

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

**Hazırlayan
Volkan ÖZÇELİK**

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK**

Yüksek Lisans Tezi

**Temmuz 2013
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ
(Yüksek Lisans Tezi)**

**Hazırlayan
Volkan ÖZÇELİK**

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK**

**Bu çalışma; Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi tarafından
SYL-2013-4320 kodlu proje ile desteklenmiştir.**

**Temmuz 2013
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Volkan ÖZÇELİK

YÖNERGEYE UYGUNLUK

“İcra Müdürünün Takdir Yetkisi” adlı yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Volkan ÖZÇELİK

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. İsmail KAYAR

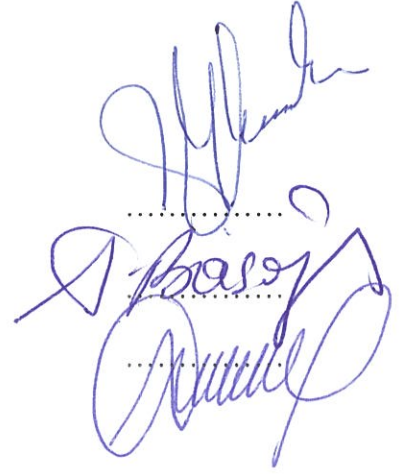
KABUL VE ONAY

Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK danışmanlığında **Volkan ÖZÇELİK** tarafından hazırlanan “**İcra Müdürünün Takdir Yetkisi**” adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

23.07.2013

JÜRİ

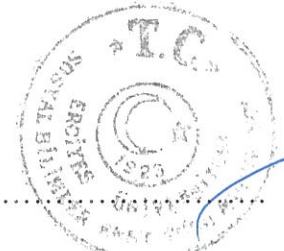
Danışman : Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK
Üye : Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Üye : Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL



ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 16.08.2013 tarih ve19.....sayılı kararı ile onaylanmıştır.

16.08.2013



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Lütfullah CEBECİ

TEŞEKKÜR

Tez konumun belirlenmesi, planının hazırlanması ve yazım aşamalarında yardımını esirgemeyen, yoğun çalışma temposuna rağmen her türlü çıkmazımda, bana yol gösteren, bilimsel bir eserde yer alacak üslup ve düzeni öğreten, kaynaklarından ve bilgilerinden yararlandığım sayın hocam Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK'e minnettarım.

Tezimin yazım aşamasında bana yol gösteren, her türlü desteği veren kaynaklarından yararlandığım Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN hocama; fakülteye geldiğim andan itibaren sıcak ve rahat bir çalışma ortamı sağlayan, akademik hayatımın başlangıç evresinde desteklerini yanımdan esirgemeyen Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL ve Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK hocalarıma; tez yazımı sırasında kaynaklarından beni mahrum etmeyen Öğr. Gör. Musa İYİLER'e; aynı kürsüyü paylaştığım değerli mesai arkadaşım Araş. Gör. Osman DURAN'a teşekkür ederim.

Hayata adım attığım ilk andan itibaren maddi manevi destekleriyle hep yanımda olan; ahlaki, vicdani doğrularıyla beni yönlendirip davranışlarımın şekillenmesinde en büyük pay sahibi olan, başarılarımda benimle iftihar edip, beni hep cesaretlendiren, ne yaparsam yapayım haklarını ödeyemeyeceğim kıymetli babam ve anneme; sevgisini ve saygısını hiç eksik etmeyen kardeşime teşekkürlerimi sunuyorum.

Araş. Gör. Volkan ÖZÇELİK

Kayseri, Temmuz 2013

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

Volkan ÖZÇELİK

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2013

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK

ÖZET

Toplum hayatını hukuk kuralları ile düzenleyen kanun koyucu, cebri icra hukukunun uygulayıcılarından icra müdürüne takdir yetkisi vermektedir. Bu esasında bir zorunluluktur. Hayatın hızla değişmesi karşısında, bu değişime uyum sağlama yollarından biri icra müdürüne takdir yetkisi vermektir. İcra müdürünün takdir yetkisi bir haktan ziyade ödev niteliğindedir. İcra müdürü takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkisini kullanmakla yükümlüdür.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken anayasal temel hak ve ilkelere, kanunun getirdiği özel sınırlara, kanunun ve hükmün amacına riayet etmelidir. Takdir yetkisini kullanırken alacaklı ve borçlunun haklarını mümkün olduğunca telif etmeli, gerektiği yerde de takibin tarafı olmayan üçüncü kişileri gözetmelidir. Takdir yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemin nedenini, işlemin gerekçesinde açıklamalıdır.

Bu çalışmanın amacı icra müdürünün takdir yetkisi kavramını, bu yetkinin niteliğini, sınırlarını ve takdir yetkisi kullanılırken hangi ilkelere dikkat edileceğini belirlemek ve ortaya çıkan sorunlara yönelik çözüm önerileri sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: İcra müdürü, Takdir Yetkisi.

THE DISCRETION of BAILIFF**Volkan ÖZÇELİK****University of Erciyes, Institute of Social Sciences****M. Sc. Thesis, July 2013****Supervisor: Assist. Prof. Dr. Şükran EKECİK****ABSTRACT**

Legislator, who is regulating the community life with legal rules, is giving the discretion to the bailiff, one of the enforcement law practitioners. Basically this is a requirement. To adjust to the rapid change in life, giving discretion to the bailiff is one of the ways. The discretion of bailiff is an obligation rather than a right. Under the circumstances of given discretion of bailiff, the bailiff is obliged to use this authority.

While exercising the discretion of the bailiff, bailiff should comply with basic constitutional rights and principles, specific limitations in law and purpose of provision and law. While bailiff is exercising his discretion, he should as far as possible reconcile rights of creditor and debtor, if needed, he should protect the third person interests. He must explain the reason of his action, which is the consequence of his discretion, in the legal basis of it.

The aim of this study is to determine the term of discretion of bailiff, the character and limits of this authority and while exercising this authority which legal principles should be taken into account, and also to find out the problems with the solution proposals for them.

Key Words: Bailiff, The Discretion.

İÇİNDEKİLER

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK	ii
KABUL VE ONAY	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

§ 1. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI	5
I. GENEL OLARAK	5
II. İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINMASININ NEDENİ VE ÖNEMİ	9
III. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN NİTELİĞİ.....	14
§ 2. İCRA MÜDÜRÜNÜN NİTELİĞİ.....	16
I. GENEL OLARAK	16
II. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN.....	17
III. İCRA HUKUKU AÇISINDAN	19
A. İcra Dairesinin İcra Müdürü İle Özdeşleşmesi	19
B. İcra Müdürünün Yerine Getirdiği Kamu Hizmetine Özgü Konumu	20
1. İcra Müdürünün Yürütme Organı İçinde Yer Alması Gereği Özellikleri	21
2. İcra Müdürünün Görevinin Niteliği Gereği Hakimlere Benzeyen Özellikleri	21

3. İcra Müdürünün Niteliğinin Değerlendirilmesi	24
§ 3. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN DÜZENLENİŞİ.....	29
I. GENEL OLARAK.....	29
II. KANUNUN AÇIK İFADESİ.....	30
III. KANUNUN İFADE TARZI.....	32
IV. BELİRSİZ KAVRAMLARA YER VERİLMESİ	35
V. SÜREYE İLİŞKİN İFADELERE YER VERİLMESİ	36
§ 4. TAKDİR YETKİSİNİN ALANI.....	37
I. GENEL OLARAK.....	37
II. HUKUK KURALININ UNSUR KISMINDA TAKDİR YETKİSİ	39
III. HUKUK KURALININ SONUÇ KISMINDA TAKDİR YETKİSİ	40
IV. İŞLEMİN YAPILMA SÜRESİNDE TAKDİR YETKİSİ	43
§ 5. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN BENZER KURUMLARLA MUKAYESESİ	45
I. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ İLE MUKAYESESİ	45
A. Genel Olarak.....	45
B. Takdir Yetkisinin Kullanılması Bakımından.....	48
C. Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Bakımından.....	49
II. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ İLE MUKAYESESİ.....	50
A. Genel Olarak.....	50
B. Takdir Yetkisinin Kullanılması Bakımından.....	54
C. Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Bakımından.....	56

İKİNCİ BÖLÜM

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI

§ 6. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI.....	58
I. GENEL OLARAK.....	58
II. ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ	59

A. Anayasanın Bağlayıcılığı	59
B. Anayasanın Üstünlüğü.....	61
C. Anayasanın Üstünlüğünün İcra Hukukunda Görünümü ve İcra Müdürünün Bunu Dikkate Alıp Alamayacağı Hususu	62
§ 7. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN DİKKATE ALMASI GEREKEN ANAYASAL İLKELER.....	67
§ 8. İNSAN ONURU	70
I. GENEL OLARAK.....	70
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA İNSAN ONURU KAVRAMI.....	73
§ 9. HUKUK DEVLETİ İLKESİ	79
I. GENEL OLARAK.....	79
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ	83
§ 10. ADİL YARGILANMA HAKKI	88
I. GENEL OLARAK.....	88
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA ADİL YARGILANMA HAKKININ KORUNMASI.....	92
§ 11. KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ VE KİŞİ HÜRRİYETİNİN KORUNMASI.....	96
I. GENEL OLARAK.....	96
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI VE KİŞİ HÜRRİYETİ	100
§ 12. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ VE GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI.....	101
I. GENEL OLARAK.....	101
II. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ KORUNMASI	102
A. Genel Olarak.....	102
B. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Kişinin Özel Hayatının Korunması	107

III. KONUT DOKUNULMAZLIĞININ KORUNMASI	122
A. Genel Olarak	122
B. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Konut Dokunulmazlığının Korunması	125
IV. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN KORUNMASI	132
§ 13. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN KORUNMASI	136
§ 14. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI.....	141
I. GENEL OLARAK	141
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI	145
A. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkının Korunması.....	145
B. Borçlunun Mülkiyet Hakkının Korunması	148
C. Alacaklının Mülkiyet Hakkının Korunması	152
§ 15. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN SOSYAL DEVLET İLKESİNE UYGUN DAVRANMASI	157
§ 16. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN EŞİTLİK İLKESİNE UYGUN DAVRANMASI.....	160
§ 17. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA AİLENİN KORUNMASI İLKESİNE RİAYET EDİLMESİ	162
§ 18. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	164
I. GENEL OLARAK	164
II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	166
A. Cebri İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Uygulanması.....	166
B. Ölçülülük İlkesinin İcra Müdürünün Takdir Yetkisi İle Olan İlişkisi.....	170
1. İcra Hukukunun Amacını Gerçekleştirmesi Açısından.....	170
2. Menfaat Dengesi Kavramı	172

3. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Ölçülülük İlkesi	173
§ 19. DİĞER TEMEL HAK VE İLKELER.....	180
§ 20. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN DİKKATE ALMASI GEREKEN, TAKDİR YETKİSİNE ÖZGÜ İLKELER	180
I. KANUNDA TAKDİR YETKİSİ TANIYAN BİR HÜKÜM OLMASI.....	181
II. TAKDİR YETKİSİNİN KANUNUN VE HÜKMÜN AMACINA UYGUN KULLANILMASI.....	184
III. KANUNDA YER ALAN ÖZEL SINIRLARA RİAYET EDİLMESİ.....	188
IV. GEREKÇELİ İŞLEM YAPILMASI	191
§ 21. TAKDİR YETKİSİNİN YANLIŞ KULLANILMASINDAN ÖTÜRÜ BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR	194
I. GENEL OLARAK.....	194
II. İCRA HUKUKUNA ÖZGÜ ŞİKAYET YOLU	196

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA VE İFLAS KANUNUNDA İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

§ 22. TEŞKİLAT VE MUHTELİF HÜKÜMLERDE (BİRİNCİ BAP, İİK m. 1-23) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER.....	198
I. İİK m. 8, TUTANAKLAR	198
II. İİK m. 8/a, ELEKTRONİK İŞLEMLER	199
III. İİK m. 9, PARANIN ÖDENMESİ VE DEĞERLİ EŞYANIN MUHAFAZASI	200
IV. İİK m. 10, İŞ GÖRME MEMNUIYETİ.....	201
§ 23. İLAMLARIN İCRASI BÖLÜMÜNDE (İKİNCİ BAP, İİK m. 24-41) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER.....	202
I. İİK m. 24, TAŞINIR TESLİMİ	202
II. İİK m. 30, BİR İŞİN YAPILMASINA VEYA YAPILMAMASINA DAİR İLAMLARIN İCRASI.....	203
III. İİK m. 25, 26 ve 31/a, HAKLI NEDEN KAVRAMI.....	204

IV. İİK m. 36, İCRANIN GERİ BIRAKILMASI İÇİN VERİLECEK MÜHLET ..	206
§ 24. İLAMSIZ TAKİP BÖLÜMÜNDE (ÜÇÜNCÜ BAP, İİK m. 42-73) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER.....	207
I. TATİL VE TALİK HALLERİNDE İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ	207
A. İİK m. 51, Tüm Borçlular Hakkında.....	207
B. İİK m. 54, Tutukluluk Ve Hükümlülük İle İİK m. 54/a Askerlik Halinde İcra Müdürünün Takdir Yetkisi.....	207
C. İİK m. 55, Borçlunun Ağır Hastalığı Halinde İcra Müdürüne Tanınan Takdir Yetkisi.....	208
II. İİK m. 57, İCRA TEBLİĞLERİ.....	209
III. İİK m. 61, ÖDEME EMRİNİN TEBLİĞİ.....	209
IV. İİK m.62, ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN SÜRESİ VE ŞEKLİ.....	210
§ 25. HACİZ YOLU İLE TAKİP BÖLÜMÜNDE (İİK m. 74-144/a) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER.....	211
I. İİK m.79, HACZE BAŞLAMA MÜDDETİ	211
II. İİK m.80, HACZİ YAPAN MEMURUN YETKİSİ	214
A. İİK 80/1, Haczi Yapacak Kişinin Belirlenmesi	214
B. İİK m. 80/3, Kilitli Yerlerin Açılması.....	215
C. İİK m.80/4, Borçlunun Şahsına Zor Kullanma Yetkisi.....	217
III. İİK m.82 ve İİK m. 83, HACZEDİLMEYEN MAL VE HAKLAR.....	219
A. İİK m.82, Tamamı Hacedilemeyen Mal ve Haklar	220
1. Hacedilmeyen Mallar Konusunda İcra Müdürüne Takdir Yetkisi Tanıma Gereği Ve Zorunluluğu.....	220
2. İİK m. 82/1, Hacedilemeyen Mallar	222
3. İİK m.82/2, Hacedilmezlik Konusunda Getirilen Özel Sınır I.....	232
4. İİK m.82/3, Hacedilmezlik Konusunda Getirilen Özel Sınır II	233
B. İcra Müdürünün Tamamı Hacedilmez Mallar Hakkındaki Takdir Yetkisinin Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi	235
C. İİK m. 83, Bir Kısmı Hacedilemeyen Mal Ve Haklar.....	237

IV. İİK m.83/b, YAVRULU HAYVANLARIN HACZİ.....	240
V. İİK m.85, TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARIN HACZİ.....	240
VI. İİK m. 87, KIYMET TAKDİRİ.....	243
VII. İİK m. 88 vd., MAHCUZ MALLAR HAKKINDA MUHAFAZA TEDBİRLERİ.....	244
A. İİK m.88, Taşınırlar Hakkında.....	245
B. İİK m.90, Diğer Haklar İçin.....	246
C. İİK m. 92, Taşınmaz Malların İdare ve İşletmesi	247
D. İİK m. 93, Mahsüllerin Toplanması Ve Borçlunun Hakkı.....	247
E. İİK m. 94, İştirak Halinde Tasarruflar	248
VIII. İİK m. 97/a, İSTİHKAK DAVALARINDA MÜLKİYET KARİNESİ.....	249
IX. İİK m. 100, HACZE İŞTİRAK DERECELERİNİN TEŞKİLİ.....	251
X. İİK m. 112 vd. TAŞINIRLARIN SATIŞI	252
A. İİK m. 112, Müddetler.....	252
B. İİK m. 113, Vaktinden Evvel Satış	253
C. İİK m. 114, Arttırma Hazırlık Talepleri	254
D. İİK m. 118, Satış Bedelinin Ödenmemesi, İhale Farklarının Tahsili Sureti	254
E. İİK m. 119, Pazarlık Suretiyle Satış	255
XI. TAŞINMAZLARIN SATIŞI.....	255
A. İİK m. 123, Satış Müddeti.....	255
B. İİK m. 124, Şartnamenin Açık Bulundurulması	256
C. İİK m. 126, Arttırma İlanı, Arttırma Hazırlıkları Ve İlgililere İhtar.....	257
D. İİK m. 128, Mükellefiyetler Listesi	258
E. İİK m.130 ve İİK m. 131, Ödeme Usulü ve Süre Verilmesi	259
F. İİK m.132, Sonradan Tesis Edilen Taşınmaz Mükellefiyetleri ve İpotekli ve Mahcuz Taşınmazların Kiralanmasında Hüküm.....	260
G. İİK m. 133, İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili	260
H. İİK m. 134, İhalenin Neticesi Ve Feshi.....	260

§ 26. İHTİYATİ HACİZ BÖLÜMÜNDE (DOKUZUNCU BAP), İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER.....	261
I. İİK m. 262, ZABIT TUTMA VE HACİZ TUTANAĞININ TEBLİĞİ	261
II. İİK m. 263, BORÇLU TARAFINDAN GÖSTERİLECEK TEMİNAT	262
§ 27. KİRALAR HAKKINDA HUSUSİ HÜKÜMLER VE KİRALANAN TAŞINMAZLARIN TAHLİYESİ BÖLÜMÜNDE (ONUNCU BAP), İCRA MÜDÜRÜNE TANINAN TAKDİR YETKİSİ HALLERİ	263
I. İİK m. 270, HAPİS HAKKI İÇİN DEFTER YAPILMASI.....	263
II. İİK m. 276, KİRALANAN TAŞINMAZDA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS BULUNURSA	263
SONUÇ.....	265
KAYNAKÇA.....	269
ÖZGEÇMİŞ	285

KISALTMALAR CETVELİ

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aşa.	: Aşağıda
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
c	: Cümle
CD	: Ceza Dairesi
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
D	: Daire
DD	: Danıştay Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMUK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİD	: İcra İflas Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
K	: Karar
m	: madde
MK	: Türk Medeni Kanunu

Nizamname	: İcra ve İflas Kanunu Nizamnamesi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s	: Sayfa
S	: Sayı
SDÜİİBFD	:Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlık Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Yarg	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yuk	: Yukarıda
Yönetmelik	: İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği

GİRİŞ

Toplumsal hayatı düzenleyen kurallara bakıldığında bu kurallar çeşitlilik gösterir. Hukuk kuralları, din kuralları, ahlak kuralları, meslek kuralları, görgü kuralları gibi saymak ve hatta bu listeyi uzatmak mümkündür. Bununla birlikte toplumsal hayatta en etkin bir şekilde rol oynayan düzen kuralları ise hukuk kurallarıdır. Çoğu zaman kendisine uyulmamasını bir yaptırıma bağlayan hukuk kuralları, hayatın içinde etkin bir şekilde kendini gösterir¹. Bu kurallara toplum içindeki insanlar arasında ortaya çıkan ve çıkabilecek ihtilafları sonlandırmak için başvurulur. Böylelikle ya ortaya bir ihtilaf çıkması engellenir ya da var olan bir ihtilaf sona erdirilir.

Cebri icra hukukunu tanzim eden, cebri icra kuralları da hukuk kurallarının önemli bir bölümü teşkil etmektedir. Özü itibarıyla tarafların özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan haklarının, devletin eliyle yerine getirilmesi amacıyla cebri icra hukuku vardır. Cebri icra hukukunun ortaya çıkış amacı bizzat ihkak-ı hakkın yasaklamasına karşılık, devlet eliyle hakkın yerine getirilmesi sağlanarak, toplumda başgösterecek huzursuzlukları daha çıkmadan önlemektir².

Cebri icra hukuku kurallarının hazırlanması ve yürürlüğe konulması, Anayasamızın yedinci maddesi gereğince Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. TBMM de en başta 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu çıkararak, cebri icra hukukunun temel kurallarını belirlemiştir. Bundan başka ilgisine göre diğer kanunlarda da cebri icraya ilişkin olarak hükümlerin bulunması mümkündür. Kanun koyucu her alanda olduğu gibi cebri icra hukuku alanında da ortaya çıkacak problemler

¹ Yavuz Atar, Mehmet Ayan, Sami Karahan vd., *Temel Hukuk Bilgisi*, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s. 9

² Hukukumuzda kural olarak bizzat ihkak-ı hakkın yasak olduğuna dair bkz.: Sabri Şakir **Ansay**, *İcra ve İflas Usulleri*, Güzel Sanalar Matbaası, Ankara 1956, s. 1; İlhan **Postacıoğlu**, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2901- Hukuk Fakültesi Yayın No: 643, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 4; Baki **Kuru**, *İcra ve İflas Hukuku Cilt I*, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1988, s. 26; Baki **Kuru**, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004, s. 60; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özokes vd., *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 49; M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 1; Timuçin **Muşul**, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 1; Muhammet **Özokes**, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 32

karşısında adalete en uygun çözüm tarzını ortaya koymuş, bunun uygulanmasıyla da esas itibarıyla icra organlarını görevlendirmiştir. Başka bir deyişle icra organları, cebri icra işlemlerini yerine getirirken kendilerinin yetkilerinin kanundan kaynaklanmasına dikkat etmelidirler³. Amaçlarının ise, kanunun kendilerine verdikleri yetkileri kullanarak adaletin gerçekleşmesine hizmet etmek olduğunu göz önünde bulundurmalarıdır.

Esasında kanun koyucunun adaleti gerçekleştirme amacını değişmez ve değişilmez tek amaç olarak görebiliriz⁴. O, yapacağı düzenlemelerde adaleti tesis etmek, korumak ve olası ihlallerde bunun önüne geçmek amacıyla kanun yapar. Cebri icra hukukunda da bunun belirgin olduğunu söyleyebiliriz. Alacak borç ilişkisinde taraflardan biri, diğer tarafın hakkını ihlal ederek haksızlık yaptığında, devletin adaleti tesis etme görevi doğar. Devlet söz konusu durumda alacaklının taleplerini göz önünde tutarak, hakikati gerekirse araştırıp, hak sahibine hakkını verir. Böylece bozulan düzen tekrar yerine gelir⁵. İcra organları da kanun koyucunun adaleti tekrar tesis etme amacına birinci dereceden yardımcı olmak için, yetkilerinin sınırları içinde takip işlemlerini yaparlar.

Kanun koyucunun adaleti sağlama amacı, hukuk kurallarının konulmasında bazen uygulayıcıya serbest bir hareket sahası bırakarak mümkün olur. Başka bir deyişle, adaletin somut olayda tam manada gerçekleşmesi için, kanun, uygulayıcısına takdir yetkisi verebilir. Şüphesiz hakime verilen takdir yetkisinin amacında da⁶, idareye

³ Cebri icra hukukunda kanunilik ilkesi temel ilkedir. Bu yönde bkz.: Pekcanıtez, Atalay, Özekes vd., 87; Özekes, *Temel Haklar*, s. 90

⁴ Vecdi **Aral**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2045- Hukuk Fakültesi No: 253, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 31

⁵ Alacaklının bizzat ihmaki hak almasını yasaklayan devletin, gerekli takip işlemlerini yapma konusunda yükümlülüğü vardır. Bu yönde bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59

⁶ Seyfullah **Edis**, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1993, s. 218; Zahit **İmre**, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 81; Selahattin Sulhi **Tekinay**, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2441 (Sulhi Garan Matbaası), İstanbul 1978, s. 76; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar Cilt 1 Cüz 1*, Nur Ofset Matbaacılık, s. 200; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, Beta Yayınevi, İstanbul Eylül-2011, s. 146; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 91; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011, s. 132; Zahit **İmre**, “Türk Medeni Kanununa Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısındaki Durumu”, *Prof. Dr. Kemal Fikret Arık’a Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 168

verilen takdir yetkisinin amacında⁷ da bu neden vardır. Hakim ve idari memur somut olayla birebir ilişki içindedir. Bu kişiler, kanun koyucuya nazaran somut olayın şartlarına daha yakındır. Haliyle somut olaya en uygun çözümü bazen bu kişiler bulabilir. Bu nedenle de kanun koyucunun adaleti gerçekleştirme amacını yerine getirme hususunda, soyut hukuk kuralını somut olaya uygulayarak kanun koyucuya yardım ederler⁸. Kanunun uygulayıcısına takdir yetkisi tanınması ile yine birçok fayda sağlanmaktadır. Kanunların sık sık değiştirilmesinin önlenmesi, kanuna muhatap olan kişilerin kanunları takip etmelerinin zorlaşmasının önüne geçilmesi olası bunlardan bazılarıdır. Hal böyle olunca, kanun koyucu tarafından gerektiği yerde uygulayıcısına takdir yetkisi tanınması zorunludur.

Kanunun uygulayıcısına takdir yetkisi tanınması zorunluluğu, cebri icra hukukunda da kendini gösterir. İcra müdürünün icra dairesinin en mesul kişisi olmasından hareketle (Nizamname m. 3/1)⁹, bu sorumluluğunu layıkıyla yerine getirebilmesi için sahip olması gereken yetkilerden biri de şüphesiz takdir yetkisidir. O, takdir yetkisi ile hacze kimin gideceğine (İİK m. 80/1), bir malın haczedilip haczedilemeyeceğine (İİK m. 82/4), borçlunun ne kadar malının haczedileceğine (İİK m. 85/1), borçlunun maaşının ne kadarına haciz konulacağına (İİK m. 83), mahcuz menkulün satılmasında ilanın şeklinin nasıl olacağına (İİK m. 114/2) karar verirken hep takdir yetkisini kullanır. Takdir yetkisi olmaksızın, kanun koyucunun önceden belirleme yaparak sınırları önceden kesin olarak belirlenmiş kurallar koyması, icra müdürünü, kanunu sadece somut olaya tatbik eden bir kişi haline getirir ki bu durum, sadece sayılan örnekler için düşünüldüğünde bile mahsurludur. İcra müdürü ne kadar malı haczetmelidir, hangi malları haczetmelidir? Ya da borçlunun maaşının ne kadarına haciz konulursa daha adil sonuçlar elde edilir? Kanun koyucu, işte tüm bu sorulara uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları düşünerek önceden düzenleme yapamaz. Bu

⁷ Siddık Sami **Onar**, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 316; Şükrü **Karatepe**, *Anayasanın 125. Maddesine Göre Yargı Denetiminin Bir Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi*, Danıştay Matbaası, İzmir 1989, s. 15; Erol **Alpar**, *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları No: 52, Ankara 1990, s. 22; Cemil **Kaya**, *İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 11; Recep **Başpınar**, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 3, Yıl: 1, Ankara 1971, s. 65

⁸ Hakim takdir yetkisini kullanarak yerine getirdiği bu görev nedeniyle, doktrinde, kanun koyucunun yardımcısı olarak anılmıştır. Bu hususta bkz. Ergun **Özsunay**, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3428 (Güryay Matbaacılık), İstanbul 1986, s. 228; Abdullah **Güner**, “Medeni Hukukta Hâkimin Takdir Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5, Ankara 1952, s. 660.

⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 101

nedenle soyut kuralların somut olaya uygulanması sırasında icra müdürüne takdir yetkisi verilmesi uygun olmuştur. İcra müdürü somut olayla birebir yakınlık içinde olduğundan, somut olayın özellikleri, borçlunun ve alacaklının tutumları, sosyal ve ekonomik yapıları ve durumları, aile bireylerinin varlığı hakkında daha fazla bilgi sahibidir. Hal böyle olunca da daha sağlıklı kararlar verebilir.

İcra müdürü takdir yetkisi verilen hallerde, somut olaya en uygun olacak şekilde yetkisini kullanmalıdır. Bu ise, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken hangi sınırlarla bağlı kalacağını belirleme ihtiyacı doğurur. İcra müdürü, özünde bir serbestlik bulunan takdir yetkisini kullanırken, acaba herhangi bir kuralla bağlı olmaksızın mı bunu yerine getirir? Şüphesiz hukuk devletinde böyle bir sorunun cevabı olumsuzdur. Zira hukuk devleti, yetkilerinin sınırları önceden kanun tarafından belirlenen ve keyfi davranmayan devlet demektir¹⁰. İcra müdürü de, devletin bir görevlisi olarak, takdir yetkisini kullanırken hukukun sınırları kuralları içinde kalmak zorundadır. Bu konular çalışmamızın özünü teşkil etmektedir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde icra müdürüne tanınan takdir yetkisi kavramsal olarak incelenecektir. Bu yapılırken, icra müdürünün niteliği belirlenecek, icra müdürüne takdir yetkisinin hangi şekillerde ve hangi alanlara ilişkin verildiği belirlenecektir. Ayrıca takdir yetkisinin söz konusu olduğu diğer hallerle (hakim ve idareye tanınan takdir yetkisi) mukayesesi yapılacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde; icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı, anayasal ilkeler ile takdir yetkisinin özünde var olan ilkeler incelenecektir. Ve nihayet son bölümde de; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuzda icra müdürüne takdir yetkisi verilen haller incelenecektir. Çalışmamızın konusunun İcra Müdürünün Takdir Yetkisi olması, bizi İcra ve İflas Kanununda yer alan diğer takdiri halleri (iflasta takdir yetkisi ve icra mahkemesinin takdir yetkisi gibi) inceleme dışında bırakmamıza neden olmuştur. Esasında bunun en temel nedeni, çalışmanın kapsamını dar tutarak daha anlaşılır kılmak ve belki de en önemlisi icra ile iflas hukukunda hakim olan ilkeler düşünüldüğünde bu ilkelerin farklı farklı olması ve uygulanmasıdır.

¹⁰ Mustafa **Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara 2011, s. 70

BİRİNCİ BÖLÜM

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

§ 1. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Takdir yetkisi devletin faaliyetlerinin olduğu birçok alanda bulunmaktadır¹¹. Nitekim yasama organı kanun yaparken, anayasal sınırlar içerisinde¹²; hakim kendisine kanun koyucunun tanıdığı yerlerde ve bu sınırlar içinde¹³; idare kanun koyucunun kendisine tanıdığı sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir¹⁴. Bu yetkinin verilmesinden maksat; şüphesiz devletin yürütmekte olduğu faaliyetleri daha etkin, verimli ve somut olaylara uygun bir şekilde yürütmesini sağlamaktır¹⁵.

Devletin anayasada belirlenen üç organına kapsamı, amaçları ve sınırları farklı olsa da takdir yetkisi tanınmıştır¹⁶. Söz gelimi anayasa belli çerçeveyi çizip kanun

¹¹ Onar, s. 317; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 26

¹² Onar, s. 318; Karatepe, s. 21; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 27

¹³ Güner, s. 660; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 227; Edis, s. 201; Oğuzhan **Demirdöven**, “Özel Hukukta Hakimın Takdir Yetkisi ve Yargıtay Tarafından Denetlenmesi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt I*, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2010, s. 734

¹⁴ Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 166

¹⁵ Kanun uygulayıcısına; kanunun belirttiği yerde ve bu sınırlar içinde takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu yetkilerin tanınmasının özünde somut olay ile birebir muhatap olan uygulayıcıyı, bir ölçüde serbest bırakmak vardır. Bundan maksat keyfi şekilde davranmak değildir. Bu noktada hakime takdir yetkisi tanınması somut olaya en uygun ve adil çözümü bulmak (Edis 218; İmre, *Kusursuz Mesuliyet*, s. 81; Tekinay, s. 76; Velidedeoğlu, s. 200; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 146; Oğuzman ve Barlas, s. 91; Dural ve Sarı, s. 132; İmre, “İktisadi Meseleler” s. 168); idareye takdir yetkisi tanınmasının nedeni kamu yararını en etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirmektir (Kemal **Gözler**, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 950; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 16; Başpınar, s. 65; Tahsin Bekir **Balta**, *İdare Hukukuna Giriş I*, Sevinç Matbaası, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 177, Ankara 1968/1970, s. 86).

¹⁶ Takdir yetkisini açıklayan objektif teorilerden normatif teoriye göre, takdir yetkisi sadece idareye daha açık bir deyişle yürütmeye tanınan bir yetki değildir. Bunun dışında kanun koyucunun da takdir yetkisi vardır. Normatif teori ve bu teoriye göre takdir yetkisi hakkında bkz. Onar, s. 317-319). Yazar; burada, idarenin takdir yetkisini anlatırken esasında bunun kanun tarafından tanınan bir yetki olması temelinden hareketle ve kanun eğer söz konusu alanda idareyi serbest bırakmışsa takdir yetkisine sahip olduğunu söylemektedir. Bu ise normatif teoriyi kabul edenlere göre, normlar hiyerarşisinde her norm arasında yer alan boşluğa dayandırmaktadır. Buna paralel olarak hakim

koyucuyu düzenleme yaparken serbest bırakır. Yine idarenin takdir yetkisi hakkında, mevzuat idareye gerek düzenleyici işlemler yapmak gerekse bireysel işlemler yapmak konusunda takdir yetkisi tanır. Bir başka açıdan MK m. 4 hakime takdir yetkisi tanımıştır. Görüldüğü üzere; devletin faaliyet alanlarında, onu yerine getiren kamu görevlileri takdir yetkisine haizdir.

Takdir yetkisinin ortaya çıkışı, kanun koyucunun bir tercih meselesidir. Kanun koyucu, meseleleri kazuistik metotla düzenlemek isterse; kanunun uygulayıcısına o ölçüde serbest alan bırakmaz. Bu düşüncenin aksine: kanun yapılırken; soyut, çerçeve hükümler konulacak olursa kanunu uygulayan kişiler o nispette serbest olur. Bu serbestlik kanunun sınırları içinde olup, kanunun amacını en etkili şekilde gerçekleştirmeye yönelik kullanılır. Yoksa keyfi olarak kullanılması söz konusu olmaz¹⁷.

İcra müdürleri Adalet Bakanlığına bağlı olarak, icra ve iflas işlerini yerine getirmektedirler¹⁸. Bu yönü ile devletin yürütme fonksiyonu içerisinde yer alan icra müdürleri¹⁹, kanunların kendilerine çizdiği yetki sınırları içerisinde faaliyette bulunurlar. Bu yetkilerinin büyük bir kısmı İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş

takdir yetkisi ve icra müdürünün takdir yetkisi de bu kapsamda zikredilebilir. Zira idare gibi gerek hakimler gerekse icra müdürleri kendi yetki çevrelerinde kanunların kendilerine verdikleri yetkileri kullanırlar. Başka bir deyişle, idare hukukunda ilgili memur veya makam kanunun uygulayıcısı iken; yargılama hukukunda hakim, icra müdürü kanunların uygulayıcısıdır. Eğer bu yetki kendilerine serbest hareket edebilecekleri bir alan tanırsa takdir yetkileri olur, tanımazsa kanununda nasıl davranılması gerektiği belirtiliyorsa ona göre hareket ederler. Dolayısıyla takdir yetkisi bu teori esas alınarak devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının her üç alanında da, kapsamı ve sınırları farklı olsa da, vardır.

¹⁷ Genel olarak; kanun koyucunun takdir yetkisi vermesi nedeni: kanuni düzenlemelerin hayatın her alanını kapsayacak şekilde yapılmasının imkansız olması, buna karşılık kanunu uygulayan kişilere yine kanunda belirtilen sınırlar içinde takdir yetkisi tanınarak daha iyi bir çözüm bulunacağı inancıdır. O halde takdir yetkisinin kullanılmasında bu amaca uygun hareket edilmelidir. Aksi halde kanunu uygulayan kişiler keyfi davranmış olurlar. Bakıldığı zaman hakime takdir yetkisi tanınırken bu yetkisini keyfi kullanmaması gerektiği (Velidedeoğlu, s. 199; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 145; Bülent **Köprülü**, *Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3253 (Acar Matbaacılık), İstanbul 1984, s. 131; Aydın **Zevkliler**, *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 96); aynı şekilde idareye takdir yetkisi tanınması halinde de idarenin de keyfi davranmaması, takdirini kamu yararını en etkili bir şekilde kullanmaya yönelik olması gerektiği (Gözler, *Cilt I*, s. 951; Adnan **Gerçek**, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, s. 18, 50) belirtilmektedir.

¹⁸ Adalet Bakanlığının teşkilatı ve görevleri ile ilgili olmak üzere; 07.04.1984 gün, 18365 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2992 sayılı kanunun 2. maddesi Adalet Bakanlığının görevlerini saymaktadır. Bu maddenin k bendinde “icra ve iflas faaliyetlerini, icra ve iflas daireleri aracılığıyla yapmak” da sayılmıştır. Bu maddeye göre öncelikli olarak belirlenmelidir ki, icra ve iflas işleri Adalet Bakanlığına bağlı olarak yürütülür. Yetkili makamlarda icra ve iflas daireleridir.

¹⁹ bkz. Aşa. § 2

olmakla birlikte; Türk Ticaret Kanunu²⁰ ve Türk Borçlar Kanununda²¹ düzenlemeler vardır. Dolayısıyla sadece bu sayılanlar değil; icra müdürüne yetki veren tüm kanunlarda, icra müdürü kendisine verilen yetkiyi kullanır.

İcra müdürlerine yetki veren kanun hükümleri aynı zamanda sorumluluk da yüklemektedir. Esasında bu bir zorunluluktur. Başka bir ifadeyle; icra müdürüne görev veren hükümler ayrıca o konuda icra müdürünü yetkilendirmiş bulunmaktadır. Zira, icra müdürünün bir işlemi yapmaması ya da sürüncemede bırakması şikayet sebebidir (İİK m. 16)²². O halde, bir işlemin yapılmaması nedeniyle bir kişi sorumlu tutulabiliyorsa, bu işlemi yapacak yetki ile de donatılmış olmak gerektir. Örneğin İİK m. 60/1 “*Takip talebi üzerine icra dairesi bir ödeme emri yazar.*” hükmü icra müdürüne usulüne uygun olarak bir takip talebi alması halinde borçluya ödeme emri yazacağı görevini ve İİK m. 61’de de borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmesi yetkisini vermiştir²³. Kanunun bu emrine rağmen icra müdürü ödeme emri göndermez veya işi sürüncemede bırakırsa şikayete konu olacağı kuşkusuzdur (İİK m. 16)²⁴. Alacaklının muhteva olarak ödeme emrinin içeriğini haiz bir belgeyi borçluya göndermesi ödeme emri olmaz. Başka bir deyişle alacaklının yetkisi bulunmadığı için borçluya gönderilen evrak ödeme emri vasfını kazanmaz. Kanun bu görevi ve yetkiyi icra müdürü şahsında icra dairesine vermiştir²⁵.

²⁰ Türk Ticaret Kanununda icra müdürüne yetki veren hükümlere örnek olarak; TTK m. 987/2, m. 1336/1, m. 1366/3 ve 4, m. 1384/1 ve 2, m. 1386/2 ve 3 gösterilebilir.

²¹ Türk Borçlar Kanununda icra müdürüne yetki veren m. 338/1 gösterilebilir.

²² Kuru, *Cilt I*, s. 94; Necmeddin M. **Berkin**, *İcra Hukuku Dersleri*, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s. 158; Ansay, *İcra*, s. 32; Postacıoğlu, s. 68; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Senai **Olgaç**, *İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu Cilt I*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1974, s. 55; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 127; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, s. 66; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31; Hakan **Pekcanitez**, *İcra-İflas Hukukunda Şikayet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1986, s. 66; Ömer **Ulukapı**, *İcra ve İflas Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2007, s. 17; Muşul, *İcra*, s. 174; Abdurrahim **Karlı**, *İcra Hukuku Ders Kitabı*, Alternatif Yayınları, İstanbul 2010, s. 143; Hasan **Özkan**, *İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 93; Nazif **Kaçak**, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt I*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 114; Nazif **Kaçak**, *İcra ve İflas Uygulamasında Şikayet*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 46

²³ Ansay, *İcra*, s. 51; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Olgaç, *Cilt I*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 176; Karlı, *İcra*, s. 286; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 73; Muşul, *İcra*, s. 315; Özkan, s. 223

²⁴ Postacıoğlu, s. 137; Olgaç, *Cilt I*, s. 368; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 176; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 73; Karlı, *İcra*, s. 287

²⁵ Ansay, *İcra*, s. 51; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Olgaç, *Cilt I*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 176; Karlı, *İcra*, s. 286; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69; Muşul, *İcra*, s. 315; Özkan, s. 223

İcra müdürüne yetki veren hükümler; icra müdürünün ne yapacağını açıkça belirleyebilir ya da icra müdürüne takdir yetkisi verebilir. İlk durumda; icra müdürünün yapacağı şey; kanunda yer alan söz konusu işlemin şartlarının oluşup oluşmadığını kontrol etmektir. Eğer olumlu sonuca varırsa kanunda gösterilen işlemi yapar. Bu konuda icra müdürü kanunla bağlıdır²⁶. Yetkisi; kanunun uygulanmasından, söz konusu işlemi mevzuattan çıkarıp hayatın içerisine sokmaktan ibarettir. Yukarıda örneği verilen İİK m. 60 uyarınca icra müdürü kendisine yapılan usulüne uygun bir takip talebi karşısında ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğ etmekle görevlidir²⁷. Bu noktada icra müdürü takip talebinin kanunda aranan şartlarının varlığını kontrol eder (İİK m. 58)²⁸, olumlu sonuca varırsa ödeme emri düzenler (İİK m. 60). İkinci durumda ise; icra müdürüne kanun, takdir yetkisi vermiş olabilir²⁹. İcra müdürü kanunun belirlediği sınırlar içerisinde ve kanunun amacına uygun olarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Bu ihtimalde icra müdürü bilgisi, hayat tecrübesi, somut olayda kendisinden beklenen durum, menfaat dengesi gibi hususları göz önünde tutarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Örneğin İİK m. 80/1 “*İcra memuru haczi kendi yapabileceği gibi yardımcı veya katiplerinden birine de yaptırabilir.*” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca icra müdürü; talep üzerine haciz yapmak zorunda ise de³⁰, haczin yardımcı veya katiplerinden birine yaptırmak konusunda takdir yetkisine sahiptir³¹.

²⁶ İcra müdürü kanunlarda yer alan açık bir hüküm karşısında bu hükme uygun davranması gerekir. Başka bir deyişle icra müdürü kanunda sayılan işlemi yapmak zorundadır. Örneğin takip talebi usulüne uygun olarak düzenlenip kendisine verildiyse borçluya bir ödeme emri göndermeli (İİK m. 61); ya da icra müdürü yaptığı işlemler ile kendisine yapılan talepler ile ilgili olarak tutanak tutmalıdır (İİK m. 8). Eğer icra müdürü kanunun emredici hükümlerine aykırı davranırsa bu durum genel olarak şikayet sebebidir. Zira İİK m. 16/1 “... *icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından....dolaylı icra mahkemesinde şikayet olunabilir.*” demektedir. Bunun dışında icra müdürünün kanuna aykırı işlem yapmasından dolayı zarara uğrayan kişiler İİK m. 5 uyarınca dava açabilirler. Zira kanunun uygulanmaması icra müdürünün kusurudur. Bu noktada sorumluluk davası için aranan diğer şartların da gerçekleşmesi halinde icra müdürünün sorumluluğu söz konusu olur. Sorumluluk davası İİK m. 5 uyarınca doğrudan doğruya devlet aleyhine açılır. Bununla birlikte; devletin kusurlu olan icra müdürüne rücu etme hakkı vardır. İcra müdürünün kanunun açık hükmüne muhalefet etmesi kastından veya ağır ihmalden kaynaklandığı düşünüldüğünde, rücu edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca rücu davasında da kusurunun ağırlığı nedeniyle, devletin ödemek zorunda kaldığı tazminat kendisinden alınır.

²⁷ Ansay, *İcra*, s. 51; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Olgaç, *Cilt I*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 176; Karşı, *İcra*, s. 286; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.73; Muşul, *İcra*, s. 315; Özkan, s. 223

²⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 223; Kuru, *El Kitabı*, s. 185; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 176; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 69; Muşul, *İcra*, s. 315

²⁹ Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Kuru, *Cilt I*, s. 90; Ansay, *İcra*, s. 32; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126; Karşı, *İcra*, s. 143; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

³⁰ İİK m. 79/1 “*İcra dairesi talepten nihayet 3 gün içerisinde haczi yapar*” denilmek suretiyle icra dairesine daha da isabetli bir ifadeyle icra müdürüne (Nizamname m. 3) haciz yapmasını emretmiştir. İcra müdürü böyle bir talep karşısında, talebin kendisine vaki olduğu tarihten itibaren 3

II. İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINMASININ NEDENİ VE ÖNEMİ

İcra hukuku temelde bizzat ihkak-ı hak alınmasını yasaklama fikrinden doğmuştur³². Alacaklının hakkını bizzat ihkak-ı hak yoluyla alması söz konusu olduğunda toplumda huzur ve sükun bozulabilir³³. Ayrıca, alacaklı gerçekte hak sahibi olsa da; borçlunun tamamen onun vicdanına bırakılması adalet düşüncesine uygun düşmez. Örneğin alacaklının alacağını borçlunun kişiliğinden elde etmeye çalışması son derece tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Borçlu özgürlüğünden, hatta hayatından olabilir³⁴. İcra hukukunun bu amacını tam manada yerine getirebilmesi içinse kanun koyucunun başvurabileceği yollardan biri de icra müdürüne takdir yetkisi tanımadır. Takdir yetkisinin verdiği elastik hareket sahası yoluyla bu amacın gerçekleşmesi kolaylaşır. Bu nedenle icra hukukunun amacına kolaylıkla ulaşılabilmesi için icra müdürü takdir yetkisine haiz olmalıdır.

İcra hukuku, alacaklı ve borçlu iki tarafın hak uyumsuzluğu nedeniyle, devletin yetkili organlarından bu hakkın borçludan alınarak alacaklıya ödenmesi üzerine kuruludur³⁵. Temelinde alacak-borç ilişkisi olduğundan ve alacak ve borç kavramlarının borçlar hukuku kavramından geniş olduğu da göz önüne alındığında, icra hukuku kapsamı oldukça geniştir. Diğer taraftan bu kadar geniş bir yelpazede yer alan sistemin gün geçtikçe değişmesi olağandır.

Gerçekten icra hukukunda alacak kavramı borçlar hukukunda yer alan alacak kavramından geniştir. Borçlar hukuku anlamında alacak kavramı, para alacağını ifade

gün içinde borçlunun mallarına haciz koymakla yükümlüdür (Ansay, *İcra*, s. 72; Postacıoğlu s. 299; Kuru, *El Kitabı*, s. 365-366; Kuru, *Cilt I*, s. 626; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 269; Karlı, *İcra*, s. 479; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 134; Muşul, *İcra*, s. 477; Bu husus Yargıtay'ın bir kararında da vurgulanmıştır: Yarg. 12 HD. 05.12.2011, E. 2011/8273, K. 2011/26322, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 11.02.2013).

³¹ Bu konuda bkz. Aşa. § 25, II, A.

³² Ansay, *İcra*, s. 1; Kuru, *Cilt I*, s. 26; Postacıoğlu, s. 4; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 49; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 1; Muşul, *İcra*, s. 93

³³ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Postacıoğlu, s. 4; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 43; Muşul, *İcra*, s. 93

³⁴ Türkan **Rado**, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı I”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 229, İnternet Erişimi için: <http://journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmuu/article/view/5477/5015> (Erişim Tarihi 08.02.2013); Bilge **Umar**, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No: 04/38, İstiklal Matbaası, İzmir 1973, s. 60-61; Ahmet Başözen ve Mehmet Üçer, ““Cessio Bonorum” Ya Da Bilinen İsmiyle “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato””, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 3-4, Aralık-2008, Erzincan, s. 221

³⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Postacıoğlu, s. 4

ederken; icra hukuku anlamında alacak kavramı, bunu da içine alan daha geniş bir kavramı ifade eder³⁶. İcra hukukunda alacak kavramı kapsamına; para ve teminat alacakları (İİK m. 32 vd. ile İİK m. 42 vd.), taşınır teslimi (İİK m. 24), taşınmaz teslimi (İİK m. 26-29), bir şeyin yapılması ya da yapılmaması (İİK m. 30), çocuk teslimi (İİK m. 25) girer. Öncelikle bu denli kapsamlı hususların yasal düzenlemesi yapılırken; tamamen belirleyici olmaya çalışmak, kanunun bir zaman sonra atıl kalıp uygulanmaması sonucunu doğurabilir. Zira kanun dar kalıplar içerisinde uygulayıcıyı sınırlasa da hayatı sınırlayamaz. Bir zaman sonra kanun, hayatın gerisinde kalır. Buna karşılık; icra müdürü tamamen takdir yetkisiyle de donatılmamalıdır. İİK m. 60 örneğinde; kanun koyucu yasama faaliyetinde bulunurken, icra müdürünün yetkisini bağlı tutmuştur. Diğer bir ifadeyle takdir yetkisi tanımamıştır. Şüphesiz, kanun koyucu burada icra müdürünün yetkisini takdiri de kılabilirdi. Ancak ödeme emrinin niteliği ve buna bağlanan sonuçlar düşünülünce³⁷, yetkinin emredici olması menfaatler dengesine daha uygun olmaktadır. O halde; kanun koyucu gerektiği yerde meseleyi tam olarak belirlemeli; gerektiği yerde de icra müdürüne takdir yetkisi vermelidir. Bu noktada gereken yeri kanun koyucu belirler. Belirleme yapılırken; kanun koyucu, adalete ulaşmak fikrini en iyi gerçekleştirecek çözüm tarzını dikkate almalıdır.

İcra müdürüne takdir yetkisinin tanınmasının diğer nedeni, hayat koşullarının değişmesidir. Gerçekten hayat koşulları, -hele ki günümüz için- günden güne değişmektedir³⁸. Bundan bir kaç yıl öncesinin ihtiyaçları ile bugünün ihtiyaçları ve buna ilişkin çözüm önerileri farklı olmaktadır. Söz gelimi İcra ve İflas Kanunumuz 1932 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu zaman için elektronik satış ihtiyaç değilken bugün

³⁶ Kuru, *El Kitabı*, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 25-26; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 53;

³⁷ Ödeme emri takip hukuku açısından son derece önemlidir. İlk takip işlemi olan ödeme emri ile beraber artık borçlunun varsa itirazı bildirmesi; aksi halde ise, borcunu mallarına haciz konularak alacaklıya ödenmesi için gereken temel aşamadır. Bundan sonrası için de borçlunun itiraz etmesi veya etmemesi için ayrı ayrı sonuçlar doğmaktadır. Ödeme emri ve ödeme emrine itiraz ile ilgili olarak daha detaylı bilgi için bkz.: Postacıoğlu, s. 136 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 223 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 158 vd.; Baki Kuru, “Ödeme Emri”, *Makaleler*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 521 vd.; Baki Kuru, “Ödeme Emrine İtiraz”, *Makaleler*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 563-565

³⁸ Onar, s. 316; Karatepe, s. 15; Alpar, s. 11; Başpınar, s. 65; Ramazan Çağlayan, “Türk İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_2_8.pdf, Erişim Tarihi 17.10.2012, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003, s. 175; Ümit Süleyman Üstün, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 24; Gerçek, s. 16; Fatih Kırışık ve Nizamettin Aydın, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/iibfd/article/viewFile/2514/2258>, Erişim Tarihi: 11.12.2012 (*SDÜİBFD*, Yıl: 2002, C. 7, S. 2, s. 331-344), s. 334

gelinen noktada ihtiyaçtır. Zira, teknolojinin sağladığı kolaylık ve imkanlardan icra hukukunda da faydalanılması gerekir. Bu durum maddenin gerekçesinde; “*Hacizli mal satışlarında ilan ve tekliflerin elektronik ortama taşınması imkânı ise bir taraftan satış masraflarının azaltılmasını sağlarken, diğer taraftan açık artırmalara katılımın artırılmasını temin ederek, mahcuz malların gerçek değerinden satılmasını kolaylaştıracaktır*”³⁹.” şeklinde açıklanmıştır. Nitekim adelet hizmetinin sunulmasında UYAP sisteminin kullanması, teknolojik gelişmelere paralel düzenleme yapıldığını gösterir.

Kanun koyucunun icra müdürüne takdir yetkisi tanıması ile kanunların hayatın gerisinde kalmaz ve buna bağlı olarak da hayatın her safhasında uygulanma şansı bulur. İcra müdürü kanunu uygularken kendisini sıkı sıkıya bağlayan yasal düzenlemeler karşısında bu değişikliğe ayak uyduramaz. Ayak uydurması da böyle bir durumda kendisinden beklenemez. Zira icra müdürü kendisine kanun tarafından verilmeyen bir yetkiyi kullanamaz. Eğer kanun kendisine emredici bir yetki verdiyse, bu yetkiyi uygulamak zorunda olan icra müdürü; kanunun değişen hayat koşullarına ayak uydurumaması nedeniyle, hayatın gerisinde kalır. İcra müdürü, kendisine takdir yetkisi veren kanun karşısında ise; bunun sınırları içerisinde takdir yetkisini kullanarak değişen hayat koşullarına uyum sağlayabilir. Bunun sonucunda da kanun atıl kalmaz ve kanun değişiklikleri sıklıkla gündeme gelmez⁴⁰.

Örneğin icra müdürü İİK m. 82/4 uyarınca haczedilmesi talep edilen malların haczinin caiz olup olmamasını takdir eder⁴¹. Bu yetki kanunda; “*İcra memuru, haczi*

³⁹ 6352 sayılı kanunun İİK m. 114 ve 129’da değişiklik yapan 24. maddesi Hükümet Gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/ham/b12801h.htm> (Erişim Tarihi, 06.02.2013)

⁴⁰ Kanun koyucu kanun yaparken tüm sorunları, olayları düzenleme amacında olabilir. Bu, onun hangi metot ile kanun yaptığı ile ilgilidir. Anayasal sınırlar içinde bu belirlemeyi yapmak yasama organının takdirindedir. Bununla beraber kanun koyucu eserinin uygulanmasının uzun yıllar sürmesini istiyor, hayatın dışında kalarak uygulamasının imkansız kalmamasını istiyorsa genel çerçeve hükümler koymalı; kanun uygulayıcısına takdir yetkisi vermelidir. Bu yönde bkz.:Edis, s. 197

⁴¹ Yargıtay’ın uygulamasında; takdir yetkisine yönelik olarak bazı kısıtlamalar yaptığı görülmektedir. Bunun en bariz örneği haczedilmezlik yasağını icra dairesinin takdir yetkisinde olmadığı yönünde olanıdır. Yargıtay bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamamıştır: “...*direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, haciz talep tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı yasanın 121. Maddesinde yer alan hüküm karşısında, borçlu sigortalının emekli maaşının haczine ilişkin alacaklı isteminin yerine getirilmesi konusunda icra müdürlüğünün takdir hakkının bulunup bulunmadığı, bu cümleden olarak, icra müdürlüğünün borçlunun şikayeti olmaksızın kendiliğinden haczedilmezliğe karar verip veremeyeceği notasındadır.... Anılan her iki maddede (İİK m. 79/1 ve m. 85/1) yer alan ifadelerden ortaya çıkan sonuç, haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve icra memuruna, haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların*

talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.” denilmek suretiyle verilmiştir. Bu noktadan hareketle kanaatimizce haczi caiz olmayan mallar kanunda sayılırken çok sınırlı davranmak, bunun dışında icra müdürüne belli sınırlar (bu sınır takdir yetkisi veren her kanun hükmünde özel olarak anlaşılabileceği gibi; bunun dışında kanuna MK m. 4 gibi takdir yetkisini kullanırken dikkat edilecek genel prensip (hukuk ve hakkaniyete uygun takdir yetkisi kullanımı⁴²) konulması yoluyla da olabilir) çizilerek takdir yetkisi tanımak gerekir. Zira kanun koyucu hüküm koyduğu yıllarda gerçekten borçlu için önemli olan

niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmamağı konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır.” (Yarg. HGK 10.06.2009, E.2009/12-213, K. 2009/244, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 11.02.2013). Yargıtay’ın yapmış olduğu bir diğer kısıtlama ise; borçlunun haline münasip evinin haczedilmeyeceği kuralı ile ilgilidir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.10.1969 Tarih, 1969/714 Esas, 1969/779 Karar numaralı kararında: borçlu evi için daha önce ipotek veriyse artık meskeniyet iddiasında bulunamayacaktır. Borçlunun ipotek yapmakla bu hakkından feragat ettiği sonucuna Yargıtay şu ifadelerle varmaktadır: “... Bir kimse; ipotek ettiği bir taşınmaz malı başka bir borcundan dolayı yapılan takip için hacz edilmiş olsa dahi meskeniyet iddia edemez. Zira, tesis edilen ipoteğin kaldırılmaması ve ipotekli alacağın tahsili için taşınmaz malın satılması halinde ipotek borçlusu bu yerin mesken olduğunu ileri süremeyecektir. Böylece borçlu ipotek tesisine rıza göstermiş olmakla o taşınmazın satılmasını göze almış, meskeniyet iddiasından vazgeçmiş demektir.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 08.02.2013). Yargıtay bu tutumunu zamanla yumuşatmış olacak ki daha yeni kararlarında bu şekilde bir feragat hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, daha doğru bir ifadeyle meskeniyet iddiasından vazgeçilmiş olması için ipoteğe konu olan kredinin mesken kredisi, esnaf kredisi ve zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş olmasını aramaktadır (Yarg. 12. HD 03.07.2012, E. 2012/5188, K. 2012/23327, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 08.02.2013).

Uygulamada karşılaşılan bu tereddütler karşısında 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun 16. maddesiyle, İcra ve İflas Kanunu 82. maddesine 3 ve 4. fıkralar eklenmiştir. 4. Fıkra göre öncelikle icra müdürü evin borçlunun haline münasip olup olmadığını takdir eder. Eğer borçlunun haline münasip bir ev ise haciz yapmaz. Buna karşılık borçlunun sosyal ve ekonomik durumunun üzerinde olduğunu takdir ederse yine yeni eklenen 3. fıkra uyarınca haline uygun bir ev almaya yetecek bedeli haczedilerek satılır. Kanunda bu değişikliğin yapılması gerekçede şu şekilde açıklanmaktadır: “Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.” (Hükümet Gerekçesi: Nakleden; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 105, dn. 11)

⁴² MK m. 4’e göre hakim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmak zorundadır. Bu zorunluluk madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Zira maddede “...hukuka ve hakkaniyete göre karar verir” denilerek, hakime bu zorunluluk yüklenmiştir. Hakimin takdir yetkisini kullanırken keyfî karar veremez (Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 145; Köprülü, s. 131). Zira hukukun gerçekleştirmek istediği nihai amaç adaleti sağlamaktır (Aral, s. 31). Adalet ile keyfiliği uzlaştırmak mümkün değildir (Adnan **Güriz**, “Adalet Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan*, Konya 1991, s. 65). Bu yüzden hakim, takdir yetkisini kullanırken başıboş değildir (Dural ve Sarı, s. 132). MK m. 4 hakimın takdir yetkisini kullanırken en genel anlamda dikkate alması gereken sınırı çizmektedir. Buna göre hakim her halde takdir yetkisini kullanırken “...hukuka ve hakkaniyete göre...” karar vermek zorundadır. Bu maddenin getirdiği sınır, hakimın takdir yetkisinin genel sınırı olarak ifade edilebilir. Zira hakim takdir yetkisini kullanırken, takdir yetkisi tanıyan hükümde belirtilen sınırlara da riayet etmek zorundadır. O halde hakim takdir yetkisini kullanırken, en genel anlamda hukuka ve hakkaniyete göre karar vermekle ve eğer takdir yetkisi tanıyan hükümde özel sınır varsa bu sınırlarla bağlıdır.

ve bu yüzden de haczini yasakladığı bir malın zamanla önemini yitirdiği görülebilir. Ya da alacaklı açısından o malın haczinin yapılmaması, yapılmasından daha yararlı hale gelebilir. Söz gelimi haczi yasak olan mallardan biri İİK m. 82/1-6 “*Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsül için lazım olan tohumluğu*” dur. Buna göre icra müdürü borçlunun evine hacze gittiğinde, borçlunun iki aylık yiyeceğini haczedemez⁴³. Bu hüküm borçluyu korumak için getirilmiş gibi olsa da, icra müdürünün İİK m. 85/6 tarafların menfaatlerini telif etme görevi düşünüldüğünde pek pratik değildir. Zira, icra müdürü, yiyecek haczini yapacak olsa bile alacaklının alacağı bundan tahsil edilemeyebilir. Alacak miktarını karşılamaması olasılığı dışında, bu yiyeceklerin muhafazası ayrıca bir masraf gerektirir. Ya da tüm bunlar bir tarafa bırakılarak; iki aylık yiyeceğinden fazlasının haczedilmesi halinde bile, bu malların satılıp satılamayacağı şüphelidir. O halde yapılması gereken bu şekilde hükümler koymak yerine; genel sınırları çizilmek suretiyle icra müdürüne takdir yetkisi vermektir⁴⁴. Böylelikle kanun her zaman uygulanma şansı bulur, icra hukuku gibi birebir hayatın içinde uygulaması olan bir alanda, hayatın dışında kalmaz.

Takdir yetkisi tanınmasının bir gereği de, kanunların sıklıkla değişmesinin engellenmesine bağlı olarak; hukuki istikrar sağlanır. Şöyle ki; kanun koyucu takdir yetkisi tanımayıp icra müdürünün yetkisini kanunla sıkı sıkıya bağlarsa, zamanla söz konusu hüküm hayatın değişen şartlarına uyum sağlayamaz ve sonuçta değiştirilir. Bu durumun sürekli tekrarlanması ise, kanunu uygulayan kişileri olduğu kadar ona muhatap olan kişiler açısından da takibini güçleştirebilir. Bu ise hukuk devletinde bulunması gereken hukuki güven ve istikrarı zedeler. Dolayısıyla icra müdürüne takdir yetkisi verilmesi hukuki istikrarı sağlar, bu yolla da hukuki güven tesis edilmiş olur⁴⁵.

⁴³ Ansay, *İcra*, s. 106; Kuru, *Cilt I*, s. 803; Kuru, *El Kitabı*, s. 444; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 280; Karşı, *İcra*, s. 484; Muşul, *İcra*, s. 581; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 141

⁴⁴ Açıklama yapılırken verilen örnek sonucunda; borçlunun elinde ne varsa hepsi haczedilmelidir, şeklinde bir düşünceye sahip olduğumuz sanılmamalıdır. İcra müdürüne takdir yetkisi vermek borçlunun aleyhine bir durum değildir. Aksine onun menfaatine de olabilir. Ayrıca takdir yetkisi tanınan kişi alacak borç ilişkisinde yabancı bir üçüncü kişi olan icra müdürüdür. Söz gelimi bu yetki alacaklıya tanınsa idi eleştirilebilirdi. Zira alacak-borç ilişkisinde bir taraftır. Kaldı ki icra müdürünün işlemleri İİK m. 16 çerçevesinde şikayet yoluna tabidir.

Bu açıklamalardan hareketle belki böylesi özel bir hüküm yerine, bundan sonra yapılacak kanuni düzenleme ile daha genel bir hüküm konulabilir. Ya da tüm bunların ötesinde haczedilse bile yukarıda izahı yapılan sıkıntılar yaşanabileceği (muhafaza ve satış gibi) mallarda tamamen haciz yasaklanabilir veya bu noktadan hareketle genel bir sınır çizilerek icra müdürüne takdir yetkisi verilebilir.

⁴⁵ Hukuk devletinin bir gereği olarak hukuki güven ortamının tesis edilmesi gerekir. Bu hususta bkz.: Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 105

Takdir yetkisinin tanınması gereği karşısında; borçlunun icra müdürünün keyfi uygulamasına maruz kalabileceği eleştirisi yapılabilir⁴⁶. Eleştirinin haklılık payının bulunacağını kabul etmekle birlikte; bu durum takdir yetkisinin tanınması gereğini ortadan kaldırmaz. Zira, takdir yetkisini kullanacak olan icra müdürüdür. Yani belli bir yeterliliğe sahip kamu görevlisidir⁴⁷. Ve alacak-borç ilişkisinin tamamen dışında üçüncü kişidir. Dolayısıyla, böyle bir eleştiri; takdir yetkisinin faydasını daha baştan kabul etmemek, istememek demektir. Kaldı ki icra müdürünün takdir yetkisinin olayın özelliğine uygun kullanmaması şikayet sebebidir⁴⁸. Hakkı ihlal edilen ilgili icra mahkemesinde şikayette bulunabilir⁴⁹. Diğer taraftan icra müdürü takdir yetkisini kullanırken kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır. Bu da onu sınırlayan bir çerçeve olduğundan keyfi hareket etmesini zorlaştırır.

III. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN NİTELİĞİ

İcra müdürünün takdir yetkisi kavramı yerine, görebildiğimiz kadarıyla takdir hakkı kavramı da kullanılmaktadır⁵⁰. Hak kavramını izah eden teoriler çeşitli olmakla

⁴⁶ Aslında bu eleştiri genel olarak takdir yetkisinde vardır. Hakimin takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmaması gerektiği gibi (Velidedeoğlu, s. 199; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 145; Köprülü, s. 131; Zevkliler, s. 96); idarenin de takdir yetkisini kullanırken keyfi kullanmaması gerektiği (A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 334; Çağlayan, s. 183; Gerçek, s. 47; Kadir Korkmaz, “Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda kullanımı ve Yargısal Denetimi”, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/13_10.pdf, Erişim Tarihi 17.10.2012, GÜHFD, Cilt 13, Sayı: 1-2, Ankara 2009, s. 243) ifade edilir. Bu durum aslında takdir yetkisinin zorunlu sonucu olarak keyfilik doğacağından değildir. Uygulayıcılara tanınan serbestliğin kötüye kullanılabileceği varsayımındandır. Ancak kabul edilmelidir ki, takdir yetkisi tanınmayıp kaziüstik metotla kanun yapmakta başka problemleri beraberinde getirir. Somut olay adaletinin sağlanamaması, kanunların bir zaman sonra atıl kalması bunların başında gelir.

⁴⁷ Takdir yetkisinin icra müdürlerine tanınması ile ilgili olarak icra müdürleri ile ilgili daha detaylı açıklama ilerleyen kısımlarda yapılacaktır. Ancak, kısaca şunu ifade etmek isteriz ki; icra memurları 2992 sayılı kanun m. 2 uyarınca Adalet Bakanlığı bünyesinde icra iflas işlemlerini yaparlar. Atanmaları için bu konuda çıkarılan yönetmelik uyarınca (İİK m. 1/5 dayanak noktası olan, İcra Müdür ve Yardımcılarının Sınav Atama ve Nakil Yönetmeliği); belli bir eğitim almış olmalı (Yönetmelik m. 3/1-c), bununla birlikte yapılacak yazılı ve sözlü sınavda başarılı olmalıdır. Yani icra müdürleri kendilerinden beklenen takdir yetkisini yerine getirebilecek, buna karşı keyfi davranmayıp adaletle işlerini yapacakları konusunda yetiye sahip olacaklardır. Bu yetinin daha da iyi hale veya süreklilik kazanıp davranış haline gelmesi içinse hizmet içi eğitimler yapılabilir. Böylelikle başlangıçta olan (olması gereken) adaletle karar verme, buna karşılık keyfi davranmama yetisi tüm icra müdürlerinde davranış haline gelir.

⁴⁸ Postacıoğlu, s. 60-61; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126-127; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 60; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31-32

⁴⁹ Şikayet yoluna başvurulabilmesi için aranan şartlardan birisi de, bu yola başvuracak kişinin hukuki yararının bulunmasıdır. Hukuki yarar her somut olayda ayrı ayrı tespit edilir. Bu konuda bkz.: Pekcanitez, *Şikayet*, s. 98

⁵⁰ Seda Özmumcu, “İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 489 vd.; YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013; Yarg. 12. HD 03.07.2003, E. 2003/12773, K. 2003/15882, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 11.02.2013

birlikte⁵¹, esasında hak sahibi olan kişinin hakkını kullanıp kullanmamak konusunda seçim hakkı bulunmaktadır. Hak sahibi hukukun kullanmasına izin verdiği hakkını dilerse kullanır, dilerse kullanmaz. Bu noktadan hareketle de hakkı kullanmamak bir yükümlülük getirmez. Sadece kişi hakkını kullanmayarak hakkın sağladığı hukuki menfaatten mahrum olur⁵².

İcra müdürünün takdir yetkisi kullanmasına bakıldığında, bu yetkinin kullanılması hak kavramının ötesinde bir zorunluluk, bir ödevdir. Zira İİK m. 16 hükmüne baktığımızda icra müdürü takdir yetkisini kullanmaması nedeniyle şikayet yoluna başvurulabilir. Kendisine takdir yetkisi tanıyan hükmün varlığına rağmen, bu yetkiyi kullanmayan icra müdürü “bir hakkın yerine getirilmemesi nedeniyle” hukuka aykırı davranmıştır⁵³. Şikayet yoluna bu nedenle gidilebilmesi, icra müdürünün takdir yetkisinin hukuki niteliğinin, bir haktan ziyade ödev olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan icra müdürünün kanunun kendisine takdir yetkisi tanımasına rağmen bu yetkisini kullanmamasına karşı başvurulacak tek yol şikayet değildir. Bunun dışında icra daireleri İİK m. 13 ve İİK m. 13/a uyarınca icra mahkemeleri denetim ve gözetimi altındadırlar⁵⁴. Eğer icra müdürü takdir yetkisini kullanmazsa sorumlu olabilir. Takdir yetkisinin kullanılmaması ceza hukuku açısından da kovuşturma konusu yapılabilir⁵⁵.

⁵¹ Hak kavramının açıklanmasıyla ilgili olarak ileri sürülen 3 teori bulunmaktadır. İrade teorisine göre; kişi, iradesini başkalarına kabul ettirebilmekte ve bu da bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Menfaat teorisine göre; hak hukukun korunan menfaattir. Bu iki teoriyi de ele alan karma teoriye göre; hak hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi verilen menfaattir. Bu konuda daha detaylı bilgi için; Dural ve Sarı, s. 144-146

⁵² Özel hukukta külfet ve yükümlülük kavramları birbirinden bağımsız, ayrı kavramları ifade eder. “Külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu davranış olup, yükümlü kişi bu davranışı yerine getirmedeği takdirde ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaybeder. Külfet de aynen borç (edim yükümlülüğü) gibi, bir davranış konu edinir. Ancak, borçta borçlu borçlanmış davranışı yerine getirmedeği takdirde alacaklı borçluya karşı ifa veya tazminat davası açıp, onu zorlayabildiği halde külfette hukuk düzeni diğer bir kişiye, külfet yükümlüsüne hakkı tanımamıştır. Külfeti oluşturan davranış yerine getirmeye ilişkin bir talep ve dava değil, külfet yükümlüsünün yararına sonuçlar doğurur. Külfet yükümlüsü söz konusu davranış yerine getirdiği takdirde kendi lehine doğacak bir hakkın kaybını önler.” (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 45; Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: Nejat Aday, *Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 1 vd.)

⁵³ Şikayetin sebepleri için bkz. Postacıoğlu, s. 77 vd.; Kuru, *El Kitabı*, s. 97-98; Kuru, *Cilt I*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126-127; Karlı, *İcra*, s. 141-144; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 66

⁵⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 40; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 122

⁵⁵ TCK m. 257 “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere

İcra müdürü takdir yetkisi tanınmasına rağmen bu yetkisini kullanmazsa, bundan zarar gören ilgililer devlet aleyhine tazminat davası açabilirler (İİK m. 5). Her ne kadar tazminat davası devlet aleyhine açılıyorsa da, devletin icra müdürüne rücu edebilmesi nedeniyle icra müdürü kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı hallerde, bu yetkisini kullanmak zorundadır.

Tüm bunlardan hareketle; icra müdürünün takdir yetkisi bir haktan da öte ödev niteliğindedir. Zira hakkın sahibi hakkını kullanmadığı için bir yaptırım ile karşılaşmaz. Halbuki icra müdürü takdir yetkisini kullanmaması nedeniyle belirtilen sorumluluklara karşı karşıya kalabilir.

§ 2. İCRA MÜDÜRÜNÜN NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Cebri icra işlemlerini yerine getiren tek kişi icra müdürü değildir⁵⁶. Bu nedenle İcra ve İflas Hukukunda başka kişi veya organlara da yetki verildiği görülmektedir. Örneğin, alacaklılardan müteşekkil iflas idaresi, konkordato komiseri, icra mahkemesi gibi⁵⁷. Bununla beraber iflas dairesi de, iflas takibi yapılan borçlu hakkında ticaret mahkemesinin iflas kararı vermesi anından itibaren kanunda kendisine verilen işleri

haksız bir (Değişik menfaat, sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar, hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat, sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” demek suretiyle en genel manada kamu görevlisinin görevi kötüye kullanmasını cezalandırmıştır. İcra müdürlerinin de kamu görevlisi olduğu göz önünde tutulduğunda, takdir yetkisini kötüye kullanması halinde bu davranışı görevi kötüye kullanma suçu teşkil edebilir.

⁵⁶ Bu başlık altında esasında icra müdürü inceleme konusu yapılacaktır. İcra hukukunda olup da, icra müdürü gibi takdir yetkisine haiz olan bazı kişiler hakkında ise açıklama yapılmayacaktır. İcra takiplerinde, icra müdüründen başka icra müdür yardımcısının ve icra dairesi katibinin de sınırlı olarak takdir yetkisi olabilir. Şöyle ki; İİK m. 80/1 uyarınca icra müdürü haczi kendisi yapabilir ya da icra müdür yardımcısı veya katibe yaptırabilir. Bu madde uyarınca icra müdürünün haczi bizzat yapıp yamamak konusunda takdir yetkisi vardır. Takdir yetkisini haczi bizzat yapmakta kullanmayıp, yardımcısı ya da katibine yaptırırsa, işte bu kişilerin haczin yapılmasıyla sınırlı olmak üzere takdir yetkileri vardır. Örneğin hacze gittiğinde, haczi bir malın haczinin caiz olup olmadığını takdir eder (İİK m. 82/4). Zaten maddeye dikkat edilirse, “*icra memuru...*” denilmektedir. O halde bu kişiler de takdir yetkisine haizdir.

⁵⁷ Takip hukukuna ilişkin olarak tek yetkili kişi icra müdürü değildir. Bundan başka kanunların kendisine yetki vermesi halinde diğer kişi veya kurumlarda yetkileri dahilinde işlem yapabilmektedirler. Örneğin iflas idaresi: İİK m. 184/2, İİK m. 185/1 ve 4, İİK m. 187, İİK m. 198; konkordato komiseri: İİK m. 309/a-2; icra mahkemesi: İİK m. 223/1, İİK m. 225/1, İİK m. 227/2, İİK m. 228/2 uyarınca söz konusu işlemleri yapmaya görevlidir. Bu kişiler de, kanunda belirtilen takip işlemlerine yaparlar.

yapar (İİK m. 166)⁵⁸. İİK m. 3 uyarınca iş yoğunluğu gözetilerek, icra ve iflas işleri bir dairede birleştirilebilir⁵⁹. Bu ihtimalde, icra müdürü iflas kararından sonra iflas müdürü olarak görev yapar. İcra ve iflas hukukunda bu denli geniş yelpazede görevli kişi ve organ olunca, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için biz sadece icra müdürünün takdir yetkisini incelemekteyiz.

Bu noktadan hareketle; bu başlık altında öncelikle icra müdürü ve icra dairesinin hukuki niteliği belirlenecektir. Bu yapılırken konu öncelikle anayasa hukuku açısından; sonrasında ise icra hukuku açısından ele alınacaktır.

II. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN

AY m. 6 egemenliğin Türk Milleti'ne ait olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Egemenlik Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılır⁶¹. Devletin ise bilindiği üzere üç organı vardır. Bu organlar sayesinde devlet, hayatın içinde görünüm kazanır, böylelikle Türk Milleti egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanır.

Temelde takibin taraflarını ilgilendiren ve genelde de bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan⁶² cebri icra takibi, devletin yetkili memurları eliyle yürütülür. İcra hukukuna devletin bu şekilde dahil olması bu çalışma açısından, icra müdürünün anayasa hukuku açısından hangi yetki erki içinde olduğunu belirleme ihtiyacını doğurmuştur. Anayasa veya anayasaya uygun kanunlar tarafından verilmeyen bir yetkinin kullanılması egemenlik anlayışına ters düşer. Diğer taraftan icra müdürleri de devletin yetkili bir memurudur. Zira icra müdürü devletin diğer kurumlarıyla ve diğer tüzel veya gerçek kişilerle yaptığı yazışmalarda, "T.C. (...) İcra Dairesi" sıfatı ile yazışmaktadır. Yani kendi adının önüne devletin ismini kullanarak devletin yetkili bir kurumu olduğunu söylemektedir.

⁵⁸ Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 624

⁵⁹ Kuru, *El Kitabı*, s. 925-926

⁶⁰ Ergun **Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 88; Kemal **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2007, s. 98

⁶¹ Özbudun, s. 89; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 103

⁶² Eren, s. 18: "Borçlar hukukunun konusu, özel borç ilişkileridir. Borç ilişkilerinden doğan alacak hakkı ise, aynı haklarla kişilik haklarının aksine, hukuki niteliği itibarıyla nispi bir haktır. Alacaklı, bu hakkı, sadece borçluya karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiler, borç ilişkisiyle ilke olarak borç altına görmedikleri, bir hak kazanmadıkları için, bu hakkın onlara karşı ileri sürülmesi, istisnai haller dışında söz konusu olamaz."; Mehmet **Ayan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınevi, Konya 2012, s. 11-12; Ahmet **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 10

İcra dairesi yargı organı içinde yer almaz. AY m. 9 “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*” demek suretiyle yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanmak üzere bağımsız mahkemelere vermiştir⁶³. Açıkçası, icra dairesinin mahkemelerin verdiği kararları yerine getiriyor olması, mahkemeler teşkilatında bulunabileceği sonucuna yönlendirebilir. Her ne kadar icra dairesi yargı kararlarını yerine getiriyorsa da⁶⁴, bu bir uyuşmazlık hakkında karar vermek değildir. Kaldı ki yargı yetkisini bağımsız mahkemelere veren anayasa hükmü amirdir. İcra daireleri de yargılama faaliyetini yerine getiren mahkemeler teşkilatı içinde yer almaz⁶⁵.

AY m. 8 “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” demek suretiyle yürütme yetkisini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’na vermiştir⁶⁶. Bakanlar Kurulu merkez teşkilat ve taşra teşkilatı ile yürütme yetkisini kullanır⁶⁷. İcra ve iflas daireleri, bu şemanın Bakanlar Kurulu kısmında yer alır. Adalet Bakanlığı bünyesinde icra ve iflas işlemlerini yapar.

İcra dairelerine takip işlemlerini yapabilme yetkisi, 1992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun⁶⁸ ile verilmiştir. Kanunun ikinci maddesinin k bendinde Adalet Bakanlığının görevleri arasında “*İcra ve iflas daireleri vasıtasıyla, icra ve iflas işlemlerini yürütmek*” sayılmıştır. Diğer taraftan İİK m. 1/2 ye bakılacak olduğunda icra müdürlerinin atamasının Adalet Bakanlığı tarafından yapılacağı belirtilmektedir⁶⁹. O halde yürütme yetkisini (icra ve iflas işlemlerini) Bakanlar Kurulu, Adalet Bakanlığı bünyesinde, icra ve iflas daireleri eliyle yerine getirir. Bu hususlar bize

⁶³ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 103; Atar, s. 284; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 180

⁶⁴ İcra takipleri alacaklının elinde ilam olup olmamasına göre; ilamlı takip ve ilamsız takip olmak üzere ikiye ayrılır. İlamlı takipte, takip öncesinde alacaklının mahkemeden almış olduğu bir ilam vardır. Borçlunun icra emrinin kendisine tebliği üzerine verilen sürede, borcunu ödemezse ilam hükmü zorla yerine getirilir.

İlamlı icra, icra dairesinin yerine getirdiği işlerden sadece bir bölümüdür. Bunun dışında konusu belli bir miktar para veya teminat gösterilmesine ilişkin alacaklar ilamsız takibe konu olur (Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 58).

⁶⁵ Konuya yargı örgütü hukuku içinde baktığımızda mahkemeler teşkilatı içinde icra dairelerinin sayılmadığını görüyoruz. Hukukumuzdaki yargı örgütü ile ilgili şema için bkz. Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 47-48

⁶⁶ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 103

⁶⁷ Devlet teşkilatı, merkezden yönetim ve taşra yönetimi olmak üzere ikiye ayrılır. İdare faaliyetlerini merkezde; Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ile, taşrada ise; bakanlıklara bağlı olarak kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yerine getirir. (Gözler, *Cilt I*, s. 239 vd.)

⁶⁸ Resmi Gazete Tarihi: 07.04.1984; Resmi Gazete Sayısı: 18365

⁶⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 101

gösteriyor ki; icra daireleri anayasa hukuku açısından, devletin yürütme organı içerisinde yer alırlar.

III. İCRA HUKUKU AÇISINDAN

A. İcra Dairesinin İcra Müdürü İle Özdeşleşmesi

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuz 17 baptan oluşmaktadır. Bu bölümlerden ilki “Teşkilat ve Muhtelif Hükümler” başlığını taşır. İcra dairesinin teşkilat olarak yapısı da bu bölümde, kanunun birinci maddesinde düzenlenmiştir.

İİK m. 1/2 “*Her icra dairesinde Adalet Bakanlığı tarafından atanacak bir icra müdürü, yeteri kadar icra müdür yardımcısı, icra katibi ile adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından görevlendirilecek mübaşir ve hizmetli bulunur.*” demek suretiyle icra dairesinde görevlendirilecek personelleri belirlemiştir. Buna göre; icra dairesinde: icra müdürü, icra müdür yardımcısı, icra katibi, mübaşir ve hizmetli bulunur⁷⁰. Takip işlemleri bu kişiler eliyle yürütülür.

Kanunun bu maddesinde sayılan beş farklı görevli, acaba aynı işlevde veya aynı nitelikte midir? Daha açık bir deyişle acaba icra dairesinin zorunlu memuru var mıdır? Varsa bu kişi beş görevliden hangisidir?

Bu sorunun cevaplandırılması birçok açıdan önem taşımaktadır. İlk olarak literatürde bu iki kavram (icra dairesi ve icra müdürü) birbirini yerine kullanılabilmektedir. İkinci olarak bu soruya verilecek cevap, uygulama açısından da son derece önemlidir. Zira, icra dairesinin zorunlu bir memuru olduğunu söylersek, Adalet Bakanlığı bir yere icra dairesi açıyorum diyebilmesi için, öncelikle onun atamasını yapması gerekir.

İcra dairesinin zorunlu memuru icra müdürüdür⁷¹. İcra dairesinin, bir yerde kurulduğunu ifade edebilmek için, söz konusu yere öncelikle Adalet Bakanlığı tarafından icra müdürü atanması gereklidir (İİK m. 1)⁷². Diğer personel ve memurların takip işlemlerinin yapılmasında rolü küçümsenemez. Ancak onlar tamamen icra müdürüne yardım etme pozisyonunda yer alırlar⁷³. Kimisi görevi gereği daha çok

⁷⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 101

⁷¹ Postacıoğlu, s. 23

⁷² Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 101

⁷³ İcra dairesinde görevlendirilecek personel İİK m. 1’de belirtilirken, ikinci fıkrada; bir icra müdürü, yeteri kadar icra müdür yardımcısı ve icra katibi ile, adli yargı ilk derece adalet komisyonları tarafından görevlendirilecek mübaşir ve hizmetli bulunacağı ifade edilmiştir. Buna göre bir icra dairesinde iş yoğunluğu ve dolayısıyla ihtiyaç nedeniyle birden fazla icra müdür yardımcısı veya katip bulunabilirse de bir tane icra müdürü bulunur. Diğer taraftan, kanunun genel olarak takip

yardım eder, kimisi ona göre daha az yardım eder. Örneğin icra müdür yardımcısı hizmetliye göre daha çok yardım eder. Bu durum, onun görevinin niteliğinden kaynaklanır. Ancak bu yardım etme görevi, onlara icra müdürü vasfını vermez. İcra müdürü icra dairesinde tektir.

İİK m. 1/2'yi dikkatle okuduğumuzda icra müdürüne ayrı bir önem atfedildiği görülmektedir. Madde icra dairesine **bir** icra müdürü ve **yeteri kadar** icra müdür yardımcısı ve icra katibi atanmasını düzenlemektedir⁷⁴. Yani icra müdür yardımcısı birden fazla olabilir, ya da icra katibi birden fazla olabilir. Ancak bir tane icra müdürü vardır. O da söz konusu daire ile özdeşleşen icra müdürüdür.

Diğer taraftan icra müdürünün icra dairesiyle özdeşleştiğini, onun icra dairesinin en mesul kişisi olmasından da anlayabiliriz. Nizamname m. 3/1 “*icra ve iflas dairelerinin mesul amirleri icra ve iflas müdürleridir.*” demek suretiyle doğabilecek hukuki sorumluluğu en başta icra ve iflas müdürlerine yüklemiştir⁷⁵. Bu açıdan icra müdürleri, icra dairesinin en yetkili kişidir. Zira icra müdürünün yapılan işlemlerden ötürü mesul olması, bu mesuliyetten kurtulabilmek için gerekli yetkilerle donatılmış olmayı gerektirir.

İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapan kanunlardan 538 sayılı kanun⁷⁶ icra memuru yerine icra müdürü terimini kullanmayı tercih etmiş ve kanunda yer alan icra memuru terimlerini bu şekilde değiştirmiştir. Bu bağlamda bizim bu hususta dikkat etmemiz gereken, 538 sayılı kanundan önceki mevzuat ve doktrinde yer alan “icra memuru” ifadelerini, aksine hüküm yoksa, icra müdürü olarak anlamak, anlamlandırmaktır.

B. İcra Müdürünün Yerine Getirdiği Kamu Hizmetine Özgü Konumu

İcra müdürünün anayasa hukuku açısından yürütme erki içinde yer aldığı belirlemesini yukarıda yapmış bulunuyoruz. Hatta idare hukuku açısından da Adalet Bakanlığının taşra teşkilatında yer aldığını, bu bakanlık adına icra ve iflas işlemlerini

işlemleriyle ilgili olarak icra müdürünü yetkilendirdiğini görüyoruz. Bununla birlikte bazı maddelerde açıkça icra müdürünün, icra dairesinde çalışan bu görevlilerden birini görevlendirebileceğini yazmaktadır. İİK m. 80/1 icra müdürüne haczi bizzat kendisi yapabilme veya icra müdür yardımcısına ya da katibe yaptırabilme yetkisi vermiştir. Bu ve buna benzer maddeler de bize gösteriyor ki; icra dairesinde yer alan, icra müdür yardımcısı ve diğer personel takip işlemlerinin yapılmasında birinci dereceden mesul (Nizamname m. 3/1) icra müdürüne yardımcı olmak için vardır.

⁷⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 101

⁷⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 101

⁷⁶ Resmi Gazete Tarihi: 06.03.1965; Resmi Gazete Sayı: 11946

yerine getirmekte olduğunu belirttik⁷⁷. Ancak bu belirleme icra dairesi için yeterli değildir. Zira Adalet Bakanlığı teşkilatına bakıldığında kapsamı ve niteliği gereği, icra müdürlerinin tam olarak bu kapsamda değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu, icra müdürlerinin hakkın hak sahibine verilmesi hizmetini yerine getirmesi nedeniyledir.

1. İcra Müdürünün Yürütme Organı İçinde Yer Alması Gereği Özellikleri

Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m. 2/k “*İcra ve iflas daireleri vasıtasıyla, icra ve iflas işlemlerini yürütmek*” denilerek, Adalet Bakanlığının görevlerinden biri icra ve iflas işlemlerini yerine getirmek olarak belirlenmiştir. Adalet Bakanlığı, bu yetkiyi icra ve iflas daireleri aracılığıyla yerine getirir. Başka bir deyişle, icra müdürü, icra takip işlemlerini Adalet Bakanlığı adına yapar.

İİK m. 1/3- ilk cümle “*İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanırlar.*” denilmek suretiyle, icra müdürlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılacak yazılı sınav ve sonrasında yine bakanlık tarafından yapılacak sözlü sınava göre alınacağı belirlenmiştir⁷⁸. İcra müdürlerinin bu kadroya Adalet Bakanlığı eliyle alınması; icra müdürlüğü kadrosunun Adalet Bakanlığı bünyesinde bir kadro, icra dairesinin de Adalet Bakanlığı bünyesinde bir devlet kurumu olduğunu göstermektedir.

İİK m. 1 “*Her icra dairesinde Adalet Bakanlığı tarafından atanacak bir icra müdürü...*” demek suretiyle, ilk alımlardan sonra yapılacak atamalarında Adalet Bakanlığı tarafından yapılacağını belirtmektedir⁷⁹. İcra müdürlerinin atanmasının Adalet Bakanlığı tarafından yapılması, bu dairenin ve icra müdürünün bakanlığa bağlı olduğu göstermektedir.

2. İcra Müdürünün Görevinin Niteliği Gereği Hakimlere Benzeyen Özellikleri

İcra müdürü başında bulunduğu icra dairesi ile beraber, alacaklının alacağına kavuşması için kanun tarafından kendisine verilen yetkileri kullanarak takip işlemlerini

⁷⁷ bkz. Yuk. § 2, II
⁷⁸ Postacioğlu, s. 23
⁷⁹ Postacioğlu, s. 23

yapar⁸⁰. Bu takip alacağının niteliğine göre bazen ilamlı bir takip olur, bazen de ilamsız bir takip olur. İlamlı bir takipte, icra müdürü hakim tarafından verilen kararı yerine getirirken; ilamsız takipte ortada herhangi bir mahkeme kararı yoktur⁸¹.

İcra müdürü ilamsız icra yolunda, alacaklının talepte bulunmasıyla gerekli takip işlemlerini yapar. Borçluya ödeme emri tebliğ edilmesiyle (İİK m. 61) başlayan süreç, borçlunun mallarının haczedilip satılması ve bu satıştan elde edilen bedelin hak sahibi alacaklıya ödenmesi ile sonlanır. Bunun için icra müdürünün kanunda kendisine tanınan yetkileri kullanması gerekir.

Mahkemelerin yapacakları yargılama faaliyeti sonunda vermiş oldukları kararlara hüküm denir⁸². İlam ise mahkeme kararının (hükümünün) taraflara verilen suretine (nüshasına) denir⁸³. İlamlı icraya başvuru için alacaklının elinde bir ilam olması gerekir. Zira icra müdürü icra emrini ancak bir ilam gördüğü zaman gönderebilir⁸⁴. İlamlı icra prosedüründe de icra müdürü alacaklının alacağını alması için gerekli takip işlemlerini yapar. Hakimlerin verdikleri kararları yerine getirerek hak sahibine hakkını

⁸⁰ Nizamname m. 3/1 uyarınca mesul amirleri icra müdürleridir. Buradaki mesuliyet hukuka uygun bir şekilde takip işlemlerinin yapılmasıdır. İcra dairelerinin başında mesul olarak bir icra müdürü olması gerektiğine dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 101

⁸¹ Kuru, *Cilt I*, s. 30: “**İlamlı icrada**, alacaklının elinde borçlusuna karşı almış olduğu bir mahkeme ilamı (hükümü) vardır. Alacaklı, bu mahkeme ilamını icra dairesine vererek ilamlı icra takibi yapar. Borçlu, kendisine icra dairesi tarafından verilen süre içinde (genellikle yedi gün) içinde ilam konusu borcu rızası ile yerine getirmese, ilam icra dairesi tarafından zorla icra edilir. ... Konusu paradan başka bir şey olan alacakların (mesela, menkul malın teslimi hakkındaki alacağın, İİK m. 24) cebri icra yolu ile takip edilmesi için, ilk önce bir mahkeme ilamı (hükümü) almak gerekir. Böyle bir mahkeme ilamı almadan, konusu paradan başka bir şey olan alacakların cebri icra yolu ile yerine getirilmesi istenemez.”; Kuru, *Cilt I*, s. 31: “İİK, İlamlı icradan başka, yalnız para ve teminat alacakları için, **ilamsız icra yolları** da kabul etmiştir. İlamsız icrada, alacaklı alacaklının alacağının bir mahkeme ilamı ile tespit edilmiş olması şart değildir. Yani alacaklı, para (veya teminat) alacağı hakkında daha önce mahkemede dava alıp bir ilam (hüküm) elde etmeye mecbur olmaksızın, para (veya teminat) alacağına kavuşmak için doğrudan icra dairesine başvurup, bir (ilamsız) icra takibi yapabilir.

İlamsız icrada, doğrudan icra dairesine icra dairesine başvuran alacaklının icra takibi yapabilmesi için elinde bir ilam bulunmasına gerek olmadığı gibi, alacaklının alacağının bir senede (belgeye) bağlı olması da şart değildir. Alacağı hakkında bir senedi bulunmayan alacaklı da, ilamsız icra yoluna gidebilir; ancak, bu halde ilamsız icra takibinin başarı ile sonuçlanabilmesi için, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi gerekir. Borçlu ödeme emrine itiraz ederse, alacaklı için mahkemede dava açmaktan (İİK m. 67) başka çare yoktur.

Şu halde, konusu para (ve teminat) olan alacakların cebri icra yolu ile takip edilebilmesi için, bunların daha önce bir mahkeme ilamı ile hüküm altına alınmış olmasına gerek yoktur. Para (ve teminat) alacakları için de, mahkemede dava açarak alınacak ilam ile ilamlı icra takibi yapmak şüphesiz mümkündür.”

