bu itirazın iptali veya kaldırılması yoluna gidilmediği, aradan uzunca bir süre geçtikten sonra ihtiyati haciz talebinde bulunulduğu anlaşılmıştır. Davalının, itirazı görüşmek üzere açtığı duruşma sonunda alacağın ipotekle

Kararın uygulanmasının ardındansa, ihtiyatî haciz kararına karşı düzenlenen itiraz müessesesine ilişkin düzenlemelerle (İİK m. 265/I, II, III, IV), 4949 sayılı kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'na giren temyiz yolu (İİK m. 265/V), borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden oldukça önemli araçlardandır. Yine bunun gibi borçlu tarafından gösterilecek teminat karşılığında, haczolunan mallar üzerinden ihtiyatî haczin kaldırılması (İİK m. 266), borçlunun menfaatlerine hizmet eden ve bu anlamda alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunmasına hizmet eden bir düzenlemedir²⁵⁹.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 13 ile 16. maddelerinde düzenlenen ihtiyatî haciz müessesesi ise, gerek alacaklı ve borçlunun gerekse üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri açısından birtakım tehlikeler taşımaktadır. Bu durumlar, menfaat dengesini alacaklı kamu idaresi lehine bozduğu gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu ihtiyatî haciz sisteminden de ayrılıklar içermektedir. Bu konudaki ihlâl tehlikelerini özellikle temel esaslar ve ilkeler bazında, daha önceki açıklamalarımızda ele almıştık²⁶⁰. Ancak bu noktada durumu normatif düzenlemeler çerçevesinde şu şekilde özetlememiz mümkündür:

- (i) Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre, ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi, alacaklı tahsil dairesine verilmiştir (AATUHK m. 13/I). Bu durum, daha önceki açıklamalarımızda belirtildiği üzere, alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesine, hukuk devletinin

*temin edildiğini gerek belgelerden gerek taraf beyanlarından anlamış olması karşısında yasanın açık hükmünü gözetip ihtiyatî haciz kararının kaldırılmasına karar vermesi gerekirdi. Davalı, bunun yerine 28.7.1999'dan başlayıp 26.10.1999 gününe kadar muhtelif celseler açıp, işin esası hakkında deliller toplamış, bilirkişi incelemesi yaptırmış, sonuçta da itirazın kısmen kabulüne karar vermiştir. Oysa, davalının itiraz sebeplerine hasren inceleme yapıp bir karar vermesi gerekirdi. Bir alacak davası varmış gibi işin esası hakkında inceleme yapması yasaya aykırıdır. Bu durumlar yargılama sırasında müteaddit defa itiraz konusu yapıldığı halde davalı tarafından bir gerekçe gösterilmeden görmezden gelinip, işin esasının incelenmesine devam edilmiştir. Öte yandan alacaklının daha önce ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlattığı takibe davacıların itiraz ettiğini, alacaklının bu itirazı kaldırma yoluna gitmediğini de dosyadaki savunma ve delillerden davalının bildiği açıktır. / **Şu durum karşısında; geçici bir durum olan ihtiyatî haczin ve bu hacze yapılan itirazın kısa sürede ve yasalara uygun şekilde sonuçlandırılması gerekir. Davalının işi sürüncemede bırakarak yasanın açık buyruklarına uygun davranmaması ve davacıları sürekli bir haciz tehdidi altında tutacak şekilde hareket etmesi HUMK'nun 573/2. fıkrasına göre; açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırılık oluşturacağından sorumlu tutulması gerektiği kanaatine varılmıştır.**" 4. HD, 16.11.2000, 6402/10139 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).*

²⁵⁹ Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 24.

²⁶⁰ Bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, C.

gereklarine ve özellikle de kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim bu yetkiye göre borçlu hakkında verilen ihtiyatî haciz kararlarında, bu kararın kimin tarafından verilmesi gerektiği uygulamada pek çok soruna yol açmış ve “mahallin en büyük amiri”²⁶¹ yerine defterdarlar²⁶², vali yardımcılar²⁶³, hukuk işleri müdürü²⁶⁴ tarafından dahi borçlular hakkında ihtiyatî hacze karar verilebilmiştir.

(ii) İkinci olarak, 6183 sayılı Kanun aynı zamanda ihtiyatî haciz şartları açısından da, idare tarafından keyfi bir şekilde borçlunun menfaatlerini ihlâl edebilecek esaslar benimsemiştir. Zira 6183 sayılı Kanun’a göre karar verilecek ihtiyatî hacizde, ileride tahakkuk edecek olan veya vadesi gelmemiş alacaklar için ihtiyatî haciz talebinin uygulama sahası oldukça genişletilmiştir (bkz. AATUHK m. 13). Bunun yanı sıra Kanun’da belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde doğrudan doğruya ihtiyatî hacze kararı verilebilmekte; ayrıca, ihtiyatî hacze karar verilmesi için alacağın yaklaşık ispatla dahi olsa ispat edilmesi aranmamaktadır. Bu durum

²⁶¹ İhtiyati haciz mahallin en büyük memurunun (vali) kararıyla tatbik edilebilebileceği konusunda bazı kararlar için bkz. Dş. 4. D., 21.04.1999, 1998-4666/1587 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008); Dş. 7. D., 12.03.1996, 1994-2479/883 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

²⁶² “6183 sayılı Kanununun 64. maddesinde ihtiyati haciz kararının, alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla alınacağı öngörülmüştür. **Alacaklı amme idaresi olayda vergi dairesi olduğuna göre vergi dairesinin mahalli en büyük memuru da defterdardır. Defterdar yardımcısına vekalet eden kişi tarafından, ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için, defterdar tarafından yetkilendirilmiş olması gerekir.**” Dş. 4. D., 15.03.2004, 2003-2119/467 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

Vali yerine bu konuda karar verme yetkisi bulunmayan defterdar tarafından alınan ihtiyati haciz kararına dayanılarak uygulanan ihtiyatî haciz işlemi yasaya aykırı olduğu yönünde bir başka karar için bkz. Dş. 9.D, 23.11.1998, 1997-5041/4443 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

²⁶³ “**Olayda ihtiyati hacze konu kamu alacağı Devlete ait bulunduğundan alacaklı kamu idaresinin, Devlet; alacaklı kamu idaresinin en büyük mahalli memurun da, vali olduğu açıktır. Yasalarda yetki devrini olanaklı kılan bir düzenlemeye yer verilmediğinden, ihtiyati haciz kararının alınması hususunda yetkinin başka bir memura bırakılması mümkün değildir. Bu bakımdan; vali yardımcısı tarafından alınan dava konusu ihtiyati haciz kararında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.**” Dş. 7. D., 01.10.2002, 2001-3170/3032 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

Vali yardımcısı tarafından imzalanan ihtiyatî haciz kararının geçerli olmadığı konusunda bir başka karar için bkz. Dş. 11. D., 07.10.1996, 2281/3432 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

²⁶⁴ Hukuk işleri müdürü tarafından imzalanan karara dayanılarak ihtiyatî haciz uygulaması yapılamayacağı konusunda bir karar için bkz. Dş. 9. D., 22.12.1994, 3487/5272 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tairihi: 27.05.2008).

karşısında ise, idarenin keyfî olarak ihtiyatî hacze karar vermesi olasılığı oldukça artmaktadır.

(iii) Ayrıca 6183 sayılı Kanun'da, İcra ve İflâs Kanunu'nda olduğu gibi (bkz. İİK m. 259), borçlunun ve üçüncü kişilerin, ihtiyatî haciz sebebiyle uğradıkları zararların tazminine yönelik bir düzenlemenin bulunmaması, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin ağır bir ihlâl tehlikesi altında kalmasına zemin hazırlamaktadır. Bu durumda idarenin keyfî olarak verdiği ihtiyatî haciz kararlarının denetiminin oldukça güç olması, kişilerin hak arama özgürlüğüne de müdahale anlamına gelmektedir.

(iv) Bunun yanı sıra, İcra ve İflâs Kanunu'na göre verilen ihtiyatî haciz kararlarının uygulanması için, kararın verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde icra dairesine başvuru zorunluluğu bulunmaktayken, böyle bir zorunluluk 6183 sayılı Kanun'a göre verilecek ihtiyatî haciz kararlarında bulunmamaktadır. Bu durumda ise, borçlu her zaman için ihtiyatî haciz kararını mahallin en büyük amirine onaylatarak uygulatma yetkisine sahip olan idarenin²⁶⁵, ihtiyatî haciz tehdidi altında olacaktır.

Sonuç olarak, idarenin işlemleri açısından en fazla önem arzeden husus, idarenin keyfî davranışlarından kişilerin korunması gereği karşısında, 6183 sayılı Kanun'a göre verilecek ihtiyatî haciz kararları açısından bu konuda yeterli korumanın sağlanmadığı ortaya çıkmaktadır. Zira alacaklı kamu idaresinin, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre vereceği ihtiyatî haciz kararına ilişkin yetkileri göz önüne alındığında, kişilerin keyfî davranışlarla karşılaşma tehlikesinin oldukça yüksek olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

§ 10. MENFAAT DENGESİNİ İHLÂLİNİN SONUÇLARI VE BAŞVURU YOLLARI

I. GENEL OLARAK İHLÂLİN ORTAYA ÇIKTIĞI AN VE SONUÇLARI

Alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler açısından menfaat dengesi ihlallerinin gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği durum ve ihtimâlleri yukarıda belirlemeye

²⁶⁵ *Karakoç*, Genel Vergi Hukuku, s. 563.

çalıştık. Menfaat dengesi ihlâlinin ortaya çıktığı veya çıkabileceği bu durumlar, genel olarak iki süreçte gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi, kanunlaştırma yani *yasama sürecinde* ortaya çıkan menfaat ihlâlleridir. İkincisi ise, alacağın tahsili sürecinde gerçekleştirilen takip işlemlerinin kanuna veya hukuka aykırı yapılmaları sebebiyle *takip sürecinde* ortaya çıkan menfaat ihlâlleridir. İhlâllerin ortaya çıktığı bu iki süreç tamamıyla birbirinden farklı niteliktedir. İlkinde ihlâl, “*Türk milleti adına*” hareket eden yasama organı (Ay m. 80) tarafından, düzenlemenin kanunî statüye geçirilmesi aşamasında yani kanunlaştırma sürecinde ortaya çıkmaktadır. İkincisinde ise, her ne içerikte olursa olsun kanunlaştırılan bir düzenlemenin, takip sürecinde somut olaya uygulanması sırasında ortaya çıkan menfaat ihlâlleri söz konusudur. Bu çerçevede, her iki ihlâlin sonuçları birbirinden farklıdır. Bu sebeple, ihlâllere karşı başvurulabilecek hukukî yollar da birbirinden farklılık arz etmektedir.

Takip prosedüründeki menfaat çatışmasının konusunu oluşturan temel hak ve özgürlüklerin de, etkin bir şekilde kullanımına imkân yaratılması, temel hak ve özgürlükler konusunda günümüz hukukunun getirdiği önemli gelişmelerin başında gelmektedir²⁶⁶. Hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde kullanılabilmesi için öncelikle, kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin somut belgeler üzerinde belirtilmesi gerekir²⁶⁷. Bu açıdan gerek mevcut Anayasamız gerekse Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, önemli bir teminat sağlamaktadırlar. Ancak, hak ve özgürlüklerin sadece yazılı belgeler üzerinde somutlaştırılması, bu hakların etkin bir şekilde kullanılmasını tek başına sağlamayacaktır. Bu sebeple, hak ve özgürlüklerin gerek kişilere karşı gerekse yürütme, yasama, yargı organlarına karşı korunması için birtakım başvuru yollarının benimsenmesi hukukun başta gelen amaçlarından birisidir.

²⁶⁶ *Akın*, Temel Haklar, s. 134-135.

²⁶⁷ *Akın*, Temel Haklar, s. 135.

II. KANUN KOYUCU TARAFINDAN MENFAAT DENGESİNİN GÖZETİLMEMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI

A. Genel Olarak

Menfaat ihlallerinin meydana geldiği ilk süreç yasama faaliyetleri sırasında gerçekleşebilmektedir. Taraflar arasında veya üçüncü kişiler açısından ortaya çıkan bu menfaat ihlalleri, yukarıda da belirtmeye çalıştığımız üzere, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri ile temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumlar, yukarıda tek tek somut olarak belirlenmeye çalışıldı. Özetlemek gerekirse, takibin tarafları arasında veya üçüncü kişiler açısından ortaya çıkan bu menfaat ihlalleri genel olarak Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğü, âdil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesi, hukukî dinlenilme hakkı, kişiliğin ve insan onurunun korunması ilkesi, mülkiyet hakkının korunması, konut dokunulmazlığının korunması gibi temel hak ve özgürlüklerin veya hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi, oranlılık ve ölçülülük ilkesi, hukukî güvenliğin sağlanması gibi bazı temel ilke ve esasların ihlâline de sebebiyet vermektedir. Söz konusu bu ihlaller, menfaat dengesini gözetmekle yükümlü olan takip organlarının işlemi yapmasından evvel yani yasama sürecinde ortaya çıkmaktadır. Bu ihlallere karşı, hukuk sistemimiz açısından başvurulabilecek en etkin hukukî yol ise, anayasaya uygunluk denetimidir.

B. Anayasaya Uygunluk Denetimi

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 87. maddesinin ilk fıkrası, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini belirtirken ilk olarak “*kanun koyma, değiştirme ve kaldırma*”yı saymıştır. Bu çerçevede, öncelikle kanun tasarı ve teklifleri, Bakanlar Kurulunca veya milletvekillerce teklif edilmekte (Ay m. 88/I); bu tasarı ve teklifler Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmekte (Ay m. 88/II) ve daha sonra da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmaktadır (Ay m. 89). Bu süreçte yasama organının sahip olduğu yetkinin bir neticesi olarak, kanunların ve dolayısıyla takip kurallarının tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilerek Anayasa'ya ve hukuka uygun olması, ancak bu koşulları sağlayan tasarı düzenlemelerinin

kanunlaştırılması gerekmektedir. Anayasa, yasama organına bu yetkiyi tanıırken, icra hukuku mevzuatımızda olduğu gibi kanunî düzenlemelerde, Anayasa'ya veya hukuka aykırı olan hükümlerin denetime tâbi tutulması amacıyla Anayasa'ya uygunluk denetimi sistemini geliştirmiştir.

Anayasaların bağlayıcılığı ve onun da ötesinde üstünlüğü ilkesinin benimsenmesinin bir gereksinimi olarak anayasa yargısının ortaya çıkışı, tarih sürecinde belirli aşamalardan geçerek son hâlini almıştır²⁶⁸. Yirminci yüzyılda, kişilerin hak ve özgürlüklerinin en önemli güvencesi yasama organının düzenlediği kanunlardı²⁶⁹. Ancak bu yüzyılda yaşanan bazı olaylar ve özellikle II. Dünya Savaşı'nda edinilen tecrübeler, yasama organlarının düzenlemiş oldukları kanunların, yasama organının üstünde yer alan bir güç tarafından denetlenmesi ihtiyacını doğurmuştur²⁷⁰. Bu şekilde, yasama organına karşı, kişilere Anayasa ile tanınan hakların güvence altına alınması sağlanabilecek; yasama organının iradesini, Anayasa'ya saygı duymaya zorlayacak bir mekanizma ihdâs edilebilecekti. Bu ihtiyaçların bir sonucu olarak kanunların anayasaya denetimini sağlayacak olan anayasa yargısı kabul edilmiş ve yirminci yüzyıla gelindiğinde, çağdaş hukuk sistemlerinin önemli bir kısmında anayasa yargısı sistemi benimsenmiştir²⁷¹. Dolayısıyla, bu şekilde hâsıl olan bir ihtiyacın sonucu olarak benimsenen anayasa yargısının temel amacı da, anayasaya uygunluğu, anayasaya saygıyı gerçekleştirmektir²⁷². Bu çerçevede anayasaya uygunluk denetimi, anayasanın

²⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Hirsch*, Anayasanın Etkileri, s. 3 vd.; *Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 23 vd.; *Soysal*, s. 7-8; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 860. Ayrıca anayasal hak ve özgürlüklerin korunması için anayasa yargısının zorunlu olup olmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gülsoy*, s. 141-144.

²⁶⁹ *Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 24.

²⁷⁰ Bkz. *Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 23-24; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 860. Bu konuda ayrıca bkz. *Karayalçın*, Hukukun Üstünlüğü, s. 122.

²⁷¹ *Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 24. Bu konuda ayrıca bkz. *Soysal*, s. 8; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 860.

²⁷² *Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 25; *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 860. Kanunların anayasaya denetiminin sağlanmasının ortaya çıkış sebeplerinden birisi, devlet erkinin giderek artmaya başlayan görevleri sebebiyle kanunların daha teknik konular içermeye başlamasıdır (*Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 24). Bu durumda, yasama organının kanunlaştırma sürecinde etkili bir denetim sağlaması güçleşecektir (*Teziç*, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 24).

bağlayıcılığı ve üstünlüğü karşısında da vazgeçilmesi pek mümkün olmayan bir yere sahiptir²⁷³.

Anayasa'ya uygunluk denetimi, Anayasa'nın 146 ile 153. maddeleri arasında düzenlenen Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Bu görev, Anayasa'nın 148 maddesi ile Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Bu madde hükmüne göre, “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler*” (Ay m. 148). Bu denetimi ise, Anayasa Mahkemesi iki hukukî başvuru neticesinde gerçekleştirebilecektir. Bunlar, soyut ve somut norm denetimleridir. Her iki denetim yolunda da, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilmesi, talebe bağlıdır²⁷⁴. Talep olmadan, Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu kendiliğinden denetlemesi mümkün değildir.

Bu arada belirtmek isteriz ki, hukuk sistemlerinin önemli bir kısmında kabul edilmiş olan “*Anayasa Şikayeti*” hukukumuzda, çok tartışılmış olmasına rağmen, henüz bireysel bir başvuru yolu olarak kabul edilmemiştir²⁷⁵. Anayasa şikâyetini, soyut ve somut norm denetimlerinden ayıran özellik, bir temel hakkı veya özgürlüğünün ihlâl edildiği iddiasında olan bireyin -*bu konudaki cezaî, hukukî, idarî ve malî yargı merciilerine başvurduktan sonra*-, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasıdır. Dolayısıyla anayasa şikâyeti, bir kamu makamınca hakkının ya da özgürlüğünün ihlâl edildiğini ileri süren kişinin diğer iç hukuk yollarına başvurarak hakkını araması ve bu hukukî yolu tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği bir hukukî çaredir²⁷⁶. Anayasa şikâyeti, hak arama özgürlüğünün sağlanması amacıyla hizmet eden önemli bir başvuru aracı olmasına rağmen hukukumuzda kabul edilmemiştir²⁷⁷. Bu sebeple de, icra hukukunda

²⁷³ Bu konuda bkz. *Soysal*, s. 8; *Gülsoy*, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, s. 115. Anayasa yargısının hak arama özgürlüğü içerisindeki yeri ve önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Çetin*, s. 94-95.

²⁷⁴ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 483.

²⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, s. 257 vd. **Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli**.

²⁷⁶ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 483.

²⁷⁷ Türk hukukunda anayasa şikâyeti modelinin kabul edilmesi gerektiği yönünde açıklamalar için bkz. *Pekcanitez*, Anayasa Şikâyeti, s. 286-287.

anayasaya aykırılık sebebiyle oluşan menfaat ihlallerine karşı, düzenlemenin iptaline dayanarak kişilerin bireysel olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurması mümkün değildir; bu başvuru ancak aşağıda belirtilecek organ ve kişiler tarafından gerçekleştirilebilecektir.

2. Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi, Anayasa'nın 150. maddesi hükmünde düzenlenmiş olan "iptal davası"dır. Bu denetim yolunda, Anayasa'da belirtilen bazı organlar ya da belirli sayıdaki milletvekilleri, bir kanun hükmü aleyhine, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal davası açmaktadırlar. Anayasa'nın 150. maddesi hükmüne göre; "Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasî partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır" (Ay m. 150). Anayasa'nın 151. maddesi hükmünde de, dava açma süresi belirtilmiştir. Bu maddeye göre, Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya içtüzüğün Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren altmış gün sonra düşecektir (Ay m. 151). Bu açıdan, altmış günlük süre hak düşürücü niteliktedir. İptal davası açma yoluna, soyut norm denetimi denilmesinin sebebi de, kanunun, yayımlanmasından kısa bir süre sonra, belki de hiç uygulanmadan denetiminin soyut olarak gerçekleştirilmesinden kaynaklanmaktadır²⁷⁸.

Soyut norm denetimi, özellikle icra hukukundaki gibi, kanunun, çeşitli menfaat gruplarına da hitâp etmesi hâlinde önem kazanır. Zira hukukumuzda, bazı menfaat grupları, belirli kanunlar üzerinde hâkimiyet kurmak amacıyla, kendileri lehine ancak karşı taraf aleyhine olan ve icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesini zedeleyen düzenlemeler getirmeye çalışabilmektedir. Bu durumun önüne geçilebilmesinin en önemli araçlarından birisi ise, soyut norm denetimidir. Zira, bu

²⁷⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 484. Bu konuda ayrıca bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 899-902.

tip durumlarda menfaat dengesini bozan kanunî düzenlemeler henüz yürürlüğe girmeden veya yürürlüğe girmelerinden itibaren çok kısa bir süre içerisinde, herhangi bir hak kaybına yol açılmadan Anayasa Mahkemesi'nin önüne gidebilir ve Anayasa Mahkemesi, bu hüküm veya hükümleri Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle iptal edebilir. Bu sebeple, soyut norm denetiminin gerçek anlamda işletilmesi hukuk devleti ülkesinin ve hukukî güvenliği sağlamanın en önemli araçlarının başında gelmektedir.

3. Somut Norm Denetimi

Somut norm denetimi yolu, mahkemelerin bakmakta oldukları davada, uygulayacakları kanunun Anayasa'ya aykırılığı sorunu ile karşılaşmaları durumunda, önce bu sorunun çözümünü getirmeleriyle ilgilidir. Somut norm denetimi, soyut norm denetiminden farklı olarak herhangi bir süreye tâbi olmamakla birlikte, belirli organlar tarafından ileri sürülebilecek bir yol olmayıp, davanın taraflarınca da davayı görmekte olan mahkemeden talep edilebilecek bir istemdir. Hatta davayı görmekte olan mahkeme dahi, söz konusu uyuşmazlığa uygulayacak olduğu hükmün Anayasa'ya aykırılığını ileri sürebilecektir²⁷⁹.

Somut norm denetimini düzenleyen Anayasa'nın 152. maddesi hükmüne göre; *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvuruda bulunulamaz”* (Ay m. 152). Ancak, somut norm denetimi hakkındaki düzenlemenin son fıkrası ile getirilen *on yıllık süre*

²⁷⁹ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 484. Bu konuda ayrıca bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 903-904.

kanaatimizce, oldukça uzun bir süredir ve hukukî çareye başvurma amacını ortadan kaldıracak niteliktedir.

Hukukumuzda, Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuruların çok sayıda olduğundan, dolayısıyla söz konusu hukukî yolun etkin bir şekilde kullanıldığından söz edemeyiz. Zira, yukarıda Anayasa'ya aykırılığını tespit ettiğimiz ve takibin tarafları ile üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeleyen hükümlerin çok önemli bir kısmının, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğünü tespit edememekteyiz. Bu durumun sebeplerinin başında, hiç şüphesiz ki somut norm denetiminin gerçekleştirilebilmesi için davayı gören mahkemenin, davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu *kanaatine ulaşması zorunluluğu* gelmektedir. Dolayısıyla bir dava sürecinde, davanın tarafları Anayasa'ya aykırı hüküm karşısında, ne derece menfaat ihlâline uğramış olurlarsa da, hükmün Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi, davayı gören mahkemenin takdirindedir. Mahkemeler ise, taraflar Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunsalar dahi, çoğunlukla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru konusunda çekingen kalmaktadırlar. Bu durum da, yukarıda belirttiğimiz anayasal ihlâller sebebiyle kişilere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağı tanıyan anayasa şikâyetinin, hukuk sistemimizde gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Aksi takdirde, icra hukuku kurallarıyla Anayasa'ya aykırı olarak getirilen ve menfaat ihlâllerine sebebiyet veren düzenlemelere karşı, kişilerin hak arama özgürlüğünü etkin bir şekilde kullanabilmeleri mümkün olmayacaktır.

4. Anayasaya Uygunluk Denetiminde Kullanılacak Ölçü Normlar

Anayasa mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimini gerçekleştirirken şüphesiz ki, öncelikle Anayasa'nın temel ilke ve kuralları ile bağlıdır²⁸⁰. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi icra hukukunda menfaat ihlâllerine sebebiyet veren temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleleri, Anayasa'nın getirdiği ölçütler çerçevesinde inceleyecektir. Özellikle birinci bölümde yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, Anayasa'ya aykırılık denetiminde öncelikle icra hukukunda müdahalede bulunan her bir hak veya özgürlük açısından ilgili Anayasa hükmü

²⁸⁰ *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 862; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 460; *Kabaoğlu*, s. 334. Bu konuda ayrıca bkz. *Aliefendioğlu*, Hukuk Devleti, s. 147-167.

dikkate alınacaktır. Bu kapsamda da özel olarak, ilgili Anayasa maddesinin konuya ilişkin özel bir sınırlama sebebi getirip getirmediği incelenecektir. Örneğin Anayasa'nın 36. maddesi hak arama özgürlüğüne ilişkin bir özel sınırlama sebebi getirmemiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğüne herhangi bir sınırlama getiren kanun hükümlerinin, Anayasa'ya aykırılığına karar verecektir. Bu durumda artık genel bir sınırlama sebebi teşkil eden Anayasa'nın 13. maddesindeki esasların söz konusu kanunî düzenlemeyi sağlayıp sağlamadığını denetlemeyecektir. İlgili Anayasa hükmü, söz konusu hak ve özgürlüğe ilişkin özel bir sınırlama sebebi getiriyorsa, bu durumda ise Anayasa Mahkemesi, özel sınırlama sebebine giren bir durumun Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen düzenleme açısından gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecektir. Bu kapsamda yapılacak denetlemede ise, Anayasa'nın ilgili hükmü ne çeşit bir özel sınırlama sebebi getirdiyse, kanunî düzenleme o çerçevede incelenecek; dolayısıyla, Anayasa'nın getirdiği özel sınırlama sebeplerinin yorum veya kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun ardından ise, kanunî düzenleme, ilgili Anayasa maddesindeki özel sınırlama sebebine giriyorsa, bu durumda Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama sebebinin gereklerine uyulup uyulmadığı tespit edilecektir. Bu noktada özellikle Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen düzenlemenin, ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zira Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen düzenleme, ilgili Anayasa maddesinin özel sınırlama sebeplerine giriyor ancak Anayasa'nın 13. maddesi anlamında ölçülülük ilkesinin gereklerini açıyorsa, bu durumda söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilmiş olan ölçütlerin yanı sıra, Anayasa'ya uygunluk denetimini yaparken Anayasa'nın hükümleriyle birlikte uluslararası belgeleri ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni de dikkate almasının son derece önemli olduğunu belirtmek isteriz²⁸¹. Zira, yasama organının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni dikkate almadan anayasal haklara müdahale etmesi durumunda, soyut ve somut norm denetimi aracılığı ile yasama işlemlerini,

²⁸¹ Bu konuda bkz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 466-477; *Kabaoğlu*, s. 336-337.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yakınlaştırma fonksiyonu anayasa mahkemesinin olacaktır²⁸².

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 16.06.1992 tarihinde vermiş olduğu bir karar bu gerekliliği açıkça ortaya koymaktadır: “İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak ‘insan Hakları Evrensel Demeci’ ile ‘Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur”²⁸³.

Hatta Anayasa Mahkemesi sadece uluslararası sözleşmelerle değil, bunun yanı sıra hukukun genel ilkeleri ile de bağlıdır²⁸⁴. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, gerek soyut norm denetiminde gerekse somut norm denetiminde, icra hukukunda anayasal ihlallerden doğan menfaat ihlallerine sebebiyet veren düzenlemeleri Anayasa, uluslararası sözleşmeler, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde inceleyecektir. Bu çerçevede hukuk kurallarının sınırları çizilirken, bu kuralların kişilere verdiği yetkiler yorumlanırken en önemli denetim aracının Anayasa olduğu unutulmamalıdır²⁸⁵.

²⁸² **Gülsoy**, s. 155. Bu konuda ayrıca bkz. **Soysal**, s. 14-15.

²⁸³ AMK 16.06.1992, 8/39 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-39.htm>; Erişim Tarihi: 22.05.2008). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **Aliefendioğlu**, Hukuk Devleti, s. 165. Benzer yönde diğer bazı kararlar için bkz. AMK 27.03.1988, 1985-31/11 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-11.htm>; Erişim Tarihi: 08.05.2008); AMK 19.06.1968, 1966-19/25 (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1968/K1968-25.htm>; Erişim Tarihi: 08.05.2008). Belirttiğimiz son iki kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. **Aliefendioğlu**, Temel Haklar, s. 31.

²⁸⁴ **Gözler**, Anayasa Hukuku, s. 862; **Kabaoğlu**, s. 334.

²⁸⁵ **Kaneti**, s. 20-21.

III. YARGI VE İCRA ORGANLARINCA MENFAAT DENGESİNİN GÖZETİLMEMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI

A. Genel Olarak

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, icra hukukunda menfaat dengesini gözetmekle yükümlü olan aslî organların başında yargı ve icra organları gelmektedir. Bu yükümlülüğün kapsamı ve kullanılma şekli hakkındaki açıklamalarımıza daha önceki bölümde değinilmişti. Bu noktada ise, bu yükümlülüğün kapsamı dışına çıkıldığında ilgililer tarafından başvurulabilecek hukukî çareleri belirlemeye çalışacağız.

Bu başvuru imkânları içerisinde öncelikle, icra memurlarının hukuka aykırı işlemlerine karşı, işlemin iptalini veya yerine getirilmesini sağlayan şikâyet yolunu ele alacağız. Bu başvuru imkânında, kişilerin söz konusu işlemde doğan zararlarının giderilmesinin mümkün olmaması ve özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesinin, ilgililere oluşan zararları için devlete karşı tazminat davası açma imkânını tanıması, ikinci olarak devletin haksız işlemde doğan sorumluluğunu ele almamıza sebebiyet vermiştir.

Bunun ardından ise, özellikle menfaat ihlâllerine sebebiyet veren icra organlarının yapmış oldukları işlemlere ilişkin mahkemelerin vermiş oldukları kararların, bir üst mercide denetlenmesini, yani kanun yoluna başvuru imkânını ele alacağız. Sonucu olarak, ilgililerin menfaat ihlâllerinden doğan icra organı işlemlerine veya mahkeme kararlarına karşı başvurabileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânını ele alacağız.

B. Şikâyet

İcra ve iflâs memurları, icra ve iflâs takiplerini devlet adına yürüten memurlardır²⁸⁶. Bu anlamda, takip prosedüründe devletin yetkili organı olarak karşımıza çıkmaktadırlar. İcra/iftlâs memurları bu kapsamda Kanun'un kendilerine vermiş olduğu bir çok yetkiye sahip oldukları gibi, Kanun'un kendilerine verdiği görevleri de yerine getirmekle yükümlüdürler. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda,

²⁸⁶ *Pekantez*, Şikâyet, s. 16.

icra/ıflâs memurlarına takdir yetkisinin tanındığı pek çok hükme de rastlamak mümkündür. İşte tüm bu görevlerin yerine getirilmesi ve yetkilerin kullanılmasında, icra/ıflâs memurlarının işlemlerinin denetlenmesi hukuk güvenliğinin zorunlu bir sonucudur. Bu sebeple de, İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. maddesi, ilgililerin, icra/ıflâs memurlarının işlemlerinin kanuna aykırı olmasından, işlemlerinin olaya uygun olmamasından, işlemlerinin sebepsiz yere yerine getirilmemesinden veya işlemleri sebepsiz yere geciktirmesinden kaynaklanarak icra mahkemesine şikâyet talebi ile başvurabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla ilgililer, icra/ıflâs memurlarınca gerek takdir yetkisinin hukuka aykırı olarak kullanılmasından gerekse yapılan işlemlerin Kanun'a aykırı olarak gerçekleştirilmesinden dolayı şikâyet yoluna başvurulabilecektir. O hâlde şikâyet yolu, icra takibinin taraflarının veya üçüncü kişilerin, icra/ıflâs memurlarınca haklarının veya menfaatlerinin ihlâlê uğratılması durumunda başvurabilecekleri en önemli araçlardan birisidir²⁸⁷. Bu sebeple de şikâyet yolu, menfaatlerin dengelenmesinde ilgililerce somut olarak kullanılacak bir araçtır.

Şikâyet yolunun etkin bir hukukî korumayı gerçekleştirilmesine hizmet etmesinin sebebi, bu yola başvurmak için kişilerin zarar görmüş olmaları şartının aranmaması ve takibin tarafları dışında, hukukî yararı bulunan üçüncü kişilerin de bu yola başvurabilmelerine imkân tanınmasıdır²⁸⁸. Bu sebeple de, şikâyet yargılmasında ilgili kavramı kullanılmaktadır. Şikâyet yoluna üçüncü kişilerin de başvurabilmesi ve şikâyet talebinde bulunmak için zarara uğrama koşulunun aranmaması, takibin tarafları yanında üçüncü kişilerin de menfaatlerinin korunmasını ve dengelenmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Kanun koyucu, şikâyet yargılamasında, sadece icra/ıflâs memurunun işlemini şikâyet eden ilgilinin menfaatlerini korumamaktadır. Zira şikâyet talebine başvuru, icra takip işlemlerini kendiliğinden durdurmayacaktır (İİK m. 22). Bunun için, icra mahkemesinin özel olarak durdurma kararı vermesi gerekir. Burada, kanun koyucu kötü niyetli şikâyet başvurularına karşı *-özellikle, kötü niyetli olan borçlu*

²⁸⁷ Şikâyet yolunun özellikle müessesenin amacı çerçevesinde hizmet ettiği esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez**, Şikâyet, s. 5-8.

²⁸⁸ **Pekantez**, Şikâyet, s. 97-98. ayrıca bkz. **Arar**, s. 28-31; **Postacıoğlu**, s. 61; **Üstündağ**, İcra Hukuku, s. 48-50; **Kuru**, El Kitabı, s. 99; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 66; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 78.

başvurularına karşı-, şikâyet talebinde bulunmayan takibin diğer tarafını korumayı amaçlamış ve şikâyet talebinde bulunanın iradesiyle takibin hemen durmasını engellemiştir. Bununla birlikte, şikâyet talebinin kabulü ile sonuçlanan yargılamada, şikâyet talebinde bulunan ilgilinin menfaatleri korunmuş ve takibin her ne aşamasında olunursa olunsun hukuka aykırı olarak yapılan işlemin düzeltilmesine, ortadan kaldırılmasına veya yapılmayan işlemin yapılmasına imkân vermiştir.

İsviçre İcra-İflâs Kanunu, menfaat dengesinin korunması açısından önemli iki düzenlemeyi 1994 değişikliği ile kabul etmiştir. Bunlardan birincisi şikâyete başvurunun harçsız olmasıdır. Bu durum şikâyet yoluna başvuru durumunda ortaya çıkabilecek çok önemli bir tehlikeyi bertaraf edici niteliktedir. Zira Türk hukukuna göre, şikâyet yargılaması sonucunda ilgilinin haklı olması durumunda şikâyet harç ve masraflarının kime ait olacağı oldukça tartışmalıdır. Özellikle icra harçları bakımından, şikâyet neticesinde hukuka aykırı işlemde bulunduğu anlaşılan icra memurlarının işlemlerinden dolayı, şikâyet yoluna başvurmayan diğer tarafın bu masraflardan sorumlu olması menfaat dengesinin korunması açısından hukuka aykırı bir sonuçtur. Ancak hukuk sistemimizde çoğunlukla, şikâyet başvuru ile *-sırf yargılama harç ve masraflarının sorumluluğundan kurtulmak için-* başvuran taraf, karşı taraf olarak takibin karşı tarafını göstermektedir. Bu şekilde icra memurunun hukuka aykırı işlemde hiç bir etkisi ve kusuru bulunmayan takibin diğer tarafa, yargılama harç ve masrafları yükletilmektedir. Bu duruma karşı İsviçre İcra-İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu kural son derece yerindedir. Zira bu düzenlemeye göre, kural olarak şikâyet başvurusu parasızdır; ancak kötü niyetli olarak veya kasten şikâyet yoluna giden 1.500. Frank'a kadar para cezası ile harç ve masrafları ödemeye mahkûm edilebilecektir (İsv İİK m. 20a/I)²⁸⁹. Türk hukuku açısından, şikâyet yoluna başvurmayan tarafın menfaatlerini son derece zedeleyen bu durum karşısında, İsviçre hukukundaki sistemin menfaat dengesinin korunmasının sağlanmasına çok önemli bir katkı sağladığını ifade etmek mümkündür.

İkinci olarak, 1994 Kanun değişikliği ile İsviçre hukukunda, kamu düzenine veya takibe taraf olmayan kişilerin menfaatlerini korumaya yönelik hükümlere aykırı

²⁸⁹ *Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 609.

işlemlerin b t l olacağı kanunda düzenlenmiştir (İsv İİK m. 22/I)²⁹⁰. Bu durum özellikle hak ve menfaatleri ağır bir şekilde ihlâle uğrayan ve takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması açısından oldukça önemli bir düzenlemedir.

C. Devlete Karşı Tazminat Davası

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda icra memurlarının menfaatleri dengeleme yükümlülükleri bulunduğunu ve bunu gözetmekle yükümlü aslı organ olduklarını belirtmiştik. İcra memurlarının bu sorumluluğu için İcra ve İflâs Kanunu tarafından iki koruyucu başvuru imkânı tanınmiştir. Bunların birincisi, az önce ele aldığımız üzere, şikâyet yoludur. Ancak şikâyet yolu sadece hukuka aykırı olarak yapılan işlemin düzeltilmesi, değiştirilmesi veya iptaline yönelik olup; bu yolla, kişilerin uğramış olduğu zararların tazmin edilmesi sağlanamaz. İcra memurlarının hukuka aykırı olarak gerçekleştirdikleri işlemlere karşı başvurulabilecek ikinci yol ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesinde hükme bağlanan icra memurlarının gerçekleştirdiği zararlardan dolayı devletin sorumlu olmasıdır²⁹¹. Nitekim çalışmamızın çeşitli bölümlerinde ele aldığımız üzere, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi taraf menfaatlerine aykırı olarak gerçekleştirilen işlemlerden dolayı pek çok defa

²⁹⁰ *Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 609.

²⁹¹ İcra memurlarının işlemlerinden dolayı devletin sorumluluğunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi, çeşitli değişikliklerden geçerek bugünkü hâlini almıştır. Bu değişikliklerde, hükümde revizyona gidilmesinin tercih sebebi, ilgililerin bu yolu daha etkin, menfaatlerine daha uygun şekilde kullanmalarına dayanmaktaydı. Nitekim, söz konusu düzenleme ilk zamanlar, icra memurunun gerçekleştirdiği hukuka aykırı işlemlerden dolayı, doğrudan doğruya icra memurlarına karşı sorumluluk davası açılacağı yönündeydi. Bu durumda, devletin sorumluluğu ikinci derecedendi (*Berkin*, Devletin Sorumluluğu, s. 185; *Erman*, s. 554). Yani bu durumda zarar gören, icra memuruna karşı dava açıp kazanacak, daha sonra il min gereği icra memurunca ifa edilemezse, zarar gören kişi devlete başvuracaktı. Devletin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayanması ise, sistemin olumlu yanıydı (*Berkin*, Devletin Sorumluluğu, s. 185). Ancak icra memuruna karşı kazanılan davanın devlete karşı kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle, zarar gören kişi bir de devlete dava açmaktaydı; bu durum da, hükmün etkili bir şekilde uygulanmasına engel olmaktaydı. Bu sebeple 538 sayılı Kanun değişikliği ile 1965 yılında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi değiştirilmiş ve maddeye, icra memuruna karşı açılacak davada, devletin de hasım olarak gösterilmesine imkân verilmiş ve bir nebze de olsa, hükmün ilgililerin menfaatlerine hizmet etmesi sağlanmaya çalışılmıştı (*Erman*, s. 555). 3222 sayılı Kanun ile madde hükmünde 1985 yılında tekrar değişikliğe gidilmiş ve 1982 Anayasası'nın 125. maddesine paralel olarak, icra memurunun kusurlu hareketi sonucunda zarara uğrayan kişinin devlete karşı dava açması gerektiği; devletin daha sonra ilgili memura rücu edeceği esası benimsenmiştir. Bu hâliyle, düzenleme, zarar gören ilgililerin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bir hâl almıştır. Zira bu değişiklikten önce, ilgilinin ilgili memura dava açması ve zararının tazminini ondan talep etmesi, çoğunlukla ilgili memurun ekonomik gücü karşısında mümkün olamamaktaydı.

borçlu ve üçüncü kişiler lehine devleti tazminata mahkûm etmiştir. Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, icra memur ve yardımcılarının gerçekleştirdiği zarar verici işlemlerden dolayı devlet sorumludur.

İcra ve İflâs Kanunu'nda kabul edilen sorumluluk esas, kusurlu sorumluluktur. Yani devlet aleyhine tazminat talep edilebilmesi için öncelikle, icra organının yapmış olduğu işlemlerde ilgili görevlinin kusurlu olması gerekmektedir (İİK m. 5/I). Buna karşılık mehz İsviçre hukukunda, Federal İcra ve İflâs Kanunu'nda 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte, devletin kusursuz sorumlu olacağı esas kabul edilmiştir (İsv İİK m. 5/II)²⁹². Ayrıca yine aynı değişiklikle birlikte bu sorumluluk esasının uygulama alanı genişletilmiş ve devletin icra-ıflâs müdürleri ve onların memurlarının, doğrudan doğruya icra organı olarak hareket eden mahkemeler ile icra mahkemelerinin, iflâs idaresinin, konkordota komiserinin, tasfiye memurunun, yardımcı personelin (*resmî memur olma şartı aranmadan kıymet takdiri veya paraya çevirme işlemleri gibi işlemler için görevlendirilen kişiler*) ve polisin gerçekleştirdiği işlemlerden dolayı sorumlu olmasını kabul etmiştir²⁹³. Görüldüğü üzere, mehz icra hukukunda bu konu özellikle son yıllarda çok daha büyük önem kazanmış ve bu kapsamda Federal İcra-İflâs Kanunu'nda köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda Türk icra hukuku açısından da, benzer revizyonlara gidilmesi menfaat dengesinin korunması zorunluluğu açısından önemli bir adım olacaktır. Bunun yanı sıra belirtmek isteriz mehz Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte aynı zamanda, *ağır ihlâllerin* söz konusu olduğu durumlarda, manevî tazminatın da mümkün olduğu açıkça düzenlenmiştir (İsv İİK m. 5/IV). Ancak hak ve menfaatleri icra organları tarafından ağır şekilde ihlâl edilen ilgililer lehine manevî tazminata hükmedileceği, Türk hukukunda da genel hükümler çerçevesinde (BK m. 41 vd.) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin içtihatları doğrultusunda kabul edilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, mehz Kanun'da olup da Türk hukuku açısından varolan önemli bir boşluğu istikrar kazanmış içtihatları aracılığıyla doldurmaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 03.04.2007 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, hukuka ve menfaat dengesine aykırı olarak gerçekleştirilen icra işleminden dolayı,

²⁹² *Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 605.

²⁹³ *Taşpınar*, İsviçre Federal İİK, s. 604.

hukuka aykırı işlemi gerçekleştiren ve karar verme yetkisi bulunan icra müdür veya yardımcısının sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir²⁹⁴.