⁸² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, s. 2997

⁸³ Kuru, *Muhakeme Cilt III*, s. 3146

⁸⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt III*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 2135; Kuru, *El Kitabı*, s. 762; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 454

sağlayan icra müdürü hukukumuzda ayrı bir öneme sahiptir. Bu öneminden dolayı icra müdürüne, kanundan kaynaklı olarak hakimlere ait bir takım özellikler tanınmıştır. Burada sayılacak olanlar kanunlarda yer alan tüm yükümlülükler olmayıp, konuyu pekiştirmesi açısından verilmiş örnekler niteliğindedir.

İlk olarak; İİK m. 10 icra ve iflas müdürlerinin bazı takiplerde yasaklı olmasının düzenlenmektedir⁸⁵. Bu yasaklılık hali takibin taraflarından kaynaklı olarak, icra müdürünün tarafsız ve objektif kalamayacağını kanun tarafından önceden kabulüne dayanır. Yani kanun; baştan icra müdürünün, alacaklı veya borçlunun belli yakınlıkta kişiler olması halinde, tarafsız olamayacağını kabul etmiş ve o işe bakmasını yasaklamıştır. Maddeye göre; örneğin, icra müdürü eşinin alacaklı olduğu bir takibin işlemlerini yerine getirmez. Bu yasak hakimin çekinmesi haline benzetilebilir⁸⁶.

İkinci olarak; İİK m. 11 icra müdürlerinin belli işlemlerde yasaklı olduğunu düzenlemiştir⁸⁷. Burada da İİK m. 10'da yer aldığı gibi yasaklılık vardır. Farkı ise İİK m.10'da icra müdürü maddede sayılan yakınlıkta bulunan kişilerin hiçbir takip işlemini yapamazken, burada takibini tarafları aslında bu yakınlıkta kişiler değildir. Yasağın kaynağı işlemin kendisinden kaynaklanır. Bu maddeye göre; alacak için haczedilmiş bir gayrimenkul hakkında, kendi yararlarına sözleşme yapamazlar. Bu maddenin amacı icra müdürünün tarafsız kalmasını sağlamaktır⁸⁸. Bu konuda dikkat çeken husus; icra müdürleri ile icra hakimlerinin aynı maddede düzenlenmesidir. Yani aynı yasak icra mahkemesi hakimi için de geçerlidir⁸⁹.

Üçüncü olarak; İİK m. 8/1 uyarınca icra müdürleri yaptıkları işlemleri ve kendilerine yapılan talepleri tutanağa geçirirler. Bu tutanakların altı ilgililer, icra müdürü veya yardımcısı tarafından imzalanır. Yine aynı maddenin son fıkrası gereğince de bu tutanakların aksi ispatlanıncaya kadar doğru olarak kabul edileceği

⁸⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 78; Kuru, *El Kitabı*, s. 90; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 109

⁸⁶ Hakimin çekinmesi usulü hakkında bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1*, Demir Demir Yayıncılık ve Beta Basım, İstanbul 2001, s. 84; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 194

⁸⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 79; Kuru, *El Kitabı*, s. 91; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 61; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 109

⁸⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 109

⁸⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 79; Kuru, *El Kitabı*, s. 91; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 61; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 109

belirlenmektedir⁹⁰. Yani icra müdürü yapmış olduğu bir işlemi veya kendisine yöneltilen bir talebi tutanağa geçirip altını da ilgisine imzalatmalıdır. Bu tutanakların aksi ispatlanıncaya kadar doğruluğu kabul edilir⁹¹. Aksinin ispatı sahtelik iddiasıyla mümkün olduğu düşünüldüğünde, icra müdürü ve ilgililer için tutanakların doğru tutulması son derece önemlidir. Aynı durum medeni yargılama hukukunda da vardır. HMK m. 154/1 gereğince hakim tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını tutanağa geçirmek zorundadır⁹².

Dördüncü olarak; icra müdürünün gerekçeli karar vermesi gerekir⁹³. 6352 sayılı kanun ile İcra ve İflas Kanunumuzun sekizinci maddesine ikinci fıkrası eklenerek bu durum emredici olarak icra müdürlerine yüklenmiştir⁹⁴. Buna göre icra müdürleri verdikleri kararların gerekçelerini de tutanaklara yazmak zorundadırlar. Aynı şekilde hakimler de yapılan yargılama sonucunda kararlarını gerekçeli vermek zorundadırlar⁹⁵.

Son olarak; icra müdürleri İİK m. 359 gereğince, yaptıkları muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya yazışabilir⁹⁶. İcra müdürü yapacağı takip işlemleri dolayısıyla bir makam veya daire ile yazışmak gereği duysa bunu doğrudan doğruya yapabilir. Örneğin; borçlunun başka yerde bulunan taşınmazına haciz konulacak olduğunda, taşınmazın bulunduğu yer siciline icra müdürü bunu doğrudan yazabilir⁹⁷. Aynı şekilde mahkemeler de bu şekilde doğrudan yazışma yapabilirler.

3. İcra Müdürünün Niteliğinin Değerlendirilmesi

İcra müdürü atanması, göreve alınması ve görevinden dolayı Adalet Bakanlığı bünyesinde olduğundan ötürü (Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, m. 2/k); anayasa hukuku açısından yürütme erki içinde, idare hukuku açısından ise Adalet

⁹⁰ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 56; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

⁹¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

⁹² Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 502

⁹³ İcra müdürü İİK m. 8/3 gereği kararlarını gerekçeli olarak vermelidir. Bununla birlikte takdir yetkisini kullanırken gerekçeli kullanması da ayrıca önem taşır. İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken gerekçeli kullanması hakkında bkz. Aşa. § 20, IV.

⁹⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 56; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

⁹⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 685

⁹⁶ Sibel **Demir Saldırım**, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 15; Kuru, *Cilt I*, s. 39; Kuru, *El Kitabı*, s. 69; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 41; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 102

⁹⁷ Saim **Üstündağ**, *İcra Hukukunun Esasları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2004, s. 147; Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 268; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 233; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 137

Bakanlığı bünyesinde dir. Bununla beraber yerine getirmiş olduğu, hakkın devlet eliyle hak sahibine teslim edilmesinin görünümü niteliğinden dolayı, idare hukukunda yer alan memur kavramından daha farklı özelliklere sahip olması gereği ortaya çıkmıştır. Bu özellikler bazen kendisini yükümlülük olarak gösterirken, bazen de, ek bir takım üstün haklar tanınması yoluyla sağlanmıştır. Bundan önceki başlıkta, icra müdürlerinin hakimlerin tabi olduğu bir takım yasaklara, yükümlülüklerle tabi tutulduğunu gördük. Bununla beraber; sadece bu şekilde yükümlülük yüklemeyip, söz konusu takibi amacına ulaştırmasını kolaylaştıracak şekilde üstün haklar, yetkiler de kendisine tanımıştır. Söz gelimi icra müdürü kolluk kuvvetinin hakim kararı ile girebildiği konuta (AY m. 21), haciz için doğrudan girebilir⁹⁸. Hatta bu evin borçlunun evi olmasına gerek yoktur. Üçüncü kişinin borçluya ait bir malı evinde tutuyor talebi, hacze gitmek için yeterlidir. Bu haliyle de devletin diğer memurlarından ayrıldığını görüyoruz.

İcra müdürünün yaptığı işlemlerin adli işlem olduğu doktrinde ileri sürülmüştür⁹⁹. Buna dayanak madde ise Avukatlık Kanunu m. 35/1'dir. Söz konusu madde; yalnız avukatın yapabileceği işlemleri sayarken adli işlemleri takip etmek belirtildiği için, icra takip işlemlerinin de adli işlem olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu şekilde düşünce; işlemi, adli işlem olarak nitelendirse bile icra müdürünü, hakim gibi bir statüye sokmaz. Hele ki anayasa hukuku açısından yargı organı içinde yer alması gereğini bize düşündürmemesi gerekir. Zira yargılama faaliyeti bir tarafın haklı bir tarafın haksız olduğu konusunda, uyuşmazlığa son veren bir karar ortaya koymak için sadece **bağımsız mahkemelerce** yapılan faaliyetir¹⁰¹. İcra müdürünün mahkeme kararlarının icrasını yerine getiriyor olması, sadece adalet hizmetini yerine getirmeye yönelik bir bütünün parçası niteliğinde görülebilir. Mahkemelerin verdiği kararlara hayat verip, o kararı dış dünyada uygulanabilir kılarak bu fonksiyonu yerine getirir. Bu ise icra müdürünü hakim sıfatına veya yargılama fonksiyonunu yerine getirir pozisyona koymaz. Kaldı ki; hukuk yargılamamızda avukatlar da rol sahibidir¹⁰². Buna göre özünde serbest bir meslek olan avukatları da bu cümleden saymak icap eder. Bu ise

⁹⁸ İcra müdürünün bu yönde uygulaması doktrinde eleştirilmiştir. bkz.: Özekes, *Temel Haklar*, s. 61

⁹⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 68; Demir Saldırım, s. 17

¹⁰⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 68

¹⁰¹ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 103

¹⁰² Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s. 203 vd.

anayasanın dokuzuncu maddesine aykırıdır. Zira bu madde, yargı yetkisini sadece bağımsız mahkemelere vermiştir¹⁰³.

Bu konunda daha da netleşmesini sağlayacak bir diğer örnek olarak zilyetlik ihtilaflarında, kanun uyarınca taşınmazın bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin durumu verilebilir. 3091 sayılı kanun¹⁰⁴ kapsamında zilyetliğin idari yoldan korunmasında¹⁰⁵, taşınmazın bulunduğu yer mülki amirinin yetkisini kullanması onu hakim yapmaz. Ama nihayetinde o da zilyetlik konusunda bir ihtilafı sona erdirdiğinden dolayı adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

İcra müdürünün bulunduğu icra dairesinin mali denetimi yılda en az bir kere olmak üzere savcı tarafından yapılır¹⁰⁶. Halbuki idare hukukundan genel olarak bu denetim üst amir veya Sayıştay tarafından yapılmaktadır. Hakimlerin ise doğrudan para ile işleri olmadığından ötürü böyle bir mali denetime tabi değildirler.

İcra müdürünün nitelik farkı, onun yapmış olduğu işlemlerin adlandırılmasına kadar yansıdığını görmekteyiz. Gerçekten icra dairesinin yapmış olduğu işlemlere icra takip işlemleri denir. Bu işlemler genelde borçlu aleyhine yapılır ve takibi ilerletme amacı güder¹⁰⁷. İcra müdürünün yaptığı işlemler icra takip işlemleri; idare hukukunda memurun yaptığı işlemler idari işlem¹⁰⁸; hakimın yargılama sırasında yaptığı işlemleri ise, mahkeme usul işlemi olarak¹⁰⁹ adlandırılır. Adlandırmanın yanında bu faaliyetlerin arasında içerik olarak da farklılık bulunmaktadır¹¹⁰.

¹⁰³ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s. 181

¹⁰⁴ Resmi Gazete Gün: 15.12.1984, Resmi Gazete Sayısı: 18606

¹⁰⁵ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Mimoza Yayınevi, Konya 2012, s. 91-100

¹⁰⁶ Demir Saldırım, s. 138 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 66; Kuru, *El Kitabı*, s. 82; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 54; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 122

¹⁰⁷ Kuru, *Cilt I* s. 136-137; Kuru, *El Kitabı*, s. 129-130; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 55

¹⁰⁸ Gözler, *Cilt I*, s. 618 vd.

¹⁰⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 214

¹¹⁰ Doktrinde icra müdürünün işlemlerinin niteliğinin kazai nitelikte mi, yoksa idari nitelikte mi olduğu konusunda belirleme yapılması yoluna gidildiğini görmekteyiz (bkz. Demir Saldırım, s. 13-17). Esasında bu belirleme icra müdürünün niteliği konusunda yapılması daha isabetli olur. Zira kazai yada idari işlem den herhangı birinin tercihinin pratik bir tarafı bulunmamaktadır. İcra müdürünün yaptığı işlem adli işlem olarak nitelense, kanun yolları incelemesine mi tabi olacaktır? Ya da idari bir işlem olarak nitelendirilse iptal davalarına mı konu olacaktır? Kanun icra müdürünün işlemlerinin sonucunda şikayet yolunu düzenlemiştir. Doktrinde de icra müdürünün yaptığı işlemleri icra takip işlemleri olarak açıklanmıştır. Hal böyle iken, icra müdürünün işlemleri adli mi, idari mi pek bir önem taşımaz. Ancak önem taşıyan husus, icra müdürünün niteliğidir. Yani hakim sınıfından mı yoksa memur sınıfından mı?

Diğer taraftan; her ne kadar icra müdürü Adalet Bakanlığına bağlı bir personel olsa, icra dairesi de idare hukuku açısından idari bir makam olsa da; yapılan işlemin amaç yönünden, idare hukukundan farklılık arzettiğini görüyoruz. İdare hukukunda idari işlemin yapılmasının genel amacı kamu yararını gerçekleştirmek iken¹¹¹, icra takip işlemlerinin amacı genelde alacaklının menfaatinin sağlamaktır¹¹². Kanun borçluyu ve onun aile üyelerini koruma amacıyla bile olsa¹¹³, bu çerçevenin idarede olduğu kadar geniş olmadığını görebiliyoruz. Zira orada dikkate alınması gereken kamu yararıdır¹¹⁴. Kuşkusuz icra hukukunun devletin tekelinde yürümesi kamu hizmetinin de bir gereğidir. Bununla birlikte, icra hukukunda ilk bakışta korunan takibin taraflarıdır. Takip işlemleri yapılırken, idarenin idari işlem yapmasında olduğu gibi doğrudan kamu yararını sağlama amacı bulunmaz¹¹⁵.

İcra müdürünün hakimden ve idari memurdan ayrılmasını sağlayan ve onun bir özelliği niteliğinde; kanunda gösterilen şikayet yoludur. Bu yol; icra müdürünün işlemlerine karşı gidilebilecek icra hukukuna özgü bir başvuru biçimidir¹¹⁶. İcra dairesinin hukuka aykırı işlemlerini icra mahkemesine şikayet edilmesini amaçlar¹¹⁷. İcra hukukundaki “şikayet yolunun” icra müdürünün işlemlerine karşı getirilen bir yol olması, icra müdürünü hakimden ayıran bir özelliği olarak karşımıza çıkar. Aynı şekilde

¹¹¹ Gözler, *Cilt I*, s. 979

¹¹² Kanun koyucu icra düzenlemelerini yaparken görebildiğimiz kadarıyla, taraflar arasında menfaatlerini dengelemeye çalışarak orta bir yol bulmaya çalışmıştır. Bununla birlikte temelde icra hukukunun ortaya çıkış nedenlerinden biri olan alacaklının alacağını elde etmesinin sağlanması amacına yönelik olarak, hükümler de mevcuttur. Buna karşılık yine menfaat dengesinin sağlanması gayesiyle borçluyu koruyucu düzenlemelerin de bulunduğunu görebilmekteyiz (İİK m. 82 gibi). Hal böyle iken icra müdürü de kanunun yer yer alacaklıyı koruduğunu, yer yer borçluyu koruduğunu göz önünde tutarak, kanunun amacına uygun bir şekilde yorum yapmalıdır.

¹¹³ İİK m. 82 gereğince haczedilmezlik kurallarının takdirinde (İİK m. 82/4) çoğu yerde borçlu ile birlikte aile üyelerinin de dikkate alındığını görüyoruz. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz.:§ 25, III

¹¹⁴ Gözler, *Cilt I*, s. 979

¹¹⁵ İcra hukukunun ortaya çıkış amaçlarından birisi de bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanarak toplumda sükunun sağlanmasıdır (Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49). Şüphesiz bu durum kamu yararını gerçekleştirir. Başka bir deyişle genel anlamda bakıldığında icra takip işlemleri ile kamu yararı yerine gelmektedir. Bizim burada söylemek istediğimiz, idare hukukunda idari görevlilerin işlem yaparken genel amaçlarının kamu yararını sağlamak olması gibi, icra müdürünün doğrudan amacının kamu yararı olmamasıdır.

¹¹⁶ Postacıoğlu, s. 77; Kuru, *El Kitabı*, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 124; Karşı, *İcra*, s. 143; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 20 vd.

¹¹⁷ İcra müdürünün yapmış olduğu işlemlerin hukuka aykırı olması nedeniyle, şikayet yolu denetimine tabi olduğunu görüyoruz. Kanun 16. madde ile, şikayet sebeplerini saymıştır. Başka bir deyişle, icra müdürünün yapmış olduğu işlemlerin hangi hallerde hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Buna göre bir icra takip işlemi, kanuna aykırı olmasından, hadiseye uygun olmamasından, verilen görevin yerine getirilmemesinden (bir hakkın yerine getirilmemesi) ve işin sebepsiz sürüncemede bırakılması sebeplerinden biriyle, şikayete konu olabilir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 89-90; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57 vd.

idarenin yapmış olduğu işlemlerin hukuka aykırı olmasından ötürü, iptal davasına konu olur¹¹⁸. Şikayet yolu ise adli mahkemelerde görüldüğü gözetildiğinde¹¹⁹, bu ayrım önem taşımaktadır. Diğer taraftan icra müdürünün disiplin amiri icra mahkemesi hakimidir¹²⁰. Bu demek oluyor ki, disiplin hukuku açısından icra müdürü icra mahkemesi hakiminin astıdır¹²¹.

Bu özellikleri çoğaltabiliriz. Maksudımız icra müdürünün salt teşkilat yapısı düşünüldüğünde idare içinde yer aldığı; bununla beraber, kanundan kaynaklı olarak, yerine getirmiş olduğu hizmetten ötürü hakimler gibi sorumluluk ve yükümlülükler altında olduğunun belirlenmesidir.

O halde sonuç olarak diyebiliriz ki; icra müdürü idare hukukundaki gibi bir memur statüsündedir. Adalet Bakanlığına bağlıdır. Bununla birlikte icra müdürü; yerine getirmekte olduğu: yargılama faaliyetine yardım veya yargılama faaliyetinin tamamlayıcısı olmasından ötürü, hakimlere yüklenen benzer bir takım yükümlülükler altındadır.

İcra müdürünün yerine getirmekte olduğu kamu hizmeti, adaletin yerine gelmesine hizmet etmesi, mahkemeler tarafından verilen kararları yerine getiriyor olmasından ileri gelen sayılan farklı özellikleri yeterli değildir. Zira, belirtildiği üzere Adalet Bakanlığına bağlı icra müdürünün çalışma düzeni, özlük hakları, yapısı, teşkilatı, çalışma usulleri bir kanun ile düzenlenmesi gerekirdi¹²². Bu eksikliğin bir görünümü olarak; gerek Anayasada gerekse bunun alt metinlerinde icra müdürlerine, hiçbir organ

¹¹⁸ Halil **Kalabalık**, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2009, s. 124: “İptal davasının konusunu oluşturacak idari işlemler öncelikle idarenin tek yanlı işlemleridir. İptal davasının konusunu oluşturmak bakımından idarenin bireysel işlemleri ile düzenleyici işlemleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Aynı şekilde, olumlu işlemler ile olumsuz işlemler ya da sarıh işlemlerle zımni işlemler arasında da dava konusunu teşkil etmeleri bakımından bir fark yoktur.”

¹¹⁹ Şikayet yolu ile denetim icra mahkemesinde olduğuna dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 98; Kuru, *El Kitabı*, s. 102; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 73; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 135; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 118

¹²⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 42; Kuru, *El Kitabı*, s. 71;

¹²¹ Kemal **Gözler**, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 768: “Disiplin yetkisi, ‘hiyerarşi yetkisi’ dahilinde bir yetkidir. Dolayısıyla disiplin cezası verme yetkisi de hiyerarşi yetkisine sahip olan makama aittir. Yani memuru atamaya yetkili makam, hiyerarşik amir olarak disiplin cezası verme yetkisine de sahiptir. Disiplin cezası verme yetkisi, kanunla aksi öngörülmedikçe, devredilmeyen bir yetkidir. Aksi kanunla öngörülmedikçe, atama yetkisi ve disiplin cezası verme yetkisi birbirinden ayrılmayan iki yetkidir.” Bu açıklamalar üzerinde önemle durulması gereken hususun disiplin cezası vermenin, hiyerarşi ilişkisinden kaynaklanmasıdır. Mahkemeler arasında bu şekilde bir hiyerarşi olmadığı için bir mahkemenin diğer bir mahkeme tarafından denetimi söz konusu olamaz.

¹²² Mustafa **Saldırım**, *Cumhuriyet Savcısının Denetim Görevi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 140

ya da kişinin emir ve talimat vermesini yasaklayan hüküm mevcut değildir. Adalet Bakanlığına bu denli bağlı bir organın emir ve talimat almaması güç görünmektedir. İcra müdürleri de hakkın gerçekleşmesini sağlayan bir kişi olduklarından, görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için, bu konuda emir ve talimat verilememesinin sağlanması uygun olurdu. Adaletin gerçekleşmesinde payı azımsanmayacak icra müdürlerinin bu türlü güvenceye sahip olması gerektiği düşüncesindeyiz.

§ 3. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN DÜZENLENİŞİ

I. GENEL OLARAK

Anayasa hukuku açısından yürütme organı, daha spesifik bir ifadeyle de idare, içinde yer alan icra dairesi, kanunların verdiği yetki çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Aksi durum idarenin kanuniliği ilkesiyle çelişir¹²³. İdarenin bu yükümlülüğü idarenin kanuniliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır¹²⁴. İdarenin yaptığı işlemlerin kanuna aykırı olmaması veya kanuna dayanması gerekir. Kanun koyucunun asli olarak yerine getirdiği yasama faaliyeti aksine; idare, genel düzenleyici işlem yapsa bile bunu mutlaka kanuna dayanarak yapmak zorundadır¹²⁵. Diğer taraftan idarenin yaptığı bireysel işlemlerin de kanuna aykırı olmaması gerekir¹²⁶. İdareye tanınan bağlı yetki ve takdir yetkisi hakkında bu konuda bir ayırım yoktur.

Kanun yaparken bir hususun mutlak surette anayasa tarafından öngörülmesine, düzenlemesine gerek yoktur. Bir konu anayasada hiç düzenlenmemiş olsa bile, kanun koyucu o konuda düzenleme yapabilir¹²⁷. Bu durum yasama organının asli bir yetkiye sahip olmasından kaynaklanır¹²⁸. Kanun koyucunun tek dikkat etmesi gereken husus anayasaya uygunluktur¹²⁹.

¹²³ Gözler, *Cilt I*, s. 137

¹²⁴ Gözler, *Cilt I*, s. 136-138

¹²⁵ İdarenin genel düzenleyici işlem yapabilmesi için mutlaka buna izin veren bir kanun hükmü olması gerekir. İdare kendi insiyatifinde olarak genel düzenleyici işlem yapma yoluna gidemez. Bu noktadan hareketle kanun koyucunun asli yetkisi karşısında, idarenin yetkisi ikincil nitelik taşır. Daha detaylı bilgi için bkz.: Gözler, *Cilt I*, s. 136-137

¹²⁶ Gözler, *Cilt I*, s. 747: “...Yürütme yetkisi (idare) kanundan kaynaklanan ve aynı zamanda ‘kanunla sınırlı’ yetkililerdir. Dolayısıyla bir yetki kanunla açıkça idareye verilmiş olsa bile, idare o yetkiyi ancak kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde kullanabilir.”

¹²⁷ Atar, s. 169; Gözler, *Cilt I*, s. 136

¹²⁸ Atar, s. 169; Gözler, *Cilt I*, s. 136; Buna karşı olarak yasama organının asli bir yetkiye sahip olmadığı konusunda bkz. Erdoğan, *Anayasa*, s. 269: “Biz anayasaların niteliğine ilişkin genel bilgidir hareketle, bu görüşün doğru olmadığını düşünüyoruz. Her şeyden önce, aslilik genellikten ayrı düşünülemez; yani genel yetkinin olmadığı yerde asli yetkiden bahsetmekte anlamsızdır. Yasama organı yetkili olmadığı bir alanı doğrudan doğruya düzenleyemez. Yetkili olduğu alanlar

Anayasanın yürütme yetkisini düzenleyen maddesinde; yürütme organı yetkisini, kanunlara uygun olarak kullanmak zorunda olduğu hususu düzenlenmiştir¹³⁰. Söz konusu durum AY m. 8’de “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda yürütme organı içinde olan idare de, Anayasa ve kanunlara uygun olarak yetkisini kullanmak zorundadır¹³¹.

İcra müdürü de; anayasa hukuku açısından yürütme organı içinde yer alması dolayısıyla, AY m. 8 hükmünün bağlayıcılığı vardır. İcra müdürü kullanacağı yetkinin kanunda olmasına ve kanuna uygun olmasına dikkat etmek zorundadır. Bunun bir göstergesi olarak; İİK m. 16, icra müdürünün yaptığı işlemlerden kanuna aykırı olanları şikayet sebebi saymıştır¹³². Bu haliyle 16. maddenin, AY m. 8’in icra hukukundaki yansıması olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan icra müdürünün kanuna aykırı davranması disiplin cezası veya tazminatı gerektirebilir. Tazminat davası her ne kadar devlet aleyhine açılrsa da (İİK m. 5) devletin rücu imkanı¹³³, icra müdürünün kanuna uygun davranmaya zorlar.

İcra müdürünün kanuna uygun davranma zorunluluğunun bu denli önemli olması bizi, icra müdürünün takdir yetkisinin kullanacağı yerlerin belirlenmesi zorunluluğuna götürmektedir. Takdir yetkisi, icra müdürüne tanınan yetkilerden biridir. O halde bu yetkinin de kanunda yer alması ve ancak kanuna uygun olarak kullanılması gerekir. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda takdir yetkisinin düzenlemesi ile ilgili maddeleri görebildiğimiz kadarıyla ifade şekilleri itibarıyla 4 başlık altında toplayabiliriz. Bunlar; kanunun açık ifadesi, kanunun ifade tarzı, kanunda belirsiz genel ifadeler kullanılması ve süreye ilişkin olarak takdir yetkisinin belirlenmesidir.

II. KANUNUN AÇIK İFADESİ

İcra müdürüne takdir yetkisi veren kanun hükümleri bazen bunu açıkça ifade eder¹³⁴. Bu durumda kanunun okunmasıyla herhangi bir yorum faaliyetinde bulunmaya

bakımından ise, bu daima özel bir anayasal yetkilendirmenin sonucu olacağından, asli veya ilk elden yasal düzenleme diye bir şey söz konusu olamaz.”

¹²⁹ Atar, s. 170; Gözler, *Cilt I*, s. 136

¹³⁰ Atar, s. 244

¹³¹ Gözler, *Cilt I*, s. 138

¹³² Postacıoğlu, s. 77; Kuru, *El Kitabı*, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126; Karşlı, *İcra*, s. 143; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57

¹³³ Kuru, *Cilt I*, s. 85; Kuru, *El Kitabı*, s. 94; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 110

¹³⁴ Özmumcu, s. 491

gerek olmaksızın, icra müdürünün takdir yetkisi olduğu anlaşılır. Maddede açıkça “takdir eder¹³⁵” ifadesi yer almakla icra müdürüne aslında söz konusu durumda takdir yetkisini, ödevini kanun koyucu açıkça yüklemiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin bulunduğu hallerde icra müdürü kanunun bu emrini yerine getirip takdir yetkisini kullanır.

İcra müdürüne açıkça takdir yetkisi tanıyan İcra ve İflas Kanunu maddelerine örnek vermek gerekirse: İİK m. 24/4¹³⁶ (taşınır malın değeri ilamda yazmıyor veya değeri ihtilaflı ise bu değerın takdiri), İİK m. 83/1¹³⁷ (haczi kısmen caiz olan maaş ve ücret haczinde, borçlu ve ailesi için zaruri kısmın takdirinde); İİK m. 87¹³⁸ (haczedilen malın kıymet takdirinde) gibi hallerde icra müdürüne kanun, açıkça takdir yetkisi tanımıştır.

Kanunda icra müdürüne açıkça takdir yetkisi tanıyan “takdir eder” ifadesi dışında; esasında bu açıklıkta olmayan “değerlendirir”, “tayin olunur” gibi ifadelerin de kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin İİK m. 30/1’de tayin etmek ibaresi¹³⁹; İİK m. 82/4’te¹⁴⁰ değerlendirir ibaresi geçmektedir. Bu maddelerin ve bu ibarelerin takdir yetkisini ifade ettiği konusunda herhangi bir şüphe yoktur¹⁴¹. Özellikle İİK m. 82/4’ün konulma nedeni maddeye ilişkin gerekçede: “*Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır*”¹⁴².” şeklinde açıklanmıştır. Bu haliyle “değerlendirir” ibaresinin takdir yetkisi tanıdığı bu madde açısından tereddüt oluşturmamaktadır. Ancak; acaba “değerlendirir” yahut “tayin olunur” ibareleri açıkça mı takdir yetkisini tanımaktadır? Başka bir deyişle yukarıda yaptığımız sınıflandırma açısından bu başlık altında mı incelenmelidir? Bu sorunun

¹³⁵ İİK m. 24/4, İİK m. 83/1, İİK m. 87, İİK m. 132/2 gibi.

¹³⁶ Kuru, *Cilt III*, s. 2322; Kuru, *El Kitabı*, s. 822; Postacıoğlu, s. 664; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 462; Bu konuda bkz. Aşa. § 23, I

¹³⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 451; Postacıoğlu, s. 372; Bu konuda bkz. Aşa. § 25, III, C

¹³⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Bu konuda bkz. Aşa. § 25, VI

¹³⁹ Bu konuda bkz. § 23, II

¹⁴⁰ Bu konuda bkz. § 25, III, A

¹⁴¹ Bir işin yapılmasına dair ilamların icrasında (İİK m. 30); ilamda, işin yapılması için süre belirtilmediyse, bu süre icra müdürü tarafından belirlenir (Kuru, *Cilt III*, s. 2356; Kuru, *El Kitabı*, s. 831). İcra müdürüne verilen bu belirleme yetkisi takdir yetkisi olduğuna şüphe etmemek gerekir. Zira icra müdürü bu belirlemeyi yaparken kanunda onun yapması gereken işlem kesin bir şekilde belirtilmiş değildir. Bu haliyle yazar eserlerinde, belirler demekle birlikte bunun bir takdir yetkisi olduğunu açıkça belirtmemiştir. Ancak açık bir şekilde ifade edebiliriz ki, bu yetki takdir yetkisidir.

¹⁴² Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Kanun*, s. 105, dn. 11(6352 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesinden)

cevabı aslında takdir yetkisinin kapsamı ve kullanımı açısından önem taşımamakla birlikte, sistematik olarak nerede işleneceği, anlatılacağı ile ilişkilidir.

Değerlendirme yapmak veya tayin etmek belli bir ihtiyardan, belli bir serbestlikten söz etmeyi gerektirir. Zira değerlendirme yahut bir şeyin tayini muhakeme etmeyi gerektirir. Bu ise icra müdürüne yapacağı işlemin sonucunun kesin bir şekilde belirlenmemesinin gereğidir. Böylelikle kanun; icra müdürüne yapacağı muhakeme ile bir sonuç ortaya koymasını, yani takip işlemi yapmasını yükler. Bu ise açıkça takdir yetkisi tanınması manasına gelir. Zira takdir yetkisinde icra müdürünün kanunda açıkça yapacağı işlemin sonucu belirtilmediği için; icra müdürü belli bir değerlendirme, muhakeme yaparak takdir yetkisini kullanmalıdır. Diğer taraftan; bu iki ifadenin bu başlık altında incelenmeyip, yukarıdaki sınıflandırmadaki başlıklardan belirsiz kavramlar başlığı altında incelenmesi uygun görülebilir. Ancak, daha sonra da inceleneceği üzere; belirsiz kavramlarda daha çok belirsiz mahiyette hükümler olup, icra müdürü takdir yetkisi ile bu ibareleri somut olay açısından belirli hale getirir¹⁴³. Halbuki burada belirsiz, içi doldurulacak bir hüküm yoktur.

III. KANUNUN İFADE TARZI

Görebildiğimiz kadarıyla; icra müdürünün takdir yetkisinin anlaşılabilirdiği ikinci hal, kanunun yazılışı veya ifade tarzıdır. Kanun koyucu, icra müdürüne yetki veren maddede cümle yüklemine “-ebilir”, “-abilir” gibi ifadelerle bitiriyorsa genelde takdir yetkisi tanımaktadır¹⁴⁴. Gerçekten icra müdürüne takdir yetkisi veren maddelerden birçoğu bu şekilde düzenlenmiştir. İcra müdürü bu hallerde takdir yetkisini kullanır.

Kanunun ifade tarzından yola çıkarak icra müdürünün takdir yetkisi olduğu hallere örnek vermek gerekirse: İİK m. 36/1¹⁴⁵ (icranın geri bırakılması için verilen sürenin uzatılması); İİK m. 80/1¹⁴⁶ (icra müdürünün haczi kendisinin yapabileceği gibi,

¹⁴³ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: § 3, IV

¹⁴⁴ Özmumcu, s. 494; Kanun koyucunun bu şekilde ifadelerle takdir yetkisi tanıdığı maddelere örnek vermek gerekirse; İİK m. 36/1, 55/1, 79/2, 80/1, 88/2, 88/4 gibi.

¹⁴⁵ İİK m. 36/1’de icra müdürünün zaruret halinde vermiş olduğu süreyi uzatabileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce burada icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Söz konusu mazeretin zorunlu bir neden olup olmadığını icra müdürü takdir eder. İcra müdürünün zaruret halinde süre uzatacağı konusunda yetkisinin bulunduğunu doktrin kabul etmekle beraber bu yetkinin takdir yetkisi olduğu açıklığında ifade edilmemiştir (Kuru, *Cilt III*, s. 2198; Kuru, *El Kitabı*, s. 784; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 449). Bu konuda bkz. Aşa. § 23, IV

¹⁴⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 626; Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Bu konuda bkz. Aşa. § 25, II, A

yardımcı veya katiplerinden birine de yaptırabilmesi); İİK m. 87¹⁴⁷ (kıymet takdiri yapılırken gerekirse bilirkişiye başvurulabilmesi).

İcra ve İflas Kanunumuza baktığımızda; bu şekildeki ifadelerin tamamının icra müdürüne takdir yetkisi vermediğini görmekteyiz. Başka bir deyişle bu ibarelerin büyük bir çoğunluğu icra müdürüne takdir yetkisi vermekle birlikte; bazı maddeler icra müdürüne emredici olarak bir işlemi yapmasını yükler. Bu hallerin tespit edilmesi halinde icra müdürü artık takdiri bir yetkiye sahip olmayıp, kanunda gösterilen işlemi yapar.

Söz konusu maddelerden biri; İİK m. 83/1 “*Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir.*” Kanunun bu maddesi okunduğunda icra müdürüne haciz yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisi olduğu, isterse söz konusu maaş ve ücretleri haczetmeyebileceği anlamı çıkarılabilir. Halbuki bu madde dikkatle okunduğunda, “...tenzil edildikten sonra haczolunabilir” denmesi icra müdürüne haciz yapmayı yüklediği, ancak bunu da söz konusu paranın belli bir kısmını ayırdıktan sonra yapabileceği iznini vermektedir¹⁴⁸. Bu yargı aynı maddenin ikinci fıkrası okunup, bir bütün halinde değerlendirildiğinde daha da net ortaya konulmaktadır. Zira ikinci maddenin ilk cümlesinde, “*Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz*” denilerek, söz konusu paranın haczedileceği ve bunun da belli bir miktarından az olamayacağı¹⁴⁹; daha açık bir deyişle icra müdürünün haczedilip haczedilmeme konusunda takdir yetkisinin olmadığı ortaya çıkar¹⁵⁰. Kanununuzda bu şekilde bir ibareye yer verip, takdir yetkisi olmayan ikinci bir örnek ise İİK m. 84/1’dir. Maddenin ilk cümlesinde “*Yetişmemiş her nevi toprak ve ağaç mahsülleri yetiştirmeleri zamanından*

¹⁴⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Bu konuda bkz. Aşa. § 25, IV.

¹⁴⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 831; Kuru, *El Kitabı*, s. 450

¹⁴⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452

¹⁵⁰ İcra müdürünün söz konusu maaş ve ücretler için haciz uygulamasını yapmasının zorunluluğu olduğuna dair: “*Kanun borçlunun maaş veya ücretinin, dörtte birinin her halde haczedileceğini hükme bağlamaktadır. Buna göre, borçlunun ücretinin tamamı borçlunun ve ailesinin geçinmelerini için yeterli olmasa bile, icra müdürü borçlunun ücretinin dörtte birini her halde haczetmek zorundadır. İcra müdürü, borçlunun ücretinin dörtte birini her halde haczedecek, fakat haczedeceği ücretin üst sınırını belirlerken borçlunun ve ailesinin ihtiyacını göz önünde bulunduracaktır.*” (Kuru, *El Kitabı*, s. 452)

en çok iki ay evvel haczolunabilir.” Bu ifadenin sonunda her ne kadar “haczolunabilir” ifadesi yer alsa da, icra müdürünün haczedip haczetmeme konusunda takdir yetkisine haiz değildir. Kanun, icra müdürüne söz konusu ürünlerin haczini belli bir dönem için yapma hususunda izin vermektedir¹⁵¹. Buna göre icra müdürü ürününün yetişmesinden önce en fazla iki ay öncesi için haciz yapabilir¹⁵². Bundan öncesini ise kanun “haczolunabilir” ifadesiyle yasaklamaktadır.

Bu iki örnekten yola çıkarak; bu şekilde yer alan ifadeler genellikle icra müdürüne takdiri yetkisi verse de, kanun maddesinin tümüne verilecek anlam ile daha netlik kazanacaktır. O halde yapılması gereken, bu ibarelerle karşı karşıya kalındığında maddenin tümüyle okunup değerlendirilmesi, anlamlandırılması şeklinde olmalıdır.

Son olarak bir maddeyi daha incelemekte fayda vardır. Kanunun ifade tarzından icra müdürünün takdir yetkisi olup olmadığının anlaşılması maddenin tüm olarak okunup değerlendirilmesi İİK m. 359 açısından mümkün değildir. Zira madde tek bir fıkradan oluşmakta, bu haliyle de sanki icra müdürünün takdirinde olarak yaptığı muamelelerden ötürü doğrudan yazılaşabileceğini izlenimi vermektedir. Ancak bu yorum hatalı olur. Zira her ne kadar bu şekilde ifadelerle karşılaştığımızda öncelikle maddenin tümüyle okunması ve anlamlandırılması gerekiyorsa da; bazen de İcra ve İflas Kanunu’nun bir bütün halinde yorumlanması gerekir. İşte İİK m. 359 da bu açıdan değerlendirilmesi gereken bir maddedir. Söz konusu maddeyi takdiri yetki olarak yorumlarsak; icra müdürünün diğer kurum ve kuruluşlarla doğrudan yazışma yapıp yapmamak konusunda, takdir yetkisinin olduğunu; isterse doğrudan yazışma yapmayabileceğini söyleriz¹⁵³. Halbuki bu yorum, icra müdürünün niteliği, bağımsız oluşu ve özelde bir çok madde ile çelişkiye düşülmesine neden olur. İcra müdürü her ne kadar icra mahkemesinin gözetimi ve denetimi altında olsa da, takip işlemlerini doğrudan doğruya bağımsız bir şekilde yapar¹⁵⁴. Ayrıca örneğin İİK m. 79/2 gibi icra müdürünün resmi sicile bizzat yazarak haczi yapması gibi¹⁵⁵, yetkilerle donatılmış

¹⁵¹ Kuru, *Cilt I*, s. 661; Kuru, *El Kitabı*, s. 390

¹⁵² Kuru, *Cilt I*, s. 661; Kuru, *El Kitabı*, s. 391

¹⁵³ İİK m. 359 “İcra memurları yaptıkları muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya muhabere **edebilirler**.” Maddenin ifade tarzına bakıldığında “edebilirler” dikkati çekmektedir. Madde okunduğunda sanki icra müdürüne bir seçim hakkı tanıyor gibi durmaktadır.

¹⁵⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 39; Kuru, *El Kitabı*, s. 69; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 41; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 102

¹⁵⁵ Üstündağ, s. 147; Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 268; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 233; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 137

olmasının da mantığına ters düşer. O halde bu ibareler her ne kadar bize icra müdürünün takdir yetkisi olduğunu kuvvetle muhtemel bir şekilde işaret etseler de, yine de yapılması gereken, maddenin tamamına ve gerekirse kanunun tümüne verilecek anlam ile karar vermektir.

IV. BELİRSİZ KAVRAMLARA YER VERİLMESİ

İcra müdürüne takdir yetkisi veren hükümlere baktığımızda; “zorunlu haller¹⁵⁶”, “münasip mehil¹⁵⁷”, “münasip kısım¹⁵⁸”, “icabederse¹⁵⁹”, “lazım gelen¹⁶⁰”, “gerekli¹⁶¹”, “önemli vasıflar¹⁶²”, “benzer haller¹⁶³” gibi ibarelerin yer aldığını görmekteyiz. Bu ibarelere belirsiz kavram denmesi kanaatimizce de yerinde olur¹⁶⁴. İcra müdürü kanunda belirlenmeyen bu kavramları takdir yetkisini kullanarak belirleyerek, somut olaya uygular.

Örneğin İİK m. 54’te icra müdürü; vekili olmayan tutuklu veya hükümlünün aleyhine yapılan takiplerde vekil tutması için uygun bir süre verir¹⁶⁵. Kanun icra müdürüne mehil, yani süre verme görevini yüklemekle birlikte, ne kadar süre vereceğini belirlememiş, icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü bu belirsiz kavramı somut olay açısından takdir yetkisini kullanarak belirli hale getirip olaya uygular. Diğer bir örnek ise; İİK m. 80/3 gereği icra müdürü hacze gittiğinde borçluya ait kilitli yerlerin açılmasını ister. Eğer gerekirse de icra müdürü bu yerleri zorla açar¹⁶⁶. Buna göre icra müdürü hangi hallerin zorla açtırılmasına neden olduğunu takdir yetkisini kullanarak belirler. Söz gelimi borçlu açmak istemediğinde zorla açtırabilecekken, borçlunun kilidin anahtarını bulamadığı gerekçesiyle açamadığını söylemesi halinde durumu değerlendirir yani takdir yetkisini kullanır. Kanun bu madde açısından gereken hallerin neler olduğunu saymamış bunun yerine icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir.

¹⁵⁶ İİK m. 9, 54

¹⁵⁷ İİK m. 36/1, 54, 54/a, 57, 270/3

¹⁵⁸ İİK m. 82/2, 93/2

¹⁵⁹ İİK m. 80/3, 87, 262/2

¹⁶⁰ İİK m. 90, 93

¹⁶¹ İİK m. 92/3, 94/3, 143/7

¹⁶² İİK m. 114/3, 126/3

¹⁶³ İİK m. 128/a-3

¹⁶⁴ Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetimi Kapsamı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2379, İstanbul 1978, s. 100 vd.

¹⁶⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 141; Kuru, *El Kitabı*, s. 132; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 155

¹⁶⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Yarg. 12. HD. 03.10.2011, E. 2011/2395, K. 2011/17394

V. SÜREYE İLİŞKİN İFADELERE YER VERİLMESİ

Takip işlemlerinin belli bir düzen içinde yürümesi, sürüncemede kalmaması ve böylelikle mümkün olduğu ölçüde çabuk bitmesini sağlamak¹⁶⁷ amacıyla kanunda süreler öngörülmüştür¹⁶⁸. Bu süreler icra dairesi için öngörülmüş olabilir¹⁶⁹ ya da takibin ilgilileri için öngörülmüş olabilir¹⁷⁰. İcra dairesi kanunda öngörülen süre içinde işlemi yapmazsa şikayet konusu olması mahfuz¹⁷¹, daha sonra da bu işlemi yapabilir¹⁷². Buna karşın; ilgililer, söz konusu işlemi kanunda belirtilen süre içinde yapmazlarsa kural olarak bir daha yapamazlar¹⁷³. Bunun sonucunda da, hak kaybına sebebiyet verilebilir¹⁷⁴.

Bu noktadan hareketle; İcra ve İflas Kanununda icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan diğer bir hal: kanun, icra müdürüne bir işlemi yapmak konusunda emredici davranmasını belirtmekle beraber, bu işlemi yapacağı süre konusunda takdir yetkisi tanıyabilir. Bu ihtimalde; icra müdürü söz konusu işlemi yaparken, işlemi yapma süresi konusunda takdir yetkisine haizdir.

Örneğin İİK m. 61/1 “*ödeme emri borçluya takip talebinden itibaren nihayet 3 gün içinde tebliğe gönderilir.*” Bu madde uyarınca icra müdürü borçluya, takip talebini aldıktan sonra ödeme emri göndermek konusunda mecbur ise de¹⁷⁵, bunu yapma süresi konusunda üç gün ile sınırlı olarak takdir yetkisine haizdir. Yine bu konuda verilecek başka bir örnek m. 79/1’dir. Madde “*İcra dairesi talepten nihayet 3 gün içinde haczi yapar.*” demek suretiyle talep halinde icra müdürüne haciz yapma ödevini

¹⁶⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 129; Kuru, *El Kitabı*, s. 124; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 50; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 151

¹⁶⁸ Ansay, *İcra*, s. 37; Kuru, *Cilt I*, s. 129; Kuru, *El Kitabı*, s. 124; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 151

¹⁶⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 152; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 51

¹⁷⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 129; Kuru, *El Kitabı*, s. 124; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 152

¹⁷¹ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 152

¹⁷² Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 152

¹⁷³ İcra ve İflas Kanununda ilgililere yönelik olarak düzenlenen süreler genellikle hak düşürücü mahiyettedir (Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Kuru, *Cilt I*, s. 130). Hak düşürücü sürelerin mahiyeti itibarıyla icra organları tarafından resen göz önüne alınacağından, kanunda ilgililer için öngörülen süreler içinde yapılmayan işlemlerin sonrasında yapılması mümkün olmaz.

¹⁷⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 152; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 50

¹⁷⁵ Ansay, *İcra*, s. 51; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Olgaç, *Cilt I*, s. 365; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 158; Karşlı, *İcra*, s. 286; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69; Muşul, *İcra*, s. 315; Özkan, s. 223

yüklemiştir¹⁷⁶. Ancak bununla beraber; talepten sonra 3 gün içinde, hangi zaman diliminde bunu yerine getireceği konusunda takdir yetkisi vermiştir. Şüphesiz icra dairesi bu yetkisini keyfi kullanmayıp iş yoğunluğu ve iş durumunu gözeterek bu süre içinde herhangi bir zaman diliminde ödeme emrini borçluya tebliğ etmeli veya borçlunun mallarını haczetmelidir.

§ 4. TAKDİR YETKİSİNİN ALANI

I. GENEL OLARAK

Genel olarak, bir hukuk kuralına bakıldığında; unsur ve sonuç kısmının olduğunu görürüz. Unsurun somut olayda gerçekleşmesi halinde, söz konusu kurala bağlanan sonuç da gün yüzüne çıkar.

Örneğin İİK m. 57'yi ele alalım. Maddenin ilk cümlesine bakıldığında; “*İcraya ait tebliğlerde Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.*” demektedir. Yukarıdaki açıklama çerçevesinde; öncelikle bu maddenin sonucunu belirleyecek olursak, “Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanması”dır. Bu kanun hükümlerinin uygulanması içinse unsur; “icraya ait bir tebligatın olması”dır. O halde eğer icraya ait bir tebligat olursa bunun tebliği konusunda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır¹⁷⁷. Diğer bir örnek olarak İİK m. 152/1'i ele alalım. Madde “*Rehin, satış isteyen alacağına derece itibarıyla rüçhanı olan diğer rehinli alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılamazsa veya satılıp da tutarı takip olunan alacağa yetmezse, alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için bir belge verilir.*” demek suretiyle rehin açığı belgesini düzenlemektedir. Bu maddenin sonucu, “rehin açığı belgesi verilmesi”dir. Unsuru ise; “söz konusu malın, satış isteyen alacağına derece itibarıyla rüçhanı olan diğer rehinli alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılamaması veya satılıp da tutarı takip olunan alacağa yetmemesi”dir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013: “*Gerek İcra ve İflas Yasası’nın 79. maddesinde, gerekse 85. madde ifadesinden ortaya çıkan sonuç, icra müdürüne haciz uygulaması konusunda takdir yetkisi tanınmadığıdır. Gerçekten de 79. madde kesin bir ifadeyle icra dairesinin haczi yapacağından, 85. 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.*”

¹⁷⁷ Postacioğlu, s. 91; Kuru, *Cilt I*, s. 121; Kuru, *El Kitabı*, s. 116; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 147-148; Olgaç, *Cilt I*, s. 319

¹⁷⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 2482; Kuru, *El Kitabı*, s. 873; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., 493-494; Yıldırım ve Yıldırım- Deren, s. 290; Karşı, *İcra*, s. 734; Senai **Olgaç**, *İcra İflas Cilt II*, Yörük Matbaası, İstanbul 1974, s. 1111

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Eğer bir madde, bir olayı sonuca bağlıyorsa (Tebliğat Kanunu hükümlerinin uygulanması gibi); bu sonuncun ortaya çıkması için gerçekleşmesi gereken bir veya birkaç şartın (icraya ilişkin bir tebligatın olması) da yerine gelmesi gerekir. Bunu genel bir kaide olarak söyleyebiliriz. Bununla beraber bir sonuca varmayan, bir çözüm getirmeyen kanun maddeleri; başka bir deyişle, durum tespiti veya tanım yapan kanun maddelerinde bu ayrım görülmemektedir. Zira; bu durum söz konusu maddenin yapısı gereğidir. Örneğin, İİK m. 1/1, 2 ve 3 bu şekildedir. Söz konusu madde, icra dairesinin yargı çevresini (İİK m. 1/1), bu dairede çalışan kişileri (İİK m. 1/2), bu kişilerin nasıl atanacağı (İİK m. 1/3-6) **belirlemesini** yapar. Bu şekilde sadece belirleme yapan maddeler açısından, bir unsur aramak da mümkün görünmemektedir¹⁷⁹.

Bu açıklamalar sadece icra hukuku açısından değil; Medeni Kanun hükümleri, Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından da doğrudur. Bakıldığı zaman; hakime takdir yetkisi tanıyan hükümler, ya hukuk kuralının unsurunda ya da hukuk kuralının sonucundadır¹⁸⁰. İcra hukukunda bu iki hal dışında; icra müdürüne işlemin yapılacağı sürenin belirlenmesine yönelik olarak takdir yetkisi verilmiştir. İcra müdürü, bu süre zarfı içinde öngörülen işlemi yapmalıdır¹⁸¹. Ancak söz konusu sürenin hangi diliminde bu işlemi yapacağı konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Örneğin İİK m. 9/2’de söz

¹⁷⁹ İcra ve İflas Kanununda yer alan bu anlamda tek madde şüphesiz İİK m. 1 değildir. Bundan başka somut olaya birebir uygulanma kabiliyeti olmayan maddeler mevcuttur. Yine bu maddelere de bakıldığında ortak noktanın bir durum tespiti yapması, somut olayda doğrudan uygulanma olanağının bulunmayışı ve bu nedenle de tarafları ilgilendiren bir unsur bulundurmamasıdır. Bu şekilde yine İİK m. 2 ve İİK m. 3 örnek verilebilir. İİK m. 2 iflas dairelerine ilişkin belirleme, İİK m. 3 ise icra ve iflas dairelerinin birleştirilebileceği belirlemesini yapar. İİK m. 2 açısından herhangi bir şüphe olmasa da İİK m. 3’te yer alan –ebilir ifadesi, “acaba bu maddenin takdir yetkisi ile bir ilgisi var mı?” sorusunu akla getirebilir. Esasında bu konuda takdir yetkisi olsa da, bu yetki Adalet Bakanlığına aittir. Yani bu maddenin takip hukukunda yer alan ilgililer açısından önemi; icra ve iflas dairelerinin bir çatı altında birleştirilebileceğinin tespitidir.

¹⁸⁰ MK m. 165’e göre akıl hastalığının bir boşanma sebebi sayılabilmesi için, evliliğin diğer eş için çekilmez bir hal alması gerekmektedir. Bunu ise hakim her somut olay açısından ayrı ayrı takdir eder (Edis, s. 213; Aytekin **Ataay**, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s. 190; Oğuzman ve Barlas, s. 90). Hakim bu maddede hukuk kuralının unsurunda takdir yetkisini kullanmaktadır. Maddenin “boşanma” sonucunun ortaya çıkması için, “hayatın diğer eş için çekilmez olması” unsurunun yerine gelip gelmediğinin takdirini, hakim somut olay açısından yapar. Diğer taraftan söz konusu kural hakime hukuk kuralının sonucunda da takdir yetkisi verebilir. Örneğin boşanan eşlerin çocukla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesinde MK m. 182/1 gereğince hakim takdir yetkisi vardır (Güner, s. 665; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 224; Oğuzman ve Barlas, s. 90; Zevkililer, s. 95; Edis, s. 213). Burada da hakim, hukuk kuralının sonucuna ilişkin olarak takdir yetkisini kullanır.

¹⁸¹ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 152; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 51

konusu takip işleminin 3 günlük süre içinde hangi zaman diliminde yapılacağı, icra müdürünün takdirinde olan bir husustur¹⁸².

O halde, konumuz açısından icra müdürünün takdir yetkisi hukuk kuralının unsurunda, sonucunda ve süresinde olabilir. Bu ayrım; esasında takdir yetkisinin denetimi konusunda, bir önem taşımamaktadır. Zira kural; gerek unsorda, gerek sonuçta, gerekse işlemin yapılma süresinde takdir yetkisi tanınması, şikayet yolu denetimine konu olmasıdır¹⁸³. Bu şeklide bir ayrım yapılması konunun daha detaylı kılınarak, daha açık bir şekilde anlaşılmasına hizmet edecektir. Bundan başka; her üç halde de, “işlemin hadiseye uygun olmaması” nedenine dayanılarak işlem denetlenebilir¹⁸⁴. Sonucunda hadiseye uygun olmayan, keyfî kullanılan, hükmün amacına aykırı olan işlem düzeltilebilir¹⁸⁵.

II. HUKUK KURALININ UNSUR KISMINDA TAKDİR YETKİSİ

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan hükümlerden bir kısmı, söz konusu hükmün unsuruna ilişkindir.

Bir hukuk kuralının unsuru, onun şartıdır. Yani, kuralın ortaya çıkması beklenen sonucunun nedenidir. Eğer bu neden yahut şart varsa, gerçekleşirse, kuraldan beklenen sonuç ortaya çıkar. İşte icra müdürüne bu alanda takdir yetkisi tanınması halinde; icra müdürü, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir eder. Örneğin İİK m. 36/1-son bu şekildedir. Fıkra Yargıtay’dan icranın geri bırakılması için karar alınması için verilen

¹⁸² bkz. Aşa. § 22, II.

¹⁸³ Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 124; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31-32

¹⁸⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126-127; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31-32

¹⁸⁵ İcra müdürü takdir yetkisini “hadiseye uygun kullanmayacak” olursa, bu durum yetkinin yerinde kullanılmaması manasına gelir. Yerindelik diye ifade edebileceğimiz, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken “hadiseye uygun davranması” gereği; somut olay için en uygun, en yerinde çözümün bulunması, takdirin kullanılmasıdır.

Eğer bu şekilde yerinde kullanılmayan bir takdir yetkisi söz konusu olursa, icra müdürünün yaptığı işleminin akıbeti doğrudan iptal olmayabilir. İşlemin iptal edilmesi daha çok kanuna aykırı işlemlerde gündeme gelir. Örneğin İİK m. 126 uyarınca ilan yapmadan hacizli gayrimenkulü icra müdürünün satması kanuna aykırılık oluşturur (Kuru, *Cilt I*, s. 89). Dolayısıyla bu işlemin iptali gerekir. Bununla beraber takdir yetkisinin yanlış kullanılması, yani yerinde kullanılmaması halinde işlemin baştan iptal edilmesi ve gereken işlemin icra müdürüne yapılması için emredilmesi pek pratik olmayabilir. Bunun yerine icra mahkemesi söz konusu işlemi düzeltilebilir (Kuru, *Cilt I*, s. 104). Örneğin “*alacaklı, borçlu ve ailesinin geçimi için 50000 liranın yeterli olduğu, bu nedenle, ücretin kalan 50000 lirasının haczi gerektiğini ileri sürerek şikayet etmiş olsun. Tetkik mercii, borçlunun ücretinin 40000 lirasının haczedilmesi gerektiği kanısına varırsa, bunun için, ücret haczi işlemini bozmaz(iptal etmez), bilakis düzeltir; yani, tetkik mercii, borçlunun ücretinin 40000 lira haczedilmesine kendisi karar verir.*” (Kuru, *Cilt I*, s. 104).

sürenin, ancak zorunluluk hallerinde tekrar uzatılabileceğini düzenlemektedir¹⁸⁶. Yani verilen sürenin uzatılması, bir zorunluluk halinin varlığına bağlıdır. İcra müdürü bu konuda takdir yetkisini kullanacak ve söz konusu halin zorunlu bir neden olup olmadığını belirleyecektir. Bu konuda verilebilecek diğer örnekler; İİK m. 54/a¹⁸⁷, 55/1¹⁸⁸, 80/3¹⁸⁹ gibi.

İcra ve İflas Kanunumuz açısından; unsurda takdir yetkisi tanıyan hükümler için, görebildiğimiz kadarıyla işlemin emredici olup olmamasında bu tespit önem taşımaktadır. Bu hükümler; sonuçta da takdir yetkisi tanımıyorsa, işlemin yapılması emredici niteliktedir. Başka bir deyişle; kanun koyucu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda icra müdürüne takdir yetkisi tanımakta ve ayrıca sonucunda takdir yetkisi tanımadıysa işlem emredicidir. Bu noktadan hareketle görebildiğimiz kadarıyla, kanun icra müdürüne işlemin unsurunda takdir yetkisi tanımış, ancak bu unsurun gerçekleşmesi halinde artık bahse konu işlemi yapma zorunluluğunu getirmiştir. Örneğin; İİK m. 80/3'ü ele alalım. Madde “*Talep vukuunda borçlu kilitli yerleri ve dolapları açmağa vesair eşyayı göstermeğe mecburdur. Bu yerler icabında zorla açtırılır.*” demek suretiyle icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü bu madde gereğince haciz sırasında kilitli yerleri icabederse zorla açtırır (kuralın sonuç kısmı). Bunun içinse; zorla açtırmanın zorunlu hale gelmesi, bu çözümün *icabetmesi* gerekir¹⁹⁰. Bu çözümün icabedip etmediğini ise icra müdürü takdir eder.

III. HUKUK KURALININ SONUÇ KISMINDA TAKDİR YETKİSİ

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan hüküm, hukuk kuralının sonucuna ilişkin olabilir.

İcra müdürüne hukuk kuralının sonucunda takdir yetkisi tanınması görebildiğimiz kadarıyla iki şekilde olmaktadır. İlk olarak; kanun işlemin yapılıp yapılmaması konusunda icra müdürüne takdir yetkisi tanır. İkinci olarak kanun icra müdürüne olayın özelliğine göre uygun bir süre vermesini veya takdir yetkisini kullanmasını yükler. Bu ihtimalde, kanun icra müdürüne aslında emredici bir işlem

¹⁸⁶ Kuru, *El Kitabı*, s. 785

¹⁸⁷ bkz. Aşa. § 24, I, B.

¹⁸⁸ bkz. Aşa. § 24, I, C.

¹⁸⁹ bkz. Aşa. § 25, II, B.

¹⁹⁰ Ansay, *İcra*, s. 73; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 269

yapmasını emreder. Bu işlem ya takdir yetkisinin kendisidir (takdir yetkisinin kullanılması emredilir) veya takdiri bir tasarrufu gerektirir.

İlk ihtimale göre; kanun, icra müdürüne hukuk kuralının sonucu ortaya çıkarıp çıkarmamak konusunda takdir yetkisi tanımış olabilir. Örneğin İİK m. 88/2 “*Diğer taşınır mallar masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek şartıyla muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır.*” demek suretiyle haczedilen taşınır malın, alacaklının rızası ile borçlu veya üçüncü kişi elinde bırakılabileceği düzenlenmiştir¹⁹¹. Haczedilen taşınırın alacaklının muvafakatinin bulunması şartı ile borçlu ya da üçüncü kişi elinde bırakılabilecek ise de, icra müdürü bu rızaya rağmen bırakmayabilir. Bu konuda icra müdürünün takdir yetkisi vardır. İcra müdürüne bu kural söz konusu sonucun ortaya çıkıp çıkmaması (malın borçlu veya üçüncü şahıs elinde bırakılması) konusunda takdir yetkisi vermiştir.

Bu hallerin, icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kanun hükmünün yazılışından anlaşıldığına dikkat etmek gerekir. Gerçekten; gerek örneğini verdiğimiz bu maddede gerekse: İİK m. 36/1, 55/1, 79/2, 80/1, 88/2 gibi maddelerde, takdir yetkisi tanınmış ve bu husus kanunun yazılışından (-ebilir, -abilir) anlaşılmaktadır¹⁹².

İkinci ihtimalde icra müdürüne bir işlemi yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi verilmez. Aksine yetki veren kanun hükmü emredicidir. Ancak, emredilen işlem; ya takdir yetkisinin kendisidir ya da niteliği gereği takdiri bir takım tasarruflar barındırır. Örneğin İİK 82/4 “*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.*” demek suretiyle icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir¹⁹³. Şöyle ki; icra müdürü haczi talep edilen bir malın haczinin yasak olup olmadığını **değerlendirir**. Bu konuda icra müdürü bu değerlendirmeyi yapmak zorundadır. Ancak değerlendirme yapmanın özünde bir muhakeme, takdir olduğundan icra müdürünün söz konusu yetkisi takdiri

¹⁹¹ Bu konuda bkz. Kuru, *Cilt I*, s. 637-644; Kuru, *El Kitabı*, s. 371-373; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 289; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 160

¹⁹² Bu maddelere ilişkin olarak bkz. Aşa. III. Bölüm, § 23 vd.

¹⁹³ “*Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır.*” (6352 sayılı kanun ile İcra ve İflas Kanununa eklenen fıkranın Hükümet Gerekçesinden (Nakleden: Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Kanun*, s. 105, dn. 11)

niteliktedir. İİK m. 87’de durum daha açık ortaya konulabilir. İİK m. 87 “*Haczi yapan memur, haczettiği malın kıymetini takdir eder. İcabında ehli vukufa müracaat edebilir.*” demek suretiyle icra müdürüne açıkça takdir yetkisi vermiştir¹⁹⁴. Buna göre haczi yapan memur haczettiği malın kıymetini de **takdir eder**¹⁹⁵. “Takdir eder” emrine rağmen, icra müdürüne yüklenen bu görev takdir yetkisinin kendisi olduğu için, icra müdürünün malın değerinin belirlenmesi hakkında takdir yetkisi vardır.

İkinci ihtimalin karşımıza çıkan diğer hali; icra müdürüne yetki veren hüküm emredici mahiyette olmakla beraber, yapılmasını emrettiği husus niteliği itibarıyla takdiri olmasıdır. Yani işlem kanunun ifade tarzından anlaşıldığı kadarıyla emredicidir. Ancak icra müdürünün yerine getirmesini gerektiği emir niteliği itibarıyla takdiridir. Bu konuda İİK m. 54/a’yı örnek verebiliriz. Madde “*Askerlik hizmetinin devamı müddetince erler, onbaşılar ve kıta çavuşları (Uzman veya uzatmalı çavuş ve onbaşılar hariç) aleyhine takipte, icra memuru, bir mümessil tayin etmesi için kendisine **münasip bir mühlet verir** ve takibi bu sürenin bitmesine bırakır. Bu müddet içinde temsilci tayin edip icra dairesine bildirmeyenler hakkında takibe devam olunur.*” demek suretiyle icra müdürüne süre vermesini emreder¹⁹⁶. Buna göre icra müdürü maddede sayılan kişilere karşı askerlik hizmeti boyunca yapılacak takiplerde, mümessil tayin edilmesi için “münasip bir mehil” verir¹⁹⁷. Kanun maddesi icra müdürüne bu süreyi vermesini emretmekle beraber, ne kadar bir süre verileceğini belirlememiştir. Bir sürenin (madde ifadesiyle mehilin) “münasip” olup olmadığını icra müdürü takdir edecektir. Aynı durum İİK m. 36/1¹⁹⁸, 54¹⁹⁹, 57²⁰⁰ gibi maddelerde de söz konusudur²⁰¹.

¹⁹⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98

¹⁹⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 641, 648; Kuru, *El Kitabı*, s. 373, 382

¹⁹⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 143; Kuru, *El Kitabı*, s. 133; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 155

¹⁹⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 143; Kuru, *El Kitabı*, s. 133

¹⁹⁸ bkz. Aşa. § 23, IV.

¹⁹⁹ bkz. Aşa. § 24, I, B.

²⁰⁰ bkz. Aşa. § 24, II.

²⁰¹ İcra müdürüne bu başlık altında tanınan takdir yetkisi verilen örneklerden yola çıkılarak sadece süreye ilişkin olabileceği yargısına varılmamalıdır. Bu çeşit takdir yetkisi daha çok icra müdürünün süre vermesine yönelik olduğu söylenebilse de, bundan başka olarak da icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Örneğin İİK m. 82/2 “*Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır.*” denilerek icra müdürüne bir zorunluluk yüklenmiştir. Söz konusu zorunluluk; icra müdürünün maddenin ilgili fıkralarında (2, 4, 7 ve 12) sayılan malların bedellerinin yüksek olması halinde borçlunun haline münasip bir kısmı ayrılarak haczedilir ve satılır şeklindedir. İcra müdürünün bunu yapması zorunludur. Ancak yapacağı bu zorunlu faaliyet özünde takdir yetkisini kullanmayı gerektirir. Biz, bunu: “*sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı ihtiyacını*

İkinci ihtimalde dikkat edilmesi gereken ise işlemin emredici nitelikte oluşu; buna karşılık: gerek yapılması gereken işlemin takdir yetkisini kullanmayı emretmesi, gerekse emredilen hususun nitelik itibarıyla takdiri bir tasarrufu gerektirmesidir. Bunun sonucunda da icra müdürü takdir yetkisine sahip olmaktadır.

IV. İŞLEMİN YAPILMA SÜRESİNDE TAKDİR YETKİSİ

İcra müdürüne takdir yetkisi tanınan alanlardan bir başkası da, işlemin yapılması süresi ile ilgilidir. İcra müdürü bu ihtimalde, kanunda gösterilen işlemi yapmak zorunda ise de; bu işi yine kanunda üst sınırı belirlenen süre içinde, hangi dilimde yapacağı konusunda takdir yetkisine haizdir. Örneğin İİK m. 9/1’i ele alalım. Madde “*İcra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir.*” demek suretiyle icra müdürüne haciz sırasında yapılan ödemelerin, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek hesaba yatırılması zorunluluğunu getirmiştir²⁰². Bu konuda icra müdürünün yetkisi bağlıdır. Yani emredicidir. İcra müdürü bu hüküm karşısında başka bir çözüm yoluna gidemez. Söz gelimi bu şekilde yapılan ödemeleri uzun süreli kasasında muhafaza edemez. Bununla beraber; icra müdürünün, bu işi en geç ödemenin yapıldığı günü takip eden ilk iş günü mesai bitimine kadar yapması gerekmektedir²⁰³. Bu mesai bitimi sonuna kadar olan zaman dilimlerinden hangisi içinde yapacağı konusunda takdir yetkisi vardır. Örneğimiz açısından; icra müdürü bu parayı ödemenin yapıldığı gün bankaya yatırabilir yahut takip eden iş günü mesai saati içinde yapabilir. Ancak nihayet bu günün sonunda yatırmalıdır²⁰⁴.

karşılayabilmesi amacıyla” ifadesinden anlıyoruz. İcra müdürü malın bedelinin fazla olup olmadığının takdirini yapar.

²⁰² Madde, 6352 sayılı kanun ile 05.01.2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu maddenin sözünü ettiğimiz fıkrasında; icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan “en geç ödemenin yapıldığı günün takip eden iş günü mesai bitimine kadar” ibaresi korunmuştur. Bununla beraber; ülkemizde artık bankanın neredeyse olmadığı ilçe bulunmadığı gözetilerek, bankanın yokluğu halinde icra müdürlerinin icra veya mahkeme kasalarına, bu da yoksa mal sandıklarına söz konusu parayı bırakmayı mecbur kılan ibare çıkarılmıştır.

²⁰³ Ansay, *İcra*, s. 19; Postacıoğlu, s. 49; Kuru, *Cilt I*, s. 72; Kuru, *El Kitabı*, s. 86; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 108

²⁰⁴ Ansay, *İcra*, s. 19; Postacıoğlu, s. 49; Kuru, *Cilt I*, s. 72; Kuru, *El Kitabı*, s. 86; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 108

İcra müdürüne tanınan bu türlü takdir yetkisi; İİK m. 62/2’de daha belirgin olarak görülmektedir. Madde gereğince ödeme emrine borçlunun itiraz etmesi üzerine; alacaklıya, üç gün içinde tebliğ yapılması gerekir²⁰⁵. Bu tebliğin yapılması takip için fazlasıyla önem taşır. Zira ödeme emrine itiraz ile söz konusu takip durur²⁰⁶. Duran bu takibin tekrar kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için, alacaklının itirazı hükümden düşürmesi lazımdır²⁰⁷. İşte icra müdürü itirazı alacaklıya bildirmelidir ki, bu türlü sonuçlar doğabilsin. Bu bildirimin, tebligatın ne zaman yapılacağı konusunda icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetkisi üç gün ile sınırlıdır.

Örneklerden de görüleceği üzere icra müdürüne takdir yetkisi tanınan bu alan; icra hukukunda icra dairesi için öngörülen sürelerle ilişkindir. Bu sürelerin konulmasından maksat; takibin belli bir düzen ve sürat içinde yürümesini sağlamak, böylelikle hakka ulaşmayı sürüncemede bırakmamaktır²⁰⁸. İcra müdürü nihayet bu belirtilen sürede işlemi yapmak durumundadır. Yapmaması daha sonra yapmasına engel değilse de²⁰⁹; en başta şikayet sebebi olur²¹⁰. Bundan başka; eğer ilgililer bundan dolayı bir zarara uğrarlarsa devlete karşı tazminat davası açılması²¹¹, sonuçta da icra müdürüne rücu olanağı doğar²¹². Sürelerin ilgililer için faydası, onlara yönelik olarak yansımaları bu şekilde açıklanabilir. Bununla birlikte icra müdürü için de, sürelerin konulması gerekliliği yadsınamaz bir gerçektir. İcra müdürü bu süre içinde bir serbest alan bulup, bunun verdiği çalışma esnekliği ile işlerini belli bir sıraya koyacaktır. Daha açık deyişle, icra müdürü işlemi yapmak zorunda olsa da, sürenin verdiği esneklik ile işlerini bir düzen içinde yürütebilecektir. Örneğin ödeme emrine itirazın tebliği örneğini ele alalım (İİK m. 62/2). İcra müdürü bu tebligatı çıkarmak zorundadır²¹³. Ancak şu da bir gerçektir ki; icra müdürünün takip etmekle yükümlü olduğu takip talebi ile başlayan ve ödeme emri gönderilmesi gereken tek dosya değildir. Bunun dışında yerine getirmekle yükümlü olduğu işler de vardır. İşte bu işleri kendi çalışma sisteminde bir önceliğe

²⁰⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 260

²⁰⁶ Ansay, *İcra*, s. 54; Kuru, *Cilt I*, s. 235-236; Kuru, *El Kitabı*, s. 193; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 184; Karşı, *İcra*, s. 288

²⁰⁷ Ansay, *İcra*, s. 55; Kuru, *Cilt I*, s. 236; Kuru, *El Kitabı*, s. 193; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 184; Karşı, *İcra*, s. 288

²⁰⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 129; Kuru, *El Kitabı*, s. 124; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 50; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 151

²⁰⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 152

²¹⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 152

²¹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 81; Kuru, *El Kitabı*, s. 92; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 110-111

²¹² Kuru, *Cilt I*, s. 85; Kuru, *El Kitabı*, s. 94; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 111

²¹³ Kuru, *Cilt I*, s. 260

koymalıdır. Bu ise, işlemi nihayet kanunda belirtilen sürede yapmak şartıyla, icra müdürüne takdir yetkisi tanınmanın ifadesidir.

§ 5. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİN BENZER KURUMLARLA MUKAYESESİ

I. HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ İLE MUKAYESESİ

A. Genel Olarak

Gerek icra müdürünün sahip olduğu takdir yetkisi²¹⁴ gerekse hakimin takdir yetkisi²¹⁵, hukuki nitelik açısından; bir ödevdir, kanunun ilgili alanda uygulayıcısına yüklediği bir zorunluluktur. Gerçekten yargılama faaliyetinin uygulayıcısı olan hakime veya icra hukuku uygulayıcısı olan icra müdürüne kanun, takdir yetkisi tanıdığı

²¹⁴ İcra müdürünün takdir yetkisinin, kullanılması zorunlu bir yetki olduğu hususunda bkz. Yuk. § 1, III
²¹⁵ Kanun, yeri geldikçe, çerçeve niteliğinde hükümler koymuş, somut olaya uygulanmasını ise hakime bırakmıştır. Hakim bu hükümleri somut olaya uygulayıp, adapte eder. Kanun koyucunun bu nitelikte koyduğu hükümlerde kural içi boşluk söz konusudur (Hukukta boşluk kavramı için bkz. Bilge **Öztan**, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 141-161). Yazılı hukukta bir hüküm vardır; ancak kanun hükmünün o haliyle olaya uygulanmasının imkanı yoktur. Hakim kanun hükmünü takdir yetkisini kullanarak olaya uygulayacaktır. MK'nın 4. maddesi hâkimin takdir yetkisi başlığını taşır. Buna göre hakim kanun koyucunun kasten bıraktığı boşluğu doldurur (Köprülü, s. 74; Öztan, s. 165; Güner, s. 660, Tekinay, s. 74). Hâkimin takdir yetkisinin hukuki niteliği için; bunun hâkime yüklenmiş bir ödev olduğu veya tanınmış bir hak olduğu ifade edilebilir. Ödev olduğundan bahisle, bunun aslında yetki olduğu, hâkimin şartlar gerçekleştiğinde artık seçim hakkına sahip olmaksızın takdir yetkisini kullanacağı da ifade edilebilir.

MK'nın takdir yetkisini düzenleyen maddesinde, madde başlığı olarak “yetki” kelimesi tercih edilmiştir. Bununla beraber doktrinde hâkimin takdir yetkisi yanında (Edis, s. 197-221; Tekinay, s. 72-76; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 141-146; Oğuzman ve Barlas, s. 88-103; Köprülü, s. 128-134; Dural ve Sarı, s. 130-132; Kemal **Gözler**, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa Ekim-2008, s. 246-250); hâkimin takdir hakkı ifadesi de kullanılmıştır (Burhan **Gürdoğan**, *Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Hukuku Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi*, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları No: 7, Ankara 1967; Sivrihisarlı, s. 103 vd; Güner, s. 656-672). Takdir yetkisi ifadesinin kullanılmasının nedeni esasında MK m. 4'ün, hâkime haktan ziyade bir ödev yüklemesinden kaynaklanmaktadır.

Hâkimin takdir hakkı ifadesi kullanılacak olsa da, burada belirtilen hak kelimesinin, klasik anlamda kullanım ihtiyarı, hak sahibine ait olan hak anlaşılmalıdır. Zira bir hakkın sahibi kullanıp kullanmama hususunda seçim imkanına sahiptir (Öztan, s. 62; Oğuzman ve Barlas, s. 133). Hakkını kullanmak istemezse, hukuken herhangi bir yaptırım ile karşılaşmaz. Sadece hakkın kullanılması sonucu elde edeceği menfaati elde edemez. Örneğin hakkı ihlal edilen bir kişi yargı önünde dava hakkına sahiptir (Sabri Şakir **Ansay**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, s. 201; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 422 (Sevinç Matbaası), Ankara 1978, s. 384; Kuru, *Muhakeme Cilt I*, s. 872; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 347). Bu hak her ne kadar anayasal hak olsa da, kullanıp kullanmamak hak sahibinin seçimindedir. Kişi dava hakkını kullanmayacak olursa, maddi hukuktan kaynaklanan hakkını, devletin gerekirse zor kullanmak suretiyle kendisine sağlayacağı imkânından mahrum olur. Tasarruf ilkesine göre de; hak sahibi, hakkını mahkeme önüne getirip getirmemek konusunda seçim imkânına sahiptir (Bilge ve Önen, s. 296; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 293; Abdurrahim **Karlı**, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, Alternatif Yayınları, İstanbul 2011, s. 256).

ihtimalde, artık kullanmamaları söz konusu olmaz. Takdir yetkisinin kullanılmaması sorumluluklarına sebebiyet verir. Bu ise yetkinin bir hak olmaktan öte zorunluluk olduğunu gösterir. Hakim eğer kanun kendisine takdir yetkisi tanımış olmasına rağmen kullanmadıysa, HMK²¹⁶ m. 46/1-e uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılabilir²¹⁷ ve sonucunda hakime rücu edilebilir (HMK m. 46/3)²¹⁸. İcra müdürü kendisine takdir yetkisinin kullanılmasını emreden bir kanun hükmü karşısında bunu yapmazsa, İİK m. 16 (bir hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayanılarak) uyarınca şikayet sebebi olur²¹⁹. Bunun dışında; İİK m. 5 uyarınca tazminat davası sonucu kendisine rücu edilmesi de gündeme gelebilir²²⁰.

Hakime takdir yetkisi tanınmasıyla icra müdürüne takdir yetkisi tanınması aynı nedene dayanır. Hayat koşullarının değişmesi, bu değişim karşısında kanunun kendisini dar kalıplar içinde sınırlamayıp hayata uyum sağlayabilmesidir. Ayrıca somut olaya daha yakın olan kanunun uygulayıcısı bu kişilerin, somut olayın özelliklerine daha ziyade vakıf olup, adalete daha uygun karar verebilirler. Bu nedenlerle de hakime ve icra müdürüne takdir yetkisi verilmektedir²²¹.

Takdir yetkisinin düzenlenişi açısından; hakime tanınan takdir yetkisi ile icra müdürüne tanınan takdir yetkisi arasında büyük oranda benzerlik vardır. Öncelikle; takdir yetkisinin, hem hakim için²²² hem de icra müdürü için²²³ kanunda düzenlenmesi gerekir. İcra müdürü ve hakime takdir yetkisi tanıyan kanun hükmü bu yetkiyi; açıkça²²⁴, belirsiz kavramlara yer vererek²²⁵ veya ifade tarzıyla²²⁶ tanıyabilir. Bu hususta

²¹⁶ Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836

²¹⁷ Ansay, *Yargılama*, s. 49; Bilge ve Önen, s. 102; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 188; Karşı, *Muhakeme*, s. 181

²¹⁸ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 190

²¹⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 127; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 64; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31

²²⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 85; Kuru, *El Kitabı*, s. 94; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 97

²²¹ Hakimin somut olaya daha yakın olduğu konusunda bkz. Güriz, s. 71; Öztan, s. 167; Tekinay, s. 76; Edis, s. 218

²²² Edis 218; İmre, *Kusursuz Mesuliyet*, s. 81; Tekinay, s. 76; Velidedeoğlu, s. 200; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s. 146; Oğuzman ve Barlas, s. 91; Dural ve Sarı, s. 132; İmre, *İktisadi Meseleler*, s. 168

²²³ İcra müdürünün yapmış olduğu bir işlem, kanuna aykırı olması nedeniyle şikayete konu olabilir (İİK m. 16). Bu sebepten dolayı bir işlemin şikayete konu olması için ya kanuna aykırı olması, ya da kanunun hiç uygulanmaması şeklinde olabilir (Postacıoğlu, s. 77; Kuru, *El Kitabı*, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 112; Karşı, *İcra*, s. 143). İşte icra müdürü kendisine takdir yetkisi tanıyan bir kanun hükmü olmadan bu yetkiyi kullanırsa söz konusu işlem şikayete konu olur. Zira kanuna aykırı davranmıştır. Bu nedenle de takdir yetkisinin mutlaka bir kanun hükmü ile icra müdürüne tanınması gerekir.

²²⁴ Hakime açıkça takdir yetkisi tanınması ile ilgili olarak bkz. Velidedeoğlu, s. 198; Güner, s. 665; Kemal Fikret Arık, "Yeni Hukukumuz ve Hakimin Faal Rolü", *Adalet Dergisi*, Sayı 3, Ankara 1942, s. 272; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 224; Edis, s. 213; Oğuzman ve Barlas, s. 90; Akipek, Akıntürk

bir ayrıma dikkat çekmekte fayda vardır. Görebildiğimiz kadarıyla –ebilir, -abilir gibi ifadeler hakime takdir yetkisi tanırken, bazı hallerde bu ifadeler olsa da icra müdürünün yetkisi takdiri olmayabilir²²⁷. Bunlara ek olarak icra müdürü için; kanun bir işlemi emredici olarak icra müdürüne yapmasını istese de bunu süreye bağlayabilir. İşte icra müdürünün o sürenin sonuna kadar geçecek zamanının hangi diliminde işlemi yapacağı konusunda takdir yetkisi vardır²²⁸.

Takdir yetkisinin hukuk kuralının hangi kısmında tanındığı ile ilgili olarak ortak alan; gerek icra müdürüne tanınan²²⁹ gerekse hakime tanınan takdir yetkisinin²³⁰ hukuk kuralının unsuruna yönelik olabilir veya hukuk kuralının sonucuna yönelik olabilir. Hukuk kuralının unsuruna yönelik olduğunda; takdir yetkisi, unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği noktasındadır²³¹. Hakime tanınan takdir yetkisi hukuk kuralının sonucunda ise, hakim sonucu takdir eder²³². İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kural

ve Karaman, s. 144; Zevkliler, s. 93; Dural ve Sarı, s. 131; Öztan, s. 166; İcra müdürüne açıkça takdir yetkisi tanıyan maddeye örnek olarak İİK m. 82/3 verilebilir. Buna göre; bir malın haczinin İİK m. 82 kapsamında haczinin yasak olup olmadığını icra müdürü takdir eder.

²²⁵ Kanun hakime “*muhtak sebepler, gerekli haller, haklı sebepler*” gibi belirsiz kavramlarla takdir yetkisi tanıyabilir (Edis, s. 198; İmre, “İktisadi Meseleler”, s. 167; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 226; Dural ve Sarı, s. 131; Demirdöven, s. 125). Örneğin; MK m. 27 ve 64’te haklı sebeplerden bahsederek hakime takdir yetkisi vermektedir.; diğer taraftan kanunun değişik maddelerinde: “*münasip mehil, lazım gelen, gereken, münasip kısım, icabederse*” gibi belirsiz kavramlarla icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir. Örneğin İİK m. 90 “*lazım gelen masraflar*” kavramına yer vererek icra müdürüne bu masrafların neler ve ne miktarda olacağı konusunda takdir yetkisi vermiştir.

²²⁶ Hakimın takdir yetkisi için; kanun maddesinde yer alan “-ebilir, -abilir” gibi ifadeler takdir yetkisinin olduğuna işaret eder (Dural ve Sarı, 131). İcra müdürüne bu yolla takdir yetkisi tanıyan İİK m. 36/1, 55/1, 79/2, 80/1 örnek olarak verilebilir.

²²⁷ bkz. Yuk. § 3, III

²²⁸ bkz. Yuk. § 3, V

²²⁹ bkz. Yuk. § 4, II ve III

²³⁰ Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı alan; hukuk kuralının unsurlarına ilişkin olabilir yada hukuk kuralının sonuçlarına ilişkin olabilir.

Kanun bazı durumlarda, hukuk kuralının uygulanması için gerekli unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdirini hâkime bırakmış olabilir (Güner, s. 664; Ataay, s. 190). Takdirini unsurun veya şartın gerçekleştiği yönünde kullanırsa, söz konusu hükmü olaya uygular; aksi halde uygulamaz. Başka bir deyişle kanun hükmünün sonucu somut olay açısından doğar. Örneğin MK m. 165’te akıl hastalığından dolayı diğer eşin boşanma davası açması ve bu davanın boşanma ile sonuçlanması; diğer eş için akıl hastalığının hayatı çekilmez kılması gerekir (Edis, s. 213; Ataay, s. 190; Oğuzman ve Barlas, s. 90).

İkinci olarak; hakime tanınan takdir yetkisi, bazı hallerde hükmün sonucuna ilişkin olur (Edis, s. 213; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 224; Zevkliler, s. 94; Güner, s. 664; Ataay, s. 191; Dural ve Sarı, s. 131; Oğuzman ve Barlas, s. 90). Bu ihtimalde hakim, hukuk kuralının unsurunda takdir yetkisini kullanmayıp, sonucunda, hükmünde kullanır. Örneğin MK m. 182/1 gereği hakim, çocukla kişisel ilişkilerin kurulmasında takdir yetkisini kullanır (Güner, s. 665; Edis, s. 213; Zevkliler, s. 95; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 224; Oğuzman ve Barlas, s. 90).

²³¹ Hakimın takdir yetkisi için bkz: Güner, s. 664; Ataay, s. 190; İcra müdürü açısından bkz: § 4, II

²³² Edis, s. 213; Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 224; Zevkliler, s. 94; Güner, s. 664; Ataay, s. 191; Dural ve Sarı, s. 131; Oğuzman ve Barlas, s. 90; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 247

hukuk kuralının sonucunda ise; icra müdürü kanunda gösterilen işlemi yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisini kullanabilir²³³ veya işlemin niteliği gereği bir takım takdiri tasarruflarda bulunabilir²³⁴.

B. Takdir Yetkisinin Kullanılması Bakımından

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanmasıyla, hakimın takdir yetkisini kullanması açısından bir takım farklılıklar göze çarpmaktadır.

Takdir yetkisinin kullanılması, icra hukuku ile yargılama hukukundaki görünüşleri farklı olur. Takdir yetkisinin icra hukukunda kullanılması bir icra takip işlemini vücuda getirir²³⁵. Halbuki medeni yargılama hukukunda kullanılması, özü itibarıyla mahkeme usul işlemidir²³⁶.

Takdir yetkisini kullanan kişilerin nitelikleri de farklıdır. Hakim yargılama faaliyetin yerine getiren “hakimlik bağımsızlığı ve teminatı” ile güvence altında olan devlet memurudur. İcra müdürü ise Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak icra takip işlemlerini yerine getiren devlet memurudur²³⁷. Her ikisi de hakkın yerine getirilmesi amacına hizmet ettiği için görevleri gereği diğer devlet memurlarından farklı özelliklere sahiptirler. Bununla birlikte icra müdürünün hakimlik bağımsızlığı gibi bir teminatı yoktur.

²³³ bkz. Yuk. § 4, II

²³⁴ bkz. Yuk. § 4, III

²³⁵ “Genel anlamda icra takiplerine yön ve şekil veren işlemlere takip işlemleri denir (Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 78).” Takip işlemlerinin bu genel tanımından yola çıkarak, icra takiplerine yön verdikleri ifade olunabilir. İcra takip işlemleri ise; kural olarak, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın ilerlemesi amacına hizmet eden işlemlerdir (Kuru, *Cilt I*, s. 136-137; Kuru, *El Kitabı*, s. 129-130; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 55). Bu bağlamda düşününce, icra müdürüne kanunun hükmün sonucunda takdir yetkisi tanıdığı hallerde yapmış olduğu işlemler özünde bir icra takip işlemidir. Örneğin; İİK m. 82 uyarınca haczedilmez olduğu takdiri yapılarak malın haczedilmemesi. Kanunun hukuk kuralının unsurunda ya da işlemin yapılma zamanını belirlemede takdir yetkisi tanıdığı hallerde ise, bu yetkiyi kullanarak icra takip işlemi yapılmaktadır. İlk ihtimalde icra takip işlemi bizzat takdir yetkisidir; ikinci ihtimalde ise takdir yetkisi kullanılarak icra takip işlemi yapılır.

²³⁶ “Mahkeme usul işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hakim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır. Örneğin, duruşma gününün belirlenmesi, tarafların duruşmaya çağırılması, keşif gününün belirlenmesi, ara kararlar ve hükümler gibi. Mahkeme usul işlemleri üç grupta incelenebilir. Bunlardan birincisi, yargılamanın iç işleyişi, ikincisi dış işleyişi ile ilgili işlemler, üçüncüsü ise mahkemenin verdiği kararlardır (Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 214).” Mahkemenin yapmış olduğu her usul işleminin bu bağlamda söz konusu uyumsuzluğu doğrudan çözmeye yönelik olduğu söylenemez. Mahkeme vermiş olduğu hüküm ve karar ile dava konusu uyumsuzluk hakkında son kararını verir.

Hakimin takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararlar da bu yönüyle mahkeme usul işlemidir. Mahkeme önüne gelen uyumsuzlukta, kanunun kendisine takdir yetkisi tanıması halinde bu yetkisini kullanarak karar verir. Yapmış olduğu bu işlem ise bir mahkeme usul işlemi mahiyetindedir. Zira, takdir yetkisinin kullanılmasıyla davanın sonuçlandırılması sağlanır.

²³⁷ 2992 sayılı Kanun m. 2/k.

Hakimin ve icra müdürünün takdir yetkisi kullanılırken dikkat edilmesi kriterlerin benzeştiği ve belli yerlerde ayrıştığı görülür. Takdir yetkisi kullanılırken temel insan haklarına riayet etmek gerektir. Söz gelimi; takdir yetkisi taraflardan birinin mülkiyet hakkının özüne dokunamaz (AY m. 13). Ya da takdir yetkisi bütünüyle eşitlik ilkesine aykırı kullanılamaz. Diğer taraftan; hakimin takdir yetkisini kullanırken en genel anlamda “hukuka ve hakkaniyete” göre karar vermesi gerekir²³⁸. İcra müdürünün takdir yetkisinde ise bu şekilde genel bir hüküm mevcut değildir²³⁹.

C. Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Bakımından

Hakimin takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararlar temyiz mahkemesince denetime konu olurken²⁴⁰; icra müdürünün takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararlar ise kanun yolu incelemesine konu teşkil etmez. Mahkeme kararı söz konusu uyuşmazlık hakkında hüküm kurulmasına hizmet etmiştir. Dolayısıyla kanunun aradığı diğer şartları da taşıması halinde temyiz incelemesine konu teşkil edecektir. İcra müdürünün takdir yetkisinin denetimi konusunda ise en aktif ve kullanılabilir yol, takip hukukuna özgü olarak getirilmiş şikayet yoludur²⁴¹.

İcra müdürü kanunen yerine getirmek zorunda olduğu görevleri yerine getirirken; kanuna aykırı davranır, hadiseye uygun işlem yapmaz, işi sürüncemede bırakır ya da bir işlemi hiç yapmazsa hukuka aykırı davranmış olur²⁴². Eğer icra müdürüne tanınan yetki bir takdir yetkisi ve icra müdürü bu yetkinin kullanılmasında hadiseye uygun davranmazsa şikayete konu olur. Hadiseye uygun davranmamayı; icra müdürünün kanundan beklenen amacı yerine getirmemesi, kanunun amacına uygun takdir yetkisi kullanmaması şeklinde izah edebiliriz. Örneğin haczi kabil olmayan eşyaların takdiri yapılırken (İİK m. 82) borçlunun yanında aile üyeleri düşünülmeden takdir yetkisi kullanıldıysa hadiseye uygun davranılmamıştır²⁴³. Daha özelden; borçlunun

²³⁸ Güriz, s. 71; Öztan, s. 167; Tekinay, s. 76; Edis, s. 218

²³⁹ Doktrinde hakimin “hukuka ve hakkaniyete” göre karar vermesi kıstasının icra ve iflas müdürleri için de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. bkz. Özümucu, s. 513

²⁴⁰ AYM 12.06.1969, E. 1968/38, K. 1969/34 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Sayı: 7 Ankara 1978, s. 334); Genel olarak, bir ilk derece mahkemesinin kararının temyiz incelemesinden geçerek kesinleştiğine dair bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt V*, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 40505; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 800

²⁴¹ Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 124; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31-32

²⁴² Kuru, *Cilt I*, s. 87; Kuru, *El Kitabı*, s. 96

²⁴³ Takdir yetkisinin yerinde kullanılması gereklidir. İcra müdürü takdirini yaptığı işlem konusunda en makul akılcı ve yerinde çözümü bulmalıdır. İşte İİK m. 82 kapsamında yer alan eşyalar borçluya ait olsalar bile onunla birlikte aile üyelerini ilgilendirdiğinden, bu konuda takdir yetkisi kullanılırken borçlunun durumu ile ailenin durumu da dikkate alınmalıdır. Bu konuda bkz.: YHGK 02.12.1972, E.

evinin haline münasip olup olmadığı takdir edilirken sadece borçlu değil, ailesi de birlikte düşünülerek karar vermek icap eder. Eğer icra müdürü buna uygun davranmazsa söz konusu işlem şikayet olunabilir.