D. Kanun Yoluna Başvuru

Gerek tahsil organının gerekse tarafların, gerçekleştirilen menfaat dengesi ihlallerinden dolayı sorumluluklarının bulunduğunu belirtmiştik. Bu durumun en

²⁹⁴ “Mersin 1. İcra Müdürlüğü’nün 1991/3618 sayılı rehnin paraya çevrilmesi şeklindeki takip dosyasında, gümrük deposunda bulunan ve kesinleşen takip nedeniyle satışı talep edilen donmuş etlerin ihale ile satışı yapılmış, satışın kesinleşmesi ile ihale bedeli de tahsil edilmiştir. Ancak satışı yapılan bu etler, satıştan önce alınması zorunlu olan kontrol belgesi alınmamış olduğu için gümrük idaresince alıcıya teslim edilmemiştir. Bu aşamada kontrol belgesi alınması yönündeki girişimler de, etlerin yurt içinde tüketimi sağlığına uygun bulunmadığından sonuçsuz kalmıştır. Böylece etler alıcıya teslim edilemediği için, alıcının bu durum nedeniyle uğradığı zarar mahkeme kararı ile davacı idare tarafından ödenmiştir. Bu ödeme yapıldıktan sonra, icra dairesinde görevli olan davalılara rücu edilmek üzere eldeki dava açılmıştır. / Bilindiği gibi zarardan müteselsilen sorumlu olanlar arasındaki rücu davasında teselsül geçerli olmaz. Bu nedenle rücu sırasında her bir davalı, rücu edene karşı kendi kusuru oranında sorumludur. O halde rücu davasında, davalıların zararın doğmasında kusurları olup olmadığı ve bunun oranlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekir. **Davalı A. B.’nin durumu bu kapsamda incelendiğinde, adı geçen olay tarihinde icra müdür yardımcısı olarak görev yaptığı, söz konusu icra dosyası için de takip talebi üzerine ödeme emri düzenleyerek borçluya gönderdiği ve bundan sonraki tüm işlemlerin ise icra müdürü olan A. Y. imzası ile yapıldığı görülmektedir. Ödeme emrinin tebliği sonrası takibin kesinleştirilmesi, satış talebinin kabulü ile satış hazırlıklarının yapılması ve bundan sonra satışın yapılmasına ilişkin tüm işlemler icra müdürü A. Y. imzası ile yapılmıştır. Davalı A. B.’nin bu işlem ve kararlara katkısı olduğu konusunda somut bir belge veya kanıt yoktur. Bu duruma göre icra müdürünün sorumluluğunda ve bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilen işlemler nedeniyle, onun kararlarını kontrol ve denetim imkanı bulunmayan yardımcısının bir kusuru bulunduğu kabul edilemez. Bu itibarla davalı A. B.’nin zararın doğmasında bir kusuru olmadığından hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde diğer davalı ile birlikte sorumluluğuna karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 03.04.2007, 2006-5497/4373 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008). Buna karşılık üye Mehmet Uyumaz karşı oy gerekçesinde şu ifadelerle çoğunluk görüşüne katılmamıştır: “Davalı A. B. olay tarihinde İcra müdür yardımcısıdır. Zararın oluşmasına neden olan işlemlerde katkısının bulunduğu dosya kapsamından ve tüm kanıtlardan anlaşılmaktadır. Tüm işlemlerin İcra müdürü tarafından yapıldığı yolundaki daire görüşü yerinde değildir. Mahkemenin davalı A. B.’nin sorumluluğuna dair kararı doğrudur. Yerel mahkeme kararı bu nedenle onanmalıdır.”**

Benzer şekilde hukuka aykırı olarak işlem yapan icra müdür yardımcılarının da o işlemde doğan zarar sebebiyle sorunlu olacağı yönünde bir karar için bkz.: “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davalı F. İcra Müdürü davalı Ş. ise İcra Müdür Yardımcısı olarak aynı yerde görevlidirler. Davalıların görevli olduğu İcra Müdürlüğünde yapılan bir ilamsız icra takibine borçlu süresinde itiraz etmiş olduğundan takibin durmasına karar verilmesi gerekirken işlemlerin devam ettirildiği görülmektedir. Söz konusu dosyada borçlunun itiraz dilekçesinden sonraki işlemlerle ilgili ilk kararı İcra Müdür Yardımcısı Ş. almış ve takibin durmasına karar vermesi gerekirken işlemleri sürdürmüştür. Böylece borçlunun adresinde haksız yere haciz yapılması nedeniyle davacı İ.İ.K.’nin 5. maddesi uyarınca tazminat ödemek zorunda kalmıştır. **İcra Müdür Yardımcıları her ne kadar İcra Müdürünün gözetim ve denetiminde çalışırlarsa da sorumlulukları içindeki dosyalarla ilgili aldıkları kararlar nedeniyle İcra Müdürü ile birlikte sorumlu olurlar. Yerel mahkemece bu yön üzerinde durulmadan adı geçen davalı hakkında yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” 4. HD, 22.09.2003, 4573/10365 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası; Erişim Tarihi: 24.05.2008).**

önemli sonuçlarından birisi, menfaat dengesi ihlâllerine sebebiyet veren işlemlere ilişkin verilen mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânının bulunmasıdır. Kanun yoluna başvuru, gerek icra mahkemelerinin gerekse adlî ve idarî yargıda ilk derecedeki genel mahkemelerin kararlarına karşı başvuru imkânı tanıyan bir haktır. Bu kapsamda ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı, bir üst merci olan bölge adliye mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri, Yargıtay ve Danıştay yoluna başvuru imkânlarının, icra hukuku alanında uygulama alanının belirlenmesi gerekir. Ancak bundan önce, kanun yoluna başvuru hakkının, özellikle Anayasa ile teminat altına alınan bir hak olup olmadığının ve menfaat ihlâllerine ilişkin verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı, kanun yoluna başvurunun kişilere tanınmasının zorunlu bir hak olup olmadığının belirlenmesi yararlı olacaktır. Zira aşağıda belirteceğimiz üzere mevcut kanun yolu sistemimiz, 5311 sayılı ve 18.03.2005 tarihli Kanun değişikliği ile özellikle icra mahkemelerinin menfaat dengesi ihlâllerine ilişkin verdiği kararların önemli bir kısmına karşı kanun yoluna gitme imkânını ortadan kaldırmıştır. Nitekim 5311 sayılı Kanun ile değiştirilmiş İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde göre, icra mahkemesince 85 maddenin uygulanma biçimi *-ki bu maddenin özellikle son fıkrasının, Kanun'un taraf menfaatleri dengeleme görevini doğrudan doğruya icra memuruna yüklediği en önemli düzenleme olduğu daha önceki açıklamalarda belirtilmişti-*, hacizli taşınır malların muhafaza şekli, kıymet takdirine ilişkin şikâyet, ihâleye katılabilmek için yatırılacak teminat, 36. maddeye göre icranın geri bırakılmasına ilişkin verilen kararlara karşı istinaf ve dolayısıyla kanun yoluna başvuru imkânının bulunmadığı belirtilmiştir²⁹⁵. İcra mahkemesinin nihaî olarak çözümleneceği bu kararlara konu işlemlerin, menfaat dengesi açısından arzettiği büyük önem daha önceki açıklamalarımızda ayrıca ele alınmıştır. Bu noktada ise, bu işlemlere karşı kanun yoluna başvuru imkânının kapatılmasının menfaat dengesi açısından arzettiği tehlikeler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede de öncelikle, kanun yoluna başvuru imkânının temel bir hak olup olmadığı, sınırlandırılabilip sınırlandırılmayacağı *-sınırlandırılması mümkünse, sınırlandırmanın sınırının ne*

²⁹⁵ İcra mahkemesinin bu konularda vermiş olduğu kararlar ile düzenlemede belirtilen diğer bazı kararlara karşı kanun yoluna başvuru imkânının kaldırılması yanında; İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesi, ayrıca belirtilen kararlar dışında kalan kararlara karşı kanun yoluna başvurabilmek için dava konusunun belirli bir miktarın üzerinde olmasını aramıştır (İİK m. 363/I). Dolayısıyla düzenleme, hak arama özgürlüğüne ilişkin iki tür sınırlama getirmektedir.

olacağı- ve ardından da bütün bu hususların icra hukukunda menfaat dengesini koruma zorunluluğu karşısında ne anlama geldiği üzerinde durmak istiyoruz.

Âdil yargılanma hakkının gerçek anlamda uygulanabilmesi için hüküm mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, hukuka uygunluk denetiminden geçmesi zorunlu olarak kabul edilmektedir²⁹⁶. Bu durum, hak arama özgürlüğünün bir uzantısı ve etkin hukukî korumanın zorunlu bir unsurudur. Dolayısıyla hüküm mahkemelerinin verdiği kararların kanun yoluna açık olması, hukukî güvenliğin sağlanmasına hizmet eder, yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlar ve bu çerçevede hukuk devletinin gereği olarak karşımıza çıkar. Zira kanun yoluna başvurunun amacı, hukuk devletinde yürürlükte bulunan hukuk kuralları çerçevesinde en doğru karara ulaşmaktır²⁹⁷. Bu şekilde hukukun uygulanması ülke sınırları içerisinde somut olayların özelliklerine göre yeknesaklaştırılabilecek, kanunların yorumlanmasında birlik ve bütünlük sağlanabilecektir²⁹⁸. Bu durum ise, hukukî güvenliğin sağlanmasına hizmet edecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de, ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararların bir üst denetim merciince denetlenmesi şarttır²⁹⁹.

Kanun yoluna başvuru hakkının tanınması, çalışma konumuzu teşkil eden icra hukukundaki menfaat dengesi açısından çok daha önemli bir fonksiyona sahiptir³⁰⁰.

²⁹⁶ *Özekes*, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 209-211; *Alangoya*, Kanun Yoluna Müracaat Hakkı, s. 31; *Demircioğlu*, s. 275.

²⁹⁷ *Öztek*, Kanun Yolunun Amacı, s. 66, dn. 49; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 565; *Demircioğlu*, s. 276.

²⁹⁸ *Öztek*, Kanun Yolunun Amacı, s. 66, dn. 49; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 565; *Demircioğlu*, s. 277.

²⁹⁹ Bu konuda bkz. *Demircioğlu*, s. 274-274.

³⁰⁰ İcra mahkemesinin kararlarının temyizi, haksızlıkların önüne geçebileceği gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nun hukuka uygun bir şekilde uygulanması açısından da önemli bir fonksiyon göstermektedir (*Belgesay*, 3890 s.lı İİK Değişikliği 1, s. 342). Bu konuda *Belgesay* tarafından, henüz 1940 yılında yazılan bir makale çalışmasında dahi, kanun yoluna başvurunun icra hukukundaki menfaat dengesi açısından taşıdığı önem ortaya çıkmaktadır. Zira yazar, icranın geri bırakılması taleplerinin icra mahkemesi tarafından reddedilmesi durumunda, borçluya temyiz yoluna başvurabilmesi için teminat göstermesi zorunluluğu yüklenmesinin, borçlunun hak ve menfaatlerini zedelediği düşüncesiyle eleştirmiştir (*Belgesay*, 3890 s.lı İİK Değişikliği 1, s. 344). Bu görüş haklı olarak, söz konusu düzenlemenin, alacaklının menfaatlerini kötü niyetli borçlulara karşı korumayı amaçlarken, diğer yandan borçluların da, haksız ve telafisi çok güç hak ve menfaat ihlalleri ile karşı karşıya kalabileceğine dikkat çekmektedir. Henüz 1940 yılında dahi, ortaya konulan bu eleştiri, kanun yoluna başvurunun icra hukukundaki menfaatleri dengeleme zorunluluğu açısından sahip olduğu önemi açıkça ortaya koymaktadır.

Zira, icra hukukunda menfaat dengesinin söz konusu olabileceği durumlar, her zaman için icra dairesine/icra memuruna (veya tahsil dairesine) tanınan yetkiye dayanarak gerçekleştirilen işlemleri konu alır. Bundan önceki açıklamalarımızda³⁰¹, icra memurlarına İcra ve İflâs Kanunu (ve dolayısıyla *Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile Bankacılık Kanunu gibi cebrî icraya ilişkin hükümleri içeren diğer kanunlar*) çerçevesinde oldukça önemli yetkiler verildiğini ve bu yetkilere dayanarak yapılan her bir işlemin denetiminin menfaat dengesi çerçevesinde de gerekli olduğunu belirtmiştik. İcra memuruna takdir yetkisi tanınan tüm bu durumlarda, icra memuru kanunun kendisine verdiği yetki çerçevesinde alacaklının, borçlunun, varsa üçüncü kişilerin; gerektiğinde takipteki konumlarını, sosyal durumlarını, ekonomik durumlarını, alacağın miktarını da gözönüne alarak takdir yetkisini kullanmak durumundadır. Menfaat dengesini doğrudan doğruya etkileyen bu işlemlerde, kural olarak icra memuru işlemlerinin ayrıca ölçülülük ilkesi çerçevesinde de değerlendirilmesi zorunludur. Takdir yetkisinin bu derece yoğun bir şekilde kullanıldığı işlemlere karşı, ilgililerin başvuruları neticesinde verilen mahkeme -*genelde özel mahkemeler olan icra mahkemeleri*- kararlarına karşı kanun yolunun kapanması, hak arama özgürlüğünün ihlâli anlamına gelir. Normal şartlar altında, bazı kararlara -*örneğin belli bir miktarın altında kalan mahkeme kararları gibi*- karşı kanun yoluna başvuru imkânının tanınmaması, duruma göre hak arama özgürlüğüne aykırı sayılmayabilir³⁰²; ancak kanun yoluna başvuru imkânının

³⁰¹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 8, III, A.

³⁰² Anayasa Mahkemesi'ne göre, mahkemelerce verilen belirli miktarın altındaki uyuşmazlıklara karşı kanun yoluna başvurulamaması, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmemektedir: “(1) *Yasa koyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüzbin lirayı geçmeyen taşınır mel ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtayın yükünü hafifletmek düşüncesiyle kabul etmiş; bu kararların bir kere de Yargıtayca incelenmesinde kamu yararı görmemiştir. / (2) Kaldı ki, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm de mevcut bulunmamaktadır. Esasen yargı denetiminde sonsuzluk hiç bir zaman söz konusu olamaz; bir yerde kesilmesi gerekir. Nitekim kimi kanunlarda kanun yolları gereklere göre düzenlenmiş ve kimi kararların kesin olduğu belirtilmiştir. / (3) Öte yandan, adliye mahkemelerince verilen bütün kararların Yargıtayca incelenmesini istemek, bir anlamda ilk derece hakimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir. Bu güvensizliğin ise, hiç bir haklı nedeni olamaz.” AMK, 20.01.1986, 1985-23/2 (*Akad/Dinçkol*, s. 243).*

Yukarıdaki Anayasa Mahkemesi'nin (1) paragrafında belirtilen belli miktarın altında kalanın kararların Yargıtayca denetiminden geçirilmesinde fayda bulunmadığı yönündeki ifadeleri, mâkul bir hukukî gerekçe olarak yorumlanabilir. Ancak kararın ikinci ve üçüncü paragrafındaki gerekçelere katılmak mümkün görünmemektedir. Zira kararın ikinci paragrafında, yerel mahkemelerin verdikleri tüm kararların Yargıtay incelemesinden geçmesini gerektiren bir düzenlemenin Anayasa'da bulunmadığı belirtilmektedir. Ancak öğretilerde de haklı olarak

tanınmadığı mahkeme kararının konusu, icra memurunun *takdir yetkisinin denetimine* ilişkin ise, sınırlamanın hak arama özgürlüğünü ve etkin hukukî korumayı ihlâl ettiğini kabul etmek, hukuk devletinin gereklerinin zorunlu bir sonucudur. Aksi takdirde, ülkenin coğrafi sınırları içerisinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun (ve dolayısıyla *Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun ile Bankacılık Kanunu gibi cebrî icraya ilişkin hükümleri içeren diğer kanunların*) icra memuruna (veya tahsil dairesine) tanıdığı yetkilerin ne şekilde kullanılacağı ve bu yetkilerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlarının ne olacağı konusunda bir birlik ve bütünlüğün oluşturulması kesinlikle mümkün olamaz³⁰³. Kanunların icra memurlarına (ve tahsil dairelerine) tanıdığı yetkilerin ağırlığı ve önemi de dikkate alındığında, bu durumun hukuk devletinde kabul edilebilir mâkul bir gerekçesini göstermek mümkün görünmemektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde belirtildiği şekilde, icra mahkemelerinin bazı kararları *-özellikle de icra memurunun takdir yetkisine bırakılan ve menfaat dengesini doğrudan doğruya etkileyen işlemlere karşı icra mahkemelerinin vermiş oldukları kararları-* kesin olarak çözümlenmesinin, Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.1990 tarihli kararı doğrultusunda hukuka uygun olduğu savunulabilirse de, söz konusu karar, konuyla ilgili emsal karar niteliğini özellikle de

belirtildiği üzere (bu konuda bkz. *Alangoya*, Kanun Yoluna Müracaat Hakkı, s. 30-31), Anayasa'nın 154. maddesi son derece açıktır: "*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.*" (Ay m. 154/I, c. 1). Nitekim *Alangoya* tarafından Anayasa'nın, bu hüküm aracılığıyla mahkeme kararlarının denetiminin sağlanması gerektiğine vurgu yapıldığı ve bu denetimin de Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olduğu belirtilmektedir (*Alangoya*, Kanun Yoluna Müracaat Hakkı, s. 31). *Öztek* de, yukarıda verilen Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği biçimde belli miktarın altında kalan kararlara karşı kanun yoluna başvurulamamasını eleştirmektedir (*Öztek*, Kanun Yolunun Amacı, s. 62 vd., 68).

Yine kararın üçüncü paragrafında belirtildiği şekilde, yerel mahkemelerin vermiş olduğu kararların kanun yolu denetimine açık olmasının, yerel mahkeme hâkimlerine güvensizliğe sebebiyet vereceği ve bunun da kabulünün mümkün olmadığı yönündeki gerekçesinin hukukî bir yanı bulunmamaktadır. Bir hukuk devletinde, kişilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin konularda verilen yargı kararlarının iki veya daha fazla dereceli bir yargısal mekanizmadan geçmesi gerekir. Aksinin kabulü hak arama özgürlüğünü ihlâl edeceği gibi, etkin bir hukukî korunmanın sağlanmasına da engel teşkil eder (bu konudaki haklı görüşler için bkz. *Alangoya*, Kanun Yoluna Müracaat Hakkı, s. 31-32). Ayrıca kişilerin karşısında, yerel mahkeme hâkimleri değil, devletin yargı yetkisini yerine getiren ve Türk milleti adına karar veren görevliler bulunmaktadır. Bu açıdan mahkeme kararında belirtilen gerekçeye katılmak mümkün değildir.

³⁰³ Ancak kanun yolunun, özellikle de temyiz incelemesinin başta gelen amaçlarından birisi de, hukuk kurallarının doğru ve bütün ülkede yeknesak bir şekilde uygulanmasıdır (*Öztek*, Kanun Yolunun Amacı, s. 66, dn. 49).

2001 Anayasa değişikliklerinden sonra tamamıyla kaybetmiştir. Ancak yine de öncelikle, söz konusu kararın benimsediği esasları belirtmek ve ardından da hangi sebeple, söz konusu kararın emsal niteliğini kaybettiğini açıklamak yararlı olacaktır. Söz konusu karar şu şekildeydi:

“Bir yargı yerinin verdiği kararda aykırılık olduğu savı ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümlenmek üzere yargı önüne getirilmesi ‘kanun yolu’na başvurmazdır. Ancak, uyuşmazlık çok kez açık ve belirgin olmadığından ‘Kanun yolu’ müessesesi, öğretilerde genellikle dava olarak kabul edilmemektedir. Yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma, gerekse normları değişik biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken yasaya ve hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak amacıyla bazı yöntemlerin konulması yoluna gidilmiştir. Kanun yolu, aykırılıkları gidermek ve uygun karar verilmesini sağlamak bakımından taraflar için olduğu kadar toplum için de büyük bir güvencedir. Ancak kanun yolunun yargılamayı uzattığı da bir gerçektir. Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereği benimsenmiştir. ‘Hiç bir hatâ olmasın’ düşüncesinden kalkılarak, ‘Hepsini yeniden inceleyelim, aykırılık varsa giderelim’ denildiğii takdirde, bu çok iyi amaçlı uğraşı, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirir.

Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi 141. ve 154. maddeleriyle birlikte incelenip değerlendirildiğinde, Yasakoyucunun, yargı yerlerince verilen kararların veya hükümlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunu güvenlik altına almak üzere, değişik kanun yollarına gidebilme olanağını sağlaması, Anayasa'nın sözü edilen maddelerdeki ilkelere aykırı bir durum yaratmaz. Aksine, böyle düzenlemenin, hâkimleri ve mahkemeleri Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun karar veya hüküm vermekle ödevli kılan Anayasa'nın 138/1. maddesinde yer alan kuralın gerçekten uygulanması amacını güden bir önlem niteliğinde değerlendirilebilir. Ancak Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasındaki ‘Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.’ biçimindeki hüküm gözönünde tutulup Anayasa'nın 36/1. maddesinde yer alan ‘Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.’ kuralı değerlendirildiğinde, uyuşmazlıkları inceleyip karara bağlamakla yetkili ve görevli olan yargı yerlerince yapılacak incelemeler sonunda verilecek kararlardan hangilerinin kesin olduğunu belli etmenin, uyuşmazlıkların nitelikleri gözetilerek ve

Anayasa'daki yargı ile ilgili temel ilkelere ve güvence kurallarına aykırı bulunmamak koşulu ile Yasakoyucunun takdirine bırakılmış olduğunun kabûlü gerekir. Olayda, 'itiraz'ı incelemekle görevli ve yetkili yargı yerince verilmiş bulunan kararın kesin olduğunu saptayan itiraz konusu kuralda da anılan temel ilkeler ve güvence kuralları ile bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır."³⁰⁴

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalarda reform niteliğinde olan 2001 Anayasa değişikliklerinden önce, bu reform kabul edilmeden önce dahi, onbir üyeden beşinin muhalif görüşlerine karşı verilmişti. Dolayısıyla, özellikle de konumuzla ilgili olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde belirtilen türden kararlar için icra mahkemesinin kararlarının kesin olduğu yönündeki düzenleme açısından, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı emsal teşkil etmemektedir. Daha önceki açıklamalarımızda ele aldığımız üzere, temel hak ve özgürlüklerle ilgili 2001 Anayasa değişikliği reformunun ardından, Anayasa Mahkemesi'nin hak arama özgürlüğüne yapılan müdahalelere karşı tavrı oldukça serttir. Zira Anayasa Mahkemesi, bu değişiklik kapsamında, Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğüne hiç bir sınırlama getirilmediğini; bu sebeple de, hak arama özgürlüğüne ilişkin herhangi bir müdahalenin söz konusu olamayacağını belirtmektedir³⁰⁵.

Menfaat ihlâllerine karşı kanun yoluna başvuru imkânları, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun açısından da ayrıca değerlendirilmelidir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre gerçekleştirilecek kamu alacaklarının tahsili sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar için, uyuşmazlığın türüne göre idarî veya adlî yargıda kanun yoluna başvuru imkânı bulunmaktadır³⁰⁶. Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da belirtilen bu işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları her bir işlem için ayrı ayrı belirlenecektir. Hak arama

³⁰⁴ AMK, 10.07.1990, 1989-29/19 (<http://www.anayasa.gov.tr>.; Erişim Tarihi: 27.06.2008).

³⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde kararı için bkz. AMK 28.03.2002, 2001-5/42 (*bu karar ve değerlendirmesi için bkz. yuk. II. Bölüm, § 6, I, B, 2*).

³⁰⁶ Kamu alacaklarının tahsili sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklara karşı başvurulacak kanun yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 73 vd.

özgürlüğünün ihlâline varacak kadar çeşitlilik arzeden bu kanun yoluna başvuru imkânlarını şu şekilde sınıflandırabiliriz³⁰⁷:

- (i) Kamu alacakları hakkında verilen *güvence önlemleri -ihtiyatî haciz kararı gibi-* (bkz. AATUHK m. 15; BİMK m. 6, 13; İYUK m. 37) ile kamu alacaklarının cebren tahsili sürecinde, *tahsil işlemlerinden doğan -ödeme emri gönderilmesi, haciz gibi-* (bkz. AATUHK m. 58, 62; BİMK m. 6, 13; İYUK m. 37)³⁰⁸ işlemlere ilişkin vergi mahkemeleri kararlarına karşı bölge idare mahkemelerinde itiraz veya Danıştay'da temyiz yoluna (bkz. İYUK m. 45, 46) başvurulabilir
- (ii) Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 79. maddesinde düzenlenen üçüncü kişilerin elindeki borçlu mal ve alacaklarının haczinde, üçüncü kişinin açacağı menfî tespit davası (AATUHK m. 79); yine, üçüncü kişilere karşı açılacak iptal davaları (AATUHK m. 24-30) ile açılacak istihkak davaları (AATUHK m. 66-68) genel mahkemelerde görülür. Genel mahkemelerce bu davalara ilişkin verilen kararlara karşı ise, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca kanun yoluna başvuru imkânı mevcuttur³⁰⁹.
- (iii) İhalenin feshine ilişkin davalar (AATUHK m. 99) ile mal bildiriminde bulunulmaması sebebiyle borçlunun tazyik hapsiyle cezalandırılmasına ilişkin taleplere (AATUHK m. 60) karşı icra mahkemesine başvurulacaktır. Her iki durumda da icra mahkemesi kararlarına karşı, kararın verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde temyiz yoluna başvuru mümkündür³¹⁰.

³⁰⁷ Bu sınıflandırma için bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 73 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, s. 657-660.

³⁰⁸ **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 159. Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin altıncı fıkrasında, her ne kadar "*İtiraz komisyonunun bu konudaki kararları kesindir*" şeklinde bir ifade yer alıyorsa da, öğreti ve Danıştay kararlarında, bu tip işlemlere karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmektedir (bu konuda bkz. **Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 159, 172-173). Zira daha önceki açıklamamızda da belirtmiş olduğumuz üzere, söz konusu düzenlemede bahsedilen vergi itiraz komisyonları kaldırılmış ve konuyla ilgili mevzuatta değişiklik yapılmıştır. Mevcut sistemde, vergi mahkemelerinin verdiği tüm kararlara karşı kanun yolunun açık olması, cebren tahsil süreci ile ilgili yapılan işlemlere ilişkin verilen vergi mahkemeleri kararlarına karşı da kanun yoluna başvurunun mümkün olduğu sonucuna ulaştırmaktadır (**Karakoç**, Uyuşmazlıklar, s. 159).

³⁰⁹ Zira artık uyuşmazlık adli yargıda görüldüğünden, bu durumda kanun yoluna başvuru hakkında da Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanmalıdır.

³¹⁰ **Candan**, s. 505.

(iv) Bunun yanı sıra kamu icra hukukuna ilişkin birtakım ödevlerin yerine getirilmemesi veya yasakların ihlâl edilmesi hâllerine (ihâlenin hukuka aykırı olarak yapılması hakkında AATUHK m. 99; sırların ifşasına ilişkin AATUHK m. 107; arttırmalara katılma ve arttırmalardan mal satın almaya ilişkin AATUHK m. 108; takdir işlemlerine ve kararların katılmaya ilişkin AATUHK m. 109; kamu alacağının tahsiline engel olmaya ilişkin AATUHK m. 110; gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaya ilişkin AATUHK m. 111; mal edinme ve arttırmaları bildirmemeye ilişkin AATUHK m. 112; kamu borçlusuna ait elinde bulunan malları bildirmemeye ilişkin AATUHK m. 113; kendisinden istenen bilgileri vermemeye ilişkin AATUHK m. 114) karşı ise, ceza mahkemelerine başvurulacaktır.

Özellikle ifade etmek gerekir ki, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’unda yapılan işlemlere karşı “*vergi itiraz komisyonuna itirazda bulunulabileceği*” belirtilmektedir (ihtiyatî hacze itiraz açısından AATUHK m. 15). Oysa vergi itiraz komisyonları 1980 yılında yürürlükten kaldırılmış; bu tarihten itibaren Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’da çok sayıda değişiklik yapılmış olmasına rağmen, kanun yoluna başvuru imkânlarını düzenleyen bu maddede hiç bir değişiklik yapılmamıştır. Hatta, 1980 yılından bu yana özellikle idarî yargıda kanun yoluna başvuru yollarında oldukça geniş çaplı değişiklikler yapılmış; ancak yine de Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un ilgili hükümlerinde revizyona gidilmemiştir. Bu durum, aşağıda belirtileceği üzere etkin hukukî korumayı ve hak arama özgürlüğünü zedelemektedir. Ancak bu konudaki açıklamalarımıza geçmeden önce belirtmek isteriz ki, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’da şikâyet yolunun düzenlenmemiş olması da, etkin hukukî korumanın önünde bir engeldir. Zira, şikâyet de menfaat ihlâllerine karşı başvurulacak en önemli hukukî çaredir denilebilir. Ancak bu konu yukarıda incelenmiş olduğundan, şikâyet yolunun da taraf menfaatlerinin ihlâline karşı hak arama özgürlüğü ve etkin hukukî koruma kapsamında başvurulabilecek önemli bir hukukî çare olduğunu belirtmekle yetiniyoruz (*bkz. yuk. III Bölüm, § 10, III, B*).

Ayrıca yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un uygulanmasından dolayı yapılan işlemlere karşı başvurulacak kanun yolunun *tespiti* oldukça güçtür. Özellikle hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğunun bulunmaması da göz önüne alındığında, kanun yollarına başvuru imkânlarının tespitinin bu şekilde son derece güç olması hak arama özgürlüğüne bir engel teşkil etmektedir. Devletin mutlak egemenlik yetkisi

altında bulunan hakkı dağıtma görevinin, devlet tarafından tam anlamıyla sağlanabilmesi için devletin hak arama yollarını açıkça düzenlemesi, adalete erişimi sağlayabilmesi en temel görevlerindedir³¹¹. Nitekim kanun koyucunun bu tutumu, açıkça Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu düzenlemeye göre, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süresini belirtmek zorundadır” (Ay m. 40/II). Hükümden anlaşılacağı üzere, düzenlemede özellikle dikkat çeken iki husus vardır. Bunlardan birincisi, bu konuda devlet organlarına bir takdir yetkisi tanınmamış olması; yani açıkça bu durumun devlete bir zorunluluk olarak yüklenmiş olmasıdır. İkinci olarak, bu yükümlülüğün “Devlet”e yani devletin üç erkine de yüklenmiş olmasıdır. Bu durumda kanun koyucu olan *yasama organına* düşen görev, ilgili mevzuatta ilgililerin hangi kanun yoluna başvuracağını açıkça belirtmektir. Bu durum etkin hukukî korumanın zorunlu bir gereğidir. Bu çerçevede yukarıda yapmış olduğumuz tespitler karşısında, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a ilişkin olarak bu görevin kanun koyucu tarafından tam olarak yerine getirildiğini ifade etmek oldukça güçtür.

E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Anayasa'ya uygun olarak kabul edilmiş olan uluslararası sözleşmeler, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen kanun hükmündedirler (Ay m. 90/V). Türkiye Cumhuriyeti tarafından 18.05.1954 tarihinde onaylanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmündedir. Temel hak ve özgürlüklerin uluslararası alanda korunma ihtiyacı, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurunun ortaya çıkış sebebi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin devlete karşı korunmasıdır. Bu sebeple de, kişilerin evrensel nitelikteki temel hak ve özgürlüklerin uluslararası belgelerde yer alması ve bu hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi durumunda uluslararası alanda başvuru yollarının kabul edilmesi, kişilerin temel haklarını tam anlamıyla güvence altına zorunluluğuna dayanmaktadır³¹². Bu

³¹¹ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 44-45. Devletin hakkı dağıtma konusundaki mutlak tekel yetkisi ile hak arama özgürlüğü, âdil yargılanma hakkı ve adalete erişim arasındaki önemli bağlantı ve bu durumun hukuk devletinin gerekleri ile ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 43-48.

³¹² *Soysal*, s. 14-15; *Gözübüyük/Tan*, s. 949; *Kabaoğlu*, s. 245; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 121.

kapsamda temel hak ihlâlinden doğan ve menfaat dengesini bir taraf lehine ortadan kaldıran Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturan icra hukuku ihlâllerinin uluslararası hukukun güvencesinde olduğu şüphesizdir. Zira devletin idarî organlarının gerçekleştirdikleri işlemlere karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabileceği kabul edilmekte³¹³; bu anlamda devletin yürütme erkine dahil olan icra organlarının gerçekleştirdikleri temel hak ihlâllerine karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru da mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin birinci fıkrası gereğince, “Herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı vardır” (AİHS m. 5/I). Hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir”(AİHS m. 6/I). Özellikle çalışmamızla doğrudan ilgili olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”³¹⁴ şeklinde düzenlenen konut dokunulmazlığı devletlerin bireylere sağlamakla yükümlü oldukları temel haklardandır (AİHS m. 8/I). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme'de belirtilen temel hak ve özgürlüklere sahip olacak kişiler arasında mutlak bir eşitliğin bulunduğunu 14. madde ile düzenlemektedir. Bu hükme göre, “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olmak, servet, doğuş veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayırım gözetilmeksizin sağlanır” (AİHS m. 14). Sözleşme'nin hükümlerine dikkat edildiği takdirde, madde ifadeleri, Sözleşme'ye taraf olan devletlere olumlu birer yükümlülük yüklemektedir. Sözleşme'ye taraf olan devletler, Sözleşme ile belirtilen

³¹³ Bu konuda bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 949-963.

³¹⁴ Maddenin 2. fıkrasında ise, Anayasa'nın 19. maddesinde olduğu gibi dokunulmazlığın sınırları ifade edilmiştir. Buna göre, “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir.” (AİHS m. 8/II).

temel hak ve özgürlüklerin sağlanması için tüm gereklilikleri yerine getirmek zorundadırlar. İşte, belirtilen bu temel hak ve özgürlüklere uyulmaması durumunda kişiler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabileceklerdir. Bireyler tarafından yapılacak olan bu başvuruda, İnsan Hakları Mahkemesi, yargı organlarının kanunları hukuka uygun olarak uygulayıp uygulamadıklarını denetlememektedir; Mahkeme, sadece temel hakların çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktadır. Bu sebeple de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru, bir kanun yolu değildir. Dolayısıyla da, İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracak kişi, öncelikle iç hukuk yollarını tüketmek zorundadır³¹⁵.

Başvuruda bulunacak kişilerin³¹⁶ Sözleşme ile sağlanan hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmesi gerekir. Sözleşmeye göre ihlâl sayılmayan bir durumda başvuruda bulunulamaz. Bunun yanı sıra, mahkemeye başvurabilmek için Sözleşme'nin tarafı olan bir devletin ihlâline karşı hukukî koruma talep edilmelidir. Bu açıdan Türkiye de, Sözleşme'nin tarafı olduğundan, Türkiye'de söz konusu olan ihlâllerden bireysel başvuru yolunda Türkiye Cumhuriyeti sorumlu olacaktır³¹⁷. Bu çerçevede yukarıda Sözleşme kapsamında sayılan temel hak ve özgürlüklerin, Türkiye Cumhuriyeti tarafından kişilere sağlanması gerekir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz ve esasında tümü Anayasa tarafından da koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin ihlâli, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı da tanımaktadır. Dolayısıyla temel hakların korunmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru önemli bir koruyucu işleve sahip olacaktır³¹⁸.

Çalışmamızın çeşitli yerlerinde belirttiğimiz borçluların ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine ölçsüz bir şekilde yapılan müdahalelerin önemli bir kısmı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamına da girdiğinden, ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu kullanmaları mümkündür. Ayrıca

³¹⁵ *Gözübüyük/Tan*, s. 959; *Kabaoğlu*, s. 259; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 728; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 121. Ayrıca bkz. *Gemalmaz*, s. 437.

³¹⁶ Başvuruda bulunabilecekler gerçek veya tüzel kişiler, hükümet dışı kuruluşlar ve insan topluluklarıdır (*Gözübüyük/Tan*, s. 958-959; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 728). Bireysel başvuru usûlü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözübüyük/Tan*, s. 958-959; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 727-730.

³¹⁷ *Gözübüyük/Tan*, s. 959-960; *Kabaoğlu*, s. 260; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 729; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 121. Ayrıca bkz. *Gemalmaz*, s. 446.

³¹⁸ *Aliefendioğlu*, Temel Haklar, s. 32; *Kocaoğlu/Kocaoğlu*, s. 121.

kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâl etmiş olduğu sonucuna ulaşılır ve bu ihlâlin, ağırlığı bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesine göre, tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa, iç hukuk mahkemelerinden verilmiş bu kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna da başvurulabilir (HUMK m. 445A/I). Bu düzenleme, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuza, 03.08.2002 tarihinde yapılan 4771 sayılı Kanun değişikliği ile eklenmiştir. Zira bu düzenlemeden önce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların bağlayıcılığının sağlanması, tam anlamıyla gerçekleştirilememekteydi³¹⁹. Dolayısıyla, kişilerin icra takibi sırasında temel hak ve özgürlüklerine yapılabilecek müdahalelere karşı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlâli durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilecek karar doğrultusunda yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmeleri mümkün olacaktır. Bu kapsamda, ilgililer âdil yargılanma hakkı ihlâllerine karşı bu yola tereddütsüz başvurabileceklerdir³²⁰ (bkz. AİHS m. 6). Ancak bu başvuru ve yargılamanın yenilenmesi sebebi, âdil yargılanma hakkı dışındaki ihlâllere karşı da geçerlidir. Örneğin, bir kişinin evine haciz için haksız yere girilmesi veya haczi uygulayan memurun, haciz sırasında ölçülülük ilkesine aykırı olarak borçlunun mülkiyet hakkına müdahale etmesi (bkz. AİHS m. 8, 18), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurunun ardından yargılamanın yenilenmesi kapsamına dahil olabilir. Bunun yanı sıra, özellikle de icra hukuku kuralları ile bir taraf lehine aşırı derecede hak ve menfaatlerin ihlâl edilmesine sebebiyet veren eşitlik ilkesine aykırı olan düzenlemeler için de (*örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b, 150'ü hükümleri; Bankacılık Kanun'unun pek çok düzenlemesine karşı*), özellikle âdil yargılanma hakkının ihlâli -silâhların eşit olmaması- sebebine dayanarak bu yola başvurulması mümkündür. Görüldüğü üzere, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de güvence altına alınan birtakım anayasal hak

³¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, HUMK m. 445/XI, s. 515-551. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar Sözleşme'ye taraf olan ülkeler için bağlayıcıdır (AİHS m. 46/I).

³²⁰ Âdil yargılanma hakkı ihlâllerine karşı bu yola başvuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 51-55; *Pekcanitez*, HUMK m. 445/XI, s. 529-541.

ihlâllerine ve dolayısıyla bu haklara müdahalenin aynı zamanda menfaat dengesine de aykırılık teşkil etmesi durumlarında, haksız ve ölçüsüz olarak hak ve menfaati ihlâl edilen ilgililer için oldukça önemli koruma tedbirleri bulunmaktadır. Bu yolların sonuç doğurması içinse, çalışmamızın çeşitli bölümlerinde ele aldığımız menfaat ihlâllerine karşı kişilerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunması gerekli ve yeterlidir.

Burada son olarak belirtmek isteriz ki, icra memurlarının işlemlerine karşı mahkemeye yapılan başvurular neticesinde, mahkemenin verdiği kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığını ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kişisel başvuruda bulunmaya hiç bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin şikâyet başvurusu neticesinde icra mahkemesinin kararının ardından *-şayet icra mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın kesin olduğu ilgili kanunda belirtiliyorsa-* bu yola başvurulabilecektir. Bu noktada özellik arzeden husus ise, icra memurlarının işlemlerine karşı mahkemeye başvuru yolu tanınmamış olsa dahi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvurunun mümkün olmasıdır.

IV. TARAFLAR VE İLGİLİLERCE MENFAAT DENGESİNİN ZEDELENMESİ HÂLİNDE BAŞVURU YOLLARI

A. Genel Olarak

İcra hukukunda menfaat dengesi, icra organlarının gerçekleştireceği hukuka aykırı işlem ve kararlarının yanı sıra, taraflarca bozulabilir. Bu durum, takip prosedüründe bir tarafın, diğer tarafın hak ve menfaatlerine aykırı olarak, çoğu zaman kötü niyetle gerçekleştireceği işlemlerle söz konusu olabilecektir. Kanun koyucu da bu ihtimâli göz önüne alarak, taraflarca menfaat dengesinin ihlâl edilebileceği bazı durumlara karşı önlemler almıştır. Bu durumlarda ilgililerin başvurabileceği en temel hukukî yollar arasında icra hukukuna özgü suç ve cezalar, karşı tarafın bazı hileli davranışlarına karşı alınabilecek bazı geçici hukukî koruma önlemleri, tasarrufun iptali davası sayılabilir.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, daha önceki açıklamalarımızda yer verdiğimiz Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin de içtihatları doğrultusunda, kendisine haksız şekilde

takip başlatılan kişiler, takibi başlatan alacaklıdan *-koşulları olduğu takdirde-* Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi çerçevesinde maneî tazminat talebinde bulunabilir. Bu konuya ilişkin daha önce açıklamalarda bulunduğumuz için konunun ayrıntısına girmiyoruz.³²¹

B. Özel Bazı Durumlar

1. İcra Hukukuna Özgü Suç ve Cezalar

Modern icra hukuku sistemlerinde, borçlunun, borcu sebebiyle hapisle tazyik edilemeyeceğini; borçlunun kişiliği üzerinde cebir uygulanamayacağını icra hukukunun gelişimini incelerken ele almıştık. Ancak İcra ve İflâs Kanunu sistemimiz, takip prosedürünün düzgün bir şekilde işletilebilmesi ve özellikle kötü niyetli borçlu ile üçüncü kişilerin, alacaklının alacağını tahsil yetkisini tehlikeye sokmasını önlemek amacıyla birtakım cezaî müeyyideler öngörmüştür³²². Bu çerçevede, Kanun'un onaltıncı babı icraî suç ve cezalara ayrılmıştır. Dolayısıyla icra suç ve cezalarının temel amacı, alacaklının menfaatlerini korumaktır. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından ve hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedecek icra mahkemesi tarafından icraî suçlarla ilgili cezalar belirlenirken ölçülülük ilkesine uygun davranılması da önem arzeder. Zira, bir yandan tahsil prosedürünün sağlıklı bir şekilde yürütülmesi sağlanırken, dolayısıyla alacaklının alacağını tahsil yetkisi de korunurken diğer yandan da, cezalandırmanın amacı ile ters düşebilecek şekilde borçlunun kişiliğini aşırı derecede bağlayıcı cezalar öngörülmesi ölçülülük ilkesine ters düşecektir. İcra ve İflâs Kanunu'nda 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler suç ve cezalarda ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gereğine uygun, önemli birtakım yenilikler getirmiştir. Örneğin bu değişikliklerle, ağır para cezaları, adlî para cezalarına dönüştürülmüş ve bazı suçlar için öngörülen hapis cezası yerine, disiplin hapsi veya tazyik hapsi getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler gerek ölçülülük ilkesinin icra hukukundaki etkinliğini artırma gerekse borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması konusunda önemli değişiklikler içermiştir. Ayrıca icra hukukunda düzenlenen suçların, kural olarak şikâyete tâbi suçlar olması menfaat çatışmasının mahiyetine uygundur. Zira burada, borçlu, her durumda değil ama alacaklının,

³²¹ Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. II. Bölüm, § 5, III.

³²² *Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, s. 605.

borçlunun, menfaatini ihlâl etmesine veya ihlâl etme tehlikesine sebebiyet veren fiilinin cezalandırılmasını istediği durumlarda, hakkındaki ceza yargılaması ile karşı karşıya kalacaktır.