İcra müdürünün takdir yetkisinin denetimi konusunda asıl denetimin şikayet yolu ile yapılırsa da, dolaylı olarak disiplin hukukuna ve tazminat hukukuna göre de denetim yapılacağı söylenebilir. Takdir yetkisinin yanlış kullanılması sonucunda, bu işlemde zarar gören kişiler devlet aleyhine tazminat davası açabilirler (İİK m. 5). Bundan sonra da devlet icra müdürüne rücu edebilir²⁴⁴. İcra müdürünün tazmin yükümü karşısında takdir yetkisini daha dikkatli kullanacağı gözetilirse, açılacak tazminat davası, takdir yetkisinin kullanılmasında, dolaylı bir denetim olarak görülebilir. Aynı durum hakimler içinde söz konusu olabilir. Zira, HMK m. 46 vd. maddelerde sayılan şartların yerine gelmesi halinde devlete tazminat davası²⁴⁵ ve bunun sonucunda da hakime rücu davası açılabilir (HMK m. 46/3)²⁴⁶. İcra müdürünün, takdir yetkisini hatalı kullanılması nedeniyle denetlendiği bir alan da disiplin hukukuna ilişkin olabilir. İcra müdürlerinin disiplin amiri icra mahkemesi hakimi gerektiği takdirde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer alan disiplin cezalarından birini icra müdürüne verebilir²⁴⁷. Hakimlerin takdir yetkisini yanlış kullanmasından ötürü ise böyle bir yaptırım söz konusu olmaz. Zira, hakimlerin yapmış oldukları iş yargılama faaliyetidir.

II. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ İLE MUKAYESESİ

A. Genel Olarak

İcra müdürünün özünde bir idari görevi yerine getirmektedir. Her ne kadar disiplin amiri hakim (icra mahkemesi hakimi) olsa da²⁴⁸, bu ona yargı organı olma vasfını vermez. Zira mahkeme kalemelerinde çalışan personelinde disiplin amiri mahkeme olmasına rağmen²⁴⁹, bu kişileri adli teşkilat içinde görebilecek de idari personeldirler. İcra müdürü de bir yargılama yapamamaktadır. Bununla birlikte esasında

1972/542, K. 1972/979, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 05.03.2013; Yarg. 12. HD 31.01.1972, E. 1972/378, K. 1972/942, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 05.03.2013

²⁴⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 85; Kuru, *El Kitabı*, s. 94; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 97

²⁴⁵ Ansay, *Yargılama*, s. 49; Bilge ve Önen, s. 102; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 188; Karşı, *Muhakeme*, s. 181

²⁴⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 190

²⁴⁷ Bu konuda bkz. Aşa. § 21, I.

²⁴⁸ Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği Ekinde belirtildiği üzere, icra müdürünün disiplin amiri icra mahkemesi hakimidir (Resmi Gazete Tarihi: 30.05.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23710)

²⁴⁹ bkz. Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği Eki.

icra müdürü diğer devlet memurlarından da farklıdır. Farklı olmasının kaynağında yaptığı işin niteliği yatar²⁵⁰.

Hem icra müdürünün takdir yetkisi²⁵¹ hem de idarenin takdir yetkisi²⁵² için söz konusu yetkinin hukuki niteliği bir haktan ziyade ödevdir. Yani hem idare hem de icra

²⁵⁰ İcra müdürünün yerine getirdiği kamu hizmetinin bir yansıması olarak kanun, icra müdürüne normal bir memura göre bazı nitelikler vermiştir. Bu nitelikler, hakimlere benzeyen özellikleri içerir. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. Yuk. § 2, III, B

²⁵¹ İcra müdürüne kanunun takdir yetkisi tanınması halinde, bu yetkinin kullanılmasının zorunlu olduğuna dair bkz. Yuk. § 1, III

²⁵² Yetki genel olarak; “bir işi, bir görevi yasaların verdiği imkanlara göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salahiyet veya mezuniyettir.” şeklinde tanımlanabilir (Yetki konusunda yapılan bu tanım, www.tdk.com internet adresinden 17.01.2013 tarihinde erişilerek alınmıştır). Bu tanımdan yola çıkarak kişinin bir işi, işlemi yapabilmesi için kanunlar tarafından o işlemin, o kişi tarafından yapılabileceğine dair izin verilmiş olması gerekir. Bu kural, idarenin tek taraflı olarak yaptığı idari işlemlerde daha belirgin olarak aranır (Karatepe, s. 6; Gerçek, s. 3). Zira yapılan idari işlemler yolu ile, üçüncü kişilerin hukuki statülerinde değişiklik yapılabilmektedir. Örneğin emekliye ayırma işlemi ile, memur statüsünde bulunan kişi emekli statüsüne geçer.

Bireylerin hukuki statülerine müdahale edebilen böylesi bir yetkinin kanunlarda tanınması ise zorunludur (Karatepe, s. 6; Gerçek, s. 3). İdari yetki, kendisini; bağlı yetki veya takdir yetkisi olarak gösterir (Gözübüyük, s. 333; Karatepe, s. 8; Balta, *İdare Hukuku*, s. 84; Alpar, s. 5; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 89). Bu ayrımın temelinde; kanunun idareye belli bir serbest alan bırakıp bırakmadığı yatar (Karatepe, s. 8; Alpar, s. 5; Gerçek, s. 7; Üstün, s. 15).

İdare hukukunda bağlı yetki, uygulamada birliği sağlamak açısından idarenin kanuniliğini ilkesi doğrultusunda kullanılır (Gerçek, s. 11; Üstün, s. 18). İdarenin yetkisi ya bağlı yetkidir ya da takdir yetkisidir. Kanun idareye eğer herhangi bir serbest alan bırakmıyor ya da kanunda yer alan iki seçenekten birini seçme imkanı tanımıyorsa, yetkisi bağlıdır (Onar, s. 320; Alpar, s. 6; Karatepe, s. 8; İl Han **Özay**, *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996, s. 357; Gözler, *Cilt I*, s. 939; Çağlayan, s. 173; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 93-94; Gerçek, s. 10; Üstün, s. 17).

İdarenin yetkisinin, bağlı mı yoksa takdir yetkisi mi olduğu önem arz eder. Zira bu husus hukukiliği, hukuka uygun davranılıp davranılmadığını ilgilendirir (Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 94; Gerçek, s. 12). Dolayısıyla yargı organları tarafından denetlenecektir (Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 95; Gerçek, s. 12). İdarenin, mevzuat tarafından kendisine verilmeyen bir takdir yetkisini kullanması söz konusu olamaz. İdarenin yapacağı işlem her halde hukuka uygunluk denetimine tabi iken, takdir yetkisini kullanarak yaptığı işlemin denetimi yerindelik boyutuna varmayacaktır (Özay, s. 360; Tahsin Bekir **Balta**, *Kısa İdare Hukuku I*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1962, s. 50; Balta, *İdare Hukuku*, s. 88; Karatepe, s. 77-78; Alpar, s. 38-40; Çağlayan, s. 196-201; Gözler, *Cilt I*, s. 952; Gözübüyük, s. 335; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 176; Gerçek, s. 79; Üstün, s. 45; Muammer **Oytan**, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990*, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 156).

İdarenin yetkisinin ya bağlı ya da takdiri olması, bu yetkinin kullanılması zorunluluğu konusunda farklılık arz etmeyecektir. İki ihtimalde de idarenin işlemi yapma zorunluluğu olduğunu ifade edebiliriz. Zira yetkisini yerine getirmeyen idareye karşı; ilgili kişi, İYUK m. 10/1 uyarınca yetkili idari makama başvurabilecektir. “İdarenin kendisine yapılan bir istemi, belli bir süre içinde cevaplamaması durumunda, o istemi reddettiği varsayılır. İşte buna ‘zımni ret kararı’ denir. Türk hukukunda zımni ret kararı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun ‘idari makamların sükutu’ başlıklı 10’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ‘ilgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır’. O halde, hukukumuzda idarenin 60 gün içinde bir isteğe cevap vermemesi, o isteği reddettiği anlamına gelmektedir. İlgili kişi bu ‘zımni ret kararı’na karşı artık dava açma hakkını kazanmaktadır.” (Kemal **Gözler**, *İdare Hukuku Ders Kitabı*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008, s. 279-280). Açıklamalardan anlaşılacağı üzere; idareye kanunun yapmayı yüklediği bir işlemi yapmaması halinde, ilgisinin idari makama başvurması üzerine bu işlemi yapması gerekliliği, aksi halde ise davaya konu olabileceğinden yola çıkarak; idareye tanınan takdir yetkisinin kullanılması, bir ödev niteliğindedir.

müdürü kendisine kanunun takdir yetkisi verdiği hallerde, bu yetkisini kullanmak zorundadır. Kullanılmaması halinde disiplin hukukunda göre sorumluluk gündeme gelebilir. İcra müdürünün bu olumsuz işlemi “bir hakkın yerine getirilmemesi” nedenine dayanılarak şikayet de olunabilir²⁵³ (İİK m. 16).

Her iki takdir yetkisi kurumunda da, kanun koyucunun takdir yetkisi tanınmasının bir zorunluluk olduğu ifade edilmelidir. Zira kanun koyucunun her somut olaya uygun bir çözümü öncesinde kanunlarda belirlemesinin imkanı yoktur. Bu zoraki durum karşısında icra müdürüne²⁵⁴ ve idarenin diğer memurlarına takdir yetkisi tanımak zorunluluktur²⁵⁵.

²⁵³ Pekcanıtez, Atalay, Özekes vd., s. 127; Pekcanıtez, *Şikayet*, s. 64; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31
²⁵⁴ Cebri icra hukukunda icra müdürüne takdir yetkisi tanınmasının zorunluluk olduğuna dair bkz. Yuk. § 1, II

²⁵⁵ İdareye takdir yetkisi tanınmasının nedenleri hakkında birçok belirleme yapılabilir. Bunlardan belli başlıları ise; idarenin cevap vermesi gereken ihtiyaçların artması, ayrıntılı kanuni düzenleme yapmanın zorluğu ve idarenin birçok teknik hizmetle uğraşmasıdır.

İdarenin takdir yetkisine sahip olması gerekliliğinin ilk nedeni; toplumun ihtiyaçlarının artması ve değişmesidir (Onar, s. 316; Karatepe, s. 15; Alpar, s. 22; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 11; Başpınar, s. 65; Çağlayan, s. 175; Üstün, s. 24; Gerçek, s. 16; Kırışık ve Aydın, s. 334). Toplumun değişen ve artan ortak ihtiyaçlarını karşılamak ise idarenin görevidir (Onar, s. 316; Alpar, s. 22; Balta, *Ders Notları*, s. 48; Çağlayan, s. 174). Bunun sonucu olarak kamu yararı gerçekleştirilebilir. Kamu yararını en etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi içinse, idareye takdir yetkisi tanınması önemli bir araç olarak karşımıza çıkar (Gözler, *Cilt I*, s. 950; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 16; Başpınar, s. 65; Balta, *İdare Hukuku*, s. 86). Zira “*kamu yararı kavramı o denli geniş kapsamlıdır ki bunun ‘zaman ve mekana, halin icapları ve zaruretlerine’ uydurulması için de idareye bir takdir kudret ve yetkisi tanımaya gerek ve zorunluluk vardır*” (Özay, s. 359).

İdarenin takdir yetkisine sahip olması gerekliliğinin ikinci nedeni; kanuni düzenlemelerin ayrıntılı olarak yapılmasının güçlüğüdür (Metin **Günday**, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990*, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 145; Onar, s. 316, 317; Alpar, s. 23; Süheyy **Derbil**, *İdare Hukuku Cilt I*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1955, s. 51; Gözler, *Cilt I*, s. 950; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 12; Çağlayan, s. 174; Gözübüyük, s. 333; Gerçek, s. 17; Üstün, s. 23; Kırışık ve Aydın, s. 335). Şöyle ki; belirtildiği üzere, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak idarenin görevidir ve bu ihtiyaçlar sürekli bir değişim halindedir. İdare bu ihtiyaçlar karşısında belli bir hareket serbestisine sahip olmalıdır. Zira hayatın dinamikliği karşısında kendisini sıkı sıkıya bağlayan kanuni düzenlemeler, idarenin kamu yararı amacını gerçekleştirecek işlemleri yapamamasını ya da geç yapmasına neden olur (Alpar, s. 22; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 14). Bu nedenle; kanunlar hazırlanırken, çerçeve niteliğinde hüküm konulmalı, bunun sınırları içerisinde idareye takdir yetkisi tanınmalıdır (Onar, s. 316; Karatepe, s. 13; Alpar, s. 23; Balta, *Ders Notları*, s. 48; Derbil, s. 51; Özay, s. 359; Günday, s. 145; Çağlayan, s. 174; Gözler, *Cilt I*, s. 951; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 14; Gerçek, s. 17; Üstün, s. 24). Böylelikle idare toplumun ihtiyaçlarına daha hızlı cevap verebilir. Ayrıca bu durum, yasama organını da külfetten kurtarır. Her yeni değişim karşısında, bu değişikliğin takip edilerek düzenleme yapılması yasama organını fazlasıyla meşgul eder.

İdareye takdir yetkisi, bir başka ifadeyle hareket edebileceği serbest bir alan bırakılması zorunluluğunu bir örnekle açıklamak gerekirse; TVK m. 10 “Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz”. İdare Türk vatandaşlığına geçmek isteyen yabancının şartları taşıması halinde vatandaşlığa alıp almamak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Başka bir deyişle kanununda açık ifadesi üzere, bir yabancı kanunda yer alan şartları taşısa bile idare bu kişiyi vatandaşlığa almayabilecektir (Vahit **Doğan**, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 64; B. Bahadır **Erdem**, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 95; Ergin **Nomer**, *Türk*

İdareye takdir yetkisinin tanındığı kanunun; açık hükmü²⁵⁶, ifade tarzı²⁵⁷, belirsiz kavramlara yer vermesi²⁵⁸ ve değerlendirme hallerine yer verilmesi²⁵⁹ halinde anlaşılabilir. Gerçekten; kanunda açıkça idareye takdir yetkisi verilir veya –ebilir, -abilir gibi ifadelerden anlaşılabilirse idarenin takdir yetkisi vardır. İcra müdürü için de aynı şey söylenebilir. Bu yönü ile ikisi arasında fark yoktur. İdareye takdir yetkisi tanındığı belirsiz kavramlara yer verildiğinde de anlaşılabilir²⁶⁰. Örneğin gereken hal, lüzum üzere, haklı neden, kamu düzeni, milli güvenlik kavramları gibi. Burada idarenin takdir yetkisinin olup olmadığını değerlendirirken, söz konusu ifadenin işlemi yapacak idarenin anlayışına mı yoksa genel olarak herkesin anlayışına mı hitap ettiği önem taşır. Eğer söz konusu belirsiz kavram işlemi yapacak olan idareye hitap ediyor, onun

Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010, s. 72). Eğer idareye bu konuda takdir yetkisi tanınmamış olsaydı; şartları taşıyan ancak Türk vatandaşlığına alınmasında sakınca bulunan kişilerinde vatandaşlığa alınması gerekecekti (Alpar, s. 23; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 15; Kırışık ve Aydın, s. 335). İşte takdir yetkisi sayesinde idare, şartları taşımış olsa bile Türk vatandaşlığına girmesinde sakınca bulunan kişileri, vatandaşlığa almayacaktır. Kuşkusuz idare bu yetkisini keyfi kullanamaz. Takdir yetkisini; hukukun genel ilkelerine, kamu yararına ve objektif esaslara uygun kullanmalıdır (Nomer, s. 74; Doğan, *Vatandaşlık*, s. 64; Erdem, s. 95). Aksi halde, idarenin bu işlemi yargı denetimi ile iptal edilebilir (Nomer, s. 74; Erdem, s. 95).

İdarenin takdir yetkisine sahip olması gerekliliğinin üçüncü nedeni; idarenin farklı birçok konuda teknik hizmeti yerine getiriyor olmasıdır (Karatepe, s. 15; Çağlayan, s. 175; Gerçek, s. 17; Kırışık ve Aydın, s. 355). İdarenin yerine getirdiği kamu hizmetleri, nitelik olarak birbirinden farklıdır ve her biri ayrı ayrı uzmanlık gerektirmektedir. Bu uzmanlık alanlarının hepsinin kanun koyucu tarafından bilinip, hüküm altına alınması mümkün değildir. Bu durum, idareye takdir yetkisi verilmesini gerektirir.

İdarenin takdir yetkisine sahip olmasını gerektiren nedenler sadece bunlardan ibaret olmayabilir. Biz burada doktrinde en fazla zikredilen sebeplere yer vermekle yetindik. Bu sebepler dışında doktrinde (Kırışık ve Aydın, s. 336); her olayın kendi zamanı içerisinde değerlendirilmesi gereği, işleme muhatap kişinin özel durumunun takdir yetkisinin kullanılmasını gerektirmesi ve takdir yetkisini kullanırken maddi imkanların göz önünde bulundurulması gereği sayılmıştır.

²⁵⁶ Kanunda yer alan yetki kuralları, idareye bağlı yetkiyi tanımanın yanında, açıkça takdir yetkisi de tanıyabilir. Örneğin VUK'un 46. maddesinde “*zirai kazanç ölçüleri, Zirai Kazançlar Merkez Komisyonu tarafından hazırlanacak yönetmelik esasları dairesinde zirai kazançlar il komisyonlarınınca takdir ve tespit olunur*” denilerek idareye açıkça bir takdir yetkisi verilmiştir

²⁵⁷ Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 37

²⁵⁸ Kanunlarda idareye takdir yetkisi tanındığını gösteren bir hal, belirsiz kavramların varlığıdır (Karatepe, s. 17; Gerçek, s. 33). Belirsiz kavramlardan maksat; kamu yararı, kamu menfaati, kamu düzeni, kamu sağlığı, genel ahlak, kamu güvenliği, genel emniyet, görülen lüzum gibi genel nitelikte kavramlardır (Balta, *Ders Notları*, s. 49; Balta, *İdare Hukuku*, s. 87; Alpar, s. 27; Karatepe, s. 17; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 44; Gerçek, s. 33).

²⁵⁹ Türk hukukunda idareye değerlendirme halleri tanıyan; sınav notları, kamulaştırma bedeli gibi teknik hususlarda idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığı, belirsiz kavramlarla takdir yetkisi tanınmasına benzemektedir (Balta, *İdare Hukuku*, s. 88; Balta, *Ders Notları*, s. 50; Alpar, s. 28). İdareye tanınan değerlendirme hali; objektif bir anlayışa göre yapılması gerekiyorsa idarenin takdir yetkisi yoktur. Bunun tersine değerlendirme idarenin sübjektif anlayışına göre yapılması gerekiyorsa idarenin takdir yetkisi vardır (Balta, *Ders Notları*, s. 50; Balta, *İdare Hukuku*, s. 88; Alpar, s. 28; Karatepe, s. 19; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 51-52; Gerçek, s. 34).

²⁶⁰ Karatepe, s. 17; Gerçek, s. 33

anlayışına değer atfediyorsa, takdir yetkisi vardır. Aksi halde yoktur²⁶¹. İcra müdürü için ise bu tür bir değerlendirme yapılmaksızın, takdir yetkisinin olduğu ifade edilir. Eğer kanunda bu şekilde belirsiz kavramlara yer veriliyorsa, icra müdürünün takdir yetkisi vardır. İcra müdürü takdir yetkisini kullanarak, bu kavramları belirli, olaya uygulanır hale getirir. İdareye takdir yetkisi tanındığı; sınav kağıdının değerlendirilmesi, kamulaştırma bedelinin tespiti gibi değerlendirme hallerinin varlığından da anlaşılabilir²⁶². Burada da, idarenin takdir yetkisinin olduğu sonucuna; belirsiz kavramlarda ki gibi bir değerlendirme yapılarak karar verilir²⁶³. Yine bir benzerlik icra müdürüne işlemin yapılmasının nihayet belli bir sürede olmasının emredilmesi, bununla birlikte bu zamana kadar hangi zaman diliminde yapacağı konusunda takdir yetkisinin tanındığı haldir²⁶⁴. Aynı şekilde idareye de kanun belli bir işlemin yapılmasını emretmekle birlikte; bu işlemin yapılmasının süresini, zamanını belirleme konusunda takdir yetkisi vermiştir. Bu hallerde idare, kanunda belirtilen işlemi yapmak zorunda isede, söz konusu sürenin sonuna kadar ki zaman dilimi içinde ne zaman yapacağı konusunda takdiri yetkiyi haizdir²⁶⁵. İcra müdürü açısından da; söz konusu süre zarfında işlemi yapacak ise de, bu sürenin hangi zaman diliminde yapacağı konusunda takdir yetkisi vardır.

B. Takdir Yetkisinin Kullanılması Bakımından

İdareye takdir yetkisi tanındığı hallerde, bu yetkiyi kullanacak olan kişi işlemi yapmaya yetkili olan memurdur. Bunun belirlenmesi içinse kanuna bakmak gerekir. Zira kanun, söz konusu takdiri yetkiyi kullanmaya kimi yetkili kıldıysa, o kişi bu işlemi

²⁶¹ Balta, *İdare Hukuku*, s. 87-87; Balta, *Ders Notları*, s. 49; Alpar, s. 27; Karatepe, s. 17-18; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 46; Gerçek, s. 33

²⁶² Balta, *İdare Hukuku*, s. 50; Alpar, s. 28; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 48

²⁶³ Balta, *İdare Hukuku*, s. 50; Alpar, s. 28; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 48

²⁶⁴ Kanun, bir işlemin yapılmasını düzenleyici bir süreye göre tayin etti ise, icra müdürü söz konusu işlemi bu sürenin sonuna kadar yapacağı zaman diliminin belirlenmesinde takdir yetkisine haizdir. Bu konuda bkz. Yuk. § 4, IV

²⁶⁵ İdareye işlemin zamanını belirleme konusunda takdir yetkisi veren hükümlerden örnek olarak İYUK m. 10/2 gereğince, ilgililer haklarında idari davaya konu olabilecek işlem veya eylem yapılması için idareye başvurdıklarında; idare 60 gün içinde cevap verebilir. İdare bu süre zarfında herhangi bir cevap vermemesi halinde, talebin ret edilmiş olacağını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte idarenin cevap vermesi halinde, takdir yetkisi vardır. Zira cevap verme işini kendisine vaki talebi takip eden 60 gün içinde hangi gün için yapacağı konusunda takdir yetkisi vardır. Diğer bir örnek de; İYUK m. 11/2'dir. Bu hükme göre; ilgililer idari dava açmadan önce, idareye işlemi kaldırması için başvuruda bulunmasına rağmen idare 60 gün içinde bir cevap vermeyecek olursa, söz konusu talep ret edilmiş sayılır. İdarenin söz konusu talebe cevap vermesi halinde de 60 günlük sürenin hangi zaman diliminde vereceği konusunda takdir yetkisi vardır. Son olarak yine İYUK m. 28/1'i verelim. Bu hükme göre, idare mahkeme kararların gecikmeksizin uygulamak zorundadır. Bununla birlikte söz konusu mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde bu kararı yerine getirmek zorundadır. 30 günlük sürenin hangi gününde yerine getireceği konusunda ise takdir yetkisi bulunmaktadır.

yapar; yani takdir yetkisini kullanır. Konumuz açısından ise, takdir yetkisini kullanacak icra müdürü takibin yapıldığı icra dairesinde bulunan icra müdürüdür.

İdarenin takdir yetkisini kullanmasıyla, icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasının amacı noktasında bir farklılık göze çarpmaktadır. Şöyle ki; idare, her işleminde olduğu gibi takdir yetkisini kullanırken de kamu yararını düşünerek, işlem yapmak zorundadır²⁶⁶. Halbuki; icra müdürü, icra hukukunun genel amacının alacaklının alacağına kavuşması olduğu düşünüldüğünde²⁶⁷, kanunda aksi belirtilmedikçe alacaklı(lar) menfaatine uygun takdir yetkisini kullanması gerekir. Kanunda açıkça borçlunun ya da takibin tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin düşünülmesi emredildiğinde; ancak bu halde, icra müdürü buna göre takdir yetkisini kullanmalıdır. Buna en uygun örnek olarak haczedilmez mal ve hakların takdiri

²⁶⁶ İdarenin takdir yetkisini kullanırken, dikkat etmesi gereken belki de en önemli kriter, kamu yararına uygunluktur. İdare yapacağı tüm işlerde kamu yararına uygun hareket etmek zorunda olduğu gibi, takdir yetkisini kullanırken de bu amacı yerine getirmeye yönelik davranmalıdır. Bununla beraber idare hizmet gereklerine de uygun biçimde takdir yetkisini kullanmalıdır (Çağlayan, s. 190).

Danıştay'ın birçok içtihadında; kamu yararına uygunluk ile hizmet gereklerine uygunluk beraber sayılmıştır. Hizmet gereklerine uygun davranma daha çok idari istikrar ilkesi çerçevesinde, memurların atanmasına ilişkin olarak aranan kriterlerden biri olmuştur (Danıştay 5. D. 26.01.2009, E. 2006/5349, K. 2009/270, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 12.12.2012; Danıştay 5. D. 30.10.1997, E. 1995/1788, K. 1997/2389, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 12.12.2012; Danıştay 5. D. 06.12.1995, E. 1995/2042, K. 1995/3914, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 12.12.2012; Danıştay 12. D. 20.09.2011, E. 2008/4082, K. 2011/4264; Danıştay 12. D. 08.04.1997, E. 1995/7836, K. 1997/846).

²⁶⁷ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 40: “İcra ve iflas hukukunun, kendi muhtevassından yani cebri icra usullerini düzenleyen hukuk olmak niteliğinden değişmez surette ortaya çıkan; daha açık bir deyişle, ne yer ve zamana, ne de ülkedeki toplumsal düzene bağlı bulunmaksızın var olan bazı amaçları üzerinde de durmamız gerekir. bu türlü amaçların başlıcalar şunlardır:

a) takibe giren ve takibe katılma imkanını bulabilen alacaklıların tam olarak tatmininden ibaret nihai merhaleye ulaşabilmek için, takip borçlusunun veya üçüncü şahısların çıkarabilecekleri engelleri bertaraf etmek. Bu amaçla, borçlunun ileride satılacak mallarına önceden, özel bir anlamda el konur (haciz ya da iflas); iflas talebi üzerine mahkeme, gerekli gördüğü muhafaza tedbirlerini önceden (yani daha iflas el koyması gerçekleşmeden önce) alır, İİK 159 ve 161-163; iflasın açılmasına ilişkin karar, inşai nitelikte olduğu hale, kesinleşmeden hukuki sonuçlar doğurur, İİK 164 f. II ve 165; iflasın açılması kararı tapuya, MK 920 bent 2 gereğince şerh verilmek üzere, bildirilir ve ilan edilir. İİK 166 f. II; iflasın açıldığı kendisine tebliğ edilir edilmez iflas dairesi İİK 208 gereğince defter tutmağa başlar ve İİK 210'daki teminat tedbirlerini alır; müflisin borçluları, kendilerini ve borçlarını bildirmek mecburiyetinde tutulmuşlardır, İİK 219 f. II ve 336; haciz yolu ile takipte, borçlunun mal beyanında bulunması sağlanmıştır, İİK 74-77 ve 337-339. Bu amaca hizmet eden hükümlerin sayısı pek çoktur...” (Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39-40). Yazar takip hukukunun genel ve ilk amacını alacaklının alacağına kavuşmak şeklinde özetleyebileceğimiz biçimindeki yargıyı bu şekilde örnekleyerek anlatmıştır. Bununla beraber; açıklamasının devamında borçlunun da korunmasına yönelik olarak şu açıklamalar yapılmıştır. “b) yukarıdaki amaca karşılık ve onunla birlikte, borçlu olduğu iddia edilerek takip edilen kişinin yani takip borçlusunun, kötü niyetle yapılmış haksız bir takibe karşı kendini korumasını sağlayacak hukuki çareler bulmak da icra ve iflas hukukunun değişmez amaçlarından biridir. Bu amaçla sevk edilmiş hükümler arasında, İİK 33, 66, 68 f. III, 69 f. II, 71, 72 vs. örnek olarak gösterilebilir.”

verilebilir (İİK m. 82/4)²⁶⁸. Zira bu hususun belirlenmesinde, borçlu yanında onun ailesinin üyeleri de göz önünde tutulmalıdır.

Her iki takdir yetkisinin kullanılmasının, işlemin türü açısından farklı şekillerde görüldüğünü de ifade edebiliriz. İdarenin takdir yetkisinin kullanılması sonucu ortaya bir idari işlem çıkar. İdarenin takdir yetkisini kullanması idari işlem yoluyla mümkündür²⁶⁹. Halbuki icra müdürünün takdir yetkisinin görünümü icra takip işlemi şeklindedir²⁷⁰.

C. Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Bakımından

İdare, takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanırsa, yargı denetimine tabi olur²⁷¹. Takdir yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlem idari niteliktedir. Dolayısıyla iptal davasına konu olabilir²⁷².

İcra müdürünün takdir yetkisini hukuka aykırı kullanması halinde, şikayet yolu ile yapılacak yargısal denetimin yanında; takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılması, disiplin hukukuna konu olabilir. Her iki yetkinin hukuka aykırı kullanılması sonucunda bir zarar meydana gelirse, bu durumda hukuki sorumluluk meydana gelmektedir. Bu durum idare hukukunda tam yargı davası şeklinde kendini gösterirken; icra hukukunda ise tazminat davası şeklinde görülür (İİK m. 5). Her iki halde de devlete karşı dava

²⁶⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

²⁶⁹ İdari işlem; "... İdarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak bir irade açıklaması olarak..." tanımlanabilir (Gözler, *Ders Kitabı*, s. 249). Bu noktadan hareketle idare gerek bağlı yetkisini kullansın, gerekse takdir yetkisini kullansın dış dünyada hukuki sonuç doğurmaya yönelik olan işlemler idari işlem niteliğinde olur. O halde idareye takdir yetkisinin tanınmış olması neticesinde, idarenin bunu dış dünyaya yansıtması bir idari işlem ile olur.

²⁷⁰ İcra takip işlemleri; kural olarak, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın ilerlemesi amacına hizmet eden işlemlerdir (Kuru, *Cilt I*, s. 136-137; Kuru, *El Kitabı*, s. 129-130; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 55. Bu bağlamda düşününce, icra müdürüne kanunun hükmün sonucunda takdir yetkisi tanıdığı hallerde yapmış olduğu işlemler özünde bir icra takip işlemidir. Örneğin; İİK m. 82 uyarınca haczedilmez olduğu takdiri yapılarak malın haczedilmemesi. Kanunun hukuk kuralının unsurunda ya da işlemin yapılma zamanını belirlemede takdir yetkisi tanıdığı hallerde ise, bu yetkiyi kullanarak icra takip işlemi yapılmaktadır. İlk ihtimalde icra takip işlemi bizzat takdir yetkisidir; ikinci ihtimalde ise takdir yetkisi kullanılarak icra takip işlemi yapılır.

²⁷¹ Alpar, s. 36; Oytan, s. 149; Gözübüyük, s. 335; Nuri Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu Ankara 10-11-12 Haziran 1982*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 37; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 118-119; Korkmaz, s. 249

²⁷² İptal davasının konusu idari işlemlerdir. Bununla beraber bir idari işlemin iptal davasından görülebilmesi, hakkında karar verilebilmesi için, bir takım özelliklere sahip olması gerekir. Daha doğru bir deyişle bazı şartları taşıyor olması gerekir. Bu şartlar doktrinde "İptal Davasının Kabul Edilebilirlik Şartları" şeklinde adlandırılmaktadır. Buna göre mahkemenin bir davayı görüp karara bağlayabilmesi için bu şartların yerine gelmesi gerekir. Bu şartlar arasında davanın konusuna ilişkin olarak; kesin ve icrai nitelikte bir idari işlem olmalı ve bu idari işleme karşı başvurulacak bir idari başvuru bulunmaması gerekir (İptal davasının görülebilmesi için gereken şartlar hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Kalabalık, s. 126-148). Takdir yetkisinin kullanılması sonucu ortaya çıkan idari işlem bu şartları haiz ise iptal davasına konu olacağı kuşkusuzdur.

açılır. Devletin ilgili olan sorumlu görevliyi rücu hakkı saklıdır (AY m. 40). Disiplin hukukuna göre icra mahkemesi hakimine haber verilebilir²⁷³, İİK m. 5 uyarınca devlet aleyhine bu işlemten dolayı tazminat davası açılabilir ve nihayet icra hukukuna özgü bir yol olarak söz konusu işlem icra mahkemesine şikayet olunabilir²⁷⁴. Bu yollardan şikayet yolu hakkı ihlal edilenler için daha pratiktir. Tazminat davası açılması da ilgili menfaatine olsa da burada genel yargılama usulleri ve ispat şartları devreye girer. Disiplin sorumluluğu ise; icra müdürüne disiplin cezası verilmesini sağlasa da, doğrudan ilgisinin ihlal edilen hakkına kavuşmasına hizmet etmez.

İdare ile icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasına karşı dava açılması halinde, idareye karşı açılan davalar idari yargıda açılırken; icra müdürünün işlemine karşı adli mahkemelerde açılmaktadır. Yargı yolunun farklı olması yargılama usullerini de farklı kılar. En başta şikayet ile ilgili genel olarak HMK hükümleri uygulanırken²⁷⁵, idari davalarda İYUK hükümleri uygulanır²⁷⁶. İkinci olarak; şikayet her ne kadar bir mahkemede görülse de, bir dava değildir. İcra hukukuna özgü bir yoldur²⁷⁷. Halbuki idari işleme karşı açılan iptal davası, bir davadır²⁷⁸. Üçüncü olarak; denetim yapıldığında idarenin takdir yetkisine ilişkin olarak yerindelik denetimi yasağı varken²⁷⁹; icra müdürünün “hadiseye uygun takdir yetkisi kullanmaması” nedeniyle şikayet yolu ile denetimi bir nevi yerindelik denetimi olmaktadır²⁸⁰.

²⁷³ Adalet Bakanlığı Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Yönetmeliği m. 21 uyarınca, bir disiplin soruşturmasına başlanması için mutlaka yapılan bir teftiş sırasında, icra mahkemesi hakiminin hukuka aykırılığı tespit etmesi gereği aranmadığını görüyoruz. Disiplin cezasına gerektirir bir eylemin yapıldığının her hangi bir şekilde öğrenilmesiyle disiplin soruşturması başlatılabilir. Söz konusu maddenin ilk fıkrası “*memurun disipline aykırı davranışının öğrenilmesi üzerine, disiplin amiri veya görevlendireceği bir muhakkik tarafından derhal disiplin soruşturmasına başlanır.*” demek suretiyle bu belirlemeyi yapmıştır.

²⁷⁴ Postacioğlu, s. 77; Kuru, *El Kitabı*, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 124; Karşı, *İcra*, s. 143; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 118

²⁷⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 100; Kuru, *El Kitabı*, s. 104; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 137; Karşı, s. *İcra*, 147-148; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 140; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 37

²⁷⁶ Kalabalık, s. 20; İYUK m. 1/1

²⁷⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 87; Kuru, *El Kitabı*, s. 97; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 124; Karşı, *İcra*, s. 140; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 20 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 30

²⁷⁸ Kalabalık, s. 123

²⁷⁹ Özay, s. 360; Karatepe, s. 77; Balta, *Ders Notları*, s. 50; Balta, *İdare Hukuku*, s. 88; Alpar, s. 38; Oytan, s. 156; Gözübüyük, s. 335; Alan, s. 49; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 176; Korkmaz, s. 249

²⁸⁰ Pekcanitez, *Şikayet*, s. 60 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI

§ 6. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI

I. GENEL OLARAK

İcra müdürü, kanun kendisine takdir yetkisi tanıdığı hallerde acaba nasıl kullanacaktır? Yani icra müdürü takdir yetkisini kullanırken, hangi kıstaslara, hangi ilkelere, hangi sınırlara riayet edecektir? İşte bu bölümde bu sorulara cevap vermeye çalışılacaktır.

İcra müdürünün takdir yetkisinin kullanmasına ilişkin olarak dikkat etmesi gereken ilkeleri; sistematik olarak iki başlık altında inceleyeceğiz. İlk olarak anayasal ilkeler, ikinci olarak da takdir yetkisinin kullanılmasına özgü ilkeler. Bu ayırım yapılmasında maksat; konunun daha sistemli olarak anlatılması, böylelikle anlaşılmasının daha kolay olmasının sağlanmasıdır. Yoksa daha sonra da görüleceği üzere, ilkeler birbirleriyle iç içe geçmiş durumundadır²⁸¹. Ya da bir ilkeye aykırı bir davranış, bir başka ilkeye de aykırı olabilmektedir. Yapılan ayırımın temelinde ise söz konusu ilkenin hangi hukuk disiplini içinde olduğu veya nerede düzenlendiği vardır.

Bu bölüme ilişkin olarak, konuyla ilgili ilkeler incelenirken; söz konusu anayasal ilke hakkında yer alan tartışmalara girilmeden, ilkenin özü genel olarak anlatılıp, sonrasında da icra müdürünün takdir yetkisini kullanılmasıyla olan ilişkisi açıklanacak ve kapsam ona göre belirlenecektir.

²⁸¹ İnsan hakları insanları korumak ve onların varlıklarını sürdürmesi amacına hizmet etmektedir. Temelde insanı hedef alırlar. Dolayısıyla insan hakları ilkeler halinde ayrı ayrı tasnif edilip anlatılabilir de, aslında bir bütündür. Örneğin, malvarlığına ilişkin hak mülkiyet iken, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalede, dolaylı da olsa insan onuruna etkide bulunulur. Bunun temel sebebi, insan haklarının bir bütün olması ve amacının insanı korumak olmasındandır.

Diğer taraftan, çalışmanın konusunun “İcra Müdürünün Takdir Yetkisi” olmasının da sebebi, iflas hukukunda iflas müdürünün uyacağı ilkeler burada sayılanlardan farklılık arz ettiği için²⁸² kapsam dışında bırakılacaktır. Dolayısıyla yapılan açıklamalar icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken dikkat edeceği hususlar olarak anlaşılmalıdır.

II. ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ

AY m. 11/1 “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” demek suretiyle anayasal hükümlere uyma mecburiyeti getirmiştir. Bu hükümden yola çıkarak devletin organları, kamu kurum ve kuruluşları ile idarenin, bunun dışında her hangi bir ayırım yapılmadığı için tüzel ve gerçek kişileri anayasal hükümlerle bağlıdır. Maddenin ikinci fıkrasında da daha özele indirilerek kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirlenmiştir.

Temelde kaynağını Anayasanın 11. maddesinden alan anayasaya uyma mecburiyeti, anayasanın ifadesiyle “anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” olarak adlandırılmıştır. Bu maddenin kapsamına bakıldığında aslında, anayasanın üstünlüğü üst başlığı altında; anayasanın bağlayıcılığı ve normatif anlamda anayasanın üstünlüğü yer alır. Şimdi sırasıyla bu kavramların neler olduğunu inceleyelim.

A. Anayasanın Bağlayıcılığı

Anayasaya sahip hukuk sistemlerinde genelde, anayasanın bağlayıcı olmasının kabul edildiği görülmektedir²⁸³. Bizim Anayasamızda da 11. maddede düzenlenmiştir. Anayasanın bağlayıcılığından en kısa anlamda, kamu otoritelerinin görevlerini yerine getirirken anayasanın emir ve yasaklarına uyması anlaşılır²⁸⁴. Anayasanın bağlayıcılığının doğrudan doğruya muhatabı devlet ve onun organlarıdır. Diğer taraftan, kamu otoritelerinin sahip olduğu yetkiler kendi kişiliklerinden kaynaklanmaz. Kaynağını bizzat anayasadan almaktadır²⁸⁵.

“İcra hukuku temelde kamu hukuku karakterlidir. Ancak, takibin konusu olan alan (kamu alacaklarına ilişkin düzenlemeler dışında), özel hukuktan kaynaklanan

²⁸² Özekes, *Temel Haklar*, s. 8-9, 61

²⁸³ Atar, s. 4

²⁸⁴ Erdoğan, *Anayasa*, s. 36; Mustafa **Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012, s. 81

²⁸⁵ Erdoğan, *Anayasa*, s. 36; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 81-82

ilişkilerdir. Bu yönüyle icra hukukunun karma karakterli olduğu da söylenebilir. Dolayısıyla anayasanın bağlayıcılığı bakımından hem dikey etki hem de yatay etki doğrudan karşımıza çıkmaktadır. Bir yandan takibin tarafları (veya takip içinde yer alan ilgililer) ile icra organları arasında kurulan dikey ilişki, diğer yandan da takibin tarafları (veya ilgilileri) arasında yatay ilişki söz konusudur²⁸⁶. ”

Devletin icra hukukuna müdahil olması, insan haklarını ihlal edebilme potansiyelini de beraberinde getirmiştir²⁸⁷. Zira icra hukuku özünde cebre, zor kullanmaya dayanır²⁸⁸. İcra hukukunda da anayasanın bağlayıcılığı olması gerekir²⁸⁹. Özellikle temel hak ve hürriyetler açısından, anayasanın hükümleri amir olduğu için uygulanması gerekir. Diğer taraftan anayasanın bağlayıcılığı ile ilgili olarak AY m. 11 “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını... bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” demek suretiyle yürütme erkinin, anayasal kurallara bağlı olarak hareket edeceğini benimsemiştir. Daha önce belirtildiği üzere, icra daireleri anayasa hukuku açısından yürütme erki içinde yer almakta²⁹⁰, böylelikle AY m. 11 hükmü onlar içinde amir hüküm olmaktadır.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, anayasanın bağlayıcılığı nedeniyle; temel haklara ve ilkelere riayet etmek zorundadır²⁹¹. Örneğin takdir yetkisini kullanırken, AY m. 10 uyarınca eşitlik ilkesine uygun davramalı, borçluya karşı müdahalenin de insan onuruna yakışır bir müdahale olmasına dikkat etmelidir. İİK m. 82 de borçlunun haczedilemeyen mal ve hakları bu düşüncüyü gerçekleştirmeye yönelik bir hükümdür²⁹². Ancak İcra ve İflas Kanunumuzda yer alan bu ve buna benzer hükümlerin, kanunun zaman itibarıyla günümüzün çok öncesinde hazırlanmış olması²⁹³,

²⁸⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 26

²⁸⁷ Özkes, *Temel Haklar*, s. 59

²⁸⁸ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 1; Postacıoğlu, s. 4; Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

²⁸⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 26

²⁹⁰ İcra müdürünün anayasa hukuku açısından yürütme erki içinde bulunduğu dair bkz. Yuk. § 2, II

²⁹¹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 22

²⁹² Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, *El Kitabı*, s. 438; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271; Özkes, *Temel Haklar*, s. 39

²⁹³ Özkes, *Temel Haklar*, s. 27-28: “...2004 sayılı İcra ve İflas Kanunumuz, 1932 tarihli. Yani, 1924 Anayasası döneminde hazırlanmış bir kanundur. Her ne kadar Kanun’da daha sonra birçok değişiklik yapılmışsa da, unutmamak gerekir ki, Kanun’un hazırlandığı dönemden sonra 1961 ve 1982 Anayasaları kabul edilmiş, ayrıca halen geçerli olan 1982 Anayasası’nda birçok değişiklik yapılmıştır. Bu Anayasa değişikliklerine rağmen, İcra ve İflas Kanunu, hala daha 1930’ların ruhu, hatta 19. yüzyıl anlayışını yansıtmaktadır. Bugün, Kanun’un, yapısının ve temelinde güdülen menfaat dengesinin de birçok yönden bozulduğu söylenebilir. İcra ve İflas Kanunu’nun hazırlandığı dönemle bugünkü anayasa, insan hakları, hukuka saygı anlayışının aynı olmadığı; aynı şekilde

dolayısıyla bazı hükümlerinin temel haklara aykırı hale gelmesi durumunda anayasanın üstünlüğü gereği uygulanmayıp anayasal ilkelere göre karar verilmelidir. Örneğin İİK m. 82’de borçlunun haberleşme hakkına yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Anayasanın 22. maddesi gereği haberleşme hürriyetini düzenlemektedir. Hacze giden icra müdürü, borçlunun telefonun haczedilip haczedilmeyeceğini bu kapsamda değerlendirmelidir. Zira anayasanın bağlayıcılığı gereği; icra dairesi, yetkilerini anayasaya uygunluk içerisinde kullanmalıdır.

B. Anayasanın Üstünlüğü

Anayasanın üstünlüğü yukarıda belirtildiği üzere aslında, anayasanın bağlayıcılığını da içine alır. Yani anayasanın üstünlüğünün ilk anlamı, anayasanın bağlayıcılığıdır²⁹⁴. Anayasanın üstünlüğünün burada inceleyeceğimiz ikinci anlamı, normlar hiyerarşisinde anayasa hükümlerinin en üst olduğudur. Anayasa hükümleri normatif değeri bakımından, diğer normlardan üstündür²⁹⁵. Bununun iki anlamı vardır. İlk olarak, anayasa dışında düzenlenen normlar hazırlanırken, anayasaya uygun hazırlanması gerekir²⁹⁶. Kanunlar açısından bu durum: AY m. 11/2 “*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” denilmek suretiyle özel olarak belirtilmiştir. Böylece kanun yapan yasama organı anayasaya aykırı bir kanun yapmamalıdır. Bu denetimin sağlanması için de Anayasa Mahkemesi kurulmuştur²⁹⁷. Hakkında iptal davası açılan veya somut norm denetimi yolu ile anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanun hükmünün değerlendirmesini Anayasa Mahkemesi yapar²⁹⁸. Kanunlar açısından getirilen bu anayasaya uygun olma sınırı, şüphesiz daha alt hukuk normları için de (örneğin tüzük, yönetmelik) geçerlidir.

Anayasanın üstünlüğünün ikinci anlamı; bir norm her ne kadar anayasaya uygun hazırlanması gerekirse de, anayasaya aykırı hazırlanmışsa, bu normu uygulayacak kişi veya kurum bu hükmü görmezden gelip, ilgili anayasal hükmü doğrudan uygulamalıdır²⁹⁹. Esasında bu durum bugünkü cebri icra uygulamamız açısından pek

kaleme alınsa dahi, aynı hükmün artık farklı anlaşılıp yorumlanması gerektiği açıktır. Ancak, bu anlayışın İcra ve İflas Kanunu’na yansıtıldığı söylenemez.” ; Aynı şekilde yine Özkes, Temel Haklar, s. 1-2

²⁹⁴ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 81; Erdoğan, *Anayasa*, s. 36

²⁹⁵ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 83; Erdoğan, *Anayasa*, s. 37; Atar, s. 5

²⁹⁶ Atar, s. 5; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 83; Erdoğan, *Anayasa*, s. 37

²⁹⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 126; Özbudun, s. 40, 403; Atar, s. 301

²⁹⁸ Özbudun, s. 403; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 84; Atar, s. 301

²⁹⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 127

mümkün değil gibi görünmektedir. Hatta doktrinde, normlar hiyerarşisi piramidinin ters dönmüş durumda olduğu ifade edilmiştir³⁰⁰. Yani bir kanun hükmü anayasaya aykırı bile olsa uygulayıcı tarafından uygulanmaktadır. Halbuki AY m. 11/1 anayasa hükümlerini herkesi bağlayan temel hukuk kuralları olarak nitelendirmiştir.

C. Anayasanın Üstünlüğünün İcra Hukukunda Görünümü ve İcra Müdürünün Bunu Dikkate Alıp Alamayacağı Hususu

Konunun icra hukuku açısından görünümü dikkate değerdir. Zira, icra müdürü takdir yetkisini kullanırken, kişilerin hukuki sahalarına müdahale edebilmektedir. Yani temel haklarını ihlal edebilecek potansiyel bir yapı mevcuttur³⁰¹. Devletin, nitelik ve kapsam farklı olsa da; ceza ve idare hukukunda olduğu gibi, cebri icra hukukunda da kişilerin temel haklarına doğrudan teması vardır. Dolayısıyla idare ve ceza hukukunda olduğu gibi burada da bir takım hususlara dikkat edilmelidir. Örneğin ceza muhakemesi yürütülürken, temel haklara ve ilkelere riayet edilmelidir³⁰². İcra hukukunun ceza hukuku kadar kişiye müdahale etmediğini kabul etmekle birlikte, kişilerin temel haklarının korunması ve gözetilmesi adına icra müdürünün de titiz davranması gerekir. Diğer taraftan; eğer bir norm anayasaya aykırı ise; uygulayıcı, bu hükmü uygulamayı ihmal edip temel hak ve ilkelere göre karar vermesi gerekir³⁰³. Biz bu şekilde kanaate sahip olmakla beraber, doktrinde aksini belirten yazarlar da vardır³⁰⁴. Anayasal hükümler her şeyin üzerinde temel hukuk kurallarıdır. Bugünkü icra hukuku

³⁰⁰ Özekes, *Temel Haklar*, s. 29

³⁰¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 55, 59

³⁰² Ceza muhakemesinin yürütülmesinde sanığın hakları bulunduğu ve bu haklara riayet edilmesi gerektiğine dair detaylı bilgi için bkz.: Bahri Öztürk, “1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı”, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 67-81; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 144 vd.; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 141 vd.; Hans-Heiner Kühne, “Vatandaş Özgürlüğü ve Suçlu Özgürlüğü-Leviathan ile Bekçi Arasında Devlet, *Suç Politikası*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 83-96 (Çeviren: Hakan Hakeri); Erdal Doğan, “Müdafiilik ve Sanık Hakları”, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2006

³⁰³ Özekes, *Temel Haklar*, s. 24

³⁰⁴ Bu konuda doktrinde aksi görüş için bkz. Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 109: “Anayasanın üstünlüğünün anlamı şudur: normlar hiyerarşisinde anayasa, kanunların üstünde yer alır. Normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alan normlar anayasaya aykırı olamazlar. Bunlar anayasaya aykırı olduklarında görevli ve yetkili yargı organları tarafından iptal edilirler....Ancak anayasanın bu kurallardan üstün olması, bu kuralların ihmal edilip doğrudan doğruya anayasanın uygulanabileceği anlamına gelmez. Yukarıda da belirttiğimiz gibi anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir kanun Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmedikçe, yürütme ve yargı organlarını bağlamaya devam eder.”

uygulamamız açısından, bu konu üzerinde titizlikle durulmadığı ifade edilmektedir³⁰⁵. İcra müdürü alacaklının talebi üzere borçlunun mallarını temel insan haklarına aykırı olup olmadığını değerlendirmeksizin haczedebilmektedir³⁰⁶. Halbuki anayasal ilkeler açısından bu hukuka aykırı olur. Doktrinde, hakimler için anayasanın bağlayıcılığı konusu; hem AY m. 11 hem de AY m. 138/1 hükümleri gereğince (*...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler*), “*çifte bağlayıcılık*”³⁰⁷ olarak nitelendirilmiştir. Buna göre hakimler; AY m. 138 hükmü uyarınca, normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasaya göre hüküm vermesi demek: ilk olarak; hukuk kurallarının anayasaya uygun yorumu, ikinci olarak; kanunda hüküm yok, anayasada hüküm varsa doğrudan anayasanın uygulanması ve son olarak; kanun ile anayasa hükmü arasında çelişki olması halinde **kanunun ihmal edilip** anayasanın uygulanmasıdır³⁰⁸. Hukukun uygulanması adına sadece görevli kişiler hakimler değildir. İcra müdürleri de kendi yetkileri dahilinde hukuku uygulamaktadırlar. Bu konuda hakimlerle arasında, yaptıkları işin niteliği dışında, fark yoktur. İkisi de kanun hükümlerini uygulamaktadır. Kanunun uygulayıcısı konumundadırlar.

İcra müdürleri hakkında AY m. 138 gibi bir hükmün olmaması eksiklik değildir. Zira AY m. 11/1 kanaatimizce icra müdürüne bu görevi yüklemektedir. Sadece, hakimler için, Özekes’in de belirttiği üzere, çifte bağlayıcılık³⁰⁹ vardır. İcra müdürü yine de, AY m. 11 uyarınca eğer bir kanun hükmünün ya da bunun altında bir mevzuatın anayasal temel hak ve ilkelere aykırı olduğunu görürse, bu kanunu anayasa karşısında ihmal edip, anayasa hükmünü uygulamalıdır. Böyle bir tavırda, icra müdürünün işleminin şikayete konu olması kuvvetle muhtemeldir. Zira ortada anayasaya aykırı da

³⁰⁵ İcra hukukumuzda yer alan gerek kanun gerekse uygulama adına aksaklıklara ilişkin eleştiri için bkz. Özekes, *Temel Haklar*, 55-57, 59

³⁰⁶ İİK m. 82 uyarınca haczedilmezlik kurallarının icra müdürü tarafından takdir edilemeyip, icra müdürü talep halinde, doğrudan söz konusu malı haczetmesi gerekirdi. Bu uygulama 6352 sayılı kanun ile 82. maddeye açıkça takdir yetkisi tanıyan hükümden önce, Yargıtay uygulamasının gereği idi. Yargıtay haczedilmezlik kurallarının icra müdürü tarafından takdir edilemeyeceği yönünde içtihatla bulunmuştu (YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013; YHGK 18.06.2008, E. 2008/12-433, K. 2008/430, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 12.03.2013; Yarg. 12. HD 07.09.1976, E. 1976/7071, K. 1976/8922, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 12.03.2013). Ancak bu durum birçok probleme yol açabilir. Örneğin şikayet hakkını kullanmadığı veya elinde olmayan bir sebeple kullanmadığı zaman bir borçlu mağduriyet yaşayabilir. Söz gelimi meskeniyet haczine karşı şikayet yoluna gitmediği için evinden olabilir.

³⁰⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 25

³⁰⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 23-24; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 127

³⁰⁹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 25

olsa bir kanun hükmü vardır. Ve eğer icra müdürü kanunda belirtilenden başka bir işlemi yaparsa bu şikayet sebebidir (kanuna muhalefet etmesi sebebi ile, İİK m. 16)³¹⁰. Akla gelen ihtimalde; bu işlemin yapılmasından menfaati olan taraf, şikayet hakkını kullanarak, icra mahkemesinde işlemin hukuka uygun olup olmadığı tartışılabilir. İcra müdürü ise neden bu şekilde davrandığının gerekçesini belirterek³¹¹, icra mahkemesi hakimine değerlendirme hakkında bilgi verecektir. Sonunda hakim de; gerek AY m. 11/1 gerekse AY m. 138 gereği, bu anayasaya aykırılık iddiasını dikkate alabilecektir. Zira anayasaya uygun karar vermek, belirtildiği gibi, anayasaya aykırı bir kanun hükmü varsa bunun ihmali yoluyla da olabilir³¹².

AY m. 11/1'den başka icra müdürüne bu görevi yükleyen bir anayasa hükmü de, AY m. 177/e'dir. Söz konusu madde anayasaya aykırı bir kanun hükmünün, uygulanmayıp doğrudan anayasa hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Maddenin “...mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.” ifadesinden anlaşılmaktadır. Buna göre icra müdürü anayasaya aykırı bir kanun olur, anayasada da doğrudan uygulanabilir bir hüküm bulursa o hükmü uygulamalıdır (*anayasanın doğrudan etkisi-geçersiz kanun hükmünün ihmali*³¹³); eğer bu şekilde bir hüküm bulamazsa da mevcut hükmün anayasaya uygun yorumlanıp uygulanması gerekir (*anayasaya uygun yorum ilkesi gereği*). Anayasanın gerek bu hükmü, gerekse AY m. 11 hükmünün bugünkü cebri icra uygulamamız için doktrinde “*bu maddelerin varlığından neredeyse habersiz bir yaklaşım sergilenmektedir*”³¹⁴ eleştirisine yer verilmiştir.

Diğer taraftan icra müdürünün anayasaya, yani temel hak ve ilkelere aykırı bir kanun hükmünü, bu ölçüde göz önünde tut(a)mayıp (aslında anayasaya aykırı olan) kanuna göre işlem yaptığını varsayalım. Bu durumun taraflarca ileri sürülmemesi işlemi hukuka uygun hale mi getirecektir? Eğer bu sorunun cevabı olumlu oluyorsa, sanki hukuka aykırılığın sebebi; hukuki yollara başvurmakmış da, bu yollara müracaat edilmeyerek işlem hukuka uygun hale gelirmiş, anlamı çıkar. Halbuki bir işlem, örneğin

³¹⁰ Postacıoğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

³¹¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., 104-105; Ayrıca takdir yetkisinin gerekçeli kullanılması gerektiği ile ilgili bkz. Aşa. § 20, IV.

³¹² Özkes, *Temel Haklar*, s. 24

³¹³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 127

³¹⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 28-29

insan onuruna aykırı ise, işlemin kendisi hukuka aykırı olduğu içindir. Başka bir açıdan bakacak olursak, farz edelim ki; tarafları ayrı olan ama diğer tüm koşulları aynı olan iki takip var. Yine bu takiplerde, hukuka aykırı aynı işlemler hakkında, bir takipte bu durum ileri sürülmüş ve işlem iptal edilmiş; diğer takipte ise ileri sürülmediği (ve icra müdürü tarafından da aykırılık gözetilemeyeceği düşüncesinden yola çıkarak) için işlem geçerli olmuş olacaktır. Dikkat edilirse aynı nitelikte ve şartta iki takip ve aynı işlemler var. Ama bir tarafta hukuka aykırılık ileri sürüldüğü ve mahkeme bunun uygulanmamasına karar verdiği için hak kaybı olmazken, diğer takipte hiç kimse ileri sür(e)mediği için mahkeme önüne taşınmamış olma nedeniyle geçerli(!) bir işlem var.

Bir başka açıdan şu örnek üzerinde de konuyu düşünebiliriz. İcra müdürü bir hükmün anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Ama kendisinin bunu ileri süremeyeceği, dikkate alamayacağı nazariyesinden yola çıkarak, anayasaya aykırı kanunun belirttiği işlemi yapmıştır. Şimdi bu halde, şikayet yoluna başvurulması iyi ihtimalinde bile (iyi ihtimal diyoruz, zira hukuka aykırılık en azından burada gündeme gelebilecek); icra mahkemesi icra müdürünün dahi görebildiği hukuka aykırılık hakkında tekrardan inceleme yaparak karar verecek, bu ise usul ekonomisine aykırı olacaktır. Eğer söz konusu işlem sonucunda bir de kanun yoluna gidildiyse yargılama ve takip daha fazla uzayacak, bu ise anayasada temin edilen adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Zira bu ilkenin bir unsuru da makul sürede yargılanmaktır³¹⁵.

Bu hususta sonuç olarak ifade etmeliyiz ki; kanaatimizce, icra müdürü de kanunlar tarafından kendisine verilen yetkileri kullandığı, böylece kanunun bir uygulayıcısı olduğu için anayasaya aykırı bir hükmü uygulamamalıdır. Bu konuda hakimlerde olduğu gibi icra müdürünün de anayasaya aykırı bir hükmü, anayasa karşısında ihmal etmesi gündeme gelmelidir. Zira hakimlerin bu şekilde davranmasını kabul edip, icra müdürlerinin davranmasını kabul etmemek de ayrı bir çelişki oluşturur. Yargılama yapılırken dikkate alınacak temel haklar ve gerekirse ihmal edilecek kanun hükmünde olduğu gibi³¹⁶; çoğu zaman yargılamanın devamı niteliğinde olan takip aşamasında da bu yorumun yapılması gerekir. Aksinin kabulü; “temel hakların yargılama aşamasında gözetilmeli, dikkate alınmalı; ancak takip aşamasında dikkate alınmamalıdır” gibi bir anlam çıkmasına neden olur. Halbuki takip aşamasında,

³¹⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s. 319-320

³¹⁶ Özekes, *Temel Haklar*, s. 24

yargılamaya göre daha da fazla dikkate alınmalıdır. Zira, yargılamada olmayan ama takipte olan zor kullanabilme yetkisi (İİK m. 80/4)³¹⁷, kişilerin hukuki sahalarına doğrudan müdahaleyi gerektirir. Bu noktadan hareketle icra müdürünün fonksiyonunun, sadece kanunda emredilen işlemi, doğrudan yorum yapmaksızın, yapmak olmadığını da söyleyebiliriz. Zira o, kanunun kendisine verdiği yetkileri, insanların özel hayatlarına müdahale ettiğinden dolayı, insan hakları ekseninde değerlendirip, uygun bulması halinde öngörülen işlemi yapmalıdır.

Konunun daha çarpıcı tarafı uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması açısından³¹⁸. AY m. 90/1 “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*” Buna göre devletimizin yapmış olduğu anlaşmanın ulusal hukukumuz açısından bağlayıcı olması uygun bulma kanuna bağlıdır³¹⁹. O halde, uluslararası alanda imzaladığımız insan haklarına ilişkin bir düzenleme, yasama organının uygun bulması ile yürürlüğe girer³²⁰. Yine insan haklarına ilişkin olarak; AY m. 90/5’te “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.*” Buna göre bir kanun hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulabilirken, milletler arası anlaşma hükmü hakkında bu başvuru yapılamayacaktır³²¹. Diğer taraftan eğer insan haklarına ilişkin olarak bir anlaşma ile kanun karşı karşıya gelecek olursa, anlaşma hükmü tercih edilecektir³²². Bu noktadan hareketle icra müdürü de, somut olayda insan haklarına ilişkin olarak karşılaştığı anlaşma hükmünü tercih etmelidir. Aksi halde, uluslararası anlaşmayı yerine getirmemek hükmü saklı, kendi hukukumuz

³¹⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 628-629; Kuru, *El Kitabı*, s. 366-367; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

³¹⁸ Biz de bu çalışmada anayasal temel hak ve ilkeler kapsamına, anayasa bloğu olarak adlandırılan ve kapsamına; usulüne göre onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş anlaşmalar ile hukukun genel ilkelerinin girdiğini düşünüyoruz (Özkes, *Temel Haklar*, s. 29). Anayasallık bloğu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Özbudun, s. 411-416; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 126

³¹⁹ Atar, s. 351; Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 346

³²⁰ Atar, s. 238

³²¹ Özbudun, s. 228, 409; Atar, s. 353

³²² Özbudun, s. 229; Atar, s. 353

açısından da AY m. 90/5'e hareket edilmiş olur. Bu konuda belki de en fazla gündeme gelecek olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir³²³.

Kanun ile anayasa hükmünün çatışması halinde; icra müdürünün, söz konusu kanunu ihmal edip, anayasa hükmüne öncelik vermesi şu açıdan da mantıklıdır. AY m. 90/5-son “...milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” Buna göre kanun ile uluslararası bir anlaşma karşı karşıya gelirse, anlaşma hükmü esas alınmalıdır. O halde; yetki verilen konu uluslararası anlaşma ve buna öncelik tanınıyorken, yetki veren Anayasa hükmü nasıl kanunla karşılaştığında geri planda bırakılacak uygulanmayacaktır?

§ 7. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN DİKKATE ALMASI GEREKEN ANAYASAL İLKELER

Anayasa hükümleri normlar hiyerarşisine göre, norm olarak kendisinden daha altta yer alan düzenlemelerden üstündür (anayasanın üstünlüğü)³²⁴; ve bu hükümler: yasama, yürütme, yargı, idare ve diğer kuruluşları bağlayıcı niteliktedir (anayasanın bağlayıcılığı)³²⁵. Anayasanın 11. maddesinde yer alan bu hüküm karşısında, hiçbir devlet organın veya kamu kuruluşun ya da idarenin, anayasanın hükümlerini ihmal etme hakkı yoktur. Aksi durum anayasa hukuku açısından hukuka aykırı olur.

Anayasanın ihlali, bu açıdan temel hak ve hürriyetlerde³²⁶ özellik arz eder. Başka bir deyişle; bu alanda dokunulmazlık daha fazla olması gerekir. Bu durum anayasanın, genel düzenlemeleri bir tarafa, insan hakları bakımından yapmış olduğu

³²³ Özkes, *Temel Haklar*, s. 34: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel haklara ilişkin düzenlemeleri, Anayasa'ya paralel düzenlemeler içerip, aynı derecede, hatta daha kuvvetli bir bağlayıcılığa sahiptir. Anayasa'nın 90. maddesinin, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği yönündeki hükmü, bu konuda güçlü bir bağ kurmaktadır.”

³²⁴ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 83; Erdoğan, *Anayasa*, s. 37, 248; Atar, s. 5

³²⁵ Erdoğan, *Anayasa*, s. 36; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 81

³²⁶ Anayasal temel hak ve ilkeler dendiğinde: “Türk Anayasa Mahkemesi de, başka pek çok benzeri gibi, anayasanın pozitif metnini de aşan bir takım değerlerin (hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk verileri, özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası kurallar vb.) ‘Anayasallık Bloku’ içinde sayarak koruma altına almıştır.” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 126). Biz de çalışmanın bu kısmında anayasa da belirlenen pozitif düzenlemeler yanında, hukukun genel ilkeleri, uluslararası nitelikte haklar vs. kast ediyoruz. Anayasal ilkeler deyimi buna uygun olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla aşağıda inceleme konusu yapacağımız bazı başlıklarda yer alan kavramlar, aslında pozitif anayasa metninde insan hakkı olarak sayılmaz. Ancak hukukun genel ilkeleri kapsamında yer alıp, temel haklara özellikle icra müdürünün takdir yetkisine etkisi bulunmaktadır. Örneğin: insan onuru kavramı gibi.

özel düzenlemelerden de anlaşılabilir. Genel olarak; AY m. 12/1 hükmü gereğince, herkes dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir³²⁷. Yine AY m. 13, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının nasıl olacağını, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” şeklinde ifade etmiştir³²⁸. Bu iki madde beraber değerlendirildiğinde; öncelikle, herkesin kendi tasarrufunda bile olmayan (devredilemez, vazgeçilemez) temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu anlaşılmaktadır³²⁹. İkinci olarak; sınırlama yapılmasının ancak kanunla olabileceğini, yapılan sınırlamanın da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmadan, devletin niteliklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır³³⁰. Yani bu maddelerin değerlendirilmesinden; özgürlüklerin kural, kısıtlamaların ise istisna olduğu yorumu yapılabilir. Temel hak ve özgürlükler açısından, daha özelde ise; AY m. 90 hükmü uluslararası anlaşmaların bağlayıcılık gücüne yer vermektedir. Buna göre, bu anlaşma hükümleri kanun hükmündedir³³¹. Ancak bu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulamaz³³². Ve eğer kanunlar ile bu anlaşma hükümleri çatışırsa, anlaşma hükmü uygulanır³³³.

İcra hukukunda kişilerin temel hak ve hürriyetlerine doğrudan bir müdahale vardır³³⁴. Bu müdahale, icra hukukunun kendi niteliğinden kaynaklanır. Zira borcunu yerine getirmeyen, ödemeyen bir borçlu vardır. Bu borçlunun, borcunu gerekirse zor kullanarak alacaklıya ödemesi sağlanır³³⁵. İcra organları da, kanunda bu kapsamda kendilerine verilen yetkileri kullanarak icra takip işlemlerini yaparlar. Bu noktadan

³²⁷ Temel hak ve özgürlüklerin özelliklerinden birisi de devredilmez ve vazgeçilmez oluşudur. Buna göre kişilerin bu haklardan vazgeçmesi mümkün değildir. “*İnsan haklarının sözleşmeye konu olması ya da bunlardan vazgeçilmesi mümkün değildir.*” (Tekin **Akılloğlu**, “*İnsan Hakları I (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995, s. 40).

³²⁸ Temel hakların sınırlanmasının sınırı hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Zafer **Gören**, “*Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları*”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, İstanbul 2007, s. 39 vd.

³²⁹ Akılloğlu, “*İnsan Hakları*”, s. 40

³³⁰ Daha detaylı bilgi için bkz.: Gören, “*Sınırlama*”, s. 50-57; Özekes, *Temel Haklar*, s. 52-55

³³¹ Atar, s. 352

³³² Özbudun, s. 228, 409; Atar, s. 353

³³³ Özbudun, s. 229; Atar, s. 353

³³⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 66; Özekes, *Temel Haklar*, s. 59

³³⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 66

hareketle icra müdürlerinin de yetkilerinin kanun tarafından verildiği, kanunda yetki veren bir hükmün olmaması halinde işlem yapamayacağı ifade edilebilir³³⁶. Yetki verilen hallerde de, özellikle temel haklara müdahale edilmesini gerektiren durumlarda, anayasal temel hak ve ilkelere ve icra hukuku amacına uygun yorum yapılarak sonuca gidilmelidir. Örneğin haciz sırasında borçlunun şahsına gerekirse kuvvet uygulanabilir (İİK m. 80/4)³³⁷. İcra müdürü kendisine verilen bu yetkisini kullanırken şüphesiz anayasal temel hak ve ilkeler kapsamında değerlendirme yapmak zorundadır. Yine İİK m. 85/6 uyarınca tarafların çatışan menfaatleri arasında bir denge kurmak suretiyle³³⁸, kuvvet kullanılmasına karar vermelidir. Eğer bu denge aşırı bir şekilde bozuluyor ya da kuvvet kullanılması başta anayasa da belirtilen ölçülülük ilkesi olmak üzere temel hak ve ilkelere aykırı oluyorsa, kuvvet kullanılmamasına karar vermelidir³³⁹. Şüphesiz bunun tespiti ve uygulaması oldukça güçtür. Zira icra hukukunda tarafların menfaatlerinin hep bir çatışma halinde olduğu düşünüldüğünde³⁴⁰, bunların bir potada eritilmesi, birleştirilmesi bir takım zorlukları beraberinde getirir. Ancak her halde alacaklının mülkiyet hakkı (alacak), borçlunun insan onuruna tercih edilmemeli, denge getirilirken buna uygun yorum yapılmalıdır.

³³⁶ “Bu farklılık, isminden de anlaşılacağı üzere ‘cebri’ icra faaliyetinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, cebri icra faaliyeti, kişinin hakimiyet alanına(gerek kişilik gerekse malvarlığı yönünden) doğrudan bir müdahaleyi gerektirdiğinden ve ağır sonuçlar doğurma ihtimali de bulunduğundan, mutlak bir **belirlilik ve kesinlik** taşımali, öngörülebilir ve sınırları baştan başa belirli olmalı, keyfiliğe imkan tanımamalıdır. Yaptırım ağırlığı ceza hukukundaki seviyeye ulaşmasa dahi, cebri icra hukuku bir yönüyle ceza hukukundaki ilkelere benzer bazı ilkelerin temelinde **kanunilik ilkesi** yatmaktadır. Hatta denilebilir ki, **kanunilik ilkesi cebri icra alanında bir temel ilkedir.**” (Pekcanıtez, Atalay, Özekes, vd., s. 87; Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: Özekes, *Temel Haklar*, s. 89-93)

³³⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 269

³³⁸ “İcra ve İflas Kanunu’nunda, 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 vermiştir: ‘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 ilgili menfaatlerini gözeterek işlemi gerçekleştirmek ve menfaat dengesinin gereklerine uygun olarak icra takibini sürdürmesi gerekir.” (Çiftçi, s. 7).

³³⁹ bkz. Aşa. § 25, II, C.

³⁴⁰ “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 korur. Bir tarafta alacaklının, alacağını tahsil etme isteği yer almakta; diğer tarafta da, borçlunun olabildiğince malvarlığına ve şahısvarlığına zarar vermeden borcun tahsil edilmesi veya borcun sona ermiş olduğunu ispatlama isteği vardır.” (Çiftçi, s. 8).

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile temel hak ve hürriyetlerin asıl; sınırlamaların ise ancak kanunla ve belli koşullarda yapılması³⁴¹, diğer taraftan da icra hukukunun cebre dayanması³⁴², bunun sonucunda da kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale potansiyelinden dolayı³⁴³, anayasal temel hak ve hürriyetlerin icra hukukunda iyi bir şekilde anlaşılmasını gerekli kılar. Ayrıca takdir yetkisinin özünde, kanun koyucunun, kanunun uygulayıcısına belli alan içinde serbestlik tanıdığı göz önünde tutulduğunda, icra müdürü takdir yetkisini anayasal temel hak ve ilkeler doğrultusunda kullanması son derece önemlidir. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken anayasal ilkeler incelenecektir. İnceleme yapılırken öncelikle söz konusu anayasal ilke hakkında genel bilgi verilip, sonrasında icra müdürünün takdir yetkisiyle olan ilişkisi incelenecektir.

§ 8. İNSAN ONURU

I. GENEL OLARAK

İnsan onuru kavramı, tarihi köken açısından insan doğasından kaynaklanmaktadır. Buna göre insan gereksinimleri veya insan olanaklarından yola çıkılarak, insan onuru kavramı tanımlanmaya çalışılmaktadır³⁴⁴. Yine insan doğası ekseninde yapılan temellendirmeye göre; “...Her insanın, kişisel, bedensel vb. özelliklerine bakılmadan doğuştan sahip olduğu insan onuru kavramı, bireyin insan onuruna yakışır bir hayat sürdürmesi için gereken koşullara sahip olmasını şart koşar³⁴⁵.” Buna göre kişi; insan onuruna, doğuştan ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin sahip olur. Bu noktadan hareketle de insana tanınan temel hak ve hürriyetler aslında, insan onurunu sağlamaya yöneliktir³⁴⁶. Yani anayasalarda veya diğer sözleşmelerde tanınan temel hak ve hürriyetler, insan onurundan kaynaklanır ve insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarıdır³⁴⁷.

³⁴¹ Detaylı bilgi için bkz.: Gören, “Sınırlama”, s. 50-57; Özekes, *Temel Haklar*, s. 52-55

³⁴² Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 66

³⁴³ Özekes, *Temel Haklar*, s. 47

³⁴⁴ İnsan onuru kavramının tarihi kökeni hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Ersel Aldabak, “*İnsan Hakların Düşünsel ve Tarihi Kökenleri*”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt III, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 205 vd.

³⁴⁵ Aldabak, s. 218

³⁴⁶ Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1999, s. 378; Gören, “Sınırlama”, s. 54; Alman Anayasa Mahkemesinin insan onurunu tüm insan haklarını kökü olarak nitelediğine dair bkz.: İlyas Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2005, s. 59

³⁴⁷ Aldabak, s. 218; Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378

Anayasa Mahkemesi bir kararında insan onurunu şu şekilde ifade etmiştir: *“İnsan haysiyeti kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerinin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır³⁴⁸.”* Buna göre, insan onuru ile ilgili olarak; söz konusu temel değer, eğer insandan alınırsa onun, insan olma vasfına müdahale edilmiş olur. Bunun en bariz örneğini vücut bütünlüğünün korunması hakkında verebiliriz. Kişinin vücut bütünlüğüne zarar veren bir eylem, onun insan onuruna da müdahale demektir.

İnsan onuru kavramı devletimizi bağlayan temel insan hakkı değeridir. AY m. 2’de devletin nitelikleri belirtilirken, anayasanın başlangıç kısmına atıf yapılarak, insan onuru kavramına yer verilmiş olmaktadır. Ayrıca AY m. 4 uyarınca, anayasada yer alan bazı bu hükümlerin değiştirilmesi hatta değiştirilmesinin teklif edilmesi dahi mümkün olmadığından³⁴⁹, AY m. 2 gereği başlangıç kısmında sayılan temel ilkeler de bu kapsamdadır. Bu nedenle değiştirilemeyen ve hatta değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen temel ilkelerden birisi de insan onurudur³⁵⁰.

İnsan onuru kavramı kanun koyucu için de bağlayıcıdır³⁵¹. Bunu AY m. 13’ten anlayabiliyoruz. Söz konusu maddede insan hakların sınırlanmasının kanunla belli sınırlar dahilinde olabileceği belirtilmektedir³⁵². Bu sınırlardan biriside “Laik Cumhuriyetin Nitelikleri” diye belirtilen, devletimizin sahip olduğu niteliklerdir³⁵³. Bu niteliklerden birisi de insan onurudur. O halde; temel haklarda yapılan sınırlamalar insan onuru kriterine uygun olmalıdır³⁵⁴. Kanun koyucunun bir temel hakkı sınırlarken (AY m. 13’de sayılan sınırlarında kapsamda olmasını unutmamak kaydıyla), insan

³⁴⁸ AYM 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1967, Resmi Gazete Sayı: 12632; aynı kararın ilgili kısmı için bkz.: Özekes, *Temel Haklar*, s. 109; Meltem **Dikmen Caniklioğlu**, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 471; Aldabak, s. 219

³⁴⁹ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 351 (Yazar bu kuralı açıklarken, kuralın ilanihaye değiştirilmez bir hüküm olmadığını da açıklamaktadır. Zira “özgün kurucu iktidar olan halkın Anayasa koyan iradesi, Anayasanın oluşturduğu meclisler tarafından bağlanamaz.” (s. 352)).

³⁵⁰ Gören, “Sınırlama”, s. 54

³⁵¹ “Sınırlamanın sınırı kavramı, temel hak kullanımına sınır çizdiğinde, yasa koyucu için geçerli olan sınırları ifade etmektedir.” (Gören, “Sınırlama”, s. 50). Yazar bu üst açıklamayı yaptıktan sonra çalışmada, bu sınırların neler olduğunu belirlemiş ve adı geçen çalışmada insan onuru kriterinin yasa koyucu tarafından bu kapsamda sınır olduğunu belirtmiştir (Gören, “Sınırlama”, s. 54).

³⁵² Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 369; Gören, “Sınırlama”, s. 46; Özbudun, s. 113-118

³⁵³ Özbudun, s. 75

³⁵⁴ Gören, “Sınırlama”, s. 54; Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378

onuruna riayet etmesi gerekir. Getireceği düzenlemenin, insanın sırf insan oluşundan dolayı kendisine tanınan davranış çizgisinin altında kalması halinde, söz konusu düzenleme insan onuruna aykırı olacaktır. Bu nedenden dolayı da söz konusu temel hakkı sınırlayan kanun hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir³⁵⁵.

“İnsan onurunu bir üstün değer kılan, onun temel haklar yoluyla kendisini gerçekleştirebilmesinden çok, insanın kendisine olduğu kadar başkalarına saygı duyma yetisini de içermesidir”³⁵⁶. İnsan onuru bu boyutu ile değerlendirildiğinde, hak sahibi olan kişilerin dışındaki üçüncü kişilerin bu hakka riayet etmesi gereği ortaya çıkar. Başka bir deyişle; insan onuru kavramı, sadece anayasa koyucu veya kanun koyucuyu sınırlayan bir ilke yahut değer yargısı değil, söz konusu kişi dışındaki kişiler içinde bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılığın yansımaları ceza hukuku alanında özellikle görebiliyoruz. Nitekim AY m. 19 özel olarak bu yönde bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsan onuru kavramına, birçok uluslararası sözleşmede de yer verilmiştir. Nitekim *“İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin Başlangıç bölümünde ‘insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onur’a vurgu yapılırken; B.M. İkiz Sözleşmelerinin Başlangıçları ‘insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları... hakların insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediğini’ kabul etmektedir. Son olarak 7-8 Aralık 2000’de Nice Zirvesinde kabul edilen Avrupa Birliğinin üzerinde inşa edildiği temel değerlerden biri olduğunu Başlangıç bölümünde bildirmiştir. Şartın birinci maddesi de... ‘insanlık onurunu ihlal edilmez. Saygı gösterilmeli ve korunmalıdır’ hükmünü içerir”³⁵⁷.* İnsan onuru kavramının bu şekilde uluslararası sözleşmelerde geçmesi, bu hakkın kaynağının bizzat insan olmasındandır. Zira insan nerede bulunursa bulunsun, insan olmasının gereği ile belli bir standart üstünde yaşamalıdır. Devletlerin sosyal ve ekonomik yeterliliklerinin farklı olması halinde bu çığa değişebilir. Ancak değişim kesinlikle insanın, insan olarak yaşamasına olanak verecek asgari sınırı ihlal etmemelidir.

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin yukarıda verdiğimiz kararı ışığında insan onuru hakkında düşüncesi belirlemektedir (Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1967, Resmi Gazete Sayısı: 12632, AYM 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29). Buna göre, yapılan bir kanun insan onuruna aykırı olursa, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Başka bir deyişle; söz konusu kanun, Anayasa Mahkemesinin *“muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır”* şeklinde koyduğu sınırı ihlal ederse, iptal edilebilecektir. Zira söz konusu kanun insan onuruna aykırı olmaktadır.

³⁵⁶ Dikmen Caniklioğlu, s. 470

³⁵⁷ Aldabak, s. 218

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA İNSAN ONURU KAVRAMI

Cebri icra hukukunun amacında; temelde, alacaklının alacağına kavuşması yatar³⁵⁸. Ancak icra hukukunun amacını ifade ederken sadece, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak dersek, yanlış olmasa da eksik bir ifade olur. Zira cebri icra hukukunda takip prosedürünün tüm gereklerini yerine getirdiği halde borcunu ödeyemeyen borçluya karşı, icra hukukunda uygulanacak bir müeyyide yoktur³⁵⁹. Dolayısıyla icra hukukunun bir amacı alacaklının alacağına kavuşması ise de, bununla beraber dikkate alınması gereken bir başka husus da borçlunun insan haklarıdır³⁶⁰. Buna göre, icra hukukunun amacını; alacaklının alacağına, borçlunun temel haklarını gözeterek ve bu sınırlar kapsamında, kavuşmasını sağlamak şeklinde tarif edebiliriz.

Cebri icra hukukunda tarafların temel haklarını gözetmeyi, bir noktada mantık kuralları da gerektirir. Zira hukuk mantığında, çoğun içinde azda vardır. Ceza hukukunda kişi, çok ağır bir terör suçlusu da olsa, temel haklara sahiptir³⁶¹. İcra hukuku ceza hukuku kapsamında değerlendirilemese de, ikisinde de devletin kudreti, gücü hissedilmektedir. Bu noktadan hareketle, borçluya nazaran daha ağır bir cürüm işleyen suçluya bile temel haklar tanınırken, borcunu ödemeyen borçluya tanınmaması hukuk mantığına aykırı olur³⁶².

İnsan onurunun, kanunların hazırlanmasında dikkate alınması gerekir (AY m. 13)³⁶³. İcra hukukuna ilişkin olarak getirilen yasal düzenlemelerde de kanun koyucu bu açıdan bağlıdır. Kanun koyucu, icra hukukuna ilişkin düzenlemeler yaparken özellikle

³⁵⁸ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39

³⁵⁹ “...Cebri icra hukuku, yaptırım ve zor kullanma hukuku olmakla birlikte, bir cezalandırma hukuku değildir. İcra hukukunda ne pahasına olursa olsun alacağın elde edilmesi, borçlunun ve üçüncü kişilerin haklarının göz ardı edilmesi düşünülemez. Alacaklı, insan haklarına saygılı, sosyal, hukuk devletinin mümkün kıldığı en azami ölçüde korunmalı; ancak borçlunun sırf borcunu ödeyememesi, onun dorudan ya da dolaylı cezalandırılması sonucunu doğurmamalı ve borçlu kaderine terk edilmemelidir.” (Özekes, *Temel Haklar*, s. 64)

³⁶⁰ Doktrinde Umar, icra hukukunun değişmez amaçları başlığı altında ilk olarak alacaklının alacağına kavuşmasını inceledikten sonra, ikinci olarak borçlunun insan haklarının korunmasını zikretmektedir (Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39-40). Buna göre icra hukukunun amacı olarak bu ikisini beraber görmemiz, değerlendirmemiz gerekir. Esasında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi de bunu gerektirir. İcra müdürü icra takip işlemlerini yaparken; bir taraftan alacaklının alacağına en kısa sürede kavuşmasını sağlarken, borçlunun haklarını ihlal etmemeye özen göstermelidir. Bu yönde bkz. Özekes, *Temel Haklar*, s. 37

³⁶¹ Ceza muhakemesinin yürütülmesinde sanığın hakları bulunduğu ve bu haklara riayet edilmesi gerektiğine dair detaylı bilgi için bkz.: Öztürk, s. 67-81; Öztürk, Tezcan, Erdem vd., s. 144 vd.; Centel ve Zafer, s. 149 vd.;

³⁶² Özekes, *Temel Haklar*, s. 115

³⁶³ Detaylı bilgi için bkz.: Gören, “Sınırlama”, s. 50-57; Özekes, *Temel Haklar*, s. 52-55

borçlunun, insan onurunu hiçe sayacak düzenlemeler yapmamalıdır. Kanun koyucumuzun da İcra ve İflas Kanununda bunu sağlamaya yönelik hükümler koyduğu söylenebilir. İİK m. 82 buna örnek olarak verilebilir. Kural olarak borçlunun mameleki bir kıymeti olan her şey haczedilebilir³⁶⁴. Ancak çeşitli sebeplerden kanun koyucu bazı malların haczini yasaklamış, icra müdürüne de bu konuda takdir yetkisi vermiştir. Bu nedenlerin en başında, insan onuru sayılabilir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetler insan onurunu sağlamaya yönelik olarak vardır³⁶⁵.

İcra hukukunda; icra müdürüne takip işlemlerini yerine getirmesi için verilen takdiri nitelikteki yetkiler açısından insan onuru kavramının dikkate alınması daha fazla önem taşımaktadır. Öncelikle şu belirlemeyi hatırlayalım; icra müdürleri için de, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü söz konusudur³⁶⁶. Dolayısıyla, anayasanın, başlangıç kısmında sayılan insan onuru kavramı, icra müdürünün işlemlerini yaparken dikkat etmesi gereken hususlardandır³⁶⁷. İcra müdürü kanunun kendisine takdir yetkisi verdiği durumlarda, yetkisini kullanırken buna dikkat etmek mecburiyetindedir. Diğer taraftan bu mecburiyet bazı hususlarda daha hassas olmayı gerektirir. Bilindiği üzere icra hukukunda alacak kavramı içine; sadece para alacağı girmeyip bir şeyin yapılması, verilmesi veya yapılmaması edimi de girer³⁶⁸. Dolayısıyla, her takip prosedürünün aynı anlayışla yürütülmesi mümkün olmaz. Söz gelimi bir para alacağının takibine göre, konusu çocuk teslimi olan bir ilamın yerin getirilmesinde insan onurunun gözetilmesi açısından daha hassas davranmak gerekebilir³⁶⁹. Nitekim bu konunun hassasiyetine binaen kanun koyucu, İcra ve İflas Kanunumuza 25/b hükmü eklemiştir³⁷⁰.

³⁶⁴ Baki Kuru, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, *Makaleler*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 717

³⁶⁵ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378; Gören, “Sınırlama”, s. 54; Aldabak, s. 218; Doğan, “İnsan Onuru” s. 59

³⁶⁶ bkz. Yuk. § 6, II, C

³⁶⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 114: “Cebri icra faaliyeti içinde, insan onurunun korunması için sadece düzenleme yapılması yeterli olmayıp aynı zamanda icra işlemleri yapılırken de bu amaca uygun davranılmalıdır. Hatta denilebilir ki, cebri icra faaliyeti içinde, düzenlemeler kadar, ondan daha da önemli olan, fiili durumdur ve uygulamadır. Takibi yürütme yetkisi icra organlarındadır ve birçok konuda icra organlarına takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetki ve takdir hakkı keyfiliğe vardığı zaman, insan onuru da zedelenmeye başlamış demektir. Modernleşme, ekonomik ilişkilerin gittikçe acımasız hale gelmesi, bunlara bağlı ve bunların da ötesinde toplumsal ve ahlaki değerlerin yıpranması sebebiyle ortaya çıkan vurdumduymazlık bir yana, normal, makul, orta zekalı ve orta ahlaktaki bir insan için, bir icra faaliyetine maruz kalmak, zaten yeterince üzücü ve gurur kırıcıdır. Bu sebeple, icra organlarının bu bilinci taşıyarak cebri icra faaliyetini sürdürmesi gerekir.”

³⁶⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 25-26; Kuru, *El Kitabı*, s. 59-60; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 53

³⁶⁹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 117

³⁷⁰ İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 7, Resmi Gazete Tarihi: 30.07.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25184

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında insan onuru kavramı takdir yetkisinin *dış sınırını (genel sınırını)* oluşturduğunu ifade edebiliriz. İnsan onuru kavramının bu işlevi; takdir yetkisine doğal bir sınır getirmekte, böylelikle icra müdürünün hareket sahasını insan onuruna dokunmamak olarak belirlemektedir. Bundan başka kanunda takdir yetkisi tanınırken, hangi kıstaslara veya şartlara göre kullanılacağı konusunda, özel sınırlar getirilmiş olabilir. Buna karşılık getirilmemişte olabilir. O halde; takdir yetkisine ilişkin sınırların sadece kanun ile konulmuş olacağı düşünüülerek, kanunda bu şekilde özel bir sınırın olmaması halinde tamamen serbest olunacağı sanılmamalıdır. Kanunda icra müdürünün takdir yetkisini tanıyan madde hiçbir özel sınır koymasa bile, icra müdürü insan onuru ile bağlıdır. İcra müdürü, yapmış olduğu işlemin insan onuruna yakışır olup olmadığını değerlendirip, sonuçta insan onuruna aykırı şekilde takdir yetkisini kullanmamalıdır. Yani böylesi bir durumda, kendisine söz konusu işlemi yapmasına izin vermeyen insan onuru kavramı ile karşılaşır. Şöyle ki, takdir yetkisinin kullanılmasında kanunda hüküm olması gerekir (birinci sınır)³⁷¹; diğer taraftan da kanunda takdir yetkisinin kullanılmasında özel bir sınır konuldu ise icra müdürünün bu sınıra (ikinci sınır) riayet ederek takdir yetkisini kullanması gerekir³⁷². Örneğin, İİK m.55/1 gereği, borçlunun ağır hastalığı halinde takip “muayyen bir zaman” için ertelenebilir³⁷³. İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan bu madde, ayrıca takdir yetkisinin kullanılması bakımından özel sınır da koymuştur. Söz konusu sınır, ağır hastalık halinin bulunmasıdır. İcra müdürünün bu yetkisini kullanabilmesi için borçlunun ağır hastalık halinde bulunması şartının yerine gelmesi gerekir. Sonrasında ise; icra müdürü somut olayda “muayyen zamanın” ne olduğunun takdirini yaparken, borçlunun insan onurunu dikkate alarak karar vermelidir. Neticede vermiş olduğu süre, borçlunun insan onurunu zedelememelidir³⁷⁴. Buna karşılık kanun icra müdürüne takdir yetkisi tanırken, her hangi bir özel sınır koymayabilir. Örneğin; İİK m. 82/4 hükmüne göre icra müdürü, haczi talep edilen malın haczinin caiz olup olmadığını takdir eder ve karar verir³⁷⁵. İcra müdürü bu halde bile takdir yetkisini

³⁷¹ İcra müdürünün takdir yetkisine haiz olduğuna karar verirken, ilk önce kanunda hüküm olmasına bakılır. Kanun icra müdürüne takdir yetkisi vermediyse, icra müdürünün böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Aşa. § 20, I

³⁷² İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken kanunda yer alan sınırlara uymak zorundadır. Bu konuda bkz. § 20, III

³⁷³ Kuru, *Cilt I*, s. 144-145; Kuru, *El Kitabı*, s. 133; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 155; Özkes, *Temel Haklar*, s. 114

³⁷⁴ bkz. Aşa. § 24, I, C.

³⁷⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

kullanırken, dış sınır (genel sınır) diye ifade ettiğimiz insan onuru kavramı ile bağlıdır³⁷⁶. Her ne kadar İİK m. 55’de yer alan ağır hastalığın bulunması şartı gibi bir özel şart olmasa da bu onun tamamıyla serbest olduğu manasına gelmez. Kullanacağı takdir yetkisi her zaman için insan onuru kavramına uygun olmalıdır.

İnsan haklarının tamamı, insan onurunu korumak için varlık gösterirler³⁷⁷. Örneğin ailenin korunması, özünde, insan onurundan ileri gelir, insan onurunu sağlamak için vardır. Dolayısıyla bu hakka yapılan ihlal, dolaylı olarak insan onuruna da yapılmaktadır. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken genel sınır olarak insan onuru kavramına riayet ederken, kanun açıkça başka bir hakkı koruma altına aldıysa artık bu hakka da riayet ederek kullanmalıdır. Bu açıdan icra müdürünün takdir yetkisi, daha özel bir sınır ile sınırlandırılmıştır. Kanunda yer alan bu özel sınıra rağmen insan onuru genel sınırı da varlığını sürdürür. Her ne kadar açıkça kanunda insan onuruna riayet edilmesi yazmasa da, tüm hakların insan onurunu korumaya yönelik olması bunu gerektirir³⁷⁸. Söz gelimi İİK m. 82/1-3’de borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşyaların haczedilmeyeceğini düzenlemektedir³⁷⁹. Burada borçlu ile birlikte aile üyelerinin de korunduğunu görüyoruz³⁸⁰. İcra müdürü, haczin yapılıp yapılmayacağı konusunda takdir yetkisine haizse de (İİK m. 82/4)³⁸¹, bu yetkisini en nihayetinde ailenin ve bu birliğin korunması ilkesi amacına uygun olarak kullanmalıdır. Zira insan onuru ailenin korunmasını ve aile yaşamına saygı duyulmasını gerektirir. İşte burada insan onuru kavramı ailenin korunması şeklinde somutlaşmaktadır. Ailenin korunması ilkesine aykırı kullanılan takdir yetkisi, en nihayetinde insan onurunu da ihlal eder.

İnsan onuru kavramı açısından son olarak bir hususu daha incelemekte fayda var. İcra müdürü hacze gittiğinde İİK m. 80/4 uyarınca borçlunun şahsına kuvvet uygulayarak haczi gerçekleştirebilir³⁸². Bu yetkinin Anayasa karşısında özellikle ilamsız

³⁷⁶ bkz. Aşa. § 25, III, A.

³⁷⁷ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378; Gören, “Sınırlama”, s. 54; Aldabak, s. 218; Doğan, “İnsan Onuru”, s. 59

³⁷⁸ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378; Gören, “Sınırlama”, s. 54; Aldabak, s. 218; Doğan, “İnsan Onuru”, s. 59

³⁷⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 789-790; Kuru, *El Kitabı*, s. 441; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, vd., s. 277-279

³⁸⁰ Bu doğrultuda bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, vd., s. 278

³⁸¹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanıtez, Atalay, Özekes vd., s. 272-273

³⁸² Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, vd., s. 269; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

icra bakımında sorunlu olduğu ifade edilmiştir³⁸³. Bununla birlikte kanaatimizce, bu yetkinin anayasal temel hak ve ilkeler çerçevesinde kullanılması halinde, hukuka aykırı olmaz. Zira borçlunun üstünde, alacaklının alacağını elde etmeye yetecek derecede para veya değerli malın bulunmasına rağmen, borçlunun şahsına kuvvet uygulanması anayasaya aykırı olur deyip, kuvvet uygulamaktan vazgeçerek sonuçta da malı haczetmemek, alacaklının mülkiyet hakkına aykırı olur (AY m. 35). Bununla birlikte, madde borçlunun şahsına kuvvet kullanabilme yetkisi verdiği için, haciz mahalinde borçlu ile birlikte bulunan kişilerin şahsına kuvvet uygulanamayacaktır. Zira takdir yetkisinin kanuniliği gereğince, icra müdürü takdir yetkisini kanunun tanıdığı yerde ve kanunun sınırları içinde kullanmak zorundadır³⁸⁴. Dolayısıyla maddede “borçlunun” denmesi, bu yetkinin sınırını çizmektedir³⁸⁵.