Cebrî icraya ilişkin kanunlarda, gerek borçlunun gerekse üçüncü kişilerin yaptıkları işlemler, gerçekleştirdikleri fiiller sebebiyle cezalandırılmasını öngören çok sayıda cezaî hükme rastlamak mümkündür³²³. Bu durum karşısında ise, icra suç ve cezalarının, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından anlam ve önemi ile menfaat dengesini ne şekilde bozabileceğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede ise, öncelikle genel olarak cezanın amacının belirtilmesi yerinde olacaktır. Cezanın amacı, geçmiş tarihlerde, suç işleyen kişilerin azap ve ızdırap çekmelerine yönelik, bir anlamda kişilerin öç alma duygusuna dayanmaktaydı. Ancak modern ceza hukuku sistemleri, suç işleyenlerin azap ve ızdırap çekmelerini amaçlamamaktadır; aksine, suçluyu sosyalleştirerek üretken ve kanunlara saygılı bir birey hâline getirmeyi amaç edinir³²⁴. İcra suç ve cezaları da, ceza hukukunun bu gelişimi çerçevesinde kendisine yön bulmuştur. Zira çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, Roma cebrî icra sisteminde, borçlunun borcunu ödememesinin yaptırımı, onun vücudunun parçalanarak alacaklılar arasında paylaşılmasına kadar gidebilmekteydi³²⁵. Bu durum ise, alacaklıların, alacaklarını ödemeyen borçlulardan öç almalarından farklı bir şey değildi. Ancak, zamanla ceza hukukunun gelişimine paralel olarak cebrî icra hukuku da, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle alacaklının, borçludan öç almasını engellemiştir. Zira, modern cebrî icra sistemlerinin en temel özelliklerinden birisi, alacaklının doğrudan doğruya borçlunun mal varlığına el uzatarak aynen tatmin edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu şekilde, alacaklının öç alma duygusunun bir sonucu olan ihkak-ı hak reddedilmekte ve alacaklının, devletin cebrî icra organları aracılığı ile kural olarak aynen değil, nakden tatmin edilmesi kabul edilmektedir. Özetle modern cebrî icra hukuku sistemlerinin amacı, kesinlikle

³²³ İcra suç ve cezalarının, takip prosedüründe taşıdığı fonksiyon için ayrıca bkz. *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 493 vd.

³²⁴ *Dönmezer/Erman*, s. 5, 40-44.

³²⁵ Geçmişte, borçlu borcundan ötürü şahsı üzerinde cebire maruz kalabiliyordu (*Belgesay*, Şerh, s. 90; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 425). Bu şekilde borçlunun şahsı üzerine cebir kullanılarak, borçlunun hapisten kurtulmak için veya hapse girmemek için borcunu ödeyeceği düşünülüyordu (*Belgesay*, Şerh, s. 90). Bu konuda ayrıca bkz. yuk. I. Bölüm, § 2, I.

alacaklının öç alma duygularının tatminine ve borçlunun borcunu ödeyememesi sebebiyle cezalandırılmasına yönelmemektedir.

İnsan haklarının doğumu ve gelişmesiyle birlikte, özellikle de yirminci yüzyılda, borçluların sadece borcunu ödeyememeleri sebebiyle hürriyetten yoksun bırakılmalarının da neredeyse tam anlamıyla terkedildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu konuda Türk icra hukuku sisteminde en önemli adım, 1929 yılında kabul edilen İcra ve İflâs Kanunu ile atılmıştır. Zira bu Kanun ile borçlunun, borcunu ödeyememesi sebebiyle hapsedilmesi kabul edilmemiş³²⁶; aynı esaslar, 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda da kabul edilmiştir³²⁷. Yine bu konuda atılan en önemli adımlardan bir diğeri de, 4709 sayılı Kanun ile 03.10.2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmiştir. Zira bu değişiklikte birlikte, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasına göre hiçkimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı esası kabul edilmiştir. Esasında Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında yapılan bu değişikliğin temeli, 16 Eylül 1963'te Strasbourg'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 4 No'lu portokolle yapılan eklemidir. Hiçkimsenin, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağını kabul eden Ek 4 No'lu Protokol'e, Türkiye'nin 23 Şubat 1994 tarihinde, 3975 sayılı Kanun ile katılmasının ardından, Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne paralel bir düzenleme getirilmiş oldu³²⁸. Bu kapsamda kabul edilen cebrî icra sistemimizde borçlunun, borcunu ödeyememesi sebebiyle hapisle cezalandırılması kabul edilmemekte; bu durum, gerek Anayasa gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmaktadır. Bu noktada dikkat

³²⁶ *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 116, 202; *Belgesay*, Şerh, s. 90; *Akulloğlu*, s. 7; *Feyzioğlu*, s. 16. Ancak *Belgesay*'ın ifade ettiği üzere, 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nun borç için hapis yasağını kaldırması, özellikle o dönemde kredi işiyle uğraşan müesseseleri çok rahatsız etmiş; hatta, bu kişiler tarafından 1929 tarihli Kanun'un başarısızlık sebebi olarak bu husus gösterilerek, kamuoyunda Kanun'un değiştirilmesi için yoğun bir baskı oluşturulmuştur (*Belgesay*, İcra Hukuku, s. 202; *Belgesay*, Şerh, s. 90-91).

³²⁷ *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 116, 202; *Belgesay*, Şerh, s. 91.

³²⁸ Anayasa'nın 38. maddesinde konuya ilişkin yapılan değişikliğin uluslararası hukuku açısından kökenleri hakkında ayrıca bkz. *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 493-494; *Akulloğlu*, s. 3 vd.; *Feyzioğlu*, s. 15 vd. Ayrıca bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akulloğlu*, s. 3 vd.; *Feyzioğlu*, s. 15 vd.

çeken husus ise, gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse Anayasa’da borçlunun, borcunu “ödememesi”nden değil, “ödeyememesi”nden söz edilmesidir. Yani borçlunun, kendi isteğinin aksine elinde olmayan sebeplerle, borcunu ödeme gücüne sahip değilse, cezalandırılması da mümkün olmayacaktır³²⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa metninde yer alan “sözleşme” kavramı geniş anlamda anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, hukuk düzeninin kabul ettiği her türlü sözleşme madde kapsamına girmektedir. Madde metnindeki *sözleşmeden doğan* “yükümlülük”de, sözleşme kavramı gibi geniş yorumlanmaktadır. Bu kapsamda, borçlunun para borcu dışındaki her türlü borcu, örneğin borçlunun “yapma” veya “yapmama” edimleri de madde kapsamında değerlendirilmektedir³³⁰. Bu durumda ise, ilâmların icrasına ilişkin hükümlerde getirilen cezaî müeyyidenin Anayasa’ya uygunluğu sorunu gündeme gelecektir. İcra ve İflâs Kanunu’nda ilâmlı icraya ilişkin hükümler arasında, pek çok sayıda icra suç ve cezasının düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerde yer alan icra suç ve cezalarının ortak özelliği, ilâmın gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmemesi veya ihlâl edilmesidir³³¹. Ancak önemle belirtmek

³²⁹ *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 494.

³³⁰ *Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 494.

³³¹ Bu hükümlere örnek olarak şunları gösterebiliriz:

- (i) *Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilmesi mümkündür* (İİK m. 341). Şayet, hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişinin tahliye edileceği maddede düzenlenerek (İİK m. 341/I, son cümle) borçlunun ilâmın gereğini yerine getirmesi durumunda, cezasının ortadan kalkacağını düzenlemektedir.
- (ii) *Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, borçlu İcra ve İflâs Kanunu’nun 341. maddesi uyarınca, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilmesi mümkündür* (İİK m. 25a).
- (iii) *Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması [İİK m. 30] yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması [İİK m. 31] hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazarete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir* (İİK m. 343).
- (iv) *Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir* (İİK m. 344). Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 11.12.2001 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, madde hükmünün mahkeme kararlarına uyulmasını sağlayan ve bu anlamda kamu güvenine dair olan bir düzenleme olduğunu; sanığın iddia ettiği üzere, düzenlemenin *sözleşmeden doğan bir borcun ifasının yerine getirilmemesi sebebiyle cezaya ilişkin değil, mahkeme hükmünün yerine getirilmemesi sebebiyle borçlunun cezalandırılmasını* düzenleyen bir hüküm olduğuna karar vermiştir: “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine

gerekir ki, ilâmların icrasına ilişkin getirilen düzenlemelerde öngörülen cezaî müeyyideler borcunu yerine getirmeyen borçlunun cezalandırılmasından çok, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Yani söz konusu bu icra suç ve cezaları, esasında daha fazla kamu düzeninin korunmasını sağlar. Zira, ilk bölümde açıkladığımız üzere, usûlüne göre verilmiş mahkeme kararları, nihaî gerçeği temsil ederler ve adaletin gerçekleştirilmesini sağlarlar. Bu şekilde, kişiler arasındaki uyuşmazlıklar sona erer, toplumsal barış sağlanır. İşte bu fonksiyona sahip olan mahkeme kararlarına, usûlüne uygun olarak riayet edilmesi, alacaklının menfaatleri kadar toplum menfaatini de ilgilendirir. Dolayısıyla, ilâmlı icraya ilişkin mahkeme emirlerinin gereğinin yerine getirilmemesi sebebiyle öngörülen icra suç ve cezaları, alacaklının menfaatlerine hizmet etmesinden çok, kamu menfaatine hizmet eden düzenlemelerdir.

Belirtmiş olduğumuz bu esaslar çerçevesinde, modern cebrî icra hukukunun icra suç ve cezalarına ilişkin çok temel iki özelliğinin bulunduğunu ifade edebiliriz. Bunlardan birincisi, alacaklının, icra takibi yolu ile kesinlikle borçluyu cezalandırmak ve öç almak duygusuyla hareket etmesinin hukuk düzenince kabul edilmemesidir. Bu sebeple, modern cebrî icra sistemleri, alacaklının alacağını tahsil için devlet organlarını yetkili kılmakta ve alacaklının, doğrudan doğruya ihkak-ı hak eylemek suretiyle, borçlunun mal varlığına el atmasını önlemektedir. Modern cebrî icra hukukunun icra suç ve cezalarına ilişkin ikinci temel özelliği ise, icra suç ve cezalarının borçlunun, borcunu ödeyememesi sebebiyle cezalandırılmasına yönelik olmamasıdır. Bu sebeple, borçlunun, borcunu ödeyememesi sebebiyle hapis cezası ile cezalandırılması kabul edilmemektedir³³². Bu esaslar çerçevesinde, İcra ve İflâs

getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. İİK.nun 344. maddesi, nafaka ödemeye hüküm de ilamda gösterilen ödeme koşullarına uymayan borçlunun alacaklının yakınması üzerine hapse hüküm giyeceği biçimindedir. / Nafaka borcunun sözleşmeden değil yasadan ve ona dayalı olarak Mahkeme kararından kaynaklanması, yaptırımın borcun ödenmemesinden değil "Mahkeme hükmüne" uyulmasının sağlanmasına ilişkin "kamu güveni" olduğundan, 4709 sayılı Yasanın 15. maddesi ile Anayasanın 38. maddesine eklenen son fıkra kapsamına girmez. Aynen uygulanması gerekir." CGK, 11.12.2001, 17-281/284 (Çolak, s. 138-142).

³³² *Belgesay*, İcra Hukuku, s. 115; *Belgesay*, Şerh, s. 89; *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri, s. 179. *Belgesay*, yanlışlıklar felaketler sebebiyle borcunu ödeyemeyen borçluların cezalandırılmasında herhangi bir sosyal menfaatin de bulunmadığını belirtmekte; kusuru olmaksızın borcunu ödeyemeyen borçluların, sadece bu sebeple cezalandırılmalarını da adalet hislerine aykırı olduğunu belirtmektedir (*Belgesay*, İcra Hukuku, s. 116; *Belgesay*, Şerh, s.

Kanunu'nun 16. babında, 331 ile 354. maddeleri arasında “*Cezai hükümler*” başlığı altında düzenlenen hükümlerin, icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığı iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'ne en fazla başvuru yapılan hükümleri, ağırlıklı olarak icra suç ve cezalarına yönelik olanlardır (bkz. Ek Tablo)³³³. Ayrıca düzenlemelere konu suç oluşturan fiillerin önemli bir kısmının, aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmesi veya düzenlenmesinin mümkün olması, maddelerin İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almasının gerekliliğini de tartışma konusu yapabilmektedir. Bunların dışında ise, her bir düzenlemenin icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından bulunduğu durum da tartışmaya açıktır. Zira takip prosedüründe bir taraf lehine getirilen her bir cezaî müeyyide, diğer tarafın menfaatlerini önemli bir oranda müdahalede bulunacaktır. İcra hukukunda her ne kadar kişinin, borcunu ödeyememesi sebebiyle hürriyetinden yoksun bırakılması kabul edilmemekteyse de, her bir cezaî müeyyide ile borçlu veya üçüncü kişi, hürriyetinden yoksun bırakılabilmektedir. Bu durumda ise, borçluyu veya üçüncü kişileri söz konusu cezalara mahkûm ederken son derece hassas bir denge

89). Benzer yönde bkz. **Berkin**, İcra Hukuku Dersleri, s. 179. *Üstündağ*'a göre icra suçlarının amacı, cebrî icrayı etkili kılmaktır (*Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 427).

“*Borçlunun ekonomik gücü olmaması nedeniyle ve çaresizlikten borcunu ödeyememe ‘yerine getirmeme’ olarak kabul edilerek sanığa hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemelidir. Borcu yerine ‘Getirmeme’ ile ‘Getirememe’ kavramları, kasıt ve ödeme gücü bakımından farklı olduğu gibi, bunlara uygulanacak yaptırımlar da farklıdır. Zira Anayasa, borcu yerine getirmeyeni değil, getiremeyeni korumaktadır.*” 16. HD, 26.10.2004, 6772/11523 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Benzer yönde bkz. CGK, 25.05.2004, 16-104/120 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); 16. HD, 13.10.2004, 7754/11131 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası);

³³³ *Yılmaz*, İcra ve İflâs Kanunu'nun 331 ile 345b maddeleri arasında düzenlenen icra suç ve cezalarının -*İcra ve İflâs Kanunu'nun 340. maddesi hariç olmak üzere*-, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgisinin bulunmadığını; bu hükümlerin, doğrudan doğruya sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ile ilgili olmadığını; bu cezaların, borçlunun genellikle kötü niyetli davranışlarını yaptırma bağlayan düzenlemeler olduğunu belirtmektedir. Zira yazar, İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan bu hükümlerle kanunkoyucunun, borçlunun kötü niyetli davranışlarıyla alacaklılara zarar vermesinin önüne geçilmek istendiğini; bu nedenle düzenlemelerin, Anayasa'ya aykırı olmadığını tartışmasız kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (*Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 499).

Yılmaz'a göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 331 ile 345b maddeleri arasında düzenlenen hükümler arasında Anayasa'ya aykırılığı tartışma konusu yapılabilecek tek hüküm olan 340. maddede de, borçlunun taksitleri ödememesinden dolayı cezalandırılması durumu, “*makbul bir sebebin bulunmaması*” koşuluna bağlandığından, bu madde hükmünün de Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasına aykırılığı ileri sürülemeyecektir (*Yılmaz*, Ay. m. 38, s. 499).

gözetilmelidir. Özellikle icra suç ve cezalarında, fiil ile ceza arasındaki oranın, kesinlikle ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir.

İcra suçlarında *fiil* ile *ceza* arasındaki oranın, ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nunda yer alan icra suçlarının önemli bir kısmında ise, fiil ile ceza arasındaki oranın, ölçülülük ilkesine uygun olmadığı ifade edilebilir. Zira cebrî icra sistemimizde, alacaklının borçluya karşı takip yapmasını son derece kolaylaştıran ilâmsız icra yolu ile takip gibi bir müessesenin mevcudiyeti karşısında, menfaat dengesi, borçlu veya üçüncü kişi aleyhine getirilen cezaların son derece hassas bir şekilde belirlenmesini gerektirir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu sistemimizin, icra suçları açısından bu hassasiyeti taşıdığını ifade etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira örneğin İcra ve İflâs Kanunu'na göre, borçlunun *ihmâli* bir davranışı adlî sicile işlenen bir hapis cezasına imkân verebildiği gibi; alacaklının, borçluya takip başlatmadan iki yıl önceki örneğin bir satış işlemine dayanarak borçlunun hapisle cezalandırılmasını istemesi mümkündür. Bu durumlar ise, ciddî şekilde borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ihlâl tehlikesi taşımakta ve alacaklı lehine, ölçüsüz bir koruma sağlamaktadır. Bu çerçevede örneğin, borçlunun ihmâli bir davranışla alacaklının zararına işlem yapması durumuna son derece hassasiyetle yaklaşılmalıdır. Zira böyle bir durumda borçlunun, alacaklısını zarara sokma *kastı* ile hareket etmesi aranmadığından, borçlunun mal varlığına yönelik yapacağı herhangi bir işlem, kendisinin hapisle cezalandırılmasına sebebiyet verebilecektir. Aynı zamanda borçluyu, gerçekleştirdiği her bir fiil yüzünden hapis tehdidi altında bırakabilecek böyle bir durumun ise, gerek menfaat dengesi gerekse anayasal hak ve özgürlükler açısından taşıdığı tehlike son derece açıktır.

2. Geçici Hukukî Koruma Düzenlemeleri

Takip prosedüründe menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından geçici hukukî koruma önlemlerinin sahip olduğu işlevler, esasında çalışmamızın bu bölümüne kadar yer yer ele alındı. Bu sebeple burada sadece konunun özünü belirlemek suretiyle bir özet yapmayı tercih ediyoruz.

İcra takibinde geçici hukukî korumalar denildiğinde akla ilk gelen müessese, ihtiyatî hacizdir. Zira ihtiyatî haciz, belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, alacaklının alacak hakkının tehlikede olduğunun anlaşılması hâlinde, alacaklının

alacak hakkını güvence altına alır. Bu şekilde alacaklının, alacağını tahsil tehlikesinin önüne geçilir. İhtiyatî haczin menfaat dengesi çerçevesinde arz ettiği özellikler bundan önceki açıklamalarımızda ele alınmıştı³³⁴.

Takip prosedüründe, ihtiyatî haczin yanında son derece önemli fonksiyon arz eden durumlar, özellikle geçici hukukî koruma tedbiri olarak takibin geçici olarak durdurulmasına imkân veren düzenlemelerdir. Geçici durdurma kararlarına, takip prosedüründe çok defa rastlanabilmektedir. Zira alacaklının menfaatlerinin öncelikli gözetilmesi, çoğunlukla, alacaklının bu imtiyazına karşılık borçluya da yönelttiği bir irade beyanı ile takibi durdurma imkânı verebilmektedir. Bu duruma genel haciz yolu ile takipte itiraz aşamasında, ilâmlı icrada icranın geri bırakılmasında, istihkak davasında, şikâyet yargılmasında, menfî tespit davasında rastlamak mümkün olduğu gibi örnekleri çoğaltmak da mümkündür. Bu tip geçici durdurma kararları, doğrudan doğruya ihtiyatî tedbir yolu ile verilebilir. Bu durumun en somut örnekleri arasında, menfî tespit davası (İİK m. 72) gelmektedir. Bunun yanı sıra, şikâyette olduğu gibi (İİK m. 22) bir geçici hukukî koruma önlemi olarak durdurma kararı verilmesi mümkündür. Tüm bu durumlar, temelde borçlunun hak ve menfaatlerine hizmet etmeye yönelirler. Ancak geçici hukukî koruma önlemine karar verilirken alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyici en önemli araç da, lehine karar verilecek taraftan teminat alınmasıdır. Daha önceki açıklamalarımızda teminatın, menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından arz ettiği önemi ortaya koymuştuk³³⁵. Zira çoğunlukla yaklaşık ispat ölçüsüyle ve her iki taraf dinlenmeden verilebilecek geçici hukukî koruma önlemlerinde, muhtemel zararların teminat yolu ile güvence altına alınması menfaat dengesine hizmet eden bir durumdur. Bu çerçevede, aleyhine geçici hukukî koruma önlemi verilecek kişinin uğrayabileceği hak ve menfaat kayıplarının da önüne geçilmiş olacaktır.

3. Tasarrufun İptali Davası

Haciz yolu ile yapılan takiplerde, haciz işleminden önce borçlunun mal ve hakları üzerinde kural olarak³³⁶ herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır³³⁷. Bunun

³³⁴ Bkz. yuk. III. Bölüm, § 9.

³³⁵ Bkz. yuk. II. Bölüm, § 7, III.

³³⁶ Bu kuralın bir istisnasını borçlu hakkında ihtiyatî haciz kararı alınmış ve uygulanmış olması oluşturmaktadır.

sonucu olarak, bazı kötü niyetli borçlular alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla, mallarına haciz konulması ihtimâli bulunan durumlarda birtakım işlemlerle maliki oldukları mallar hakkında tasarruflarda bulunurlar³³⁸. Hukuka aykırı bir amaç uğruna yapılan bu işlemler, mallar üzerinde herhangi bir hukukî kısıtlama olmadığından geçerlidir. Ancak, borçlunun birden fazla alacaklısı varsa ve borçlunun tasarruf işlemine konu olmayan diğer mallarından alacakların tümü karşılanamıyorsa, diğer alacaklılara, bu tasarruflardan zarar gördükleri takdirde, iptal davası açma imkânı tanınmıştır. Şüphesiz ki, bu davaya imkân tanımının sebebi, alacaklıların, kötü niyetli olan diğer alacaklının ve borçlunun yapacağı menfaat ihlallerinden korunmasının sağlanmasıdır. Ancak, bu davada, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına dokunulmamakta; sadece, tasarrufun iptaline dair verilen mahkeme kararına göre, üçüncü kişi bu takibin gerekliliklerine katlanmak zorunda kalmaktadır³³⁹.