Kuvvet uygulanabilecek kişinin sadece borçlu olduğu belirlemek yeterli olmamaktadır. Bundan sonra asıl sorun, icra müdürü borçlunun şahsına kuvvet uygularken, dikkate alması gereken insan onuru kavramı ne ölçüde dikkate alınacak, nasıl uygulanacaktır? Bu soruya tam ve kesin bir şekilde cevap vermek neredeyse imkansızdır³⁸⁶. Bunun nedeni, sınırının insan onuru olmasından ileri gelir. Zira insan onuru kavramı belli uygulamalar neticesinde, şekillebilecek bir kavramdır. Bununla birlikte, kişinin müdahale sonucunda vicdana sığmayacak bir hale düşmesi, bu neticenin ortaya çıkması insan onuruna aykırı bir müdahale olduğunu gösterir. Örneğin borçlunun ellerine kelepçe takmak, onu bir yere bağlamak, vücut bütünlüğüne zarar vermek gibi uygulamalar insan onuruna aykırı sayılmalıdır. Bundan başka borçlunun veya onun aile üyelerinin ağır hasta olması halinde, kuvvet kullanılması da bu husus gözetilerek kullanılmalıdır. Nitekim bu yönüyle, doktrinde, kalp hastası veya ölümcül bir hastalığı bulunan bir borçlunun veya aile bireylerinin olduğu yerde pervasızca haciz uygulanması kişilik haklarına aykırı olarak nitelendirilmiştir³⁸⁷.

İİK m. 80/4 dikkatle okunduğunda aslında borçlunun üstünde kıymetli bir mal saklamasının anlaşılması halinde, mutlak suretle, borçlunun şahsına kuvvet uygulaması

³⁸³ Özkes, *Temel Haklar*, s. 163

³⁸⁴ İcra müdürünün takdir yetkisinin mutlaka kanunla tanınması gerekir. Ayrıca icra müdürü kanunun kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullanırken, kanunda belirlenen sınırlara riayet etmek zorundadır. Bu konuda bkz. § 20, I, III

³⁸⁵ Sadece borçlunun şahsına kuvvet uygulanabileceğine dair bkz.: Ansay, *İcra*, s. 73-74; Çiftçi, s. 277

³⁸⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 115

³⁸⁷ Özkes, *Temel Haklar*, s. 155

gerekeceği anlaşılmamaktadır. Başka bir deyişle; icra müdürü, borçlunun üstünde kıymetli bir mal sakladığını anlasa bile borçlunun şahsına kuvvet uygulanmasına karar vermeyebilir. Zira maddenin ifade tarzından biz bunun takdiri bir yetki olduğunu anlıyoruz. Söz konusu fıkra “... kuvvet istimal edilebilir” demektir. Bu ise icra müdürünün takdirinde olarak, kullanılabilir veya kullanılmayabilecek bir yetkiye, yani takdir yetkisine işaret eder³⁸⁸. Bu yetkinin takdiri olması kanaatimizce önemlidir. Kanun, somut olay ile iç içe olan icra müdürüne takdir yetkisi vererek, alacaklı ve borçlunun mefaatlerini dengelemesini istemiştir³⁸⁹. İcra müdürü kuvvet kullanarak elde edeceği değer ile bunun sonucunda temas edilecek hakkı bir değerlendirmeye tabi tutmalı, bu değerleri tartmalı³⁹⁰; sonunda da ağır basan taraf lehinde karar vermelidir. Örneğin borçlunun sosyal ve ekonomik durumu gereği, alacaklının alacak miktarını cebinde veya üstünde saklaması mümkün görünmüyorsa, sırf onu taciz için üstünü aranmasına icra müdürü karar vermemelidir.

Borçlunun şahsına müdahale edilmesinin bir sınırı da yine bu fıkranın içinde verilmektedir. Borçlunun şahsına kuvvet uygulanabilmesinin bir şartı borçlunun üstünde para veya diğer kıymetli eşyalardan birinin saklanmadığının *anlaşılmasıdır*. Burada kanun *görülme*yi aramayıp; *anlamayı* aramıştır. Doktrinde, anlamak için; borçlunun üstünün aranmasının gerekeceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle; borçlunun üstünde bir şeyin sakladığının anlaşılması için, borçlunun üstünün aranacağı sonucunun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir³⁹¹. Bize göre de; *görülme* yerine, *anlama* ifadesinin kullanılması önem taşır. Bununla birlikte bu ifade borçlunun şahsına kuvvet kullanılması sonucunu doğrudan doğurmaz. Başka bir deyişle *anlamak* için mutlak suretle borçlunun üstünün aranmasına gerek yoktur. Gerçekten *anlamak* kavramının sözlük anlamına baktığımızda, birçok anlamının yanında “*sorup öğrenmek*” anlamı da bulunmaktadır³⁹². Hal böyle olunca icra müdürünün zor kullanma yetkisi epeyce sınırlı uygulanmalıdır. İcra müdürü borçlunun üstünde bir şey sakladığını *anlamalı* (bunu sorarak, görerek veya başka bir şekilde yapabilir), sonrasında da borçlunun bunu vermekten kaçınması halinde zor kullanabilmelidir.

³⁸⁸ Kanunun ifade tarzından takdir yetkisi olduğunun anlaşılabileceğine dair bkz. Yuk. § 3, III.

³⁸⁹ Çiftçi, s. 274 vd.

³⁹⁰ Ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan “oranlılık ilkesi”ne göre, ulaşılmak istenen amaç ile müdahale edilen hak arasında bir tartım yapılmayı gerektirir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Aşa. § 18, I.

³⁹¹ Çiftçi, s. 275

³⁹² www.tdk.gov.tr internet adresinden, 04.06.2013 tarihinde erişilmiştir.

O halde sonuç olarak bu hususta diyebiliriz ki; İİK m. 80/4 uyarınca kuvvet kullanmak hususunda takdir yetkisi bulunan icra müdürü; kuvvet kullanılıp kullanılmayacağına karar verirken insan onurunu dikkate almalıdır. Sonrasında da kuvvet kullanılmasına karar verirse yine dikkate alacağı temel değerlerden biri de insan onuru olmalıdır.

§ 9. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

I. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre: “...Hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir³⁹³.” Diğer taraftan, doktrinde yapılan bir tanıma göre: “... Vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır³⁹⁴.” Bu tanımlamalardan yola çıkarak hukuk devletinin tanımı; devletin tüm organ ve kurumlarıyla önceden belirlenmiş hukuk kurallarıyla bağlı olması, eğer bu kurallardan sapma olursa da yargı denetimi yolu ile denetlenen devlet, olarak yapılabilir.

AY m. 2 devletimizin niteliklerini belirtirken bunlardan birinin de hukuk devleti olduğunu belirtmiştir³⁹⁵. Bu bağlamda devletin tüm organları, tüm kurumları veya devlet adına hareket eden herkes hukukilik ilkesiyle bağlıdır³⁹⁶. O halde, devletin hayatta görünümü olan organlar ve bu organlarda görev yapan kişiler hukuk kurallarına uygun hareket etmek zorundadırlar³⁹⁷.

Devletin hukuk devleti olmasını, hukuka bağlılık olarak ifade ettik. Burada önem taşıyan soru ise; acaba hukuk nedir? Bir başka deyişle AY m. 2 anlamında hukuk devleti denildiğinde, devlet hangi kaide ve kurallarla bağlı olacaktır? Bunun belirlenmesi şarttır. Zira bu belirleme aynı zamanda, hukuk devleti ilkesinin kapsamını

³⁹³ AYM 25.05.1976, E. 1976/1, K. 1976/28, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_14.pdf (Erişim Tarihi: 22.03.2013), AYMKD Cilt: 14, s. 189; Aynı karar için bkz.: Özbudun, s. 123

³⁹⁴ Özbudun, s. 123

³⁹⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 104; Özbudun, s. 123; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 121

³⁹⁶ Bu doğrultuda bkz. Özekes, *Temel Haklar*, s. 119

³⁹⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 106; Özekes, *Temel Haklar*, s. 119-120; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 121; Erdoğan, *Anayasa*, s. 70

da belirler. Öncelikle hukuk kelimesi içine iç hukukta yer alan mevzuat girer. Bu ise normlar hiyerarşisine uygun olarak: başta Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik vs. uygun davranmayı gerektirir³⁹⁸. Bunlardan başka yine; uluslararası alanda herkes tarafından kabul görmüş, hukukun genel ilkeleri de bu kapsama girer³⁹⁹. Örneğin; iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, kesin hükme saygıdır⁴⁰⁰. Bu ilkelere ek olarak; Anayasa Mahkememiz: kanunların geçmişe yürümezliği, özel kuralın genel kuralı geçersiz kılması, aynı konudaki yeni hükmün eskisine önceliği ve devlete güveni de eklediği görülmektedir⁴⁰¹. Hukukun genel ilkelerinin, normlar hiyerarşisinde nerede yer aldığı ise: “*Ulusal ve uluslararası yargı içtihatlarında hukukun evrensel ilkelerini anayasa-üstü değerde saymak yolunda genel bir eğilim vardır. Ama böyle olmasa bile, bunların en azından anayasal değerde bağlayıcı oldukları söylenebilir*”⁴⁰². Anayasa Mahkememiz de, bu ilkelerin anayasal ilkelerden önce geldiği yönde karar vermiştir⁴⁰³. Tüm bunlardan hareketle de ifade etmek gerekir ki, hukukilik kavramı ise kanunilik kavramından farklıdır⁴⁰⁴. Zira hukuk, kanunları da içine alan daha üst bir kavramdır. Dolayısıyla eğer bir husus kanuna uygun ancak hukukun genel ilkelerine ya da anayasaya aykırı ise, hukuki değildir. Bu ise yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunu, diğer deyişle de, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu gösterir⁴⁰⁵.

Bir devletin sahip olduğu bu nitelikten dolayı bir takım özellikleri vardır. Esasında bunlar hukuk devletinin birer unsuru da sayılabilir. İlk olarak hukuk devletinde kimin hangi işlemi, hangi şartlar altında yapacağı bellidir⁴⁰⁶. Bu ise işleme

³⁹⁸ Özbudun, s. 134

³⁹⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 106-107; Özbudun, s. 134; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 133

⁴⁰⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 107; Özbudun, s. 135; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 134

⁴⁰¹ Necmi **Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 18-24 (Nakleden, Özbudun, s. 135; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 134)

⁴⁰² Erdoğan, *Demokrasi*, s. 134

⁴⁰³ “Devletimiz, Anayasa’nın 2. Maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk devletidir. Kanunlarımızın, Anayasa’nın açık hükümlerinde önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır.”: AYM 22.12.1964, E. 1963/166, K. 1964/76, AYMKD Cilt: 2, s. 291, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_der_gisi/kd_02.pdf (Erişim Tarihi: 22.03.2013): Aynı karar için bkz.: Özbudun, s. 135; Bir başka kararda ise bu ifadelerle benzer şekilde: “Hukuk devletinin, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. Böyle bir devlet, kamusal düzeni, güven ve huzuru bozan eylemleri etkili biçimde karşılayacak önlemleri seçebilir.”: AYM 27.03.1986, E. 1985/31, K. 1986/11, AYMKD Cilt: 22, s. 119-120, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_der_gisi/kd_22.pdf, (Erişim Tarihi: 21.03.2013): Aynı karar için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 107

⁴⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 105; Özekes, *Temel Haklar*, s. 120-121

⁴⁰⁵ Özekes, *Temel Haklar*, s. 120

⁴⁰⁶ Erdoğan, *Anayasa*, s. 70

muhatap olacak kişi(ler) açısından belirlilik sağlar⁴⁰⁷. Hiç kimse sürpriz bir muamele ile karşı karşıya kalmaz. Bu belirliliğin sonucu olarak da devlet keyfi hareket edemez⁴⁰⁸. Zira nasıl hareket edeceği hukuk tarafından belirlenmiştir. İşlemi yapan kişi, bu sınırlar içinde kaldığı sürece hukuki; sınırları ihlal ettiğinde ise keyfi davranmış olur. Keyfi davranması ise, yargı denetimi yolu ile denetlenir.

Hukuk devletinde, ikinci olarak hukuk önünde eşitlik geçerlidir⁴⁰⁹. Diğer bir deyişle, hukuk devleti için eşitlik ilkesi vazgeçilmezdir. Eşitlik ilkesi herkesin hukuk önünde eşit işlem görmesi demektir⁴¹⁰. Buna göre; kimse dil, din, ırk mezhep vs. ayrımı yapılmaksızın hukuk önünde eşit haklara sahiptir⁴¹¹. Örneğin; bir kimseye sadece ırkı yüzünden ayrımcılık yapılması eşitlik ilkesine aykırı olur. Bununla birlikte eşitlik ilkesi mutlak manada eşitlik şeklinde anlaşılmamalıdır. Yani haklı nedenlerin varlığı halinde, hukuk bazı kimseleri, -o haklı nedenden dolayı- diğer kişilerden üstün tutabilir⁴¹². Alacaklı ile borçlu icra hukuku açısından farklı statülerde olsalar da, hukuk önünde eşitlik ilkesinin sonucunda, kişilerin tarafsız işleme muhatap kalacaklarının garantisi verilmiştir⁴¹³. Bu ise takip hukukunda en genel anlamda silahların eşitliği ile sağlanmaya çalışılmaktadır⁴¹⁴.

Hukuk devletinin bir görünümü olarak; bizzat ihkak-ı hak almak yasaklanmış ve hak alma devlet tekelinde toplanmıştır⁴¹⁵. Bunun yerine alacaklının devletin yetkili organlarına başvurması gerekir⁴¹⁶. Bu durum aslında bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanmasının doğal sonucu olarak karşımıza çıkar. Kişinin bizzat hakkını elde etmeye çalışması hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu için bunu yasaklayan devletin, bizzat ihkak-ı hak yerine geçmek üzere üzere hak sahibine hakkını tesis etmeye yönelik gerekli imkanı tanıması gerekir. Bu noktadan hareketle de, hak sahibi olan alacaklının devletten hukuki korunma talep hakkı doğmaktadır⁴¹⁷. Devlet, alacaklıya alacağını temin için, gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Dolayısıyla hiçbir mahkeme ya da icra

⁴⁰⁷ Erdoğan, *Anayasa*, s. 71

⁴⁰⁸ Erdoğan, *Anayasa*, s. 72

⁴⁰⁹ Erdoğan, *Anayasa*, s. 72; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 128

⁴¹⁰ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 128; Erdoğan, *Anayasa*, s. 72

⁴¹¹ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 141

⁴¹² Erdoğan, *Demokrasi*, s. 128

⁴¹³ Erdoğan, *Anayasa*, s. 72

⁴¹⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 71; Özkes, *Temel Haklar*, s. 190

⁴¹⁵ Postacıoğlu, s. 4; Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 49; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 1

⁴¹⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

⁴¹⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

daresi; kendisine, kanunda başvuru şartlarını tamamlayıp⁴¹⁸ başvuran hiç kimseyi geri çeviremez. Bununla birlikte, sadece davaya ya da takibe bakmak yetmez. Bundan da öte, mahkemelerin ya da icra dairelerinin etkin hukuki korumayı tesis etmeleri gerekir. Dolayısıyla hak sahibinin etkin hukuki koruma talep hakkı vardır⁴¹⁹. Yani, alacaklının hakkını yerine getirmek için; mahkemeler ve icra daireleri en etkili ve kısa yoldan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaya yönelik hareket etmeli, bu doğrultuda çaba göstermelidirler. Başka bir deyişle, alacak hakkı alacaklının, iş onun işi, gibi bir anlayış içinde olunmamalıdır. Alacak alacaklıya ait ve en başta korunan menfaat de onun olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki; devletin bu kurumları sayesinde, bizzat ihkak-ı hakkın getirdiği ya da getirebileceği olası olumsuz ihtimaller bertaraf edilmektedir⁴²⁰. Bu açıdan düşünüldüğünde, aslında korunan menfaat tüm topluma ait olduğu sonucu çıkarılabilir. Toplumun menfaatini korumak ve bunu sağlamak en başta devletin görevidir.

⁴¹⁸ Bir mahkemenin davaya bakması için öncelikle aranan şartlar dava şartlarıdır. HMK m. 114'de bunların neler olduğu saymıştır. HMK m. 115'de de, dava şartlarının her zaman incelenebileceğini, özellikle aynı maddenin ikinci fıkrasında usulden reddine karar vereceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte takip hukukumuz açısından bu şekilde takip şartları diye, kural olarak, genel geçer bir düzenleme yoktur. Sadece belli takip usullerinde bir takım belgeler istenebilir. Örneğin ilamlı icra takibinde bulunmak için ilam ya da kanunda ilam niteliğinde sayılan bir belgenin olması veya kambiyo senedine ilişkin takip yapılması için alacaklının elinde kambiyo senedinin olması gereği gibi. O halde icra dairesi ve mahkeme kanunda aranan bu ön şartları tamamlayan hak sahibinin hakkının korunması amacıyla, gerekli dava ya da takip işlemlerini başlatmalıdır.

⁴¹⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 123-124: "*Hak arama özgürlüğü ve hukuki korunma hakkına, yargılamanın başlamasından sonuçlanmasına kadar (hatta başlamadan önce), yargılama boyunca mahkemenin yapacağı tüm işlemlerde uyulmalıdır. Bugün artık, özellikle hukuk devletiyle bağlantılı olarak, şeklen bir hukuki korumanın sağlanması yeterli görülmemekte, 'etkin (ya da etkili) hukuki koruma'nın gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda, etkin hukuki koruma için gerekli düzenlemeler yapılmalı, ortaya çıkan engeller kaldırılmalı, yargılamada ve hakkın elde edilmesinde buna uygun davranılmalıdır. Şekli ve teorik hukuki korunma ile yetinilmemeli; kapsamlı, hukuken ve fiilen tam olarak gerçekleşen hak arama yolları açık tutulmalıdır. Kişilerin hak aramasını zorlaştıran hukuki ve fiili engellerin kaldırılması da, hak arama özgürlüğünün, gerçek ve etkili hukuki korunmanın bir gereğidir.*

Günümüzde hak arama özgürlüğü ve hukuki korunma talebi (buna bağlı olarak etkin hukuki korunma) yanında, adalete erişim hakkından da söz edilmektedir. Bu üç kavram arasındaki ilişki ve tartışmaya girmeden, kısaca şunu söyleyebiliriz: Hak arama özgürlüğü, Anayasa'da temelini bulan soyut ve objektif bir korunma hakkını; hukuki korunma talebi, bir uyumsuzluk ya da hak ihlali ortaya çıktığında bu soyut-objektif hakkın, somut bir talebe dönüşmesi ve devlet tarafından karşılanmasını; adalete erişim ise, somut talebin ortaya çıkması anından itibaren, bu talebin tam ve etkin olarak karşılanmasını sağlayan mekanizmanın oluşturulmasını ifade eder." Bu açıklamalardan hareketle; hukuki korunma talebi ve adalete erişim kapsamına icra dairelerinde yapılan takip işlemleri de girmektedir. Zira, önemli olan dava konusu hakkın, haklı olan tarafa iadesidir. Dava açılıyorsa da amacı budur. Yoksa mantık kuralları gereği, kimse sadece haklı çıkmak için dava açmaz. Önemli olan dava konusu hakka ulaşmaktır. O halde adalete erişim düşüncesi ekseninde, kanun hükmü konulmalı ve uygulayıcı olan icra daireleri tarafından buna uygun yorum yapılmalıdır.

⁴²⁰ İhkakı hakkın serbest olduğu dönemlerde yaşanan problemlere ilişkin olarak bkz.: Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 50; Başözen ve Üçer, s. 221

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Anayasamızın ikinci maddesinde devletin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi⁴²¹, hukukun her alanında görülmekle birlikte, bazı alanlarda kendisini daha çok gösterir, hissettirir. Başka bir deyişle; hukuk devleti niteliğini taşıdığını söyleyen bir devletin; bu ilkeye devlet işlerine ilişkin uygulamada ne kadar bağlı kaldığı, onun hukuk devleti olup olmadığını gösterir. Bir devlet eğer yaptığı işlemlerde, gerçekten hukuk devletinin kıstaslarına göre hareket etmiyor, ona göre eylemlerde bulunmuyorsa gerçekte bir hukuk devleti değildir⁴²². Devletin etkisinin ve gücünün en fazla hissedildiği ceza ve idare hukuku ile cebri icra hukuku bu konuda bize fikir verebilir. Zira bu alanlarda bir tarafta devlet, diğer tarafta birey yer alır. Ve bu alanlar, devletin kişilere yönelik olarak yaptırımlarının en fazla olduğu alanlardır⁴²³. Dolayısıyla devlet böyle alanlarda bile hukuk devleti ilkesine uyarsa, tabir yerinde ise hukuk devleti sınavından başarı ile geçer.

Genel olarak takdir yetkisinin amacı, kanunun adalete en üst seviyede ulaşma isteğidir⁴²⁴. Zira kanunun uygulayıcısı, onu yapan meydana getiren yasama organından daha ziyade, somut olayla iç içedir. Onun, somut olayla bu yakınlığı adalete erişimde kullanılmalı ve gerektiği yerde sınırları belirtilmek üzere takdir yetkisi verilmelidir. Takdir yetkisinde kanunun uygulayıcısının belli bir serbestliği olduğu doğrudur⁴²⁵. Ancak adalete erişim fikrinin tam manada yerine gelmesi, bu serbest alan ile daha mümkün hale gelmektedir. Bu yönüyle takdir yetkisi hukuk devletine aykırı değildir. Zira kanunda takdir yetkisinin özel sınırları olmasa bile, en genel manada takdir yetkisinin kullanan uygulayıcı, anayasal temel hak ve ilkelerle bağlıdır. Yukarıda

⁴²¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 104; Özekes, *Temel Haklar*, s. 119; Özbudun, s. 123; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 121

⁴²² Özekes, *Temel Haklar*, s. 125: “Şüphesiz tüm hukuk alanlarında, hukuk devletin tezahürünü bulmak ve anlamak mümkündür. Ancak, bir devletin gerçek bir hukuk devleti olup olmadığı, bazı alanlarda kendisini çok daha açık şekilde gösterir. Bu alanlar deyim yerindeyse hukukun sınır uçlarıdır.”

⁴²³ Özekes, *Temel Haklar*, s. 125

⁴²⁴ Hukukun genel anlamda en son amacı adaleti sağlamaktır (Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2045- Hukuk Fakültesi No: 253, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 31). Kanun koyucu takdir yetkisini verirken de bu noktadan hareketle vermektedir. Zira somut olayla birebir ilişki içinde olan onu uygulayan kişidir. Bu yargılama hukukunda hakimdir, idare hukukunda memurdur ve nihayet icra hukukunda icra müdürüdür.

⁴²⁵ Hakime takdir yetkisi tanınan hallerde; doktrinde, bu duruma kural içi boşluk denilmektedir (Öztan, s. 141-161). Bu konuda aynı ifadeler icra müdürü için kullanılmış değildir. Ancak şu bir gerçektir ki, icra müdürüne takdir yetkisi tanınan hallerde de icra müdürü belli bir serbestlik içindedir. Serbestliği kanunun kendisine emredici bir işlem yapmasını yüklememesinden ileri gelir.

belirtildiği üzere, bir devletin hukuk devleti olup olmadığı, devletin müdahalesinin olduğu alanlarda daha çok kendisini gösterir. İşte icra hukuku adına, icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında hukuk devleti ilkesi kendisini fazlasıyla gösterir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, somut olayla birebir ilişkili olduğundan kanunun amacına daha iyi hizmet etmek için takdir yetkisini kullanmalıdır. Bu zorunluluk hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, icra müdürü takdir yetkisini ancak kanunda kendisine izin verilen durumlarda kullanabilir⁴²⁶. İcra müdürü de kanun kendisine takdir yetkisi verdiği zaman bunu kullanmalı, aksi halde kanunun emredici işlemini yapmakla yetinmelidir. Kanundan maksat sadece İcra ve İflas Kanunu değildir. İcra müdürüne takdir yetkisi veren tüm kanunlar bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin MK m. 873/3 *“Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması halinde, rehlin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak **gerektiği kadarını** paraya çevirir.”* demek suretiyle, icra müdürüne hukuk kuralının unsurunda takdir yetkisi vermiş, bunu da belirsiz kavram ile ifade etmiştir⁴²⁷.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında hukuk devletinin bir diğer yansıması, keyfi olarak hareket edilmesinin yasaklamasıdır. Takdir yetkisi amaçlı bir serbestliktir. Amacında icra müdürünün keyfi hareket etmesi değil, adalete daha uygun çözümlerde bulunması vardır. Örneğin icra müdürü bir malın haczinin caiz olup olmadığını tüm şart ve koşullarıyla değerlendirip (İİK m. 82/4)⁴²⁸, somut olay açısından kendine göre en uygun çözümü bulmalıdır. Bu ise şüphesiz keyfi davranmak ile olmaz. Hukuka, anayasal temel hak ve ilkelere ve kanunlara uygun olarak davranmayı gerektirir. Diğer bir örnek ise; İİK m. 87 icra müdürüne kıymet takdiri yapmasını⁴²⁹ ve ancak gerekirse bilirkişiye başvurusu⁴³⁰ yetkisini vermektedir⁴³¹. Bu konuda icra

⁴²⁶ İcra hukukunda geçerli olan ilkelerden biri de kanunilik ilkesidir. Cebri icra faaliyetlerinin tamamının kanunda yer alması gereği ve nedeni ile ilgili olarak bkz.: Özekes, *Temel Haklar*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 87; İcra müdürünün takdir yetkisinin bulunması için, mutlaka kanunda bu doğrultuda hüküm bulunmalıdır. Başka bir deyişle icra müdürünün takdir yetkisinin kaynağı kanundur. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. § 20, I

⁴²⁷ Kanunun, icra müdürüne takdir yetkisi tanıdığını gösteren bir yol, belirsiz kavramlara yer verilmesidir. Bu konuda bkz. Yuk. § 3, IV.

⁴²⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 272

⁴²⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Üstündağ, s. 188; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269; Karşı, s. 495

⁴³⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269

müdürünün takdir yetkisi vardır. Şöyle ki madde de belirtilen, “gerektiğinde” kıstasını değerlendirip, gerekip gerekmediği konusunda takdir edecektir. Burada “gerekten husus olarak” en başta akla, icra müdürünün hacettiği malın piyasa fiyatını tam olarak bilememesi gelmektedir. Bu ve bunun gibi hallerde icra müdürü takdir yetkisini kullanırken keyfi değil “hadiseye uygun” davranmalıdır.

Hukuk devleti olmanın bir gereği de eşitlik ilkesidir⁴³². Bu eşitlik, mutlak eşitlik olmayıp; hukuk düzeni önünde, aynı şartları taşıyan kişilere karşı eşit muamele göreceğinin garantisidir⁴³³. İcra müdürü de takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine riayet etmek zorundadır. İcra müdürü somut olayda tarafların kişiliği, kimliği ne olursa olsun, aynı şekilde takdir yetkisini kullanmalıdır. Daha açık bir deyişle; bir olayda kullandığı takdir yetkisini, daha sonra tamamen aynı şartları taşıyan başka bir takipte de aynı şekilde kullanmalıdır⁴³⁴.

Eşitlik ilkesiyle aynı doğrultuda ve belki de onun sonucu sayılabilecek bir durum tarafsız işlem yapmaktır⁴³⁵. İcra müdürü her ne kadar alacaklının alacağını tahsile yönelik takip yapsa da, iki tarafın hak ve yükümlülüklerini beraber düşünmelidir (İİK m. 85/6)⁴³⁶. Bu ise bizi icra müdürünün tarafsız olması gerektiği sonucuna götürür. İcra müdürü her iki tarafı da gözetmeli, ona göre karar vermelidir. Zira takdir yetkisini kullanırken hukukun sınırları içinde hareket etmek öncelikle tarafsızlığı gerektirir. Önceden bir kabulle, haklı neden olmaksızın, alacaklı veya borçlunun menfaati ekseninde düşünüp takdir yetkisini kullanmak, hukuka aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki, icra kanunumuz öncelikle alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamakla ilgili takdir yetkisi tanımış, gerektiği yerde bunu özellikle belirtmek suretiyle borçluyu koruyucu maddeler ihdas etmiştir⁴³⁷. İİK m. 82 ve 83 bu bağlamda zikredilebilir⁴³⁸.

⁴³¹ bkz. Aşa. § 25, VI.

⁴³² Erdoğan, *Anayasa*, s. 72; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 128

⁴³³ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 128

⁴³⁴ İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine riayet etmesi gerekir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. § 16.

⁴³⁵ Erdoğan, *Anayasa*, s. 72

⁴³⁶ Çiftçi, s. 7; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 62; Özkes, *Temel Haklar*, s. 37

⁴³⁷ İcra hukukunda; alacaklı ve borçlu tarafın menfaatleri çatışma halindedir. Bu çatışmanın dengelenmesi, menfaat dengesinin tesisi ile mümkündür. Menfaat dengesinin korunması kapsamında, ilk olarak takip konusu korunmasıyla başlar. Bu ise öncelikle alacaklının korunması manasına gelir (Özkes, *Temel Haklar*, s. 37; Çiftçi, s. 139). Ancak bu, borçlunun haklarının ihlal edilmesi ve düşünülmemesi anlamına gelmez. Kanun bu konuda denge sağlamak adına gerekli yerlerde, borçlunun temel haklarını gözetmek suretiyle, koruyucu hükümlere yer vermiştir. Genel manada, alacaklının elinde her hangi yazılı belge olmasına gerek olmadan, takibe girişilmesi karşısında borçluya da sadece itiraz edilmesi halinde, takibi durdurma şansı vermiştir. Yine icra

Buna karşılık alacaklıyı koruyan maddelerden biri İİK m. 61/1'e göre icra müdürü takip talebini aldıktan sonra nihayet üç gün içinde borçluya ödeme emri tebliğ eder⁴³⁹. Şimdi icra müdürünün bu hükme rağmen, borçlunun ekonomik durumunun zayıf düşüncesiyle ödeme emrini göndermemesi veya daha geç göndermesi, kanunun getirdiği korumadan daha fazlasıdır. Bu ise icra müdürünün yaptığı işlemi hukuka aykırı hale getirir. Halbuki kanun, borçlunun korunması gerektiği yerde de bunu belirtmiştir. Örneğin İİK m. 83'e göre belirtilen paralardan ancak borçlunun ve ailesinin geçimine yetecek kısım ayrıldıktan sonrası haczedilebilir⁴⁴⁰. İşte burada icra müdürü, neticede haczettiği miktar bu paranın dörtte birinden az olmamak kaydıyla (İİK m. 83/2)⁴⁴¹, borçluyu koruyucu şekilde takdir yetkisini kullanmalıdır⁴⁴². Burada icra müdürü, "borçlu borcunu ödese idi, ödemediyse hakkında yapılan işleme katlanmalı," düşüncesiyle hareket edemez. Edecek olması halinde hukuk devleti ilkesine aykırı olur.

Son olarak; hukuk devletinin bir sonucu olarak, bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanması ve bunun da neticesinde, devletin alacaklının başvurusu ile yetkili organlarını onun alacağını alması için harekete geçirmesi gerekir⁴⁴³. Bu da yetmemekle birlikte, etkili hukuki korunma ve adalete erişim sağlanmalıdır⁴⁴⁴. Yani yapılan takip

müdürüne takdir yetkisi tanınan hallerden biri olarak da, bir malın haczinin caiz olup olmadığı gelir. Burada icra müdürü karar verirken, borçlunun ve çoğu zaman onun aile üyeleri yararına takdir yetkisi kullanılmalıdır. İşte bu ve buna benzer hükümler bize gösteriyor ki, icra hukukumuzda ilk ve genel manada alacaklı korunsun da, gerektiği yerde borçlu da korunmaktadır.

⁴³⁸ Kuru, "Haczedilmezlik", s. 717-718: "*Borçlunun mameleki bir kıymeti haiz olan mal, alacak ve hakları, onun alacaklılarına karşı bir nevi teminat teşkil eder ve bu sebeple alacaklılar tarafından borç için haczettirilebilir. Ancak, bir takım insani düşünceler ve amme intizamı mülhazasıyla, borçlunun mameleki bir kıymeti haiz olan bir kısım mal, alacak ve haklarının haczinin caiz olmadığı kabul edilmektedir (İİK m. 82, 83). Burada hakim olan düşünce, borçlunun ve ailesinin yaşaması ve iktisadi mevcudiyetini devam ettirebilmesi için muhtaç bulunduğu malların borçlu yedinde bırakılmasını temin etmektir.*"

⁴³⁹ Üstündağ, s. 93; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 218; Kuru, *El Kitabı*, s. 179; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 176; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69

⁴⁴⁰ Kuru, "Haczedilmezlik", s. 757; Kudret Aslan, "Hacizde Sıra (Tertip)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 2, Ankara 2005, s. 311; Levent Akın, "Maaş ve Ücret Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, Ankara 1995, s. 337; Murat Yavaş, "Maaş ve Ücret Haczi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 84, Ankara 2009, s. 102; Yargıtay da bu kıstasa göre hareket edilmesi gerektiği vurgulamaktadır: YHGK 10.06.2009, E. 2009/12-166, K. 2009/254, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 23.03.2013

⁴⁴¹ Akın, s. 340; Yavaş, s. 103

⁴⁴² Kuru, "Haczedilmezlik", s. 757; Akın, s. 337; Yavaş, s. 103; YHGK 10.06.2009, E. 2009/12-166, K. 2009/254, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 23.03.2013

⁴⁴³ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

⁴⁴⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 128: "*İcra hukukunda, ..., alacaklının alacağının hukuka uygun ve en etkili yöntemlerle elde etmesi yolu açılmalı, düzenlemeler yapılmalı, icra organları da bu konuda pasif davranmamalı, kendilerine tanınan yetkileri yine hukuka uygun olarak eksiksiz kullanılmalıdır. İcra organları, bir hakimin sahip olduğu yargısal yetkiyle donatılmamış olsalar da, adli-idari alanda bir*

işlemleri sözde kalıyor ya da çok geç neticeleniyorsa, bu takip etkili bir hukuki korunma sağlamaz. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken de bu hususa dikkat etmelidir. Takdir yetkisi verildiği amaç doğrultusunda, alacaklı açısından etkili hukuki korunma çerçevesinde kullanılmalıdır. Alacaklıyı bıkmaya derecesine getirme, onu takip yaptığı konusunda pişman eder şekilde, iş sürüncemede bırakılmamalıdır⁴⁴⁵. Takdir yetkisi ile ilgili olarak bu husus belki de en fazla, takdir yetkisinin süreye ilişkin olduğu hallerde karşımıza çıkar. Örneğin İİK m. 61/1 uyarınca icra müdürü alacaklının takip talebini aldıktan sonra nihayet üç gün içinde, borçluya ödeme emri tebliğ etmelidir⁴⁴⁶. Ödeme emrinin tebliğine bağlanan sonuçlar dikkate alınacak olursa⁴⁴⁷; bunun, mümkün mertebe en kısa sürede ve ama nihayet üç gün içinde yapılması gerekir⁴⁴⁸. İcra müdürünün haklı hiçbir nedeni olmaksızın nasılsa kanunda en geç üç gün içinde tebliğ edileceğinden bahisle son güne kadar beklemesi, etkin hukuki korumaya aykırı olur. Bu durum sadece süreye ilişkin takdir yetkisinde düşünülmemelidir. Örneğin haczin yapılmasının özünde bir takdir yetkisi vardır. Zira haczin tanımına baktığımızda; *“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”*⁴⁴⁹. İcra müdürü ne kadar bir mala haciz konulacağının takdirini yapar. Diğer taraftan hacze iştirak olduğu ve haczedilen malların alacağı karşılamaya yetmediği düşünüldüğünde, talep ile ilave hacizler yapılır (İİK m. 100/2)⁴⁵⁰. Bu ise şüphesiz belli bir gecikmenin yaşanmasına, alacaklının alacağına geç kavuşmasına neden olur. O halde icra müdürü haczettığı

kamu gücü kullanırlar ve diğer idari organlara nazaran istisnai bazı yetkilere de sahiptirler. Bunun bilincinde hareket edilmesi gerekir.”

⁴⁴⁵ İcra dairesinin işi sebepsiz yere geciktirmesinin, kanunun ifadesiyle “bir hakkın yerine getirilmesini sebepsiz sürüncemede bırakması”nın, şikayet sebebi olduğuna dair bkz.: Üstündağ, s. 48; Kuru, *Cilt I*, s. 94; Kuru, *El Kitabı*, s. 98-99; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 127-128; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 32

⁴⁴⁶ Üstündağ, s. 93; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 218; Kuru, *El Kitabı*, s. 179; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 176; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69

⁴⁴⁷ Ödeme emri ve ödeme emrinin tebliğinin, yapılan takip için önemine dair bkz.: Kuru, “Ödeme Emri”, s. 522-524; Postacıoğlu, s. 136-138; Üstündağ, s. 94-95; Kuru, *Cilt I*, s. 223-224; Kuru, *El Kitabı*, s. 185-186; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 180-181; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69-70

⁴⁴⁸ Üstündağ, s. 93; Postacıoğlu, s. 136

⁴⁴⁹ YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013

⁴⁵⁰ Postacıoğlu, s. 439; Kuru, *Cilt I*, s. 852; Kuru, *El Kitabı*, s. 461; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 317; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 204

malların bedelini en iyi şekilde takdir etmeli (İİK m. 87)⁴⁵¹, ve haczettği toplam mal, alacaklının alacağını karşılmaya yetecek tutarda olup (İİK m. 85/1)⁴⁵², alacaklının alacağına en çabuk şekilde ulaşması sağlanmalıdır. Böylelikle etkin hukuki koruma ve adalete erişim sağlanır. Aksi durum ise, hukuk devleti ilkesini zedeler.

§ 10. ADİL YARGILANMA HAKKI

I. GENEL OLARAK

Adil yargılanma hakkı, kişilere yargılama hukuku çerçevesinde tanınan temel haklar arasında yer alır. Bu hak AİHS m. 6’da açıkça ifade edilmektedir⁴⁵³. Maddenin başlığı adil yargılanma hakkı kavramı olmakla birlikte, madde içeriğinde bu kavrama yer verilmeyip, hakkın unsurlarının neler olduğunun belirtildiğini görüyoruz. Bununla birlikte iç hukukumuzda 2001 yılına kadar “adil yargılanma hakkı” kavramına anayasamızda yer verilmemişti. 2001 yılında yapılan değişiklikle AY m. 36/1’e bu kavram eklenmiştir⁴⁵⁴. Buna göre “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”. Diğer taraftan; AY m. 90/5 hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar hakkında anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceği göz önünde tutulursa, AİHS m. 6/1 hükmünün tarafımızca kabulü ile, adil yargılanma hakkı ve diğer temel haklar konusunda, Avrupa devletleriyle miras ortaklığı yapmış bulunuyoruz⁴⁵⁵. O halde adil yargılanma hakkının açıklanması konusunda AİHS m. 6 hükmünün esas alınması yanlış olmayacaktır.

⁴⁵¹ İcra müdürünün haczettği malların kıymetini takdir edeceği ve eğer gerekirse bilirkişiye takdir ettireceğine dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Üstündağ, s. 153-154; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Karslı, s. 495

⁴⁵² İcra müdürünün hacze gittiğinde, borçlunun alacaklının alacağını karşılmaya yetecek kadar malının haczedilmesi gerektiğine dair bkz.: Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287-288

⁴⁵³ Özkes, *Temel Haklar*, s. 131; Muhammet **Özkes**, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 56; Olgun **Akbulut**, “Adil Yargılanma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Yıl: 1, Sayı: 1, İstanbul 2002, s. 178

⁴⁵⁴ İsmet **Giritli**, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, *Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2002*, *Anayasa Yargısı* 19, s. 94-95: “Anayasa m. 36 ‘Herkes, yargı önünde davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.’ şeklindeki madde, herkesin, ‘Adil yargılanma’ hakkına sahip olacağı şeklinde genişletildi. Madde 14: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinin birinci fıkrasına ‘savunma’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘ile adil yargılanma’ ibaresi eklenmiştir.”

⁴⁵⁵ Yılmaz **Aliefendioğlu**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Mahkemesi’nin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda*

Adil yargılanma hakkı, genel olarak, herkesin bağımsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun olarak makul süre içinde ve aleni biçimde yargılanması demektir⁴⁵⁶. Bu tanım esasında, adil yargılanma hakkının kapsamını da ortaya koyar niteliktedir. Gerçekten, medeni yargılama hukuku için, adil yargılanma hakkının kapsamında⁴⁵⁷; bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma ve aleni bir şekilde yargılanma vardır⁴⁵⁸. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının kapsamı, sadece bunlardan ibaret olmayacak kadar geniştir. Haliyle bir yargılamanın hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmesi aynı zamanda adil yargılanma hakkını da ihlal eder⁴⁵⁹.

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Bağımsız ve tarafsız mahkeme, söz konusu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, kanunla kurulmuş mahkeme demektir⁴⁶⁰. Kanuni hakim, adil yargılanmanın bir unsurudur ve yargılamanın kurumsal tarafıdır. Kanuni hakim güvencesiyle taraflar, eşitlik ilkesi gözetilerek iddia ve savunmalarını tam olarak ileri sürebilir ve ileri sürdükleri bu iddia ve savunmalar gerçek bir değerlendirmeden geçebilecektir⁴⁶¹. Sonuçta ise hukuka, hakkaniyete ve kanunlara uygun bir sonuç ortaya çıkacaktır. Zira kanuni hakim aynı zamanda hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasının teminatıdır. Adil yargılanma hakkının bu unsurunda dikkatimizi çeken

Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 1993, Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 28, Anayasa Mahkemesi Konferans Salonu Ankara, s. 360

⁴⁵⁶ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 56

⁴⁵⁷ AİHS m. 6 bütün olarak göz önünde tutulduğunda, hem ceza davalarına hem de hukuk davalarına ilişkin olduğu anlaşılabılır. Bununla birlikte maddenin ilk fıkrası hem ceza hem de hukuk yargılaması için uygulanabilirken; ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza yargılaması için geçerlidir (Akbulut, s. 178). Bizim konu itibarıyla adil yargılanma hakkı konusunda incelememiz, ilk fıkra için olacaktır.

⁴⁵⁸ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 56; Erdener **Yurtcan**, “Kişi Güvenliği, Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devletine İlişkin Başlıca Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Sayı: 1, s. 70; Erdener **Yurtcan**, “Adil Yargılanma Hakkı”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 2, s. 25; Akbulut, 179 vd.

⁴⁵⁹ Adil yargılanma hakkının kapsamı ile ilgili bizim burada saydıklarımız, konumuz itibarıyla açıklanmasında gerekli gördüklerimizdir. Yoksa adil yargılanma hakkı, yargılamanın olduğu anayasa yargısı ve idari yargı içinde de vardır (Akbulut, s. 195 vd.). Bununla birlikte adli yargı mercileri önünde de adil yargılanma hakkı bulunmakla birlikte, ceza yargılamasında hukuk yargılamasından daha kapsamlı bir şekilde adil yargılanma hakkının uygulandığını görmekteyiz. Gerçekten, AİHS m. 6’ya baktığımız zaman, maddenin ilk fıkrasının sadece hukuk yargılamasına uygulanabileceği; ikinci ve üçüncü fıkraların ise ceza yargılaması için uygulanacağı görülecektir. Bu yönüyle, sadece adli yargı düşünülünce bile, adil yargılanma hakkının kapsamının oldukça geniş olduğu ortaya çıkacaktır. Nitekim adil yargılanma hakkı içinde; masumiyet karinesi sadece niteliği itibarıyla ceza yargılaması için söz konusu iken, hukuk yargılaması için söz konusu olmaz.

⁴⁶⁰ Akbulut, s. 181

⁴⁶¹ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 58

husus; mahkemenin somut olaydan önce kurulmuş olmasının yanında, mahkeme ve mahkemede bulunan hakimın bağımsız ve tarafsız olmasıdır⁴⁶². Mahkemeler yargılama faaliyetinde bulunurken; mahkemelere ve hakimlere hiçbir makam, mercii ya da kişi emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, telkinde bulunamaz (AY m. 138/2). Yine yasama organında görülmekte olan bir dava hakkında görüşmede bulunulamaz, soru sorulamaz (AY m. 138/3)⁴⁶³.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru da aleni şekilde yargılama yapılmasıdır⁴⁶⁴. Aleniyet asıl olup, bu konuda ancak yasal sınırlar dahilinde sınırlama yapılabilir⁴⁶⁵. Buna göre, yapılacak yargılama aleni surette olur. Kapalı kapılar ardında yargılama yapılması, kişilerin mahkemelere olan inancını sarsabilir. Zira yapılan yargılamanın hukuka uygun bir biçimde yürütülmesinin göstergesi aleniyettir. Kişiler dilerse yapılan duruşmalara katılabilir, duruşmaları takip edebilir⁴⁶⁶.

Hakkaniyete uygun yargılama; yargılama boyunca taraflara eşit davranılmasının sağlanması ve yargılama boyunca buna uygun davranılmasını kapsar. Bu ise silahların eşitliği yoluyla olur. Mahkemeler, davanın taraflarına yargılama boyunca eşit davranmakla yükümlüdürler⁴⁶⁷.

Adil yargılanma hakkı ile ilgili burada inceleyeceğimiz, son unsuru makul sürede yargılanma ilkesidir. Makul sürede yargılama yapılması usul hukukunda hakime yüklenen bir ödevdir. HMK m. 30 uyarınca; hakim, yargılamanın makul sürede bitmesini, gereksiz gider yapılmasını önlemekle görevlidir. Hakim yargılama yaparken mümkün oldukça, basit, ucuz ve çabuk sona erdirecek şekilde davranmakla

⁴⁶² Akbulut, s. 181

⁴⁶³ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s. 181; Ejder **Yılmaz**, “Medeni Yargıda İnsan Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 1996, Sayı: 2, s. 157

⁴⁶⁴ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 58; Akbulut, s. 186; Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 159; Yurtcan, “Adil Yargılanma-Sorunlar”, s. 70; Yurtcan, “Adil Yargılanma”, s. 25; Aliefendioğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 365

⁴⁶⁵ Akbulut, s. 186-187: “Aleni yargı ilkesinin istisnaları ise maddede (AİHS m. 6/2), çocuk veya gençlerin menfaatleri veya tarafların özel yaşamlarını korumanın gerektirmemesi ve adaletin zarar göreceği özel haller ile demokratik bir toplumda kamu düzeni, milli güvenlik ve ahlakın yararı şeklinde sıralanmıştır. Sınırlamalar, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde koyulacaktır ve tamamen bir gizli oturum yapılabileceği gibi kısmen gizli bir oturum da yapılabilir. Maddedeki istisnalardan yararlanmak tamamen ya da kısmen gizli yapılan oturum(lar) sonucu görülen davanın kararı ise her halükarda alenen açıklanacaktır.”

⁴⁶⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s. 335 vd.; Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 159

⁴⁶⁷ Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 160; Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 59; Akbulut, s. 187

yükümlüdür⁴⁶⁸. Makul sürede yargılanma fikri, “geciken adalet adalet değildir” düşüncesine dayanır⁴⁶⁹. Gerçekten, kişiler, devletin yetkili organlarına haklarına kavuşmak için başvurduklarında, bir an önce haklarına kavuşma isteğindedirler. Zira hakkı ihlal edilen kişinin, sadece bu durumu bile hukuk devleti açısından istenmeyen bir durumdur. O halde devlet mümkün olduğu kadar çabuk, hak sahibine hakkını iade etmelidir. Bir para alacağını yıllar sonra alan alacaklı, paranın değer kaybetmesi karşısında alacağını alsa bile hakkı tam manada korunamıyorsa, makul sürede yargılama yapılmamış demektir⁴⁷⁰. Yargılamanın mümkün olduğu kadar çabuk bitirilmesi tarafların yanı sıra mahkemeler için de gereklidir. Zira bir mahkemede uzun yıllar sonuçlanamayan dava dosyası, hakimlerin iş yükünü arttırmaktadır⁴⁷¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapılan yargılamanın makul sürede bitip bitmediğini özellikle kontrol ederken, birçok farklı kriter kullandığı görülmektedir. Mahkeme davanın taraflarının yargılama konusunda elinden geleni yapıp yapmadıklarını, tanıkların sayısını, delillerin toplanmasındaki güçlükleri, hukuki sorunun çetrefilli olmasını vb. göz önünde tutmaktadır⁴⁷². Bu ise makul süre konusunda önceden belirlenebilir bir sürenin olmaması sonucunu doğurur. Gerçekten her davanın özelliği diğerinden farklıdır. Her dava kendi içinde değerlendirilmeli, gereksiz gider ve zaman kaybedilip kaybedilmediğine bakılmalıdır. Bir işlemin yapılması gereksiz ise, ya da başka bir işlemin yapılmasıyla daha hızlı ve önce sonuç alınabiliyorsa, dava makul sürede yürütülmemiştir. Davanın mümkün mertebe makul sürede bitirilmesi amaçlanırken; yapılması gerekli işlemlerin yapılmasından da vazgeçilmemelidir⁴⁷³. Zira makul sürede yargılama yapılmasından maksadımız, adaletin bir an önce tecelli etmesidir. Yoksa yanlış da olsa erken bir şekilde karar verilmesi değildir. Bu nedenle makul sürede

⁴⁶⁸ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 334; Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 73-74; Aliefendioğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 360; Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 160 vd.

⁴⁶⁹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 334; Akbulut, s. 203

⁴⁷⁰ Davanın konusunun bir alacak olup, bu yargılamanın uzun bir zaman sonra bitmesi halinde yargılama giderlerinin büyük bir yekun tutmasına neden olacaktır. Sonuçta bu, haksız çıkan taraftan alınsa bile, borçlunun ödeme gücü yoksa; her ne kadar mahkeme yargılama giderine hükmetmiş olursa olsun, borçlu bunu ödeyemeyecektir. Diğer taraftan uzun süren yargılama sonucunda söz konusu para alacağının değeri alacaklı için önemini yitirebilecektir. Anapara ile birlikte faize hükmedilmiş olması (ki bunda da alacaklının talebi önem taşır) da alacaklıyı bu riskten bir nebze olsun korusa da, borçlu için sakıncalar doğurabilir. Zira yargılamanın çok uzun sürmesi sonucunda borçlu, anaparadan belki de daha fazla faiz ve yargılama giderini ödemeye mahkum edilebilir.

⁴⁷¹ Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 161

⁴⁷² AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda makul süreyi değerlendirirken birden fazla kriteri göz önünde bulundurmaktadır. Olayı özelliği, davanın karmaşıklığı ve tarafların dava sırasındaki tutum ve davranışları bunlar arasında yer alır. Mahkemenin değerlendirmede kullandığı kıstaslar ve örnek kararlar için bkz. Akbulut, s. 183-187

⁴⁷³ Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 161-162; Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 58, 75

yargılanma düşüncesi, yargılamanın mümkün mertebe çabuk, ucuz ve basit şekilde yapılması sağlanırken, aynı zamanda yapılması lazım gelen işlemlerinde yapılması manasına gelir⁴⁷⁴.

Usul hukukunda yer alan “usul ekonomisi ilkesi”nin takip hukukundaki yansıması “takip ekonomisi ilkesi”dir⁴⁷⁵. Bu ilke HMK’da yer alan usul ekonomisi ilkesi kadar açıklıkta kanunlarda yer almamaktadır. Bununla birlikte; adil yargılanma hakkının tam manada gerçekleşmesini sağlamak için, takip hukukunda da buna hizmet eden bir düşüncenin bulunması gerekir. Zira kişinin dava açmaktaki amacı, hakkına kavuşmaktır. Dolayısıyla icra müdürü, etkili hukuki korunmanın sağlanabilmesi için, gerekli takip işlemlerini yapmaktan geri durmamalıdır.

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA ADİL YARGILANMA HAKKININ KORUNMASI

Adil yargılanma hakkı, cebri icra hukukunda ilamlı icrada yargılamanın olduğu kısımda mutlak surette uygulanır. Zira, AİHS m. 6/1 “...*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalarda...*” demek suretiyle, mahkemeler önünde yapılan yargılamada adil yargılanma hakkının kapsamında yer aldığı belirlenmiştir. Dolayısıyla ilamlı icranın icra mahkemesi önünde yapılan yargılamasında adil yargılanma hakkı tanınır⁴⁷⁶.

İlamlı icrada mahkeme önünde, adil yargılanma hakkının uygulandığını bu kadar kolay söylemekle birlikte, ilamsız icrada aynı rahatlıkla bu durumu ifade edememekteyiz. Ancak adil yargılanma hakkının uygulanmasını sadece yargılamanın yapıldığı zaman mahkemeler önüne bırakmak, bu hakkın dar yorumlanmasına neden olur⁴⁷⁷. İcra daireleri önünde alacaklı ve borçlunun adil yargılanma hakkına, sahip olduğu, bu hakkın geniş yorumlanmasından çıkar⁴⁷⁸. Başka bir deyişle adil yargılanma hakkının dar anlamda kapsamı mahkemeler önünde tarafların adil yargılanma hakkına

⁴⁷⁴ Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 248, Aynı makalenin internet erişimi için: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-01/AUHF-2008-57-01-yilmaz-2.pdf>, Erişim Tarihi: 17.04.2013

⁴⁷⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 84; Özkes, *Temel Haklar*, s. 82

⁴⁷⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 134

⁴⁷⁷ Özkes, *Temel Haklar*, s. 131

⁴⁷⁸ Özkes, *Temel Haklar*, s. 132

sahip olması iken; geniş anlamda adil yargılanma hakkına mahkemenin tarafları olduğu gibi takip hukukunda da alacaklı ve borçlu bu hakka sahiptir⁴⁷⁹.

Cebri icrada adil yargılanma hakkının takibin taraflarına tanınması bir zorunluluktur. Zira icra takiplerinde de yargılamada olduğu gibi iki taraf vardır. İlamsız icrada ilk başta, borçlunun kendisini savunabileceği bir mahkeme yoktur. Ödeme emrine itiraz edilmesi ile; duruma göre icra mahkemesi veya genel mahkemelerde hakkını savunabilirse de, alacaklı elinde herhangi bir belge dahi olmaksızın takip yapabilmektedir⁴⁸⁰. Bu ise borçlunun temel haklarına zarar verebilmektedir. Zira, ödeme emrine itiraz edemeyen borçlu hakkında takip kesinleşir⁴⁸¹. Dolayısıyla ilamlı icraya göre daha az güvenli ilamsız icrada, çoğun içinde azda vardır gereğince, adil yargılanma hakkı kabul edilmelidir⁴⁸². İlamlı icra açısından sadece mahkemeden karar alınması kişinin hakkına kavuşmasına hizmet etmez. Bu kararın cebri icraya konulması gerekebilir. Alacaklı ilamlı icra yoluna başvurup; devletin yetkili icra organları eliyle alacağını almak için gerekirse borçlunun mallarını haczettirebilir. İşte cebri icra hukuku ile yargılama hukuku bu yönüyle bir bütüne hizmet eder. İki alan da hak sahibinin hakkına kavuşmasını sağlar. Birbirini tamamlayan bu iki disiplinden birinde adil yargılanma hakkının bulunduğunu kabul edip, diğerinde etmemek bu bütüne zarar verir⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 137

⁴⁸⁰ Genel haciz yoluyla takipte bulunmak için alacaklının elinde herhangi bir belge olmasına gerek bulunmadığına dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 192; Kuru, *El Kitabı*, s. 173; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 165; Karlı, *İcra*, s. 272; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 129

⁴⁸¹ Genel haciz yoluyla takipte; alacaklı, elinde herhangi bir belge dahi olmaksızın takibe girişebilmektedir. Buna karşın; silahların eşitliği prensibi ile kanun borçluya ödeme emrine itiraz ederek söz konusu takibi durdurabilme hakkını vermiştir. ancak borçlu bu takipten haberdar olmazsa hakkında söz konusu takip kesinleşecektir. Şöyle ki, Tebligat Kanunu hükümlerine göre, muhataba bizzat tebliğ kural olmakla birlikte, onun yerine tebligatı kabul etmeye yetkili kişiler bulunmaktadır (Tebligat Kanunu m. 16, 17, 18, 19, 20, 21 gibi). Bu kişiler muhatap ile olan ilişkilerinden dolayı söz konusu tebligatı borçluya verecekleri varsayılabilir. Ancak, örneğin aynı konutta oturduğu eşi dahi olsa (Tebligat Kanunu m. 20), borçluya tebligatı vermeyi unutabilir ya da kasten vermeyebilir. Şimdi bu ihtimalde borçlu hiçbir sebep göstermeden kendisine karşı başlatılan takibe karşı koyabilecekken, bu imkandan mahrum kalmaktadır. Bu ise borçlunun menfi tespit davası ya da istirdat davası ile uğraşmasına neden olacaktır (İİK m. 72).

⁴⁸² Özkes, *Temel Haklar*, s. 134

⁴⁸³ Özkes, *Temel Haklar*, s. 134: "... Hem yargılama hem de takip bir hakkın elde edilmesi amacına yönelik faaliyettir. Bu yönüyle birbirini tamamlayan iki hukuk alanını ifade etmektedir. Bunun yanında, özellikle ilamlı icrada, icra takibi, yargılamanın devamı niteliğindedir."

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken temel haklardan birisi de adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkının özellikle makul sürede yargılanma unsuru önem taşır⁴⁸⁴.

Kanun koyucu icra müdürünü, bir işlemi yapma konusunda düzenleyici bir süre ile çevrelediyse, artık icra müdürü söz konusu işlemi o sürede yapmalıdır. Kanunda öngörülen sürede işlemin yapılmaması, işlemin daha sonra yapılmasına engel değildir⁴⁸⁵. Kanun koyucu kendi takdirinde olarak hangi işlemlerde süre konusunda icra müdürüne takdir yetkisi vereceğini, hangi konularda takdir yetkisi vermeyeceğini kanun hazırlarken belirler⁴⁸⁶. Sonrasında takdir yetkisi tanıdığı hallerde de, kanunda belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere, icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasını ister⁴⁸⁷.

İcra müdürüne süreye ilişkin olarak takdir yetkisi tanıyan hükümlere bakıldığında, işlemin derhal yapılmasının pek mümkün olmadığı görülebilir. Daha doğru bir ifadeyle; bu işlemler hemen, derhal yapılabilecek nitelikte işlemler değildir. Belli bir ön hazırlığı veya icra dairesinin bu noktada serbest hareket etmesini gerektiren hallerdir. Örneğin, İİK m. 112/1 uyarınca taşınır malların satışı, satış talebinden itibaren iki ay içinde yapılır⁴⁸⁸. Bu hüküm icra müdürüne taşınırların satışının satış talebinden itibaren iki aylık zaman dilimi içinde ne zaman yapılacağı konusunda takdir yetkisi vermiştir⁴⁸⁹. Bu şekilde bir düzenlemenin nedeni, satış işlemlerinin belli bir ön hazırlığı gerektirmesindendir. Eğer kanun herhangi bir süre öngörmeden derhal satış yapılmasını düzenleseydi, bu hazırlık yapılamayabilirdi. İşte kanun koyucu kendi sistematiği içinde icra müdürüne gerektiği yerde bu şekilde takdir yetkisi vermiştir. Bir başka örnek ise; İİK m. 61/1 gereği ödeme emrinin takip talebinin alınmasından itibaren üç gün içinde tebliğ edilmesidir⁴⁹⁰. İcra müdürü takip talebini aldığı anda kanunda aranan şartları taşıdığını anlarsa bir ödeme emri düzenler (İİK m. 60/1)⁴⁹¹. Kanunun bu hükmü tahkik edildiğinde, aslında icra müdürüne bir ödev yüklediği görülmektedir. İcra müdürü takip

⁴⁸⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 136

⁴⁸⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 93; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 152; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 51

⁴⁸⁶ Onar, s. 317 vd.

⁴⁸⁷ bkz. Yuk. § 4, IV.

⁴⁸⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 346

⁴⁸⁹ bkz. Aşa. § 25, X, A.

⁴⁹⁰ Üstündağ, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 140; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 182; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 73

⁴⁹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 223; Kuru, *El Kitabı*, s. 185; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 137; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 176

talebinin niteliğine göre, kanunda aranan şartları taşıyıp taşımadığını kontrol ederek; gerekli şartları taşımayan takip talebini ise ret edecektir. Kanuna uygun olmayan bir takip talebine dayanarak ödeme emri tebliğ ederse şikayete konu olur⁴⁹². Şimdi bu hükümler beraber değerlendirildiğinde ve icra müdürü önünde birden fazla iş olduğu düşünüldüğünde, bu kontrol etme işlemi için belli bir süreye ihtiyaç bulunmaktadır. İşte kanun da İİK m. 61/1’de tebliğe çıkarma için koyduğu üç günlük süreyi bunun için koymuştur. İcra müdürü işlerinin durumuna, yoğunluğuna göre bunları bir sıraya koymalı; söz konusu takip talebini de bu sürede inceleyip kanuna uygun bulursa ödeme emri tebliğ etmelidir⁴⁹³.

Bu açıklamalar ile icra müdürüne kanunun “süreye ilişkin” takdir yetkisi vermesinin nedenini, gerekçesini de ortaya koymuş oluyoruz. Bu husus önemlidir. Zira daha sonra da inceleyeceğimiz üzere icra müdürü takdir yetkisini kanunun amacına uygun kullanmalıdır⁴⁹⁴. Kanun koyucu bu niyetle icra müdürüne işlemi yapması gerektiği süre konusunda takdir yetkisi verirken, icra müdürü de bu süreyi bu amaçla kullanmalıdır. Yani söz konusu sürede İİK m. 61/1 uyarınca gerekli incelemeleri yapmalıdır. Eğer söz konusu incelemeyi derhal veya ikinci gün yapmasına rağmen, her nasıl olsa kanun kendisine işlemi “nihayet üç gün içinde yapmayı emrediyor” gerekçesiyle üçüncü günün sonuna kadar bekletirse; kanunun amacına aykırı ve keyfi davranmış olur. Ya da gün içinde haczi yaparken borçludan tahsil ettiği parayı bankaya yatırma imkanı varken yatırmayıp bir sonraki iş günü sonuna kadar elinde tutuyorsa (İİK m. 9/1), kanunun amacına aykırı davranmıştır. Bu sürelere riayet edilmesi kanunun amacına uygun davranmanın yanında, aslında adil yargılanma hakkının makul sürede yargılanma unsuruna da uygun olur. Zira etkin hukuki korunma, tam manada ve mümkün olan en erken zamanda hakkına kavuşmayı gerektirir⁴⁹⁵. Hakkı ihlal edilen bir

⁴⁹² İİK m. 60/1 hükmü ile icra müdürüne kanun takip talebinin kanunda öngörülen şartları taşıyıp taşımadığını kontrol etme görevini vermiştir. İcra müdürü her takibin kendisine özgü özellikleri ile genel şartlarını göz önünde tutarak, takip talebini inceler. Cebri icrada: alacaklının adı, adresi hangi takip yoluna başvurduğunun belirtilmesi (İİK m. 58) gibi genel şartlar her takipte aranırken; takip talebine kambiyo senedinin eklenmiş olup olmaması (İİK m. 167/2), rehnin paraya çevrilmesi yolunda rehin konusu eşyanın ne olduğunu yazılması (İİK m. 145), ipoteğin paraya çevrilmesinde takip talebine ipotek akit tablosunun eklenmesi (İİK m. 148) gibi özel şartların arandığı görülmektedir. İcra müdürü kanunda aranan bu şartların yerine gelip gelmediğini kontrol edip; incelemesi sonucu olumlu olursa, borçluya ödeme emri düzenleyip tebliğ eder (İİK m. 61/1).

⁴⁹³ Üstündağ, s. 97; Kuru, *Cilt I*, s. 230; Kuru, *El Kitabı*, s. 190; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 140; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 182; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 73

⁴⁹⁴ bkz. Aşa. § 20, II

⁴⁹⁵ Etkin hukuki koruma dava yolu ile olabileceği gibi dava dışı doğrudan cebri icra yolu ile de olabilir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Mine Akkan, “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki

kişi, zaten hakkının ihlal edilmesiyle bir mahrumiyet yaşamaktadır. Neden bir gün bile olsa bir gecikme daha yaşasın. Kaldı ki buna devletin yetkili kurumları, organları sebep olsun. Böyle bir durum adil yargılanma hakkına aykırı olur. O halde yapılması gereken: söz konusu sürede kanunun amacına uygun olarak davranıp, işlemin yapılması için gereken hazırlığı yapmak (takip talebinin kanuna uygun olup olmadığını kontrol (İİK m. 60/1), satış için gerekli hazırlıkların yapılması (İİK m. 112/1)); bu hazırlığı yaptıktan sonra da derhal söz konusu işlemi yapmaktır.

§ 11. KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ VE KİŞİ HÜRRİYETİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Anayasamızın 17. maddesinde “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlığı altında; temelde, kişinin yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü korunmuş bulunmaktadır⁴⁹⁶. Yine Anayasamızın 19. maddesinde de kişi hürriyeti düzenlenmiş olup⁴⁹⁷, AY m. 38/8 ile beraber düşünüldüğünde bu hürriyetin korunması sağlanmıştır. Bu maddelerden hareketle, çalışmamızın bu bölümünde, kişinin dokunulmazlığı ve hürriyeti inceleme konusu yapılacaktır. Esasında bu maddeler anayasamızda ikinci bölümde, kişinin temel hakları ve ödevleri kısmında düzenlemiş olsa da, ayrı birer çalışma konusunu oluşturabilirdi. Nitekim kişi hürriyetleri ve kısıtlanması da, yine sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle hürriyetin kısıtlanamayacağı kuralı bile başlı başına, ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır⁴⁹⁸. Ancak, biz burada çalışmamızın sistematigi ve konunun birbiri içinde tekrara kaçmaması düşünceleriyle iki konuyu beraber inceleyeceğiz.

Koruma”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 6, Legal Yayınları, s. 63-64. Yazar eserin belirtilen kısmında etkin hukuki korunma kapsamı içinde ilamsız icranın da olduğunu ifade etmektedir. Yine aynı eserinde adil yargılanma hakkının sağlanmasının bir yolu olarak da yargılamanın makul sürede görülmesi gerektiğini ifade etmektedir (Akkan, s. 58-59). Dolayısıyla buradan hareketle, icra organları önündeki ilamsız takiplerde de takip makul sürede bitirilmeli, bu yönde hareket edilmesi gerekir.

⁴⁹⁶ M. Sezgin **Tanrıkulu**, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 66, Ankara 2006, s. 66; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 165-166; Özekes, *Temel Haklar*, s. 149

⁴⁹⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 168; Özekes, *Temel Haklar*, s. 150

⁴⁹⁸ Hürriyetin kısıtlanması hakkında bile doktrinde görebildiğimiz kadarıyla çok spesifik çalışmalar mevcuttur. Konunun kamu hukuku bir tarafa, özel hukuk açısından da doktrinde konu hakkında çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalara, konumuz ile de ilgili olmak üzere, şu eserleri örnek gösterebiliriz: Tekin **Akıllıoğlu**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 nolu Protokol 1. Maddeye Göre ‘Borç İçin Hapis Yasağı’ Kuralı”, *AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen*

Temel haklara genel olarak bakıldığında, bu haklardan vazgeçilmesinin çok zor olduğu görülebilir⁴⁹⁹. Zira bir yaklaşıma göre; insanların sahip oldukları temel haklar, uzun uğraş ve mücadeleler neticesinde kazanılmıştır⁵⁰⁰. Bu kadar zor ve güç kazanılan bir değer ihlal edilmemesi, ihlaller karşısında korunması gerekir. Bu bağlamda tüm temel haklar ile devletin organları bağlı olup⁵⁰¹, bu bağlılık: yaşama hakkı, insanın şeref ve haysiyeti, insan onuru gibi kavramlarda daha sık ve ihlal edilmez bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Zira bu hakların niteliğinden kaynaklı olarak, ayrı bir önem arz etmektedirler.

AY m. 17/1, 2 ve 3 “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” demek suretiyle, kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkını ifade etmiştir⁵⁰². Bundan sonra gelen dördüncü fıkra da, bu hakkın istisnasını belirtmiştir⁵⁰³. Kişi dokunulmazlığı, “yaşama hakkını ve kişinin maddi-manevi varlığının korunmasını ve geliştirilmesini ifade eder⁵⁰⁴.” Bu yönüyle kişi dokunulmazlığı tüm hakların temelidir⁵⁰⁵. Zira kişinin yaşama hakkının elinden alınması halinde, artık hakkın süjesi olacak biri kalmamıştır.

Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bilriler-Tartışmalar-Panel Ankara-1Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001; Metin Feyzioğlu, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bilriler-Tartışmalar-Panel Ankara-1Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001

⁴⁹⁹ Yaşar Karayalçın, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 1-4, Ankara 1962, s. 256

⁵⁰⁰ Karayalçın, s. 256

⁵⁰¹ Karayalçın, s. 257: Yazar burada temel hakların devletin tüm organları tarafından korunması ve saygı göstermesini anayasadan kaynaklanan bir borç olduğu şeklinde nitelemiştir. Bu açıdan yasama, yürütme ve yargı organları temel haklar ile bağlıdırlar. Konu aslında sadece bizim hukukumuzda değil, tüm hukuk sistemlerinde güncel ve korunmaya değerdir. Yine yargı organlarının mukayeseli hukukta bu konuda bağlayıcılığı konusunda bkz. Peter Gilles (Çeviren: Hakan Pekcanitez), “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Haklarının Korunması”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 1, İzmir 1996 (Ocak)

⁵⁰² Tanrıkulu, s. 66; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 165-166; Özkes, *Temel Haklar*, s. 149

⁵⁰³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 166; Özkes, *Temel Haklar*, s. 149

⁵⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 165

⁵⁰⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 165; Tanrıkulu, s. 52

Devlet, kişinin dokunulmaz olan bu alanı ile bağlıdır. Yani devlet yapmış olduğu herhangi bir işlemiyle, kişinin kişi dokunulmazlığına müdahale edemez. Yaşama hakkını ortadan kaldıramaz⁵⁰⁶. Yapmış olduğu düzenlemeler, AY m. 17 sınırlarında kalmak zorundadır. Bu sınır, devletin üç erki için de geçerlidir⁵⁰⁷. Doktrinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında; devletin üç yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Devletin yaşama hakkına kasten ve hukuka aykırı olarak müdahale edememesi negatif yükümlülüğü; yaşama hakkına gelebilecek müdahalelere karşı egemenlik alanı içinde düzenlemeler yapması pozitif yükümlülüğünü; nihayet bunlara rağmen bir ihlal ortaya çıktıysa sorumlularını ortaya çıkarmak için, gereken etkili soruşturmayı yapma yükümlülüğü vardır.

Bu başlık altında ifade edeceğimiz, AY m. 19 kapsamında kişinin hürriyetine sahip olduğu ve AY m. 38/8'de de belirtildiği üzere; bu hakkın, sözleşmeden kaynaklanan bir borcu yerine getirmemek nedeniyle sınırlanamayacağı hususudur. AY m. 19'a göre öncelikle kişinin hürriyeti korunması gereken haklardan biridir. Bu madde ile kişinin hürriyetinin keyfi olarak kısıtlanamayacağı garantisi verilmiş olmaktadır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası da; tutuklamanın ancak kanunda belirtilen hallerde, hakim kararıyla mümkün olacağını düzenlemiştir. Bunlardan yola çıkarak genel olarak denilebilir ki, kişinin hürriyeti temel hakları arasında yer alır ve keyfi olarak sınırlamaz.

Diğer taraftan Anayasamızın 38. maddesinin sekizinci fıkrası *“Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı*

⁵⁰⁶ İdam cezasının, ceza hukukunda yer alıp alması konusu tartışılabilir. Ancak konumuzun kapsamını aşması nedeniyle, bu tartışmalara girmeden, bu konuda şunu ifade etmek gerekir. İdam cezası bizim hukukumuzda, 1961 Anayasası zamanında Anayasa Mahkemesinin bir kararına konu olmuştur. Söz konusu kararda, idam cezasının anayasaya aykırı bir tarafı görülmediği belirtilmiştir (AYM 01.07.1963, E. 1963/207, K. 1963/175, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:1, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara 1964; Kararın İnternet Erişimi İçin: www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_01.pdf. (Erişim Tarihi 25.03.2013): “...bundan başka temel hak ve hürriyetlerin en başında gelen yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme haklarını ve kişi hürriyetini 14 üncü maddenin birinci fıkrası ile teminat altına alan Anayasa koyucusu, müteakip fıkra bu hak ve hürriyetlerle ilgili olarak koyduğu genel prensiple, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti terimleriyle ifade eylediği bu hakkın da mutlak olmadığını, toplum hayatının zaruri kıldığı hallerde kanunda açıkça gösterilmek ve hakim karara dayanmak şartıyla kayıtlanabileceği belirtmekle beraber eziyet ve işkenceyi ve insan haysiyetiyle bağdaşmayacak ceza konulmasını yasak ettiği halde, ölüm cezasına burada da dokunmamıştır. Nitelikleri açıklanan bu hükümlere göre sözü geçen 33. ve 14 üncü maddelerde sayılan yasaklar dışında kalan ceza müeyyidelerinin ve bu arada ölüm cezasının Anayasaya aykırı bir tarafı bulunmadığının kabulü gerekir.”). Yine söz konusu ceza 1982 Anayasasıyla da muhafaza edilmiş, ancak daha sonra 2004 yılında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde değişiklik yapan Ek 13 nolu protokolle aynı doğrultuda olmak üzere, tamamen kaldırılmıştır (Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: Tanrıkulu, s. 53-54).

⁵⁰⁷ Devletin tüm organlarının temel haklar ile bağlı olduğuna dair bkz. Karayalçın, s. 257

özgürlüğünden alıkonulamaz.” demek suretiyle, kişi hürriyetinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle de sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme AİHS Ek 4 nolu protokolde, “borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı” şeklindedir⁵⁰⁸. Bu düzenlemelerin kaynağında, Roma Hukuku döneminde On İki Levha Kanunlarında geçtiği üzere, toplumda bizzat ihkak-ı hak müessesinin getirmiş olduğu olumsuzluklar vardır⁵⁰⁹. Günümüz modern hukukunda ise; alacaklı alacağını devletin yetkili organları eliyle⁵¹⁰ ve sadece borçlunun malvarlığından alabilir⁵¹¹. AY m. 38/8 de bu bağlamda konulmuş bir hükümdür.

Anayasanın bu hükmü ile ilgili temas etmek istediğimiz iki husus bulunmaktadır. İlk olarak; bu hüküm iyiniyetli borçluyu korumaktadır⁵¹². Fıkranın ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bir yetersizlik durumu söz konusudur⁵¹³. Yani borçlu borcunu ödeme konusunda kötü niyetli değildir. Borcunu ödemek istemektedir. Ancak buna rağmen borcunu ödeyememektedir⁵¹⁴. Bu halde bu borçlu sırf borcunu ödeyemediği için, hürriyetinden yoksun bırakılmamalıdır. İkinci olarak; icra hukukunda hapis cezalarının olması, AY m. 38/8’in ihlal edildiği anlamına gelmez⁵¹⁵. Zira icra hukukunda yer alan hapis cezalarına genel olarak baktığımızda, borçlunun borcunu ödeyemediği için değil, icra hukukuna ait bir takım kural ve kendisine yüklenen yükümlülükleri ihlal ettiği içindir⁵¹⁶. İcra hukukunda alacak-borç ilişkisi temelde tarafları ilgilendirir⁵¹⁷. Ancak icra organlarının da takip işlemlerine katılması, takibin belli kurallar dahilinde yürümesini gerekli kılmaktadır. Örneğin mal beyanında

⁵⁰⁸ Ek 4 nolu protokol m. 1, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/351-353.pdf> Erişim Tarihi: 26.03.2013

⁵⁰⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 50; Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 60; Ejder **Yılmaz**, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi’ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflas Suçları”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınları, İstanbul 2003, s. 494-495

⁵¹⁰ Üstündağ, s. 2; Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 49; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 1

⁵¹¹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 152

⁵¹² Akıllıoğlu, “Borç İçin Hapis Yasağı”, s. 7; Feyzioğlu, s. 18

⁵¹³ Akıllıoğlu, “Borç İçin Hapis Yasağı”, s. 7

⁵¹⁴ Akıllıoğlu, “Borç İçin Hapis Yasağı”, s. 7; Feyzioğlu, s. 18

⁵¹⁵ Feyzioğlu, s. 30

⁵¹⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 152-153: “İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlenen suçların amacı da, borcunu ödeyemeyen kimselerin özgürlüğünden mahrum bırakılması olmayıp, takip hukukunun gereklerine uygun davranılmasını sağlamaktır. Eğer bir kimse, Kanun’un ve takip hukukunun gereklerini tam olarak yerine getirirse, sadece borcunu ödemekten dolayı cezalandırılmaz.”

⁵¹⁷ Eren, s. 18; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 11-12; Kılıçoğlu, s. 10

borçlunun bulunması gereği ve eğer bu zorunluluğa aykırı davranılması halinde tazyik hapsine çarptırılması⁵¹⁸, bu nedenden kaynaklanır⁵¹⁹.

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI VE KİŞİ HÜRRİYETİ

AY m. 17'nin emredici kuralı karşısında, kural olarak hiç kimsenin yaşama hakkına müdahale edilemez. Bu hak belirtildiği üzere, kişinin en temel hakkı olup⁵²⁰, bu hakkın ortadan kaldırılması ancak hukuk düzeninin koruduğu başkaca üstün bir haklı nedenin varlığına bağlıdır. Bu üstün neden aynı maddenin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir⁵²¹.

AY m. 17/4 hükmü bu noktada, icra hukukunda alacaklının alacağını borçlunun şahsından alamayacağını, ancak ve ancak borçlunun malvarlığından tatmin edileceğini⁵²² anlamamıza yardımcı olmaktadır. Alacaklı devletin yetkili organlarına başvurarak⁵²³, gerekli takip işlemlerini başlatmalı ve eğer borçlunun malvarlığı varsa alacağını buradan almalıdır. Bu hüküm icra hukukunun tarihsel gelişimi açısından oldukça önemlidir⁵²⁴. Bu yönüyle, borçlunun yaşama hakkı alacaklının mülkiyet hakkının bir unsuru olan alacak hakkından üstün tutulmuştur.

Anayasanın bu hükmünün diğer bir boyutu; yaşama hakkına devletin yetkili icra organlarının da dokunamayacağını garantisi verilmesidir⁵²⁵. Zira alacaklının bizzat bu hakka müdahalesi mümkün değilken, aynı şekilde icra dairesinin de müdahalede bulunmaması gerekir. Aksi durumun kabulü, bizzat ihkak-ı hakkı ve onun getirdiği olumsuzlukları gidermek yerine, bu olumsuzlukların resmi makamlar tarafından

⁵¹⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 599-600; Kuru, *El Kitabı*, s. 350; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 256

⁵¹⁹ Mal beyanında bulunmamak bizde tazyik hapsine konu olmaktadır. söz konusu durumun hukuka uygun olup olmadığı üzerinde tartışma yapılabilir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun vermiş olduğu bir karara göre, mal beyanında bulunmayan bir borçluyu hapisle tazyik etmek sözleşmenin birinci maddesini ihlal niteliği taşımaz (vanDijk-vanHoof, s. 489, Appl. 5025/71, X v. Federal Republic of Germany, Yearbook XIV (1971), p. 692 (696-698): Nakleden: Akilhoğlu, "Borç İçin Hapis Yasağı", s. 7)

⁵²⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 165; Tanrikulu, s. 52; Özkes, *Temel Haklar*, s. 150

⁵²¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 166; Özkes, *Temel Haklar*, s. 149

⁵²² Kuru, *Cilt I*, s. 27; Kuru, *El Kitabı*, s. 60-61; Üstündağ, s. 2; Özkes, *Temel Haklar*, s. 152

⁵²³ Kuru, *Cilt I*, s. 26-27; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 49; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 1

⁵²⁴ İnsanlık tarihinde alacaklının borçlunun yaşama hakkına dahi müdahale edebildiğine dair bkz.: Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 60; Yılmaz, "Borçlunun Sözleşme Yükümlülüğü", s. 494-495; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 50

⁵²⁵ Karayalçın, s. 257; Zeki **Hafizoğulları**, "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 46, Sayı: 1-4, Ankara 1997, s. 4

yapılmasına hizmet eder. Dolayısıyla baştan kabul etmek gerekir ki, icra dairesinin hiçbir takip muamelesi, burada tabidir ki takdir yetkisi de bu kapsamda, borçlunun yaşama hakkına müdahale edecek şekilde yapılamaz⁵²⁶.

Kişiliğin korunmasında sadece kişinin varlığının şeklen korunması değil, aynı zamanda kişinin yaşaması için zorunlu şartların da sağlanması gerekir⁵²⁷. İİK m. 82 ve 83 bu yönüyle borçluyu korumaktadır⁵²⁸. Daha sonra inceleyeceğimiz üzere⁵²⁹ icra müdürünün haczedilmezlik kuralının takdirini yapma yetkisi bulunmaktadır⁵³⁰. Dolayısıyla kişiliğin korunması açısından icra müdürü takdir yetkisini bu amaç doğrultusunda kullanmalıdır. Borçlunun kişilik hakkını sona erdirebilecek şekilde haciz uygulamamalıdır. Borçlunun evinde bulunan tüm gıda maddelerinin haczedilmesi bu yönüyle kişiliğin korunmasına engeldir. Ayrıca icra müdürü borçlu ile birlikte borçlunun aile üyelerini de koruyucu şekilde takdir yetkisini kullanmalıdır⁵³¹.

Borçlunun yaşama hakkına müdahale edilememesi gibi, AY m. 19 ve AY m. 38/8 gereğince, borçlunun borcunu ödeyememesi halinde hürriyeti kısıtlanamaz⁵³². İcra müdürünün takdir yetkisini kullanması için kanunda hüküm olması gereği bir tarafa⁵³³, borçlunun hürriyetine müdahale edebilecek şekilde bir yetkisi (yani kanuni dayanağı) bulunmamaktadır. İcra müdürü şartlarının oluşup borçlunun şahsına kuvvet uygulanması gerekmesi halinde de (İİK m. 80/4), borçlunun hürriyetini kısa süreli dahi olsa kısıtlayamaz. Sözgelimi kanaatimizce bu yetkinin kapsamında borçlunun ellerinin bağlanması veya kelepçelenmesi yer almaz. İcra müdürü borçlunun şahsına zor kullanya karar verdiyse de zor kullanma yetkisi bu boyuta varmamalıdır.

§ 12. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ VE GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Anayasamızın ikinci kısmı ve ikinci bölümünde yer verilen temel haklar ve ödevler başlığı altında sayılan haklardan biri de, kişinin özel hayatının gizliliği ve

⁵²⁶ Borçlunun kişiliğine ve vücut bütünlüğüne yönelik cebri icra yürütülemeyeceğine dair bkz.:Özekes, *Temel Haklar*, s. 152

⁵²⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 153

⁵²⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 154

⁵²⁹ bkz. Aşa. § 25, III.

⁵³⁰ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 272

⁵³¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 155

⁵³² Özekes, *Temel Haklar*, s. 151; Akıllıoğlu, “Borç İçin Hapis Yasağı”, s. 4-5; Feyzioğlu, “Hürriyetin Kısıtlanması”, s. 17-18

⁵³³ bkz. Aşa. § 20, I.

korunmasıdır⁵³⁴. Söz konusu üst başlık altında; kişinin özel hayatının korunması (AY m. 20), konut dokunulmazlığı (AY m. 21) ve korunması ve haberleşme hürriyeti ve korunması (AY m. 22) yer almaktadır. Diğer taraftan aynı haklar, AİHS m. 8/1’de de ifade edilmektedir⁵³⁵.

Bu kavramlar ortak amaç olarak insanı korumaya hizmet etseler de; ayrı yönlerinin olduğu da muhakkaktır. Örneğin; konut dokunulmazlığı özel yaşamın bir parçasıdır. Onu koruma amacına hizmet eder. Sadece konutta yer alan hayatın kişinin özel hayatı olacağını kabul etmek yanılıdır⁵³⁶. Bununla birlikte konutun kişinin mülkiyet hakkına yönelik tarafı da söz konusudur.

II. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

AY m. 20/1 “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” demek suretiyle, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesine ve bu hakka dokunulamayacağına vurgu yapılmıştır⁵³⁷. Özel hayatın bir parçası olarak görülebilecek aile hayatı da bu maddede sayılmıştır.

Özel hayatın kapsamının genişliği, bu kavramın tanımını yapmamızı güçleştirmektedir⁵³⁸. Yargıtay özel yaşamın gizliliğini ihlal suçunu değerlendirdiği bir kararında, özel yaşam için; “*başkaları tarafından görülmesi ve bilinmesi mümkün*

⁵³⁴ “Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı da kişinin temel haklarından. Anayasa Komisyonu raporunda denildiği üzere, bu gizlilik ve dokunulmazlık, kişi hürriyetinin bir gereğidir.”: AYM 28.09.1965, E. 1963/100, K. 1965/48, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 3, s. 220, kararın internet erişimi için http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_03.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2013); Aynı karara yer verilmesi ile ilgili olarak bkz.:Sultan **Tahmazoğlu Üzeltürk**, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2008/1, s. 98

⁵³⁵ Zahit **İmre**, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 39, Sayı: 1-4, s. 149; Hasan **Gök**, “ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2012, Sayı: 99, s. 154-155; Söz konusu sözleşme maddesine atıf yapan bir Yargıtay kararına için bkz.:Yarg. 12 CD 11.04.2012, E. 2011/20872, K. 2012/9834, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013

⁵³⁶ Yargıtay’ın kişinin özel hayatının kişinin konutu ile sınırlandırılmayacağına dair kararı için bkz.:Yarg. 12 CD 03.04.2012, E. 2011/7345, K. 2012/8936, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013

⁵³⁷ Kenan **Özdemir**, “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, *Adalet Dergisi*, Eylül 2005, Sayı: 23, s. 2; Gök, s. 154

⁵³⁸ AİHM özel yaşam kavramının sınırlı tanımlara müsait olmayan geniş bir kavram olarak gördüğüne dair bkz.:Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 99

olmayan yaşam olayı” ifadesini kullanmıştır⁵³⁹. Doktrinde özel yaşamın kapsamı ile ilgili olarak yer alan bir ifadeye göre ise; “*kişinin özel yaşamı, sadece onun çok yakınları (ailesi, yakınları, eşi dostu) tarafından bilinir*”⁵⁴⁰. Yine kapsam konusunda başka bir yazar; “...*Kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği ‘özel alan’*” şeklinde ifade etmiştir⁵⁴¹. Diğer bir tanıma göre ise; “*özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hak*”tır⁵⁴². Gerek Yargıtay’ın, gerekse yazarların özel yaşam ile ilgili olarak üzerinde durdukları husus; özel yaşamın kişinin belli çevresi dışındaki kişilere karşı gizli, kapalı olmasıdır. Bundan yola çıkarak özel yaşam için: kişinin yaşam alanının bir parçası olup, sadece belli yakınlıkta kişilerin öğrenmesine rıza gösterdiği, bunun dışındaki kişiler içinse yasak olan, kapalı olan alandır, tanımı yapılabilir.

Özel yaşamın korunması ile ilgili olarak iç hukukumuzda doğrudan düzenlemelere rastlamak mümkündür. AY m. 20⁵⁴³; MK m. 24, 25⁵⁴⁴; TBK m. 58⁵⁴⁵ ve TCK⁵⁴⁶ m. 134 özel hayatın gizliliğini ve bu hakkın ihlal edilmesi halinde açılacak hukuk ve ceza davalarına ilişkindir. Özel yaşamın korunması uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Bu konuda en başta AİHS gelmektedir. AİHS m. 8/1 “*Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” demek suretiyle özel hayatına kişilerin ve devletin saygı göstermesini; bu alana müdahalenin kural olarak yapılamayacağını belirtmektedir⁵⁴⁷.

Tanımını yapmaya çalışırken kapsamı az çok ortaya koyduğumuz gibi, özel hayat; kişinin yaşam alanlarından biridir. Yaşam alanı doktrinde yapılan bir tasnife göre

⁵³⁹ Yarg. 12. CD. 11.04.2012, E. 2011/20872, K. 2012/9834, Kazancı İçtihat Programı Erişim Tarihi: 29.03.2013

⁵⁴⁰ Ergun **Özsunay**, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 127

⁵⁴¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 100

⁵⁴² Gök, s. 154

⁵⁴³ İmre, “Özel Hayat”, s. 151-152; Özdemir, s. 2; Gök, s. 154

⁵⁴⁴ İmre, “Özel Hayat”, s. 151; Mine **Kaya**, “Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2006, s. 54-55

⁵⁴⁵ İmre, “Özel Hayat”, s. 151; Kaya, “Özel Hayat”, s. 55

⁵⁴⁶ Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611

⁵⁴⁷ İmre, “Özel Hayat”, s. 149; Gök, s. 154-155; Söz konusu sözleşme maddesine atıf yapan bir Yargıtay kararına için bkz.: Yarg. 12 CD 11.04.2012, E. 2011/20872, K. 2012/9834, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013

üçe ayrılır⁵⁴⁸. Bunlar; genel alan, özel alan, ve gizlilik alanıdır⁵⁴⁹. Gizlilik alanı kişinin sırlarıdır, mahremiyetidir. Bu alana hiç kimsenin müdahalesi mümkün olamaz. Kişi sadece istediği kişilerle bu alanı paylaşır. Özel alan; kişinin yakınlarının haberdar olduğu alandır. Bu alandan ailesi, çok yakın arkadaşları veya eşi gibi yakın kişiler haberdar olur. Genel alan ise; bir sınırlama olmaksızın, kişinin toplum içinde yaşamasının bir sonucu olarak, herkese açık alandır. Bu alanı herkes öğrenebilir, bilgi sahibi olabilir⁵⁵⁰. Bu sınırlar, kesin net çizgilerle ayrılmış olan sınırlar değildir. Yani bu tanımlamalar özel hayatın kapsamını belirlemede eksik kalabilir. Önemli olan kıstas kişinin yaşam alanının hangi alanına herkesin ulaşmasını objektif olarak isteyip istemeyeceği noktasındadır. Örneğin Yargıtay bir kararında plajda mayo ile güneşlenen kişinin fotoğraflarının çekilmesini özel hayata müdahale olarak görmüştür⁵⁵¹.

Özel hayatın korunması gereğinin ortaya çıkış nedeni kişinin kendisini ile yalnız kalabilmesi hakkına dayanır⁵⁵². Kişi toplum içinde yaşasa bile, bazı konularda yalnız kendisi ve yakın olduğu kişilerin bilgi sahibi olmasını ister. Bu kişinin bireysel gelişimi açısından da gereklidir⁵⁵³. Örneğin kendisi ile ilgili her konuda bilgi alınmasına açık birey, kendisini yetiştiremez ve dolayısıyla kişide özgüven eksikliği doğar. Örneğin kişinin ev hayatı özel hayatına ilişkindir. Evine sürekli müdahale edilen kişi, kendisini baskı altında hissedecek ve kişisel yeterliliğini artıramayacaktır. Bu nedenden başka bir neden olarak; kişilerin, başkalarının özel hayatlarını merak eden bir yapısının olması ve

⁵⁴⁸ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 99

⁵⁴⁹ İmre, “Özel Hayat”, s. 148; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 100; Gök, s. 155

⁵⁵⁰ İmre, “Özel Hayat”, s. 149; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 100; Gök, s. 156

⁵⁵¹ Yarg. 12. CD 03.04.2012, E. 2011/7345, K. 2012/8936, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013: “...Özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, ‘kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik’ prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan...karar verilmesi kanuna aykırı...”

⁵⁵² Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98

⁵⁵³ Özdemir, s. 2: “Herkesin, kamuya mal olmuş yaşantısının yanında, kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi, toplum hayatı bakımından kendisi için hedeflediği yere ulaşabilmesi ve uygun gördüğü şekilde yaşayabilmesi için, başkasının denetim ve gözetiminden uzak, değer bir ifadeyle, kendi tarzına göre yaşayabildiği özel bir hayatı yaşayabilme ihtiyacı bulunmaktadır. Bu itibarla, insanın kendini yönetme hakkı kapsamında, kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirebileceği özel hayatı kural olarak başkalarının ve devletin ilgi alanı dışında kalmalıdır.”

bunu sağlamaya yönelik olarak teknolojinin gelişmesi gösterilebilir⁵⁵⁴. Temelde bu nedenlerden dolayı da kişinin özel hayatı korunmalıdır. Kişinin özel hayatının korunmasının en başta bireye faydası olmakla birlikte, dolaylı olarak da topluma faydasının olacağı kuşkusuzdur⁵⁵⁵. Bu nedenle özel hayatın korunması gerekmiş; gerekli koruma dava yolu ile sağlanmıştır⁵⁵⁶.

Özel hayatın gizliliği temel haklar kategorisinde yer alır⁵⁵⁷. Bu yönü ile kişi hakları içerisinde yer alır. Bu haklara; herkes sahip olur, devredilemez, vazgeçilemez ve feragat edilemez. Kişinin kişiliğine bağlı olarak vardır. Bu hak ve bu kısımda yer alan haklar kişinin aşılamayacak ve dokunulamayacak sınırını çizerek, kişiyi devlete karşı korur⁵⁵⁸. Bu hakların öznesi ise herkeştir⁵⁵⁹. Kişi olan herkes özel hayata ve özel hayatın gizliliği hakkına sahiptir. Bu noktadan hareketle, tüzel kişiler de bu hakka sahiptir⁵⁶⁰. Gerçek kişilerde olduğu gibi olmasa da, tüzel kişinin de niteliğine uygun ölçüde özel hayatı bulunmaktadır. Örneğin bir şirketin özel hayatında onun işleyişi, ticari sırları ve müşteri çevresi yer alır. Bu alanlar da bu çerçevede korunmalıdır.

Özel hayatın kapsamında yer alan ve dolayısıyla da bu hakkın korunması kapsamına giren hususlara örnek olarak, konumuzla da irtibatlı olacağı için, kişinin günlüğü ve resimleri ile görüntüleri verilebilir. Gerçekten kişinin günlüğü özel yaşamının da üstünde sır alanına ilişkindir. Kişi günlüğünde, kendisi ve çevresindeki insanlarla ilgili olarak çok önemli sır niteliğinde bilgilere yer verebilir. Bu bilgilerin özel hayatın gizliliği kapsamında yer alıp korunması gerekir. Diğer taraftan kişinin resimleri ve görüntüsü de özel hayatına dahildir. Bunların da özel hayatın kapsamı

⁵⁵⁴ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 97; Bundan başka özellikle teknolojinin bu seviyede geliştiği günümüzde kişinin özel hayatının buna bağlı olarak daha fazla korunması gerektiğine dair bkz. İmre, “Özel Hayat”, s. 147

⁵⁵⁵ İmre, “Özel Hayat”, s. 150: “Gerçekten, özel hayatlarında, başka şahıslar veya kamu görevlileri tarafından devamlı gözetim altında tutulan, evinde veya arkadaşı ile yaptığı konuşmalar başkaları tarafından gizlice dinlenen insanlardan kurulu bir toplumun çehresinin değişmesi ve bunun ürkek, korkak ve esir insanların toplum hayatına dönmesi ihtimali meydana gelebilir.”

⁵⁵⁶ Dava yolu ile özel hayatın korunması esasında ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Bu konuda koruyucu davalar ve tazminat davaları ayrımı ve bu davalar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Kaya, “Özel Hayat”, s. 55-79

⁵⁵⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98; AYM 28.09.1965, E. 1963/100, K. 1965/48, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 3, s. 220, kararın internet erişimi için http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_03.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2013)

⁵⁵⁸ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98; Özdemir, s. 2

⁵⁵⁹ Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98; Özdemir, s. 2

⁵⁶⁰ İmre, “Özel Hayat”, s. 157

dahilinde korunması gerekir⁵⁶¹. Kişi haklarına dahil bu unsurlara yönelik olarak ihlal iki türlü olabilir. İlk olarak bir resmin ya da günlüğün üçüncü bir kişi tarafından ele geçirilmesi ilk ihlaldir. İkinci olarak, üçüncü kişinin bu nesneleri ele geçirmesinden kamuya yaymasıdır. Bu ihtimalde iki ihlalin olduğunu gözden kaçırmamak gerekir⁵⁶².

Uluslararası hukukta AİHS m. 8 ve iç hukukta yukarıda belirtilen anayasal ve yasal normlarla korunan, özel hayat ve bunun gizliliği mutlak değildir⁵⁶³. Başka bir deyişle, bu hakkın belli sınırlar dahilinde sınırlandırılması mümkündür. AY m. 20/2 *“Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* demek suretiyle, bu sınırlamayı ve usulünü belirtmiştir⁵⁶⁴. Aynı durum AİHS m. 8/2 ile de belirtilmiştir⁵⁶⁵, böylelikle sınırlama yapılması AİHS açısından da hukuka uygun hale gelmektedir. Ancak her halde AY m. 13’de ifade edilen genel sınırlara riayet edilmesi gerekir⁵⁶⁶. Aksi halde yapılan sınırlama her ne kadar AY m. 20/2 açısından hukuka uygun olsa da AY m. 13 açısından hukuka aykırı olur. Söz gelimi AY m. 20/2’ye uygun olarak getirilen sınırlama, ölçülülük ilkesine aykırı ise AY m. 13 için hukuka aykırıdır.

⁵⁶¹ YHGK 07.03.2003, E. 2007/4-98, K. 2007/110 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013): *Anayasa’nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip bulunduğu, özel hayatın gizliliğine dokunulmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu hak Türk Medeni Kanunu’nun 24 ve 25. maddelerinde koruma altına alınmıştır. Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde de (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 58) kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda uygulanacak yaptırım belirtilmiştir. Belirtilen bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kişinin özel yaşamının gizliliğine dokunulamaz. Kişinin sıfatı e konumu ne olursa olsun rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bunlar kişinin gizli alanını oluşturur. bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynen telefon konuşmalarını yasadışı dinlemesinde olduğu gibi onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliği taşır.”*

⁵⁶² YHGK 07.03.2003, E. 2007/4-98, K. 2007/110 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013); Aynı yönde: Yarg. 4. HD 26.10.2007, E. 2006/13723, K. 2007/13089 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013)

⁵⁶³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169

⁵⁶⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169

⁵⁶⁵ Özdemir, s. 20

⁵⁶⁶ Kaya, “Özel Hayat”, s. 93

AY m. 20/2'den kaynaklı olarak kişinin özel hayatına yönelik getirilen sınırlamalar, hukuka uygunluk nedenleridir. Yani kişinin özel hayatına yönelik yapılan eylem, başka bir üstün yarardan ötürü yapılıyorsa, hukuka aykırı kabul edilmez, hukuka uygundur⁵⁶⁷. Hukuka uygunluk nedenleri içinde sayılabilecek bir hal de⁵⁶⁸; kamu görevlisinin görevini yerine getirmesidir⁵⁶⁹. Gerçekten kamu görevlisi kamu yararını yerine getirmek amacıyla, bazen bireylerin özel hayatına müdahalede bulunabilir. Ancak bundan maksat kamu yararını gerçekleştirmektir. Burada kamu yararı ya da mevzuatta belirtilen amaç yahut yarar kişinin özel hayatının korunmasının yararına üstün tutulmaktadır. Kolluk kuvvetinin suç şüphesi nedeniyle kişinin usulüne uygun olarak üstünü araması hukuka aykırı kabul edilmez⁵⁷⁰. Aynı şekilde icra müdürünün de haciz sırasında borçlunun üzerinde değerli şeyleri almak için kuvvet kullanması hukuka aykırı kabul edilmemelidir (İİK m. 80/4).

B. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Kişinin Özel Hayatının Korunması

Anayasanın 20. maddesi kişinin özel hayatını korumaktadır⁵⁷¹. Bu koruma kişinin özel hayatına yönelik devlet tarafından yapılacak müdahalelere karşı olacağı gibi, devlet dışındaki kişiler için de söz konusudur⁵⁷². İcra müdürü daha önce de belirlemesini yaptığımız gibi, devletin yürütme organı içinde yer alır⁵⁷³.

İcra hukukunun mahiyetinde zorlama, cebir vardır⁵⁷⁴. Borcunu ödemeyen borçluya karşı, alacaklının yasal hakkı olan takip prosedürünü başlatması sonucunda, gerekirse borçlu borcunu ödemeye zorlanır⁵⁷⁵. Bu sırada borçlunun özel hayatının

⁵⁶⁷ Kaya, "Özel Hayat", s. 83

⁵⁶⁸ Hukuka uygun müdahaleler söz konusu eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkarır. Bu konuda biz konumuzla ilgili olduğu kadarıyla kamu görevlisinin, kanundan kaynaklanan yetkisini kullanmasını ifade ettik. Bununla birlikte bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Kaya, "Özel Hayat", s. 79-95

⁵⁶⁹ "Kanuni sınırlar içinde kalan yetkili makamın emrini ifa veya memuriyet görevinin ifası da hukuka uygunluk nedenlerindendir. Kanunda belirtilen unsurlara uygun olarak kişilerin üstlerinin ve evlerine girilerek evlerinin aranması, hakim kararına dayalı telefonların dinlenmesi vb. durumlarda özel hayata müdahale edilmekte ise de artık hukuka aykırılıktan söz edilemez." (Kaya, "Özel Hayat", s. 83)

⁵⁷⁰ Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinden birisi de üst araması yapılmasıdır. Üst araması yapılmasının şartları için bkz.: Öztürk, Tezcan, Erdem vd.; s. 433 vd.

⁵⁷¹ Özdemir, s. 2; Gök, s. 154

⁵⁷² Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 96

⁵⁷³ bkz. Yuk. § 2, II

⁵⁷⁴ Üstündağ, s. 2; Kuru, *Cilt I*, s. 27; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 50; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 1

⁵⁷⁵ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 1-2; Üstündağ, s. 2; Kuru, *Cilt I*, s. 25; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 49

korunması zorluk taşımaktadır. Zira, kural olarak sadece en yakınlarına açık bir alana, doğrudan müdahale söz konusudur. Şüphesiz icra müdürünün bu müdahalesi hukuka uygundur⁵⁷⁶. Ancak yetkinin sınırları aşılsa artık yapılan işlem hukuka aykırı hale gelir.

Kişinin özel hayatının sınırlarının tespitinin zor olması ve bu nedenle de, bu alanın kapsamının somut olayda tam olarak belirgin kılınması kolay bir iş değildir. Ancak bu zorluk icra müdürünün borçlunun özel hayatına pervasızca, keyfi müdahale edebileceği anlamına gelmez. Ya da yaptığı hukuka aykırı muameleleri mazur göstermez. Ne kadar zor olursa olsun icra müdürü borçlunun özel hayatını korumak ve mümkün olduğu kadar az müdahale etmek zorundadır.

İcra müdürünün kamu görevlisi olması, en temelde kamu yararını yerine getiriyor olması, onun borçlunun özel hayatına yapmış olduğu muameleler için hukuka uygunluk sebebi oluşturur⁵⁷⁷. Özel hayatın korunması hakkında yaptığımız genel açıklamalarda, kamu görevlisinin görevini ifa etmesini, hukuka uygunluk nedeni olarak belirtmiştik⁵⁷⁸. İşte icra müdürü de devletin kendisine vermiş olduğu yetki çerçevesinde, kamu gücünü kullanmaktadır. Dolayısıyla icra müdürünün borçlunun özel hayatına müdahalesi hukuka uygun hale gelmektedir. Örneğin haciz için borçlunun evine girebilmekte, borçluya ait kilitli yerleri açtırabilmektedir (İİK m. 80/3).⁵⁷⁹

İcra müdürünün takdir yetkisi olan hallerde; eğer sınırlara riayet edilmezse, borçlunun özel yaşamına müdahale daha ağır sonuçlar doğurabilir. Zira takdir yetkisinin özünde icra müdürünün bir ölçüde serbest hareket etmesi vardır. Onu, genel çerçeve niteliğinde bağlayan her ne kadar bir kanun hükmü olsa da⁵⁸⁰, o sınırlar içinde serbesttir. Dolayısıyla bu serbestliğin borçlunun özel yaşamına en az müdahale edilmek suretiyle kullanılması gerekir. Aksi halde takdir yetkisi, borçlunun özel hayatı düşünülmeden, alacaklının alacağına kavuşması amacına hizmet eder şekilde kullanılırsa, borçlunun temel hakkı olan özel hayatının gizliliği ihlal edilmiş olur.

⁵⁷⁶ Kaya, “Özel Hayat”, s. 83

⁵⁷⁷ Kanundan kaynaklanan bir görevin ifasının hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair bkz. Kaya, “Özel Hayat”, s. 83

⁵⁷⁸ bkz. Yuk. § 12, II, A

⁵⁷⁹ Ansay, s. 74; Postacıoğlu, s. 300; Üstündağ, s. 148-149; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

⁵⁸⁰ bkz. Aşa. § 20, II ve III.

İcra müdürüne kanunun takdir yetkisi tanınması halinde, kanunda yer alan özel sınırlardan başka, icra müdürü anayasal temel hak ve ilkelerle bağlıdır⁵⁸¹. Bu nedenle icra müdürü, borçlunun özel hayatının gizliliği ile de bağlıdır. Kanunda açıkça bu sınır yazılmış olmasa bile, icra müdürü takdir yetkisini bu çerçevede kullanmak zorundadır. Aksi halde yaptığı işlem Anayasa m. 20'ye aykırı olur. Bu yüzden icra müdürü takdir yetkisini kullanırken; özellikle ölçülülük ilkesi ışığında değerlendirmede bulunmalı, işlemi yaparken koruyacağı değer, feda ettiği değerden üstün olmasını gözetmelidir.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan hükümlerden birisi İİK m. 82/4'tür⁵⁸². Bu madde ile icra müdürüne söz konusu malın haczedilmezlik kapsamında yer alıp almadığının takdiri yetkisi verilmiştir⁵⁸³. Maddede belirtilen eşyaları incelediğimizde “günlük” diye adlandırdığımız eşyanın bu kapsama doğrudan giren bir eşya olmadığını söyleyebiliriz. O halde icra müdürü, maddi olarak değeri olan her şeyi haczedebileceğini de düşünürsek⁵⁸⁴, az çok maddi değeri olan günlükü haczedebilecek midir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir⁵⁸⁵. Zira İcra ve İflas Kanunumuz açısından, her ne kadar bu ve buna benzer eşyalar haczedebilir görülse de (açıkça yasaklayan bir hüküm yok), buna en başta AY m. 20 engeldir. Söz konusu eşya kişinin özel hayatına ilişkindir⁵⁸⁶. Diğer taraftan bu eşyanın değeri artık onun fiyatında değildir. Onun değeri, borçlunun yazmış olduğu bilgilerdedir. Dolayısıyla bu eşyanın haczedilmemesi gerekir. Pratikte günlükün haczedilmesine AY m. 20'den ziyade İİK m. 85/6 engel olması da kuvvetle muhtemeldir⁵⁸⁷. Aynı şekilde eğer kişisel bilgiler başka bir şekilde depolanıyorsa yine bu eşyalar da haczedilmemelidir. Örneğin kişinin çok özel bilgilerini kaydettiği elektronik disk haczedilmemelidir. Başka bir örnek ise, borçlunun bilgisayarı haczedilecek ise, bilgisayardan özel bilgilerini başka bir belleğe kaydetmesine veya en azından buradaki bilgileri silmesine izin verilmelidir⁵⁸⁸. Zira yine burada da eşyanın değeri, alacaklı için, onun içinde yer alan bilgilerden dolayı değildir.

⁵⁸¹ Anayasanın bağlayıcılığının devletin tüm organları olduğuna dair bkz.:Erdoğan, *Anayasa*, s. 36; Erdoğan, *Demokrasi*, s. 82

⁵⁸² Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 272

⁵⁸³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 272-273

⁵⁸⁴ Üstündağ, s. 170-171; Kuru, *Cilt I*, s. 778; Kuru, *El Kitabı*, s. 437; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 271; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 141

⁵⁸⁵ Özkes, *Temel Haklar*, s. 165

⁵⁸⁶ İmre, “Özel Hayat”, s. 157

⁵⁸⁷ Hacı yapan memur mümkün olduğu kadar, alacaklı ile borçlunun haklarını telif etmekle mükelleftir (Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 288).

⁵⁸⁸ Özkes, *Temel Haklar*, s. 165

Ya da kişinin bilgilerinin, söz konusu elektronik eşyadan silinmesi halinde değeri azalmaz. Aksi yorum iyi niyet ile bağdaşmaz. Şöyle ki borçlunun kişisel bilgilerinin de, haczedilen eşya ile alınması, ekonomik değeri olmayan bilgilerin kullanılması riskini doğurur. Borçlu çok ünlü biriyse, ya da bir şirket ise ona ait bilgilerin haricen kullanılması kuvvetle muhtemeldir. O halde başta icra müdürünün böylesi bir yola kapı aralamaması gerekir.

Günlük örneği, tüzel kişiler için bire bir verilemezse de, tüzel kişilerin de sahip olduğu çok önemli bilgiler olabilir⁵⁸⁹. Örneğin ürettiği ürünlerle ilgili ticari sırları. İşte icra müdürü haciz yaparken bu ve buna benzer bilgilerin tüzel kişinin yetkili organı ya da kişisi tarafından muhafaza altına alınması ve gerekirse silinmesi iznini vermelidir. Gerek gerçek kişilerde gerekse tüzel kişilerde, borçlu olmanın sonucu olarak kişisel bilgiler ifşa olmamalıdır⁵⁹⁰.

Borçlunun fotoğrafları da özel hayatına dahildir⁵⁹¹. İcra müdürü bu fotoğrafları da haczedemeyeceği gibi⁵⁹², bunları borçlunun muhafaza etmesine izin vermelidir. Zira bu eşyalar da borçlunun kişisel hayatını ilgilendiren, ayrıca borçlu için lüzumlu eşyalar kategorisinde sayılmalıdır (İİK m. 82/1-3)⁵⁹³. Bu noktada akla gelen bir soruyu cevaplamakta fayda vardır. Acaba icra müdürü haciz için borçlunun evine gitti, ancak evde bulunan kişi eşinden uzun bir süre önce fiili olarak ayrıldığını, halihazırda da ayrı yaşadığını beyan etti. Bundan sonra alacaklı veya vekili icra müdürüne aile fotoğraflarına bakılmasını talep etmesi halinde, icra müdürü bu talebe nasıl karşılık vermelidir? Talebi kabul edip borçlunun eşinin tüm albümlerine kadar bakabilmeli midir? Bu sorulara büyük oranda olumsuz cevap vermek gerektir. Şöyle ki, fotoğrafların bulunduğu yer açısından ayırım yapmakta fayda vardır. İcra müdürüne kanun haciz için eve girme yetkisini veriyor (İİK m. 80/3). Yani icra müdürünün evin içinde hiçbir araştırma yapmaksızın görebileceği fotoğraflar varsa bunları inceleyebilir. Ancak bir

⁵⁸⁹ İmre, “Özel Hayat”, s. 157

⁵⁹⁰ Özekes, *Temel Haklar*, s. 165: “*Cebri icra faaliyetinin, ticari rakiplerin birbiri hakkında kötüniyetli bilgi edinmesine, haksız şekilde bir tür bilgi toplama veya ticari sırlara vakıf olma aracına dönüşmesine de izin verilemez. Bu, dürüstlük kuralıyla da bağdaştırılamayacaktır.*”

⁵⁹¹ Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda kişinin mayolu fotoğraflarının çekilmesinin özel hayata müdahale olduğunu belirtmesi hakkında bkz.:Yarg. 12. CD 03.04.2012, E. 2011/7345, K. 2012/8936, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013

⁵⁹² Özekes, *Temel Haklar*, s. 165

⁵⁹³ İmre, “Özel Hayat”, s. 148; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 100; Gök, s. 155

dedektif edasıyla, borçlunun eşinden fotoğraf albümlerini isteyip inceleme yapmamalıdır.

Bu soruları çoğaltmak mümkündür. Biz burada verdiğimiz örneklerle belli kıstaslar getirmeye çalıştık. Yoksa özel hayatın kapsamı düşünüldüğünde, sadece günlük ve fotoğraf ile meselenin çözülmeyeceği açıktır. Ancak bu noktada hangi eşya olursa olsun, icra müdürü bu ekseninde inceleme yapmalıdır. Bu inceleme sonucunda kararına göre haciz yapmalı veya yapmamalıdır. İcra müdürüne yapması gereken incelemenin kapsamını, hakimın ispat faaliyetinde yaptığı gibi⁵⁹⁴, maddi gerçeğe ulaşmaya çalışma şeklinde anlamamak gerekir. Örneğin icra müdürü söz konusu eşyanın, günlük olduğunu basit bir inceleme ile gördüğünde, artık gerekli incelemeyi yapmış demektir. Bu eşyayı haczetmemelidir.

Borçlunun özel hayatının korunması gereği, icra hukukunda, çoğu zaman borçlunun aile üyelerinin de özel hayatlarının korunması gereği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira icra takibi ile borçlu ile birlikte aynı evde yaşayan aile üyelerinin de özel hayatı etkilenmektedir. Dolayısıyla icra müdürünün üçüncü kişinin özel hayatına yönelik müdahaleleri de hukuka aykırı olur. Kanun koyucu bunu dikkate alarak, borçlunun mallarının haczi yapılırken, İİK m. 97/a-1 hükmü çerçevesinde, üçüncü kişiye ait olduğu açıkça belli olan eşyalar haczedilemeyeceği kuralın getirmiştir. İcra müdürü niteliği itibarıyla borçlunun yakınlarından birine ait olduğunu düşündüğü eşyayı haczetmemelidir. Bu noktada İİK m. 97/a-1 hükmünde yer alan karinenin istihkak davasında, icra hakimi tarafından kural olarak göz önünde tutulacağı⁵⁹⁵, icra müdürünün bu karineyi dikkate almasının, kendi yetkisinin sınırlarını aştığı düşünülebilir. Kanaatimizce bu madde icra müdürüne karinenin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda takdir yetkisi vermiştir. Söz konusu eşyanın açıkça borçlu dışındaki kişilerden birinin olup olmadığını takdir etmelidir. Takdir yetkisinin kullanılması da İİK

⁵⁹⁴ AY m. 138/1 “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.” Bu hüküm ile anayasamız hakimlerin bağımsızlığına vurgu yapmıştır. Hakimler önlerine gelen uyuşmazlık ile ilgili olarak, hukuka, anayasaya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Verdikleri hüküm medeni yargılama hukuku açısından bir uyuşmazlığı sona erdirmesi bakımından kesindir. Yani artık dava konusu, tarafları ve sebebi aynı olacak şekilde mahkeme önünde dinlenilemez (İİK m. 114/1-i). Bu sebeple hakimler medeni yargılama hukuku için maddi gerçeğe tam manasıyla ulaşmalı, bu gerçekle uyumlu karar vermelidirler. Zira verdikleri karar bu gerçek ile ne kadar örtüşürse, verilen karar adalete o kadar uygun olacaktır.

⁵⁹⁵ Kuru, *El Kitabı*, s. 381 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 329 vd.

m. 16 uyarınca şikayete konu olacağından⁵⁹⁶, icra müdürü bu karinenin gerçekleşip gerçekleşmediğini öncelikle dikkate almalı ve bu konudaki kararında gerekçelerini belirtmelidir. Aksi halde hadiseye uygun takdir yetkisini kullanmadığı için şikayet yolu ile işlemi iptal edilebilir⁵⁹⁷. Bu madde ile ilgili olarak bunu söyledikten sonra, bu karinenin çürütülmesini karşı tarafa yükleyen fıkranın son cümlesini değerlendirmekte fayda var⁵⁹⁸. Örneğin borçlunun eşi eşyanın kendisine ait olduğunu bu karineye göre ileri sürmüş, icra müdürüne de bu açıklama mantıklı geldiği için, haciz yapmayacağını bildirmesi üzerine acaba alacaklı bunun aksini icra müdürü önünde ileri sürebilecek midir? Bu soruya da olumlu cevap vermek gerekir. Zira taraflardan birine bir hak tanıyorsak, kanunun getirdiği imkanlar dairesinde karşı tarafa da, buna muadil bir hak tanımak gerekir. Aksi durum kişinin hak arama hürriyetine aykırı olur⁵⁹⁹. Diğer taraftan, olayı bütün olarak düşündüğümüzde eşyanın haczinin yapılıp yapılmaması üzerinde durulmaktadır. Yani icra müdürünün takdir yetkisini kullanması üzerinde. O halde bu yetki hukuka aykırı kullanıldığında şikayet sebebi olacaksa; bu yetkinin, en iyi ve adalete en uygun bir şekilde kullanılması gerekir⁶⁰⁰. Bu açıklamalardan sonra icra müdürünün icra hakimi olduğunu ya da onun yetkilerine haiz olduğunu ileri sürmüyoruz. Ancak daha öncede belirtildiği gibi, sahip olduğu yetkiler itibarıyla sıradan bir memur da değildir⁶⁰¹. Yaptığı işin niteliği gereği kanunun kendisine vermiş olduğu üstün yetkileri kullanır (İİK m. 80/3, 4 gibi). İşte bu noktadan hareketle de konusu şikayet olabilecek bir işlem yaparken, somut olaya en uygun şekilde takdir yetkisini

⁵⁹⁶ Üstündağ, s. 47; Postacıoğlu, s. 60-61; Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 60; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31-32

⁵⁹⁷ Şikayet konusu olmuş bir işlemin incelemesi sonucunda, işlemin iptal edilebileceğine dair bkz.:Üstündağ, s. 54; Kuru, *Cilt I*, s. 103-104; Kuru, *El Kitabı*, s. 106; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 139-140; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 38

⁵⁹⁸ İİK m. 97/a-1 gereğince borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran kişiler, eğer eşyanın niteliği gereği borçludan başka bir kişiye ait olduğuna dair bir karine yoksa, bu mal borçlunun sayılır ve haczedilebilir. Buna karşılık alacaklı da bu karinin aksini iddia ve ispat ederek, söz konusu malın haczini sağlayabilir. İşte icra müdürü, bu iki halin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, veya hangisinin gerçekleştiğini takdir edecektir.

⁵⁹⁹ Anayasanın “Kişi Hakları ve Ödevleri” başlığı altında yer alan haklardan bazıları, kişinin hakkının ihlal edilmesi karşısında, bu ihlalin bertaraf edilerek korunması için vardır. Bu koruma ihlalin kaynağı kim olursa olsun devlet tarafından sağlanmalıdır. AY m. 36 sadece yargı organları önünde korumayı kapsamakla birlikte, AY m. 40 daha kapsamlı bir koruma sağlar (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 198). Adil yargılanma hakkını, devlet bireylere sunmak zorundadır. Bunun sağlanması için, kanuni hakim güvencesi, suç ve cezaların kanuniliği, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması gibi ilkeler kabul edilmiştir (bu yönde bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 202-203).

⁶⁰⁰ Postacıoğlu, s. 77: “*Merci şikayetin mahiyetine göre, muamelenin ya kanunun yahut işin icaplarına, maslahata uygun olup olmadığını araştırarak ve kararını buna göre verecektir. Merci bu bakımdan gerekli tahkikatı yapmakla mükellef olup hadise ile teması olmadığından bahisle işi tekrar memurun takdirine ulu orta havale edemez.*”

⁶⁰¹ § 2, III, B.

kullanmalıdır. Yaptığı işlemin iptal edilmesi sonucuna en başta kendisi engel olmalı, iptal edileceği aşkar olan bir işlemi yapmamalıdır. Zira bunda icra müdürünün de menfaati bulunmaktadır⁶⁰². İcra müdürü, işlemi ne olursa olsun yapıp, iptal edilmezse hukuka aykırı değildir, düşüncesiyle hareket edemez.

İcra müdürünün İİK m. 97/a-1'deki karineyi dikkate almasının kapsamı ne ölçüde olmalıdır? İcra müdürü borçlunun evine hacze gittiğinde, çok değerli bir ziynet eşyasını haczedecekken, borçlunun eşi bu eşyanın kendisinin olduğunu ileri sürdü. İcra müdürü bu halde artık İİK m. 97/a-1'de yer alan karineyi dikkate alarak bu malın haczini yapmaktan vazgeçebilir. Alacaklı ise bu malın aslında borçluya ait olduğunu, eşinin yalan söylediğini belirtip o an ve koşullarda bunu basit bir şekilde ispat edebilir. Örneğin herkesin görebileceği bir yerde duran fotoğrafta, o ziynet eşyasını borçlunun kendisinin takıyor olması alacaklının söz konusu karineyi icra müdürü önünde çürütmesi için yeterli olabilir. İşte icra müdürü burada da takdir yetkisini kullanmalı, alacaklının iddiasını basit bir şekilde değerlendirmelidir. Bu yapılırken, borçlunun özel hayatına müdahale edilmemesine özen göstermelidir. Örnekte dikkat edileceği üzere herkesin göreceği yerde ki fotoğrafın dikkate alınması, daha önce de belirtildiği üzere icra müdürünün kişinin albümünü inceleme hakkının bulunmayışı göz önünde tutulmalıdır.

Özel hayatın gizliliği konusunda İİK m. 80/3 ve 80/4'ü değerlendirmekte fayda vardır. Zira bu maddelere bakıldığında borçlunun özel hayatına doğrudan müdahale edilebileceğini görmekteyiz⁶⁰³. Dolayısıyla bu müdahalenin sınırlarının iyi bir şekilde çizilmesi ve takip işlemlerinin kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmasına özen gösterilmesi gerekir.

⁶⁰² İcra müdürünün yapmış olduğu işlemlerden ötürü Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir (İİK m. 5). Bu dava özünde haksız fiil gibi olduğundan, davanın şartlarından birisi de kusurlu hareket edilmesidir. Diğer taraftan işlemi yapan memur aleyhine devlet, kusuru oranında, rücu edebilir (İİK m. 5/son). Bu haliyle icra müdürünün takdir yetkisini dikkatli kullanması onun menfaatine olmaktadır. Zira hatalı takdir yetkisi kullanması sonucunda, kişinin zararını tazmin etmekle yükümlü kalabilir. İcra faaliyetlerinden ötürü devlet aleyhine tazminat davası ve bu davanın şartları, özellikleri için bkz.:Üstündağ, s. 39-43; Kuru, *Cilt I*, s. 81-85; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 110-111

⁶⁰³ İİK m. 80'e yöneltilen eleştiri ve bu maddenin uygulanmasının nasıl olması gerektiği konusunda bkz.:Özkes, *Temel Haklar*, s. 163-164

İİK m. 80/3 “*Talep vukuunda borçlu kilitli yerleri ve dolapları açmağa vesair eşyayı göstermeğe mecburdur. Bu yerler icabında zorla açtırılır*” demek suretiyle, icra müdürüne borçluya kilitli yerleri açtırması konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.

Borçludan kilitli yerlerin İİK m. 80/3 uyarınca açması istenir⁶⁰⁴. Eğer borçlu açmak istemezse bu noktada icra müdürünün takdir yetkisi doğar. İcra müdürü bu yeri zorla açtırabilir ya da açtırmayabilir. İşte bu takdir yetkisini kullanırken dikkat edeceği ilkelerden biri de borçlunun özel hayatının gizliliğidir. Buna göre; icra müdürü alacaklının alacak hakkı ile borçlunun özel hayatı arasında denge kurarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Diğer taraftan İİK m. 97/a-1 hükmü, bu maddenin uygulanmasına engel olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Şöyle ki niteliği itibarıyla *münhasıran bir kişiye ait olabileceğini düşündürmeyen* kilitli bir yerin açılmasını da icra müdürü emredibilmelidir. Aynı evde yaşayan borçlunun eşi olan kadın, kendi çeyiz sandığının açılmasına bu açıdan karşı gelmemeli; icra müdürü de bu açıdan bakarak bu sandığın açılmasından vazgeçmemelidir. Zira bu eşya niteliği gereği, örneğimizde kadına ait gibi görünse de, içinde borçluya ait çok değerli eşyalar bulunması da kuvvetle muhtemeldir. İşte bu halde artık bu eşyanın da kilidinin açılması gerekir. Ancak bu ihtimalde de icra müdürünün çok hassas davranması, gerekirse kilitli yerde ne olduğuna öncelikle kendisinin bakması, eğer özel hayata müdahale nevinden bir eşyanın olduğunu görürse de bunu ifşa etmeden eşya sahibine muhafaza etmesi için vermesi gerekir. Aksine gerçekten de borçluya ait kıymetli bir eşyanın bulunması halinde bunu haczetmelidir.

İİK m. 80/4 “*Haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı kuvvet istimal edilebilir*” demek suretiyle icra müdürüne borçlunun şahsına kuvvet istimal edebilme yetkisi vermiştir⁶⁰⁵. Dikkatle okunduğunda görülecektir ki, bu yetki takdiri niteliktedir. Bu madde ile tanınan

⁶⁰⁴ Ansay, *İcra*, s. 74; Postacıoğlu, s. 300; Üstündağ, s. 148-149; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

⁶⁰⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

yetkinin, özellikle ilamsız icrada, Anayasaya'nın 20. maddesi açısından sorunlu olduğu ifade edilmiştir⁶⁰⁶.

Kanaatimizce bu yetki Anayasaya aykırı değildir. Anayasaya aykırılık belli bir anayasal norma aykırılıktır. Bu hususta da AY m. 20/2'nin açıkça icra müdürüne zor kullanmayı yasaklamadığını yazmadığı için, bu yetkinin anayasaya aykırı olmadığını düşünüyoruz. Zira yasak olan bir husus açıkça yazılmadıysa o hususta ilgili konunun uygulayıcısı kendisinden üstünde bulunan normun sınırları içinde ihtiyar sahibidir, takdir yetkisi vardır. İşte Anayasa da kanun koyucuya bir ölçüde takdir yetkisi

⁶⁰⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 162-164: "İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesindeki düzenlemenin, Anayasa karşısında, özellikle ilamsız icra bakımından oldukça sorunlu olduğunu düşünüyoruz. Zira, prosedürün başından sonuna kadar, herhangi bir mahkeme kararı olmadan, icabında zor kullanılarak borçlunun üstü, özel kağıtları ve eşyası aranabilmekte, ayrıca el konulabilmektedir. Bunun da ötesinde, kolluk kuvvetlerinin icra memuruna yardım ve bu konuda talebini yerine getirme zorunluluğu da vardır (İİK m. 81). Milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi çok daha ağır hallerde dahi hakim kararı aranmışken, hiçbir mahkeme kararına dayanmayan salt bir alacak iddiası üzerine borçlunun özel hayatına müdahalenin meşruluğu ve hukukiliği tartışma götürür bir durumdur. Şayet, Anayasa'nın 20. maddesinde zikredilen 'başkasının hakkı' çerçevesinde bir müdahale düşünülse dahi, yine de hakim kararı bulunması zorunludur. Bu sebeple, ilamsız icrada, İcra ve İflas Kanunu'nun 80. ve 81. maddelerinin, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Aynı şey, alacağın ilama değil ilam niteliğindeki belgelere dayanması durumunda da söz konusu olacaktır.

Bir ilama dayanan takiplerde ise, takibin temelinde bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Ne var ki, bu durumda da mahkeme kararı sadece alacağı ilişkin olup borçlunun özel hayatına müdahaleye yönelik değildir. Burada hakim kararı aramamasındaki amaç, özel hayata müdahaleyi gerektiren sınırlı hallerin mevcudiyeti ile bunun gerekli olup olmadığının hakim teminatı altında incelenmesidir. Oysa, sadece alacağın bir mahkeme kararıyla sabit olması, her zaman kişinin özel hayatına müdahaleyi haklı kılmayacaktır. Örneğin, borçlunun tedbirleri ve haciz uygulaması mümkünken, hiçbir değerlendirme yapmadan, doğrudan İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesine müracaat edilmesi, Anayasayla uyumlu olmayacaktır. Bu çerçevede, takip bir ilama dayansa dahi, 80. maddenin uygulanması için ayrıca hakim kararının aranması gerektiğini düşünüyoruz.

Anayasa'nın 20. maddesi gereğince, hakim kararı anlamayan, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri de özel hayata müdahale için yeterli olabilecektir. Acaba, icra memuru Anayasa'nın öngördüğü yetkili merci sayılabilir mi? Bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, kanaatimizce icra memuru Anayasa'nın 20. maddesi özel hayata müdahale kararı verebilecek yetkili mercilerden değildir. bir an için, icra memuru bu konuda yetkili sayılsa da, her zaman değil, sadece gecikmesinde sakınca olan hallerde böyle bir karar vermeye yetkilidir.

Özel hayata müdahale bakımından, salt bir alacağı elde etmek için alacaklının talebin esas almak ve icra memurunu bu talebi yerine getiren kişi konumuna sokan, alacaklının talebini ve icra memurunun kararını, ancak hakim teminatıyla uygulanabilecek bir Anayasa kuralının önüne geçirmek anlamına gelecektir. Bu durum, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne uygun düşmediği gibi, temel hakları korumada gözetilen kriterlere de aykırılık oluşturur. Hakim güvencesi ve bağımsızlığı bulunmayan icra memurunun takdiri, hakim kararı yerine hiçbir zaman geçemez. İcra memuru, adli idari nitelik taşısa da, sonuçta idarenin bir parçasıdır. Özel hayatın korunması çerçevesinde, kişilerin idari mercilere karşı bunu ileri sürebilmesi ve onlardan hakim kararı (ya da acil durumlarda yetkili merciin emrini) isteyebilmesi mümkündür. Bu çerçevede, şu andaki 80. madde uygulamasında dahi, kişilerin hakim kararı isteyebileceği kanaatindeyiz. Ancak, kimin bu yönde karar vereceği belirsizdir. Çünkü, icra mahkemelerinin görevleri bilirlidir ve icra memurunun da işlem yapmadan önce icra mahkemesine müracaat edebileceği haller sınırlı şekilde belirtilmiştir. Bir mahkemenin de görevine girmeyen bir işe bakması söz konusu olamayacağına göre, icra mahkemelerinin bu konuda görevli olması düşünülemez. Ancak, yapılacak düzenlemede bu husus gözetilmelidir."

vermiştir. Kanun koyucu da bu yetkisi ile icra müdürüne yine bu memurun takdirinde olarak kuvvet kullanma yetkisini vermiştir.

Soyut anlamda bu yetkinin anayasaya aykırı olmasını bir tarafa bırakacak olursak, aslında böyle bir yetkinin verilmemesi somut olaylar karşısında anayasaya aykırılık teşkil edebilir. Şöyle ki, ilk olarak alacaklı hakkına kavuşmak için cebri icra prosedürünü başlatmaktadır. Bunu da yine hak arama hürriyetinden kaynaklı olarak istemektedir (AY m. 36). Eğer alacaklının bu haklarını etkin bir şekilde korumayan sistem oluşturulursa, bu haklara aykırı olur. Zira adil yargılanma hakkı etkin hukuki korunmayı barındırır. Alacaklıya takip hakkı tanımakla birlikte etkin bir takip yapma konusunda, *etkisiz* bırakırsak, borçluyu gereğinden fazla korumuş oluruz. Alacaklının bizzat ihkak-ı hak almasını yasaklayarak, borçluyu koruma düşüncesinde ortaya çıkan cebri icra hukuku, bu sefer de alacaklının hakkını ihlal etmiş olur. Halbuki cebri icra hukukunun amacına bakıldığında her iki hakkın da hukuk düzeni potasında eritilmesi, birleştirilmesi gerekir.

Zor kullanma yetkisinin anayasaya aykırı görülmesi aslında hukuk düzeninin genel mantığı açısından da sakıncalar doğurabilir. Şöyle ki, MK m. 2 gereğince herkes hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmakla yükümlüdür. Eğer borçlunun üzerinin aranamayacağını ve gerekirse zor kullanılamayacağını ifade edersek, bu sefer de MK m. 2'ye aykırı olarak üstünde değerli bir şey saklayan borçlular alacaklı karşısında haksız bir şekilde korunmuş olur.

Bu yetkinin anayasaya aykırı olmadığını bu şekilde belirlemekle birlikte, bir takım tereddütlerin olacağı, borçlunun taciz seviyesinde aranabileceği veya zor kullanılabileceği düşünülebilir. Ancak şu bir gerçektir ki, zor kullanacak olan icra müdürünün kararıyla kolluk kuvvetleridir (İİK m. 81). Neden baştan bir kabulle icra müdürünün bu şekilde keyfi davranacağı düşünülün. Ve bu düşünce ile alacaklı hakkını alamamak durumunda bırakılsın. Bununla birlikte; olması gerekenden başka uygulamaların olabileceğini, icra müdürünün aslında zor kullanma yetkisini gereksiz veya ölçsüz kullanabileceği düşünülebilir. Bunun çözümü söz konusu yetkinin

anayasaya aykırı kabul edilmesi ve ortadan kaldırılması değildir. Belki bu aşamada icra mahkemesi devreye sokularak ondan karar alınması düşünülebilir⁶⁰⁷.

İİK m. 80/4'e göre borçlunun, haciz esnasında üzerinde para, gümüş, altın gibi değerli şeyleri sakladığının *anlaşılması*⁶⁰⁸ ve bunları vermekten kaçınması halinde şahsına kuvvet uygulanabilir⁶⁰⁹. Böylelikle borçlunun saklamış olduğu söz konusu değerli şeylerin haczi sağlanarak, alacaklı alacağına kavuşabilecektir. Bu düzenlemenin kaynağında, borçlunun yapılan takibe yardımcı olma ödevinin olduğu söylenebilir⁶¹⁰. Zira borçluya karşı yapılan takip, her ne kadar kişinin istemeyeceği bir şey ise de, alacaklının kanuni bir hakkıdır. Kanunun tanıdığı bir hakkın kullanılmasına herkes rıza göstermeli ve yardımcı olmalıdır. Ancak burada vurgulanması gereken şudur ki, madde dikkatle okunduğunda, kuvvet kullanılması ilk başvurulacak yol değildir. İlk olarak borçlunun bu şeyleri vermekten kaçınması gerekir⁶¹¹. Kaldı ki yine maddede yazdığı üzere, icra müdürü kuvvet yolu ile alınmasını *isteyebilir*. Yani maddenin ifade tarzından, her ne kadar borçlu kıymetli şeyleri vermekten kaçınsa da, icra müdürü somut olayda takdir yetkisini kullanır, bunu yaparken de kuvvet kullanarak elde edilecek menfaat ile kullanılmaması halinde elde edilemeyecek, kaçırılacak menfaat arasında mukayese yapmalıdır. Sonuçta hangisi ağır basarsa, takdir yetkisini o yönde kullanmalıdır.

İİK m. 80/4'ün, borçlunun haciz esnasında yanında bulunan kişiler açısından da incelenmesi gerekmektedir. Zira her ne kadar m. 80/4 borçlunun şahsına kuvvet uygulanmaktan bahsetse de, maddede belirtilen eşyaların ebat olarak çoğu zaman küçük olmaları, borçlunun yanında haciz esnasında birinin olması halinde, borçlunun bu

⁶⁰⁷ İİK m. 184/2 gereğince müflisin mektupları iflas idaresi tarafından açılabilir. Bu yetkinin haberleşme hürriyeti açısından değerlendirilmesi ve konuya ilişkin Alman Aciz Kanunu'na (InsO § 99) göre bir çözüm tarzının benimsenmesi hakkında bkz. Ahmet **Başözen**, "İflas Tasfiyesinde Müflisin Mektuplarına El Konulması ve Müflisin Özel Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Anayasal Sorunlar", *Kamu Hukuku Arşivi*, Mart 2005, S. 1, Yıl: 8, s. 70 vd.

⁶⁰⁸ İcra müdürünün borçlunun şahsına zor kullanabilmesinin şartlarından birisi de, borçlunun üstünde bir şey sakladığını anlamasıdır. Borçlunun üzerinde sakladığı şey şüphesiz, alacaklının alacağını karşılamaya elverişli değerli bir eşyadır. Bu nedenle kanunun özellikle "*anlama*" ifadesini kullanmıştır. Yani icra müdürü borçlunun üzerinde bir şey sakladığını ve bu sakladığı şeyin alacaklının alacağını karşılamaya elverişli değerli bir mal olduğunu anlayıp, tahkik edecektir. Bu hususta bkz. § 8, II

⁶⁰⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

⁶¹⁰ Borçlunun kendisine karşı yapılan takibe karşı yardımcı olma yükümlülüğü bulunduğu dair: Özkes, *Temel Haklar*, s. 154

⁶¹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

kişilere saklaması için vermesine neden olabilir. Acaba böyle bir durumda bu üçüncü kişilere m. 80/4 uyarınca kuvvet uygulanabilecek midir?

Bu soruya cevap aramadan önce şunu belirtmekte fayda vardır. Borçlunun eşi bile olsa, alacak-borç ilişkisinde taraf olmadığı için, söz konusu ilişkide üçüncü kişidir⁶¹². Dolayısıyla böylesi bir yetkinin bu kişilerde uygulanabilir olup olmadığı; eğer uygulanabilirse, şartlarının yerine gelip gelmemesi değerlendirmesinde daha dikkatli olunması gerekir.

İİK m. 97/a-1 *“Bir taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Borçlu ile üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde addolunur. Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer.”* demek suretiyle istihkak davalarında mülkiyet karinesi koymuştur⁶¹³. Buna göre bir taşınırı elinde bulunduran onun malikidir. Ancak borçlu ile birlikte üçüncü kişiler bu malı birlikte elinde bulundurursa, mal borçlunun elinde sayılır⁶¹⁴. Bu hüküm sayesinde alacaklı hacze gittiğinde aslında borçluya ait olan bir malı, borçlunun ya da üçüncü kişinin beyanı ile borçlunun olmamasından bahisle, haczinin engellenmesinin önüne geçilmiş bulunmaktadır. Konumuz açısından bu hüküm ve İİK m. 80/4 önem arz eder. İki örnek üzerinden giderek konuyu anlatmakta fayda vardır. İlk olarak söz konusu eşyanın para gibi İİK m. 88/1’de sayılan eşyalardan biri olduğunu, ikinci olarak da bunlardan başka bir eşya olduğunu varsayalım.

İlk örnek açısından, bu tür malların haczinin tamamlanması için, fiilen el konulması gerekir⁶¹⁵. Klasik anlamda hukuken el konulması yeterli olmaz. Aksi halde haciz geçersizdir⁶¹⁶. Bu tür eşyalar haciz esnasında borçlunun üzerinde, cebinde vs. olursa İİK m. 80/4 uyarınca gerekirse borçlunun şahsına kuvvet uygulanarak, fiili haciz gerçekleştirileceğine kuşku yoktur. Aynı durum, özellikle İİK m. 97/a-1 hükmü ile birlikte düşünüldüğünde acaba üçüncü kişi (örneğin borçlu ile birlikte yaşayan eşi) için geçerli olacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Yani icra müdürü

⁶¹² Eren, s. 18; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 11-12; Kılıçoğlu, s. 10

⁶¹³ Üstündağ, s. 220; Kuru, *“El Kitabı”*, s. 484; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 329

⁶¹⁴ Kuru, *El Kitabı*, s. 485; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 329

⁶¹⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 636; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 159

⁶¹⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289

borçlunun eşinin üzerinde para ya da fiilen el konulması gereken bir mal gördüğünde İİK m. 80/4 uyarınca zor kullanamaz⁶¹⁷. Zira aksinin kabulü başta cebri icra hukukunda yer alan kanunilik ilkesine aykırı olacağı gibi⁶¹⁸; takdir yetkisinin ve bunun sınırlarının ancak kanunla belirlenmesi gereğine de aykırı olur. İcra müdürüne takdir yetkisi kavramı sınırları ile birlikte kanun tarafından belirlenmelidir⁶¹⁹. İİK m. 80/4'e baktığımızda icra müdürüne borçlunun şahsına kuvvet uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Bu hüküm ile borçlu ile birlikte yaşasa bile üçüncü kişilerin kişilik dokunulmazlığı hakkı ile alacaklının mülkiyet hakkı arasında bir tercihte bulunulmuş ve neticede kanun koyucu tarafından üçüncü kişinin kişilik dokunulmazlığı üstün tutulmuştur⁶²⁰. Bu eşyalar ancak şu şekilde haczedilebilir ki; icra müdürü bu tür malları fiilen el koyarak haczetmesi gereği (İİK m. 88/1)⁶²¹ ve bunu üçüncü kişiye zor kullanarak yapamayacağı için, üçüncü kişinin rızası olması halinde haczedebilir. Rızanın olmaması halinde ise o malın haczi yapılamayacaktır. Zira buna başta kanun koyucu rıza göstermemiştir.

Haczi yapılacak eşya İİK m. 88/1 türünden olmayan bir taşınır ise, bu mallar için hukuken haczetmek yeterlidir⁶²². Yani söz konusu malın haciz tutanağına yazılmasıyla haciz gerçekleştirilmiş olur. İcra müdürü, kendisine haczin yapılması konusunda rıza

⁶¹⁷ Ansay, *İcra*, s. 73-74

⁶¹⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 87: “Cebri icra faaliyet, yargılama hukukunun genel ilkelerinin özel uygulama alanının içermesi yanında, kendine özgü bazı ilkeleri de içinde barındırmaktadır. Bu farklılık, isminden de anlaşılacağı üzere ‘cebri’ icra faaliyetinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, cebri icra faaliyeti, kişinin hakimiyet alanına(gerek kişilik gerekse malvarlığı yönünden) doğrudan bir müdahaleyi gerektirdiğinden ve ağır sonuçlar doğurma ihtimali de bulunduğundan, mutlak bir belirlilik ve kesinlik taşımalı, öngörülebilir ve sınırları baştan belirli olmalı, keyfiliğe imkan tanımamalıdır. Yaptırım ağırlığı ceza hukukundaki seviyeye ulaşmasa dahi, cebri icra hukuku bir yönüyle ceza hukukundaki ilkelere benzer bazı ilkelerin kabul edilmesini zorunlu kılmıştır. Bu konuda kabul edilen ilkelerin temelinde kanunilik ilkesi yatmaktadır. Hatta **denilebilir ki, kanunilik ilkesi cebri icra alanında temel ilkedir. Cebri icra hukukunun, deyim yerindeyse, doğrudan bir yaptırım hukuku olması sebebiyle, hem yaptırımı (yani cebri icrayı) gerektiren durumların hem buna ilişkin yollar içindeki usul ve esasların kanuna dayanması, baştan belirli olması gerekir.**”

⁶¹⁹ İcra müdürü, ancak kanun kendisine takdir yetkisi verirse bu yetkiye haizdir. Bu konuda bkz. § 20, I

⁶²⁰ İdare hukukunda takdir yetkisinin ve icra müdürünün takdir yetkisinin anlatımında ifade edildiği üzere, takdir yetkisini açıklayan objektivist teorilerden normatif teoriye göre, takdir yetkisi normlar hiyerarşisinde uygulayıcının serbest kaldığı kadar bulunmaktadır. Buna göre sadece idarenin değil, yerine göre yasama organının da takdir yetkisi bulunmaktadır. Yasama organı anayasal sınırlar içinde, takdir yetkisine haizdir. Bu yetkisini kullanarak kanun ihdas edecektir. İşte konumuz açısından da, kanun koyucu takdir yetkisini kullanmış, vücut bütünlüğü ile mülkiyet hakkı arasından, vücut bütünlüğüne öncelik tanımıştır. Kanaatimce yasama organının yetkisini bu şekilde kullanması, sınır olması açısından, anayasaya aykırı değildir. Zira anayasal açıdan bakıldığında zaman vücut bütünlüğü mülkiyete göre daha öncelikli olarak korunması gerekir.

⁶²¹ Kuru, *Cilt I*, s. 636; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 159

⁶²² Kuru, *Cilt I*, s. 637; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289

göstermeyen üçüncü kişide ki malı (burada bu malın İİK m. 97/a-1 kapsamında yer almayan, yani borçlu ile birlikte elde bulundurulmayan, sadece üçüncü kişinin elinde bulundurulmuş bir mal olduğuna dikkat edilmeli) haczedebilir. Şöyle ki, bu malların haczi için mutlaka muhafaza altına alınması gerekmez⁶²³. Haczi talep edilen bir mal için istihkak iddiası ileri sürülürse, bu mal istihkak iddiası haciz tutanağına yazılarak haczedilir. Bu kişi malın kendisinde kalmasını kabul ettiği sürece mal muhafaza altına alınamaz (İİK m. 99/1)⁶²⁴. Bundan sonra istihkak davası prosedürü işler⁶²⁵. Konumuz açısından ise bu ihtimalde, icra müdürünün söz konusu eşyanın haczi için zor kullanmasına gerek yoktur. Zira konu zor kullanmayı değil, borçlunun üçüncü kişiler elinde bulunan mallarının haczini ilgilendirir (İİK m. 99). İcra müdürü İİK m. 88 ve 99 hükmünü mutlaka aynı çatı altında yaşamayan üçüncü kişiler açısından değil, bu şekilde aynı ev içinde bulunan ancak, takibe kural olarak yabancı üçüncü kişiler içinde uygulamalıdır.

İcra müdürü somut olayda yaptığı değerlendirmesi neticesinde, zor kullanma yetkisini kullanmaya karar vermesi halinde de, bunu yine temel hak ve ilkeler çerçevesinde değerlendirmeli, yapacağı müdahalenin insan onuruna, özel hayata ve ölçülülük ilkesine uygun olmasına dikkat etmelidir. İcra müdürü zor kullanarak kişiyi küçük düşürücü sonuç doğuran müdahalelerden kaçınmalıdır. Örneğin, zor kullanma yetkisini kullanmaya karar veriyse, borçlunun bayan olması halinde, bayan bir kolluk görevlisinin haciz esnasında bulundurulması akla gelebilir. Ve gerekirse bu memurun zor kullanma işlemini yerine getirmesi istenir⁶²⁶.

İİK m. 80/3 ve 80/4 hükümlerinin daha somut hale gelmesi için, bir örnek verelim. Borçluya ait bir fotoğrafın kişinin özel hayatına dair olduğundan dolayı haczedilemeyeceğini belirtmiştik. İcra müdürü borçlunun evine gittiğinde onun cebinde bir şey sakladığını anlamış ve borçlu da sakladığı şeyin kendisi ile ilgili çok özel bir fotoğraf olduğunu belirtmiştir. Şimdi icra müdürü burada kişiye İİK m. 80/4 uyarınca,

⁶²³ Kuru, *Cilt I*, s. 637; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 289

⁶²⁴ Kuru, *El Kitabı*, s. 495; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 335

⁶²⁵ Kuru, *El Kitabı*, s. 494-500; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 335-336

⁶²⁶ İİK m. 81 uyarınca icra müdürünün talebi halinde; kolluğun, icra müdürünün zor kullanma yetkisini yerine getirmekle yükümlü olduğu konusunda bkz.: Üstündağ, s. 153; Postacıoğlu, s. 300; Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 270; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

kuvvet uygulayıp üstünü arayabilir⁶²⁷. Borçlunun kendisine ait bir fotoğrafı kimsenin görmemesi için sakladığını bildirmesi halinde artık icra müdürü, arama yapsa bile, elde ettiği gerçekten borçlunun da söylediği bir fotoğraftan ibaretse, bunu ifşa etmemeli; borçlunun muhafaza etmesi için vermelidir. Bu madde uygulanacak olduğunda bu şekilde uygulanması; en azından hukuk mantığına aykırı olarak kanun tarafından verilen bu yetkinin, insan hakları penceresinden yorumlanmasına hizmet eder. Aynı örneği bu seferde borçluya ait kilitli bir yerde bulunduğu ihtimalinde düşünelim. Yani söz konusu fotoğraf kilitli bir sandık içinde ise acaba icra müdürü, İİK m. 80/3 uyarınca bu kilitli yerin açılmasını emredebilecek midir? Bu soruya da borçlunun üstünün aranmasında olduğu gibi yaklaşım sergilenip cevap verilmelidir. Yani, borçlu söz konusu kilitli sandıkta böyle bir özel eşyanın bulunduğunu belirtmesine rağmen icra müdürü takdirini sandığın açılmasından yana kullanırsa, öncelikle kendisi içinde ne olduğuna bakmalı, gerçekten bahsedildiği gibi bir eşyanın olması halinde de fotoğrafı muhafaza etmesi için borçluya vermelidir.

Bu konuyu kapatmadan önce, burada yeri gelmişken bir öneri de bulunmakta fayda görüyoruz. Şöyle ki: özellikle evde haciz uygulaması yapılırken, evde sadece borçlunun yaşamadığı, onunla birlikte aile üyelerinin de bulunduğu göz önünde tutulduğunda; yapılacak müdahaleler bu kişilerin özel hayatına müdahale sonucunu doğurabilecektir. Zira İİK m. 97/a-1 hükmü uyarınca eğer bu maddede yer alan karineye dayanılabilecek bir eşya niteliğinde de değilse, üçüncü kişinin hakkı ihlal edilebilir. O halde, bu ihtimalde düşünüldüğünde, ev haczine gidildiğinde özellikle daha hassas olunmalıdır. Bu noktada icra müdürleri bayan bir görevli yanlarında bulundurmaları kişinin mahremiyetine saygı duyulması açısından önemlidir. Zira kişi borçlu bile olsa, kanun alacaklıya borçlunun en mahreminin ifşa edilmesi hakkını vermez. Aynı şekilde icra müdürüne de bu hakkı ihlal edecek yetkiyi vermez. Kaldı ki özel hayatın korunması, aksine sınırlama olmazsa, ne olursa olsun anayasal güvence olarak vardır (AY m. 20/1). Kişinin gizlilik alanı da özel hayatın kapsamında yer aldığından⁶²⁸, bu hak böyle bir tedbir almakla korunabilir. Kişinin bu noktada özel hayatının korunması, borçlunun yanında bulunan üçüncü kişiler için düşünüldüğünde

⁶²⁷ Postacıoğlu, s. 300-301; Üstündağ, s. 152; Kuru, *Cilt I*, s. 628-629; Kuru, *El Kitabı*, s. 366-367; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269

⁶²⁸ İmre, “Özel Hayat”, s. 149; Gök, s. 156; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 98; YHGK 25.09.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013: “....Günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının ‘kişilik haklarını’ ilgilendirdiği....”

daha elzem bir hal aldığı görünecektir. Zira alacak-borç ilişkisi ile hiçbir şekilde bağı olmayan borçlunun eşi, yapılan hacze kanunen katlanmanın verdiği üzüntünün yanında⁶²⁹, bir de özel hayatına müdahale ile karşılaşmamalıdır. Dolayısıyla bu ihtimal de düşünüldüğünde haciz sırasında bayan görevlinin bulundurulması birçok problemi ortadan kaldıracaktır.

III. KONUT DOKUNULMAZLIĞININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 21. maddesinin birinci cümlesi "*Kimsenin konutuna dokunulamaz.*" amir hükmü ile kişilerin konut dokunulmazlığını garanti altına almıştır⁶³⁰. Ayrıca anayasanın bu amir hükmüne riayet edilmemesini kanun koyucu TCK m. 116'da "konut dokunulmazlığını ihlal" başlığı altında bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Diğer taraftan; konuta karşı yapılan haksız müdahalelerin, şartlarının yerine gelmesi halinde, haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet vermesi düşünülebilir. Uluslararası hukuk açısından AIHS m. 8'de de söz konusu durum düzenlenmiştir⁶³¹.

Anayasada konut dokunulmazlığı, bir temel hak olarak düzenlenmiştir⁶³². Herkes bu hakka sahiptir. Hak sahibi başta devlete karşı olmak üzere diğer kişilerden bu hakka saygı duyulmasını isteyebilir. Bu yönüyle negatif bir statü hakkıdır⁶³³. Devletin bu hak ile bağlı olması, devletin müdahalelerinde bir sınır çizilmesine hizmet eder⁶³⁴. Böylece devlet kural olarak, kişinin konutuna haksız olarak müdahalede bulunamaz.

Anayasada sistematik açıdan konut dokunulmazlığı, özel hayatın korunması hakkı içerisinde düzenlenmiştir⁶³⁵. Bu açıdan bakıldığında, konut dokunulmazlığı hakkından maksat, kişinin konutunun mülkiyetinin ya da oturma hakkının korunduğu

⁶²⁹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 112: "*Bir kimsenin, borçlu olması, onun onurunun zedeleneyeceği anlamına gelmez. Şüphesiz, cezalandırmak veya icra takibine maruz kalmak, normal ahlaki değerlere sahip bir kimseyi az çok rencide edecek, onurunu zedeleyecektir.*"

⁶³⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169; Oğuz **Şimşek**, "Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı –Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım–", *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 2, Nisan 1998, s. 93; Ali Rıza **Çınar**, "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri", *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 4, Ekim 1991, s. 470

⁶³¹ Şimşek, s. 92; A. Mehmet Kocaoğlu ve S. Sinan Kocaoğlu, "İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 3, Yaz 2007, s. 119; Özekes, *Temel Haklar*, s. 159

⁶³² Şimşek, s. 91; Çınar, s. 469; Ersan **Şen**, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, İstanbul 1996, s. 128

⁶³³ Şimşek, s. 91

⁶³⁴ Şimşek, s. 90

⁶³⁵ Şimşek, s. 93

değil⁶³⁶; konut dokunulmazlığı ile sağlanmak istenen: kişinin özel yaşamını konutunda özgürce şekillendirebilmesi, bu alana dilediği kişileri alıp istemediği kişileri almamasıdır⁶³⁷. Hatta birey yalnız kalma hakkını kullanıp konuta hiç kimseyi de almayabilir. Kişi yalnız kalmak, rahat bırakılmak, rahatsız edilmemek hakkına sahiptir⁶³⁸. Bu yönüyle kişinin özel yaşamına katılmasını istemediği kişilere karşı konutunu kapatma hakkı vardır⁶³⁹. Konut dokunulmazlığı hakkı kişinin özel yaşamını korunması gereği, özel yaşamına dahil olan aile hayatının korunmasına da hizmet eder⁶⁴⁰.

Konut dokunulmazlığı hakkının kapsamının belirlenmesinde öncelikle konutun ne olduğunun belirlenmesi gerekir. İlk başta konutun kendisi, konut kavramı içinde yer alır⁶⁴¹. Bununla birlikte konutla bağlantılı eklentiler de konut kapsamında yer alır⁶⁴². Konut kapsamına konutun kendisinin ve eklentisinin girdiğini rahatlıkla ifade edebilirsek de, acaba işyeri konut kavramı kapsamında değerlendirilmeli midir? Bu noktada 5237 sayılı TCK'dan önce açık bir şekilde iş yerinin konut kapsamında olduğu söylenmemiştir⁶⁴³. Şimdi ise TCK m. 116'da konuttan başka işyerinin de konut dokunulmazlığı suçuna konu teşkil edebileceği düzenlemiştir. Bu açıdan işyeri de konut kavramı içinde sayılmaktadır⁶⁴⁴. Anayasal açıdan da işyeri konut kavramı içinde sayılmalıdır. Zira kişiliğin gelişimi ve kişinin özel hayatının korunmasını sadece konutun kendisine hasretmek, bu hakkın kapsamının sınırlamak demektir⁶⁴⁵. Gerçekten, kişiliğin gelişimi sadece konutun kendisinde değil, kişinin işyerinde de mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla çalışmamız açısından da işyerini konut kapsamında görüyoruz. İşyerinin niteliği gereği, buraya üçüncü kişilerin giriş ve çıkışları, bir eve göre daha rahat olmalıdır. Bunun sonucunda da diyebiliriz ki, işyerinde konut

⁶³⁶ Şen, s. 128; Çınar, s. 469

⁶³⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 160; Çınar, s. 469; Şimşek, s. 88

⁶³⁸ Şimşek, s. 88, 89

⁶³⁹ Şimşek, s. 90

⁶⁴⁰ Şimşek, s. 93

⁶⁴¹ Şimşek, s. 95; Çınar, s. 471-472

⁶⁴² Şimşek, s. 95; Çınar, s. 472-473

⁶⁴³ Çınar, s. 472

⁶⁴⁴ Şimşek, s. 96; 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, söz konusu durum düzenleme dışında bırakılmışken, doktrinde işyerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Çınar, s. 472

⁶⁴⁵ Konut dokunulmazlığının anayasada düzenleniş itibarıyla, özel hayatı koruma amacıyla olduğu söylenebilir. Özel hayatın korunması ise salt konut ve onun eklentilerinden ibaret değildir. Zira kişi, kişiliğini geliştirme ve özel hayatını icra edebilmesi işyerinde de mümkündür (Şimşek, s. 97). Hal böyle iken bireyi iş yerinde de konut dokunulmazlığı hakkında yararlandırmak gerekir.

dokunulmazlığının ihlal edilmesi daha esnektir. Örneğin bir alışveriş merkezine üçüncü kişilerin girişleri daha kolay ve esnek olacakken, bir eve aynı rahatlıkta girilemeyecektir. Bunun nedeni işyerlerinde önceden verildiğini kabul ettiğimiz rızanın varlığıdır⁶⁴⁶.

Konut dokunulmazlığı bir temel hak olmakla birlikte, bu hakkın yine Anayasa’da belirtilen çerçevede sınırlandırılması mümkündür⁶⁴⁷. Konut dokunulmazlığı hakkı, özünde kişiye özgürlük tanıyarak kişinin menfaatini sağlar. İşte daha üstün bir menfaat veya yarar olması halinde de artık, bu hak sınırlanabilir. Ancak temel hakların sınırlandırılmasının da, en genel manadaki sınırını ifade eden, AY m. 13’e uygun olması gerekir⁶⁴⁸. Buna göre yapılacak sınırlama “...özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla...” yapılmalıdır⁶⁴⁹. O halde yapılacak olan sınırlama ile, konut dokunulmazlığı hakkının özüne dokunulmamalı⁶⁵⁰; AY m. 21’de belirtilen sebeplerle sınırlı olmak üzere kanunla sınırlandırılmalıdır⁶⁵¹. Söz konusu maddeye bakıldığında sınırlama sebeplerini “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması...*” şeklinde saymıştır⁶⁵². Yine cümlelerin devamında ise; bu sebeplerin varlığı halinde, ancak hakim kararıyla sınırlama yapılabileceği düzenlenmiştir⁶⁵³. Hakim, kararının alınması gecikmesinde sakınca doğuracak bir hale neden olacak ise, kanunda yetkilendirilmiş

⁶⁴⁶ Konut dokunulmazlığı suçunun oluşması için, kişinin bu eyleme rıza göstermemesi gerekir. Rızanın varlığı suçun oluşmasını önler. “*Rıza suçun temelini oluşturmaktadır. Bir yere girmek veya bir yerde kalmak rıza olmadığından suç olmaktadır. Rıza, ya failin hareketinden önce olmamalıdır, ya da girdiği yerden çıkmadığında olduğu gibi, hareketi esnasında ortadan kalmalıdır. Suç işlendikten sonra rıza gösterilmiş olması şikayetten vazgeçme olarak değerlendirilmelidir. Girmeye veya kalmaya rıza göstermeme, açık da olabilir, örtülü de olabilir. Ancak ister açık, ister örtülü olsun, rızanın olmaması muhatabınca anlaşılır olmalıdır. Rıza göstermeme, her çeşit ifade aracıyla edilebilir.*” (Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2013, s. 207). Bu açıklamalardan yola çıkarak, bir alışveriş merkezinin çalışma saatleri içinde müşterilerinin girişine rıza gösterdiği söylenebilir. Böylece bu suçun temeli olan rızanın varlığı somut olayda gerçekleşeceğinden, suç oluşmayacaktır.

⁶⁴⁷ Yusuf Şevki **Hakyemez**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Hayri Domanıç’a 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II*, İstanbul 2001, s. 1288

⁶⁴⁸ Gören, “Sınırlama”, s. 48

⁶⁴⁹ Gören, “Sınırlama”, s. 48; Hakyemez, s. 1306

⁶⁵⁰ Gören, “Sınırlama”, s. 52

⁶⁵¹ Yılmaz **Aliefendioğlu**, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2002*, *Anayasa Yargısı* 19, s. 156; Tekin **Akıllıoğlu**, “1982 Anayasasında Temel Haklar”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 5-6, 1983-1984, s. 59

⁶⁵² Giritli, s. 97; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169

⁶⁵³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169; Özekes, *Temel Haklar*, s. 160

merciin yazılı emri ile kişinin konutuna girilebilir⁶⁵⁴. Bu ihtimalde bile merciin kararı hakim onayına sunulur⁶⁵⁵. Hakim söz konusu karar hakkında karar verir (AY m. 21). Kanunla ve hakim kararıyla yapılacak sınırlamalar, en nihayetinde, AY m. 13/son'da belirtildiği üzere “...Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz⁶⁵⁶.”

B. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Konut Dokunulmazlığının Korunması

Konut, yukarıda genel açıklamalarda da açıklandığı üzere, kişinin özel hayatının bir parçası, kişiliğini geliştirmede kendi küçük dünyasıdır⁶⁵⁷. Bu mekanının, bu amaçtan ötürü, korunması icap etmektedir⁶⁵⁸. Koruma; mevzuat çıkarırken olduğu kadar, bu mevzuatın uygulanmasında da olmalıdır. Bu yönüyle borçlunun özel hayatının parçası olan konutunun, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken de dikkate alınması gereklidir. Hatta borçlunun dışında aile üyelerinin de konutta bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, çok daha hassas davranılması gerekir⁶⁵⁹. Aksi durumda borçlu ve aile üyelerinin konut dokunulmazlığı hakkı ihlal edilmiş olur. İcra müdürünün takip işlemlerini yapması hukukun gereğidir⁶⁶⁰. Zira bu yetkiyi kendisine kanun vermektedir. Diğer taraftan; aynı şekilde, icra muamelelerini aktif hale gelmesinde talepte bulunarak katkı sağlayan alacaklının, bu talebi de kanuna ve anayasaya uygundur (AY m. 36). Kanun, ona bizzat ihkak-ı hakkı yasaklamakla birlikte, alacağını devletin yetkili organları eliyle alabilme imkanını vermiştir⁶⁶¹. Alacaklı borçlunun mallarına hukuken el konularak bunların satılmasını isteme hakkına sahiptir. Yapacağı bu talep hukuka uygundur. Dolayısıyla icra müdürü de gerekli takip işlemlerini yapmakla yükümlüdür.

⁶⁵⁴ Aliefendioğlu, “2001 Değişikliği”, s. 151

⁶⁵⁵ Aliefendioğlu, “2001 Değişikliği”, s. 151

⁶⁵⁶ Akıllıoğlu, “Temel Haklar”, s. 59; Hakyemez, s. 1307; Gören, “Sınırlama”, s. 54

⁶⁵⁷ Çınar, s. 470

⁶⁵⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169; Şimşek, s. 93; Çınar, s. 470

⁶⁵⁹ Konut kişinin özel hayatının önemli bir parçasını oluşturur. Bununla birlikte borçlu ile birlikte oturan aile üyelerinin de aynı konutu paylaşıyor olması, bu kişilerin konut dokunulmazlığının mümkün mertebe ihlal etmesi gerekmektedir. Zira onlar alacak-borç ilişkisinde üçüncü kişi durumundadırlar. Bu ise söz konusu cebri icra işlemlerinden onların etkilenmemesini gerektirir. Esasında her ne kadar onların malları haczedilmeyecek olsa da, bir yönüyle onların da konutuna icra memurlarının hacze gelmesi, kişilik haklarını olumsuz etkileyeceği kuşkusuzdur. Ancak borçlunun konutuna girilmesi yetkisini kanun vermektedir. Hal böyle olunca, bu yetkinin anayasal ilkeler ve temel haklar çerçevesinde yorumlanmasını zaruri kılar. Bu yüzden, özellikle konut dokunulmazlığı hakkı zorunlu olarak bir noktada ihlal edilse de, icra müdürünün ev haczinde daha da hassas davranmasını zorunlu kılar.

⁶⁶⁰ Kanun tarafından verilen görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair bkz.: Kaya, “Özel Hayat”, s. 83

⁶⁶¹ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 49

Borçlu ise kendisine karşı yapılan bu işlemlere karşı katlanma yükümlülüğü altındadır⁶⁶². Borçlu ile birlikte yaşayan aile üyeleri de, her ne kadar alacak-borç ilişkisinde üçüncü kişi olsalar da, konutta haciz yapılacağı zaman, haczin anayasal ve yasal sınırlar içinde kalması kaydıyla, yapılan bu muamelelere katlanmalı, yapılan işlemlerin konut dokunulmazlıklarını ihlal ettiğini ileri sürememelidirler.

Bu noktada AY m. 21 hükmünün özellikle ilamsız icrada anayasaya aykırı olup olmadığının üzerinde durmak gerekir. Özellikle ilamsız icrayı inceleme sebebimiz, ilamsız icrada ödeme emrinin borçlunun şahsına bizzat tebliğ edilmemesinin doğurduğu sıkıntılar nedeniyledir⁶⁶³. Zira ödeme emrine itiraz hakkı olsa da (İİK m. 62 vd.)⁶⁶⁴ borçlunun bu hakkını kullanabilmesi, ancak hakkında takip yapıldığını öğrenebilirse mümkündür. Borçlu kendisine ödeme emri tebliğ edildiğinden haberdar değil, ancak Tebligat Kanunu⁶⁶⁵ hükümlerine göre kendisine usulüne uygun tebligat yapıldığı kabul edildiyse⁶⁶⁶; artık ödeme emrine itiraz süresi başlamış olacak ve her ne

⁶⁶² Genel olarak tarafların yükümlülükleri hakkında bkz.: Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 86

⁶⁶³ Oğuz **Atalay**, “İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 1, Yaz 2004, s. 69

⁶⁶⁴ Postacıoğlu, s. 146; Üstündağ, s. 98; Kuru, *Cilt I*, s. 235; Kuru, *El Kitabı*, s. 193; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 184; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 75

⁶⁶⁵ 7201 sayılı Tebligat Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 19.02.1959, Resmi Gazete Sayı: 10139

⁶⁶⁶ İİK m.21 uyarınca icra daireleri tarafında yapılacak tebliğler, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Dolayısıyla icra dairesinin ödeme emrini borçluya tebliği, Tebligat Kanunu usullerine göre yapılacaktır. Tebligat Kanununa baktığımızda, kural olarak tebligatın bizzat muhataba yapılması gerekir (Ejder Yılmaz ve Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 248; Timuçin **Muşul**, *Tebligat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 119; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku Bilgisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 95). Buna göre asıl olan tebliğ evrakının, tebligat zarfında yazan adreste bizzat muhataba tebliğidir. Bununla birlikte tebligata bağlanan hukuki sonuçlar göz önünde tutularak kanun, muhatap ile yakınlıkları bulunan kişilere belli şartlar altında tebliğ yapılmasını, muhatapın kendisine yapılmış gibi sonuç doğuracağını düzenlemiştir. Örneğin Tebligat Kanunu m. 13, 14, 16, 18, 19, 20 bu şekilde düzenlenen maddelerdir. Bu maddelerde aranan şartların yerine gelmesi halinde, Tebligat Kanunu m. 10 anlamında tebliğ yapılmamış olsa da, usulüne uygun olarak tebligat yapılmış sayılır. Zira adı geçen maddelere uygun olarak yapılan tebliğler de geçerlidir. Hal böyle iken, ödeme emrinin, örneğin Tebligat Kanunu m. 16 uyarınca, borçlunun eşine yapıldıysa, tebligat hukuka uygundur (Yılmaz ve Çağlar, s. 454 vd.; Ruhi ve Ruhi, s. 159 vd., **Muşul**, *Tebligat*, 191 vd.). Bununla birlikte borçlunun eşi, borçlu ile arasının kötü olması nedeniyle ona zarar vermek için, tebligatı kendisine vermeyebilir; ya da bu şekilde bir art niyet olmaksızın tebligatı vermeyi unutabilir. Yedi günlük itiraz süresi (İİK m. 62) de bu zaman zarfında geçmiş olabilir. borçlu bu ve buna benzer sebepler yüzünden belki de gerçekten borçlu olmadığı bir takipte haciz ile karşı karşıya kalacaktır. Ortaya koyduğumuz üzere bunun temel nedeni ödeme emrinin borçluya bizzat tebliğ edilmemesidir (Atalay, s. 69). Şüphesiz buna karşı olarak ödeme emrinin bizzat borçluya tebliğ edilmesi gereği karşısında, hiçbir borçlunun böyle bir tebligatı almak istememesi; bunun sonucunda da tebliğ işlerinin gereksiz uzaması yüzünden, takip işlemlerinin gecikeceği itirazı yapılabilir. Ancak yapılacak böyle bir düzenlemede tebliğ memurunun, borçlunun tebligatı almasını istememesi halinde bunu tebliğ mazbatasına işlemesini getirebilir ve böylelikle tebligat yapılmış sayılabilir. Böyle bir düzenleme ile de ne ödeme emrinin bizzat borçluya tebliğ edilmemesinin olumsuzluğu ile karşılaşılır, ne de tebligatı almayıp kendisine karşı haciz yapılmasını engellemeye çalışan kötü niyetli borçlu amacına ulaşabilir.

kadar usulüne uygun tebligat yapıldıysa da, borçlu bundan habersiz olduğu için takibe itiraz edemeyecektir. Söz gelimi; borçlu birkaç aylığına yurt dışına tatile çıkmıştır. Bu sürede de takip kesinleşmiş ve borçlunun evi çilingir marifetiyle açılarak haciz yapılmış olabilir. İlamlı icrada hakim kararı olduğu için, hakim kararı her ne kadar eve girilmesi iznini tam olarak barındırmasa da (AY m. 21 anlamında)⁶⁶⁷, en azından alacaklının alacak hakkını gösteren resmi bir belgedir. İlamsız icranın, konut dokunulmazlığını ihlal ettiği bu yönüyle ileri sürülmüştür⁶⁶⁸.

AY m. 21 hükmü konut dokunulmazlığı icra hukukunda gözetilmeli ise de, yine anayasada yerini bulan ve alacaklının takipte talebine konu oluşturan mülkiyet hakkı da korunmalıdır. Zira belirttiğimiz üzere alacaklı kanuna aykırı bir talepte bulunmamakta, aksine kanunların kendisine verdiği hakkını kullanmaktadır. Esasında alacaklı AY m. 36'dan kaynaklanan hak arama hürriyeti doğrultusunda bunu yapmaktadır⁶⁶⁹. Dolayısıyla borçlu ve aile üyelerinin konut dokunulmazlığı ve diğer temel hakları korunurken, alacaklının bu hakkı da gözetilmeli ve korunmalıdır. Bu tespitlerden sonra alacaklı ile borçlunun hakları hukuka uygun olarak dengelenmelidir⁶⁷⁰. İcra müdürü de takdir yetkisini bu yönde kullanmalı, takdiri olan işlemlerini her iki tarafı da gözeterek yapmalıdır. Konumuz açısından icra müdürü bir taraftan borçluya konut dokunulmazlığını tanıyan AY m. 21 ile alacaklıya hakkını aramayı sağlayan AY m. 36 ve korunan haklarından olan AY m. 35'de düzenlenen mülkiyet hakkını telif etmeli, dengelemelidir (İİK m. 85/6).

İlamsız icraya yönelik İİK m. 80 için doktrinde yöneltelen eleştiriler⁶⁷¹; bugünkü uygulama açısından doğrudan hayata geçirilse, alacaklının hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkı zarar görecektir. Yani icra müdürü anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü çerçevesinde⁶⁷²; ilamsız icra takibi yapmak isteyen alacaklıya, öncelikle mahkemeden bir ilam almasını, hali hazırda kanunda böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte, şart koşarsa alacaklının mülkiyet hakkına müdahalede bulunmuş olur. Dolayısıyla ilamsız icra hakkında gerek kısaca yukarıda belirttiklerimiz, gerekse

⁶⁶⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 164

⁶⁶⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 170; Meral **Sungurtekin Özkan**, "İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi", *Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 188

⁶⁶⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 68 vd.

⁶⁷⁰ Özekes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

⁶⁷¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 162-164

⁶⁷² Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı konusunda bkz. Yuk. § 6, II

doktrinde yapılan bu eleştiriler, bundan sonra yapılacak kanuni düzenlemeler açısından dikkate alınabilirse de; hali hazırda uygulama için doğrudan uygulanmasının gerektiğini söylemek alacaklının hakkını ihlal etmek manasına gelir. O halde iş yükü burada icra müdürüne düşmektedir. O, yapacağı işlemlerde, kullanacağı takdir yetkisinde, öylesine titiz davranmalıdır ki, ne borçlunun konut dokunulmazlığı hakkı gereksiz ihlal edilsin, ne de alacaklının mülkiyet hakkı zarar görsün.

Acaba icra müdürünün konuta haciz için gitmesi halinde çilingir marifetiyle kapının açılarak içeri girilip haciz yapılmasında durum nedir? Özel olarak bir takım sınırlar çizmeden önce en genel anlamda ev haczi diye ifade edebileceğimiz, borçlunun evinde haciz uygulanmasının en sona bırakılması düşünülebilir. Yani borçlunun başka mal ve hakları varsa öncelikle bunlar haczedilmeli, eğer halen alacak, haczedilen mallar ile karşılanmıyorsa (İİK m. 85/1)⁶⁷³, bundan sonra borçlunun evinde haciz yapılmalıdır. Zira takip işlemleri yapılırken, borçlunun insan haklarına en az müdahale etme fikri takibin her aşamasında bulunmalıdır⁶⁷⁴. Bu yönüyle evde haciz yapılması, örneğin: borçlunun sicile kayıtlı bir malını haczetmekten, daha inciticidir. Zira kişinin konutu onun özel hayatının önemli bir parçasıdır⁶⁷⁵. Bu alana müdahale mümkün merteye en sona bırakılmalıdır. Konutun niteliği gereği sadece borçlunun kullanımına tahsis edilmeyip, borçlu ile birlikte üçüncü kişilerin de konutu paylaşması halinde, bu açıklamaların haklılık payının daha da arttığı görülmektedir. Zira borçlu ile birlikte yaşayan aile üyeleri; borçlu ile her ne kadar ailevi bağlarla birbirine bağlı olsalar da, alacak-borç ilişkisinde üçüncü kişi konumundadırlar. O halde nispilik ilkesi çerçevesinde, söz konusu ilişkinin hükümleri bu kişileri bağlamaz⁶⁷⁶. Bununla birlikte kanun gereği bazı takip muamelelerine katlanmak yükümünde olsalar da, borçlar hukukundaki bu ilkenin mümkün merteye icra hukukunda da uygulanmasını sağlamak gerekir. Aksi halde üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmenin yanında, nispilik ilkesi ile getirilen korumadan üçüncü kişileri mahrum bırakmış oluruz.

İİK m. 80/3’de borçluya ait kilitli yerlerin açılmasının istenmesi; icap ederse de bu yerlerin zorla açtırılabileceği konusunda icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Daha

⁶⁷³ Borçlunun mallarının alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktarda haczedileceğine dair bkz.: Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287-288

⁶⁷⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 137

⁶⁷⁵ Özkes, *Temel Haklar*, s. 160; Çınar, s. 469; Şimşek, s. 88

⁶⁷⁶ Eren, s. 18; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 11-12; Kılıçoğlu, s. 10

önceden bu maddenin verdiği yetkiyle, borçluya ait dolap ve benzeri kilitli yerlerin açtırılması konusu incelenmişti⁶⁷⁷. Burada ise; borçlunun konutuna girilmesi incelenecektir.

Bugün uygulama açısından icra müdürü borçlunun evine çilingir marifetiyle kapıyı açtırarak, haciz yapabilmektedir⁶⁷⁸. Doktrinde bu yetkinin ilamsız icra açısından Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁶⁷⁹. Söz konusu düşünceye göre: “özellikle ilamsız icrada alacaklının herhangi bir belgeye bile dayanmadan takip başlatıp, hakim kararı olmaksızın borçlunun evine girilebilmesi Anayasanın adı geçen maddelerine aykırı görülmüştür. Aynı husus ilam hükmünde olan belgelere dayanılarak yapılan ilamlı icrada da geçerlidir⁶⁸⁰. Zira burada alacağın varlığına dair bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Kaldı ki, ilamlı icrada da ilam alacağın varlığı yönünde olup, bu ilamın borçlunun evine girilebilme yetkisi verdiği hususu ayrıca tartışılabilir⁶⁸¹.”

Borçlunun haklarını koruma açısından bu bilgilerin hukuka uygun olduğuna hak verilebilir. Bununla birlikte; kanaatimizce, bu düşünce alacaklının alacağını almasını ihlal edebilir niteliktedir. Zira bakıldığında icra hukukunun bir amacı da alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktır⁶⁸². Borçlunun temel insani değerlerinin korunması gereği yadırganamaz bir gerçektir. Ancak borcunu ödemeyen borçlulardan da alacaklıların korunması gerekir. Örneğin borçlunun evine hacze gidildiğinde borçlu evinin kapısını açmazsa, icra müdürü konut dokunulmazlığı var deyip, geri mi dönecektir? Hatta daha da ötesi alacak hakkında ilam var ve yine borçlu evinin kapısını açmıyorsa icra müdürü yetkisizim deyip (zira, bu düşünceye göre, mahkeme ilamı alacağın varlığına dairdir, konuta girilmesine dair değil), haciz tatbik etmeyip, geri mi dönmelidir? Bu soruya olumlu cevap vermek, alacaklının başta hak arama hürriyeti (AY m. 36)⁶⁸³ ve sonrasında mülkiyet hakkına (AY m. 35)⁶⁸⁴ aykırı olur⁶⁸⁵. O halde bu iki

⁶⁷⁷ bkz. Yuk. § 12, II, B.

⁶⁷⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 167; Atalay, s. 68

⁶⁷⁹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 170

⁶⁸⁰ Özekes, *Temel Haklar*, s. 163

⁶⁸¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 164

⁶⁸² Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39

⁶⁸³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 68; Özekes, *Temel Haklar*, s. 123-124

⁶⁸⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 78; Özekes, *Temel Haklar*, s. 182; Mehmet **Akad**, “Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 2; İstanbul, s. 18; Nihat **Bulut**, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk

çatışan değer arasında bir bütünlük sağlamak gerekir. Özellikle borcunu ödemeyen borçlulara karşı, konut dokunulmazlığı hakkı var deyip, haciz yapılmasından vazgeçilmemeli; diğer taraftan da borçluya daha az zarar verebilecek haciz mümkün iken (örneğin tapu kaydına dayanarak taşınmaza haciz konması), başta insan onuruna, özel hayata ve konut dokunulmazlığı hakkına aykırı olacak hacizden kaçınılmalıdır. Bu açıdan İİK m. 80/3'ün icra müdürüne borçlunun konutuna girilebilmesi konusunda takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü, maddenin ifadesiyle *“icabederse”*, takdir yetkisini kullanarak kişinin konutuna çilingir marifetiyle girip haciz yapabilmelidir. Var olduğunu düşündüğümüz bu yetki, doktrinde *“.....sadece bir alacağın elde edilmesi amacıyla borçlunun konutuna deyim yerindeyse icra memurunun elini kolunu sallayarak girmesi...”*⁶⁸⁶ şeklinde eleştirilmiştir. İcra müdürü haciz esnasında konuta gerçekten ifade edildiği gibi *“elini kolunu sallayarak”*, hiç düşünmeksizin girerse bu hukuka aykırı olur. Zira bu türlü bir davranış, artık kanunun icra müdürüne tanıdığı takdir yetkisi kapsamından çıkmıştır. Kanundan kaynaklı yetkinin sınırlarından çıkılması demek, keyfilik demektir. Keyfilik ise takdir yetkisinin özünde serbest bir alan olmasına rağmen, hukuka aykırı bir haldir. Söz konusu yetkinin keyfi olarak kullanılıp kullanılmadığını ise, İİK m. 8 uyarınca işlemin gerekçesinden anlarız⁶⁸⁷. Buna göre de, gerekirse devletin sorumluluğuna gidebiliriz (İİK m. 5). Bunun çözüm tarzının sorumluluk davası açılması, borçlunun da her türlü müdahaleye maruz kaldıktan sonra, *“hakkın madem ihlal edildi o halde gidip dava aç, şikayet et”* demek değildir. Tabi ki nihayetinde sorumluluk davası açılması da gündeme gelebilir. Ancak bu sonucun ortaya çıkabilecek olması icra müdürünün borçlunun konut dokunulmazlığını ihlal edebileceğini önceden kabul etmeyi haklı kılmaz. Nihayetinde takdirinde olarak kilitli

Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan*, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2006, s. 23

⁶⁸⁵ Esra **Atalay**, “Yargısal Temel Haklar”, *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınlar No: 81, İzmir 1997, s. 449: *“Burada düzenlenen hak arama hürriyeti pozitif hukuk tarafından bireylere tanınan hakların yargısal teminatını oluşturur. Anayasa, uluslararası metinler ve kanunlarla bireye tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, bu hakların gerçekleştirilebilmesi ve korunabilmesi için etkili bir yargısal denetim zorunludur. Örneğin, mülkiyet hakkının tanındığı bir sistemde, özel mülkiyete devlet veya kişilere tarafından yapılan müdahalelere karşı etkili bir korunma sağlanmadığı takdirde mülkiyet hakkının gerçekleşmesi mümkün değildir. “ Yazar çalışmasında bu ifadeleri kullanıp, hak arama hürriyetini açıkladıktan sonra, yine aynı sayfada; hak arama hürriyetinin sadece yargısal koruma için değil, yargısal yolları kapsar biçimde genel bir hüküm olduğunu ifade etmiştir (Atalay, s. 449). Bu haliyle icra takipleri de hak arama hürriyeti içinde değerlendirilmelidir.*

⁶⁸⁶ Özekes, *Temel Haklar*, s. 170

⁶⁸⁷ İcra müdürünün yaptığı işlemlerin gerekçeli olması gerektiği hakkında bkz.:Özekes, *Temel Haklar*, s. 147; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 69; Ayrıca takdir yetkisini kullanan icra müdürü de bunu gerekçelendirmelidir. Bu konuda bkz. Aşa. § 20, IV.

yeri açıp açmamak konusunda yetkili olan kişi icra müdürüdür. Devlet yapmış olduğu işlerde genel olarak hukuk disiplininin dışına çıkmaz. Bu nedenle icra müdürü de hukukilik sınırları içinde kalıp, takdir yetkisini keyfi kullanmayarak somut olay için en adil çözüm hangisini gerektiriyorsa ona göre davranmalıdır.

İcra müdürü İİK m. 80/3 açısından borçlunun konutuna zorla girebilmelidir. İlk olarak ve en başta; borçlu kötü niyetli olarak kapıyı açmıyor olabilir. Bu ise; borçlunun, konut dokunulmazlığı hakkının gölgesine sığınması manasına gelir. MK m. 2 uyarınca bu dürüstlük kuralına aykırı olur⁶⁸⁸. Diğer taraftan sadece borçlunun konut dokunulmazlığını düşünmek alacaklının alacağına kavuşmasına haksız yere engel olmak suretiyle, hak arama hürriyetine ve mülkiyet hakkına aykırı hareket etmek sonucunu doğurur. İkinci olarak; haczin bir takım sonuçlarının doğması için bu husus gereklidir. Örneğin borçlunun evinde, özellikle İİK m. 82 sınırları düşününce, haczedilebilecek mal bulunmayabilir. Ancak bunun için bile icra müdürünün bunu görmesi haciz tutanağına yazması gerekir (İİK m. 102/4)⁶⁸⁹. Ve bu tutanak İİK m. 105 uyarınca aciz vesikası hükmündedir. Eğer bu yapılmaz ise, alacaklıyı aciz vesikasının getirdiği menfaatlerden (İİK m. 143/2, 3, 6) mahrum bırakmış oluruz⁶⁹⁰. Yine haczedilmezlik kuralının takdiri için de, eşyaların bizzat görülmesi gerekir.

İcra müdürünün borçlunun konutuna takdir yetkisini kullanarak girebileceğini böylelikle belirledikten sonra, şimdi de bir parça bunun uygulanmasına ilişkin bir takım sınırlardan bahsetmek faydalı olacaktır. Öncelikle icra müdürü borçlu kötü niyetli olsa bile evine zorla girmeyebilir. Zira madde “*icabederse*” demektedir (İİK m. 80/3). O halde; icra müdürü icap edip etmediğini takdir etmelidir. Örneğin borçlu kapıyı açmamakla birlikte sicile kayıtlı borcunu ödemeye yeter değerinde (İİK m. 85/1) bir arabası varsa bunun haczedilmesi; ya da alacağın miktarı çok fazla ve haciz yapılsa bile

⁶⁸⁸ Hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması “hakkın kötüye kullanılması yasağı”dır (Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 21). “... bir hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanılırsa ve bu kullanmada kullanan bakımından menfaat yoksa veya çok küçük bir menfaat varsa, bu takdirde o hakkın kullanılmasından değil, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir (Akyol, s. 24).

⁶⁸⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 631; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 270

⁶⁹⁰ Geçici aciz belgesi takibin alacaklısına bir takım haklar vermektedir. Bunlar İİK m. 143’de sayılmıştır. İlk olarak; maddenin ikinci fıkrasına göre, bu belge ile alacaklı İİK m. 270 çerçevesinde iptal davası açma hakkına sahiptir. İkinci olarak; maddenin üçüncü fıkrasına göre, aciz vesikasının verildiği tarihten itibaren bir yıl içinde alacaklı, yeniden takip yapacak olursa, takibe ödeme emri tebliği gerek olmaksızın girişilebilir. Üçüncü olarak; maddenin altıncı fıkrasına göre, aciz vesikasına dayanan alacağın zamanaşımı süresinin yirmi yıla çıkarmasıdır.

o miktarda mal evden çıkmayacağı anlaşılıyorsa zorla konuta girilmeyebilir. Buna rağmen; icra müdürü zorla konuta girmeye karar verdiğyse, öncelikle mümkün olduğu kadar az memur ile konuta girmeli; kişinin özel hayatını ihlal edebilecek türde eşya veya durum söz konusu ise bunların ortadan kaldırması için borçluyu uyarmalıdır. Örneğin borçlu ya da aile üyelerinin çamaşırları, kişisel kullanım ürünleri, günlük, fotoğraf gibi insan onuruna ve özel hayata ilişkin şeylerin kaldırılmasına, muhafaza altına alınmasına müsaade edilmelidir. Bu yapıldıktan sonra haciz için gelen tüm memurlar, alacaklı ve(ya) vekili konuta alınmalıdır. Aksi yönde yapılan uygulama da bu sefer borçlunun konut dokunulmazlığı ile insan onuru, özel hayatın gizliliği hakkına aykırı olur.