Alacaklıların, kendilerini kötü niyetli borçlu işlemlerinden korumak amacıyla başvurdukları en etkili araçlardan birisi tasarrufun iptali davasıdır³⁴⁰. Tasarrufun iptali davasının kabul edilmesinin sebebi, şahsî hak sahibi alacaklı(ları)nın özel olarak korunması zorunluluğudur³⁴¹. Bu zorunluluk, esasında iki yönlü bir koruma sağlamayı amaçlar. Bunlardan birincisi, kendisine takip yapılacağını anlayan veya zaten, aleyhine takip başlatılan borçlunun, kendisine takip yapan alacaklısını zarara sokmak amacıyla yapacağı işlemlerden takip alacaklısını korur. Müessesenin sağlayacağı ikinci koruma ise, borçlunun şahsî hakka sahip alacaklılarından bir veya birkaçını diğerlerinden kayırmak amacıyla yapacağı işlemleri engeller³⁴². Bu şekilde alacaklıların korunmasındaki amaç ise, öncelikle alacaklının alacağını tahsil etmesine engel olunarak bir anlamda adaletin gerçekleştirilmesine hizmet etmektir. Bunun yanı sıra, bu dava ile aynı zamanda kredi korunur ve ekonomik hayatın güven

³³⁷ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 581.

³³⁸ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 581. Bu tip işlemlere örnek olarak borçlunun, eşine/çocuklarına veya yakınlarına bağışlamalarda bulunmasını veya bazı mallarını satmasını gösterebiliriz (*Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 581).

³³⁹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker*, s. 581.

³⁴⁰ Tasarrufun iptali davasının ortaya çıkış zorunluluğu hakkında bkz. *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 1 vd.; *Yıldırım*, İptal Davaları, s. 1 vd.; *Öztek*, s. 319.

³⁴¹ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 1.

³⁴² *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 1-2.

içerisinde gelişmesine katkı sağlanır³⁴³. Belirtilen sebeplerle, tasarrufun iptali davasının alacalıya sağladığı yararlar göz ardı edilemez. Tasarrufun iptali davasının, alacaklı ile borçlu arasında takip prosedüründe gözetilmesi gereken menfaat dengesi açısından etkili bir araç olması, kurumun önemini arttırmaktadır. Ancak ülkemizde borçluların, borçlarının ödememek için alacaklıdan mal kaçırmaları ne kadar rastlanılabilir bir durum ise, alacaklıların da, borçlunun yaptığı her işlemi iptal ettirmek için tasarrufun iptali kurumuna başvurmaları o kadar sık rastlanılan bir durumdur³⁴⁴. Oysa, tasarrufun iptali davası, kötü niyetle alacaklısından mal kaçıran borçluya karşı alacaklıyı ne kadar korumakta ise, aynı şekilde, borçlunun da ödeme vasıtaları bulmalarına engel olmamalıdır³⁴⁵. Bu açıdan, alacaklılar hak ve menfaatlerini korumak pahasına, borçlunun üçüncü kişilerle yapmış olduklara işlemlere haksız bir şekilde müdahalede bulunmamalıdırlar.

İptal davası şahsî bir davadır ve bu davanın herhangi bir aynî etkisi bulunmamaktadır³⁴⁶. Bu sonuç da esasında, tasarrufun iptali davasının hak değil menfaat odaklı bir dava olduğunu göstermektedir. Bu dava ile alacaklının amacı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına müdahale etmek değil, borçlu ile birlikte kendisi aleyhine haksız ve kötü niyetli olarak gerçekleştirdikleri işlemlere karşı, alacağını tahsil yetkisini korumaktır. Zira tasarrufun iptali davası açma imkânının, ancak elinde aciz vesikası bulunan yani, artık borçlunun yönelebileceği başka bir malvarlığının bulunmadığını ispat eden alacaklıya tanınmasının temelinde yatan sebep de budur. Nitekim tasarrufun iptali davasını kazanan alacaklının üçüncü

³⁴³ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 2. Tasarrufun iptali davası, özel bir kurum olarak İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiş olsaydı, alacaklıların mevcut sistemde olduğu gibi korunması mümkün olmazdı. Zira, söz konusu düzenlemeler İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almasaydı, borçlunun alacaklısını zarara sokmak amacıyla gerçekleştirdiği işlem (i) suç oluşturan bir fiilse, borçlunun cezaî sorumluluğu doğardı veya (ii) haksız fiil hükümlerine göre, borçlunun tazminat sorumluluğu doğardı. Ancak her iki başvuru yolu da, alacaklının alacağını tahsil etmesini sağlayamazdı (*Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 2). Bu açıdan değerlendirildiğinde de, tasarrufun iptali davası, özellikle doğurduğu hüküm ve sonuçlar açısından, alacaklıların menfaatlerinin korunması için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir kurumdur.

³⁴⁴ *Öztek*, s. 319.

³⁴⁵ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 1, dn. 1. Ayrıca, tasarrufun iptali davasına başvuru imkânının, Türk icra hukuku sistemi içerisinde alacaklılar tarafından ölçüsüz bir şekilde kullanıldığı yönündeki açıklamalar için bkz. *Öztek*, s. 319.

³⁴⁶ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 19. Tasarrufun iptali davasının hüküm ve sonuçları ile niteliği itibarıyla bir eda davası olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 19-20.

kişiden talepleri, dava konusu işleme konu olan şeye göre değişir. Şayet borçlunun mal varlığından eksilen değer paradan başka bir şey ise ve bu mal, davalının mal varlığında hâlen aynen mevcutsa, davacı bu malı *aynen geri vermek* ile mükelleftir.

Tasarrufun iptali davası açısından, aciz vesikasının çok önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. İcra hukuku sistemimiz içerisinde aciz vesikası, borçlunun mal varlığının, alacaklıyı tatmine yetmediğini ispat eden tek araçtır. Zira alacaklının, başka herhangi bir araçla, borçlunun mal varlığı değerlerinin kendi alacağını karşılayamadığını ispat etmesi mümkün değildir³⁴⁷. Bu şekilde, ancak elinde aciz vesikası bulunan bir alacaklının borçlusuna karşı tasarrufun iptali davası açabilmesi, alacaklının aynı zamanda, borçlunun tasarrufa tâbi mal varlığı dışında başka yönelebileceği bir malı kalmadığını; bu sebeple de, açılan tasarrufun iptali davasının, alacaklının, başvuracağı en son cebrî icrayı sağlayan araç olduğunu gösterir. Zira, tasarrufun iptali davasının fonksiyonu kesinlikle, borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlamak veya ekonomik açıdan zaten kötü durumda olan borçluların, ödeme vasıtaları (*özellikle likit para*) bulmalarına engel olmak değildir³⁴⁸. Dolayısıyla, alacaklıları kötü niyetli borçlulara karşı koruyacak bu etkili aracın alacaklı tarafça kullanılması, cebrî icra prosedüründe başvurulacak en son çaredir. Kanun koyucunun, tasarrufun iptali davası açmak isteyen alacaklının elinde bir aciz vesikasının bulunmasını şart kılmasının da esas gerekçesi budur. Bu çerçevede, cebrî icranın sonuç vermediği belli olmadıkça, alacaklının böylesine etkili bir silâhı kullanmasına imkân vermek, borçluyu ölçsüz zararlara uğratabilir³⁴⁹.

Aciz vesikasının tasarrufun iptali davasında, menfaat dengesi çerçevesinde sahip olduğu bu önemine rağmen, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. maddesinde belirtilen türden Fon alacaklarının tahsili sürecinde, açılacak tasarrufun iptali davalarında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun elinde aciz vesikası bulunması şartı aranmamaktadır (BankK Geç. m. 13)³⁵⁰. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na,

³⁴⁷ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 38. Ayrıca aciz vesikasının, tasarrufun iptali davası açısından taşıdığı önem, fonksiyonları ile doğurduğu hüküm ve sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 36-43.

³⁴⁸ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 1, dn. 1.

³⁴⁹ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 39.

³⁵⁰ Bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz. "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 13. maddesinde fon alacaklarının tahsiline ilişkin olarak açılan tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası aranmayacağı, geçici 16. maddesinde de fon lehine getirilen hükümlerin makable

maddede belirtilen türden alacaklarının tahsili sürecinde, açacağı tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası aranmamasının menfaat dengesi ve özellikle alacaklılar arasında eşitlik ilkesi karşısında, tarafımızca hukukî bir dayanağı bulunamamıştır. Ancak, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar karşısında söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 10. maddesi ile icra hukukunda alacaklı ve borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesine aykırılığı konusunda şüphe edilmemelidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar çerçevesinde, Yargıtay'ın elinde aciz vesikası bulunmadan alacaklının tasarrufun iptali davası açmasına cevaz veren ve bu belgenin, yargılamanın her aşamasında, hatta temyiz aşamasında dahi ikamesini mümkün kılan yerleşik içtihatları sadece Kanun'a aykırılık teşkil etmemekte; aynı zamanda alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesini de tamamen zedelemektedir. Yargıtay'ın yerleşik bu içtihatları doğrultusunda, alacaklı henüz haciz neticesinde satılacak mal varlığı değerlerinin alacağını tahsile yeterli olup olmadığını beklemeden borçlusuna karşı, üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlem için tasarrufun iptali davası açabilmekte ve bu anlamda, kanun koyucunun alacaklıya vermiş olduğu hukukî imkân, cebrî icra süreci içerisinde borçlu açısından bir tehdit aracına dönüşmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278, 279 ve 280. maddeleri borçlunun hangi “tasarrufları”nın iptale tâbi olacağını düzenlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Kanun'un ifadesinde her ne kadar borçlunun “tasarruf” işlemlerinden bahsedilmişse de, Kanun'da hüküm ve sonuç doğuran fiiler sadece borçlunun birtakım tasarrufi işlemlerini kapsamadığından, burada borçlunun iptâlâ tâbi olan “hukukî fiilleri”nden söz etmek gerekecektir³⁵¹. Tasarrufun iptali davasına konu olabilecek ve Kanun'un belirtilen maddelerinde düzenlenen hukukî fiillerin temel özellikleri, borçlunun alacaklıyı tatmin edecek mal varlığı parçalarına doğrudan doğruya veya dolayısıyla etki ederek alacaklının hakkını bu değerler üzerinden almasına engel olan veya alacaklının cebrî icra imkânını güçleştiren ve zararına sebebiyet verici nitelikte

şamil olduğu açıklanmıştır. Mahkemece bozmaya uygun olarak verilen ikinci karar tarihinden sonra kabul edilip yürürlüğe giren yasa değişikliği ile fon alacakları bakımından aciz vesikası arama zorunluluğu ortadan kaldırıldığından mahkemece davanın esası hakkında inceleme yapıp bir karar verilmelidir.” 15. HD, 05.07.2006, 2840/4211 (Alıcı, s. 1323).

³⁵¹ **Umar**, Tasarrufun İptali Davası, s. 54-55.

olmasıdır³⁵². Dikkat edilmesi gereken husus, bu davanın açılabilmesi için belirtilen maddelerdeki borçlu fiillerinin, alacaklının zarara uğramasına sebebiyet vermesidir. Alacaklının zarara uğramasından kasıt ise, borçlunun Kanun kapsamına giren fiilinin, alacaklının cebrî icra vasıtalarıyla hakkını alabilme imkânını doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ortadan kaldırmış veya güçleştirmiş olmasıdır³⁵³.

³⁵² *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 55.

³⁵³ *Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 57. Bu noktadan hareketle borçlunun, haczedilmesi mümkün olmayan bir malı mal varlığından çıkarmış olmasının, alacaklıya tasarrufun iptali davası açma imkânı vermediği belirtilmektedir (*Umar*, Tasarrufun İptali Davası, s. 57).

SONUÇ

1. İcra hukuku, ortaya çıktığı en eski tarihlerden bu yana, alacaklı ile borçlu arasındaki çetin bir mücadele, bir çatışma alanı olmuştur. Alacaklı ile borçlunun çatışan menfaatleri, tarih boyunca borçlunun sorumluluk usûllerinin ve alacaklının, alacağını tahsil yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde çeşitli ilkelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu ilkelerin gelişimini Sümerlerden, Çin uygarlıklarına; kökleri Roma hukukuna dayanan XII Levha Kanunu'ndan, 1215 Magna Carta'sına; Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden, Amerikan Bağımsızlık Bildirilerine; Mecelle'den, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na değin uzanan tarih sürecinde görmek mümkündür. Tüm bu süreçte, her zaman için öncelikle alacaklının menfaatleri gözetilmiştir. Zamanla, takip prosedüründe üçüncü kişilerin de hak ve menfaatlerinin zedelenebileceği düşünülmüş ve buna göre önlemler alınmaya başlanmıştır. Bir takip prosedüründe borçlunun da korunmaya değer hak ve menfaatlerinin bulunduğu ise, gerçek anlamda tarihî süreç içerisinde en son gelişme gösteren bir seyir izlemiştir. Bu gelişim sürecinin ardındansa, ondokuzuncu yüzyılın "*insan haklarına dayalı*" devlet anlayışı, alacaklının mülkiyet hakkının korunması karşısında, gerek borçlunun gerekse üçüncü kişilerin temel haklarına yapılan ölçsüz müdahalelere karşı durmaktadır. Bu sebeple, takip prosedüründe kişilerin doğuştan sahip olduğu haklara müdahale edilmemesi ve hatta devlet tarafından bu hakların güvence altına alınması zorunluluğu, günümüz modern hukuk sistemlerinin gelmiş olduğu noktanın zorunlu bir sonucudur.
2. Bir takip prosedüründe, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması gereği, temelini, doğal insan haklarından ve evrensel ilkelere alır. Bir kişinin borcunu ödeyememesi, o kişinin insan onuruna aykırı, temel hak ve özgürlüklerini ölçsüz biçimde sınırlandıran, kişisel varlığı ile mal varlığı haklarını haksız olarak zedeleyen bir şekilde muamele görmesini kesinlikle gerektirmez. Dolayısıyla bir tarafta alacaklının (alacak hakkından doğan) mülkiyet hakkı korunurken; diğer yandan da borçlu ve üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin, evrensel ilkelere uygun olarak korunması gerekir. Nitekim bir takip prosedüründe, alacaklı ile borçlunun çatışan menfaatlerini de bu temel haklar ve özgürlükler oluşturur. Bu noktada çözümlenmesi gereken sorun ise, bu

çatışan menfaatlerin ne şekilde dengeleneceğidir. Çatışan menfaatlerin konusunu, aynı zamanda Anayasa ile güvence altına alınan evrensel temel hak ve özgürlüklerin oluşturması, menfaat dengesinin kurulması ve korunması sorununa anayasal bir boyut kazandırır. Zira çalışmamızın çeşitli bölümlerinde açıkladığımız üzere, menfaat dengesinin kurulması ve korunması, esasında kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerine ne şekilde müdahale edileceği, bu müdahalenin ölçüsünün ne olacağı ile ilgili bir sorundur. Nitekim Türk icra hukuku sisteminde alacaklı ve borçlu ile üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan düzenlemelerin önemli bir kısmı, esasında anayasal bir ihlâli bünyelerinde barındırırlar. Bu kapsamda, menfaat dengesinin konusunu Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır.

3. Türk icra hukuku normatif düzenlemeleri, özellikle bazı alacaklı grupların menfaatlerinin korunması amacıyla çeşitli kanunlara yayılmıştır. Bu durumsa, alacaklıların buldukları konuma göre alacaklı ile borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesinin çeşitli şekillerde biçimlenmesine sebebiyet vermektedir. Bu kanunlarda kabul edilen düzenlemeler de, önemli bir oranda 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun benimsemiş olduğu sistemden ayrılıklar taşımaktadır. Bu çerçevede Türk icra hukukunda, alacaklı-borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması açısından birbirinden oldukça farklı sistemler benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu durumun, özellikle bazı düzenlemeler karşısında hukuk güvenliğini zedelemesi, alacaklı-borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki menfaatlerin dengelenmesi hususunda yeknesak bazı ilkelerin benimsenmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır.
4. Türk icra hukuku sistemi, Anayasa'ya aykırılık teşkil eden azımsanamayacak sayıda menfaat dengesi ihlâlini bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu menfaat dengesi ihlâlleri, "*insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti*" anlayışını benimsemiş olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın esaslarına aykırı durumlar oluşturabildiğinden, ortaya çıkan ihlâlin ağırlığı da önemli boyutlara ulaşmaktadır. Bu şekilde çalışmamız kapsamında yer verdiğimiz, ağır menfaat dengesi ihlâllerine bir kaç örnek vermek istiyoruz:

- a. Borcunun gereğini yerine getirmeyen borçluya karşı zor kullanma yetkisi, mutlak olarak devletin taraf menfaatlerini dengelemekle yükümlü olan *tarafsız icra organlarına* bırakılmalıdır. Devletin egemenlik yetkisine ilişkin olan bu durum, alacaklı-borçlu ve üçüncü kişiler arasında menfaat dengesinin gerçek anlamda sağlanması açısından da “olmazsa olmaz” bir zorunluluktur. Oysa Türk icra hukuku sisteminde, örneğin bir (kamu) alacaklısının alacağını, bizzat borçlunun mal varlığına el atmak suretiyle tahsil etmesi mümkündür (bkz. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un, alacaklı kamu idarelerine vermiş olduğu yetkiler; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na vermiş olduğu yetkiler).
- b. Devletin yetkili ve tarafsız icra organlarının, borcunu ödemeyen borçlu üzerinde *zor kullanma yetkisi*, temelini evrensel insan haklarından alan ve Anayasa ile güvence altına alınan temel haklarına müdahale teşkil etmektedir. Bu anlamda borçluya karşı zor kullanılması, ancak ölçülülük ilkesi sınırları içerisinde gerektiği takdirde gerçekleştirilebilir. Oysa “*insan haklarına saygılı*” devlet anlayışının bir ürünü olan Türk icra hukuku sisteminde, örneğin icra memuru, elinde hiç bir mahkeme kararı bulunmadan borçlunun konutuna girebilir, kapalı yerleri zorla açtırabilir ve borçlunun şahıs varlığı ile mal varlığı değerleri üzerinde “*hal ve durumun gerektirdiği her türlü zora başvurulabilir*” (AATUHK m. 80/II; aynı yönde bkz. İİK m. 80/III, IV). Günümüzde cezaî yaptırımın gereğini yerine getirmekle görevli bir savcının dahi, mahkeme kararı olmadan bir kişinin konutuna girmesi, arama yapması mümkün değilken, icra memurunun mahkeme kararı olmaksızın bu yetkiye sahip olması, hukuk devletinin gereklerine aykırı düşer; borçlunun ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini ağır bir şekilde zedeler.
- c. Devlet erklerinin mutlak olarak ayrılığının, yani kuvvetler ayrılığının sağlanması, günümüz hukuk devletlerinin bir gereğidir. Bu gereklilik, icra hukukunda menfaat dengesinin kurulması ve korunması açısından hukuk güvenliğini sağlar; borçluya, aleyhinde başlatılacak takip sürecinde, *hak ve menfaatlerinin yetkileri sınırlı ve belirli, tarafsız bir devlet organı tarafından gözetileceği konusunda* teminat oluşturur. Oysa hukuk devletine dayalı bir sistemin ürünü olan Türk icra hukukunda, örneğin alacaklı olan kamu

idarelerinin veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hem borçlu aleyhine takip başlatıp yürütebilmesi hem de borçlu hakkında ancak mahkemelerin verebileceği türden birtakım “yargısal” kararlar alabilmesi (*ihtiyatî hacze karar verme gibi*) mümkündür (bkz. AATUHK m. 13; BankK m. 134/XVI).

- d.* Alacaklının mülkiyet hakkının korunması kadar, takibe taraf olmayan üçüncü kişilerin de mülkiyet haklarının korunması anayasal bir zorunluluktur (bkz. Ay m. 35). Bu durum takip prosedüründe, üçüncü kişilerin menfaatlerinin dengelenmesinde en önemli gerekliliklerdendir. Oysa mülkiyet hakkına saygılı bir anayasal sistemin ürünü olan Türk icra hukukunda, örneğin borçlu ile hiç bir irtibatı olmayan üçüncü kişilerin konutuna zorla girilmesi, taşınır eşyalarına haciz uygulanarak el konulması ve bir yediemine tevdi edilmesi mümkündür (bkz. İİK m. 88). Bu durumun üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması karşısında sahip olduğu olumsuz durum, son derece ciddi boyutlardadır.
- e.* Takip prosedüründe, borçluların hak ve menfaatlerinin haksız bir şekilde ihlâl edilmemesi için hukukî güvenliği sağlamayı amaçlayan, belirli menfaat gruplarına *hizmet etmeyen* düzenlemelerin kabul edilmesi bir zorunluluktur. Oysa kanun önünde eşitlik ilkesine dayalı (Ay m. 10) bir anayasal sistemin ürünü olan Türk icra hukukunda, örneğin bankalara, borçluların hak ve menfaatlerini önemli ölçüde zedeleyen birtakım imtiyazlar verilebilmektedir (bkz. İİK m. 68b, 150ı, 88, 89; kamu bankaları açısından BankK Geçici m. 13'ün atfı ile BankK m. 134, 136, 138, 140).

Bu örnekler karşısında da Türk icra hukuku sistemindeki birtakım düzenlemelerin, bünyesinde ciddi anayasal ihlâlleri barındıran, haksız ve ölçüsüz menfaat dengesi ihlâllerine sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Bu konuda çalışmamızın içeriğinde de ele aldığımız gibi öğretilerde yapılan haklı eleştiri ve öneriler çerçevesinde, Türk icra hukuku sistemi, yirminci yüzyılın *insan haklarına dayalı* devlet anlayışı ve Anayasamızın benimsediği ilkeler karşısında, ciddi bir revizyona ihtiyaç duymaktadır.

5. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, sistem bazında da alacaklı-borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine bozabilecek esaslar

benimsemektedir. Bu çerçevede öncelikli olarak ilâmsız icra yolu ile takip, gözetilmesi zorunlu olan menfaat dengesi açısından birtakım sakıncalar taşımaktadır. Türk icra hukukunda son derece geniş bir uygulama alanına yayılan ilâmsız icra yolu ile takip sistemine göre, alacaklının elinde hiç bir belge bulunmamasına rağmen, borçluya karşı takip başlatabilmesi mümkündür. Bu durumda ise, örneğin ilâmlı icra yolu ile takipte olduğu gibi alacaklının, hukuk düzenince korunmaya değer bir hak ihlâli tehlikesi ile karşılaşp karşılaşmadığı henüz belirli değildir. Zira ilâmlı icra yolu ile takipte, henüz takip başlatılmadan alacaklının hakkının varlığı kesin bir şekilde tespit edilmektedir; borçlu, tespit edilen ve hukuk düzenince korunmaya değer bu hakkın gereğini yerine getirmez ise, artık bu durumda alacaklının, devlet organlarından hakkının icrasını sağlamayı istemek için meşru bir mazareti bulunmaktadır. Oysa ilâmsız icra yolu ile takip, henüz alacağının varlığı belirli olmayan ve bu alacak hakkının borçlunun eylemleri karşısında henüz tahsil tehlikesi içinde olup olmadığı bilinmeden alacaklıyı, borçlusuna karşı oransız bir şekilde koruyabilmektedir. Dolayısıyla alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatlerin dengelenmesi hususunda, sistemin özünü ilâmlı icra yolu ile takip oluşturmalıdır. Oysa bugün icra hukuku sistemimizde, ilâmsız icra yolu ile takip kural hâline gelmiş, ilâmlı icra yolu ile takip ise istisna niteliğine bürünmüştür.

6. Menfaat dengesi ihlâlleri açısından sistemin barındırdığı tehlikeler karşısında, menfaat dengesinin kurulmasında ve korunmasında görev alan icra organları ile mahkemelere de önemli rol düşmektedir. Bu çerçevede icra organları, takip prosedürünü yürütürken menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet eden, ölçülü bir şekilde işlemlerini gerçekleştirmeliler; mahkemeler de, takip prosedüründe gözetilmesi gereken menfaat dengesi çerçevesinde, kendilerine yapılan başvuruları hukukun sınırları içerisinde çözüme kavuşturmalıdırlar. Bu kapsamda haciz memurunun, haczi gerçekleştirirken menfaatleri dengelemesi zorunluluğu (İİK m. 85/son), takip prosedürünün tümüne sirayet ettirilmeli, düzenleme bu şekilde yorumlanmalıdır.
7. Özellikle kanunî düzenlemeler içerisinde menfaat dengesinin kurulması ve korunmasına hizmet eden müesseselerin hukukun sınırları içerisinde, adaletli bir şekilde uygulanmasına özen gösterilmelidir. Örneğin geçici hukukî koruma

önlemleri, şikâyet, hacze iştirak, istihkak prosedürü, takibin iptal ve tâliki, icranın geri bırakılması, icranın iadesi gibi takip müesseseleri ile özellikle taraf menfaatlerinin telif edilmesi amacına hizmet eden tasarrufun iptali, itirazın iptali, menfî tespit gibi davaların menfaat dengesinin kurulması ve korunmasında önemli birer araç olduğu ilgililerce ve icra organlarınca yadsınmamalıdır. Bunun yanı sıra her bir icra takibi aşamasında da, menfaat dengesinin ne şekilde biçimlenmesi gerektiği icra organlarınca hukuka uygun bir şekilde tespit edilmelidir. Bu kapsamda menfaat dengesinin sağlanamaması durumundaysa, ilgililere menfaat dengesi ihlâllerine karşı hukukî yollara başvuru imkânının tanınması, hak arama özgürlüğünün zorunlu bir sonucudur. Bu sebeple de devletin, kişilere, menfaat dengesi ihlâline sebebiyet veren işlemlere karşı kanun yollarına başvurmaları konusunda her türlü imkânı sağlamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır (Ay m. 36; 40).

8. Son olarak belirtmek isteriz ki, icra takibinde menfaat dengesinin kurulması ve korunması, icra hukukuna özgü bir ilke değil; kişilerin sahip olduğu bir *temel haktır*. Bu hak temelini, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinden almaktadır. Dolayısıyla cebrî icra faaliyetini yürütme konusunda mutlak bir egemenlik yetkisi bulunan devletin, aynı zamanda temel hakların korunmasının sağlanması çerçevesinde de menfaat dengesinin kurulması ve korunması konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede de gerek 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu gerekse cebrî icraya ilişkin düzenlemeler getiren diğer kanunlarda, konuyla ilgili düzenlemeler yapılmalı; icra takibi prosedüründe menfaat dengesinin sağlanmasına getirilen her türlü engel kaldırılmalıdır. Ancak bu şartlar altında benimsenen bir cebrî icra sistemi, tüm hukuk normlarının kaynağı olan, "*insan haklarına saygılı sosyal hukuk devleti*" anlayışına dayanan Anayasamızın esaslarıyla uyum içerisinde olabilecektir.

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

BAŞVURU TARİHİ	BAŞVURUDA BULUNAN MAHKEME	KANUN MADDESİ	KARAR KÜNYESİ	KARAR
	Ankara 1. Ceza Mahkemesi	İİK m. 352a	11.03.1986, 1985-32/9	RED (RG 09.05.1986, S. 19102)
	Afyon İcra Ceza Hakimliği	İİK m. 352a	12.04.1991, 12-9	başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE
	Suluova İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK m. 82/I	21.10.1992, 13-50	9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Yasası'nın 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Yasa ile değişik 82. maddesinin 1. bendinde yer alan "... Devlet malları ..." sözcüklerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptale yönelik istemin REDDİNE Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER, Servet TÜZÜN ile Mustafa GÖNÜL'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA
	Van İcra Ceza Hakimliği	İİK m. 352a	26.05.1992, 31-37	başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE
	Ankara 6. İcra Ceza Hakimliği	İİK m. 354/II	05.10.1995, 15-55	İcra İflas Kanunu'nun 354. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Güven DİNÇER ile Lütfi F. TUNCEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA
05.07.1996	İmamoğlu İcra Tetkik (Ceza) Mahkemesi	İİK m. 352a, 354/II	10.7.1996, 46/29	İşin Geri Çevrilmesine. (Yayımlanmadı)
09.10.1996	İmamoğlu İcra Tetkik (Ceza) Hakimliği	İİK m. 352a, 354/II	04.02.1997, 1996-65/31	-354. maddesinin ikinci fıkrası, bakılmakta olan davada uygulanacak kural olmadığından başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle bu kurala ilişkin İTİRAZIN REDDİNE. -352/a maddesinin İPTALİ İSTEMİNİN REDDİNE. (RG 19.9.1997, S. 23115)
03.12.1998	Bilecik Bozüyük Asliye Hukuk Mahkemesi	İİK 89/V, 2. c.	14.12.1998, 57/77	İşin Geri Çevrilmesine. (Yayımlanmadı)
08.02.1999	Bozüyük Asliye Hukuk Mahkemesi	İİK 89/V, 2. c.	13.07.1999, 7/31	Reddine (RG 26.10.2000, S. 24212)
12.11.1999	Küçükçekmece İcra Tetkik Mercii	İİK m. 82/b. 1	20.9.2000, 1999-46/25	2004 sayılı Kanun'un 82. maddesinin; -1. bendinde yer alan " Devlet malları... " sözcüklerine ilişkin itirazın Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddelerinin son fıkraları gereğince REDDİNE. -1. bendinin " ...mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar, " bölümünün REDDİNE, (RG 04.10.2002, S. 24896)
31.10.2001	Küçükçekmece İcra Ceza Hakimliği	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 331/I, IV, VI; (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I;	21.11.2002, 2001-415/ 166	9.6.1932 günlü, 2004 sayılı "İcra ve İflas Kanunu"nun: A- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Yasa ile değiştirilen 331. maddesinin birinci, dördüncü ve altıncı fıkralarının,

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

		(3222 s.lı K. ile değişik) 338/I ; (3222 s.lı K. ile değişik) 340 ; (3222 s.lı K. ile değişik) 352a		B- 337. maddesinin, 6.6.1985 günlü, 3222 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının, C- 3222 sayılı Yasa ile değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrası ile 340. maddesinin, D- 3222 sayılı Yasa ile eklenen 352/a maddesinin, Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE (RG 28.02.2003, S. 25034)
01.11.2001	Antalya İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	13.11.2001, 417/349	Eksikliklerin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
01.11.2001	Güzelyurt İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-418/ 108	E. 2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
05.11.2001	Dört Yol İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-421/ 109	E. 2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
05.11.2001	Babaeski İcra Tetkik Mercii	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	13.11.2001, 422/350	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
08.11.2001	Mustafakemalpaşa İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-425/ 110	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
08.11.2001	Mustafakemalpaşa İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-426/ 111	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
12.11.2001	Sargöl İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 2001-427/ 112	2004 sayılı Yasa'nın 538 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin; -İkinci fıkrası davada uygulanacak kural olmadığından Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE -E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
12.11.2001	Sargöl İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-428/ 113	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
12.11.2001	Çine İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-430/ 114	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
12.11.2001	Samsun İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	22.11.2001, 431/352	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
19.11.2001	Gönen İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-437/115	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
19.11.2001	Gönen İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-438/116	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
19.11.2001	Tekirdağ İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-439/ 117	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
19.11.2001	Tekirdağ İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik)	21.11.2002, 2001-440/118	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

		m. 337/I		
19.11.2001	Kulu İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-441/119	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
20.11.2001	Şanlıurfa İcra Ceza Hakimliği	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 2001-442/120	2004 sayılı Yasa'nın 538 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin; - İkinci fıkrası davada uygulanacak kural olmadığından Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE - E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine.
20.11.2001	Şanlıurfa İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-443/121	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
21.11.2001	Kırklareli İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-445/122	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
21.11.2001	Kırklareli İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-446/123	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
22.11.2001	Bursa 4. İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-448/124	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Bucak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-450/125	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Bucak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-451/126	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Sandıklı İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-452/127	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Antalya İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-453/ 128	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Emirdağ İcra Ceza Mahkemesi	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 2001-454/ 129	2004 sayılı Yasa'nın 538 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin; -İkinci fıkrası davada uygulanacak kural olmadığından Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE. -E. 2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Cihanbeyli İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I, 352a	21.11.2002, 2001-455/ 130	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
27.11.2001	Cihanbeyli İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340, 352a	21.11.2002, 2001-456/ 131	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
28.11.2001	Babaeski İcra Tetkik Mercii	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-463/ 132	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
29.11.2001	Lüleburgaz İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 2001-465/ 133	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

29.11.2001	Lüleburgaz İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-466/ 134	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
30.11.2001	Sandıklı İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	20.12.2001, 469/365	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
11.12.2001	Sarıgöl İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	03.01.2002 2001-472/3	Sehven esas numarası verilen dosyanın esas kaydının kapatılmasına
11.12.2001	Sarıgöl İcra Tetkik Mercii Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	03.01.2002, 2001-473/4	Sehven esas numarası verilen dosyanın esas kaydının kapatılmasına
11.12.2001	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	03.01.2002, 2001-474/5	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
11.12.2001	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	03.01.2002, 2001-475/6	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
11.12.2001	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	03.01.2002, 2001-476/7	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
11.12.2001	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337	03.01.2002, 2001-477/8	Eksikliğin giderilmesi için İŞİN GERİ ÇEVİRİLMESİNE
14.12.2001	Samsun İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 2001-484/135	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
24.12.2001	Şebinkarahisar İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 2001-488/136	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
26.12.2001	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 338/I	08.01.2002, 2001-492/12	Eksikliklerin giderilmesi için işin geri çevrilmesine
02.01.2002	Sandıklı İcra Ceza Hakimliği	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 1/137	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.01.2002	Sarıgöl Asliye Ceza Mahkemesi	İİK m. 331/I-4-son	21.11.2002, 6/138	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
07.01.2002	Aslanapa İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 7/139	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
08.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 9/140	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 11/141	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 12/142	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 13/143	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 14/144	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 15/145	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
14.01.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 16/146	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.02.2002	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 25/147	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.02.2002	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002, 26/148	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.02.2002	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 27/149	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.02.2002	Torbalı İcra Ceza Mahkemesi	İİK (538 s.lı K. ile değişik) m. 337	21.11.2002, 28/150	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
04.03.2002	Dursunbey İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 338/I	21.11.2002, 42/151	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
25.03.2002	İhsaniye İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 57/152	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 62/153	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 63/154	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 64/155	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 65/156	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 66/157	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
01.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 67/158	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
24.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 74/159	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
24.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 75/160	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
24.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 76/161	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

24.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 77/162	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
24.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 78/163	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
30.04.2002	Uşak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 340	21.11.2002, 90/164	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
08.05.2002	Konya-Ereğli İcra Ceza Mahkemesi	İİK (3222 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	21.11.2002 93/165	E.2001/415 sayılı dosya ile birleştirilmesine
23.02.2004	Boğazlıyan İcra Ceza Mahkemesi	İİK (4949 s.lı K. ile değişik) m. 352a	01.07.2004, 11/93	1-2004 sayılı Yasa'nın 4949 sayılı Yasa ile eklenen 352/a maddesinin son fıkrasının, 2-1412 sayılı Yasa'nın 386. maddesinin 2369 sayılı Yasa ile değiştirilen ikinci fıkrası ve 388. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu kurallara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, -2004 sayılı Yasa'nın 4949 sayılı Yasa ile eklenen 352/a maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının REDDİNE. (RG 24.11.2004, S. 25650)
19.03.2004	Zonguldak İcra Mercii Tetkik Hakimliği	İİK (4949 s.lı K. ile değişik) m. 336a	17.04.2007, 2004-20/52 17.04.2007, 2004-20/19 (YD)	-REDDİNE. -Yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE. (RG 22.11.2007, S. 26708)
22.12.2005	Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi	İİK (4949 s.lı K. ile değişik) m. 179, 179a	E. 2005/165	-henüz karar verilmedi-
24.04.2006	İstanbul 10. İcra Ceza Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 337/I	E. 2006/071	İPTALİNE
01.06.2006	İstanbul 10. İcra Ceza Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 340	E. 2006/096	-henüz karar verilmedi-
06.09.2006	Zonguldak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 337/I, II; m. 339/I; m. 346/I; m. 353/I; m. 354; m. 349/I, V	14.09.2006 130/87	Eksikliklerin giderilmesi için işin geri çevrilmesine
09.10.2006	Zonguldak İcra Ceza Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 337/I, II; m. 339/I; m. 346/I; m. 353/I; m. 354; m. 349/I, V	20.10.2006 E.2006/137	2004 sayılı "İcra ve İflas Kanunu"nun; 1-31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 353. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin

**Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası İle Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu Yapılan
İcra ve İflâs Kanunu Hükümleri**

				yetkisizliği nedeniyle REDDİNE.
26.03.2007	Ankara 8. İcra Mahkemesi	İİK (4949 s.lı K. ile değişik) m. 68b/III	E.2007/036	-henüz karar verilmedi-
03.01.2008	Üsküdar 1. İcra Ceza Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 337	17.01.2008, E.2008/002	-2004 sayılı Yasa'nın 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ile ilgili başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,
31.01.2008	Lüleburgaz İcra (Ceza) Mahkemesi	İİK (5358 s.lı K. ile değişik) m. 337/1	E. 2008/010	-henüz karar verilmedi-
	Van Sulh Hukuk Mahkemesi	Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu m. 16/II [Özel Kanun sebebiyle ilâm niteliğinde belge]	05.09.2006, 114-81	Başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE
	Kocaeli 3. İcra Hukuk Mahkemesi	5174 s.lı K. m. 77/II [Özel Kanun sebebiyle ilâm niteliğinde belge]	30.07.2007, 86-73	Başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE

BİBLİYOGRAFYA *

- Akad M.,* “1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı ve Türk Anayasalarına Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları 1990, C. 5, S. 1-3, s. 29-34.
- Akad M./Dinçkol A.,* 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007.
- Akad M./
Vural Dinçkol B.,* Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Akcan R.,* Hacze İştirak, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Akulloğlu T.,* “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 nolu Protokol 1. Maddeye Göre ‘Borç İçin Hapis Yasağı’ Kuralı”, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara – 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 3-15.
- Akın İ.F.,* Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1333, İstanbul 1968. (**Temel Haklar**)
- Akın İ.F.,* Kamu Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1993. (**Kamu Hukuku**)
- Akipek J.,* Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Üçüncü Kitap, Mahdud Aynî Haklar, Ankara 1974.
- Akkan M.,* “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, Legal MİHDER 2007/I, S. 6, s. 29-68.
- Akkaya T.,* “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, Legal MİHDER 2006, S. 3, s. 661-684.
- Akyol Ş.,* Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Akyüz A.E.,* “İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapan 3222 Sayılı Kanun Üzerinde İnceleme”, ABD 1985, S. 5-6, s. 764-767.
- Alangoya Y.,* “Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi”, MHB 1981, S. 2, s. 1-4. (**Anayasanın Etkisi**)
- Alangoya Y.,* “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkani”, 75. Yaş Günü

* Metin içi dipnotlardaki atf sıralamalarında, eserlerin basım tarihleri esas alınmıştır.

İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 17-48. (**Kanun Yoluna Müracaat Hakkı**)

- Alangoya Y./Yıldırım K. Deren-Yıldırım N.,** Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, Alkım Yayınları, İstanbul 2006.
- Alıcı Y.,** Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Aliefendioğlu Y.,** “Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Korumaya İşlevi”, Türk Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Anayasa Yargısı, s. 27-36. (**Temel Haklar**)
- Aliefendioğlu Y.,** “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı”, Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 147-167. (**Hukuk Devleti**)
- Aliefendioğlu Y.,** “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı, C. 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 49, Ankara 2002, s. 141-177. (**2001 Anayasa Değişiklikleri**)
- Ansay S.Ş.,** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960. (**İcra Hukuku**)
- Ansay S.Ş.,** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960. (**Usûl Hukuku**)
- Ansay S.Ş.,** Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002. (**İslâm Hukuku**)
- Ansay S.Ş.,** “İcra ve İflâs Kanunu Etrafında Düşünceler”, Adliye Ceridesi, s. 1457-1464. (**Düşünceler**)
- Arar K.,** İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944.
- Arslan R.,** İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984. (**İhâlenin Feshi**)
- Arslan R.,** Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (**Dürüstlük Kuralı**)
- Arslan R.,** “İcra ve İflas Kanunu’nun 68/b ve 150/ı Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Yenilikler”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, 25-26 Şubat 1993, Şirket Kurtarma ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, İstanbul Sanayi Odası

- & Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, s. 206-219. (**İİK m. 68b, 150i**)
- Asilbay İ.H.**, “Uygulamada İcra İflas Yasası 68b Maddesi ve Eleştirisi”, YD 2001/Temmuz, C. 27, S. 3, s. 597-605.
- Aslan E.K.**, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Muhammet Özekes), Güncel Yayınevi, İzmir 2004.
- Aslan K.**, Hacizde İstihkak Davası, Yayınlanmış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ejder Yılmaz), Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Aslan K.**, “Hacizde Sıra (Tertip)”, AÜHFD 2005, C. 54, S. 2, s. 269-318. (**Hacizde Tertip**)
- Aşık İ.**, İcra Sözleşmeleri, Yayınlanmış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ramazan Arslan), Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Atakan A.**, “Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2007, C. 13, S. 1-2, s. 59-136.
- Atalay E.**, “Yargısal Temel Haklar”, Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1997, s. 437-454.
- Atalay O.**, “İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?”, Hukukî Perspektifler Dergisi 2004, S. 1, s. 67-69. (**Yargısız İnfaz**)
- Atalay O.**, “Taşınurların Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınması (İİK m. 88, II Üzerine Bir Eleştiri)”, Legal MİHDER 2005, S. 1, s. 17-27. (**İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri**)
- Atalay O.**, “Bankacılık Kanunu’ndaki Takip Hukukuna İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 8 Haziran 2007, s. 51-76. (**Kredi Kurumları**)
- Atar F.**, İslâm Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Atar Y.**, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları

- (Anayasa m. 11)”, SÜHFD 1989, C. 2, S. 2, Prof. Dr. Coşkun Üçok’a Armağan, s. 181-209.
- Atasoy Ö.A.,** “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu*”, Anayasa Yargısı, C. 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 49, Ankara 2002, s. 123-139.
- Aybay A./Aybay R.,** Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- Ayan M.,** Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Konya 2000.
- Battal A.,** Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001.
- Battal A.,** “*Sosyal Devletin Liberal Ekonomideki Eli: TMSF Nasıl Kuruldu? Nasıl Algılanıyor? Nasıl Tasarlanmalı?*”, Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller I, 27-27 Kasım 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Yayınları, Ankara 2005, s. 223-247. **(TMSF)**
- Başgil A.F.,** Devlet Nizamı ve Hukuk, İÜHFM 1952, C. XVIII, s. 576-591.
- Belgesay M.R.,** İcra ve İflâs Hukuku, Birinci Cilt, İcra, Kısım I-II, İstanbul 1945. **(İcra Hukuku)**
- Belgesay M.R.,** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Haciz ve Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip (Madde 1-153), Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 1955. **(Şerh)**
- Belgesay M.R.,** “*Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflâs Kanununun Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalâa*”, İÜHFM 1939, C. V, s. 33-45. **(Leeman Raporu 1)**
- Belgesay M.R.,** “*Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflâs Kanununun Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalâa*”, İÜHFM 1940, C. VI, s. 36-50. **(Leeman Raporu 2)**
- Belgesay M.R.,** “*İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun*”, İÜHFM 1940, C. VI, s. 341-345. **(3890 s.lı İİK Değişikliği 1)**
- Belgesay M.R.,** “*İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun*”, İÜHFM 1940, C. VI, s. 756-774. **(3890 s.lı İİK Değişikliği 2)**