Bu ve buna benzer sınırlar uygulamada icra müdürü tarafından gözetilmeli, mutlaka kanunda yetkinin sınırları açıkça belirlenmesi beklenmemelidir. Zira devletin görevlisi olarak bunu yapmak ve takip işlemleri yapılırken riayet edilmesini sağlamak icra müdürünün görevidir. Bu yükümlülük onun icra dairesinin en mesul kişisi olmasından ileri gelir (Nizamname m. 3/1)⁶⁹¹. O halde o, bir taraftan kötü niyetli borçluya karşı alacaklıyı korurken, diğer taraftan özellikle konutun üçüncü kişilerin de yaşam alanı olduğunun bilincinde hareket ederek İİK m. 80/3 uyarınca kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmalıdır. Bunu yaparken, insan onuru, kişinin özel yaşam hakkı, alacaklının mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi ekseninde düşünmelidir. Tüm bu ilkelerin beraberce düşünülmesi önem arz eder. Zira sadece konut dokunulmazlığı düşünmek, haksız yere alacaklının hakkına kavuşmasını engeller; buna karşılık sadece alacaklının hakkını düşünmek de borçlunun başta insan onuru ve özel hayatının gizliliği olmak üzere temel değerlerini ihlal eder.

IV. İCRA MÜDÜRÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA HABERLEŞME HÜRRİYETİNİN KORUNMASI

Haberleşme hürriyeti AY m. 22’de düzenlenmiştir⁶⁹². Buna göre haberleşme kişinin özel hayatı ve gizliliğine ilişkin olarak korunması gerekir. Zira anayasamızda özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında düzenlenen üçüncü temel hak⁶⁹³.

⁶⁹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 101

⁶⁹² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169; Özekes, *Temel Haklar*, s. 159

⁶⁹³ Anayasa’mızın sistematik olarak düzenlemesi içinde haberleşme hürriyeti, temel haklar ve ödevler kısmında yer almıştır (AY m. 12 vd.). Daha özelde ise kişinin özel hayatının gizliliği başlığı altında düzenlenmiştir (AY m. 20-22).

Anayasada belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı olarak hakim kararı olmadıkça⁶⁹⁴, herkes bu hakka sınırlama olmaksızın sahiptir⁶⁹⁵. Yine bu sebeplerle dahi olsa yapılan sınırlama AY m. 13 anlamında genel sınırlama sınırlarına aykırı olamaz⁶⁹⁶.

Haberleşme hürriyeti kişiler arasında bir haberi yazılı veya sözlü olarak nakletmeyi konu alır. Haberleşme hürriyetinin kapsamının ne olduğunun belirlenmesi için öncelikle “haber”in ne olduğunun ortaya konması gerekir⁶⁹⁷. Haber “*bir olay, bir olgu üzerine edinilen bilgi, salık*”; “*İletişim veya yayın organlarıyla verilen bilgi*”; “*bilgi*” anlamlarına gelmektedir⁶⁹⁸. Haberleşme kavramı ile ilgili olarak doktrinde 160’ın üzerinde tanım yapıldığı belirtilmiş olmakla birlikte tüm bu tanımların, ortak noktasında haberleşmenin, “*bilgi ve düşüncelerin yazılı ya da sözlü olarak aktarılması*” olduğu ifade edilmiştir⁶⁹⁹. Bu noktadan hareketle de haberleşmeyi; haber kıymetinde olan bilginin yazılı veya sözlü olarak bir başkasına aktarılması olarak tanımlayabiliriz.

Haberleşme hakkı ve hürriyeti bu gün için kişilerin vazgeçemeyeceği temel haklar arasında yer alır. Bununla birlikte devletin yetkili organları da –özellikle anayasal sınırlar içinde- bu hakkı gözetecek şekilde davranmalıdırlar. Teknolojinin imkan ve olanakların gelişmesiyle birlikte kitle iletişim araçlarının etkinliği ve her yere ulaşabilir olması bir tarafa; bireysel haberleşme imkanları da oldukça gelişmiştir. Örneğin kitle iletişim araçlarından televizyon, radyo gibi araçların geldiği teknik gelişme ve bireysel iletişim araçlarından elektronik posta, telefon, internet son derece gelişmiştir. Bugün bu imkanlardan yararlanmak bireyler için haktan ziyade zorunluluktur⁷⁰⁰. Devlet bu hakkı

⁶⁹⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 169

⁶⁹⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 162

⁶⁹⁶ Bu yönde bkz.; Gören, “Sınırlama”, s. 50

⁶⁹⁷ Fatih **Birtek**, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 29

⁶⁹⁸ www.tdk.gov.tr adresinden alınmıştır (Erişim Tarihi: 09.04.2013)

⁶⁹⁹ Birtek, s. 30

⁷⁰⁰ Bugün toplumun geldiği gelişmişlik düzeyi yadırganamaz bir gerçektir. İnsanlar hayatı kolaylaştırmak, ihtiyaçlarını görmek amacıyla birçok yenilik yapmaktadırlar. Bunun en somut örneğini internet alanında görmekteyiz. İnsanlar internet vasıtasıyla dünyanın bir ucunda diğer ucundaki yakınları ile etkileşime geçebilmekte; onlarla görüşüp onlardan haber alabilmektedir. Bu ise, dünyamıza “global köy” yakıştırmalarını haklı olarak kazandırmaktadır. Teknolojik gelişmeler bu yönüyle tüzel kişiler tarafından da takip edilmektedir. Bu gün birçok şirket internet üzerinden işlem yapmakta; bankaların neredeyse tamamı internet bankacılığı tabir edilen sistem ile, müşterilerine hitap etmektedir. Teknolojik gelişmeleri yakından takip eden sadece özel hukuk kişileri değildir. Devletimiz de teknolojiyi özellikle hukuk alanında yakından takip etmektedir. Bu gün için Ulusal Yargı Ağı Projesi, Tebligat Kanunu m. 7/a bunlara verilecek örneklerden bir kaçıdır. Tüm bunlar bizi kişinin teknolojinin imkanlarından yararlanmayı zorunlu hale getirmektedir. Örneğin bankada hesabı bulunan kişi internet bankacılığını kullanırsa çok daha rahat ve kolay işlemlerini yapabilmektedir. Diğer taraftan zorunluluğun daha da hissedildiği; bir anonim şirkete yapılacak

ihlal edecek tasarruflarda bulunmamanın yanında, bu hakkın önünde var olan engelleri de ortadan kaldırmalıdır⁷⁰¹.

Haberleşme hürriyeti ile ilgili olarak anayasal düzenleme, okunduğunda esasında ceza hukukuna yönelik olduğu düşünülebilir. Bu yargıda gerçeklik payı olmakla birlikte tamamen ceza hukukunda uygulandığını düşünüp, hukukun diğer alanlarında uygulanmadığını düşünmek, bu hakkın kapsamının daraltmak manasına gelir. Bir suçun işlendiği, faillerinin kim olduğunun ortaya konması için, iletişimin denetlenmesi tedbirine ceza hukukunda başvuruluyor olması bu durumu değiştirmez⁷⁰². Zira ceza hukukunda olduğu sıklıkta olmasa da, cebri icra hukukunda da haberleşme hürriyeti göz önünde tutulması gereken hak ve ilkeler arasında yer alır⁷⁰³. İcra dairelerinde takip işlemlerini yapan icra müdürleri kişinin özel hayatına ilişkin haberleşme hürriyetini göz önünde tutmalı, ihlal etmemelidir.

İcra ve İflas Kanunu'muzda 6352 sayılı kanun ile İİK m. 82'ye eklenen fıkraya göre icra müdürü, haczedilmezlik kuralını kendisi dikkate alarak, bu konuda takdir yetkisini kullanır (İİK m. 82/4)⁷⁰⁴. Dolayısıyla icra müdürü söz konusu eşyanın haczinin caiz olup olmadığını takdir etmeli; İİK m. 82 kapsamında bir eşya olması halinde ise haczini yapmamalıdır. İİK m. 82'ye baktığımızda icra müdürü, borçlu için lüzumlu eşyaları haczedemez⁷⁰⁵. Ancak bu eşya ile aynı amaca hizmet eden başka eşya da varsa, borçluya bunlardan biri bırakılarak haczedilebilir (İİK m. 82/1-3)⁷⁰⁶. Bu madde açısından birkaç hususu belirlemede fayda vardır. İlk olarak icra müdürü lüzumlu eşyayı takdir edecektir. Yani hangi eşyanın lüzumlu eşya olduğunu belirlemeli; sonrasında bu eşya ile aynı amaca hizmet eden başka bir eşya varsa bunlardan birini haczedip, diğerini borçluda bırakmalıdır. İkinci olarak; yukarıda açıklanan durum üzere, bugün için haberleşme olanakları sağlayan televizyon, radyo, telefon, bilgisayar vb. herkes için

tebligatın elektronik yoldan yapılması zorunludur (Tebliğat Kanunu m. 7/a-2; Muşul, *Tebliğat*, s. 86).

⁷⁰¹ Birtok, s. 52

⁷⁰² Ceza muhakemesi yürütülürken, uygulanacak tedbirlerden birisi de "iletişimin denetlenmesi"dir. Bu yolla Anayasada yer alan haberleşme hürriyetine sınırlama getirilmektedir. Bu tedbirin uygulanması için bkz. Centel ve Zafer, s. 404 vd.; Şahin, s. 265 vd.; Öztürk, Tezcan, Erdem vd., s. 466 vd.

⁷⁰³ Haberleşme hürriyetinin icra hukukunda da uygulama alanı bulduğuna dair bkz. Özkes, *Temel Haklar*, s. 173

⁷⁰⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 273

⁷⁰⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 277

⁷⁰⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 279: "... Bir evde birden fazla televizyon varsa, birisi her halde haczedilebilecektir. Bu haczedilecek televizyonunun hangisi olacağını icra memuru gerekçe göstererek takdir edecektir."

zorunlu olarak kullanılmaktadır. Yani İİK m. 82/1-3 açısından bu eşyalar borçlu ve onun aile üyeleri için lüzumlu eşya sayılmalıdır. Dolayısıyla bu eşyalar haberleşme hürriyeti kapsamında korunmalıdır. Bununla birlikte haberleşme amacına hizmet eden borçluya ait birden fazla bu türden eşya varsa, bunlardan biri borçluya bırakılarak haciz yapılır⁷⁰⁷.

İcra müdürü haciz için borçlunun evine gittiğinde, konusu haberleşme hürriyeti olan eşyaları İİK m. 82/1-3 kapsamında haczetmemelidir. Bu eşyalardan ancak *aynı amaçla kullanılan bir başkası bulunursa*, diğerini borçluda bırakmak suretiyle haciz yapılabilir. Kanun aynı amacı yerine getirmesini aramaktadır. Dolayısıyla iki eşyadan birinin diğeri ile aynı amacı yerine getirip getirmediğinin kararı verilirken **“birebir ikame etmesi”** aranmalıdır. Eğer söz konusu eşyalardan biri diğerinden daha üstün ve farklı niteliklere haiz ya da başka nitelikleri de taşıyorsa iki eşya aynı amaca hizmet etmiyordur⁷⁰⁸. İcra müdürü bunun takdirini yapar. Örneğin, bu iki eşyanın, kitle iletişim araçlarından televizyon ile bireysel haberleşme araçlarından olan telefonun olması halinde, icra müdürü iki eşyayı da haberleşme hürriyeti kapsamında haczedemez. Zira televizyon ile standart bir telefonunun özellikleri düşünüldüğünde, “birbirlerinin yerine tam olarak ikame edilemezler⁷⁰⁹.” Bununla birlikte hacze konu olacak eşyalardan biri diğerini tam olarak ikame ediyor, ondan beklenen amacı tam olarak gerçekleştiriyorsa, bu eşyalardan birisi haczedilebilir. Radyo ve televizyon örneğinde, radyonun haczedilip televizyonun borçluya bırakılması gibi⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 279

⁷⁰⁸ Haberleşme hakkı açısından İİK m. 82/1-3 “*aynı amaca hizmet etme*” şartı aranırken kanaatimizce eşyaların tam olarak birbiri yerine ikame edilebilir olması aranmalıdır. Eğer söz konusu iki eşyadan özellikleri itibarıyla haberleşmeyi tam olarak aynı ölçüde sağlıyorsa bu takdirde bu iki eşya birbiri yerine ikame edilebiliyordur. Aksi halde ise ikame edilme özelliği yoktur. Bu eşyaların ikisi de haberleşme hürriyetinin korunması açısından haczedilemez. Örneğin bir televizyon ile bilgisayar düşünelim. Eğer bilgisayarda internet bağlantısı yoksa bilgisayar televizyonun tam olarak yerine ikame edilemez. Zira kitle iletişim araçlarından olan televizyon ile kişi haberleri izleyebilir, gündemi takip edebilir. Ancak bilgisayarda internet bağlantısı varsa, ikame edilebilir. Bu halde icra müdürü televizyonu haczedebilir. Ancak televizyon bilgisayar ile ikame edilemeyeceği için, televizyonu bırakıp bilgisayarı haczetmesi düşünülmemelidir. Zira televizyondan farklı olarak, bilgisayar ile elektronik posta yoluyla haberleşme mümkündür.

⁷⁰⁹ “Birbiri yerine ikame edilme” kriteri açısından, standart bir telefon ile televizyonu mukayese edecek olursak; bu iki eşya birbiri yerine ikame edilemez. Zira televizyon bir kitle iletişim aracıdır. Mesajı gönderen kişi bir bütün olarak tüm alıcılara hitap eder. Alıcının gönderene yanıt verme şansı yoktur. Halbuki telefon bireysel iletişim aracıdır. Mesajı gönderen ile alıcı birebir irtibat halinde olduğundan, alıcı gönderene anında yanıt verebilir.

⁷¹⁰ İcra müdürü aynı amaca hizmet edip etmemeyi takdir ederken dikkate alacağı kriter birbirinin yerine tam olarak ikame edilip edilmemesidir. Buna göre bir televizyon ile radyo ikisi de özünde kitle iletişim aracıdır. Kişiler bu eşyalar sayesinde, dünyada neler olup bittiğinden haberdar olmaktadır.

Borçlunun haberleşme hürriyeti İİK m. 82/1-3 kapsamında korunurken, alacaklının alacak hakkı da ihlal edilmemelidir. İcra müdürü yapacağı değerlendirmede her iki tarafın da menfaatin düşünmeli⁷¹¹; yaptığı değerlendirme sonucunda, her ne kadar İİK m. 82 özelde borçluyu koruyorsa da⁷¹², alacaklının alacak hakkının ihlal etmemelidir. Bu ise kanunun koruduğu amaçtan fazlasını yapmayarak olur. Yani İİK m. 82 borçluyu korumak için konulmuş bir hükümdür. Ve konumuz açısından da “aynı amaca hizmet eden başka bir eşya” bulunması halinde, koruma kapsamından, söz konusu eşya çıkar. Zira koruma nedenimiz aynı amacı yerine getiren bir eşyanın bırakılmasıdır. İcra müdürü bunu gözeterek aynı ya da birebir ikame eden muadil eşyalardan birini bırakıp diğerini haczederken, pahalı olanı haczetmeli, satış sonrasında daha az kıymet getirecek malı ise borçluya bırakmalıdır. Örneğin borçlunun iki televizyonu varsa, ucuz olanı borçluya bırakıp, fiyatı daha değerli olanı haczetmelidir. Ya da sadece konuşma fonksiyonu olan iki telefondan birinin modeli daha üst ise, üst model olanı haczetmeli, daha değersiz olanı ise borçluya bırakmalıdır. Yalnız bu yapılırken, borçlunun haberleşme hakkını yerine getirme amacını ***tam manada ikame eden iki eşya arasında*** tercihte bulunulmalıdır. Aksi halde bu şekilde bir tercih yapmaya bile gerek yoktur. Zira iki eşya da farklı amaca hizmet ediyordur, ya da biri diğerinin yerine tam olarak ikame etmiyordur.

§ 13. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN KORUNMASI

Din ve vicdan hürriyeti temel haklar arasında yer alıp, bu hakkın öznesi herkeştir⁷¹³. Yani vatandaş veya yabancı olmasına bakılmaksızın herkesin bir düşünce ve kanaate sahip olması; bu kanaati dışa vurma hakkı vardır. Din ve vicdan hürriyeti Anayasamızın 24. maddesinde; AİHS m. 9’da düzenlenmiştir⁷¹⁴. AY m. 24 beş fıkra

Dolayısıyla bu eşyalar İİK m. 82 kapsamında lüzumlu eşya kategorisinde yer alırlar (Özekes, *Temel Haklar*, s. 174; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 279). İcra müdürü haciz sırasında radyo ve televizyondan hangisini haczedip hangisini borçluya bırakacaktır? Bu örnek açısından icra müdürü radyoyu haczedip, televizyonu haberleşme hakkı kapsamında borçluya bırakmalıdır. Aksini ise yapamaz. Zira radyonun yerine getirdiği fonksiyonları tam anlamıyla televizyon yerine getirmekle birlikte, televizyonunu yerine getirdiği fonksiyonları radyo yerine getirmez (birebir ikame yoktur).

⁷¹¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

⁷¹² Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, “Haczedilmezlik”, s. 718

⁷¹³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 162, 170

⁷¹⁴ Mustafa **Erdoğan**, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu*, Derleyen Murat Yılmaz, Ankara 2005, s. 25; Özekes, *Temel Haklar*, s. 227

halinde din ve vicdan hürriyetini düzenlemiştir. Düzenleme gereğince: herkes vicdan ve din hürriyetine sahiptir; AY m. 14 sınırları çerçevesinde dini ibadetler serbestçe yapılır; kimse dini ayin ve törenlere katılmaya ve inanç ve kanaatini açıklamaya zorlanamaz; din eğitimi, devletin gözetimi altında yapılır ve nihayet din duygularını ve dini inançları kimse kötüye kullanamaz.

Anayasamızın 24. maddesinin başlığı “Din ve Vicdan Hürriyeti”dir. Bununla birlikte madde düzenlemesine bakıldığında öncelikle vicdanı, sonrasında ise dini saymaktadır (AY m. 24/1). Vicdan; dini inanış ve düşünceleri de barındıran daha geniş bir kavramdır⁷¹⁵. Vicdan kelime anlamı olarak: “Kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç” olarak tanımlanmaktadır. Din ise: “Tanrı’ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum”dur⁷¹⁶. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere; vicdan, din duygusunu da içine alan daha geniş bir kavramdır⁷¹⁷. Bunun önemi, vicdan hürriyetini sağlamayı anayasal çerçevede kendisine görev sayan bir devlet, kişilerin inanışları ne olursa olsun, bu inanış din olmayabileceği gibi, dinler arasında semavi bir din de olmayabilir, korumak zorundadır. Ya da kişi hiçbir şeye inanmıyorsa, bu kişi de belli bir dine veya değere inanmaya zorlanamaz⁷¹⁸. Bu esasında eşitlik⁷¹⁹ ve laiklik ilkelerinin⁷²⁰

⁷¹⁵ Servet Armağan, *Anayasa Hukuku’nda Temel Haklar ve Hürriyetler (Din ve Vicdan Hürriyeti-Teori ve Pratik)*, Harran Üniversitesi Yayınları No: 2, Şanlıurfa 1996, s. 58-60

⁷¹⁶ Her iki kavram için www.tdk.gov.tr adresine bakılmalıdır. Erişim Tarihi: 12.04.2013

⁷¹⁷ Armağan, s. 59

⁷¹⁸ Din ve vicdan hürriyeti dendiğinde ilk olarak kişinin bir değer yargısına inanıp inanmaması hakkı akla gelir. Buna göre kişi, dilerse bir şeye inanır dilemezse inanmaz. Bu tamamen onun serbest iradesindedir. İkinci olarak kişi bir şeye inanmaya karar verdiyse, bu inandığı değer yargısından ötürü kınanamaz, tahkir edilemez veya değer yargısını değiştirmesi için zorlanamaz. Örneğin kişi, toplumun büyük bir çoğunluğu bir dine mensup iken, o başka bir dini seçebilir. Hatta bu din semavi bir din olmasına gerek yoktur. Din ve vicdan hürriyetini benimsemiş bir devlet, her iki inancın serbestçe yaşamasını temin etmekle mükelleftir. Bu konuda bkz. Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 25

⁷¹⁹ Din ve vicdan hürriyetini benimsemiş bir devletin, kişilerin dini inançları arasında ayırım yapması eşitlik ilkesine aykırı olur. Zira din ve vicdan hürriyetinin içinde devletin ne düşünceden veya dinden olursa olsun herkesin inancına saygı gösterme ve koruma ödevi vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 175’de, semavi dinler ile semavi olmayan dinler arasında ayırım yapılmasını eşitlik ilkesi yönünden anayasaya aykırı bulmuştur. AYM 04.11.1986, E. 1986/11, K. 1986/26 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 22, Ankara 1987, s. 315-316, İnternet Erişimi İçin bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_22.pdf (Erişim Tarihi: 10.04.2013): “Kanun karşısında eşitlik demek bütün yurttaşların hepsinin her yönden aynı hükümlere tabi tutulmaları demek değildir. Kimi yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilemez. Ülkemizde kimi din ve inançların cemaatleşme safhasına henüz gelememiş olduğu gibi bir mülahaza ile dinler ve inançlar arasında ayırım yapılmasını haklı bir nedene dayandırmak mümkün değildir. Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asıldır. Yasaların genel olması ilkesi de bunu zorunlu kılar. Türk Ceza Kanununun dava konusu 175. maddesiyle dinler arasında yapılan

de bir gereğidir. O halde devlet kişinin inancı veya değer yargısı ne olursa olsun korumakla görevlidir.

Din ve vicdan hürriyetinin kapsamı ikiye ayrılabilir: bir kanaate sahip olmak ve bu kanaati dışa vurmak olarak karşımıza çıkar⁷²¹. Kişinin bir değer yargısına inanması, kendisini doğruya ulaştıran bir değer yargısını taşıması, din ve vicdan hürriyetinin ilk sayılan kapsamına girer. İkinci olarak da bunun dış dünyaya vurulması gelir. Bu dışa vurum; ibadet hürriyeti, eğitim hakkı, ikna ve tebliğ vb şeklinde olabilir⁷²². Hukuken kapsamı bu iki temel olan, din ve vicdan hürriyetinin tam manada korunduğunu söyleyebilmek için, iki hakkın da devlet tarafından korunması gerekir. Kişi ibadetinde serbest olmalıdır (AY m. 24/3)⁷²³ ve din eğitimi özgürce alabilmelidir⁷²⁴. Bununla birlikte din ve vicdan hürriyeti de hakkın sınırları çerçevesinde kullanılmalıdır. Hiçbir hak kötüye kullanılmayı bünyesinde barındırmaz⁷²⁵.

ayrım haklı bir nedene dayanmamaktadır. Bu itibarla 3255 sayılı yasanın öngördüğü yeni düzenleme Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.” Aynı karar için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 171. Yine Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesine vurgu yapan başka bir kararı ise: AYM 21.06.1995, E. 1995/17, K. 1995/16, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 31, Cilt: 2, Ankara 1996, s. 547, kararın internet erişimi için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_31_2.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2013

⁷²⁰ Devletin dinsel esaslara dayanmaması laiklik anlayışının temelini oluşturur (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 93). Buna göre devlet teşkilatlanmasından faaliyet sahasının belirlenmesine kadar seküler düşünce ekseninde hareket eder. Her hangi bir dini inanışa göre şekillenmez. Bunun sonucu olarak da, devlet bireyler arasında dini inançları ya da herhangi bir inanışa sahip olmadıklarından dolayı ayrım yapmaz. Devlet dinler ve diğer dünya görüşleri veya ideolojiler karşısında tarafsızdır (Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 32). Laiklik ilkesi bu yönüyle, eşitlik ilkesiyle birlikte, din ve vicdan hürriyetinin gerçekleşmesine hizmet eder. Anayasa Mahkeme’sinin kişinin din ve vicdan hürriyeti ile ilgili bir kararında, laiklik ilkesinin özelliklerini saydığı karar hakkında bkz. AYM 21.10.1971, E. 1970/53, K. 1971/76, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1992, s. 66, kararın internet erişimi için: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_10.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2013

⁷²¹ Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 24-25

⁷²² Kişinin bir vicdani kanaate sahip olması, vicdani özgürlükle ilgilidir (Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 25). Yani kişi iç dünyasında dilediği kanaate sahip olabilir ve dilediği dine inanabilir. Ancak din ve vicdan hürriyetinin kapsamı sadece bundan ibaret değildir. Bununla birlikte bunun dış dünyada yansımaları olmaktadır. Kişi inandığı değer ve yargıları çerçevesinde bunun dış dünyada da yaşayabilmelidir. Aksi halde din ve vicdan özgürlüğünün bu boyutu sağlanmazsa, söz konusu özgürlük sözde kalır. Kişi dini inancı neyi gerektiriyorsa o şekilde hayatını şekillendirebilmeli, ona göre yaşayabilmelidir. Bu noktada dinini öğrenmek, bunu başkalarına anlatmak veya davranışlarıyla açığa çıkarmak hakkına sahiptir. Din ve vicdan hürriyetini kabul etmiş bir devletin her iki özgürlüğü de garanti etmesi gerekir. Bunun sonucunda, anayasal sınırlar çerçevesinde, kişi dinini istediği gibi yaşayabilir. Devlet de, bu hakkı, en başta kendisi müdahale etmeyerek; sonrasında da üçüncü kişilerin müdahale etmesini önleyerek korur.

⁷²³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 170; Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 25

⁷²⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 172; Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 26

⁷²⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 144

Din ve vicdan hürriyeti AY m. 14 genel kuralı içinde kullanılması⁷²⁶; gerektiğinde de daha üstün bir kamu yararı olması halinde devlet tarafından kısıtlanabilmesi gerekir⁷²⁷. İcra hukukunun ortaya çıkış amacı ve bu yüzden de gerektiğinde de borçlunun mallarına el konulabilmesi, kamu yararı üstün amacından ileri gelir. Şöyle ki, borçluya ait çok değerli bir malı icra müdürü haczetmek istediğinde, borçlu bu malın ibadeti için kullandığını beyan ederse icra müdürü acaba ne yapacaktır? Borçlunun beyanına üstünlük tanıyıp malı haczetmemeli midir; yoksa bu beyana kıymet vermeyip malı haczedebilmeli midir? İşte burada AY m. 14 ve üstün kamu yararı amacının devreye girdiğini düşünüyoruz. Borçlu bu şekilde bir beyanda bulunursa buna itibar edilmemeli, mal çok değerli ise haczedilmelidir. Zira AY m. 14/2 uyarınca; temel haklar ve hürriyetler, kişilere tanınan hakları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamaz⁷²⁸. Alacaklıya AY m. 35 ile tanınan mülkiyet hakkı, borçlunun din ve vicdan hürriyetine dayanılarak ihlal edilmemelidir. Çok değerli bir ibadet eşyası olsa bile (örneğin antika el dokuması bir halı seccade ya da el yazması Kuran-ı Kerim) haczedilmesi gerekir. Zira artık burada malın maddi değeri, manevi değerinin önüne geçmektedir. Ya da borçlu o kitap veya seccade olmasa da ibadetini yapabilir; ama alacaklı antika niteliğinde bu türden eşyalar haczedelmezse belki de alacağına kavuşamayacaktır. Bu nedenle bu türden eşyaların haczedilmesi gerekir. AY m. 14/2 bu şekilde anlaşılmalıdır. Diğer taraftan İİK m. 82/1-3 de “*Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere...*” demek suretiyle, bu nitelikte olan eşyaları haczedilmezlik kapsamı dışında tutmuştur. Şüphesiz icra müdürü söz konusu eşyanın bu nitelikte olup olmadığını da takdir etmeli, hangi hakka üstünlük tanıyacağını değerlendirilmesini yapmalıdır⁷²⁹.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı çerçevesinde, din ve vicdan hürriyeti icra hukukunda da korunması gerekir. Bu koruma; en başta kanun koyucunun, yasa

⁷²⁶ Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamayacağı hakkında bkz.:Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 144-147

⁷²⁷ Din ve vicdan hürriyeti kişiye tanınan temel haklar arasında yer alır. Bunun gereği olarak devlet bu alana müdahale edemez. Bununla birlikte, bu kuralın mutlak olmadığını söylemek yanlış olmaz. Zira bu hürriyet daha üstün bir kamu yararı söz konusu ise kısıtlanabilir. Devlet kamu yararı amacını sağlamak için bu hürriyetten vazgeçebilir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararlarına bakılacak olunursa: mahkeme din vicdan hürriyetinin sınırlanabileceğini kabul etmekle birlikte, bunu oldukça sınırlı uygulamaktadır. Örneğin mahkeme devletin uyuşturucu yasakları getirmesini, Hava Kuvvetlerinde çalışan bir subayın dini şapkasını takmamasını yasaklamasını din ve vicdan hürriyetinin ihlali olarak görmemiş; aksine, bunların kamu yararı düşüncesiyle sınırlandığını kabul etmiştir (Nakleden: Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 29).

⁷²⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 146

⁷²⁹ bkz. Aşa. § 25, III, A, 2.

yaparken dikkate alacağı kriter olarak gündeme gelebilir; sonrasında ise takip hukuku uygulaması içinde icra organlarının dikkate alması gereken kriter olarak düşünülebilir. Konumuz açısından icra müdürü veya icra dairesi takip işlemlerini yaparken temas ettiği ölçüde kişilerin din ve vicdan hürriyetini korumalıdır. Aksi şekilde davranış anayasaya aykırı olur.

Kanun koyucu borçlunun ve aile üyelerinin din ve vicdan hürriyetini dikkate almıştır. Haczedilmez mal ve haklar içindeki İİK m. 82/1-3 bunun bir yansımasıdır⁷³⁰. Buna göre, borçlu ve aile üyeleri için lüzumlu eşyalar haczedilemez⁷³¹. Kişinin din ve vicdan hürriyeti onun temel hakkı olduğundan, bu hakkı yerine getirmeye yönelik eşyalar da, İİK m. 82/1-3 kapsamında “lüzumlu eşya”dır. İcra müdürü hacze gittiğinde borçluya ve aile üyelerine ait olan bu kapsamdaki eşyaları haczedemez. İcra müdürü burada takdir yetkisini kullanarak, hangi eşyaların din ve vicdan hürriyeti kapsamında lüzumlu bir eşya olduğunun kararını vermelidir (İİK m. 82/4)⁷³². Bununla birlikte genel kabule göre; borçlunun kutsal kitabı veya ibadette kullandığı eşya haczedilemez⁷³³. Örneğin seccade, tesbih vb. Borçlu icra müdürünün inandığı dinden başka bir dine mensup olsa bile, icra müdürü, söz konusu eşyayı bilgisi, tecrübesi ve o anki değerlendirmesi ile vardığı sonuçta, söz konusu eşyayı borçlunun inancı için lüzumlu bir eşya olarak görüyorsa, İİK m. 82/1-3 uyarınca haczetmemelidir. Örneğin Hristiyan inancına göre; “Meryem Ana heykeli” önünde ibadet ve dua etmek kutsaldır. Buna göre icra müdürü Hristiyan bir borçlunun evine gittiğinde, salt din ve vicdan hürriyeti nedeniyle, söz konusu heykelin haczini yapmaması gerekir. Zira din ve vicdan hürriyeti, kişinin bunu dış dünyaya yansıtmamasını da ifade eder⁷³⁴. Bu yansımanın dinler açısından en tabi yolu ibadettir. Kişi inandığı değerler için ibadet etmek suretiyle, bu hürriyetini yerine getirecek; inancını yerine getirdiği için de, yerine getirmemekten ötürü duyacağı vicdani rahatsızlıktan kurtulacak ve huzurlu bir şekilde yaşayacaktır. Kişinin bu iç

⁷³⁰ Özkes, *Temel Haklar*, s. 227; 6352 sayılı kanundan önceki hali ile 82. maddede borçlunun ibadete mahsus eşyalarının haczedilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. 6352 sayılı kanun ile buna yer vermemiştir. Ancak bu durum borçlunun ibadete mahsus eşyalarının haczedilebileceği manasına gelmez. Zira ibadet eşyaları sayılmamış olsa da, kişinin vicdani ve manevi varlığını devam ettirmesi gereğinden dolayı, söz konusu eşyalar “lüzumlu eşya” (İİK m. 82/1-3) kapsamında yer alır ve haczedilemez. Gerçekten kişinin maddi varlığını koruması ve geliştirmesi ne kadar önemli ise, manevi varlığını geliştirmesi ve vicdanının gereklerini yerine getirmesi de en az bu kadar önemlidir. İnsan maddi ve manevi varlığı ile bir bütündür. Dolayısıyla İİK m. 82/1-3 “lüzumlu eşya” kategorisine borçlunun ibadete mahsus eşyaları da girmelidir.

⁷³¹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 277

⁷³² Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 272

⁷³³ Kuru, *Cilt I*, s. 788; Kuru, *El Kitabı*, s. 441; Özkes, *Temel Haklar*, s. 227

⁷³⁴ Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 24-25

huzurunun korunması devlet tarafından sağlanmalıdır. İcra müdürü de, takip işlemlerini yerine getiren bir kamu görevlisi olduğundan, yaptığı takip işlemleri ile din ve vicdan hürriyetini ihlal etmemelidir⁷³⁵.

Din ve vicdan hürriyetinin kapsamı içinde, kişinin dinini öğrenmesi de vardır⁷³⁶. Bu yüzden; icra müdürü, aynı kutsal ibadet eşyalarında olduğu gibi, borçlunun veya aile üyelerinin dini eğitimini sağlayan kitapları, broşürleri haczedemez. Zira kişi, inandığı değerlerin tam manada ne olduğunun her zaman için öğrenme hakkına sahiptir. Bu hakkından yoksun bırakılamaz. Kişinin dini vecibelerini yerine getirmesi için, aslında dinini öğrenmesi öncelikle kabul edilir. Zaten daha önce de ifade edildiği gibi, din ve vicdan özgürlüğü bir kanaate sahip olmayı ve bu doğrultuda yaşamayı barındırır⁷³⁷. Kişi dininin veya inandığı değer yargısının ne olduğunu, neyi emrettiğini, neyi yasakladığını öncelikle bilmelidir ki, bu doğrultuda yaşayabilsin. Bu ise gerekli döküman ve kitaplarla olur.

§ 14. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Mülkiyet hakkının tarihine bakıldığında, insanlık tarihi ile var olmuş bir haktır⁷³⁸. Toplum içinde yer alan bireyler için bu hakkın öneminden dolayı; toplumsal yaşamı, siyasi ve politik tercihleri, ekonomik hayatı etkilemiştir⁷³⁹. Tüm bu etkileri göz önünde tutulmasından kaynaklansa gerektir ki; mülkiyet hakkı gerek devletlerin iç hukuklarında gerekse uluslararası hukuk metinlerinde düzenleme konusu olmuştur. 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirisi⁷⁴⁰, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁷⁴¹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁷⁴² bunlara verilecek örneklerin belli başlılarıdır.

⁷³⁵ Özekes, *Temel Haklar*, s. 227

⁷³⁶ Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 26

⁷³⁷ Erdoğan, “Din ve Vicdan”, s. 24

⁷³⁸ Mülkiyet hakkı tarih sahnesinde insanlık tarihi ile başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira niteliği, konusu ve kapsamı farklı olmakla birlikte, mülkiyet hakkı ilkel toplumlardan günümüze kadar hep varlığını korumuştur. Mülkiyet hakkının tarihsel gelişimi hakkında daha detaylı bilgi için bkz.: Bulut, s. 16 vd.

⁷³⁹ Rona Serozan, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 239, 241

⁷⁴⁰ Saim Tuğrul ve İbrahim Orkun Atalay, “Mülkiyet Hakkının İşlevleri ve Sınırları”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı: 3, İstanbul 2004, s. 63: “17. maddesinde ise, mülkiyetin, dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu, kanunla belirlenen kamu zorunluluğu açıkça gerektirmedikçe, adil ve peşin bir tazminat da ödenmedikçe, kimsenin bu haktan yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir.” Aynı yönde: Akad, s. 17

⁷⁴¹ Tuğrul ve Atalay, s. 63: “1948 tarihli Bildiri'nin 17. Maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, herkesin tek başına veya elbirliği halinde mülk sahibi olma hakkına sahip olduğu ve kimsenin keyfi

Mülkiyet hakkının pozitif hukukumuzda düzenlenmesine baktığımızda; 1982 anayasası ile kabul edilmiş bir hak olmayıp, aralarında fark bulunmakla birlikte⁷⁴³, 1961 anayasası ile de düzenlenmiştir. AY m. 35/1 “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir*” demek suretiyle herkesin bu hakka sahip olduğu belirtmiş⁷⁴⁴; bu hakkı anayasal temeller çerçevesinde koruma altına almıştır. Buna göre mülkiyet hakkı anayasal temel haklar arasında yer alır ve anayasal koruma altındadır. Bu düzenlemenin yanında AİHS Ek protokol 1 m. 1’de de mülkiyet hakkının düzenlendiğini görüyoruz⁷⁴⁵. Bu düzenlemenin AY m. 90/5 uyarınca ulusal hukukumuzda uygulanabilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının yasal dayanağı olarak sayılabilir⁷⁴⁶. Bu hak, anayasamızın yanında, eşya hukukuna ilişkin olarak, MK m. 683 vd.’da da düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkı, aynı haklar kategorisinde yer alır. Aynı haklar içinde de en geniş yetkileri hakkın sahibine verir⁷⁴⁷. Öyle ki, kural olarak; mülkiyet hakkı sahibi,

olarak mülkiyet hakkından mahrum bırakılamayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Bildiri’nin 29. maddesinde ise, kamu yararı ve hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak, herkesin, kişiliğini serbest ve tam geliştirebileceğini ancak içinde yaşadığı topluma karşı yükümlülükleri olduğu, herkesin haklarının ve hürriyetlerinin, başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınması ve saygı gösterilmesi amacıyla ve de demokratik toplumda ahlak, düzen ve genel refahın gereklerini karşılamak için, ancak kanunla sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir.”

⁷⁴² AİHS Protokol 1 madde 1’de mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkına her gerçek veya tüzel kişi sahiptir. Bu hakkın sahibi hakkını müdahale edilmeksizin kullanmalı ve bu haktan yararlanmalıdır. Kişinin mülkiyetinden yoksun bırakılması için ise: kamu yararı uyarınca kanunların ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin öngördüğü koşullara uygun olması gerekir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: H. Burak **Gemalmaz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 8 vd.

⁷⁴³ 1961 ve 1982 tarihli anayasalarımızda, mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. 1961 tarihli anayasamızda konu, “Sosyal ve Ekonomik Haklar” başlığı altında düzenlenmişken; 1982 anayasamızda, “Kişi Hakları” bölümünde düzenlenmiştir. Bunun önemi ise: “... *Hak, eski düzenlemede bağlı olduğu Kanun Hükmünde Kararname ile düzenleme statüsünden çıkarılmıştır.*” (Akad, s. 18) (AY m. 91/1 gereği).

⁷⁴⁴ Mülkiyet hakkının sujesi “herkes” olduğuna dair Yargıtay’ın atıfta bulunduğu karar için bkz.: YHGK 23.05.1984, E. 1982/6-145, K. 1984/581, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013: “...*Bilindiği gibi, Anayasanın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu açıklandıktan sonra,...*”

⁷⁴⁵ Gemalmaz, s. 8; Özkes, *Temel Haklar*, s. 181

⁷⁴⁶ AY m. 90/5 uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda bağlayıcılığını düzenlemektedir. Bu hükme göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunların anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal davası açılması mümkün değildir. Ayrıca bu anlaşmalar temel hak ve hürriyetleri düzenleyip, iç hukukta aynı konuyu düzenleyen bir kanun ile çelişirse, anlaşma hükümleri esas alınacaktır. Anayasamız uluslararası anlaşmalara bu yönü ile üstünlük tanımıştır. Kabul edilen protokollerle bir bütün olan AİHS de, bu bağlamda değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay’ın da kararlarında sözleşme ve Ek 1 protokolüne atıfta bulunduğu görülmektedir. Bu karar için bkz.: Yarg. 20. HD 13.09.2011, E. 2011/5205, K. 2011/9685, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013 “...*mülkiyet hakkı Anayasanın 35. maddesi ve bu maddeye uygun olarak çıkarılan yasalarla korunduğu gibi, 5170 sayılı Yasa ile değişik Anayasanın 90. maddesi ile kanun hükmünde olduğu kabul edilen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 numaralı Protokolün 1. maddesiyle de güvence altına alınmıştır.*”

⁷⁴⁷ Serozan, s. 245

mülkiyetin konusu olan eşyayı dilediği gibi kullanabilir. Eşyaya sahip olmanın verdiği özgüveni kendinde bulan kişi; kendi gelişimini sağlayarak, insan onuruna uygun bir hayat sürecektir. Bu yönüyle de, herkesin bu hakka sahip olduğu kabul edilir. Gerçekten AY m. 35/1 “*Herkes...*” ibaresiyle, mülkiyet hakkının öznesinin herkes olabileceğini kabul etmiştir.

Mülkiyet hakkı, özellikle insan onuru açısından taşıdığı öneminden dolayı, ayrıca korunması gerekmektedir. Zira kişinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesi için bu hakkın tanınması; tanınmasıyla birlikte etkin bir şekilde korunması gerekmektedir. Korumayı gerçekleştirecek olan şüphesiz devlettir. Devlet, hakkın sahibi üçüncü kişiler tarafından gelecek müdahalelere karşı, mülkiyet hakkını korumak zorundadır. Diğer taraftan kendisi de mülkiyet hakkını ihlal etmemelidir. Bu noktada devlete iki yükümlülüğün yüklendiğini görüyoruz. Devletin üçüncü kişilerin, mülkiyet hakkını ihlal etmesini engellemesi pozitif yükümlülüğe⁷⁴⁸; kendisinin bizzat mülkiyet hakkını ihlal etmemesi negatif yükümlülüğe işaret eder⁷⁴⁹. Pozitif yükümlülük bir takım etkin işlemleri gerektirirken, negatif yükümlülük devletin mülkiyet hakkına müdahale etmemesini, bu konuda hareketsiz kalmasını gerektirir. Bu açıdan; kişinin mülkiyet hakkının üçüncü kişilerin müdahalelerinden korunması için, gerekli önlemler alınmalıdır⁷⁵⁰.

Mülkiyet hakkının öneminden dolayı, bu hakkın sınırlandırılması da belli kurallara tabidir. Devlet bu hakkı korurken gerekli hallerde de, belli şartlar çerçevesinde bu hakkı sınırlandırabilir⁷⁵¹. AY m. 35/2 mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını düzenlemiştir. Buna göre mülkiyet hakkı “*...ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*” Bununla birlikte söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında bu hakkın kullanılması ile ilgili, bir sınır olarak, bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı

⁷⁴⁸ Gemalmaz, s. 417 vd.

⁷⁴⁹ Gemalmaz, s. 410 vd.

⁷⁵⁰ Gemalmaz, s. 443: “*...Mülkiyete özel hukuk kişilerinden gelebilecek müdahalelerde Devletin pozitif yükümlülüğü daha fazladır. Elbette, bu durumda da Devletin pozitif yükümlülüğü, diğer sözleşmesel hakların gerektirdiği boyutlara ulaşmayacaktır. Devletin yerine getirmesi gereken pozitif edimleri, bir ‘sonuç yükümlülüğü’nden ziyade ‘önlem alma yükümlülüğü’ niteliğindedir.*”

Akad, s. 12; Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilirliğine işaret eden mahkeme kararları: AYM 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, Kararın İnternet Erişimi İçin bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1840&content=; AYM 26.06.1989, E. 1988/34, K. 1989/26, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2001(İnternet Erişimi İçin: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf); YHGK 23.05.1984, E. 1982/6-145, K. 1984/581, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013; YHGK 09.04.2003, E. 2003/5-281, K. 2003/284, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013

olamaz⁷⁵². O halde mülkiyet hakkı özünde bireyin serbest tasarrufuna yönelik olsa da, bu hakkın kullanılması kapsamı asla toplum yararına aykırı şekilde olamaz. Kamu yararının gerektirmesi halinde de devlet eliyle bu hak sınırlandırılabilir⁷⁵³. Yapılacak olan sınırlamanın kanunla yapılması gerekir⁷⁵⁴. Mülkiyet hakkına devletin el atması daha çok kamulaştırma yoluyla olsa da⁷⁵⁵, bundan başka konumuz açısından, icra dairelerinin borçlunun mallarına el koyması da bu kapsamda yer almaktadır⁷⁵⁶. Her iki durumda da kamu yararı gerektirdiği için borçlunun malvarlığına el konulur. İcra takibinde ilk görünen yarar alacaklıya ait olsa da; icra hukukun amacı ve ortaya çıkış nedeni düşünüldüğünde, devletin yetkili organlarının borçlunun malvarlığına el koyması, esasında kamu yararına hizmet etmektedir⁷⁵⁷. Bu durum mülkiyet hakkının ancak kamu yararı ile sınırlandırılabilir kuralıyla bir çelişki doğurmaz⁷⁵⁸.

⁷⁵² Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı biçimde kullanılamayacağına dikkat çekmiştir. AYM 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, Kararın İnternet Erişimi İçin bkz.: http://www.anayasa.gov.tr/index.php?1=manage_karar&ref=show&action=karakar&id=1840&content=, Erişim Tarihi: 22.04.2013. Bu kararın tahlili için bkz.: Akad, s. 11 vd.

⁷⁵³ Mülkiyetin sınırlandırılmasının kamu yararı ile mümkün olduğuna dair: Akad, s. 12; Gemalmaz, s. 474; AYM 26.06.1989, E. 1988/34, K. 1989/26, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 25, Ankara 2001 (İnternet Erişimi İçin: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf); YHGK 23.05.1984, E. 1982/6-145, K. 1984/581, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013; YHGK 09.04.2003, E. 2003/5-281, K. 2003/284, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 22.04.2013

⁷⁵⁴ Akad, s. 12

⁷⁵⁵ Devletin kişinin mülkiyetine el atması daha çok kamulaştırma hususunda olmaktadır. Gerçekten de, kişinin söz konusu eşya hakkında, kamulaştırma ile mülkiyet hakkına son verildiği için, en ağır etki doğuran müdahaledir. Bu hususa AİHM’de Türkiye’nin davalı olduğu davalara bakılarak da karar verilebilir. Ancak, bundan başka, devletin icra hukukunda ve ceza hukukunda müdahalesi vardır. Suç konusu eşyanın müsadereyi veya borçluya ait mala haciz uygulanmasında, devlet bireylerin mülkiyet hakkına müdahale etmektedir.

⁷⁵⁶ Doktrinde AİHS Ek Protokol 1 çerçevesinde yapılan incelemede, iflas hukuku kaynaklı müdahalelerin ticari ve ekonomik hayatın korunması meşru amacını güttüğü; bu sebeple de devletin bireyin mallarına el koymasının hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir (Gemalmaz, s. 516). Bu açıklamalar külli takip yolu olan iflasa ilişkin olsa da, aynı durumun icra hukukunda da olduğunu düşünüyoruz. Zira her ne kadar külli takip olan iflas hukukunda, borçlunun tüm mallarına el atılıyor ve cüzi icrada bu sadece borç miktarı ile sınırlı kalsa da, değişmeyen husus borçlunun malvarlığına devletin hukuken el koymasındır. Yani külli icrada da devlet borçlunun mülkiyetine el koyar, cüzi icrada da. Kaldı ki, icra hukukunun ortaya çıkış amacı, borçlunun alacaklının vicdanına terk edilmeyerek, devletin eliyle mallarının haczedilmesi ve satılması temeline dayanır. Sadece bu amaç bile devletin borçlunun mülkiyetine müdahale etmesini hukuki bir zemine oturtma ihtiyacı doğurur. İşte bu amaç, mülkiyet hakkına müdahale edilmesinde kamu yararını gerçekleştirir.

⁷⁵⁷ Devlet borçlunun malvarlığına el koyarak, gerektiği nispette satmaktadır. İcra hukuku bugün bu düzen üzerine kurulu iken; icra hukukunun tarihi gelişimi dikkate alındığında, bu biçime kolay gelmemiştir. Önceleri alacaklının borçlunun şahsına hatta hayatına kadar varan müdahaleleri haklı görülüyorken, bugün geline nokta borçlu sadece malvarlığı ile sorumludur. Sorumluluğuna ise sadece devletin yetkili organları eliyle gidilebilir. Yani alacaklı kendi alacağı nedeniyle borçlunun malvarlığında bile olsa, kendiliğinden hakkını alamaz. Bu durum ihkak-ı hak yasağını teşkil eder. Devletin icra hukukunda bu şekilde bir görev üstlenmesinin temelinde de ihkak-ı hakkın getirdiği sosyal problemlerin önüne geçme arzusu bulunmaktadır. İhkakı hakkın şiddeti, onu uygulayan kişinin vicdanına kalması toplumda huzuru ve barışı bozacaktır. İhkakı hakkın serbest olduğu bir

İcra ve İflas Kanunu'muza baktığımızda alacaklı ile birlikte üçüncü kişilerinde mülkiyet hakkının korunduğunu görüyoruz. İstihkak prosedürünün bulunması bunun en açık göstergesidir. Bu nedenle kanunun amacına uygun yorum yapmak açısından icra takiplerinde alacaklıdan başka üçüncü kişilerin ve borçlunun mülkiyet hakkı gözetilmelidir⁷⁵⁹.

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Mülkiyet, cebri icra hukukunda takibin her iki tarafını ilgilendirdiği gibi, takiple ilgisi olmayan üçüncü kişileri de ilgilendiren bir haktır. Her ne kadar takibin nihai amacının alacaklının mülkiyet hakkının bir parçası olan alacak hakkını sağlamak olsa da, borçlu ve üçüncü kişilerin de mülkiyet hakkının cebri icrada korunduğunu görüyoruz⁷⁶⁰. Bu koruma icra müdürünün takdir yetkisine de etki ederek sonucu belirleyen bir unsurdur. Gerçekten aşağıda örnek verilerek inceleneceği üzere İİK m. 85/1 alacaklı, borçlu ve üçüncü kişinin mülkiyet hakkını koruma altına almaktadır.

A. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkının Korunması

Özel hukukta genel olarak borcun kaynaklarına baktığımızda; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşme ilişkisi karşımıza çıkar⁷⁶¹. Haksız fiil mağduru uğradığı zarardan dolayı fiilin failine karşı⁷⁶²; sebepsiz zenginleşme nedeniyle malvarlığı eksilen kişi, sebepsiz zenginleşen kişiye⁷⁶³; ve nihayet sözleşme ilişkisi

toplumda hukuk devleti, eşitlik, kişi onuru ve dokunulmazlığı gibi temel kavramların bir zaman sonra terk edileceği kuşkusuzdur. O halde devletin cebri icrayı tekelinde toplaması kamu yararına hizmet etmektedir.

⁷⁵⁸ AY m. 35/2'de kamu yararı ile sınırlanabileceği düzenlenen mülkiyet hakkının; ilk bakışta alacaklının menfaatine hizmet eden icra takipleri için sınırlandırılması, müdahale edilmesi, anayasanın bu maddesine aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak bu düşünme kamu yararını sadece doğrudan toplum yararı şeklinde algılamamanın bir yanılgısıdır. Zira kamu yararı kavramı bazen bir kişinin şahsında da gerçekleşebilir (Gemalmaz, s. 516). Bu noktada ilk bakışta menfaati olan o kişi(alacaklı) gibi görünse de, genel manada söz konusu müdahalenin sonuçları toplumun menfaatine olmaktadır. Gerçekten devlet, icra takiplerinde cebri icra kudretini kendi tekelinde toplayarak, borçlunun şahsını korumakla kalmaz, bunun yanında ihkak-ı hakkın toplumda açacağı yaraların önüne geçer. Genel olarak mülkiyetin özel yarar için de sınırlanabileceğine dair bkz.:Serozan, s. 251

⁷⁵⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 182

⁷⁶⁰ Özkes, *Temel Haklar*, s. 182-183

⁷⁶¹ Türk Borçlar Kanunu'nun borcun kaynakları hakkında bu üçlü ayrımı yaptığına dair bkz.: Ayan, *Genel Hükümler*, s. 75; Buna karşılık bu tasnifleri yapay bulan bir diğer görüşe göre borç ilişkilerinin "hukuki işlemde veya doğrudan kanundan doğmasına" göre ikiye ayrılması hakkında bkz.: Eren, s. 116

⁷⁶² Ayan, *Genel Hükümler*, s. 273;

⁷⁶³ Eren, s. 841; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 298

çerçevesinde, sözleşmenin alacaklısının borçlusuna karşı talep hakkı olmaktadır⁷⁶⁴. Bu durum, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilde kanundan kaynaklanırken, sözleşmede nispiyet ilkesinin bir sonucudur⁷⁶⁵. Esasında bu durumun temel nedeni borç doğuran ilişki, bu ilişkinin tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla bu ilişkiye yabancı olan üçüncü kişilere karşı, borç doğuran ilişkinin tarafları bir hak iddia edemezler. Örneğin A, B'ye karşı bir haksız fiil ika ettiyse; B bundan dolayı zararlarını A'dan isteyebilir. Ya da bu ilişki bir sözleşme ise B sözleşmeden kaynaklanan hakkını kural olarak A'ya karşı ileri sürebilir.

Borcun kaynağı olarak görebileceğimiz maddi hukuk, yani borçlar hukuku, hakları bu şekilde düzenlemiştir. Maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkın, hakkı ihlal edilen kişiye temin etme gayesine hizmet eden, yargılama ve takip hukuku, maddi hukuktan bağımsız değildir. Zira yargılama hukuku ve takip hukuku, maddi hukuktan kaynaklanan hakkı korurken, yeniden bir hak ihdas etmez⁷⁶⁶. Nitekim sözleşme ilişkisinde nispiyet ilkesinin de bu yönüyle takip hukukunda uygulanması gerekir. Bunun sonucunda: alacaklı, borçluya karşı takip yapabilir; icra müdürü borçlunun mallarına haciz koyabilir ve borçlunun mallarını satabilir. Bunun dışında borçlu ile çok yakın kan bağı olsa bile üçüncü kişilerin mallarını haczedemez. Aksi yorum borçların şahsiliği ilkesine aykırı olur⁷⁶⁷.

İİK m. 85/1 “*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur*” demek suretiyle, haczedilebilecek malların borçluya ait olduğunu belirtmiştir. Bu madde borçlunun mallarının haczedilebileceğini düzenlemekle birlikte, aslında üçüncü kişilerin mallarının haczini yasaklamaktadır. Zira maddeye dikkatle bakıldığında “...haczolunur” dediği “*borçlununmalları..*”dır. Diğer taraftan üçüncü kişilerde

⁷⁶⁴ Ayan, *Genel Hükümler*, s. 57

⁷⁶⁵ Eren, s. 18; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 11-12; Kılıçoğlu, s. 10

⁷⁶⁶ Cebri icranın konusu, kişilerin özel hukuktan kaynaklanan haklarını yerine getirmektir. Borçlunun borcunu her zaman için, alacaklı ile anlaşmaları üzere yerine getirmemesi halinde, cebri icra hukuku devreye girer. Alacaklıya özel hukuk kaynaklı bu hakkını temin eder. Yargılama hukukunda da alacaklı hakkını mahkemeden talep eder. Bunun sonucunda aldığı ilamı yine icraya koyar. Böylece maddi hukuktan kaynaklı hak icra daireleri önüne gelir. Bu bize gösteriyor ki, yargılama hukuku ve icra hukuku kişilere yeniden hak ihdas etmeyip, özel hukuktan kaynaklanan haklarını korumaktadır. Doktrinde Ansay, cebri icrayı tarif ederken bu hususa değinmektedir. Yazar, cebri icranın konusu olan hakları belirtirken “...*medeni hukuk alanındaki alacaklar ve haklar..*”demektedir (Ansay, *İcra*, s. 1).

⁷⁶⁷ Özkes, *Temel Haklar*, s. 186

bulunan taşınır malların haczedilmesi de ancak bu malların borçluya ait olması ile mümkündür⁷⁶⁸. Kanunumuza baktığımızda ise bunun, borçlunun elinde olan malların haczi kadar kolay olmadığını söyleyebiliriz. Zira borçlunun bir taşınır malı üçüncü kişinin elinde ise, bu malın haczi İİK m. 89 uyarınca yapılabilir (söz konusu alacak kambiyo senedine bağlı olması dışında). Bu haczin muteber olması maddede sayılan usule riayet edilmesine bağlıdır. Buna göre; icra dairesi, üçüncü kişiye göndereceği ihbarnamelerin neticesiz kalması halinde haciz yapabilecektir⁷⁶⁹.

Burada daha önce incelenen bir hususu tekrarlamakta fayda vardır⁷⁷⁰. İİK m. 97/a'nın ilk fıkrasına göre bir taşınır malı elinde bulunduran onun maliki sayılır. Eğer malı borçlu ile birlikte üçüncü kişi elinde bulunduruyorsa, bu mal borçlunun sayılır⁷⁷¹. Bunun sonucu olarak da borçluya ait olan bu mal haczedilebilir (İİK m. 85/1)⁷⁷². Kanun, malı borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulundurulması halinde, bir karine getirmekte ve buna da bu malın borçluya ait olduğu sonucunu bağlamaktadır⁷⁷³. Yine bu karinenin aksinin de, icra müdürü tarafından somut olayda görülmesi halinde gerçekleştiği kabul edilmelidir. Gerçekten birlikte oturlan yerlerde bulunan mal; niteliği itibarıyla birine ait olabileceği açıkça anlaşılabilirse, icra müdürü söz konusu eşyayı haczetmemelidir. İşte icra müdürü bu eşyanın açıkça bir kişiye ait olup olmadığını takdir eder. Somutlaştırmak gerekirse borçlunun eşine ait bir kürk manto her ne kadar borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulunsada, bu malın aidiyetinin borçlunun eşine ait olduğu açıktır⁷⁷⁴. Ya da niteliği itibarıyla bayana ait bir ziynet eşyasının borçlunun eşine ait olduğu yorumu yapılabilir. İcra müdürü olayın ve eşyanın niteliğine göre takdir yetkisini kullanır⁷⁷⁵.

⁷⁶⁸ İcra müdürü alacaklının alacağını elde etmesi için haczedeceği mallar borçluya ait olanlardır. Bunun dışında başkasına ait bir malı haczedemez. Bu durum İİK m. 85'in lafzından anlaşılmasının yanında, kanunun genel düzenlemesinden de anlaşılmaktadır. Zira İİK m. 96 vd. maddelerinde istihkak prosedürünü düzenlemiştir. Buna göre borçlunun elinde üçüncü kişiye ait olan bir mal haczedilirse, hak sahibi bu malı geri alabilir. Bu nedenle hacizde borçlunun mallarının haczedilmesi gerekir. İİK m. 85/1 gereği borçlunun mallarının haczedileceğine dair bkz. Ansay, *İcra*, s. 70; Postacioğlu, s. 305; Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 635; Kuru, *El Kitabı*, s. 371; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 239; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287

⁷⁶⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 299 vd.

⁷⁷⁰ bkz. Yuk. § 12, II, B.

⁷⁷¹ Üstündağ, s. 220; Kuru, *El Kitabı*, s. 484; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 329

⁷⁷² Ansay, *İcra*, s. 70; Postacioğlu, s. 305; Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 635; Kuru, *El Kitabı*, s. 371; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 239; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287

⁷⁷³ Kuru, *El Kitabı*, s. 485; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 329

⁷⁷⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II*, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1990, s. 1051

⁷⁷⁵ bkz. Aşa. § 25, VIII.

B. Borçlunun Mülkiyet Hakkının Korunması

İcra hukukunda mülkiyet hakkının bir yansıması da, borçlunun mülkiyet hakkının korunmasıdır⁷⁷⁶. Modern cebri icra hukuku, alacaklıya borçlunun malvarlığından tatmin edilme imkanı verirken⁷⁷⁷, bunu sınırsız bir şekilde kabul ettiği söylenemez. Başka bir deyişle; borçlunun mülkiyet hakkının bulunduğu mal, hak ve alacaklarından alacaklının tatmin edilmesi belli sınırlar çerçevesinde olmalıdır. Borçlunun tüm malvarlığının haczedilmesi ve bunun sonucunda da borçlunun insan onuruna yakışmayan bir hayat sürmesi sonucunun doğması düşünülemez. Böyle bir durum devletin “sosyal devlet” niteliğini gündeme getirir. Sosyal devlette, kişiler insan onuruna yakışır bir hayat sürmelidirler; devlet de bu konuda elinden geleni yapmalıdır. O halde borçlunun, “sosyal devlet” niteliği gereği korunmaya muhtaç bir hale getirilmemesi gerekir⁷⁷⁸.

Cebri icra hukukunda, icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında, borçlunun mülkiyetinin temelde iki nedenden ötürü korunması gerektiğini ifade edebiliriz. İlk olarak borçlunun, mülkiyeti vasıtasıyla insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi gereği ile⁷⁷⁹; ikinci olarak, borçlunun mülkiyet hakkının, sırf alacaklının alacağına kavuşması için ölçüsüz ve menfaat dengesine aykırı şekilde ihlal edilmesinden kaynaklı korunması nedeniyledir⁷⁸⁰. Bunlardan ikinci neden, mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğursa da, ilk durumu ihlal eden davranış kadar hukuka aykırı değildir. Başka bir deyişle mülkiyet hakkının, borçlunun insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi gereğiyle korunması, bu hakkın özünü oluşturur. Artık bu noktadan sonra, bir yerde, ihlal edilebilecek başka bir değer yoktur. Zira insan onuru tüm hakların temel gayesidir. Tüm haklar insanın onurlu bir hayat sürmesi amacıyla vardır⁷⁸¹. O halde icra müdürü takdir yetkisini kullanırken borçlunun mülkiyet hakkını her iki nedenden dolayı korumakla yükümlüdür.

İcra müdürü borçlunun mallarını haczederken ve takibin ilerleyen aşamasında satarken tek bir amacı vardır/olmalıdır: alacaklının alacağını karşılamak. O halde

⁷⁷⁶ Özokes, *Temel Haklar*, s. 182

⁷⁷⁷ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 5-6; Kuru, *Cilt I*, s. 27; Kuru, *El Kitabı*, s. 60-61; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 30; Pekcanıtez, Atalay, Özokes vd., s. 50; Özokes, *Temel Haklar*, s. 32

⁷⁷⁸ Pekcanıtez, Atalay, Özokes vd., s. 68; Özokes, *Temel Haklar*, s. 223

⁷⁷⁹ Mülkiyet hakkı temelde insan onurunu sağlamak için tanınmaktadır. Bu konuda bkz.: Akad, s. 19; Gemalmaz, s. 439

⁷⁸⁰ Özokes, *Temel Haklar*, s. 182

⁷⁸¹ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 378; Gören, “Sınırlama”, s. 54; Alman Anayasa Mahkemesinin insan onurunu tüm insan haklarını kökü olarak nitelediğine dair bkz.: Doğan, “İnsan Onuru”, s. 59

yapacağı hacizlerde ve satışlarda hep bu amaç ekseninde hareket etmelidir. Zaten borçlunun malvarlığına devletin el koymasını hukukten meşru gösteren de bu amaçtır. Borçlu, alacaklıya borcunu ödememiştir. Alacaklının hakkı ihlal edilmiştir. Hakkı ihlal edilen alacaklı, devletten koruma talep ettiğinde, bu talebi AY m. 36 gereği hukuka uygundur⁷⁸². Devlete burada düşen, yetkili organları vasıtasıyla, alacaklının bu haklı talebini karşılamaktır⁷⁸³. Bir tarafta alacaklının bu hakkı varken, diğer tarafta da borçlunun, diğer temel hak ve ilkeler bir kenara, AY m. 35'ten kaynaklanan mülkiyet hakkı vardır. Alacaklının hakkı her ne kadar hukuka uygun ve anayasal dayanağa sahipse de, en az o kadar, borçlunun mülkiyet hakkı da hukuka uygundur. O halde yapılacak müdahale de hukuk sınırları içinde kalmalıdır. Borçlunun malvarlığı ölçsüz ve menfaat dengesine aykırı bir şekilde haczedilmemelidir. İcra müdürünün takibe girerken ve devamında taşıdığı tek amacını, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlama, bu sınırlar çerçevesinde hedeflenmelidir.

İİK m. 85/1 *“Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur”* demekle kanunun, borçlunun mülkiyet hakkını koruduğunu görüyoruz. Madde, borçlunun borcunu ödemeye yetecek kadar malının haczedilmesine izin vererek bu korumayı sağlamaktadır. Başka bir deyişle; kanun, borçlunun borcundan daha fazla malının haczini yasaklamaktadır⁷⁸⁴. İcra müdürü İİK m. 87 çerçevesinde haczedtiği malların kıymetini takdir ederken⁷⁸⁵; toplam haczedtiği mallar alacaklının alacağını karşılamaya yettiği anda haciz işlemini sona erdirmelidir. “Ne kadar malın haczedilmesi alacağı karşılamaya yeter?”, sorusunun yanıtını, icra müdürü yaptığı kıymet takdirlerini değerlendirerek cevaplamalıdır. Eğer, icra müdürünün yaptığı haczin miktarı, alacak

⁷⁸² Adil yargılanma hakkı kaynağını anayasamızda bulan temel haklardandır. Bu hak öneminden dolayı uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Bunlardan en önemlisi şüphesiz AİHS’dir. Adil yargılanmanın tanınması bir devletin hukuk devleti olmasının gereğidir. Devlet hakkı ihlal edilen kişilerin hakkını sağlamak için, bağımsız mahkemeleri kurmak ve etkin bir şekilde faaliyette bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Adil yargılanma hakkı; hakkın, sadece mahkemeler önünde talep edilmesini içermeyecek kadar geniştir. İcra daireleri ve diğer takip organları önünde de adil yargılanma hakkı tanınır. Bu konuda bkz. Özekes, *Temel Haklar*, s. 134

⁷⁸³ Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 49

⁷⁸⁴ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 287-288

⁷⁸⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Üstündağ, s. 188; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269; Karşlı, *İcra*, s. 495

miktarının çok üzerinde ise takdir yetkisini hukuka aykırı, özelde ise borçlunun mülkiyet hakkını ihlal eder, şekilde kullanmıştır.

Haciz uygulamasında, haczedilen eşyaların, özellikle kullanılmış ev eşyaları olduğunda, kıymetinin takdiri (İİK m. 87) oldukça güç olabilir. Ancak yine de icra müdürünün tecrübesi ve hukuk bilgisi bunu yapabilecek yeterliliktedir/yeterlilikte olmalıdır. Diğer taraftan; borçlunun mülkiyet hakkına, alacaklının alacak miktarı ile sınırlı olarak müdahale edilmesi kuralını yerine getirmek zorunda olan icra müdürü, bunu tam bir kıymet değeri şeklinde yapamayabilir. Ancak haciz uygulamasının koşulları ve malı ilk gördüğü haliyle bilgi ve tecrübesi çerçevesinde, malın değerini gerçek değerine en yakın bir şekilde takdir etmelidir. Takdir ettiği değer açıkça malın değerinin altında ise borçluya zarar veriyor demektir. Borçlunun mallarına kıymet takdirinin olması gerekenden az bir değer biçilmesi, toplam alacak miktarını karşılamak için (İİK m. 85/1), borçlunun gerekenden daha fazla malına haciz konulması manasına gelir. Bu yönüyle, kıymet takdirinin açıkça hukuka aykırı olması halinde, borçlunun mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olur. Başka bir deyişle icra müdürünün takdir ettiği değer, borçlunun mallarını haraç mezat satılmasına neden olacak şekilde el konulması manasına geliyorsa, kıymet takdiri (İİK m. 87) hukuka aykırı olur. Zira bu ihtimalde borçlunun mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.

Haciz aşamasında kıymet takdirinin doğru yapılması, satış aşamasında da son derece önemlidir. Zira taşınmazlarda satış aşamasında tekrar kıymet takdiri yapılsa da (İİK m. 128/2)⁷⁸⁶, taşınırılar için böyle bir düzenleme mevcut değildir. Taşınırılar için satış, hacizde takdir edilen kıymet üzerinden yapılır (İİK m. 114). O halde taşınırılar için yapılan kıymet takdirinin, mümkün oldukça malın gerçek değerine en yakın şekilde yapılması son derece önemlidir. Kanun koyucu da bu sebeple olacak ki, icra müdürünün

⁷⁸⁶ Kanunda mükellefiyetler listesinin kesinleşmesiyle birlikte, yeniden kıymet takdiri yapılması zorunlu ise de, uygulamada yapılmamaktadır. Bu yönde eleştiri için, Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 360: “İcra müdürü, mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi ile yeniden kıymet takdiri yaptırmalıdır. Ancak uygulamada bu yapılmamaktadır. Genellikle haciz sırasında yapılan kıymet takdiri, satışta da esas alınmaktadır. Halbuki hacizden sonra özellikle, satış ilanı üzerine bildirilen mükellefiyetler haciz tarihinde tespit edilen kıymeti etkileyebilir. Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde, icra müdürünün satışa esas olmak üzere, yeniden kıymet takdiri yaptırmak zorundadır (İİK m. 128, II). Buna karşılık yeni mükellefiyetler çıkmamışsa, taşınmazın değerinde bir değişiklik olmayacağından, tekrar kıymet takdiri yapılmayacaktır.” Bu eleştirinin haklılık payının olması düşünüldüğünde, bizim kıymet takdirine yönelik açıklamalarımız da doğruluk kazanacaktır. Eğer uygulama da taşınmazlar için de, ikinci bir kıymet takdiri yapılmaksızın, İİK m. 87 gereği hacizde yapılan kıymet takdiri satışa esas alınıyorsa; icra müdürü haciz yaparken takdir ettiği kıymeti mümkün olduğunca malın gerçek değerine yakın takdir etmelidir.

kıymet takdirini yapmasını istemiş; gerektiği halde de bunu bilirkişiye yaptırmasının yolunu açmıştır (İİK m. 87/ikinci cümle)⁷⁸⁷. O halde icra müdürü haczettği malın kıymetini de takdir eder; kıymetini kendisi takdir edemeyecek nitelikte bir eşya olursa da, bilirkişiye eşyanın kıymetini takdir ettirir (İİK m. 87).

Borçlu, mallarına haciz konulurken, takibe katlanma yükümlülüğü çerçevesinde takibin sonuçlarına katlanmak yükümündedir. Konumuz açısından da, borçlu, mallarının haczedilmesine mülkiyet hakkını gerekçe göstererek karşı çıkamaz. Ancak, borçlunun mallarının değerinin çok fazla altında bir bedelle kıymetini takdir etmek ve bunun sonucunda da gereğinden fazla malının haczedilmesine sebep olmak karşısında, borçlunun takibe katlanma yükümlülüğü çerçevesinde buna da katlanmasını beklemek imkanı yoktur. Başka bir deyişle, takibe katlanma yükümlülüğü hukuka uygun bir takip yapılması halinde söz konusudur. Borçlunun mülkiyet hakkını, hukukun izin verdiği sınırları aşarak, ihlal eden müdahaleler bu kapsamda değerlendirilmez⁷⁸⁸. O halde icra müdürü elinden geldiği ölçüde borçlunun mallarını haczederken doğru kıymet takdirinde bulunmalıdır.

Şüphesiz bu katlanma da hukuk kuralları dahilinde olmalıdır. Devletin, hiçbir sınır tanımadan icra organları eliyle, borçlunun mülkiyet hakkına dokunması, bu sefer de bizzat ihkak-ı hakkı devletin şahsında toplanmasına, alacaklının bizzat ihkak-ı hakkı devletin yetkili organları eliyle yerine getirmesine; daha açık bir deyişle bizzat ihkak-ı hakka resmiyet kazandırılmasına neden olur. Kanun koyucu, kanun yaparken bu hususu göz önünde tutmuştur. Gerçekten İcra ve İflas Kanunu'muzda borçlunun mülkiyet hakkının korunduğunu düzenleyen maddelere yer verilmiştir. Bunlardan en önemlisi İİK m. 82'dir. Bu madde ile borçluya ait bir takım malların çeşitli nedenlerle haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Özünde insanın daha onurlu bir hayat yaşaması için var olan bu madde, bu amacı korurken, vasıta olarak da mülkiyet hakkını korumaktadır. Gerçekten borçlu için lüzumlu olan eşyaların haczedilmemesi (İİK m. 82/1-3), onun, insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi amacını gözetirse de; söz konusu mal haczedilmeyip mülkiyeti borçluda bırakılarak, mülkiyet hakkının korunması sağlanmaktadır. Yani insan onurunu koruma amacına, borçlunun mülkiyet hakkının

⁷⁸⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, vd., s. 269

⁷⁸⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 185

korunması araç olmaktadır⁷⁸⁹. O halde mülkiyet hakkının borçlu için bu yönü de gözetilmeli ve korunmalıdır. İlk başta ve nihai amacımız insan onurunun korunması olsa da; bu, borçlunun belli şeylere malik olmasına bağlıdır⁷⁹⁰. Bir amaca ulaşmak ona giden vasıtaların korunması ve gözetilmesiyle olur. O halde; insan onurunun korunması amacına da, borçlunun mülkiyet hakkının korunması aracı sağlanarak ulaşılabilir⁷⁹¹.

C. Alacaklının Mülkiyet Hakkının Korunması

Malvarlığına genel olarak baktığımızda kişinin aktif ve pasiflerinin toplamından ibaret olduğu görüyoruz⁷⁹². Alacak hakkı, diğer haklar ile birlikte, malvarlığının aktif kısmında yer alır⁷⁹³. Borcun kaynaklarından biri olan sözleşmede alacaklı olan kişi talep hakkını borçluya karşı kullanır. Eğer borçlu sözleşmeye uygun davranırsa borcunu öder. Bu ihtimalden başka; borçlu, borcunu hiç yerine getirmez veya sözleşmede kararlaştırılan şekliyle yerine getirmezse, alacaklının alacağına kavuşması için devletin yetkili organlarından hukuki korunma talep hakkı doğmaktadır. Zira bizzat ihkak-ı hak yasaktır. Bunu yasaklayan devlete karşı hakkı ihlal edilen kişinin başvurma hakkı bulunmaktadır. Bunun karşısında da devletin etkin hukuki korunmayı sağlaması yükümlülüğü vardır⁷⁹⁴.

Alacaklı malvarlığının bir parçası olan alacak hakkına kavuşması için cebri icra organlarından, icra dairesine başvurusuyla takip başlar⁷⁹⁵. Bundan sonra icra müdürü mesuliyetinde (Nizamname m. 3/1) takip işlemleri yürür. Takip işlemlerinin etkin bir şekilde yürütmesi gerekir. Bu nedenle; kanunda kendisine takdiri yetki verilen icra müdürü, bu yetkisini kullanması yetmemekte; ayrıca etkin bir şekilde kullanmak

⁷⁸⁹ Akad, s. 19; Gemalmaz, s. 439

⁷⁹⁰ Serozan, s. 239

⁷⁹¹ Devletin negatif yükümlülüğü için bkz.:Gemalmaz, s. 410 vd.; Devletin pozitif yükümlülüğü için bkz.: Gemalmaz, s. 417 vd.

⁷⁹² Oğuzman ve Barlas, s. 137

⁷⁹³ Oğuzman ve Barlas, s. 138

⁷⁹⁴ Özekes, *Temel Haklar*, s. 123-124

⁷⁹⁵ Alacak hakkının kapsam olarak hangi temel değer disiplini altında yer aldığı konusunda Türk Hukukunda farklı bakış açıları olduğunu ifade edebiliriz. Eşya hukuku anlamında alacak hakkı malvarlığı hakkının kapsamında yer alır (Oğuzman ve Barlas, s. 138). AİHS açısından ise alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında yer alır (Gemalmaz, s. 390). Bununla birlikte Anayasa açısından mülkiyet hakkı içinde yer alır ve diğer alt disiplinler de bundan etkilenir (Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 109). Cebri icra hukuku açısından ise doktrinde malvarlığı kavramı yerine mülkiyet hakkı kavramının kullanıldığı görülmektedir (Özekes, *Temel Haklar*, s. 182).

zorundadır. İcra müdürünün bu yükümlülüğü, alacaklının mülkiyet hakkının, etkin hukuki korunma ile beraber düşünülmesini zorunlu kılar⁷⁹⁶.

Geniş anlamda bakıldığında, aslında alacaklının mülkiyet hakkının korunmasında, onun insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi amacı yatar. Zira mülkiyet, insan onurunu temin etmeye yarayan temel haklardandır⁷⁹⁷. Bu yönüyle icra müdürünün takdir yetkisini alacaklının mülkiyet hakkını korumaya yönelik kullanması, alacaklının insan onurunu korumaya hizmet eder.

Alacaklının, alacağını talep hakkı, AY m. 35 ve 36'dan kaynaklanır. Alacaklı kendisine tanınan hakkı (AY m. 35, mülkiyet hakkı) meşru vasıtalar yoluyla adil yargılanma hakkı çerçevesinde talep etme hakkına sahiptir⁷⁹⁸. Böylece icra takiplerinde, alacaklının talebi ve bunun sonucunda icra müdürünün işlemleri anayasal dayanak kazanır. Alacaklının mülkiyet hakkı da, tıpkı borçlunun insan onuru ve diğer temel hakları gibi anayasadan kaynaklanmaktadır. Yani, anayasal dayanak açısından, birine tanınan hak diğerinden farklı değildir. İkisi de anayasada düzenlenmiştir. O halde, biz borçlunun insan onurunu korurken, alacaklının mülkiyet hakkını tümünden yok sayamayız. Yapacağımız yorum, çoğu kez borçlunun insan onurundan yana tavır koymamıza neden olsa da, alacaklının mülkiyetini tümünden ihlal edecek, bu hakkına kavuşmasını engelleyecek tarzda olamaz. Bu yönüyle alacaklının mülkiyet hakkı ile borçlunun insan onuru ve diğer temel hakları bir çatışma halindedir⁷⁹⁹. Bu çatışmanın dengelenmesi icap eder. Bunu yapacak olan da şüphesiz cebri icra organları, icra müdürüdür⁸⁰⁰.

Alacaklının hakkına kavuşması için icra müdürü kendisine takdir yetkisi verilen hallerde bunu en etkili biçimde kullanmalıdır. Örneğin ödeme emrinin tebliği takip için çok önemli sonuçlar doğurur⁸⁰¹. Bu tebligatın sonucunda duruma göre alacaklı haciz talep etme hakkına kavuşacaktır. İşte kanun İİK m. 61/1'de takip talebinin verilmesinden sonra nihayet üç gün içinde ödeme emrini borçluya tebliğ edilmesini icra

⁷⁹⁶ Özekes, *Temel Haklar*, s. 182

⁷⁹⁷ Akad, s. 19; Gemalmaz, s. 439

⁷⁹⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 131 vd.

⁷⁹⁹ Çiftçi, s. 7

⁸⁰⁰ Cebri icra prosedürünün her aşamasında menfaat dengesinin gözetilmesi gerektiğine dair bkz.: Özekes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

⁸⁰¹ Ödeme emrine borçlunun itirazda bulunabilmesi için öncelikle ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesi gerekir (Kuru, "İtiraz", s. 547).

müdürüne yüklemiştir⁸⁰². İcra müdürü kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde kendi icra dairesinde bulunan iş yükünü de gözeterek, bu üç gün içinde ödeme emrini gönderir. Bu üç günlük sürenin hangi zaman diliminde tebliğe göndereceği konusunda ise takdir yetkisi bulunmaktadır⁸⁰³. İşte icra müdürü bu yetkisini elinde hiçbir iş yokken veya tebligatı takip talebinin verildiği gün tebliğ etmesinin hiçbir engeli yokken, sırf keyfi olarak hareket edip son gün tebliğ ederse, alacaklının hakkını ihlal etmiş olur. Bir örnek de İİK m. 9/2 de vardır. İİK m. 9/2 “*İcra ve iflas dairelerince yapılması gereken her türlü nakdi ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflas dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir*” demek suretiyle, borçlunun icra dairesi hesabına yatırdığı paranın, alacaklının gösterdiği hesaba (İİK m. 58/2-1) yatırılması talimatının, en geç üç iş günü içinde yapılması gerektiğini düzenlemektedir⁸⁰⁴. İcra müdürünün, paranın icra dairesi hesabına yatırılmasını takip eden üç iş gününün hangi zaman dilimi içinde, talimatı vereceği konusunda takdir yetkisi vardır⁸⁰⁵. Bu madde ile tanınan yetki de keyfi kullanılacak olursa, icra müdürü alacaklının mülkiyet hakkını ihlal etmiş olur.

İcra müdürüne kanunun “süreye ilişkin takdir yetkisi” verdiği halleri⁸⁰⁶, bu başlık altında örnek olarak sayabiliriz (bunlardan başka örneğin İİK m. 112/1 ve İİK m. 123). Gerçekten kanun icra müdürüne bir işlemi yapması için süre veriyse, bunun bir amacı vardır. Takip işlemlerinin bir düzen içinde yürümesi⁸⁰⁷; bununla birlikte söz konusu işlem yapılmadan önce bir hazırlığı gerektiriyorsa, icra müdürünün bu zaman diliminde bunu yapmasıdır. Örneğin İİK m. 112/1 gereği satış işlemlerinin yapılması⁸⁰⁸; İİK m. 9/2 bankaya paranın yatırıldığının öğrenilmesi, gerekli harçları hasaplayıp tahsil etmesi ve olası gecikmeler karşısında yine de bir süre konulması gereğiyledir.

Alacaklının mülkiyet hakkının korunması konusunda, icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken dikkat edeceği bir önemli husus da haciz aşamasında karşımıza

⁸⁰² Kuru, *Cilt I*, s. 260

⁸⁰³ bkz. Aşa. § 24, III.

⁸⁰⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 59; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 107

⁸⁰⁵ bkz. Aşa. § 22, II.

⁸⁰⁶ İcra müdürünün takdir yetkisinin süreye ilişkin olması hakkında bkz. Yuk. § 4, IV

⁸⁰⁷ İcra hukukunda sürelerin konulmasının bir nedeni olarak, takibin hızla sonuçlandırılması olduğuna dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 129; Kuru, *El Kitabı*, s. 124; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 92; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 151; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 50

⁸⁰⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 346

çıkılmaktadır. İİK m. 85/1 “*Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur*” demek suretiyle, haczin yapıldığı zaman alacaklının mülkiyet hakkının korunması gerektiğini belirtmektedir. Haczi yapan icra müdürü, “ne kadar malın haczedileceği” sorusuna, kanun gereği, alacaklının alacağını karşılamaya yeter tutarda, şeklinde cevap vermelidir. Hacizden maksadımız, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak ise; bunun tam manada olması, alacaklının tam olarak tatmin edilmesine hizmet edecek şekilde olmasıyla mümkündür. Borçlunun haczedilebilir malı olmasına rağmen icra müdürü haczini yapmıyorsa alacaklının mülkiyet hakkını ihlal ediyor demektir⁸⁰⁹.

Haciz ile ilgili olan bu maddenin aslında takdir yetkisi tanıyan kısmı “...*bütün alacaklarına yetecek miktar*”ın belirlenmesindedir. Bu ise haczin yapıldığı esnada yapılacak kıymet takdiri ile mümkündür (İİK m. 87)⁸¹⁰. İcra müdürü borçlunun mallarını haczederken ne kadarın kafi geldiğini, haczettiği malların takdir edilen kıymetinin toplamının, alacak miktarına karşılık gelmesi durumunda anlar. Yani borç ile haczedilen malın takdir edilen değeri örtüştüğünde, artık haciz yapılmasına gerek yoktur⁸¹¹. Zira haciz yapmaktan maksat hasıl olmuştur. Görüleceği üzere bunun belirlenmesi, yani İİK m. 85/1 deki takdir yetkisinin kullanılması, İİK m. 87’de düzenlenen başka bir takdir yetkisi olan, kıymet takdirine bağlıdır. Kıymet takdirinin doğru yapılması bu açıdan son derece önemlidir. Kanun, bu öneminden dolayı, icra müdürüne gerekirse (ki burada da icra müdürünün takdir yetkisi bulunmaktadır) haczettiği malın kıymetini bilirkişiye yaptırabilme yetkisini vermiştir⁸¹². Satış aşamasında da taşınmazlar müstesna tutulacak olursa, bu kıymet üzerinde satış

⁸⁰⁹ İİK m. 85/1 borçlunun, alacaklının alacağına yetecek kadar malını, icra müdürünün (veya hacze giden memurun) haczetmesi gerektiği belirtmektedir. Bu maddeye dikkatle bakıldığında, mülkiyet hakkının üç boyutunun da korunduğunu görmekteyiz. “Borçlunun malları” denilerek, üçüncü kişiler; “alacaklının alacağına yetecek kadar” derken, hem alacaklı hem de borçlu korunmaktadır. Dolayısıyla icra müdürü hacze gittiğinde, sayılan bu üç tarafı da düşünerek haciz yapmalıdır. Bu kişilerden birini düşünmeyip, hakkını ihlal etmek, anayasanın 35. maddesine aykırı olur. Bu noktadan hareketle; icra müdürü, hacze gittiğinde özellikle İİK m. 82 de yer alan kısıtlamaları ve borçlunun temel haklarını dikkate alarak, haczedilebilir tüm mallarını alacaklının alacağına kavuşması için haczetmelidir. Bunu yapmayan icra müdürü, takdir yetkisini alacaklının mülkiyet hakkını ihlal ederek kullanmıştır. Yani takdir yetkisi hatalı, hukuka aykırı kullanılmıştır.

⁸¹⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

⁸¹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 630

⁸¹² Kuru, *Cilt I*, s. 629

yapılacağından⁸¹³, kıymetin doğru yapılması alacaklının mülkiyet hakkının korunması için zorunludur.

Kıymet takdirinin mülkiyet hakkına bu denli etkilemesi, icra müdürünün hacettiği malın kıymetini takdir ederken dikkatli davranmaya sevk etmelidir. Satış sonrasında ele geçen bedelin çok üstünde takdir edilen kıymet, malın satışına engel olabileceği gibi düşük bedelle satılması neticesinde alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyebilir. İcra müdürünün, daha sonradan tamamlama hacizler yolu ile bunu telafi edebilme imkanı bulursa da (İİK m. 139)⁸¹⁴, haczin talebi ve bu haczin yerine getirilmesi bir süreç olacaktır⁸¹⁵.

Alacaklının mülkiyet hakkının takibin tüm aşamalarında korunması gerekmektedir. İİK m. 85 ve İİK m. 87 haciz aşamasında verdiğimiz birer örnektir. Dolayısıyla satış aşamasında da icra müdürü takdir yetkisini kullanırken, alacaklının mülkiyet hakkını gözeterek kullanılmalıdır. İcra müdürü, satış aşamasında da alacaklının tam bir şekilde alacağını almasını amaç edinmeli, bu amaç uğrunda takdir yetkisini kullanılmalıdır. Bunun somut bir örneğini İİK m. 113/2’de görebiliyoruz. Bu maddeye göre, “İcra müdürü kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı malların satılmasına her zaman karar verebilir”denilmek suretiyle; icra müdürüne, muhafazası masraflı malların veya değeri süratle düşen malları talep olmaksızın (İİK m. 112) satabilme yetkisi verilmiştir⁸¹⁶. Buna göre icra müdürü malın muhafazasının masraflı olup olmadığının takdirini yapar. Muhafaza giderleri takip giderlerinden olup, mal satılınca bu malın bedelinden öncelikle ödenir (İİK m. 138/2)⁸¹⁷. Hal böyle olunca muhafaza masraflarının çok olması halinde, alacaklı, borçlunun alacak tutarına yeter miktarda malı haczedilmiş olsa bile, alacağını tam alamayabilir. Bu yüzden kanun, icra müdürüne haczedilen malın muhafazasının çok masraflı olup olmadığının ve malın kıymetinin süratle düşüp düşmediğinin takdirini vermiştir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanarak, malın muhafazasının çok masraflı olması halinde malı talep olmadan

⁸¹³ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 360

⁸¹⁴ Kuru, *Cilt II*, s. 1524

⁸¹⁵ Makul sürede yargılanmanın adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğuna dair bkz.: Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 334; Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, s. 73-74; Aliefendioğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 360; Yılmaz, “İnsan Hakları”, s. 160 vd.

⁸¹⁶ Üstündağ, s. 238; Ansay, s. 131; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 344; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 209

⁸¹⁷ Postacioğlu, s. 532; Üstündağ, s. 295; Ansay, s. 167; Kuru, *El Kitabı*, s. 627; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 346; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 387; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 258

satabilecektir. Bu ise sonuçta alacaklının mülkiyet hakkını korunması sonucunu doğurur. İşte icra müdürü bu takdir yetkisini doğru kullanmazsa, takip masrafları bu nedenle artabilir ve alacaklının hakkı tehlikeye girebilir.

Alacaklının mülkiyet hakkının korunmasının yönelik olarak bir kısmı haczedilemeyen mal ve haklar açısından da görüyoruz. İİK m. 83'e göre icra müdürü borçlunun maaş ve ücretinin 1/4'ünden daha azını haczedemez⁸¹⁸. Başka bir deyişle; borçlunun ve aile üyelerinin ihtiyaçları düşünülerek ayrılacak kısımdan sonra kalan kısım haczedilebilecekse de, sonuçta haczedilen kısım söz konusu ücretin toplamının 1/4'ünden az olamaz. Kanun bu hüküm ile borçlunun ve aile üyelerini korumakla birlikte, alacaklının mülkiyet hakkını da korumaya çalışmıştır. Zira yaptığı bu düzenleme ile ne söz konusu paranın tamamının haczedilebileceğini kabul ederek, borçlunun ve aile üyelerinin hakkı ihlal edilmiş, ne de tamamının haczini yasaklanarak alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.

§ 15. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN SOSYAL DEVLET İLKESİNE UYGUN DAVRANMASI

Sosyal devlet; devletin, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlaması için, sosyal ve ekonomik alana müdahale etmesini meşru gören anlayıştır⁸¹⁹. Yirminci yüzyılda ortaya çıkan sosyal devlet anlayışı, jandarma devlet ve sosyalist devletten farklıdır. Devletin sosyal hayatı düzenlemesi gereği ile jandarma devletten; üretim araçlarının mülkiyet hakkının bireyde olması nedeniyle de sosyalist devletten ayrılır⁸²⁰. AY m. 2 gereği devletimizin bir niteliği de sosyal devlet olmasıdır. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti devleti, sosyal adaleti ve barışı sağlamak için, gerektiği yerde sosyal ve ekonomik hayata aktif bir şekilde müdahalede bulunabilir. Bu müdahale AY m. 2'ye dayandığı için, hukuka uygun olacağından şüphe duyulmamalıdır⁸²¹.

Sosyal devlet, bireylere tanıdığı temel hakları, bu hakkın özüne dokunulmaksızın daha üstün bir yararın bulunması nedeniyle sınırlandırılabilir. Kişi, hakkına yapılan bu

⁸¹⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 285

⁸¹⁹ Özbudun, s. 137

⁸²⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 101-102; Özbudun, s. 137

⁸²¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 103; Özbudun, s. 137

haklı müdahaleye katlanmak zorundadır. Bununla birlikte yapılan bu müdahale, hukuk düzeninin koruduğu haklı bir nedenden dolayı olmalıdır⁸²².

Sosyal devletin bir gereği de; kişilerin belli bir standardın üzerinde yaşamasının teminatının, bizzat devlet olmasıdır. Bu sınırın altında kural olarak hiçbir insan yaşatılmamalı; bu sınırın altında herhangi bir nedenle kalan insanın, devlet tarafından korunmalıdır. Söz konusu koruma da aktif bir eylemi gerektirir. Devlet, sosyal devlet ilkesini sağlamak için, herkesin insan şeref ve onuruna uygun bir hayat sürmesine hizmet eder. Kişinin insan onurunun korunması için, alınması gereken tedbirleri alır; insana yaraşır bir yaşam sürülmesi için gerekeni yapar⁸²³. Bu kapsamda, devletin aktif bir yükümlülüğü yanında negatif yükümlülüğü de bulunmalıdır. Başka bir deyişle; devlet, sosyal devlet gereği aktif bir takım düzenlemeler yaparken, ayrıca kişilerin insan onuruna uygun bir hayat sürmeleri için, yapacağı müdahalelerde de, bu sınırı gözetmelidir. Aksi halde yaptığı müdahalelerle kişinin insan onurunun altında bir seviyeye düşmesine neden olan devlet; bu sefer de, sosyal devlet gereği, kişiyi insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi için çaba gösterecektir. Halbuki daha baştan müdahalenin, sosyal devlet ilkesine uygun yapılması daha pratiktir.

Sosyal devlet ilkesi, icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında, icra müdürünü sınırlayan bir ilke olarak karşımıza çıkar. Zira sosyal devletin yukarıda temas ettiğimiz iki özelliği (mülkiyet hakkını tanıması ve insan onuruna uygun standartta yaşama garantisi), takdir yetkisi ile ilişkilidir. İnsan onuruna yakışır bir hayat garantisi, borçlunun malvarlığına ne kadar müdahale edilebileceğinin sınırını oluşturur.

Sosyal devlette, mülkiyet hakkı bireylere aittir. Daha doğrusu sosyalist devletten farklı olarak üretim araçlarının mülkiyeti bireylere tanınmıştır⁸²⁴. Bu haliyle bir parça olsun mülkiyet hakkının varlığı sosyal devlete dayanır. Ayrıca mülkiyet hakkı insanın onurlu bir hayat sürmesi için var olduğu gözetildiğinde⁸²⁵, devletin mülkiyet hakkını tanıması ve bu hakkın korunması için gereken tedbirleri alması gerekir.

⁸²² Özbudun, s. 138

⁸²³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 102-103; Özbudun, s. 144

⁸²⁴ Özbudun, s. 137; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 102

⁸²⁵ Akad, s. 19; Gemalmaz, s. 439

Sosyal devlet, bireylerin insan onuru ve kişinin haysiyetli bir hayat sürmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır⁸²⁶. Cebri icra hukukunda borçlunun malvarlığına, konut dokunulmazlığına, kişilik haklarına doğrudan bir müdahale olduğu için, sosyal devletin bu özelliği cebri icra hukukunda önem kazanmaktadır. İcra müdürü de çoğu kere takdir yetkisini borçlunun malvarlığında kullandığı için, bu ilke, dikkate alınması gereken ilkelerden biridir.

Hukuken borçlunun maddi değeri olan her türlü eşyası haczedilebilir⁸²⁷. Bununla birlikte İİK m. 82’de haczinin yasak olduğu belirlenen bazı mallar vardır. Bu yasağın değerlendirilmesi icra müdürünün takdirindedir (İİK m. 82/4)⁸²⁸. İcra müdürü bir malın haczinin yasak olup olmadığını takdir ederken; sosyal devlet ilkesine uygun bir yorum yapmalıdır. Yapacağı haciz ile, borçlunun insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi engelleniyorsa, o haczi İİK m. 82 nedeniyle yapmamalıdır. Özellikle maddede sayılan “lüzumlu eşya”nın takdirini yaparken bu hükmün amaçladığı, sosyal devlet ilkesine riayet etmelidir. Örneğin; icra müdüründen, bir televizyonun haczi talep edildiğinde, haberleşme hürriyeti hakkı bir tarafa, söz konusu talebi icra müdürünün, sosyal devlet ilkesini gerekçe göstererek ret etmelidir. Zira bugün için, artık kişilerin haberleşme hürriyeti ve bunun için de televizyon kullanması, insanın haysiyetli, onurlu bir hayat sürmesi için gereklidir⁸²⁹. Yine, kısmen haczine izin verilen maaş ve ücret hacizlerinde de, icra müdürünün takdir yetkisi vardır⁸³⁰. İcra müdürü İİK m. 83 gereği, burada da takdir yetkisini kullanırken, borçlunun insan onuruna yakışır bir hayat sürebilmesini göz önünde tutmalıdır. Madde haczedilen paranın toplam miktarının 1/4’ünden az olamaz diyerek alacaklıyı korurken; “...geçinmeleri için lüzumlu olan miktar..”ın ayrılarak haczedilmesi gerektiğini söyleyerek⁸³¹ de borçluyu korumaktadır. İşte burada borçluya yetecek olan lüzumlu miktar her ihtimalde, kişinin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesine hizmet edecek kadar olmalıdır. Aksi durum sosyal devlet ilkesine aykırı olur.

Sosyal devlet ilkesinin cebri icra hukukunda, icra müdürünün takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde çok önemli olduğunu görüyoruz. Esasında haczedilen malın

⁸²⁶ Özbudun, s. 144-145; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 103

⁸²⁷ Üstündağ, s. 170; Kuru, *Cilt I*, s. 118; Kuru, *El Kitabı*, s. 437; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267

⁸²⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 278; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272

⁸²⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 174

⁸³⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 451; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 27

⁸³¹ Kuru, “Haczedilmezlik”, s. 756

mülkiyetine sahip olmayan kişilerin de, borçlu ile olan münasebetlerinden dolayı, sosyal devlet gereği korunduğunu görüyoruz. Haczedilmezlik kurallarında bu husus açıkça kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir (İİK m. 82/1-3, 4, 5, 6, 7 gibi.). Yine İİK m. 83'te kısmen haczedilmeyen söz konusu para belirtilirken, haczedilmeyecek kısım, “borçlu ve ailesi için lüzumlu olan miktar” olarak belirtilmiştir⁸³². O halde bu açık düzenlemeler karşısında; icra müdürü bu eşyaların haczini yaparken, sosyal devlet ilkesinin korumasından borçlunun aile üyelerinin de yararlanmasını sağlamalıdır. Diğer taraftan; açıkça yazmasa bile “borçlunun haline münasip evi”nin takdiri yapılırken, söz konusu eşyanın niteliğinden dolayı, borçlunun aile üyelerinin de gözetilmesi gerekir⁸³³. Çünkü söz konusu konut aile üyelerinin de yaşam alanıdır. Dolayısıyla sosyal devlet ilkesinin bu türlü korumasının kapsamından, borçlunun aile üyeleri de faydalanmalıdır.

§ 16. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN EŞİTLİK İLKESİNE UYGUN DAVRANMASI

AY m. 10/1 “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” demek suretiyle, herkesin hiçbir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu belirtmiştir⁸³⁴. Bu hüküm emredici mahiyettedir. Yani devletin organları, eğer hukuk düzeninin haklı saydığı bir neden yoksa, herkese eşit davranmakla yükümlüdürler. Aynı maddenin beşinci fıkrası da, bu durumu belirtmektedir⁸³⁵.

Devletin eşit davranma yükümlülüğü mutlak bir kural değildir. Yani haklı bir nedenin olması halinde, kişiler arasında farklı muamele yapılabilir. Başka bir deyişle eşitlik, matematiksel bir eşitliğe işaret etmez⁸³⁶. Devletin hukuka uygun bir sebepten dolayı farklı işlem yapması da eşitlik ilkesinin gereğidir. Aksi halde, mutlak eşitlik güdülmesi, başlı başına eşitsizlik yaratır⁸³⁷.

⁸³² Kuru, *Cilt I*, s. 831

⁸³³ Kuru, “Haczedilmezlik”, s. 744

⁸³⁴ Öden, s. 121; Özkes, *Temel Haklar*, s. 189

⁸³⁵ Devletin eşitlik ilkesine uygun davranması Cumhuriyetçilik ilkesinin doğal bir sonucu olduğu konusunda bkz.: Öden, s. 388

⁸³⁶ Sayısal eşitliğin karşısında nispi eşitlik olduğuna ve bu kavramında normatif eşitlik ile paralel olduğuna dair bkz.: Öden, s. 29 vd.

⁸³⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 120; İbrahim Aşık, “1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 18, s. 79; Okay Durman, “Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku’nda Vatandaş-Devlet Eşitliği”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 2, Cilt: 2, s. 206-207

Cebri icra hukukunda da bireylerin yaşamlarına doğrudan müdahale olduğundan, eşitlik ilkesinin uygulanması önem taşır. Zira makamı, mezhebi, dini inancı vb. ne olursa olsun herkese aynı muamelede bulunulmalıdır. Ya da alacaklı ve borçlu arasında kural olarak temel hakların korunması konusunda ayırım yapılmamalıdır. Bununla birlikte, hukuk düzenin koruduğu haklı nedenlerin varlığı halinde, farklı işlem yapılabilir⁸³⁸.

Cebri icra hukukunda eşitlik ilkesi, daha çok adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı kapsamında, silahların eşitliği ve keyfi davranılmasını yasaklama şeklinde kendini gösterir⁸³⁹.

Eşitlik ilkesinin hayata geçmesinden öncelikle kanun koyucu mesuldür. Gerçekten AY m. 10 hükmü en başta kanun koyucuyu bağlar⁸⁴⁰. Zira o, yapacağı düzenlemelerin, anayasal normlara uygun olmasına dikkat etmelidir. Aksi halde Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu düzenleme iptal edilebilir⁸⁴¹. Kanun koyucu ilamsız icrada daha takibin başında silahların eşitliği ekseninde eşitlik ilkesini gözetmediğini söyleyebiliriz. Zira elinde hiçbir belge bulunmayan alacaklının takip yapabilmesi⁸⁴² karşısından borçlunun herhangi bir sebep göstermeden itiraz ederek takibi durdurabilmesi⁸⁴³ bunu gösterir. Kanun genel olarak, taraflara eşit güçte silahlar tanıyarak, tarafların haklarını dengede tutmaya çalışmıştır. Bununla birlikte bazı maddelerde eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler de yapmıştır. Örneğin İİK m. 68/b ve 150/1 gibi⁸⁴⁴. Kanun koyucunun belirlediği kuralları uygularken icra organları da eşitlik ilkesini gözeterek işlem yapmalıdırlar. Özellikle icra müdürü takdir yetkisi kullanırken bu ilkeye riayet etmelidir.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıdığı hallerde; kanun, icra müdürünü bir ölçüde serbest alan bırakmıştır. İcra müdürü, bu serbest hareket sahasında, söz konusu işlemi somut olaya en uygun şekilde uygulayarak, görevini yerine getirmiş olur. Bu görevin

⁸³⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 71; Özkes, *Temel Haklar*, s. 194; Aşık, “Devlet Malları”, s. 79

⁸³⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 71; Özkes, *Temel Haklar*, s. 190; Durman, s. 209

⁸⁴⁰ Öden, s. 154

⁸⁴¹ Öden, s. 161

⁸⁴² Kuru, *Cilt I*, s. 31; Kuru, *El Kitabı*, s. 65; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 35; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 58

⁸⁴³ Üstündağ, s. 98; Kuru, *Cilt I*, s. 235; Kuru, *El Kitabı*, s. 193; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 143; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 184; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 75

⁸⁴⁴ Bu maddelere yönelik eleştiri için bkz.: Bilge Umar, “Son (4949 Sayılı Yasa İle Getirilen) İİK Değişikliklerinin İdeolojisi Yönünden Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 17, Sayı: 50, s. 85-89; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 71; Özkes, *Temel Haklar*, s. 192-193

başarılı bir şekilde yerine getirilmesi, soyut hukuk kuralının somut olaya adil bir şekilde tatbik edilmesine bağlıdır. Bu açıklamalar bize, bu yetkinin her ne kadar özünde bir serbestlik taşısa da, bu serbestliğin sorgulanamaz bir keyfilik olmadığını, “amaçlı bir serbestlik” olduğunu göstermektedir. Kanun, adalete erişmek için somut olay ile birebir yakınlıkta bulunan icra müdürüne takdir yetkisi vererek görevlendirmiştir⁸⁴⁵.

İcra müdürü takdir yetkisini bir amaç doğrultusunda kullanır: Somut olayda en uygun çözümü bularak, adalete hizmet etmek. Kendisine yetki verilen hallerde bu yetkisini adalete en uygun bir şekilde kullanmalıdır⁸⁴⁶. İşte bu nedenle icra müdürünün dikkate alacağı ilkelerden birisi eşitlik ilkesidir.

Eşitlik ilkesi aynı şartlarda bulunan kişilere karşı aynı muameleyi yapmayı gerektirir. İcra müdürü kendisine takdir yetkisi tanıyan bir hükmü bir olaya uygularken nasıl davranıyorsa; tamamen aynı şartlara sahip bir başka takipte de aynı şekilde davranmalıdır⁸⁴⁷. Örneğin kendi dini inancını paylaştığı borçlunun evine gittiğinde ibadet eşyasını haczetmez iken, başka bir dine mensup bir kişinin evine gittiğinde ibadet eşyasını haczetmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Yine icra müdürü bir alacaklının takip talebini hemen kabul edip işleme koyarken; başka bir alacaklının takibini ödeme emrinin tebliği için verilen sürenin (İİK m.61/1) sonuna kadar bekletirse söz konusu durum eşitlik ilkesine aykırı olur. Yine bir takipte İİK m. 80/3 gereği borçlunun kilitli dolabı açtırılırken⁸⁴⁸, tamamen aynı şartları ve durumu haiz başka bir takipte, kilitli yerlerin açılması talebinin yerine getirilmemesi eşitlik ilkesine aykırı olur.

§ 17. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA AİLENİN KORUNMASI İLKESİNE RİAYET EDİLMESİ

AY m. 41 ailenin korunmasını “Sosyal ve Ekonomik Haklar” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

⁸⁴⁵ MK m. 4 anlamında hakime takdir yetkisi tanınan hallerde, doktrinde hakimin bu faaliyeti nedeniyle “kanun koyucunun yardımcısı” olarak anılmıştır. Bu konuda bkz. Özsunay, *Medeni Hukuk*, s. 228; Güner, s. 660

⁸⁴⁶ bkz. Yuk. § 1, II

⁸⁴⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 190

⁸⁴⁸ Postacıoğlu, s. 300; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” Buna göre Türk toplumunun temeli olan ailenin korunması gerekir⁸⁴⁹. Bu kurumun korunması için de, devlet üzerine düşen tedbirleri almak zorundadır.

Kanunun, icra müdürüne takdir yetkisi verdiği bazı hallerde, aile bireyleri de açıkça zikredilerek, korunması sağlanmaya çalışılmıştır. İcra müdürü, kanunun kendisine bu hususu gözetmeyi emrettiği hallerde, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmalıdır. Örneğin haczedilmezlik kurallarına ilişkin olarak: tamamen haczi yasak olan malların belirtildiği İİK m. 82/1-2, 3, 4, 5, 6 bentlerinde ailenin dikkate alınması gerektiği açıkça yazılmıştır⁸⁵⁰. Yine kısmen haczi caiz olan maaş ve ücret haczinde de ailenin korunmasına yönelik hüküm konulmuştur (İİK m. 83). İcra müdürü kanunun getirdiği bu özel sınırlara riayet ederek takdir yetkisini kullanmak zorundadır⁸⁵¹. Bu sınırlar da ailenin korunmasına hizmet ettiği için; takdir yetkisini bu çerçevede kullanan icra müdürü, ailenin korunmasına hizmet eder.

Aile birliğinin, icra müdürünün takdir yetkisini kullanması hakkında, bazen kanunda bu şekilde açık bir hüküm bulunmayabilir. Bununla birlikte icra müdürü takdir yetkisini somut olayda kullanırken, somut olayın şartlarına uygun olarak aileyi koruyucu şekilde kullanmak zorunda olabilir. Örneğin İİK m. 82/1-12 kuralı gereğince, borçlunun haline münasip evi haczedilemez. Bu konutu borçlu ile birlikte aile üyelerinin de kullandığı düşünüldüğünde, icra müdürü bu hususta karar verirken (İİK m. 82/4)⁸⁵², borçlunun aile üyelerini, aile birliğini de gözetmelidir. Bu örnekte söz konusu eşyanın niteliğinden kaynaklı olarak, kanunda açıkça yazmamasına rağmen aile müessesesi korunmaktadır. Bu nedenden dolayı, “haline münasip evin” haczedilmesi halinde borçludan başka, borçlunun aile üyelerinin de şikayet yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir⁸⁵³.

⁸⁴⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 41; Özekes, *Temel Haklar*, s. 177

⁸⁵⁰ Özekes, *Temel Haklar*, s. 178

⁸⁵¹ bkz. Aşa. § 20, III

⁸⁵² Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 272-273

⁸⁵³ Pekcanitez, *Şikayet*, s. 105; Özekes, *Temel Haklar*, s. 179

§ 18. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

I. GENEL OLARAK

Ölçülülük ilkesine genel olarak atfedilen anlama baktığımızda, hukuk düzeninde adaleti sağlama düşüncesinin yatmakta olduğunu görürüz. Ölçülülük ilkesi esas itibariyle temel hakların sınırlandırılmasında dikkate alınacak bir ilkedir. Bu şekliyle ilk olarak Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. İdare hukukunda ortaya çıkan bu ilke, zamanla anayasa hukukuna, ceza hukukuna ve diğer hukuk alanlarına sirayet etmiştir⁸⁵⁴. Son yıllarda ise, hemen hemen hukukun tüm alanlarında, ölçülülük ilkesinin yansımaları görmek mümkün hale gelmiştir⁸⁵⁵.

Ölçülülük ilkesinin temel hakların sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gereken bir ilke olması (AY m. 13), özgürlüklerin kural; sınırlamaların ise istisna olduğu düşüncesine dayanır⁸⁵⁶. Temel hakların sınırlandırılmasındaki amaç ile, sınırlamada kullanılan araç arasındaki makul bağlantı olmasıdır⁸⁵⁷. Ölçülülük ilkesi temel hakkı sınırlayan araç ile amaç arasında makul bir bağlantı olmasına dayanması, öncelikle meşru bir amacın ve aracın olmasını gerektirir⁸⁵⁸.

Ölçülülük ilkesi, pozitif hukukumuz açısından yeni sayılabilecek bir ilkedir. Gerçekten Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişikliklerle, genel olarak temel hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak AY m. m. 13’de belirtilmiştir⁸⁵⁹. Bu değişiklikten önce de doktrinde, ölçülülük ilkesi temel hakların sınırlandırılmasında dikkat edilecek bir ilke olarak ifade edilmekteydi⁸⁶⁰. Bu gün için ise, AY m. 13/2’de, “...Anayasanın sözüne ve

⁸⁵⁴ Yüksel **Metin**, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 19

⁸⁵⁵ Metin, s. 69 vd.

⁸⁵⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 154; Metin, s. 228

⁸⁵⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 154; Gören, “Sınırlama”, s. 50; Metin, s. 21

⁸⁵⁸ Metin, s. 23

⁸⁵⁹ Ölçülülük ilkesi doktrin ve yargı içtihatlarındaki ihtiyaçların bir getirisi olarak anayasal norm halinde, anayasamızda yapılan 2001 değişikliği ile getirilmiştir. Bu yönde bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Ömer Adil **Atasoy**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu”, *Anayasa Yargısı 19- Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, 25-26 Nisan 2002, Falez Otel-Antalya, s. 127-128; Aliefendioğlu, “2001 Değişikliği”, s. 160-161; H. Tahsin **Fendoğlu**, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY m. 13)”, *Anayasa Yargısı 19- Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, 25-26 Nisan 2002, Falez Otel-Antalya, s. 198-200

⁸⁶⁰ 03/10/2001 tarih, 4709 sayılı kanunun ikinci maddesi ile, AY m. 13’e eklenen ölçülülük ilkesinden öncede doktrinde ölçülülük ilkesinin uygulanmasının gerektiği ileri sürülmekteydi. Halihazırda AY m. 13’de açıkça konu düzenlendiği için, artık bu şekilde bir tereddüt kalmamıştır. Ancak bizim araştırmamıza göre, 2001 yılında yapılan bu değişiklik öncesinde, doktrinde ölçülülük ilkesinin

*ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*⁸⁶¹” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Ölçülülük ilkesi doktrinde genel kabule göre, üç temel alt ilkedен oluşmaktadır. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır⁸⁶². Anayasa Mahkememiz de vermiş olduğu bir kararında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin bunlardan ibaret olduğunu belirtmiştir⁸⁶³.

Elverişlilik ilkesi; kullanılan araç ile söz konusu amaç arasındaki ilişkidir⁸⁶⁴. Bu ilişki, araç ile amaç arasında günlük hayat koşulları çerçevesinde değerlendirildiğinde ilişki kurulabiliyorsa, araç amacı gerçekleştirmekte elverişlidir⁸⁶⁵. Bir aracın, amacı ne ölçüde gerçekleştireceği öncesinde tam manasıyla bilinemez. Ölçülülük denetiminde mahkemelerin, elverişlilik yönünden incelemeleri, yaklaşık bir değerde olmalıdır⁸⁶⁶. Eğer araç, amacı gerçekleştirmeye yaklaşıyorsa, ölçülülük ilkesi yönünden hukuka uygun bir araçtır.

Gereklilik ilkesi; aynı amaca ulaşmayı sağlayan birden fazla araç içerisinde, temel haklara en az müdahalede bulunan, kişilere daha az yükümlülük getiren aracın seçilmesidir⁸⁶⁷. Bu seçim sonrasında en az müdahalede bulunan araç ile amaç gerçekleştirilir⁸⁶⁸. Gereklilik ilkesinin değerlendirme konusu olması için, daha doğru bir deyişle, gereklilik konusunda değerlendirme yapılabilmesi için ön koşul olarak birden fazla aracın olması gerekir⁸⁶⁹. Bu araçlar; amaca ulaşmak konusunda, aynı etkiyi doğuracak nitelikte olmalıdır⁸⁷⁰. Bununla birlikte müdahale ettikleri alan ile müdahalenin etkisi farklı olabilir. İşte gereklilik değerlendirmesinde bunlardan

temel hakların sınırlandırılmasında dikkate alınması gerektiği şu gerekçelerle kabul ediliyordu. İlk olarak ölçülülük ilkesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir (Gören, “Sınırlama”, s. 50). İkinci olarak; AY m. 15/1 gereği olağan üstü dönemlerde bile, temel hakların kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasına ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” izin verildiğine göre, normal zamanlarda bu ilkenin gözetilmesi evlehiyetle gerekirdi (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 154; Dikmen Caniklioğlu, s. 489).

⁸⁶¹ Fendoğlu, s. 199; Atasoy, s. 128

⁸⁶² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 21; Atakan, s. 126

⁸⁶³ AYM 23.06.1989, E. 1988/50, K. 1989/27, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 25, Ankara 2001, s. 312, Kararın İnternet Erişimi İçin: www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf Erişim Tarihi: 29.04.2013

⁸⁶⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 26; Atakan, s. 126

⁸⁶⁵ Gören, “Sınırlama”, s. 51; Dikmen Caniklioğlu, s. 489

⁸⁶⁶ Metin, s. 27

⁸⁶⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 30; Atakan, s. 126

⁸⁶⁸ Gören, “Sınırlama”, s. 51; Metin, s. 31

⁸⁶⁹ Metin, s. 30

⁸⁷⁰ Metin, s. 34

hangisinin temel haklara en az müdahale ettiği dikkate alınır ve nihayetinde o araç kullanılır⁸⁷¹.

Oranlılık ilkesi, dar anlamda ölçülülük ilkesidir⁸⁷². Bu ilkeye göre; elde edilmek istenen amaç ile yapılan müdahale arasında makul, adalete uygun bir dengenin olması gerekir⁸⁷³. Bu ise, ulaşılmak istenen amaç ile müdahale sonucu temas edilen temel hak arasında bir tartım, ölçüm yapmayı gerekli kılar. Bu tartım sonucunda müdahale adalete uygun ise, oranlı bir müdahaledir⁸⁷⁴. Aksi halde orantısız bir müdahaledir. Diğer taraftan, yapılan müdahale, müdahale edilen kişi için katlanabilir olmalıdır⁸⁷⁵.

II. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi, klasik anlamda idare hukuku alanında ortaya çıkıp uygulanmış, sonrasında da temel hakların sınırlandırılmasının bir sınırı olarak anayasa hukukunda yer almıştır. Bununla birlikte, zamanla hukukun diğer alanlarında uygulama alanı bulduğunu görebilmekteyiz⁸⁷⁶.

A. Cebri İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Uygulanması

Ölçülülük ilkesinin cebri icra hukukunda uygulanmasının mümkün olup olmaması konusunda, doktrinde iki yönde fikir ileri sürülmüştür. Bunlardan ilkinde göre; cebri icra hukukunda ölçülülük ilkesi uygulanmaz. İkinci görüşe göre ise; cebri icra hukukunda ölçülülük (dar anlamda oranlılık) ilkesinin uygulanması gerekir.

Alman doktrininde Jauering'e göre ölçülülük ilkesi cebri icra hukukunda uygulanmaz. Ölçülülük ilkesinin uygulanacağı alan, yalnızca Devlet'e özgü hakların

⁸⁷¹ Gören, "Sınırlama", s. 51; Metin, s. 35; Dikmen Caniklioğlu, s. 489

⁸⁷² Doktrinde ölçülülük ilkesini anlatan bazı yazarlar ölçülülük ilkesinin muadili olarak "oranlılık ilkesi"ni ifade etmektedirler. Ölçülülük ilkesinin anlatımında konu başlığında bu kullanım için bkz.: Gören, "Sınırlama", s. 50; Dikmen Caniklioğlu, s. 489

⁸⁷³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 38; Hakyemez, s. 1313: "Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılında verdiği bir kararda ölçülülük ilkesi noktasında güzel bir örnektir. Bu kararda Mahkeme, Terörle Mücadele Yasası'na eklenen 'Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda 'teslim ol' emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.' hükmünü, faillerin kullandığı silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisi hale getirmeleri olanağı gözetilmeksizin, aslında küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silah kullanma yetkisi verdiği için yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğuracağını, bu nedenle bu hakkı ölçüsüz bir müdahale anlamına geleceğini belirtmiştir."

⁸⁷⁴ Gören, "Sınırlama", s. 52; Metin, s. 37; Atakan, s. 127

⁸⁷⁵ Metin, s. 38

⁸⁷⁶ Metin, s. 69 vd.

*gerçekleştirilmesinde, yani Devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerde uygulama alanı bulabilir. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkilerde, ölçülülük ilkesinin uygulanması söz konusu olamaz. Çünkü, devlet icra hukuku alanında, alacaklı ve borçlu arasındaki eşitlerarası bir ilişkiye ihkak-ı hakkı yasakladığı için dahil olmaktadır. Cebri icra yoluyla borçlunun haklarına yönelik müdahaleler, ölçülülük ilkesini esas alan bir bakış açısıyla değil; ancak cebri icranın amacı bağlamında değerlendirilmelidir*⁸⁷⁷. Yine bu yönde ileri sürülen bir başka görüşe göre, alacaklı ve borçlunun ilişkilerinin somutlaştığı bir yerde, ölçülülük ilkesi uygulanma alanı bulmaz. Özellikle takip konusu çok büyük bir meblağ olduğu zaman, yapılan müdahale ile, borçlunun uğrayacağı zarar dikkate alınmaz. Zira artık burada, hakların dengelenmesi değil, maddi hukukta tespit edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi söz konusudur⁸⁷⁸.

Ölçülülük ilkesinin icra hukukunda uygulanamayacağına karşı olarak, bu ilkenin cebri icra hukukunda uygulanması gerektiğini savunan yazarlar⁸⁷⁹, bu ilkenin uygulanma kapsamının ne olacağı sorusuna yanıt aramışlardır⁸⁸⁰. Söz konusu bu ilke, acaba doğrudan mı uygulanacaktır, yoksa icra hukukuna ilişkin olarak hükümlerin yorumunda mı kullanılacaktır?

Cebri icra hukuku her ne kadar alacaklı ve borçlu arasındaki, çoğu zaman sözleşme ilişkisi kaynaklı, nispi ilişkiden kaynaklansa da⁸⁸¹, devlet bu alana bizzat ihkak-ı hakkı yasaklayarak müdahil olmuştur⁸⁸². Borçlunun alacaklının vicdanına terk edilmeyerek, genel manada kamu düzeni korunmaya çalışılmıştır. Hakkını talep eden kişi devlete başvurarak alacağını devlet aracılığıyla alabilir. Bu talebin yapılması ile devlet, harekete geçerek borçlunun malvarlığından alacaklının tatmin olmasını sağlar⁸⁸³. Borçlu ise buna katlanmalıdır. Görüleceği üzere devletin her iki tarafa da müdahalede bulunma imkanı vardır.

⁸⁷⁷ O. **Jauernig**, Zwangsvollstreckungs-undInsolvenzrecht, 21. Auflage, München 1999, s. 9-10 (Nakleden: Aslan, s. 277)

⁸⁷⁸ W. **Gerhardt**, Bundes verfassungsgericht, Grund gesetzund Zivil prosess, speziell:Zwang svollstreckung (ZZP 1982/4), s. 485, 488-489 (Nakleden: Aslan, s. 277)

⁸⁷⁹ Pekcanitez, Atalay, Özokes vd., s. 71-72; Özokes, *Temel Haklar*, s. 205; Aslan, s. 279; Çiftçi, s. 124 vd.

⁸⁸⁰ Aslan, s. 278

⁸⁸¹ Eren, s. 18; Ayan, *Genel Hükümler*, s. 11-12; Kılıçoğlu, s. 10

⁸⁸² İhkakı hakkı yasaklayan devletin, alacaklının talebine karşılık, bu talebi yerine getirmekten kaçınamayacağına dair bkz.:Pekcanitez, Atalay, Özokes vd., s. 49; M. Kamil **Yıldırım**, “İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1998/1-3, s. 98

⁸⁸³ Pekcanitez, Atalay, Özokes vd., s. 75

Cebri icra hukukunun bireylerin hayatına bu denli müdahalede bulunma potansiyeli karşısında, belli sınırlamalar çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. İşte bu sınırlardan biri de ölçülülük ilkesidir⁸⁸⁴. Bir kere, ölçülülük ilkesini, kanun koyucu, konusu icra hukuku olsa bile, temel haklara müdahale eden bir düzenleme yaparken dikkate alması gerekir⁸⁸⁵. Zira AY m. 13 hükmü bu konuda kanun koyucuya yapılacak düzenlemelerin ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Cebri icra hukuku mevzuatı olduğu kadar, uygulaması da çok önemlidir. Şöyle ki, en başta icra dairesi olmak üzere icra organlarının takip konusunda işlemleri, hukuka uygun olmak zorundadır. Ayrıca kanun koyucunun icra müdürüne takdir yetkisi vermesinin zorunluluğu karşısında, ölçülülük ilkesinin icra hukuku uygulaması içinde dikkate alınması gerekliliği ortaya çıkar. Başka bir deyişle; icra müdürüne kanun, takdir yetkisi verdiyse, ölçülülük ilkesinin dikkate alınması ve uygulanması tartışma götürmez bir gerçek olacaktır. Aksi halde; kanunlar yapılırken bile dikkate alınmasını Anayasanın emrettiği ölçülülük ilkesini, icra müdürünün takdir yetkisi ile bertaraf etmiş olur.

O halde, cebri icra hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanması gerekir⁸⁸⁶. Bu konuda en başta kanun koyucu bağlıdır (AY m. 13)⁸⁸⁷. İcra faaliyetini, birinci derecede yürüten icra müdürü de; kanunun kendisine takdir yetkisi verdiği hallerde, ölçülülük ilkesine uygun yorum yapmalıdır⁸⁸⁸. Aksi halde kanun koyucuya getirilen sınırlamayı, icra müdürünün eliyle bertaraf etmiş oluruz. Bu ise yasama organının bile yapamadığı bir işin icra müdürü tarafından yapılmasına izin vermek manasına gelir.

Cebri icra hukuku, borçlunun, alacaklının hakkını ihlal etmesiyle bozulan toplumsal barışı yeniden temin etmek için var olan hukuk disiplinlerinden biridir⁸⁸⁹. İcra hukukunun içerisinde bulunan, devletin yetkili organlarının kuvvet uygulayabilme yetkisi⁸⁹⁰, bu alanının önemini arttırmaktadır. Yargılama hukukunda alacaklının alacağını tespit eden bir ilam hükmüne rağmen, alacaklı alacağına kavuşmak için ilamı

⁸⁸⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 207

⁸⁸⁵ İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 28-29; Sungurtekin Özkan, s. 196; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 5

⁸⁸⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 71-72; Özkes, *Temel Haklar*, s. 205; Aslan, s. 279; Çiftçi, s. 124 vd.

⁸⁸⁷ Aşık, *Sözleşme*, s. 28-29; Sungurtekin Özkan, s. 196; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 5

⁸⁸⁸ Aşık, *Sözleşme*, s. 29

⁸⁸⁹ Çiftçi, s. 6

⁸⁹⁰ Devletin cebri icra hukukunda gerekirse zor kullanma yetkisinin olduğuna dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 59; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 29; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

icraya koymak zorunda kalabilir⁸⁹¹. İşte cebri icra hukuku yargılama faaliyeti sonunda alınan ilamı hayata geçirmekle veya ilamsız icra yoluyla, alacaklının hakkına kavuşmasına hizmet eder. Takibin tamamında taraflar arasında çatışan, karşı karşıya gelen hakları icra organları dengelemeye çalışır. Bir tarafta alacaklının alacak hakkı diğer tarafta borçlunun temel hakları⁸⁹².

İcra müdürü, icra takip işlemlerini yaparak, en başta kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanırken, alacaklı ile borçlu arasında bozulan dengeyi sağlamaya çalışır. Takdir yetkisinin verildiği haller de bu amaca hizmet etmek için kullanılacak vasıtalardan biridir. İcra müdürü bu yetkisini kullanırken, kanunda yer alan sınırlamalara⁸⁹³, anayasal temel hak ve ilkelere ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır. O halde ölçülülük ilkesi de takdir yetkisinin sınırları içinde incelenmelidir.

Ölçülülük ilkesinin, asıl önemi; icra hukukunda ve icra müdürünün takdir yetkisini kullanmasının, hem borçlu hem de alacaklı için **doğrudan** sonuçlar meydana getirmesidir. Ölçülülük ilkesine takdir yetkisinin kullanılmasında uymak alacaklı için de, borçlu için de koruyucu bir nitelik taşır.

Ölçülülük ilkesinin hem alacaklı hem de borçlu için doğrudan sonuç doğurması ise icra hukukunun amacı ile ilgilidir. Bu husustaki açıklamalarımızı ileride yapacağız⁸⁹⁴. Zira burada da belirtilmesi tekrardan kaçmak arzusu iledir. Ancak şu kadar söyleyelim ki: ölçülülük ilkesinin alacaklı ve borçlu hakkında sonuçları vardır ve bu sonuçlar icra hukukunun amacı ile ilgilidir.

⁸⁹¹ Cebri icra hukuk sistemimize baktığımızda, alacaklının mutlaka öncelikle mahkemeye başvurması gerekmez. Alacaklının mahkemeye başvurmadan da ilamsız icraya başvurarak alacağını alabilir. Bununla birlikte bu takibin, alacaklının istediği şekilde sonuçlanabilmesi için, borçlunun itiraz etmemiş olması ya da itirazının alacaklı tarafından kaldırılmış olması gerekir. İlamlı icrada ise, alacaklı ilam veya kanunun ilam muadili saydığı bir belgenin alacaklının elinde olması halinde (İİK m. 38), ilamlı icra yoluna başvurabilir. İlamlı icrada eğer takip bir ilama dayanıyorsa, alacaklının eli daha kuvvetlidir. Zira ortada bir yargılama sonucu bulunmaktadır. Buna göre, artık gerçek tecelli etmiş; alacaklının alacağı olduğuna karar verilmiştir.

Verilen bu hüküm ile, taraflar arasındaki ihtilaf bitmiş ve menfaat çatışması sona ermiştir. Bununla birlikte alacaklının alacağını, borçlunun rıza ile ödemesi dışında, cebri icraya koymadan elde etmesi mümkün değildir. Gerçekten, alacaklının elinde bir ilam olsa bile, bu ilamın tek başına varlığı hakkı sağlamaz. Hakkın sağlanması ancak devletin yetkili organları eliyle olur. Bu organları harekete geçiren güç ise, alacaklının yargılama sonucunda aldığı ilamdır.

⁸⁹² Çiftçi, s. 140

⁸⁹³ İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, kanunda yer alan özel sınırlara riayet etmelidir. Bu konuda bkz. Aşa. § 20, III

⁸⁹⁴ bkz. Aşa. § 18, II, B, 1.

B. Ölçülülük İlkesinin İcra Müdürünün Takdir Yetkisi İle Olan İlişkisi

1. İcra Hukukunun Amacını Gerçekleştirilmesi Açısından

Cebri icra hukukunun temel amacı; alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak şeklinde ifade olunabilir. Alacaklının hakkı ihlal edilmiştir; o halde devlet yetkili organları vasıtasıyla alacaklıya, hakkını almasında yardım etmelidir.

İcra organlarına, daha doğrusu devlete yüklenen bu görev, bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanmasının bir sonucudur⁸⁹⁵. Cebri icra hukukunun olmadığı dönemlerde, alacaklının borçlunun şahsına kuvvet uygulayabilmesi, onun vücudunda tasarrufta bulunabilmesi ve hatta onu öldürebilmesi, zamanla toplumun vicdanını rahatsız etmiştir. Toplumsal barışı, düzeni ve kamu yararını yerine getirme görevini üstlenen devlet de, borçluya müdahale tekeli kendinde toplamış, bizzat ihkak-ı hakkı yasaklamıştır⁸⁹⁶. Ayrıca devlet de ancak borçlunun malvarlığına el atabilecek şekilde kendini sınırlamıştır⁸⁹⁷. Bunun iki sonucu ortaya çıkmıştır. İlk olarak, devletin alacaklının alacağını alabilmek için kendisine başvurması halinde, bu görevi yerine getirme zorunluluğu doğmuştur. Yani devlet, alacaklının talebi ile gerekli takip işlemlerini, yetkili organları eliyle yapmak zorundadır⁸⁹⁸. İkinci olarak, müdahalede bulunan devlet bile olsa, borçlunun ancak malvarlığına müdahale edilebilir; alacaklı da ancak borçlunun malvarlığından tatmin edilir⁸⁹⁹.

Borçlunun malvarlığıyla sorumlu olması, icra hukukunun diğer amacının bir sonucudur. Başka bir deyişle icra hukukunun ikinci amacı, borçlunun anayasal ve uluslararası hukuk düzeninin kabul ettiği temel insan haklarını korumaktır. Bunun sonucu olarak da, borçlu sadece malvarlığından dolayı sorumludur⁹⁰⁰. Bizzat ihkak-ı hakkın yasaklanmasının temelinde de bu amaç yatmaktadır. Zira icra hukukunun değişmez ve tek amacının alacaklının tatmin edilmesi olsaydı, devlet bu alana hiç müdahale etmeyebilirdi. Alacaklı alacağını gerekirse zor kullanarak alabilirdi. Ancak devlet, bu alana müdahale etmiştir; zira borçlu, alacaklının vicdanına bırakılarak

⁸⁹⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

⁸⁹⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 26; Kuru, *El Kitabı*, s. 60; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 30; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 1

⁸⁹⁷ Üstündağ, s. 2; Kuru, *Cilt I*, s. 27; Kuru, *El Kitabı*, s. 60-61; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 30

⁸⁹⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 49

⁸⁹⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 75: “Bir kimsenin sadece borcunu ödeyememesi sebebiyle yaşam hakkının ortadan kaldırılması ya da özgürlüğünde mahrum bırakılması mümkün değildir.”

⁹⁰⁰ Özkes, *Temel Haklar*, s. 152

ölçüsüz, sınırsız bir müdahale altında bırakılmamalıdır. Gerekirse zor kullanmayı devlet yapar (İİK m. 80/4)⁹⁰¹. Devletin zor kullanması ise borçluya karşı ölçüsüz müdahaleleri önler. Zira devlet yaptığı müdahalelerde, borçlunun insan haklarını gözetmeli; onun insan olduğu ve sırf bu nedenden ötürü bazı ihlal edilmez haklarının olduğu bilinciyle hareket etmelidir. Bu ise şüphesiz borçlu için bir korumadır.

Sonuç olarak; icra hukukunun amacı: alacaklının alacağına tam manasıyla kavuşmasını sağlamak ve bu yapılırken borçlunun temel insan haklarını korumaktır⁹⁰². Bu iki amaç birbirine feda edilemez. Cebri icra takibinde her iki amaç da sağlanmaya çalışılmalıdır. İki amacın da gerçekleşmesi hedef tutulmalıdır. Ancak borçlunun insan onuru ile alacaklının mülkiyet hakkı karşı karşıya geldiğinde borçlunun insan onuru ve buna bağlı hakları üstün tutulmalıdır. Zira insan onuru, yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü, anayasal açıdan mülkiyet hakkından önce gelmelidir. Bu haklardan biri olmadan mülkiyet hakkının tanınması önem taşımaz. Bununla birlikte bu yorum oldukça hassas yapılmalı, alacaklının haklı talepleri borçlunun insan hakları gerekçe gösterilerek ret edilmemelidir⁹⁰³. Aksi halde bu sefer de yine anayasa ile tanınan başta mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyeti hakkını ihlal etmiş oluruz. Hem alacaklının hakkı hem de borçlunun hakkı anayasal düzende tanınmıştır. Pozitif düzenleme açısından iki tarafın hakları da eşittir. O halde, yapılacak yorum ile ne alacaklının hakkı ne de borçlunun temel insan hakları ihlal edilmelidir.

Dar anlamda ölçülülük olan oranlılık ilkesi tam da burada karşımıza çıkar. Ölçülülük ilkesine göre, borçluya yapılan müdahaleler en az yükümlülüğü getirmelidir⁹⁰⁴. Yine bu müdahale ile elde edilen sonuç ile ihlal edilen değer tartılmalı; bu tartım sonucunda koruduğumuz değer, müdahale ettiğimiz alandan daha üstün ise, söz konusu müdahale ölçülü olacaktır⁹⁰⁵. Yani, icra müdürü kendisine tanınan takdir yetkisini öyle kullanmalıdır ki, yaptığı müdahale; borçlu için en az yükümlülük getirmeli, ayrıca alacaklı da alacağına kavuşmalıdır. İcra müdürünün takdir yetkisi açısından da kanun hacizde bunu gözetmiştir. İcra müdürü borçlunun mallarına haciz koyarken, İİK m. 85/6 gereğince, “*yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek ve haczi ve*

⁹⁰¹ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 269

⁹⁰² Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39-40; Aslan, s. 274

⁹⁰³ Özekes, *Temel Haklar*, s. 60

⁹⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 30; Atakan, s. 126

⁹⁰⁵ Gören, “Sınırlama”, s. 52; Metin, s. 37; Atakan, s. 127

*satılması en kolay olan malları haczederek işe başlamalıdır*⁹⁰⁶”. Bununla birlikte somut olayda icra müdürü bu tercihi yapacağı iki eşya da alacağı karşılamaya yetecek miktardadır. Yani ölçülülük ilkelerinden biri olan gereklilik unsuruna göre haczedilebilecek iki eşya söz konusudur. İcra müdürü bunlar arasında bir tercihte bulunmaktadır. Bu ise şunu bize gösteriyor; icra hukukunun değişmez ve birbirine kural olarak feda edilmez iki amacı vardır: alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak ve borçlunun temel insan haklarını korumak. Bu amacı gerçekleştirmek içinse, ölçülülük ilkesi bize yol gösterir.

2. Menfaat Dengesi Kavramı

Cebri icra hukukunda, taraflar arasında hakkın ihlali ile bozulan menfaat dengesinin yeniden tesisine çalışılır⁹⁰⁷. Alacaklının alacaklı olduğunu belirtmesi, takibin başlaması için yeterli olsa da⁹⁰⁸, takibin başarıya ulaşması için yeterli değildir. Zira borçlunun da buna karşı koyabilme hakkı vardır (İİK m. 62 vd.)⁹⁰⁹. İşte cebri icra hukuku ve cebri icra uygulaması, alacaklı ve borçlunun bu çatışan talepleri ve hakları arasında⁹¹⁰, hukuka hakkaniyete uygun bir çözüm bulabilmek için vardır. Zira bozulan menfaat dengesi, ancak hakkı gerçek sahibine teslim ederek sağlanabilir.

Menfaat dengesinin korunması ile ilgili olarak İİK m. 85/6 hükmü dışında doğrudan doğruya bir hüküm bulunmamaktadır⁹¹¹. Söz konusu hüküm uyarınca haciz yapılırken icra müdürü tarafların menfaatlerin mümkün mertebe telif etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte icra hukukunda baştan itibaren var olan bu menfaat çatışması karşısında bu hükmün tüm icra hukukunda mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir. İcra organları, taraflar arasında çatışan hakları arasında hukuka uygun bir menfaat dengesi kurarak, bozulan hukuk düzenini yeniden tesis etmelidirler⁹¹².

⁹⁰⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237

⁹⁰⁷ Çiftçi, s. 6

⁹⁰⁸ Genel haciz yolu ile takipte alacaklının takibe başlayabilmesi için elinde herhangi bir belge olması gerekmediğine dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 31; Kuru, *El Kitabı*, s. 65; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 35; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 58

⁹⁰⁹ Üstündağ, s. 98; Kuru, *Cilt I*, s. 235; Kuru, *El Kitabı*, s. 193; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 143; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 184; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 75

⁹¹⁰ Bu menfaatlerin tam birbirinin zıddı olduğu konusunda bkz. Manfred Rehinder, “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 3-4, Yıl: 1969, s. 271 (Çeviren: Turgut Kalpsüz)

⁹¹¹ Çiftçi, s. 7

⁹¹² Renbinder, s. 282; Özkes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

Menfaat dengesinin sağlanması şüphesiz kolay bir iş değildir. Bununla birlikte, bunun sağlanması da en başta hukuk devletinin gereğidir⁹¹³. Menfaat dengesinin sağlanmasına en başta kanun koyucu sonrasında ise onu uygulayan icra organları özen göstermelidir. Kanun koyucu kanun yaparken, alacaklı ve borçlunun çatışan menfaatlerini dengeleme sırasında, bir tarafa haksız yere üstünlük tanımamalı, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde her iki tarafa da hakkını savunabilme şansı vermelidir⁹¹⁴. İcra organları da, en başta kanunun açık hükmü varsa bu doğrultuda eğer açık hüküm yok veya yetkisi takdiri ise, hukuka, anayasaya ve anayasal ilkelere uygun olarak menfaat dengesini yerine getirmeye çalışmalıdır⁹¹⁵. Bu ise menfaat dengesinin ölçülülük ilkesi ile bağlantısını ortaya çıkarır. İcra müdürünün yapacağı müdahale ile elde etmek istediği amaç, müdahale ettiği haktan üstün olmalı; müdahale edilen kişiye o yönü ile katlanılabilir bir sonuç doğurmalıdır. Bunun sonucunda da menfaat dengesi sağlanmalıdır.

3. İcra Müdürünün Takdir Yetkisini Kullanmasında Ölçülülük İlkesi

İcra müdürü alacaklı ile borçlu arasında ortaya çıkan menfaat çatışmasını, tekrar dengeleyecek kişidir. Yapacağı müdahalelerde, alacaklının hakkını savunan vekili gibi hareket ederse, borçlunun temel hak hürriyetlerini ihlal etmiş olur. Onun yapacağı müdahaleler, ölçülülük ilkesi sınırları içinde kalmalı; bu müdahaleler sonucunda, ne alacaklının talebi haksız yere engellenmeli, ne de borçlu gereksiz yere taciz edilmelidir. İşte kanun bazı yerlerde, icra müdürüne emredici olarak, bazı yerlerde de takdiri olarak yetki vermiştir. İcra müdürü menfaatlerin tekrar dengelenmesini bu yetkiler yolu ile yapar.

İcra müdürü, icra takip işlemlerini yaparken takdir yetkisi olan yerlerde kanunun getirdiği sınırlara⁹¹⁶, anayasal temel hak ve ilkelere uygun olarak takdir yetkisini kullanmalıdır⁹¹⁷.

Sonuç olarak, bu ilke hem alacaklı hem de borçlunun hakkını doğrudan koruyan, doğrudan haklarında sonuç doğuran bir ilkedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, takdir yetkisinin kullanılmasında yorumlandığında hem alacaklı hem de borçlu

⁹¹³ Çiftçi, s. 54

⁹¹⁴ Çiftçi, s. 71-72

⁹¹⁵ Çiftçi, s. 244

⁹¹⁶ bkz. Aşa. § 20, III

⁹¹⁷ Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü konusunda bkz. Yuk. § 6, II.

düşünülmelidir. Hatta bazen borçlu ile birlikte bulunan kişiler de düşünülebilir⁹¹⁸. Ölçülülük ilkesinin bu özel görünümünden dolayı, yapılacak yorumda; alacaklının haklı talepleri, ölçülülük ilkesi gerekçe gösterilerek, ret edilmemelidir⁹¹⁹.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinin icra müdürünün takdir yetkisinde ayrı ayrı önemi olduğunu düşünüyoruz.

Elverişlilik ilkesi, günlük yaşam tecrübelerinde yapılan müdahale ile söz konusu amacın ortaya çıkabileceği nedensellik bağının kurulabilmesidir. Başka bir deyişle, yapılan müdahale ile amacımıza erişebilirsek; söz konusu müdahale bizi amacımıza yaklaştırabilirse elverişlidir⁹²⁰. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, seçtiği araç alacaklının hakkını elde etmesini kolaylaştırıcı nitelik taşımalıdır. Aksi halde elverişli bir araç kullanılmış olmaz. Örneğin; hacze giden icra müdürü, alacaklının alacağını karşılamaya yetecek bir malı haczetmeyip (İİK m. 85/1)⁹²¹, borçlunun söz konusu malının kıymetinin takdirini de yanlış yaparak (İİK m. 87)⁹²², alacağı karşılamaya yeter düşüncesiyle haczi tamamlarsa; yapılan bu haciz, alacaklının hakkını yerine getirmesi konusunda elverişsizdir. Bu yönüyle söz konusu müdahale alacaklı için ölçülülük ilkesi yönünden sorunludur. Alacaklının alacak hakkını tam manasıyla yerine getirilmesi için, haczin tam olarak yerine getirilmesi; bunun için de, yapılan haczin alacağı karşılaması gerekir.

Gereklilik ilkesine göre; yapılacak müdahale sonucunda aynı etkiyi doğuran birden fazla aracın olması halinde, devletin bu araçlardan, kişiye en az yükümlülük

⁹¹⁸ Cebri icra hukukunun konusu, bireylerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarının korunmasıdır. Bu hak kural olarak tarafları bağlayıcı niteliktedir. Hakkın kaynağının sözleşme olduğu düşünüldüğünde, bu nitelik daha açık bir şekilde görülebilir. Bunun sonucu olarak takip işlemleri kural olarak, alacaklı ve borçlu arasında yürür; daha çok borçlunun malvarlığına yönelik olarak işlemler yapılır. Bununla birlikte, icra hukukunda yer alan cebir uygulama yetkisinden dolayı da, bu özelliğin, buna uygun düşünülmesi gerekir. Kanun koyucu ilgili yerlerde bunu gözetken hükümler sevk etmiştir. Haczi yasak olan mallara bakıldığında (İİK m. 82/1-3, 4, 5, 6, 7, 11, 12 ve İİK m. 83/2) bunun en bariz örneğini görebiliriz. İşte icra müdürü de kanun koyucunun bu amacına uygun olarak yorum yapmalı; takdir yetkisini kullanırken, gerekirse buna dikkat etmelidir. Örneğin, İİK m. 97/a karinesi gereği haczini yapacağı mal, ölçülülük ilkesi dikkate alındığında, oransız olacaksa, haczinin yapılmasından vazgeçilmelidir. Zira bu temel ilkeler takip yapılırken gözetilir; bunun sonucunda da, takibe temas eden kişiler bunun korumasından gereği olduğu kadar faydalanır. Takibin tarafı olmaya gerek yoktur.

⁹¹⁹ Temel hak ve hürriyetlerin icra hukukunda göz önünde tutulması gereği; bununla birlikte bu alanın “dozunda kullanılması gereken bir ilaç”a benzetilmesi hakkında bkz. Özkes, *Temel Haklar*, s. 60-61

⁹²⁰ Gören, “Sınırlama”, s. 51; Dikmen Caniklioğlu, s. 489

⁹²¹ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287-288

⁹²² Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

yükleyeni seçmesi gerekir⁹²³. İcra müdürünün takdir yetkisini kullanmasında da bu alt ilke göz önünde bulundurulmalıdır⁹²⁴. Şöyle ki; icra müdürü alacaklının alacağına kavuşması için, borçlunun malvarlığına müdahalede bulunurken, bu müdahalenin daha az bir yükümlülük getiren başka bir muadili olmaması gerekir. Başka bir deyişle alacaklının alacağını alma amacına, daha az yükümlülük getiren başka bir yol ile ulaşılabilirse, söz konusu müdahale gereklilik ilkesi yönünden sorunludur. Bu şekilde bir değerlendirme, ölçülülük ilkesinin haksız yere gerekçe gösterilerek alacaklının hakkına engel olunması manasına gelir.

Gereklilik ilkesinin icra müdürünün takdir yetkisine temasını bir örnekle açıklayalım. Alacaklı A kesinleşen takip neticesinde, borçlu B'nin mallarına haciz konulmasını icra müdüründen talep etmiştir (İİK m. 78/1)⁹²⁵. İcra müdürü de borçlunun malvarlığını mal beyanından tespit etmiştir. Buna göre; borçlunun, borcunu karşılamaya yetecek miktarda bir arabası ve yine, evinde borcunu ödemeye yetecek miktarda eşyası bulunmaktadır. İcra müdürünün, bu somut olayda borçlunun aracına haciz koyması, borçlu açısından daha az yükümlülük getirir. Gerçekten her ne kadar borçlunun evinde alacağı karşılamaya yeter miktarda malı bulunsa da; ev haczi, sicil yolu ile yapılacak hacze göre, borçluya daha fazla yükümlülük getirmektedir. Bir kere, borçlunun özel hayatına müdahale edilmekte; konut dokunulmazlığı hakkı, icra müdürünün yetkisi her ne kadar kanuna hukuka uygun olsa da, daha doğrusu konutunun sükuneti bozulmaktadır. Borçlu ile birlikte aile üyelerinin de aynı konutu paylaşması halinde, sicilde yapılacak araç haczinin ölçülülük ilkesine daha uygun olduğu güçlenecektir.

Verilen örneğin sicile kayıtlı bir mal üzerinden olması, bizi bir noktayı daha incelemeye itiyor. İİK m. 79/2 istinabe yolu ile başka yerlerde bulunan malların haczinin yapılacağını; son cümlede ise, sicile kayıtlı eşyaların takibin yapıldığı icra dairesi tarafından doğrudan haczinin yapılabileceğini düzenlemektedir⁹²⁶. Uygulamada karşılaşılan bazı problemleri gidermek amacıyla konulan bu maddeden⁹²⁷, icra

⁹²³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 30; Atakan, s. 126

⁹²⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237

⁹²⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 619; Kuru, *El Kitabı*, s. 357; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 240

⁹²⁶ Üstündağ, s. 147; Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 268; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 233; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 137

⁹²⁷ Yargıtay bu madde hükmü getirilmezden evvel, sicile haciz konmasının muteber olduğuna yönelik kararlar vermiştir (Üstündağ, s. 147, 155 (dn 472a); Kuru, *Cilt I*, s. 625-626). Bu ise tereddütlere yol açmıştır. Kanun koyucu açık bir düzenleme ile ortaya çıkan bu tereddütleri gidererek, icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir.

müdürünün sicile kayıtlı bir eşyanın haczini, doğrudan yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisi bulunduğu sonucuna ulaşmaktayız⁹²⁸. Zira maddenin yazılışından bu anlaşılmaktadır⁹²⁹. İcra müdürünün tapuya kayıtlı bir taşınmazın haczini bizzat bağlı bulunduğu sicile yazarak yapabilir ya da aracın bağlı bulunduğu sicil yer icra dairesinden bu haczi yapmasını isteyebilir. İcra müdürü, bize göre, burada haczi doğrudan yapmalıdır. Bu takdir yetkisini İİK m. 359 çerçevesinde düşünmeli; bunun sonucunda da, sicile kayıtlı olan malın haczini, yapacağı yazışma ile yapmalıdır. İİK m. 359 gereği kanun kendisine, diğer kurum ve kuruluşlarda bulunan resmi dairelerle yazışma yetkisini vermiştir⁹³⁰. Haczi istinabe yolu ile yapmasının malın icra müdürü tarafından görülüp kıymet takdiri (İİK m. 87) yapılmasına hizmet edeceğine faydası bulunmakla birlikte; istinabe yolu ile yapılacak hacizler, resmi sicile bizzat yazılarak yapılacak olan hacze göre daha yavaş olacaktır. Ne kadar hızlı olsa bile, istinabe olunan icra dairesi ile yapılan yazışma bir tarafa; istinabe olunan bu dairenin resmi sicile müzekkere yazması düşünüldüğünde haciz konulması uzar. Halbuki bizzat yazılacak haciz müzekkeresinde prosedür kısılır. İlk ihtimalde borçlunun taşınmazına haciz konulana kadar, taşınmazın elden çıkarılması ihtimali düşünüldüğünde, borçlunun taşınmazının haczi, resmi sicile yazılan müzekkere ile doğrudan yapılmalıdır. Bu şekilde alacaklının hakkını korumak için yapılan haczin kıymet takdiri ise, istinabe yolu ile yaptırılabilirdir⁹³¹. İİK m. 79/2’de yer alan icra müdürünün takdir yetkisini bu

⁹²⁸ bkz. Aşa. § 25, I.

⁹²⁹ Üstündağ söz konusu hükümdeki takdir yetkisinin alacaklıya mı yoksa icra müdürüne mi ait olduğu konusunun tartışılabilirliğini belirtmiştir (Üstündağ, s. 147). Kanaatimizce burada takdir yetkisi icra müdürüne bırakılmıştır. Zira konu yetkinin kime ait olduğudur. Her ne kadar alacaklının hakkına yönelik takip işlemi yapılıyorsa da, işlemi yapan icra müdürüdür. Nasıl ki, alacaklı bu hak benim, o halde ben bu hakkımı bizzat alacağım, diyemiyorsa, burada da, bu yetkinin nasıl kullanılacağına karar veremez. Alacaklının en fazla icra müdüründen takdir yetkisini, resmi sicile yazı yazarak kullanması isteme gibi bir talebi olabilir. Bunun sonucunda, icra müdürü buna uygun bir işlem yapmayabilir. İstinabe yoluna başvurabilir. Ancak yaptığı bu işlem “hadiseye uygun davranmamak” nedeniyle şikayet edilebilir.

⁹³⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 39; Kuru, *El Kitabı*, s. 69; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 41; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 102

⁹³¹ İcra müdürüne İcra ve İflas Kanunun 79/2-son cümlesiyle tanıdığı takdir yetkisini icra müdürü kullanırken, eğer elinde haklı bir neden yoksa, emredici bir yetki gibi yerine getirmelidir. Gerçekten icra müdürünün doğrudan yazışma yetkisi varken alacaklının hakkını korumak ve bir takım kötünietli işlemleri engellemek için getirilen bu düzenleme görmezden gelinmemelidir (Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 268). İcra müdürü söz konusu malı bu yolla haczetmelidir. Madde her ne kadar takdiri yetki şeklinde ise de, bu yetkinin maddenin yazılışı itibarıyla bu şekilde olduğunu düşünmekle beraber, aksini haklı gösterir bir neden yoksa, emredici bir yetki gibi kullanılmalıdır. Bu şekilde haczi yapılan bir malın kıymetinin takdiri nasıl olacak sorusu akla gelebilir. Burada da istinabe yolu ile kıymetinin takdir edilmesi konusunda şüphe etmemek gerekir. Zira haczi istinabe olunan icra dairesi yapsaydı, yine kıymet takdirini yapacaktı.

şekilde yorumlamak, alacaklının hakkını korumaya daha elverişli bir araç seçilmesi manasına geleceği için, ölçülülük ilkesine daha uygundur⁹³².

Ölçülülük ilkesinin kabul edilen son alt ilkesi de oranlılık ilkesidir. Bu ilke uyarınca yapılan müdahale, müdahale edilen kişi için beklenebilir, katlanılabilir bir müdahale olmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında yer verildiği üzere; “amaçla araç birbirine karşı ölçüsüz olmamalıdır”⁹³³. Yani yapılan müdahale sonucunda; bir elde edilen menfaate bakılmalı, bir de ihlal edilen menfaate. Bunlar oranlılık ilkesinin bir gereği olarak tartılmalı. Bu tartım sonucunda müdahale ettiğimiz değer ile koruduğumuz değer arasında açıkça bir ölçsüzlük, oransızlık varsa, yapılan müdahale ölçülülük ilkesi bakımından anayasaya aykırı olur⁹³⁴. Alacaklının alacak hakkını korurken; hukuk düzeninin koruduğu diğer haklara ölçsüz bir şekilde müdahale edilmemelidir. İcra müdürünün yapacağı bu hassas iş “kaş yaparken göz çıkarmamak” deyimini ile ifade edilebilir.

İcra müdürünün, haciz yaparken ki bir sınırını oluşturan İİK m. 82 hükmü bu amacı sağlamak için konulmuştur. Gerçekten, İİK m. 82’de sayılan eşyalara bakıldığında hukuken haczedilebilirse de, borçlunun ve onun ailesinin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi için gereken eşyalardan olması gereği ile; söz konusu eşyaların haczi yasaklanmıştır⁹³⁵. İcra müdürü borçlunun ve onun aile üyelerinin insan onurunun korunması gayesi ile bu yöndeki takdir yetkisini kullanmalıdır (İİK m. 82/4)⁹³⁶.

Bu ve buna benzer ilkeleri dikkate alarak kanun koyucu düzenlemeler yapmış olmakla birlikte, takibin tarafı olan veya bu takipten etkilenen üçüncü kişileri korumak için gereken tüm düzenlemeleri yapmış değildir, yapmasında mümkün değildir. Zira kanun koyucu icra hukukunda tüm uygulamayı göz önünde tutarak, önceden buna uygun bir yasal düzenleme yapması düşünülemez. Bu, ancak icra müdürüne takdir

⁹³² Cebri icra uygulamasında Adalet Bakanlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğünün yapmış oldukları protokol gereği, UYAP sistemi üzerinden 01.06.2009 tarihinden itibaren trafik siciline kayıtlı araçların haczini icra müdürü doğrudan yapabilmektedir. Borçlunun üstüne kayıtlı aracına trafik siciline müzekkere yazılmadan haciz konulabilmektedir. Bu yönüyle uygulamanın geldiği bu nokta, bizim açıklamalarımızı destekler niteliktedir.

⁹³³ Alman Anayasa Mahkemesinden nakleden: Sungurtekin Özkan, s. 179

⁹³⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 38; Hakyemez, s. 1313

⁹³⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, *El Kitabı*, s. 438; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271

⁹³⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

yetkisi verilerek her somut olay için hukuka uygun bir çözüm bulunabilir⁹³⁷. İşte ölçülülük ve bunun bir alt ilkesi olan oranlılık ilkesini, kanun koyucu kadar, icra müdürü tarafından da takdir yetkisi kullanırken dikkate almalıdır.

Ölçülülük ilkesinin, menfaat dengesinin kurulmasıyla ve icra müdürünün takdir yetkisi ile birebir ilişkisi vardır. Şu benzetmeyi yapmak kanaatimizce bu üç kavram arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. **Menfaat dengesinin sağlanması amaçtır. İcra müdürüne takdir yetkisi verilmesi, bunun için bir araçtır, vasıta. Ölçülülük ilkesi de bu aracın, söz konusu amaca ulaşmasında kullanacağı bir yol haritasıdır. Araç her ne kadar mükemmel olursa olsun, ancak kendisine verilen yol haritasına uygun bir güzergah izlediğinde, gideceği yere ulaşabilir.** Eğer bu sınırlara riayet etmezse, amacına ulaşamaz. O halde icra müdürü de takdir yetkisini kullanırken, ölçülülük ilkesine riayet etmelidir.

Bu konuyu kapatmadan önce, ölçülülük ilkesinin somut bir yansıması⁹³⁸ üzerinde de durmakta fayda görüyoruz. Doktrinde “hacizde tertip⁹³⁹” diye ifade edilen, müesseseye göre: haciz yapan icra müdürü, belli bir sıra çerçevesinde hareket etmelidir. İİK m. 85 uyarınca “borçlunun ne kadar malı haczedilebilir?” sorusunun cevabı, “*alacağı karşılamaya yetecek miktarda mal*” şeklindedir⁹⁴⁰. Bununla birlikte icra müdürü hangi malların haczini önce, hangilerini sonra yapmalıdır? İşte bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde, İİK m. 85/6 uyarınca (icra müdürünün tarafların menfaatlerini telif etme görevi) hacizde belli bir sıraya dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴¹.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre; öncelikle taşınır mallar sonrasında ise taşınmaz mallar haczedilmelidir. Bunlar içinde de öncelikle çekişmesiz mallar haczedilmeli; çekişmeli malların haczi sonraya bırakılmalıdır⁹⁴². Diğer bir görüşe göre ise de, borçlunun taşınır malları ile taşınmaz malları arasında bir sıra farkı

⁹³⁷ İcra müdürüne takdir yetkisi tanınmasının bir zorunluluk olması konusunda bkz. § 1, II.

⁹³⁸ Özekes, *Temel Haklar*, s. 212; Aslan, s. 279-280

⁹³⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 633-634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Özekes, *Temel Haklar*, s. 212; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 288; Aslan, s. 269 vd.

⁹⁴⁰ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 287-288

⁹⁴¹ Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 288

⁹⁴² Kuru, *Cilt I*, s. 634-635; Kuru, *El Kitabı*, s. 370-371; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237-238

bulunmamaktadır. Borçlunun taşınır mallarından önce de taşınmaz malları haczedilebilir⁹⁴³. Diğer bir üçüncü görüş diye zikredebileceğimiz görüşe göre ise; İİK m. 85 tüm olarak değerlendirilmeli, ve bu bütün şeklinde yapılan yorum neticesinde değişik ihtimaller çerçevesinde hareket edilmelidir. Buna göre; İİK m. 85/6 hükmü uyarınca alacaklı ve borçlunun haklarını mümkün mertebe icra müdürü telif edip; bu konuda kararını vermelidir⁹⁴⁴.

Bize göre her somut olayda ve malda ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. “Borçlunun, öncelikle taşınır mallarının sonrasında da taşınmaz mallarının haczedilmesi gerekir” şeklinde bir kabul; daha baştan, alacaklı ile borçlunun haklarının bu şekilde yapılacak bir haciz ile en iyi telif edileceği varsayımına dayanır. Gerçekten bu görüşe göre her ne olursa olsun icra müdürü borçlunun öncelikle taşınırlarını sonrasında taşınmazlarını haczetmelidir. Zira menfaatler ancak bu şekilde telif edilmiş olur (İİK m. 85/6). Kanaatimizce bu düşünce her somut olayda menfaat dengesini tam karşılamaz. Borçlunun borcunu bir taşınmaz malı haczedilip satılarak karşılamaya yetiyorsa, buna karşılık gelen birden fazla taşınır malı haczetmek daha aleyhe bir durumdur. Sadece taraflar için değil, haczi yapan, sonrasında her bir taşınır için ayrı ayrı satış ve ilan yapan icra daireleri için de aleyhe bir durumdur. Zira bu durum, kişilerin bir mal ile sonlandırabilecekleri bir takibi birden fazla malı haczetmek yolu ile bitirebilmelerine neden olur. Borçlu için de aleyhe bir durum olabilir. Zira birden fazla malı haczedilmiş ve belki de satılmıştır. Halbuki sadece alacağı karşılamaya yetecek miktarda taşınmazı haczedilip satılsa, daha az müdahaleye muhatap kalır. Alacaklı da, belki sadece bir malın haczedilmesiyle ulaşabileceği faydaya, daha geç ulaşmış olur. Bunu söylemekle birlikte; “öncelikle, değeri çok yüksek olan taşınmazların ilk olarak haczedilmesi” gerektiğini de söylemiyoruz. Zira bu sefer de çok düşük bir alacak için borçlunun mülkiyetine gereksiz müdahalede bulunulduğu için yapılan müdahale ölçülülük ilkesine aykırı olur. ***O halde yapılması gereken; önceden bu şekilde kabullere yer vermek yerine somut olayda, icra müdürüne takdir yetkisi vermek gerektir.*** İcra müdürü de takdir yetkisini kullanırken alacak miktarına, haczedilecek malın satış kabiliyetine, satış sonucunda elde edilebilecek miktarın alacağı karşılamaya yetip yetmeyeceğine, muhafazasının kolay ve masrafsız olmasına, yokluğu borçluya en az zarar verecek eşya olup olmadığına gibi hususların tümüne bakmalıdır. Sonuçta

⁹⁴³ Postacıoğlu, s. 305

⁹⁴⁴ Aslan, s. 289 vd.

yapılan müdahale, ölçülülük ilkesi açısından ne borçluya gereksiz bir yükümlülük getirmeli; ne de alacaklının hakkını alabilmesine engel olmalıdır.

§ 19. DİĞER TEMEL HAK VE İLKELER

İcra müdürünün takdir yetkisi karşısında, borçlunun çalışma hakkının (AY m. 49) bir karşılığı olarak maaş ve ücreti hakkının korunması gereği duyulmuştur. Kanunumuz borçlunun çalışmasının karşılığı olan ücreti özel olarak koruma gereği duymuştur. İİK m. 83 gereğince; icra müdürü, borçlunun maaş ve ücretinin ancak borçlu ve ailesi için lüzumlu kısım ayırdıktan sonra kalan kısmına haciz koyabilir⁹⁴⁵. Haciz konulan miktar, toplam ücretin 1/4'ünden az olamasa da, icra müdürü, bu sınır çerçevesinde, ne kadar miktar paranın borçlu ve ailesi için lüzumlu olduğunu takdir edecektir⁹⁴⁶. Esasında bu madde ile doğrudan korunan en temelde borçlunun ve onun ailesinin insan onurudur. Yine ailenin korunması da bu yolla sağlanabilir. Ancak bu amaçlara, borçlunun ücretinin sadece belli kısmına haciz konularak erişilmektedir.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken gözetileceği burada inceleyeceğimiz diğer ilke, hayvan haklarının korunmasıdır. İİK m. 83/b “*Hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler*” diyerek hayvan haklarını koruyucu bir düzenleme getirilmiştir⁹⁴⁷. Bu korumayı en başta yerine getirecek olan kişi icra müdürüdür. Zira kanun kendisine “yavru hayvanların bakılmaya muhtaç olup olmadığının” takdiri yetkisini vermiştir. İcra müdürü ilk bakışı itibarıyla hayvanın çok küçük olduğunu, bakımı konusunda anasına muhtaç olduğuna kanaat getirirse, bunları ayrı ayrı haczedemez.

§ 20. İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN DİKKATE ALMASI GEREKEN, TAKDİR YETKİSİNE ÖZGÜ İLKELER

İcra ve İflas Kanunu’muzda, takdir yetkisiyle ilgili farklı maddelerde özel olarak yer alan sınırlar vardır. Bu sınırlar da esasında birer ilke olarak zikredilebilir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken bu sınırlara da riayet etmek zorundadır.

⁹⁴⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 831; Kuru, *El Kitabı*, s. 450; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 276

⁹⁴⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 451; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 276

⁹⁴⁷ Özekes, *Temel Haklar*, s. 228-229

Bu başlık altında inceleyeceğimiz ilkeler/sınırlar, esasında tamamı mevzuat çerçevesinde açıkça kabul edilmiş değildir. Başka bir deyişle; icra hukukumuzda bunların varlığı kabul edilse de, Hukuk Muhakemeler Kanunu gibi, yargılama hukukuna hakim olan ilkeler diye bir şey bulunmamaktadır. Belki bundan sonra yapılacak yasal düzenlemede cebri icra hukukuna hakim olan ilkeler genel olarak belirtilebilir. Böylelikle icra hukuku uygulayıcısı olan icra müdürüne yol gösterici nitelikte olur.

Bu ilkelerin varlık sebepleri bazen kanunun genel yorumuna, bazen de kanunun açık hükmüne (İİK m. 8) dayanmaktadır.

I. KANUNDA TAKDİR YETKİSİ TANIYAN BİR HÜKÜM OLMASI

Cebri icra hukuku borçlunun kişiliğine, malvarlığına müdahale eden alanlardan biridir. Bu özellik nedeniyle devletin yetkili organlarının belli sınırlar çerçevesinde, cebri icra işlemlerini yapmaları gerekir. Bu sınırların en başında, cebri icra hukukunun en temel ilkesi olan kanunilik gelir⁹⁴⁸. Bu ilkeye göre, cebri icra muameleleri kanunların belirlediği kişiler tarafından ve yine kanunda belirtilen sınırlara riayet edilerek yapılır. İcra müdürünün yetkilerinin tamamı kanun tarafından belirlenmiştir. Hal böyle olunca, icra müdürü takdir yetkisi kullanıyorsa mutlaka bunun yasal dayanağı olmak zorundadır.

Cebri icra hukukunda kanunilik ilkesi; anayasal açıdan, AY m. 13'e dayandırılabilir⁹⁴⁹. AY m. 13 gereğince, temel haklara müdahale edilebilmesinin bir şartı da, söz konusu sınırlamanın, müdahalenin kanun tarafından düzenlenmiş olmasıdır⁹⁵⁰. Buna göre; bireylerin insan onuru, yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, özel hayatı ve gizliliği, mülkiyet hakkı, din ve vicdan hürriyeti, haberleşme hürriyeti gibi temel haklarına ilişkin sınırlamalar kanunlar ile yapılmalıdır. Bu yüzden, cebri icra hukukunun, borçlunun temel haklarına müdahalede edildiği göz önünde tutulduğunda, icra müdürünün takdir yetkisi, kanun tarafından düzenlenmiş olması gerekir.

İİK m. 16/1 hükmüne göre; icra müdürünün yaptığı bir işlemin kanuna aykırı olması şikayet sebebi sayılmıştır⁹⁵¹. İcra müdürü yaptığı işlem, kanunda belirtilen ile uyuşmuyorsa veya yaptığı işlemin kanunda hiçbir dayanağı yoksa şikayet yolu ile iptal

⁹⁴⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 87; Özekes, *Temel Haklar*, s. 90

⁹⁴⁹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 90

⁹⁵⁰ Gören, "Sınırlama", s. 48

⁹⁵¹ Postacioğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

edilebilir. Kanuna aykırı ve kanuni dayanağı bulunmayan cebri icra işleminin şikayet yolu ile iptalinin sağlanabilmesi, icra müdürünü bu konuda dikkatli olmaya sevk eder.

İcra müdürüne takip işlemlerini yerine getirmesi için, kanun koyucu, yetki vermiştir⁹⁵². Bu yetki, emredici olabileceği gibi; takdiri de olabilir. Somut olay ile birebir temas halinde olan icra müdürü; somut olayın şartlarına, özelliğine vakıftır. Haliyle, onun bazı konularda somut olayın özelliklerine göre karar vermesi, adalete daha uygun olacaktır. Adaleti sağlamak düşüncesi olan kanun koyucu, bu düşünceden dolayı, ona takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü de, bu hareket sahasını takdir yetkisinin verilen amacı doğrultusunda kullanmalıdır. Aksi halde yetkinin verilmesinin nedeni ile çelişkiye düşer. Kanun koyucunun ona adalet düşüncesine hizmet etmesi için verdiği yetkiyi, o keyfi kullanmış olur. Bu ise hem takdir yetkisiyle, hem de kanunilik ilkesi ile bağdaşacak bir durum değildir⁹⁵³.

Genel olarak, takdir yetkisinin özünde, belli bir serbestliğin bulunması; bu yetkinin, ancak kanun koyucu izin verdiği ölçüde ve izin verdiği zaman kullanılması gerektiği yargısını güçlendirir⁹⁵⁴. İcra müdürü de, takdir yetkisini sadece, kanun kendisine bu hususta izin verdiği zaman kullanabilir. Kanun açıkça, yazılışındaki ifade tarzı ile, belirsiz kavramlar yoluyla veya süreye ilişkin belirlemelerle takdir yetkisi verilebilir⁹⁵⁵. Hangi şekilde olursa olsun mutlaka yetkinin, kanunda verilmesi gerekir. Bundan başka; yetki, sadece verildiği alana ilişkin kullanılabilir. Örneğin takip talebini alan icra müdürü; takip talebini almasından itibaren nihayet üç gün içinde ödeme emri tebliğ eder (İİK m. 61/1)⁹⁵⁶. Buna göre; icra müdürünün takdiri, süreye ilişkindir. Yani, icra müdürü en fazla burada üç gün içinde hangi zaman diliminde ödeme emrini tebliğ edeceğinin takdirini yapabilir. Yoksa ödeme emrini tebliğ edip etmeme konusunda

⁹⁵² 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 2/k maddesi gereğince icra ve iflas işlemlerini Adalet Bakanlığı adına, icra ve iflas daireleri yürütür. Yani icra ve iflas işlerinin yapılmasından icra daireleri sorumludur. Bundan başka Nizamname m. 3/1 gereğince, icra dairesinin en mesul, yetkili kişisi icra müdürüdür. Bunun manası şudur ki; icra müdürü bulunduğu icra dairesinde, takip işlemlerinin yapılmasından dolayı bizzat sorumludur. O kanunun kendisine yetki verdiği hallerde bu yetkisini kullanmak zorundadır. Aksi halde bu nedenden ötürü sorumluluk davası ile karşı karşıya kalabilir. Yükümlülük ile yetkinin paralelliği gereği, icra müdürüne yetki verilmesi gerekir. İşte kanun koyucu da bu yetkiyi icra müdürüne vermiştir.

⁹⁵³ Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 87; Özkes, *Temel Haklar*, s. 89-90

⁹⁵⁴ Genel olarak hakimın takdir yetkisini kullanabilmesi için de kanunda hüküm bulunmasına dair bkz. İmre, “İktisadi Meseleler”, s. 167; Arık, s. 272

⁹⁵⁵ bkz. Yuk. § 3.

⁹⁵⁶ Üstündağ, s. 93; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 218; Kuru, *El Kitabı*, s. 179; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 176; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69

herhangi bir takdiri yoktur. Buna karşılık; İİK m. 82/4 gereğince bir malın haczedilip haczedilmeyeceğini icra müdürü takdir eder⁹⁵⁷. Buna göre de, icra müdürü işlemin sonucunda takdir yetkisine sahiptir. O halde icra müdürü, öncelikle kendisine kanunun takdir yetkisi verip vermediğine bakar; sonrasında da, bu yetki hangi alana ilişkinse ona göre kullanır. Her iki halde de buna aykırılık, kanuna muhalefet nedeniyle şikayet sebebi olur (İİK m. 16)⁹⁵⁸. Zira ilk ihtimalde kendi kendine yetki ihdas etmiştir; ikinci ihtimalde de takdir yetkisinin sınırını genişletmiş, emredici bir işlemi takdiri hale getirmiştir.

İcra müdürüne kanun koyucunun takdir yetkisi tanımadan, kendisinin böyle bir yetkisinin olduğundan bahisle, takdir yetkisi kullanamayacağını; mutlaka kanunda “takdir eder” ibaresinin olmasına bağlamamak gerekir. Dolayısıyla, mutlak surette “takdir” kelimesinin geçmesini beklemek adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Örneğin Yargıtay’ımız 6352 sayılı yasa ile 82. maddeye ekleme yapılmadan önce, haczedilmezlik konusunda icra müdürünün takdir yetkisi olmadığını kabul etmekteydi⁹⁵⁹. Bu ise süresinde şikayet edilmeyen (herhangi bir nedenden dolayı) işlemin geçerli olmasına neden oluyordu. Bu durum, adalet anlayışına uymaz. Örneğin, icra müdürü borçlunun elinde olan tek bir buzdolabını, çamaşır makinesini vb. haczederse, Yargıtay’ın bu uygulamasına göre, bu durum şikayet konusu olabilir ve belki haciz kalkabilir. Bununla birlikte; icra müdürü, bu eşyaların haczedilmezlik konusunda takdir yetkisi olmadığı için (Yargıtay eski uygulaması), haczedilmezlik değerlendirmesinde bulunamayacaktı. Her ne kadar kanunların bilinmemesi mazeret olmasa da; bu durum, devletin adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkını temin etmesi görevi ile ne kadar bağdaşabilir. Bu hak gereği bireyler, haklarını tam olarak savunabilmelidirler.

Bu konuda sonuç olarak şunu diyebiliriz ki; İİK m. 82/4 maddesinin konulması, bu yanlış uygulamayı engellemesi açısından olumludur. Ancak her şeyin kanun koyucudan beklenmesi doğru değildir. Zira bir kanunun, ne kadar aksayan yönleri olsa

⁹⁵⁷ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

⁹⁵⁸ Postacıoğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

⁹⁵⁹ Yargıtay’ın bu konudaki kararları için bkz. YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.02.2013; YHGK 18.06.2008, E. 2008/12-433, K. 2008/430, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.02.2013; YHGK 10.06.2009, E. 2009/12-213, K. 2009/244, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.02.2013; Yargıtay her ne kadar bu şekilde karar verse de; doktrinde, bunu aksi belirtilmekteydi (Kuru, *Cilt I*, s. 837).

da iyi uygulayıcılar sayesinde, adaletli sonuçlar doğurur. Bunun tersi olarak, bir kanun ne kadar kuşatıcı ve iyi olursa olsun, uygulayıcılar onu hayata iyi adapte edemiyorlarsa, kanundan beklenen faydaya ulaşılmaz.

İcra müdürüne, icra hukuku uygulamasında, takdir yetkisinin tanınmasının zorunluluğu karşısında; bu yetkinin, kanunda tanınmış olması zorunluluğu, icra müdürü tarafından öncelikle dikkate alınması gereken bir husustur. Bundan başka; takdir yetkisi serbest bir alan yaratmakla birlikte kanunda yetkinin sınırları belirlenmiş olması gerekir. İyi bir şekilde tanımlanmış; sınırları, hudutları net bir biçimde belirlenmiş takdir yetkisi, icra hukuku uygulamasında adaletin yerine gelmesi amacına hizmet eder. Sınırları belli olmayan, sınırsız yetki şeklinde anlaşılabilen takdiri yetki kuralları, farklı uygulamalara ve keyfiliğe açıktır. Bununla birlikte genel ahlak, kamu yararı, kamu düzeni gibi geniş kavramlarla ifade edilen sınırlamalara da yer verilmemesi uygun olur.

II. TAKDİR YETKİSİNİN KANUNUN VE HÜKMÜN AMACINA UYGUN KULLANILMASI

İcra hukukunun amacı incelenirken, belirtildiği üzere; icra hukukunun amacı, alacaklının ihlal edilen hakkına kavuşması sağlanırken, borçlunun temel insan haklarının ihlal edilmemesi, korunmasıdır⁹⁶⁰. Cebri icra hukuku sistemi genel olarak bakıldığında bunun üzerine kurulmuştur. Kanunu uygulayan, özellikle icra müdürünün, İİK m. 85/6 hükmünden yola çıkılarak, taraflar arasında menfaat dengesini kurmaya çalışması gerekir⁹⁶¹. Bu konuda icra müdürü elinden geleni yapmalıdır. Örneğin, İİK m. 87 gereği kıymet takdirinin tam ve doğru yapılmasında, hem alacaklının hem de borçlunun menfaati korunmaktadır⁹⁶².

İcra ve İflas Kanunu'muzun genel amacının bu olduğunu belirtmekle birlikte; bazen taraflardan birinin menfaatini öne çıkararak, koruma altına alabilir. İcra müdürü de cebri icra uygulamasında bu hususa dikkat ederek, somut olaya uygun çözüm bulmalıdır. Örneğin haczedilmezlik kuralları borçluyu korumaya yöneliktir⁹⁶³. Bu madde uyarınca icra müdürü takdir yetkisini kullanırken, borçluyu koruyucu önlemler

⁹⁶⁰ § 18, II, B, 1.

⁹⁶¹ Özekes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

⁹⁶² Haciz yapılırken haczedilen malların kıymetinin doğru yapılması, hem alacaklının hem de borçlunun mülkiyet hakkının korunmasına hizmet eder. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. § 14, II

⁹⁶³ Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, "Haczedilmezlik", s. 718; Postacıoğlu, s. 330; Kuru, *El Kitabı*, s. 438; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 271; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 141

alınmasına dikkat ederek davranmalıdır. İİK m. 52 vd. talik hallerinde de, borçluyu koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir⁹⁶⁴. Kanun özel olarak sadece borçluyu değil, bazen alacaklıyı da korur. Örneğin genel olarak haczedilmezlikten borçlu korunuyorsa da, İİK m. 82/3⁹⁶⁵ ve İİK m. 83/2⁹⁶⁶ ile alacaklı korumaktadır. İşte bu gibi özel düzenlemeler varsa, icra müdürü genel anlayıştan bir ölçüde ayrılarak takdir yetkisini bu özel amacı gerçekleştirmeye yönelik kullanmalıdır.

Takdir yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olarak bu iki tespiti yapmamız zaruridir. Zira İİK m. 16/1 gereğince “hadiseye uygun takdir yetkisi kullanılmaması” şikayet sebebidir⁹⁶⁷. İcra müdürü kendisine kanunun takdir yetkisi tanıdığı hallerde: bu yetkisini olaya en uygun, makul, doğru bir çözüm bulacak tarzda uygulamazsa; söz konusu işlem şikayet yolu ile iptal edilebilir⁹⁶⁸. Bu yüzden icra müdürünün, takdir yetkisini kullanmadan önce bu yetkinin kendisine neden tanındığı sorusunun cevabını bulması gerekir. Bu sorunun yanıtını, “özel bir yararın korunması gereği tanınmıştır” şeklinde cevaplayan icra müdürü, artık takdir yetkisini ona göre kullanır. Örneğin, haczedilmezlik kurallarında; borçlunun insan onuru, kişi dokunulmazlığı esas tutularak, takdir yetkisi kullanılmalıdır. Bununla birlikte, ücret ve maaş haczinde bir noktadan sonra buna sınır getirilir. Yani söz konusu ücret veya maaşın 1/4’ünden daha azının haczedilmeyerek, alacaklının da korunmasına hizmet edilmelidir⁹⁶⁹.

İİK m. 82 haczedilmezlik kuralını belirlerken, “borçlunun mameleki değeri olan her türlü mala haciz konulur” kuralına bir istisna niteliğindedir. Buna göre, bazı mallar vardır ki, bunlar haczedilemez⁹⁷⁰. Zira, bu malların haczinin yapılması halinde, borçlunun ve hatta aile üyelerinin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi şüpheli hale gelir. O halde, bu madde ile borçlu korunmalıdır. İcra müdürü de takdir yetkisini

⁹⁶⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 139; Kuru, *El Kitabı*, s. 131; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 99; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 153

⁹⁶⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 283

⁹⁶⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 285

⁹⁶⁷ Postacıoğlu, s. 60-61; Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 68; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 60; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31

⁹⁶⁸ Postacıoğlu, s. 61

⁹⁶⁹ Borçlunun maaş ve ücretinin en az 1/4’ünün haczedileceğine dair bkz.: Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 285

⁹⁷⁰ Postacıoğlu, s. 330; Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, *El Kitabı*, s. 438; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 141

kullanırken (İİK m. 82/4)⁹⁷¹ bu amaca hizmet etmelidir. Aksi halde, takdir yetkisini hadiseye uygun kullanmamış olur. Bununla birlikte, bu maddenin tümünden borçluyu koruduğu da söylenemez. İİK m. 82/3 gereği, bu fıkra da sayılan malların bedellerinin çok yüksek olması halinde; icra müdürü, malın bedelinden haline münasip kısmı ayırdıktan sonra haczi yapmalıdır⁹⁷². Burada da alacaklı korunmaktadır. İcra müdürünün üstüne düşen: burada sayılan malların, bedellerinin yüksek olup olmadığını takdir etmek; eğer yüksek ise bu sefer de borçluyu koruyarak, haline münasip kısmı takdir edip borçluya ayırıp geri kalanı haczetmektir. Kanunun, orta bir yol bulmaya çalıştığına dikkat edilirse; icra müdürü de, buna uygun takdir yetkisi kullanmalıdır. Eğer çok yüksek bir bedele sahip olan mal olmasına rağmen (İİK m. 82/3), bu malın bedelini az takdir eder, sonuçta da, söz konusu malı haczetmezse, takdir yetkisini hadiseye uygun kullanmamış olur. Buna karşılık; bu malı haczettikten sonra bu sefer de, borçlunun haline münasip kısmından daha azını takdir edip ayırırsa, yine takdir yetkisini hadiseye uygun kullanmamıştır. İlk ihtimalde, alacaklının korunmasına hizmet edilmediği, ikinci ihtimalde de borçlunun hakkını korumaya yönelik davranılmadığı için, takdir yetkisinin kullanılması şekli şikayet nedeni olur⁹⁷³. Aynı değerlendirme, İİK m. 83/2 açısından da yapılmalıdır. Borçlunun maaşının veya ücretinin haczi yapılacağı zaman, haciz uygulanacak kısım, borçlunun ve aile üyelerinin ihtiyaçları için gereken miktar ayrıldıktan sonra kalan kısım üzerinde gerçekleştirilir. İcra müdürü bu değerlendirmeyi yaparken, borçlu ve aile üyelerinin ihtiyaçlarını tam manada karşılamaya yönelik olarak, somut olayın özelliklerini düşünerek takdir yetkisini kullanmalıdır.

İİK m. 52 vd. “takibin talik edilmesi” hallerine bakıldığında icra müdürünün takdir yetkisi olduğunu görebiliyoruz⁹⁷⁴. İİK m. 54 ve İİK m. 54/a’da, “münasip mühlet” belirlenmesinde; İİK m. 55’te, “borçlunun mümessil tayin edemeyecek kadar ağır hasta olmasında, takibin talik edilip edilmeyeceğinde” icra müdürünün takdir

⁹⁷¹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

⁹⁷² Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 283

⁹⁷³ Pekcanitez, *Şikayet*, s. 61: “Memura belli konularda takdir yetkisinin tanınması, bu yetkinin keyfi olarak kullanılabileceği anlamına gelmez. Nitekim kanunda memura bir takdir yetkisinin tanınmasına rağmen, birçok halde bu takdir yetkisinin sınırları çizilmiştir. Örneğin açık artırma ilanın tarzi, yer ve günü ve gazet ile yapılıp yapılmayacağı icra memurunca takdir edilir. Ancak icra memuru bu ilanda, ilgililerin yararlarına en uygun ilanı yapmak zorundadır (İİK m. 114/2). O halde, icra memuru ilan sıranında takdir yetkisini kullanırken **ilgililerin yararına en uygun olan ilanı yapmalıdır.**”

⁹⁷⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 139; Kuru, *El Kitabı*, s. 131; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 99; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 153

yetkisi vardır⁹⁷⁵. Bu maddelere bakıldığında borçlunun korunduğunu görebiliriz⁹⁷⁶. Buna karşılık doğrudan alacaklıyı koruyan hükümler de mevcuttur. Örneğin alacaklının takip talebini vermesinden sonra, borçluya üç gün içinde ödeme emri tebliğ edilmelidir (İİK m. 61/1)⁹⁷⁷. Yine haciz talebinden sonra üç gün içinde, haciz tatbik edilmelidir (İİK m. 79/1)⁹⁷⁸. İcra müdürünün, işlemlerini düzenleyici nitelikte olan bu sürelerden sonra işlem yapması, geçersizlikle sonuçlanmayacaksa da⁹⁷⁹, adil yargılanma hakkının gereği olarak, makul sürede takibin bitmesi alacaklının hakkının korunmasını gerektirir. Dolayısıyla icra müdürü bu süreler içinde elinden geldiğince en erken zamanda, ama her ihtimalde, en geç bu süre içinde söz konusu işlemi yapmalıdır⁹⁸⁰.

Burada yeri gelmişken, takdir yetkisinin süreye ilişkin olması hususunda bir konuyu incelemekte fayda vardır. İcra müdürü kanunda yazılı olan sürede (üç gün), söz konusu işlemi (haciz yapmak veya ödeme emri tebliğ etmek), yapmazsa işi sürüncemede bıraktığı için şikayet sebebi olur. Bununla karşılık; işlemi belirtilen sürenin ilk gününde yapabilecekken, keyfi olarak son gününe kadar bekletmişse, hadiseye uygun takdir yetkisi kullanmamaktan dolayı şikayet sebebi olacaktır. Bu ayrımın yapılması son derece önemlidir. Zira hadiseye uygun takdir yetkisi kullanılmaması yedi günlük şikayet süresine tabi iken (İİK m. 16/1)⁹⁸¹; işin sürüncemede bırakılması nedeniyle süresiz şikayet yoluna tabidir (İİK m. 16/2)⁹⁸².

⁹⁷⁵ bkz. Aşa. § 24, I.

⁹⁷⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 139; Kuru, *El Kitabı*, s. 131; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 99; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 153

⁹⁷⁷ Üstündağ, s. 93; Postacioğlu, s. 136; Kuru, *Cilt I*, s. 218; Kuru, *El Kitabı*, s. 179; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 176; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69

⁹⁷⁸ YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013): “gerek İcra ve İflas Yasası’nın 79. maddesinde, gerekse 85. madde ifadesinden ortaya çıkan sonuç, icra müdürüne haciz uygulaması konusunda takdir yetkisi tanınmadığıdır. Gerçekten de 79. madde kesin bir ifadeyle icra dairesinin haczi yapacağından, 85. maddede; 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.”

⁹⁷⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 152

⁹⁸⁰ İcra müdürü, takdir yetkisi yapacağı işlemin zamanı belirleme konusunda, süreye ilişkin ise, en geç bu süre sonunda söz konusu işlemi yapmalıdır. Bu konuda bkz. Yuk. § 4, IV

⁹⁸¹ Postacioğlu, s. 64; Üstündağ, s. 50; Kuru, *Cilt I*, s. 93; Kuru, *El Kitabı*, s. 100; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 71; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 131; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 34

⁹⁸² Kuru, *Cilt I*, s. 94; Kuru, *El Kitabı*, s. 101; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 71; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 132; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 84-85; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 34

III. KANUNDA YER ALAN ÖZEL SINIRLARA RIAYET EDİLMESİ

İcra müdürünün takdir yetkisine sahip olması için bunun kanun tarafından tanınması gerektiği; daha önce incelendi⁹⁸³. Buna göre; icra müdürü yetki konusunda, kanunla sıkı sıkıya bağlıdır. Kanun, onun yetkisini takdiri kılmadıysa; o, sadece kanunun olaya tatbiki ile yetinir. Takdir yetkisinde ise, olaya en uygun, makul ve adaletli çözümü bulmaya çalışmalıdır⁹⁸⁴. İşte, icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kanun hükmü, bazen bu yetkiyi kullanmasında özel sınırlar çizer. Bu sınırlar buraya kadar ifade edilmeye çalışılan anayasal ve kanuni sınırlardan farklıdır. Anayasal ve kanuni sınırlara “*genel sınırlar*” diyebiliriz. Burada inceleme konusu yapacağımız sınırlara da “*özel sınırlar*” diyebiliriz. Bu terimleri kullanmamızın nedeni: genel sınırlar, icra müdürünün takdir yetkisini kullandığı her halde uygulanırken; özel sınırlar, genel sınırların yanında, kanun koyucunun takdir yetkisi tanıdığı kanun hükmü ile, icra müdürüne başkaca ek sınırlamalar getirdiğinde uygulanır. Bu halde, icra müdürü artık genel sınırların yanında, bu özel sınırlara da riayet etmek zorundadır. Aksi halde, kanuna aykırı bir işlem yapmış olacağından; söz konusu işlem şikayete konu olur (İİK m. 16/1)⁹⁸⁵.