- Berki A.H.,** Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 3. Bası, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.
- Berkin N.M.,** İcra Hukuku Dersleri, 538 Sayılı Kanuna ve Son İçtihadlara Göre İcra Hukuku Prensipleri-Haciz-Rehlin Paraya Çevrilmesi-İcra Suçları, 2. Bası, İstanbul 1969. (**İcra Hukuku Dersleri**)
- Berkin N.M.,** Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980. (**İcra Hukuku Rehberi**)
- Berkin N.M.,** “İcra Tebliğleri ve 538 Sayılı Kanunun Geirdiği Yenilikler”, İÜHFM 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 129-140. (**538 s.lı İİK Değişikliği**)
- Berkin N.M.,** “Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu”, İÜHFM 1977, C. 43, S. 1-4, s. 181-189. (**Devletin Sorumluluğu**)
- Birben E.,** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülük İlkesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Polat Soyer), İzmir 2006.
- Boran N.,** İcra Takibinin İptali ve Taliki, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tez Danışmanı: Doç. Dr. Muhammet Özekes), Güncel Yayınevi, İzmir 2006.
- Bozkurt G.,** “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, AÜHFD 1981, C. 38, S. 1-4, s. 65-103.
- Budak A.C.,** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2000. (**Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**)
- Budak A.C.,** İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008. (**İpoteğin Paraya Çevrilmesi**)
- Budak A.C.,** “İcra ve İflas Kanunu’nda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, İstanbul Sanayi Odası & Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, s. 313-338. (**Borçlu Aleyhine Değişiklikler**)
- Budak A.C.,** “Önce Rehne Başvurma Kuralının Tarihi Kökeni”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınları,

- İstanbul 2007, s. 403-417. (***Rehne Başyurma Zorunluluğu***)
- Cansel E.,** “*Anayasal Normlar Hiyerarşisi*”, Türk Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Anayasa Yargısı, s. 15-27. (***Türk Raporu***)
- Cantürk A.,** Sosyal Hukuk Devletin Tarihi Gelişimi ve 1982 Anayasasına Göre Sosyal Hukuk Devleti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmed Akad), İstanbul 1992.
- Çeçen A.,** İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayıncılık, Ankara 1999.
- Çetin O.,** Hak Arama Hürriyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek), İzmir 2007.
- Demir Y.,** Türk Kamu Yönetimi Gelişimi Çerçevesinde Bağımsız İdari Otoriteler ve BDDK Örneği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem), Diyarbakır 2006.
- Demircioğlu Y.,** Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Dönmezer S./Erman S.,** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- Edis S.,** “*Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği*”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447-460.
- Ercan H.,** İcra ve İflas Kanununa Göre Mal Beyanı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Erdal Tercan), Ankara 2004.
- Eren F.,** Borçlar Hukuku, C. I, 6. Bası, İstanbul 1998.
- Erdönmez G.,** “*Varlık Yönetim Şirketlerinin Cebri İcra Ytkilerinin Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, İBD 2007, C. 81, S. 6, s. 2517-2540.
- Erman E.S.,** “*538 Sayılı Kanunun İcra ve İflas Hukuku Safhasında Getirdiği Yenilikler*”, s. 551-569. (***538 sayılı Kanun Değişikliği***)

- Erturgut M.,** İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000 (*Gözden geçirilmiş yüksek lisans tezi*).
- Eruygur K.H.,** “İngiliz Hukukunda Malların Haczi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 401-434.
- Feyzioğlu M.,** “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması -Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme-”, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara – 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 15-39.
- Gemalmaz M.S.,** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- Gilles P.**
[Çev. Pekcanitez H.], “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması”, İzBD 1996, S. 1, s. 9-28.
- Giritli İ.,** “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”, Anayasa Yargısı, C. 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 49, Ankara 2002, s. 88-105. (**2001 Anayasa Değişiklikleri**)
- Gönül M.,** “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, Türk Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Anayasa Yargısı, s. 3-14.
- Gözler K.,** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2000. (**Anayasa Hukuku**)
- Gözler K.,** İdare Hukuku, C. I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003. (**İdare Hukuku, C. I**)
- Gözler K.,** “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, ABD 2001, Y. 59, S. 4, s. 53-67. (**2001 Değişikliği**)
- Gözübüyük Ş./Tan T.,** İdare Hukuku, Genel Esaslar, C. I, 2. Bası, Ankara 2001.
- Gülsoy M.T.,** Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Da-

- nışmanı: Doç. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu), İstanbul 1994. (**Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü**)
- Gülsoy M.T.**, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Günday M.**, İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- Gündüz F.E.**, İdari Yaptırımlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün), Ankara 2004.
- Gürdoğan B.**, Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967. (**Rehnin Paraya Çevrilmesi**)
- Gürdoğan B.**, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970. (**İcra Hukuku Dersleri**)
- Gürdoğan B.**, “İcra ve İflâs Kanununun 45. Maddesi ile İlgili Bir Yargıtay Kararı Üzerine”, ABD 1967/1, s. 11-14. (**İİK m. 45**)
- Güriz A.**, Hukuk Başlangıcı, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2005. (**Hukuk Başlangıcı**)
- Güriz A.**, Hukuk Felsefesi, 6. Bası, Ankara 2005. (**Hukuk Felsefesi**)
- Helvacı S.**, Gerçek Kişiler, 2. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007.
- Hirsch E.E.**, “Kuvvet ve Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 210, Ankara 1966, s. 173-186. (**Kuvvet ve Hukuk**)
- Hirsch E.E.**, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler, TBB Yayını, Ankara 1971. (**Anayasa’nın Etkileri**)
- Huber E.R.**
[Çev. Ansay T.], “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 57-82.
- Işıktaç Y.**, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Kabaoğlu İ.Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Kabaoğlu İ.Ö.**, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 89-117. (**Hukuk Devleti**)

- Kaneti S.,** “Anayasa Mahkemesi’nin Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanına Etkileri”, Anayasa Yargısı, C. 6, Türkiye Anayasa Mahkemesi Yayınları No. , Ankara 1989, s. 17-35.
- Karakoç Y.,** Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2000. (**Uyuşmazlıklar**)
- Karakoç Y.,** Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007. (**Genel Vergi Hukuku**)
- Karakoç Y.,** “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, Vergi Sorunları 2001/Haziran, S. 153, s. 116-135. (**Kamu İcra Hukuku**)
- Karaman M.,** Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuk Devleti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Erdal Onar), Ankara 2001.
- Karamustafaoğlu M.T.,** Yasama Meclisinde Komisyonlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 201, Ankara 1965.
- Karayalçın Y.,** Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, 6. Bası (Tıpkı Basım), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No. 380, Ankara 2001. (**Hukukta Metod**)
- Karayalçın Y.,** “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, AÜHFD 1962, C. 19, S. 1-4, s. 251-275. (**Şeref ve Haysiyetin Korunması**)
- Karayalçın Y.,** “Kredi Düzeninin Korunması”, Batider 1972, C. VI, s. 539-573. (**Kredi Düzeni**)
- Karayalçın Y.,** “Hukukun Üstünlüğü (Kavram - Bazı Kavramlar)”, Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 117-147; AÜSBFD 1992, C. 47, S. 3-4, s. 193 vd. (**Hukukun Üstünlüğü**)
- Karayalçın Y.,** “Devlet Borçları - ‘Devlet Malları Haczedilemez’ Kuralı (İİK. M. 82 ve Anayasa Mahkemesi’nin 21.x1992 Tarihli Kararı)”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Ankara 2001, s. 123-149. (**Devlet Mallarının Haczedilmezliği**)
- Kılıçoğlu E.,** İcra Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005.
- Kocaoğlu A.M./**

- Kocaoğlu S.S.,** İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması, ABD 2007, Y. 65, S. 3, s. 105-128.
- Konuralp H./Tercan E.,** “*Türk Medenî Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Yeni Türk Medenî Kanunu’nun Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Eskişehir 2003, s. 3-39.
- Köprülü B./Kaneti S.,** Sınırlı Aynı Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İÜHF Yayınları No. 3079, İstanbul 1982-1983.
- Kumrulu A.G.,** “*Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım*”, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, AÜHF Yayınları No. 460, Ankara 1981, s. 647-668.
- Kuntalp E.,** “*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-299.
- Kutlu M.,** Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi-Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, Ankara 1962. (**İİK Değişikliği**)
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul 1988.
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 2, 3. Bası, İstanbul 1990.
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 3, 3. Bası, Ankara 1993.
- Kuru B.,** Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No. 229, Genişletilmiş 2. Bası, 2002. (**Bankadaki Mevduatın Haciz**)
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003. (**Menfi Tespit Davası**)
- Kuru B.,** İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2. Bası (Tıpkı Basım), İstanbul 2006. (**El Kitabı**)
- Kuru B.,** “*İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler*”, Bankacılar Dergisi 2003, S. 47, s. 59-83. (**İİK m. 89**)
- Kuru B.,** “*Teminat Alacakları İçin İlâmsız İcra Takibi Yapılması*”, Makaleler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 503-510. (**Teminat Alacakları**)

- Kuru B.**, “*Ödeme Emri*”, Makaleler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 521-538. (***Ödeme Emri***)
- Kuru B.**, “*İcra İnkâr Tazminatı*”, Makaleler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 615-652. (***İcra İnkâr Tazminatı***)
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007. (***Usûl***)
- Martin A.**
[Çev. Berkin N.], “*Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*”, İÜHFM 1956, C. XXII, S. 1-4; s. 329-338.
- Ocakçioğlu İ.**, “*Kurallar Zinciri Düzeni İle İlgili Bazı Sorunlar*”, Onar Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No. 530, İstanbul 1977, s. 507-523.
- Oğuzman M.K./Barlas N.**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Onar E.**, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara 2003.
- Oskay M./Koçak C./Deynekli A./Doğan A.**, İİK Şerhi, Madde 68-99, 2. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Oskay M./Koçak C./Deynekli A./Doğan A.**, İİK Şerhi, Madde 100-176/b, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Oskay M./Koçak C./Deynekli A./Doğan A.**, İİK Şerhi, Madde 277-370, 5. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Ökçesiz H.**, “*Hukuk Devleti*”, Hukuk Devleti (*Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz*), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 17-35. (***Hukuk Devleti***)
- Ökçesiz H.**, “*İnsan ve Hukuk Devleti*”, Hukuk Devleti (*Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz*), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 35-44. (***İnsan ve Hukuk Devleti***)

- Ökçesiz H.,** “*Hukuk Devleti Olgusu*”, Hukuk Devleti (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, s. 44-57. (**Hukuk Devleti Olgusu**)
- Öktemer S.,** “*Kambiyo Senetleri Hakkında Takip ve İlamsız Haciz Yoluyla Takip Usulleri Arasındaki Farklar*”, ABD 1972, S. 5, s. 781-788.
- Öktemer Y.S.,** “*İcra ve İflas Kanununun 68/b ve 150/ı Maddelerine İlişkin Uygulama*”, YD 1997/Ocak-Nisan, C. 23, S. 1-2, s. 155-170.
- Özbalcı Y.,** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yorum ve Açıklamaları, Ankara 2002.
- Özbek V.Ö.,** Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınları, İstanbul 2005.
- Özekes M.,** İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Yayınlanmış Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez), Seçkin Yayınları, Ankara 1999. (**İhtiyatî Haciz**)
- Özekes M.,** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003. (**Hukukî Dinlenilme Hakkı**)
- Özekes M.,** “*Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm*”, Yargıtay Dergisi 2000/Ekim, C. 26, s. 661 vd. (**Yok Hüküm**)
- Özekes M.,** “*Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlâk Sorunu*”, Eskişehir Barosu Dergisi 2005, S. 6, s. 1-16. (**Vicdan ve Ahlâk Sorunu**)
- Özekes M.,** “*Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları*” (Matra Projesi, İzmir/26.05.2003), Legal HD 2005, S. 28, s. 1295 vd. (**Hukukî Dinlenilme Hakkının Güncel Sorunları**)
- Özekes M.,** “*İcra ve İflâs Kanunu’nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi*” (Tebliğ), Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 8 Haziran 2007, s. 97-122. (**Kredi Kurumları**)
- Özkan Y.,** İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Muhammet Özekes), Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

- Özmumcu S.,** Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Yayınlanmış Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Yavuz Alangoya), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Öztan F.,** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.
- Öztek S.,** “HUMK m. 427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 Tarihli Kararı”, Hukuk Araştırmaları 1987/II, s. 62 vd. (**Kanun Yolunun Amacı**)
- Öztek S.,** “Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay’ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkim Yayınları, İstanbul 2003, s. 319-355.
- Özyeşil F.M.,** Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Erdal Tercan), Ankara 2001.
- Pekcanitez H.,** İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1986. (**Şikâyet**)
- Pekcanitez H.,** “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, Anayasa Yargısı 1995, C. 12, s. 257-287. (**Anayasa Şikâyeti**)
- Pekcanitez H.,** “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzBD 1997/2, s. 35-55. (**Adil Yargılama**)
- Pekcanitez H.,** “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 753-792. (**Hukukî Dinlenilme Hakkı**)
- Pekcanitez H.,** “4949 Sayılı Kanun’la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, TBBD 2003, S. 49, s. 137-158. (**4949 s.lı İİK Değişikliği**)
- Pekcanitez H.,** “Medeni Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 515-552. (**HUMK m. 445/XI**)
- Pekcanitez H.,** “İflas, İflas mı Ediyor?”, HPD 2004, S. 1, s. 50-51. (**“İflâs, İflâs mı Ediyor?”**)
- Pekcanitez H./Akkan M./Yeşilova B./Erişir E.,** İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

- Pekcanitez H./
Erdönmez G.,** “Bankacılık Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Bankacılık Dergisi 2005, S. 55, s. 25-44.
- Pekcanitez H./
Atalay Ö./Özekes M.,** Medenî Usûl Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Pekcanitez H./
Atalay Ö./
Sungurtekin-Özkan M./
Özekes M.,** İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Poroy R./Tekinalp Ü.,** Kıymetli Evrak Hukuku, 15. Bası, Turhan Kitabevi, İstanbul 2001.
- Postacioğlu İ.E.,** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975. (**Usûl Hukuku**)
- Postacioğlu İ.E.,** İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 2901, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Postacioğlu İ.E.,** “İlâmsız Takip Mevzuunda İcra ve İflâs Kanununda Yapılması Gereken Tadilat”, İÜHFM 1953, C. XVIII, S. 3-4, s. 722-741. (**Yapılması Gereken Tadilat**)
- Postacioğlu İ.E.,** “İcra ve İflâs Kanununun Tâdili Hakkında Çalışmalar”, İBD 1962, C. XXXVI, S. 7, s. 169-184. (**Tâdil Çalışmaları**)
- Postacioğlu İ.E.,** “Bankalar Birliği İcra ve İflâs Kanunu Tadil Tasarısı Esasları”, İcra - İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul - 17 Haziran 1977, İstanbul 1978, s. 133-151. (**Bankalar Birliği İİK Tadil Tasarısı**)
- Rado T.,** “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı”, İÜHFM 1944, C. X, S. 1-2, s. 229-240.
- Rehbinder M.
[Çev. Kalpsüz T.],** “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, AÜHFD 1969, C. XXVI, S. 3-4, s. 271-287.
- Rehbinder M.
[Çev. Gürkan Ü.],** “Hukukun Toplumsal Fonksiyonları”, AÜHFD 1971, C. XXVIII, S. 1-4, s. 455-475.
- Reisoğlu S.,** Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması, Türkiye Bankalar Birliği

- Yayını, Ankara 1986. (**Banka Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması**)
- Reisoğlu S.,** Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler (3494 Sayılı Kanun), Türkiye Bankalar Birliği Yayını, Ankara 1989. (**İİK'ndaki Düzenlemeler**)
- Reisoğlu S.,** Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2007. (**Şerh**)
- Schefold D.**
[Çev. Ayiter N.], “Rosseau'nun Devlet Öğretisinin Tarihselliği ve Güncelliği”, AÜHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 511-531.
- Semiz A.,** “İcra ve İflâs Kanunu Tasarısına Karşı Tatbikatçılar Ne Diyor?”, İBD 1962, C. XXXVI, S. 7, s. 315-334.
- Serozan R.,** Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Soysal M.,** “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı, Birinci Oturum, s. 7-38.
- Sungurtekin M.,** Kiralanan Gayrimenkullerin İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1987.
- Sungurtekin Özkan M.,** “Oranlılık İlkesi ve İlkenin İcra Hukukunda Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 177-204. (**Oranlılık İlkesi**)
- Şimşek O.,** Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zafer Gören), İzmir 1999.
- Tanör B./Yüzbaşıoğlu N.,** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Tanrıver S.,** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Taşdelen S.,** Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Taşpınar S.,** Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Haczedilmezlik ve Nedenleri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ramazan Arslan), Ankara 1994. (**Haczedilmezlik**)

- Taşpınar S.,** “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayın No. 8, Ankara 1999, s. 759-787. (**Medenî Yargılamada Amaç**)
- Taşpınar S.,** “İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 599-670. (**İsviçre Federal İİK**)
- Tekinay S.S./Akman S./Burcuoğlu H./Altop A.,** Tekinay Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Tercan E.,** “İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu”, Batider 1994, C. XVII, S. 4, s. 83-110. (**Kredi Kurumları**)
- Tercan E.,** “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s. 181-212. (**Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü**)
- Tercan E.,** “5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’na (m. 106) Göre, Yönetim ve Denetimi Fona İntikal Eden Bankanın Taraf Olduğu Takiplerin ve Davaların Durumu”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 867-894. (**TMSF’nin Taraf Olduğu Takipler**)
- Teziç E.,** Anayasa Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Teziç E.,** “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986, s. 23-43. (**Anayasaya Uygunluk Denetimi**)
- Türkel D.T.,** Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Muhammet Özkes), Güncel Yayınevi, İzmir 2008.
- Türkoğlu-Özdemir G.,** Roma Hukukunda İnfamia (Şerefsizlik), Seçkin Yayınları, Ankara 2008. (**Şerefsizlik**)
- Türkoğlu-Özdemir G.,** “Roma İcra Hukuku”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. VIII, S. 1-2, s. 127-171.
- Umar B.,** Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1013, İstanbul 1963. (**Tasarrufun İptali Davası**)

- Umar B.,** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No. 64/38, İzmir 1973. (**Tarihî Gelişim**)
- Umar B.,** Hukuk Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 79, İzmir 1997. (**Hukuk Başlangıcı**)
- Umar B.,** “İcra Kovuşturmalarında Uygulanan Temel Sorunlar”, İcra - İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul - 17 Haziran 1977, İstanbul 1978, s. 5-29. (**Temel Sorunlar**)
- Umar B.,** “Son (4949 Sayılı Yasa İle Getirilen) İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi”, TBBD 2004, S. 50, s. 85-96. (**4949 s.lı İİK Değişikliği**)
- Umur Z.,** Roma Hukuku (Tarihî Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 2960, İstanbul 1982.
- Uyar T.,** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı.
- Uyar T.,** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 5, 2. Baskı.
- Uyar T.,** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 6, 2. Baskı, 2006.
- Uyar T.,** “4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli ‘İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, TBBD 2003, S. 49, s. 159-221. (**4949 s.lı İİK Değişikliği**)
- Uzar G.N.,** İcra ve İflâs Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ramazan Arslan), Ankara 2001.
- Ülgen H./Helvacı M./Kendigelen A./Arslan K.,** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006.
- Ülkü N.G.,** “İlâmsız İcraya İlişkin Uygulamalar”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul 2007, s. 571-586.
- Üstündağ S.,** İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü, Evrim Kitabevi, İstanbul 1990. (**İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü**)
- Üstündağ S.,** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000. (**Usûl Hukuku**)
- Üstündağ S.,** İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004. (**İcra Hukuku**)

- Üstündağ S.,** “Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Alacakların Cebri İcra Yolu İle Tahsili – Yürürlükten Kalkmış Olan 3332 Sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepeleri”, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili, İstanbul Sanayi Odası & Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, s. 160-165. **(Kredi Alacaklarının Tahsili)**
- Üstündağ S.,** “İcra ve İflâs Kanununun 89. Maddesi Üzerine”, İBD 1991/Ocak-Şubat-Mart, C. 65, S. 1-2-3, s. 5-17. **(İİK m. 89)**
- Vuraldoğan K.,** 2001 Anayasa Değişikliklerinin Işığında 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erdal Onar), Ankara 2005.
- Wiseman H.V.**
[Çev. Kapanî M.], “Magna Carta Efsânesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210, Ankara 1960.
- Yahyaoglu G.,** Bağımsız Bir İdari Otorite Olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Süheyl Donay), İstanbul 2004.
- Yavaş M.,** Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), Yayınlanmamış Doktora Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tez Danışmanı: Prof. Dr. Selçuk Öztekin), Arıkan Yayınları, İstanbul 2005.
- Yeşilova B.,** İcra ve İflâs Hukukunda Kredi Alacaklarının Tahsili, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tez Danışmanı: Doç. Dr. Oğuz Atalay), İzmir 2000.
- Yıldırım K.,** İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, Alfa Yayınları, İstanbul 1995. **(İptal Davaları)**
- Yıldırım K.,** “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1989, S. 1-3, s. 98-115. **(Ölçülülük İlkesi)**

- Yılmaz E.*, “*Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)*”, AÜHFD 1974, C. XXX, S. 1-4, s. 271-316. (***Hacze Adi İştirak***)
- Yılmaz E.*, “*Hacze Takipsiz Katılma (Hacze İmtiyazlı İştirak)*”, AÜHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 361-394. (***Hacze İmtiyazlı İştirak***)
- Yılmaz E.*, “*Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi’ne İlişkin Anayasa Hükmi ve İcra İflas Suçları*”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul 2003, s. 493-502. (***Ay m. 38***)
- Yılmaz E.*, “*Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi*”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ın 65. Yaş Armağanı Ankara 1988, s. 601-611. (***Devlet Malları***)
- Yılmaz E.*, “*Cumhuriyetimizin Yetmişbeşinci Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra ve İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler*”, TBBD 1998, S. 3, s. 871-886. (***İİK’da Gelişmeler***)
- Yılmaz E.*, “*Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz*”, SÜHFD 2003, C. 11, S. 3-4, s. 9-45. (***Dünden Bugüne İİK***)
- Yılmaz K.*, Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2006.
- İstanbul Ticaret Odası*** Kredinin Korunması Mevzuunda İcra ve İflâs Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler Hakkında Rapor, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 1961.
- İstanbul Ticaret Odası*** İcra ve İflâs Kanunu Tadil Tasarısı, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 1980.