Genel kural, icra müdürüne tanınan takdir yetkisinin, genel kıstaslar ile sınırlandırılmasıdır. Kanuna baktığımızda, özel olarak bir takım sınırlamalar getiren, hükümlerin daha az olduğunu görebiliriz. Buna karşılık, kanun hükmünde sadece, icra müdürünün takdir yetkisi olduğunu belirten, bunun dışında her hangi bir özel sınır koymayan hükümler daha fazladır. Genel sınırlama hallerinde, takdir yetkisi tanıyan hüküm sadece yetkinin takdiri olduğunu ifade eder. Bundan başka, ayrıca özel sınır koymaz. Bunun anlamı: icra müdürünün hiçbir şekle, sınıra bağlı olmadan takdir yetkisini kullanabileceği değildir. Aksine; icra müdürü, anayasal temel hak ve ilkelerle bağlıdır. Örneğin: İİK m. 82/4’de haczedilmezlik kuralının takdirinde⁹⁸⁶, İİK m. 54 ve İİK m. 54/a’da münasip mehilin ne olduğu/ne kadar olduğunda takdir yetkisi vardır. Bu maddelerdeki takdir yetkisinin kullanılmasında kanunun koyduğu herhangi bir özel sınır yoktur.

⁹⁸³ bkz. Yuk. § 20, I

⁹⁸⁴ Postacıoğlu, s. 61

⁹⁸⁵ Postacıoğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

⁹⁸⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

Kanun icra müdürüne takdir yetkisi tanıyıp, özel bir sınır koymadığı bir madde de, İİK m. 80'dir. Bu maddenin üçüncü fıkrasından; borçlunun kilitli olan yerlerinin gerekirse zorla açılabilceğini⁹⁸⁷, bu konuda da icra müdürüne takdir yetkisi verdiğini anlıyoruz⁹⁸⁸. İşte icra müdürü bu yetkisini kullanırken, esasında birçok açıdan bağlıdır. En başta insan onuru, kişinin özel hayatının gizliliği; bunlara karşı alacaklının mülkiyet hakkı ve tüm bu karşı karşıya gelen haklar arasında makul bir çözüm bulmamıza yardımcı olacak ölçülülük ilkesi. Başka bir deyişle; icra müdürü bu fıkra gereğince, anayasal temel hak ve ilkeler çerçevesinde değerlendirmede bulunmalı; sonuçta vereceği takdiri kararı bu ilkelere uygun olmalıdır. Yine aynı değerlendirme, maddenin dördüncü fıkrasındaki zor kullanma yetkisi için de yapılmalıdır. Alacaklının alacağı, borçlunun şahsına zor kullanmayı gerektiriyor ve ölçülülük ilkesi buna müsaade ediyorsa, zor kullanılmalıdır.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kanun hükmünün özel sınır getirdiğini maddenin lafzından veya yorumundan anlarız. Söz konusu hüküm takdir yetkisinin kullanılmasını belli şartlara, kurallara bağlıyorsa; bu şartlar, genelde burada incelenen “özel sınırdır”.

Takdir yetkisinin süreye ilişkin olduğu hallerde⁹⁸⁹, icra müdürü söz konusu işlemi maddede belirtilen sürede yapması gerektiği için, bu tür takdir yetkisi kurallarındaki bu ibareler özel sınırdır. İşlem, bu süreden sonra yapıldığında geçersiz olmasa da⁹⁹⁰; işin sürüncemede bırakılmasına dayanılarak şikayete konu olabilir⁹⁹¹. İşte icra müdürüne işlemin yapılacağı süreye ilişkin takdir yetkisi tanıyan hükümlerde, bu üst sınır özel sınır olduğundan, takdir yetkisi en geç belirtilen üst zaman dilimine kadar kullanılabilir. Örneğin, İİK m. 112/1 ve İİK m. 123/1'de hep şekildedir.

Takdir yetkisinin süreye ilişkin oluşundan başka, kanunun değişik yerlerinde de, takdir yetkisinin bazı özel sınırlar içinde kullanılması gerektiğini görmekteyiz. İİK m.

⁹⁸⁷ Postacıoğlu, s. 300; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 269

⁹⁸⁸ İİK m. 80/3 “*Talep vukuunda borçlu kilitli yerleri ve dolapları açmağa vesair eşyayı göstermeğe mecburdur. Bu yerler icabında zorla açtırılır*”. Buna göre, fıkra da geçen, “*icabında*” belirsiz kavramı, icra müdürünün takdir yetkisi olduğunu, bize gösterir. İcra müdürü bu halde, hangi durumun zorla kilitli yerlerin açılıp açılmayacağını takdir eder.

⁹⁸⁹ bkz. Yuk. § 4, IV

⁹⁹⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 130; Kuru, *El Kitabı*, s. 125; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 152

⁹⁹¹ Üstündağ, s. 48; Kuru, *Cilt I*, s. 94; Kuru, *El Kitabı*, s. 98-99; Pekcanitez, Atalay, Özekes, vd., s. 127-128; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 66; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 32

85/1 borçlunun ne kadar malının haczedilebileceği konusunda⁹⁹²: alacaklının alacağını karşılamaya yetecek tutarı, şeklinde belirleme yapmıştır. Bu ise, alacaklının alacağı nispetinde, borçlunun haczedilen mallarının, haciz sırasında yapılacak kıymet takdiri ile (İİK m. 87) ortaya çıkar⁹⁹³. İcra müdürü buradaki takdir yetkisini kullanırken, öncelikle alacaklının alacak miktarını hesaplar. Bu hesabının içinde anapara alacağı, takip giderleri, işlemiş faiz gibi hususları göz önünde bulundurmalıdır. Haczedtiği malların kıymetini ise malın gerçek değerine yakın bir değerde yapmalıdır. Ayrıca alacaklının alacağını karşılamaya yetecek kadar malın haczedilmesinden sonra hacze devam edilmemelidir. Zira kanun takdir yetkisi tanımakla birlikte, bunun sınırını da ortaya koymuştur: alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktarda mal. Bundan daha fazlasının haczedilmesi ise bu nedenden dolayı mümkün değildir⁹⁹⁴. Yine bu madde gereği, borçlunun haczi kabil malı olmasına rağmen, alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktardan daha az bir malı haczetmeyi de yasak eder. Zira kanun “alacaklının alacağını karşılamaya yeter miktar” sınırını getirirken, alacaklının mülkiyet hakkını da korumaktadır⁹⁹⁵. Bu yetki sınırına uyulmaması ihtimalinde, takdir yetkisi kullanımı, hadiseye uygun kullanılmaması nedeniyle şikayete konu olur⁹⁹⁶. Başka bir örnek vermek gerekirse, İİK m. 83/2’de de haczedilen miktar, maaş veya ücretin 1/4’ünden az olamayacağı da, kanunun icra müdürüne takdir yetkisini kullanırken uyması için getirdiği bir sınırdır. Bundan sonra artık icra müdürü, her halde (daha az kısım borçlu ve ailesi için yeterli olmasa bile) en az 1/4 tutarında miktarı haczetmelidir⁹⁹⁷. Aksi davranış, kanuna aykırılık nedeniyle şikayete konu olur (İİK m. 16)⁹⁹⁸.

Kanunun icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken, kişi bakımından da bir sınır getirdiğine rastlamaktayız. İİK m. 80/1 gereğince; icra müdürü hacze kendisi gidebileceği gibi, dilerse icra müdür yardımcısı veya katiplerinden birini gönderebilir⁹⁹⁹. Bu madde ile, icra müdürünün haczi bizzat yapabilmesi veya takdirinde olarak yardımcı

⁹⁹² Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 288

⁹⁹³ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

⁹⁹⁴ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287-288

⁹⁹⁵ bkz. Yuk. § 14, II, C.

⁹⁹⁶ Üstündağ, s. 54; Kuru, *Cilt I*, s. 103-104; Kuru, *El Kitabı*, s. 106; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 139-140; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 61; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 38

⁹⁹⁷ Akın, s. 340; Yavaş, s. 103

⁹⁹⁸ Postacioğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

⁹⁹⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 626

veya katiplerinden birine yaptırabilmesinin imkanı tanınmıştır. Bununla birlikte, icra müdürünün takdir yetkisi, kişi açısından sınırlandırılmıştır. İcra müdürü ya hacze bizzat gider; veya yardımcısını yahut katiplerinden birini gönderebilir. Bunun dışında maddede geçmeyen, ancak icra dairesinde çalışan; müstahdem veya mübaşirini (İİK m. 1/2) gönderemez.

IV. GEREKÇELİ İŞLEM YAPILMASI

Mantık kuralları gereği, insanların yaptıkları işlerde hep bir sebep bulunmaktadır¹⁰⁰⁰. Gerçekten, ortalama zekaya sahip bir kişinin yapmış olduğu bir eylemin muhakkak bir nedeni olur. Bu durum bizi; hukuk alanında, yapılan işlemlerin gerekçeye dayanması gerektiğine, belli bir sebebi barındırması gerektiğine götürür. Bu nedenle de, hukukun değişik alanlarında gerekçe, ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰¹. Yasama organı kanun yaparken gerekçesini yazmakta; idari organlar kural olarak gerekçe ile işlem yapmak zorunda olmasa da İYUK m. 20/2 gereği mahkemece sorulduğunda gerekçesini açıklamak zorunda; nihayet yargı organı da, verdiği kararların gerekçeli olmasına dikkat etmelidir (HMK m. 297)¹⁰⁰². Devletin organlarının yaptıkları işlemlerde, bu şekilde gerekçeli karar vermeleri: devletin etik açıdan hesap vermesi; bireylerin ise yapılan işlem hakkında bilgi sahibi olmasının bir gereğidir¹⁰⁰³. Yaptığı işlemlerin, bireyleri ilgilendirmesi nedeniyle devlet, bunun nedenini belirtmek zorunda; birey de bu işlemin nedenini öğrenme hakkına sahiptir. Gerekçenin devlete getirdiği bu yükümlülük sonucu, devlet organları keyfi hareket edemez¹⁰⁰⁴. Yine gerekçenin bireyler açısından getirdiği bu hak dolayısıyla da, bireyler işlemin nedenini öğrenebilmektedirler. Gerekçe bu yükümlülüğü ve bu menfaati tam manasıyla yerine getirebilmesi için, tam bir gerekçe olmalıdır. Tam bir gerekçe ise; işlemin asıl nedenini, gerçekte bu işlemin yapılma sebebini anlatan; buna karşılık, basmakalıp ve soyut ifadeler içermeyen beyanlardır¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Cilt: 8, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 154

¹⁰⁰¹ Aşçıoğlu, s. 154-155

¹⁰⁰² Medeni yargılamada gerekçeli karar ile ilgili olarak bkz.: Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 753 vd.; Ertuğrul Uzun, “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, Sayı: 7, 2007/2, s. 359 vd.; Hüseyin Turan, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekçe”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 3, s. 393 vd.; Mehmet Akif Tutumlu, *Hukuk Yargılamasında ve Gerekçeli Karar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 63 vd.

¹⁰⁰³ Aşçıoğlu, s. 154

¹⁰⁰⁴ Aşçıoğlu, s. 157

¹⁰⁰⁵ Aşçıoğlu, s. 155

İcra hukuku bireylerin hukuki sahalarına müdahale eden bir hukuk alanıdır. Bununla birlikte, 6352 sayılı kanun ile getirilene kadar, icra dairelerinin işlemlerinin gerekçeli olması zorunluluğu düzenlenmemiştir. 6352 sayılı kanun ile, İİK m. 8'e yapılan ekleme ile artık, icra daireleri verdikleri kararların gerekçesini yazarak bu gerekçeli karara dayanarak işlem yapmalıdırlar (İİK m. 8/3)¹⁰⁰⁶. İcra müdürünün takdir yetkisi olan hallerde; icra müdürüne getiren bu yükümlülük son derece önemlidir. Zira kanun koyucu belli sınırlar çerçevesinde olsa bile, icra müdürünü serbest bırakmıştır. Bu serbestlik, şüphesiz keyfî davranmayı gerektirmez. Ancak bunun anlaşılması ise her zaman işlemin kendisinden veya ortaya çıkardığı sonuçtan ortaya konulamayabilir. İşte bu halde artık takdir yetkisinin neden o şekilde kullanıldığının cevabı olan, gerekçe devreye girer. Örneğin, bugün için bizim de kabulümüze göre borçlunun televizyonu haczedilememelidir (İİK m. 82/1-3)¹⁰⁰⁷. Ancak icra müdürü bu eşyalardan aynı amacı yerine getiren başka bir eşya varsa, bu takdirde haczedebilir. Örneğimizde de, borçlunun iki tane televizyonu olduğu için, icra müdürü haciz yapmış olabilir. İşte bu durum haciz tutanağındaki televizyonu haczetme kararının gerekçesinden anlaşılır.

İcra müdürünün yapmış olduğu işlemler hakimın yaptığı gibi bir yargılama faaliyeti niteliğinde değildir. Dolayısıyla, icra müdürünün yaptığı işlemin gerekçesinin, medeni yargılama hukukuna hakim olan hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru, "dikkate alınma hakkı"¹⁰⁰⁸ ile birebir örtüşmez. Zira taraflar iddia ve savunmalarını icra müdürü önünde ortaya koymazlar. İcra müdürü, takdir yetkisi tanındığı hallerde icra hukukunda olan ilkelerden biri "resen harekete geçme" gereği, takdir yetkisini resen kullanır¹⁰⁰⁹. Bu konuda tarafların her hangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Zira kanun icra müdürüne takdir yetkisini kullanmasını yüklemiştir. Aksi halde hiç kullanılmayan takdir yetkisi kuralı nedeniyle, kanuna aykırılık mefhumu ile şikayete konu olur (İİK m. 16/1)¹⁰¹⁰. Zira icra müdürü kanunu uygulamayarak, kanuna aykırı davranmıştır.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken, gerekçeli karar vermesinin hukuki nedeni tam olarak hukuki dinlenilme hakkı olmasa da, kanunun hükmü amirdir. İİK m.

¹⁰⁰⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 56; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

¹⁰⁰⁷ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 279

¹⁰⁰⁸ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s. 332

¹⁰⁰⁹ Özkes, *Temel Haklar*, s. 78

¹⁰¹⁰ Postacıoğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *El Kitabı*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31

8/3 hükmü icra müdürüne bir ödev yüklemektedir: yapılan işlemler gerekçeli olmalıdır. Gerekçeli işlemin takibin tarafları ve takibe taraf olmayan ilgililer açısından, takdir yetkisini kullanan icra müdürü açısından ve nihayet icra mahkemesi açısından faydası vardır. Tüm bu faydalar karşısında icra müdürünün gerekçeli takdir yetkisi kullanması zorunludur.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken, gerekçeli işlem yapması en başta takibin tarafları için koruma sağlar. Taraflar icra müdürünün takdir yetkisini neden o şekilde kullandığı hakkında bilgi sahibi olurlar. Tam bir gerekçe tereddütleri giderir ve tarafları ikna eder. Buna rağmen de halen söz konusu yetki kullanımını sorunlu görüyorlarsa, şikayet yoluna başvurabilirler. Gerekçeli takdir yetkisi kullanımı, bazen o kadar geniş çerçevede fayda sağlar ki, sadece takibin tarafları değil üçüncü kişileri de korur. Borçlunun haline münasip evinin haczedilememesinde ve maaş ve ücret haczinde borçlunun aile üyelerinin düşünülerek takdir yetkisinin kullanılmaması halinde bu kişilerin de şikayet hakkı doğar¹⁰¹¹. Gerekçe takibin tarafları gibi üçüncü kişiler içinde bilinirlik sağlar.

İcra müdürünün takdir yetkisini gerekçeli olarak kullanması, icra müdürü için de bir koruma sağlar. Gerçekten icra müdürü yaptığı takdiri işlem ile, gerekçe olmadan, tam manada kendi düşüncesini ortaya koyamaz. Örneğin iki televizyonu olan borçlunun bir televizyonunu veya borçlunun maaşının 1/4'ünü haczetmesi, ödeme emrini borçluya kanuni sürenin son günü olan üçüncü gün göndermesinde; başta bakıldığında hep bir hukuka aykırılık var gibidir. Halbuki borçlunun iki televizyonu olduğu için birinin haczedilmesi; borçlunun aile üyelerinin ihtiyaçlarının çok olması ve buna karşılık maaşın düşük olması ve nihayet ödeme emrini icra müdürünün iş yoğunluğu nedeniyle son güne bırakması hep birer haklı nedendir. Bu haklı nedenler ise işlemin kendisinde izah edilemez, anlaşılmaz. Tek anlaşılabilecek yer ise işlemlerle ilgili alınan kararın gerekçesidir. O halde icra müdürü, kendi niyetini, maksadını kararların kanuni gerekçesini ve hadiseye uygunluğunu ifade etmek için, gerekçeli takdir yetkisi kullanılması konusunda son derece hassas olmalıdır. Diğer taraftan, şikayet incelemesini yapan icra mahkemesi, bu denetimi gerekçe sayesinde kolaylıkla yaparak

¹⁰¹¹ Pekcanitez, *Şikayet*, s. 105; Özekes, *Temel Haklar*, s. 179

duruşma olmaksızın kararını verebilir¹⁰¹². İşlemin haklılığına gerekçe sayesinde kanaat getirmiş taraflar ise, bu nedenle şikayet yoluna gitmeyerek takiplerin sonuçlanma süreleri kısılacağı gibi icra mahkemesinin iş yoğunluğu da azalacaktır.

§ 21. TAKDİR YETKİSİNİN YANLIŞ KULLANILMASINDAN ÖTÜRÜ BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

İcra müdürünün takdir yetkisini yanlış kullanmasından ötürü, başvurulabilecek hukuki yollar çeşitlilik göstermektedir. Bunun nedeni; icra müdürünün niteliği, yapılan işleme kanunun bağladığı sonuçlar olarak sayılabilir.

İcra müdürünün işlemlerine karşı; devlet memuru olması nedeniyle cezai sorumluluğu bir tarafa¹⁰¹³; İİK m. 5 uyarınca devlete karşı tazminat davası¹⁰¹⁴, İİK m. 13 uyarınca adalet müfettişleri ve Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılan denetim¹⁰¹⁵, icra müdürünün memur olması nedeniyle disiplin yolu denetimi¹⁰¹⁶ ve nihayet icra hukukuna özgü olarak şikayet yolu ile denetim¹⁰¹⁷ imkanı mevcuttur.

I. GENEL OLARAK

İcra müdürünün takdir yetkisini yanlış kullanmasından dolayı, ilgililer maddi bir zarar görmüş olabilirler. Örneğin icra müdürü borçlu ile aynı isimde olan üçüncü bir kişinin evine gidip mallarını haczetmiş olabilir. Ya da icra müdürü kıymet takdirini yanlış yaparak, borçlunun haddinden daha fazla malını haczetmiş (İİK m. 85/1) olabilir. Tüm bu hallerde ilgililerin zarar görmesi ihtimal dahilindedir. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak İİK m. 5 hükmünü ihdas etmiştir¹⁰¹⁸. Buna göre; *“İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak*

¹⁰¹² Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 105; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 144: “Tetkik mercii, olayın özelliği ve şikayet nedenlerine göre, takip dosyasında usulüne göre tanzim edilmiş zabıtarlar ve dosyanın içeriğine göre, şikayeti kesin olarak çözümleyebilecek ise, duruşma yapılmaksızın şikayeti karara bağlar.”

¹⁰¹³ Kuru, *Cilt I*, s. 86; Kuru, *El Kitabı*, s. 95; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 66; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 112; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 43

¹⁰¹⁴ Üstündağ, s. 39 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 81 vd.; Kuru, *El Kitabı*, s. 92 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 63 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 110 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 43

¹⁰¹⁵ Saldırım, s. 138 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 66; Kuru, *El Kitabı*, s. 82; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 54; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 122

¹⁰¹⁶ Postacıoğlu, s. 38-39; Kuru, *Cilt I*, s. 86; Kuru, *El Kitabı*, s. 95; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 66; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 112; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 43

¹⁰¹⁷ Postacıoğlu, s. 57 vd.; Üstündağ, s. 44 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 87 vd.; Kuru, *El Kitabı*, s. 96 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 67 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 123 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 30 vd.

¹⁰¹⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 81; Kuru, *El Kitabı*, s. 92; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 63; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 111; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 43

idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.” Maddenin düzenlemesi gereğince, icra müdürünün hatalı kullandığı takdir yetkisi kusuruna dayanıyorsa; devlet aleyhine tazminat davası açılabilir¹⁰¹⁹. Devlet zararın meydana gelmesine neden olan icra müdürüne rücu edebilir.

İİK m. 5 uyarınca tazminat davası açılması icra memurunun görev ile ilgili verdiği zararlardan ötürüdür. İcra memuru görevinin dışında borçluya zarar verirse, tazminat davası devlet aleyhine açılmayıp, doğrudan zarar veren icra memuruna karşı açılır¹⁰²⁰. İcra müdürü de takdir yetkisini kullanırken eğer yetkisinin sınırlarını kasten aşarak borçluya zarar veriyse tazminat davası icra müdürünün bizzat kendisine açılması gerekir. Örneğin İİK m. 80/4 gereği zor kullanma yetkisi bulunan icra müdürü¹⁰²¹ borçluyu döverse bu eyleminden ötürü bizzat icra müdürüne tazminat davası açılmalıdır¹⁰²².

İcra müdürünün takdir yetkisini yanlış kullanmasından ötürü başvurulabilecek diğer bir yol, icra müdürünün memur olması nedeniyle disiplin sorumluluğu yolu ile icra mahkemesi tarafından denetlenmesidir. İcra müdürünün yerine getirmiş olduğu hizmetin önemi ve geniş anlamda adli fonksiyona ait bir işi yerine getiriyor olmasına rağmen; Adalet Bakanlığı’nın taşra teşkilatında yer alır. Yani hiyerarşik olarak Adalet Bakanlığına bağlıdır. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği¹⁰²³ gereğince, icra müdürünün disiplin amiri icra mahkemesi hakimidir. Buna göre adı geçen yönetmelik m. 5 vd. hükümleri uyarınca, 657 sayılı DMK’da yer alan disiplin cezaları, icra müdürüne verilebilir. İcra mahkemesi hakimi, icra müdürünün takdir yetkisinin kullanımının disiplin hukuku açısından yerinde ve kanun açısından uygun olmadığını düşünüyorsa, hakkında disiplin

¹⁰¹⁹ 3222 sayılı kanun 1. maddesi ile, İcra ve İflas Kanunu m. 5’te değişiklik yapılmıştır. Buna göre değişiklik yapılmadan önce, sorumluluk davası, bizzat icra müdürüne açılabilirdi. Eğer icra müdürü sorumluluk davası sonucunda bunu ödeyemezse, Devletin sorumluluğu ancak bu takdirde gündeme gelebilirdi. 3222 sayılı kanun değişikliği için bkz.: Resmi Gazete 15.06.1985, Sayı: 18785, s. 27, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18785.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18785.pdf> Erişim Tarihi: 10.05.2013

¹⁰²⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 110

¹⁰²¹ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

¹⁰²² Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 110

¹⁰²³ Resmi Gazete 30.05.1999, Sayı: 23710, s. 20 vd., İnternet Erişimi İçin bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23710.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23710.pdf> Erişim Tarihi: 10.05.2013

soruşturması açabilir ve gerekirse disiplin cezası verebilir (Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği m. 11).

İcra müdürünün disiplin amiri olmamakla birlikte, İİK m. 13 hükmü gereğince Cumhuriyet Savcılarının da icra müdürünü belli hususlarda denetleme yetkisi bulunmaktadır. Cumhuriyet Savcısının icra müdürünü denetlemesinin kaynağı İİK m. 13'tür. Denetimde İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği m. 104'deki hususları göz önünde bulundurulur. Bu maddeye baktığımızda icra müdürünün takdir yetkisinin denetimine konu olacak iki hususun olduğunu görebiliyoruz. İcra müdürünün takdir yetkisinin süreye ilişkin olduğu alanlardan: İİK m. 9 (Yönetmelik m. 104/1-e), İİK m. 79/1 (haczin kanundan belirtilen sürede yapılması), İİK m. 106/1 (taşınırların satışının talepten itibaren iki ay içinde yapılması), İİK m. 123/1 (taşınmazların satışının talepten itibaren üç ay içinde yapılması) hususları (Yönetmelik m. 104/1-h); Cumhuriyet Savcısının denetimi içindedir. Buna göre, alacaklının haczedilen taşınır satışının talebinden itibaren kural olarak, iki ay içinde (İİK m. 106/1) satış yapılmazsa, kanuna uygun hareket edilmemiş olur. İcra müdürünün de Cumhuriyet Savcısı tarafından denetimi gündeme gelir¹⁰²⁴.

II. İCRA HUKUKUNA ÖZGÜ ŞİKAYET YOLU

İcra müdürünün yetkisi kanundan kaynaklanır. Başka bir deyişle, icra müdürü kanunda olmadan kendisini yetkili görüp herhangi bir işlem yapamaz. Bu durum cebri icra hukukunun en temel ilkesi olan kanunilik ilkesinin bir gereğidir¹⁰²⁵. Kanun icra hukukunun ve icra müdürünün yaptığı işlemlere özel bir önem atfederek, icra hukukuna özgü şikayet yolunu getirmiştir (İİK m. 16 vd.)¹⁰²⁶. Buna göre icra müdürünün yaptığı takip işlemlerine karşı kanunda belirtilen nedenlerden biri ile icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurulabilir.

İcra müdürünün yapmış olduğu işlemler; kanuna aykırı olması, hadiseye uygun bulunmaması, işin sebepsiz sürüncemede bırakılması ve verilen bir görevin yerine

¹⁰²⁴ Saldırım, s. 138 vd.; Kuru, *Cilt I*, s. 66; Kuru, *El Kitabı*, s. 82; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 54; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 122

¹⁰²⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 87; Özekes, *Temel Haklar*, s. 90

¹⁰²⁶ Postacioğlu, s. 57; Üstündağ, s. 44; Kuru, *Cilt I*, s. 87.; Kuru, *El Kitabı*, s. 96; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 67; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 123; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 30; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 20

getirilmemesi nedenlerinden birine dayanılarak şikayet edilebilir¹⁰²⁷. Takdir yetkisine ilişkin olarak; icra müdürü, kanunda kendisine takdir yetkisi verilen bir hüküm olmasına rağmen bunu yerine getirmezse veya takdir yetkisini kanunda belirtilen sınırlara riayet etmeden kullanırsa, “kanuna muhalif olması” nedeniyle söz konusu işlem şikayete konu olur. Kanuna aykırılık, icra müdürünün kanunda kendisine verilen bir görevi yerine getirmemesi veya kanundaki yetkisinin sınırlarının aşılması şeklinde olabilir. Kanuna aykırılık, kanunda hiçbir yetki verilmemesine rağmen, yetki varmış gibi davranılmasını da kapsadığı için; icra müdürüne takdir yetkisi tanınmadan varmış gibi kullanması da, “kanuna muhalif olması” nedeniyle şikayet sebebi olur (İİK m. 16/1)¹⁰²⁸.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken yaptığı işlem, olayın özelliklerine uygun olmazsa, “hadiseye uygun davranmama” nedeniyle şikayete konu olabilir¹⁰²⁹. Haczedilmezlik kuralını (İİK m. 82) olayın şartlarına tam olarak adapte edemediyse; taşınmazın satışını üç aylık kanuni sürenin içinde bir sürede yapmış, ancak daha da erken bir zaman diliminde yapabilecekse; kıymet takdirini (İİK m. 87) borçlunun eşyalarının değerinin çok altında olarak takdir ettiyse “hadiseye uygun takdir yetkisi kullanılmaması” nedeniyle şikayet edilebilir.

Gerek kanuna aykırılık gerekse, hadiseye uygun kullanılmayan takdir yetkisi şikayete konu olabilir. İcra mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda; kanuna rağmen yerine getirilmeyen takdir yetkisinin yerine getirilmesini emredebilir; kanuna dayanmayan keyfi yetki kullanımını iptal edebilir; olaya uygun kullanılmayan bir takdir yetkisini iptal edebilir veya düzelterek değiştirebilir¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ Postacıoğlu, s. 59-60; Üstündağ, s. 47-48; Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 97-98; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 68-69; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126-128; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31-32; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57 vd.; İbrahim Akın ve Tansu Akın, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikayet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997, s. 60 vd.

¹⁰²⁸ Postacıoğlu, s. 59-60; Kuru, *Cilt I*, s. 89; Kuru, *“El Kitabı”*, s. 89-90; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 126; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 31; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 57; Akın ve Akın, s. 61

¹⁰²⁹ Postacıoğlu, s. 60-61; Kuru, *Cilt I*, s. 90; Kuru, *El Kitabı*, s. 98; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 68; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 31; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 60; Akın ve Akın, s. 89

¹⁰³⁰ Üstündağ, s. 54; Kuru, *Cilt I*, s. 103-104; Kuru, *El Kitabı*, s. 106; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 139-140; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 38; Pekcanitez, *Şikayet*, s. 158-160; Akın ve Akın, s. 120-121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA VE İFLAS KANUNUNDA İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

İcra müdürüne yetki veren hükümler İcra ve İflas Kanunu'ndan ibaret olmayıp, diğer kanunlarda da icra müdürüne yetki verilen haller mevcuttur. Ancak bu bölümde, İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde icra müdürüne takdir yetkisi veren hükümler incelenecektir. Çalışmamızın konusu “İcra Müdürünün Takdir Yetkisi” olduğu için, iflas hükümleri kapsam dışında kalmaktadır.

Yapılacak inceleme kanunumuzun icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan maddelerini madde sırası ile olacaktır. Bu yapılırken, maddelerin tümünden anlatılması yoluna gidilmeyecek; bu çalışmada ortaya konulan esaslar çerçevesinde takdir yetkisinin tespiti, hangi alana ilişkin olduğu, uygulanmasında gerekli oldukça dikkate alınacak temel ilkelere yer verilecektir.

§ 22. TEŞKİLAT VE MUHTELİF HÜKÜMLERDE (BİRİNCİ BAP, İİK m. 1-23) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

I. İİK m. 8, TUTANAKLAR

Her bir icra işi için dosya açılarak, bu icra işlemiyle ilgili tutanak ve belgeler dosya içine konulur (Yönetmelik, m. 16)¹⁰³¹. Ayrıca icra daireleri kendilerine yapılan tüm talepler ile yaptıkları işlemler için tutanak tutarlar (İİK m. 8). Bu tutanakların iki işlevi vardır. İcra tutanakları alenidir ve bu tutanaklar resmi belge olarak ispat gücüne sahiptirler¹⁰³². Bu tutanakları ilgililerin görebilmesi ve örneğini alabilmesi (İİK m. 8/3), tutanakların aleni olmasının sonucudur. Bununla birlikte tutanakları görebilecek ve örneğini alabilecek kişiler açısından kanun “ilgili” olmaları şartını koymuştur. İcra

¹⁰³¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 103

¹⁰³² Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

müdürü tutanakları görmek isteyen kişinin “*hukuken korunmaya değer özel ve güncel bir menfaatinin*” olup olmadığının takdirini yaparak, tutanakları talep eden kişiye gösterebilir¹⁰³³.

II. İİK m. 8/a, ELEKTRONİK İŞLEMLER

Günümüzün teknolojik gelişmeleri yadsınamaz bir gerçek haline gelmiştir. Bugün için, teknolojinin getirdiği imkanlardan neredeyse yararlanmayan yok gibidir. Devlet de bu gelişmeye yabancı kalmamış, özellikle zikredeceğimiz, adalet hizmetlerinin görülmesinde UYAP sistemini hayata geçirmiştir. Buna göre, dava ve takip evrakları elektronik ortamda tutulup gerekirse ilgili birimlere iletilir. Cebri icra uygulamamız açısından da 6352 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle; İcra ve İflas Kanunu’muza 8/a maddesi eklenmiştir¹⁰³⁴. Buna göre, icra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü işlem, UYAP vasıtasıyla bu sisteme işlenir, aktarılır ve kaydedilir. Bu maddenin getirdiği kolaylık ile artık avukatlar bürolarından bilgisayarları vasıtasıyla takipte bulunabilecek; başlamış olan takibin UYAP üzerinden takibini yapabileceklerdir¹⁰³⁵.

Söz konusu maddenin gereği olarak; her türlü veri ve bilgi girişinin ve muhafazasının, elektronik ortamda yapılması zorunludur (İİK m. 8/a-1). Bununla birlikte zorunlu nedenlerin varlığı halinde, fiziki olarak tutulabilir. Ancak daha sonra bu zorunlu halin ortadan kalkmasıyla, UYAP sistemine güvenli elektronik imza ile imzalanarak kaydedilir. Bu şekilde UYAP sistemine aktarılan veriler gerektirse ilgili yerlere de iletilir (İİK m. 8/a-3)¹⁰³⁶. İşte icra müdürünün takdir yetkisi de buradadır. İcra müdürü hangi hallerde UYAP sistemine değil de, fiziki ortamda yazılması gerektiğini, yani zorunlu nedenlerin neler olduğunun takdirini yapmalıdır. Örneğin; UYAP sisteminin elektronik bir takım arızalardan dolayı açılmaması veya haciz mahalinde tutulan haciz tutanağının fiziki ortamda tutulması¹⁰³⁷ ilk akla gelendir. Bununla birlikte başka hallerde bulunabilir. İcra müdürü bu hallerin takdirini yapacaktır. İkinci olarak: bu maddede, icra müdürüne fiziki olarak tutulmuş; daha sonra UYAP sistemine aktarılmış verilerin, ilgili yerlere iletilmesinin, gerekip gerekmediğinin takdirini yapma yetkisi verilmiştir.

¹⁰³³ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104; Özsumcu, s. 503

¹⁰³⁴ Resmi Gazete Tarihi: 05.07.2012, Resmi Gazete Sayısı: 28344

¹⁰³⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 105

¹⁰³⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 106

¹⁰³⁷ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 106

Bu maddenin icra müdürüne takdir yetkisi verdiği üçüncü ve son hal ise; maddenin dördüncü fıkrasındadır. Söz konusu fıkra göre; “*Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hâllerde, icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, imzalanır ve mühürlenir*¹⁰³⁸.” Bu fıkra göre icra müdürü elektronik ortamdan veri çıkarılmasını gerektiren hallerin takdirini yapar; gerektiğine karar verdiği konularda da, belgenin aslının aynı olduğunu belirterek, imzalayıp mühürler.

III. İİK m. 9, PARANIN ÖDENMESİ VE DEĞERLİ EŞYANIN MUHAFAZASI

6352 sayılı kanunla İcra ve İflas Kanunu’nda değişiklik yapılan maddelerden biri, icra dairesine yapılan ödemeler konusundadır. İcra müdürü borçlunun mallarını alacaklının menfaatine olarak haczeder. İcra müdürü haciz sırasında yapılan bu ödemeleri de kabul eder. Bununla birlikte İİK m. 9/1 gereğince, bu parayı haczin yapıldığı günü izleyen ilk iş günü mesai bitimine kadar Adalet Bakanlığı’nın uygun gördüğü bankaya yatırır¹⁰³⁹. Kanun icra müdürüne kısa süreli de olsa süreye ilişkin olarak takdir yetkisi vermiştir. Her ne kadar işlem emredici olsa da; icra müdürü hacizden sonraki iş günü içinde mesai bitimine kadarki zaman diliminin hangisinde yatıracağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İİK m. 9/2’de de icra müdürüne süreye ilişkin olarak takdir yetkisi verilmiştir. İşlem emredicidir. İcra müdürü ilgilisinin gösterdiği hesaba (Örneğin İİK m. 58/2-1), aktarılmak üzere; icra müdürü resen bankaya talimat verir. Bu talimat, paranın icra dairesi hesabına yatırılmasını izleyen üç iş günü sonuna kadar olmak zorundadır.

İİK m. 9’da süreye ilişkin olarak takdir yetkisi verilen bu iki hal, anayasal ilkeler açısından adil yargılanma hakkına uygun olarak kullanılması gerekir. Zira adil yargılanma hakkının bir gereği de makul sürede yargılama yapılmasıdır. O halde özellikle ikinci fıkrada takdir yetkisinin üç gün ile sınırlı olması; bu zaman diliminde makul olan en uygun ve erken zamanda işlemin yapılması gerekir. Aksi durum en başta adil yargılanma hakkını ihlal eder¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 106

¹⁰³⁹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 58; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 108

¹⁰⁴⁰ Adil yargılanma hakkının bir unsuru da makul sürede yargılanmaktır. Buna göre, hakkı ihlal edilen kişi, devletin yetkili mahkeme ve icra organlarına başvurduğunda, makul bir süre sonunda

Son olarak, İİK m. 9/3 gereğince; icra müdürü aldığı kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında tutmaları kuraldır¹⁰⁴¹. Ancak zorunlu hallerin varlığı halinde, kiralanacak banka kasalarında muhafaza ederler. Kanun bu fıkra, belirsiz kavramlar ile takdir yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte işlem emredicidir. Başka bir deyişle; icra müdürü, “bir hali” zorunlu olarak söz konusu değerli eşyaların, icra dairse kasasında tutulmasına engel gördüyse, artık banka kasasında tutulması zorunludur.

IV. İİK m. 10, İŞ GÖRME MEMNUIYETİ

İcra müdürünün yerine getirmiş olduğu kamu hizmetinin niteliği gereği, sıradan bir memura göre, üstün yetkileri (İİK m. 80, 85 gibi) bulunmaktadır. Buna karşılık, yine yerine getirmiş olduğu kamu hizmetinin gereği olarak, kanun belli kişilerin işlerini yapmamayı icra müdürüne yüklemiştir. Adaletin gerçekleşmesinde, duruma göre, mahkemelerin kararlarına icra gücü kazandıran icra müdürü; bu nitelikteki bir işinden dolayı, cebir gücünü elinde bulundururken, bazı yasaklarla karşı karşıyadır. İİK m. 10’da düzenlenen “İş görme memnuiyeti” bunlardan biridir. Maddeye göre icra müdürü, maddede sayılan kişilerin menfaatine olan bir takip işlemini yapmayıp; durumu derhal icra mahkemesine haber vermeye mecburdur¹⁰⁴².

Bu maddenin icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kısmına gelince: icra müdürü, maddede geçen kişilerin, “menfaatine olan durumlarda” bu işi yapmayıp icra mahkemesine haber vermesi gerekirken; söz konusu kişilerin menfaatine olup olmadığının takdirini yapar. Örnek vermek gerekirse, icra müdürünün yapacağı takip işlemi, eşinin menfaatine oluyorsa, bu halde o işlemi yapmayıp derhal icra mahkemesine haber vermelidir. “Menfaatine olan işlerin” ne olduğu sorusunun cevabını icra müdürü takdir yetkisini kullanarak cevaplandırır. Kanaatimizce bu maddenin yasakladığı işlemler açısından, söz konusu kişilerin mutlaka takibin tarafı olmasına gerek olmadığıdır. Zira maddede menfaat kelimesi kullanılmıştır. Eğer dar manada, sadece takibin tarafı olmayı kastetseydi, bu şekilde yazılırdı¹⁰⁴³.

hakkına kavuşabilecektir. Makul süre, işlemlerin çabucak, alalade yapılması değildir. Etkin hukuki korunma doğrultusunda, gereken maksimum süratle işlemlerin yapılması gerekir. Kanun, icra müdürüne süreye ilişkin takdir yetkisi verdiği hallerde; icra müdürü, adil yargılanma hakkının bu unsuru ekseninde karar vermelidir. Bu konuda bkz. Yuk. § 10, II.

¹⁰⁴¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd, s. 107

¹⁰⁴² Kuru, *Cilt I*, s. 78; Kuru, *El Kitabı*, s. 90; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 109

¹⁰⁴³ Kuru, *Cilt I*, s. 78

**§ 23. İLAMLARIN İCRASI BÖLÜMÜNDE (İKİNCİ BAP, İİK m. 24-41)
İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER**

I. İİK m. 24, TAŞINIR TESLİMİ

Konusu bir taşınırın teslimi olan ilamı alan icra müdürü, borçluya gönderdiği icra emrinde; söz konusu taşınırı yedi gün içinde teslim etmesi gerektiğini yazar (İİK m. 24/1)¹⁰⁴⁴. Maddenin düzenlenişi itibarıyla, taşınırın veya mislinin borçlunun elinde olup olmamasına göre, ikili bir ayırım yapılmıştır. Eğer taşınır borçlunun elinde ise zorla alınır (İİK m. 24/3)¹⁰⁴⁵. Taşınır borçlunun elinde değilse taşınır malın bedeli konusunda takdir yetkisi olabilir. Şöyle ki: taşınır, borçlunun elinde değil ve ilamda da taşınırın değeri yazmıyor veya taraflar değeri konusunda anlaşılamamışlarsa; icra müdürü bu malın değerini takdir eder¹⁰⁴⁶. Buna göre İİK m. 24/4 gereğince, icra müdürü kanunun açık ifadesi ile takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte işlem emredicidir. Başka bir deyişle; taşınırın değerinin ilamda yazmaması halinde, icra müdürü malın değerini takdir etmek zorundadır¹⁰⁴⁷.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan bu hüküm; takdir yetkisinin kullanması açısından iki özel sınır getirmiştir. İlk olarak; icra müdürünün takdir ettiği değer, haczin yapıldığı tarihteki rayiç değere göre olmalıdır. Bu konuda alacaklının mülkiyet hakkının korunduğunu görüyoruz. İcra müdürünün haciz zamanındaki değer üzerinden malı değerini takdir etmesi, alacaklının hakkını korur¹⁰⁴⁸. İkinci olarak; kanun İİK m. 24/5 ile de, takdir yetkisinin kullanılması usulü hakkında özel bir sınır daha koymuştur. Buna göre, takdir edilecek mal, borsada veya ticaret odalarında kayıtlı ise buralardan; eğer kayıtlı değilse, icra müdürü malın takdirini, başvuracağı bilirkişiden alacağı cevaba göre

¹⁰⁴⁴ Kuru, *Cilt III*, s. 2312; Kuru, *El Kitabı*, s. 820; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 407; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 462

¹⁰⁴⁵ Kuru, *Cilt III*, s. 2315; Kuru, *El Kitabı*, s. 820; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 408; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 462

¹⁰⁴⁶ Kuru, *Cilt III*, s. 2322; Kuru, *El Kitabı*, s. 822; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 408; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 462

¹⁰⁴⁷ Taşınır teslimi konulu bir ilamı alan icra müdürü, borçlunun elinde o malın veya mislinin bulunmaması halinde, malın değerini takdir edecektir. Malın değerinin takdir edilmesi ilama aykırılık teşkil etmez. Kanun bu yetkiyi icra müdürüne vermiştir. Kanunda kaynaklı bu yetkinin kullanılması, taşınır teslimini konu alan ilama aykırı olmaz. Bu yönde bkz. YHGK 08.07.2009, E. 2009/12-244, K. 2009/316, Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Dergisi, Sayı:14, s. 525 vd.; Aynı karar için bkz: Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 462

¹⁰⁴⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Kanun*, s. 55, dn. 2: “Taşınır malın değeri ilamda yazılı değil veya taraflar arasında ihtilaflı ise, icra müdürü tarafından takip tarihindeki değerinin esas alınması şeklindeki kural, para değerindeki düşüş nedeniyle alacaklının zararına sonuçlar doğurması nedeniyle ‘haczin yapıldığı tarih’ olarak değiştirilmiştir. Böylece, taşınır teslimine ilişkin takip sonunda takip konusu taşınır malı teslim alamayan alacaklının, bu malın değerine eşit bir parayı alabilmesi amaçlanmıştır (Hükümet Gerekçesi).”

yapar¹⁰⁴⁹. İcra müdürü İİK m. 87’de olduğu gibi malın değerini bilirkişiye yaptıramaz. Zira kanun ona bu şekilde bir yetki vermemiştir. O ancak, bilirkişinin raporunu dikkate alarak, malın takdirini yapar. Bu hükümle yine alacaklının mülkiyet hakkı korunmaktadır. Zira, malın değeri, gerçek değerine ne kadar yakın takdir edilirse, alacaklı o nispette para alacaktır. Eğer eksik bir bedel takdir olunursa da, alacaklının hakkı ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, icra müdürü malın değerini kendisi takdir edecekse de; bunu yapmadan önce, borsadan veya ticaret odalarından; mal buralarda kayıtlı bir mal değilse de, bilirkişiden rapor alarak, takdir yetkisini kullanmalıdır.

II. İİK m. 30, BİR İŞİN YAPILMASINA VEYA YAPILMAMASINA DAİR İLAMLARIN İCRASI

İİK m. 30 uyarınca bizim görebildiğimiz kadarıyla kanun koyucu icra müdürüne üç ayrı takdir yetkisi vermiştir.

Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair ilamların icrası için, icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde, bir icra emri tebliğ eder. Bu icra emrinde ilamda yazan süre içinde borçlunun işe başlaması ve bitirmesi gerektiği yazılır. Eğer ilamda herhangi bir süre belirtilmediyse; icra müdürü işin mahiyetine göre başlama ve bitirme süresi yazar (İİK m. 30/1)¹⁰⁵⁰. İİK m. 30/1 gereğince icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Bu madde, icra müdürüne “işin mahiyetine göre” belirsiz kavramını somut olay açısından belirli hale getirmesi konusunda takdir yetkisi vermiştir. Bununla birlikte işlem emredicidir. Başka bir deyişle, ilamda işin başlama ve bitirme süresinin yazmaması halinde icra müdürü, bu süreyi takdir yetkisi ile belirler. Söz konusu işin yapılmasına (başlama ve bitirme süresi) elverişli bir takdir yetkisi kullanılmaması halinde, “hadiseye uygun kullanılmayan takdir yetkisinden” bahsedilebilir¹⁰⁵¹.

İkinci olarak İİK m. 30/2 gereğince, iş başka bir kişi tarafından yapılacak işlerden olursa ve bu işin başkası tarafından yapılmasına alacaklı muvafakat verirse; masrafları nihayetinde borçludan alınmak üzere bir başkasına yaptırılabilir¹⁰⁵². İcra müdürüne işin başkası tarafından yapılabilir olup olmadığını takdir etme yetkisi

¹⁰⁴⁹ Kuru, *Cilt III*, s. 2322; Kuru, *El Kitabı*, s. 822; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 408; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 462

¹⁰⁵⁰ Üstündağ, s. 376; Kuru, *Cilt III*, s. 2355; Kuru, *El Kitabı*, s. 830; Kuru, *İcra Ders Kitabı*, s. 414; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 468; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 322

¹⁰⁵¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 126

¹⁰⁵² Üstündağ, s. 377; Kuru, *Cilt III*, s. 2357; Kuru, *El Kitabı*, s. 832; Kuru, *İcra Ders Kitabı*, s. 415; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 468; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 323

vermiştir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, alacaklının muvafakat vermesiyle bağlıdır. Başka bir deyişle: kendisi, işin başkası tarafından da yapılabilir bir iş olduğuna kanaat getirirse veya bu yönde takdir yetkisi kullanmış olsa bile; kanun ikinci bir şart olarak alacaklının da rızası olması halinde başka bir kişiye yaptırılabilceğini düzenlemektedir. Bunun basit bir nedeni olabilir: icra müdürü, her ne kadar işin başkası tarafından yapılabilceğine kanaat getirirse de; esasında bu belirlemenin sübjektif yönü de vardır. Yani genelde bir resim yapılması şahsa sıkı sıkıya bağlı iken; bir evin yapılması bağlı değildir. Ancak bunun tersi de olabilir. Yani, borçlu müteahhit öylesine titiz çalışıyordur ki, alacaklı özellikle onunla sözleşme yapmıştır. İşte kanun bunu göz önünde tutmuş olacak ki; icra müdürünün takdir yetkisinin o yönde kullanmasının sonuç doğurmasını alacaklının rızasına bağlamıştır.

Üçüncü olarak; İİK m. 30/4, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair ilam hükmü yerine getirildikten sonra; borçlu ilamı ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, icra müdürü tekrar ilama gerek olmaksızın önceki ilam hükmünü tekrar yerine getirir¹⁰⁵³. Kanun bu fıkra ile icra müdürüne “yapılan eylemin ilamın hükmünü ortadan kaldırmaya yönelik olup olmadığının” takdir edilmesi yetkisini vermiştir. Özellikle yapmama ilamlarında, ilamın etkililiği konusunda süreklilik olmalıdır. Başka bir deyişle, borçlunun bir konu hakkında yasaklı olması süreklidir. Dolayısıyla eğer bu sürekliliği bozarsa, tekrar hüküm alınmasına gerek olmaksızın, icra müdürü hükmü yerine getirir. İşte bunun olup olmadığının takdiri icra müdüründedir.

III. İİK m. 25, 26 ve 31/a, HAKLI NEDEN KAVRAMI

İcra ve İflas Kanunumuzda 24 vd. maddelerde, ilamların icrasına yer verilmiştir. Bu başlık altında; İİK m. 25 çocuk teslimi, İİK m. 26 taşınmaz tahliye ve teslimi ve İİK m. 31/a gemiler ve bunlarla ilgili aynı haklara ilişkin ilamların icrasında, kanunun icra müdürüne, ortak kavramla takdir yetkisi tanımıştır. Maddelerin her biri farklı konuları düzenlemektedir. Söz konusu maddelerde de (İİK m. 25/2, İİK m. 26/3 ve İİK m. 31/a-5), “haklı neden” kavramına yer vererek icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü söz konusu ilamı yerine getirdikten sonra borçlu haklı bir neden olmaksızın

¹⁰⁵³ Üstündağ, s. 378; Kuru, *El Kitabı*, s. 833; Kuru, *İcra Ders Kitabı*, s. 416; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 469; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 323

ilam hükmünü ortadan kaldırır şekilde davranırsa tekrar hükme gerek kalmaksızın hüküm icra edilir¹⁰⁵⁴.

İİK m. 25/2 gereğince; icra müdürü çocuğun teslim edilmesine ilişkin ilamı yerine getirdikten sonra, diğer taraf haklı bir neden olmaksızın çocuğu alırsa; tekrar ilam almaya ihtiyaç duyulmaksızın, icra müdürü çocuğu tekrar alıp ilamda yazan kişiye teslim eder¹⁰⁵⁵. İcra müdürü, çocuk kendisine verilmeyip, daha sonra çocuğu alan tarafın, bunu haklı bir nedenle yapıp yapmadığını takdir etmelidir. Fıkraya baktığımızda tekrar ilama gerek olmaksızın çocuğun icra müdürü tarafından alınmasının şartı olarak; çocuğu alan tarafın, bu konuda haklı bir nedene dayanmıyor olmasını gerekli görmektedir. İcra müdürü haklı bir neden olmadığı yönünde takdir yetkisini kullanırsa, çocuğu, tekrar ilam alınmasına gerek olmaksızın, teslim eder.

Diğer taraftan; İİK m. 26 gereğince, ilam yerine getirilerek, borçlu taşınmazdan çıkarıldı ve daha sonra haklı bir neden olmaksızın tekrar taşınmazı işgal ettiyse; icra müdürü ilama gerek olmaksızın, bu kişiyi taşınmazdan çıkarır¹⁰⁵⁶. Bunun için, borçlunun taşınmazı haklı bir neden olmaksızın işgal ediyor olması gerekir. İşte icra müdürü, borçlunun taşınmazı haklı bir nedenden kaynaklı işgal edip etmediğinin takdirini yapar. Örneğin; borçlu kişi, ilam hükmünün yerine getirilmesinden sonraki bir tarihte alacaklı ile satım sözleşmesi yapmış ve tapu senedini de icra müdürüne gösterirse; artık takibin borçlusu haklı bir nedenle taşınmazı işgal etmektedir. Aynı durum kira sözleşmenin varlığı için de geçerli olmalıdır. Zira yine borçlu, haklı bir nedenden ötürü taşınmazı işgal ediyordur.

¹⁰⁵⁴ Borçlunun haklı bir neden olmaksızın hükmü etkisiz bırakacak şekilde davranması halinde icra müdürünün ayrıca hükme hacet kalmaksızın yeniden ilamı icra eder. Bu durumda yapılan takip işlemi yeni bir takip olmayıp, önceki takibin devamı niteliğindedir. Bu nedenle ayrıca harç alınamaz (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 22.11.1965 tarih, 22606 sayılı mütaalas, Nakleden: Talih Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt II*, Turan Kitabevi, Ankara 2006, s. 2696).

¹⁰⁵⁵ Üstündağ, s. 378; Kuru, *Cilt III*, s. 2364; Kuru, *El Kitabı*, s. 836; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 418; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 467

¹⁰⁵⁶ Yargıtay alacaklının talebi ile icra müdürünün taşınmazın bulunduğu mahalde tahkikat yapması gerektiği; aksine davranıp, bu talebi ret etmesinin, hukuki dayanağı olmadığına dair bkz.: Yarg. 12. HD 18.11.2003, E. 2003/19719, K. 2003/22881, Yavuz Süphandağ, *İcra ve İflas Kanununda Uygulamalar*, Bilge Yayınevi, İstanbul 2012, s. 118: “Tahliye ilamı 05.05.2003 tarihinde infaz edilmiş ise de, alacaklı borçlunun aynı yere yeniden girdiğini ileri sürerek bu yerden tekrar çıkarılmasını istemiştir. İİK'nun 26/3. maddesine göre ‘alacaklıya teslim olunan taşınmaza tekrar giren borçlu ayrıca hükme hacet kalmadan zorla çıkarılır.’ Alacaklı borçlunun aynı taşınmaza tekrar girdiğini iddia ettiğine göre icra müdürlüğünce yapılacak iş, mahalline gitmek ve aynı taşınmazla ilgili anılan iddianın yerinde olup olmadığını saptayarak sonucuna göre işlem yapmaktan ibarettir. İcra müdürlüğünün alacaklının istemini reddetmesinin yasal bir dayanağı yoktur. Mercii hakimliğince şikayetin kabulü gerekirken, reddi isabetsizdir.”

Son olarak; İİK m. 31/a-5’de de alacaklıya teslim olunan gemiye borçlunun haklı bir neden olmaksızın girmesi halinde; ilama gerek olmaksızın borçlu çıkarılır¹⁰⁵⁷. İcra müdürü borçlunun burada da haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının takdirini yapar.

IV. İİK m. 36, İCRANIN GERİ BIRAKILMASI İÇİN VERİLECEK MÜHLET

İİK m. 36/1 “İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine **uygun bir süre** verilir. Bu süre ancak **zorunluluk hâlinde uzatılabilir**” denilmektedir. Bu hükümde icra müdürüne takdir yetkisi verilen iki hal vardır.

İlk olarak; icra müdürü borçluya Yargıtay’dan karar alması için uygun bir süre verir¹⁰⁵⁸. İcra müdürü fıkra da sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde, borçluya süre vermek zorunda ise de (verilir ibaresi), ne kadar süre vereceği konusunda takdir yetkisine haizdir. Kanun, bunu uygun bir süre demek suretiyle, belirsiz kavrama yer vererek anlatmıştır. İcra müdürü somut olay açısından değerlendirme yapacak ve uygun bir sürenin ne kadar olduğu konusunda takdir yetkisini kullanır. Bununla birlikte kanun, takdir yetkisinin uygulanmasına özel bir sınır koymuştur. İİK m. 36/4 gereği, nafaka hükümlerinde borçluya böyle bir mühlet verilmez¹⁰⁵⁹.

İkinci olarak; fıkranın devamında verilen bu uygun sürenin ancak zorunluluk halinde uzatılabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁶⁰. Yine burada da takdir yetkisinin olduğunu kanun, belirsiz kavrama yer vererek ifade etmiştir. İcra müdürü verdiği sürenin yetersiz kaldığına veya ortaya çıkan bazı durumlardan dolayı uzatılması gerektiğine karar verirse; süreyi uzatabilir. Somut olayda ortaya çıkacak hallerin “zorunluluk hali”

¹⁰⁵⁷ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 562

¹⁰⁵⁸ Kuru, *Cilt III*, s. 2192; Kuru, *El Kitabı*, s. 784; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 395; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 449

¹⁰⁵⁹ Kuru, *Cilt III*, s. 2199; Kuru, *El Kitabı*, s. 786; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 450; YHGK 22.10.2008, E. 2008/12-656, K. 2008/638, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2013

¹⁰⁶⁰ Kuru, *Cilt III*, s. 2198; Kuru, *El Kitabı*, s. 785

kapsamında yer alıp almadığını icra müdürü takdir eder. Ancak bunu çok geniş yorumlamamak gerekir. Zira akla gelen tek örnek bu konuda; Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesinde incelemeye alınan dosyanın incelemesinin bitmemiş olmasıdır¹⁰⁶¹.

§ 24. İLAMSIZ TAKİP BÖLÜMÜNDE (ÜÇÜNCÜ BAP, İİK m. 42-73) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

I. TATİL VE TALİK HALLERİNDE İCRA MÜDÜRÜNÜN TAKDİR YETKİSİ

A. İİK m. 51, Tüm Borçlular Hakkında

İİK m. 51/1 hükmü tüm borçlular hakkında takip işlemi yapılamayacak zaman dilimini göstermiştir. Buna göre; kural olarak, gece vakti ve tatil günlerinde icra takip işlemi yapılamaz¹⁰⁶². İstisnası ise tatil günlerinde haciz yapılabilir. İcra müdürüne kanun; kanunun yazılışından anlaşıldığı üzere (*yapabilir*), tatil günü haciz yapılıp yapılmayacağı konusunda takdir yetkisi vermiştir. Örneğin icra müdürü işlerin çokluğu halinde tatil gününde de haciz yapılabilir.

B. İİK m. 54, Tutukluluk Ve Hükümlülük İle İİK m. 54/a Askerlik Halinde İcra Müdürünün Takdir Yetkisi

İcra ve İflas Kanunu'muzun talik hallerinden tutukluluk ve hükümlülük ile askerlik nedenleri arka arkaya düzenlenmiştir. Talik hali olarak ikisinin ayrı nedenlere dayanması dışında konumuz açısından aynı ifadelerle, aynı nitelikte takdir yetkisi tanınmıştır.

İİK m. 54/1 ve İİK m. 54/a-1 gereğince; tutuklu ile askerlik hizmetini yapan borçlunun kendisine mümessil tayin etmesi için icra müdürü, süre verir. Bu süre zarfında takibe devam edilmez¹⁰⁶³. İcra müdürü ne kadar süre verileceği konusunda

¹⁰⁶¹ 12. HD 20.10.1981, 6089/7679: “Yapılan işlemler süresinde ve yerinde görülerek İİK’nun 36. maddesine göre mehil verilmesine göre, Yargıtay’ca icranın geri bırakılmasına veya bu talebin reddine dair kararın, mehil süresi içerisinde verilmemiş olmasında borçlunun bir kusuru bulunmadığından, yeniden mehil verilmesi gerekirken, memurlukça (ek) mehil isteminin reddi yerinde olmadığından, şikayetin bu kısmının kabulü ile memurluk kararının kaldırılmasına karar vermek gerekirken, şikayetin reddolunması isabetsizdir.” (Nakleden: Kuru, *Cilt III*, s. 2198)

¹⁰⁶² Üstündağ, s. 76; Kuru, *Cilt I*, s. 133; Kuru, *El Kitabı*, s. 130; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 98; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 153; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 53

¹⁰⁶³ Kuru, *El Kitabı*, s. 132-133; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 99-100; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 154-155; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 53

takdir yetkisine haizdir. Zira fıkralarda mümessil tayini için münasip bir mehil verileceğine yer verilmiştir. İcra müdürü kanunda geçen bu belirsiz kavramı somut olaya uygun hale getirip, somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak, borçluya uygun bir süre vermelidir. Kendisini savunma imkanı askerlik ve hükümlülük halinde sınırlı olan borçlunun mümessil tayin etmesi en başta adil yargılanma hakkının gereğidir. O halde verilen sürenin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, bu amacı yerine getirmeye hizmet edecek uzunlukta olmasına dikkat edilmelidir. Diğer taraftan alacaklının hakkını ihlal edecek nitelikte, uzun süre verilmemelidir¹⁰⁶⁴.

Her iki maddenin de ikinci fıkralarında, mal kaçırma ihtimali olan hallerde bu süre içinde bile haciz yapılabileceği düzenlenmiştir. İcra müdürü mal kaçırma ihtimalinin olup olmadığını takdir eder. Buna göre icra müdürü borçlunun davranışları ile somut olayı bir bütün içinde değerlendirip, sonuçta borçlunun mal kaçırma ihtimalinin olması halinde, talik süresi olmasına rağmen haciz yapabilir.

C. İİK m. 55, Borçlunun Ağır Hastalığı Halinde İcra Müdürüne Tanınan Takdir Yetkisi

İcra takibinin ertelenmesinin bir hali de; borçlunun kendisine temsilci tayin edemeyecek kadar hasta olmasıdır¹⁰⁶⁵. Kanun, borçlunun bu denli hasta olmasını talik sebebi olarak görmüştür. Borçlu, kendisinin bu denli ağır hasta olduğunu, resmi sağlık raporu ile ispatlamalıdır. İcra müdürü de bundan sonra takibi erteleyip ertelememekte takdir yetkisine haizdir. Zira İİK m. 55/1'in ifade tarzından (talik olunabilir) bu anlaşılmaktadır.

Bu madde ile icra müdürüne takdir yetkisi tanınan ikinci bir hal; İİK m. 55/2 ileidir. Buna göre; mal kaçırma ihtimali halinde haciz yapılabilir¹⁰⁶⁶. İcra müdürü “mal kaçırma ihtimali” belirsiz kavramını somut olay açısından değerlendirip; borçlunun mal kaçırma ihtimalini götürüyorsa, talik halinde bile haciz yapabilir.

¹⁰⁶⁴ Akkan, s. 64

¹⁰⁶⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 145; Kuru, *El Kitabı*, s. 133; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 100; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 87; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 155

¹⁰⁶⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 146; Kuru, *El Kitabı*, s. 133; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 100

II. İİK m. 57, İCRA TEBLİĞLERİ

İcra tebliğleri, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır¹⁰⁶⁷. Bununla birlikte; borçlu, kendisine mümessil tayin edilmesi gereken kişilerden ise (MK m. 404-407; MK m. 426) icra müdürü, kısa bir zamanda ilgili makamdan bunu ister. İcra müdürünün, diğer resmi kurum ve kuruluşlarla doğrudan yazışmasının (İİK m. 359) burada bir yansımasını görmekteyiz. İcra müdürü, bu makam kim ise ondan, borçlu için mümessil tayin etmesini ister. Ne kadar bir süre içinde isteyeceğini kanun, “kısa bir zamanda” belirsiz kavramına yer vererek icra müdürüne takdir yetkisi vermiştir.

III. İİK m. 61, ÖDEME EMRİNİN TEBLİĞİ

İcra müdürüne takdir yetkisi tanınan bir hal de; ödeme emrinin tebliği konusundadır. Bu çalışmanın birçok yerinde; icra müdürünün takdir yetkisi konusunda, ödeme emrinin tebliği örneği gösterildi¹⁰⁶⁸. Ödeme emrinin takip için önemi ve sonuçları düşünüldüğünde, borçluya bunun tebliği oldukça önemlidir. Bu nedenle biz de çalışmamızda yeri geldikçe, söz konusu takdir yetkisini örnek olarak verdik.

İİK m. 61/1’e göre; icra müdürü takip talebini aldıktan sonra, üç gün içinde borçluya ödeme emrini tebliğ eder¹⁰⁶⁹. İcra müdürünün, ödeme emrini borçluya tebliğ etmesi zorunlu ise de; takip talebini aldıktan sonraki üç gün içindeki zaman diliminin hangisinde tebliğ edeceği konusunda, takdir yetkisine haizdir. Takdir yetkisi süreye ilişkindir. İcra müdürü, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, makul sürede olmak şartıyla ve en nihayetinde üç günün sonunda, ödeme emrini tebliğ etmelidir. Tebligatın gecikmesi, alacaklının hakkını geç almasına neden olacağı için; adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkı zedelenir. Üç günlük süre; kanunun, icra müdürünün takdir yetkisini kullanması konusunda getirdiği özel bir sınırdır.

Ödeme emrinin üç gün içinde gönderilmesine İİK m. 61/3 ve 61/5 iki özel sınır daha koymuştur. İİK m. 61/3’e göre, “*Bir borçlu hakkında aynı günde birden ziyade takip talebi varsa icra dairesi bunların ödeme emirlerini aynı zamanda tebliğe gönderir.*” Buna göre icra dairesinde borçlu hakkında aynı gün birden fazla takip açılması halinde icra müdürü bu takiplere ilişkin ödeme emrini aynı günde borçluya

¹⁰⁶⁷ Üstündağ, s. 72; Kuru, *Cilt I*, s. 121; Kuru, *El Kitabı*, s. 116; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 87; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 148; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 54

¹⁰⁶⁸ Örneğin: § 3, V; § 4, IV; § 10, II

¹⁰⁶⁹ Ansay, s. 51; Postacıoğlu, s. 136; Kuru, “*Cilt I*”, s. 230; Kuru, “*El Kitabı*”, s. 190; Olgaç, “*Cilt I*”, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 158; Karslı, s. 286; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 69; Muşul, *İcra*, s. 315

tebliğ eder¹⁰⁷⁰. İİK m. 61/5 “*Borçlu hakkında bir icra dairesinde ayrı ayrı günlerde birden ziyade takip talebinde bulunulmuş ise bunlardan hiçbirinde kendisinden daha eski olan talepten önce ödeme emri tebliğe gönderilmez.*” Bu hükme göre kanun icra müdürüne takdir yetkisini kullanırken belli bir sıraya uyması konusunda sınır getirmiştir. İcra müdürü borçluya farklı günlerde birden fazla takip açılması halinde öncelikle zaman itibarıyla en önce başlatılan takibe ilişkin ödeme emrinin tebliğ etmek zorundadır. Kanun bu hüküm ile, diğer alacaklılardan önce takip talebinde bulunan alacaklıyı korumak istemiştir¹⁰⁷¹.

IV. İİK m.62, ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN SÜRESİ VE ŞEKLİ

Kendisine karşı yöneltilen takipten haberdar olan borçlunun, yapılan bu takibe karşı koyma hakkı bulunmaktadır (İİK m. 62 vd.)¹⁰⁷². Borçlunun yapacağı bu itiraz takip hukukunda ödeme emrine itiraz olarak adlandırılır. Ödeme emrine itiraz edilmesiyle takip durur. Duran takibin tekrar faal olması için alacaklının bu itirazı hükümden düşürmesi gerekir¹⁰⁷³. İşte bunun için de, İİK m. 62/2 ile ödeme emrine itiraz edilmesinin tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁷⁴. İcra müdürü, takibe itiraz edildiğinin tebliğini yapmak zorundadır. Bununla birlikte; icra müdürü, işlemi yapacağı zaman konusunda takdir yetkisine haizdir. Buna göre, ödeme emrine itiraz yapılmasından itibaren üç gün içinde alacaklıya tebligat yapılmalıdır. Kanun, icra müdürüne süreye ilişkin olarak takdir yetkisi vermiştir. Üç gün içinde yapılması hali ise kanun getirdiği özel bir sınırdır. Alacaklının duran takibi tekrar faal hale sokması için, ödeme emrine itiraz edildiğin öğrenmesi son derece önemlidir. Bu ise, alacaklıya yapılacak tebligatın (İİK m. 62/2) mümkün olan en kısa sürede, ancak en geç üç gün içinde yapılmasını gerektirir.

¹⁰⁷⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 231

¹⁰⁷¹ Kuru, *Cilt I*, s. 232

¹⁰⁷² Kuru, “İtiraz”, s. 539 vd.

¹⁰⁷³ Üstündağ, s. 105; Kuru, *Cilt I*, s. 278; Kuru, *El Kitabı*, s. 218; Kuru, “İtiraz”, s. 563; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 161; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 194; Yıldırım ve Deren-

¹⁰⁷⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 248

§ 25. HACİZ YOLU İLE TAKİP BÖLÜMÜNDE (İİK m. 74-144/a) İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

I. İİK m.79, HACZE BAŞLAMA MÜDDETİ

Cebri icra hukukuna, hakim olan ilkelerden birisi de, taleple bağıllık ilkesidir¹⁰⁷⁵. Buna göre; taraflar ne talep ettilerse, cebri icra organları, bu taleple bağılırlar. Bu ilkenin, haczin başlaması konusunda da, etkililiğini görebiliriz. Gerçekten, İİK m. 78'e göre, hacze başlanması için talebin olması gerekir¹⁰⁷⁶. Alacaklı, itirazın iptali davası açarak, itirazı hükümden düşürse bile; takibin sonuçlanması için, haciz talep etmek zorundadır.

Alacaklının haciz talep etmesinden sonra icra müdürü haciz tatbik etmek zorundadır¹⁰⁷⁷. Bununla birlikte hacze başlamada süreye ilişkin olarak takdir yetkisi vardır. İcra müdürünün bu yetkisini, İİK m. 79/1'den anlıyoruz. Fıkraya göre; icra müdürü kendisine vaki haciz talebinden sonra en geç üç gün içinde haczi tatbik eder. Bu maddenin hacze başlama şeklinde anlaşılması gerekir. Başka bir deyişle; haczin, tamamen talepten sonraki üç gün içinde tamamlanması şeklinde anlaşılamaz¹⁰⁷⁸. İcra müdürünün elindeki iş yoğunluğundan ötürü talepten sonraki üçüncü gün hacze başlanılıp; yine talebi takip eden dördüncü gün haczin tamamlanması takdir yetkisinin hatalı kullanıldığı manasına gelmez. Zira söz konusu maddenin bu fıkrası, icra müdürünün hacze başlamasının nihai müddetini düzenlemektedir.

İİK m. 79'da icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan ikinci hal; resmi sicile kayıtlı başka yerde bulunan malların hacizleri ile ilgilidir. İİK m. 79/2'ye göre; *“Haczolunacak mallar başka yerde ise haciz yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine*

¹⁰⁷⁵ Cebri icra hukukunda talebin önemi hakkında bkz.: Pekcanıtez, Atalay, Özekes vd., s. 81

¹⁰⁷⁶ Üstündağ, s. 143

¹⁰⁷⁷ YHGK 31.03.2004, E. 2004/12-202, K. 2004/196 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi 21.02.2013): *“gerek İcra ve İflas Yasası'nın 79. maddesinde, gerekse 85. madde ifadesinden ortaya çıkan sonuç, icra müdürüne haciz uygulaması konusunda takdir yetkisi tanınmadığıdır. Gerçekten de 79. Madde kesin bir ifadeyle icra dairesinin haczi yapacağından, 85. maddede; 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.”* ; Aynı yönde bkz.: Yarg. 12. HD 02.12.2005, E. 2005/19618, K. 2005/23874, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2013: *“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. İcra dairesinin, haciz talebinden itibaren en geç üç gün içinde haczi yapması gerekir (İİK m. 79/1).”*; Yarg. 12. HD 03.10.2011, E. 2011/2395, K. 2011/17394, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2013

¹⁰⁷⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 234

hemen yazar. Bu halde hacizle ilgili şikayetler, istinabe olunan icra dairesinin tabi bulunduğu icra mahkemesince çözümlenir. Resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir¹⁰⁷⁹.” Buna göre; borçlunun, icra dairesinin bulunduğu yerden başka bir yerde de malının bulunması halinde, bu malın haczi, o yer icra dairesi eliyle yapılır. Eğer mal resmi sicile kayıtlı bir mal ise icra müdürünün takdir yetkisi bulunmaktadır. İcra müdürü, bu malın haczini ilgili sicile yazarak doğrudan da yapabilir. Başka bir deyişle; icra müdürünün, sicile kayıtlı başka yerde bulunan malın haczinin bizzat yahut o yer icra dairesinin eliyle yapmak konusunda takdir yetkisi vardır. Zira fıkranın son cümlesi “yapılabilir” (*maddenin ifade tarzı*) demek suretiyle, icra müdürünü serbest bırakmıştır. Ancak 01.06.2009 tarihinden itibaren uygulamada Adalet Bakanlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğü arasında imzalanan protokol gereği, trafik siciline kayıtlı araçların haczini icra müdürü UYAP sistemi üzerinden bizzat yapmaktadır.

İcra müdürünün bu yetkisi konusunda, kanun özel bir sınır koymuştur. Bir malın, başka bir yerde bulunması onun istinabe yoluyla haczedilmesini zorunlu kılmaz. Eğer mal resmi sicile kayıtlı bir mal ise; o zaman icra müdürü tarafından bizzat ilgili sicile yazılarak haczedilebilir. Bununla birlikte, eşyanın sicile kaydedilebilir nitelikte olması önem taşımayıp; sicile kayıtlı olması gerekir. Bu yüzden kadastro yapılmadığı için tapu kaydına işlenemeyen taşınmazların haczi, istinabe yolu ile yapılmak zorundadır¹⁰⁸⁰.

İcra müdürüne, lafzına baktığımızda, takdir yetkisi veren bu hükmü dar yorumlamak gerektir. İcra müdürü çok özel bir neden veya haklı bir neden olmadıkça haczi bizzat yapmalıdır (sicile yazmak suretiyle). Başka bir deyişle; kanunun lafzına bakılarak, bu takdir yetkisini istinabe yolu ile hacizden yana kullanmamalıdır. Bunun anlamı; icra müdürünün yetkisinin emredici olması yüzünden veya kanunun öyle olmasını temenni ettiğimizden değildir. Takdir yetkisini kullanırken anayasal temel hak

¹⁰⁷⁹ Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 234; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 268; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 137; Yarg. 12. HD 16.03.2007, E. 2007/2199, K. 2007/4965, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2013

¹⁰⁸⁰ İcra müdürünün başka yerde bulunan bir taşınmazın haczini bizzat yapabilmesi için, bu taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekir. Başka bir deyişle, kadastro tamamlanmayan bir taşınmaz ise, bu malın haczinin doğrudan icra müdürü tarafından yapılmasına imkan bulunmamaktadır. Zira tapuya kayıtlı taşınmazlar ancak kadastro tamamlamış taşınmazlardır. Böyle bir taşınmazın haczi ise, taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine yazılacak talimat ile olur. Tapu kaydının kadastro yapılmış yerlerde olacağına dair bkz. Ayan, *Zilyetlik*, s. 174

ve ilkelerle bağılı olan icra müdürü; söz konusu malların haczini istinabe yolu ile yapacak olduğunda, olası gecikmelerin alacaklının hakkını ihlal edebilir. Zira bu mallar için, sicile güven ilkesinin uygulanması ve iyiniyetli hak sahiplerinin kazandıkları hakkın korunması karşısında¹⁰⁸¹; alacaklının hak arama hürriyeti (AY m. 36) ile talep ettiği mülkiyet hakkının (AY m. 35) bir boyutu olan alacak hakkı ihlal edilebilir. Bu nedenle, icra müdürünü İİK m. 79/2 sınırlamasa da, anayasal temel hak ve ilkeler sınırlamaktadır. Bu maddedeki takdiri yetkinin, bu şekilde yorumlanması alacaklının hakkını daha etkili korumaya hizmet edecektir. Kaldı ki, aksinin kabulü İİK m. 359 ile icra müdürüne diğer kurum ve kuruluşlarla doğrudan yazışma yetkisi verilmesinin mantığına aykırı olur¹⁰⁸².

İİK m. 79/2'deki takdir yetkisinin dar yorumu, kıymet takdirinin nasıl olacağı hakkında soru işaretine neden olabilir. Zira İİK m. 87'ye göre haczedilen malın kıymeti haczi yapan memur tarafından takdir edilir¹⁰⁸³. Kıymet takdiri hacze ne kadar daha devam edileceği (İİK m. 85/1) konusunda bilgi verdiği için, bir yönüyle borçluyu da korumaktadır¹⁰⁸⁴. Sicile kayıtlı bir malın, gerçek değerinin ne olduğu her zaman için sicilden anlaşılmayabilir. Örneğin; taşınmazın niteliği, üzerinde bulunan yapılar, ağaçlar gibi sicilden tam olarak anlaşılmayabilir. Sicilden anlaşılmama bu bilgiler nedeniyle mahcuz mal için varsayımla kıymet takdir edilmez. Taşınmazın sicil kaydına yansımayan, ancak taşınmazın üzerinde bulunan, taşınmazın değerini arttıran bir yapı bulunabilir. Ancak bu sicilde görünmediği için haczedildiğinde değerinin çok altında bir bedelle kıymet takdiri yapıp; sonuçta da borçlunun belki daha fazla malı haczedilebilecektir (İİK m. 85/1)¹⁰⁸⁵.

Ortaya koyduğumuz bu tespitlerden sonra, sonuç olarak; İİK m. 79/2'de ki takdiri yetki ile ilgili olarak şunları söyleyebiliriz. Öncelikle; bu yetkinin, çok istisnai hallerde istinabe yolu ile kullanılması gerekir. Yani icra müdürü kural olarak haczi sicile yazarak bizzat yapmalıdır. Bu durum takibin daha çabuk sonuçlanmasına ve alacaklının alacağını bir an önce güvence altına almaya hizmet eder. Diğer taraftan

¹⁰⁸¹ Ayan, *Zilyetlik*, s. 31

¹⁰⁸² Kuru, *Cilt I*, s. 39; Kuru, *El Kitabı*, s. 69; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 41; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 102; Demir Saldırım, s. 15

¹⁰⁸³ Kuru, *Cilt I*, s. 629; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, vd., s. 269

¹⁰⁸⁴ bkz. Yuk. § 14, II, B

¹⁰⁸⁵ İcra müdürü borçlunun ne kadar malına haciz koyacağına karar verirken, bir başka deyişle, borçlunun mallarına haciz koyarken kullandığı takdir yetkisini, hem alacaklının hem de borçlunun mülkiyet hakkına riayet ederek kullanmalıdır. Bu konuda bkz. Yuk. § 14, II, B ve C

kıymet takdiri ile ilgili olarak olası itirazlar ve sorunlar da istinabe yolu ile kıymet takdirinin yapılması ile giderilebilir. Malın bulunduğu yer icra dairesine yazılarak; haczi zaten icra müdürü tarafından yapılan malın, o yer icra dairesi eliyle kıymet takdirinin yapılması istenebilmelidir. Hem alacaklının mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korumak (AY m. 35), hem de borçlunun mülkiyet hakkını korumak için (İİK m. 85/1) bu şekilde bir yorum yapılması kanaatimizce uygundur.

II. İİK m.80, HACZİ YAPAN MEMURUN YETKİSİ

Haczin tatbiki sırasında, haczi yapan memurun yetkileri İcra ve İflas Kanunun 80. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu maddeye bakıldığında, takdir yetkisini de ilgilendiren, haczi yapan memura önemli yetkiler verildiği görülmektedir. Biz burada dört fıkradan oluşan bu maddenin takdir yetkisine ilişkin gördüğümüz üç fıkrasını inceleyeceğiz. Bunlar; haczi kimin yapacağını belirlenmesi (İİK m. 80/1), haciz sırasında kilitli yerlerin zorla açılması (İİK m. 80/3) ve haciz yapılırken borçlunun üstünün aranıp, şahsına kuvvet uygulanabilmesi (İİK m. 80/4) açısındandır.

A. İİK 80/1, Haczi Yapacak Kişinin Belirlenmesi

İcra müdürünün hacze kimin gideceğini belirleme konusunda takdir yetkisi vardır. İİK m. 80/1 “İcra müdürü haczi kendi yapabileceği gibi yardımcı veya katiplerinden birine de yaptırabilir” demek suretiyle bu yetkiyi vermektedir. Buna göre haczi yapacak kişiyi takdir yetkisini kullanarak belirleyecek olan kişi icra müdürüdür.

İcra müdürü, icra dairesinin en mesul amiri pozisyonunda olduğu için (Nizamname m. 3/1)¹⁰⁸⁶; haczi kendisi tatbik etmeyecekse, seçeceği yardımcı veya katibinin, haciz yapılırken dikkat edilecek anayasal ve kanuni normlara uygun davranacak biri olmasına özen göstermelidir. Zira aksi halde, özellikle borçlunun temel insan hakları ihlal tehlikesiyle karşı karşıya kalır.

İcra müdürü haczi yapacak kişiyi belirleme konusunda takdir yetkisine haizse de; bu yetkisinin kanundan kaynaklı olarak özel bir sınırı vardır. İcra müdürü, haczi kendisinden başka birine yaptıracaksa, bu kişi yardımcısı veya katiplerinden biri olabilir. Başka bir deyişle kanun, icra müdürüne takdir yetkisini kullanırken çizdiği sınırlar gereği, hacze kimin gideceğinin çerçevesini de çizmiştir. Buna göre, her halde hacze icra müdürü, yardımcısı veya katiplerinden biri gidebilir. İcra müdürünün, icra

¹⁰⁸⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 41; Kuru, *El Kitabı*, s. 70; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 101

daireesinde çalışan müstahdemi hacze göndermesi, İİK m. 80/1'de tanınan takdir yetkisinin hatalı kullanılması manasına gelir¹⁰⁸⁷.

B. İİK m. 80/3, Kilitli Yerlerin Açılması

80. maddenin icra müdürüne takdir yetkisi tanıdığı ikinci hal, İİK m. 80/3'tür. Buna göre; icra müdürü hacze gittiğinde borçlunun kilitli olan yerlerini açmasını talep edebilir. Borçlu bu talep karşısında kilitli yerleri açmaya mecburdur. Eğer bu zorunluluğa uyulmazsa, icra müdürü bu yerleri zorla açtırabilir¹⁰⁸⁸. İşte kanunun icra müdürüne takdir yetkisi tanıdığı kısım da buradadır. Kanun; bu yerlerin zorla açtırılması gereğini, "...icabında" belirsiz kavramına yer vererek belirtmiştir. Buna göre, icra müdürü, kilitli olan yerin zorla açılması gerekip gerekmediğini takdir eder; takdir yetkisi sonucunda gerektiğine karar verirse, zorla açtırılmasını emreder.

İcra müdürüne tanınan zorla kilitli yerlerin açtırılabileceğinin yetkisi terditli bir yetkidir. Başka bir deyişle, icra müdürü kilitli bir yer gördüğünde, doğrudan doğruya bu yerin zorla açtırılmasına karar veremez. Kanun, bu yetkinin ancak, borçlunun kilitli yeri açmaması halinde kullanılabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla kilitli yerlerin açılmasını talep etmeksizin doğrudan doğruya kilidin kırılması emri verilmemelidir¹⁰⁸⁹.

İcra müdürünün kilitli olan yerin açılması talebini, borçlu olumsuz karşılarsa bile; icra müdürü kilidi zorla açtırmayabilir. Zaten kendisine tanınan takdir yetkisi de

¹⁰⁸⁷ İcra dairesinde bulunan mübaşirlere, hacze gitmesi halinde yolluk verilmemesine dair Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı bir tebliğde, bu hususa yer verilmiştir. Tebliğin konusu esasında mübaşirin icra müdürü refakatinde hacze götürülebileceği ve bu yüzden de yarı nispette yol tazminatının verilebileceği; bunun dışında kanunda icra müdürünün mübaşiri katip olarak görevlendirip, hacze yalnız gönderemeyeceğinden bahisle, yolluk verilemeyeceğine dairdir. Bu tebliğde bizim için önemli olan husus, icra müdürünün hacze kendisinin bizzat gitmeyecekse, yerine göndereceği kişilerin kanun tarafından belirli olmasıdır. Bunun dışındaki kişilerin, tebliğe konu mübaşirin, icra müdürü tarafından yetkilendirilip hacze gönderilemeyeceğidir (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 08.06.1966 tarih 12353 sayılı tebliğ, Nakleden: Olgaç, *Cilt I*, s. 657-658).

¹⁰⁸⁸ Postacioğlu, s. 300; Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Yarg. 12. HD. 03.10.2011, E. 2011/2395, K. 2011/17394, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2013

¹⁰⁸⁹ Cebri icra hukukunda borçlunun malvarlığına yönelik takip prosedürünün bu şekilde olmasının nedeni, borçlunun temel insan haklarını ihlal etmemek gayesidir. Kişinin insan onuru ve bunun sağlanması için de, özel yaşamının korunması gerekir. Bunun için kişinin kişisel verilerinin korunması bir araçtır. Kişisel veriler, kişinin kendisine özgü bilgi ve belgeleridir. Bunların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi kural olarak kişinin özel hayatına müdahaledir. İşte icra müdürünün yapacağı müdahalenin sınırı da tam bu noktadadır. Kilitli bir yerin bulunması o yerin kişinin özel olması için yeterlidir. Söz konusu yerin kilitlenmesinin nedeni, sadece anahtarı olan kişiler tarafından açılabilmesi, bunun dışındaki kişiler için kapalı, ulaşılmaz bir alan olmasıdır. İcra müdürü de bunun için kanundan kaynaklı olarak zorla açtırabilme yetkisi bulunsu bile, öncelikle borçludan bu yerin açılmasını talep etmelidir. İİK m. 80/3'ün lafzından da bu anlaşılmaktadır.

buradadır. Kanun, bunu “icabında”, ibaresi ile belirtmiştir. İcra müdürü alacaklı ve borçlunun menfaatlerini tartmalı; kilidin kırılması ile kırılmamasının sonuçlarını düşünmeli, vereceği kararın anayasal temel hak ve ilkeler ile, özellikle ölçülülük ilkesine uygun bir karar olmasına özen göstermelidir. Yapacağı değerlendirmede; bir tarafa alacaklının mülkiyet hakkını, bir tarafa da borçlunun insan onuru, özel hayatının gizliliğini koymalı ve kararını vermelidir. Diğer taraftan özellikle bu fıkra için; kilitli yerin boyutu ve niteliği önem taşıyabilir. Örneğin borçlunun kilitli bir sandığı içinde çok özel fotoğrafları¹⁰⁹⁰, yazdığı notları¹⁰⁹¹, ticari sırlarına ilişkin bilgiler¹⁰⁹², olduğu için açmak istemediğini belirtebilir. İcra müdürü bu durumda gerekçenin ciddiliğini değerlendirebilir. Borçlunun doğru söylediğine kanaat getirirse, bu bilgilerin ifşa olmaması için; kilitli yerlerin açılmamasına karar verebilir. Ancak yapacağı değerlendirmede daima alacaklının da hakkını göz önünde bulundurmalıdır. Bunları dikkate alarak vereceği gerekçeli kararlar bu yerlerin açılmasına karar verebilir. Bu halde bile kanaatimizce borçlunun insan onuru ve özel hayatının gizliliğini korumak için; icra müdürü gerekirse tek başına kalacağı yerde bu kilitli nesnenin içine bakmalıdır. Eğer gerçekten haczi kabil bir mal varsa bunu haczetmelidir. Haczi kabil mal yoksa da bu nesneyi tekrar kilitlemeli; gerekçesini de haciz tutanağına yazarak bu eşyayı muhafaza etmesi için borçluya vermelidir (İİK m. 8)¹⁰⁹³. Aksi halde haciz amacını aşar; borçlunun, özel hayatını taciz etme ve özel hayatının gizliliğine hâlel getirmeye hizmet eder. Bizim önerdiğimiz bu çözüm tarzında; ne borçlunun gereksiz olarak, özel hayatına müdahalede bulunulmuş olacak; ne de alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Zannediyoruz ki İİK m. 85/6 hükmü de bunu emreder¹⁰⁹⁴.

Borçlunun haciz sırasında hazır bulunmaması halinde de kilitli yer açılarak mallarına haciz konulabilir. Uygulamasının da bu yönde olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim verilen bir kararda borçlunun yokluğunda borçlunun işyerine girilerek haciz yapılabileceği yönünde karar vermiştir¹⁰⁹⁵. Bu şekildeki uygulamada alacaklının hakkını korurken borçlunun temel insan haklarına riayet edilmelidir. Hatta girilen konut veya

¹⁰⁹⁰ Kişinin fotoğrafının özel yaşamının gizliliğine ilişkin olduğuna dair bkz.:Yarg. 12. CD 03.04.2012, E. 2011/7345, K. 2012/8936 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.03.2013)

¹⁰⁹¹ Kişi tarafından tutulan günlüğün, kişinin özel yaşamının gizli alanına dahil olduğuna dair bkz.:İmre, “Özel Hayat”, s. 157

¹⁰⁹² Özkes, *Temel Haklar*, s. 165

¹⁰⁹³ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 104

¹⁰⁹⁴ Çiftçi, s. 7

¹⁰⁹⁵ Manisa İcraTetkik Mercii, 11.02.1975, E. 17, K. 9 (Nakleden: **Uyar** Talih, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt I V*, Turan Kitabevi, Ankara 2006, s. 6956)

işyerinin borçluya ait olduğunun belirlenmesiyle girilmesi, üçüncü kişilerin haklarını korumaya hizmet eder.

C. İİK m.80/4, Borçlunun Şahsına Zor Kullanma Yetkisi

İcra müdürüne, hacze gittiğinde, kanunun tanıdığı takdir yetkilerinden biri de, borçlunun şahsına kuvvet uygulanabilmesidir. İcra müdürü İİK m. 80/4 gereğince, para, altın, gümüş vb. değerli eşyaları borçlunun sakladığını anlar; borçlu da bunları vermekten kaçınırsa, icra müdürü borçlunun şahsına kuvvet uygulamak suretiyle bu eşyayı haczedebilir¹⁰⁹⁶. Konu anayasal ilkeler açısından daha önce incelendiği için¹⁰⁹⁷, çalışmanın bu başlığında, söz konusu yetkinin uygulanması ve sınırları belirlenecektir. Ancak şu kadarını söylemek gerekir ki; bu yetkinin kullanılması en başta ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır¹⁰⁹⁸. Daha açık bir deyişle; zor kullanma ile elde edilen menfaat, borçlunun şahsına kuvvet uygulanarak verilen zarardan aşırı bir oranda fazla olmamalıdır.

İcra müdürünün kuvvet kullanabilmesinin ilk sınırı, bu kuvveti kimin şahsına uygulayabileceği ile ilgilidir. Kanunun ilgili fıkrasına bakıldığında, kuvvet uygulanabilecek kişi olarak borçlu gösterilmektedir. Gerçekten icra müdürü hacze gittiğinde, fıkra da geçen değerli bir takım şeylerin borçlu tarafından saklandığını anlarsa, gerekirse onun şahsına kuvvet kullanabilir. Bununla birlikte, kanun bununla üçüncü kişiler açısından bir koruma getirmiştir. Borçlu ile yakınlıkları ne olursa olsun, üçüncü kişilerin şahsına bu nedenden ötürü kuvvet kullanılamaz¹⁰⁹⁹. Başka bir deyişle, kanun icra müdürüne borçlunun şahsı ile sınırlı olarak bu yetkiyi vermiştir; bundan başka bir kişiye kuvvet uygulanamaz. Aksi durum icra müdürünün takdir yetkisinin kanunla belirlenmesi ilkesine de aykırı olur¹¹⁰⁰.

İcra müdürünün kuvvet kullanabilmesindeki ikinci sınır, esasında kuvvet kullanılabilmesinin ön koşuludur. İcra müdürü borçlunun şahsına kuvvet uygulayabilmesi için; fıkra da geçen: para, altın, gümüş gibi değerli eşyaların borçlu

¹⁰⁹⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 628; Kuru, *El Kitabı*, s. 366; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 269; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 139

¹⁰⁹⁷ Örneğin: § 11, II; § 12, II, B

¹⁰⁹⁸ Çiftçi, s. 247

¹⁰⁹⁹ Ansay 73-74

¹¹⁰⁰ İcra müdürünün takdir yetkisine haiz olmasının ön koşulu kanunda bu yönde hüküm bulunmalıdır. Bu hususta bkz. Yuk. § 20, I

tarafından saklandığı anlaşılmalı ve borçlunun bunları vermekten kaçınması gerekir¹¹⁰¹. İcra müdürü, haciz sırasında, borçlunun üzerinde bu türden kıymetli eşyaları saklandığı kanısına varmadan; daha doğrusu bu türden bir yargıya varmayı gerektiren bir durum olmadan, yahut bu şart yerine gelse bile, söz konusu malı borçlunun rızası ile vermesini teklif etmeden doğrudan borçlunun şahsına kuvvet uygulayamaz¹¹⁰². Örneğin, borçlunun cebinde bir şişkinlik olduğunu gören icra müdürü, bunun para olabileceğini düşünmekte haklıdır. Ancak bu haklılığı, ona kuvvet kullanma hakkını doğrudan vermez. Yine örneğimizden hareketle, icra müdürü borçludan cebinde ne olduğunu sorması ve onu rızası ile çıkarmasını istemesi gerekir. Eğer bu talebe rağmen borçlu çıkarmayacak olursa, icra müdürü borçlunun şahsına kuvvet uygulayabilir. Önceden söz konusu malı, icra müdürünün, zor kullanarak alabileceği ihtarında bulunması yerinde olur. Zira borçlu, kendi şahsına kuvvet uygulanmasından çekinerek, söz konusu malı teslim edebilir¹¹⁰³.

Son olarak; tüm bu şartlar yerine gelse bile icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanmayabilir. Zira kanunun yazılışından anlaşıyor ki; kanun, icra müdürüne şartlar yerine gelse bile, zor kullanma konusunda takdir yetkisi vermektedir. Gerçekten kanunun ifade tarzı “*...istimal edebilir*” şeklindedir. Bundan dolayı; icra müdürü, borçlunun para, gümüş, altın gibi değerli şeyleri sakladığını anlar ve bunlar borçlu tarafından icra müdürünün talebine rağmen de vermezse, takdir yetkisinde olarak, kuvvet uygulanmamasına karar verebilir. Şüphesiz bu yetki keyfi kullanılacak bir yetki değildir. Başka bir deyişle, icra müdürü istediği borçluya karşı kuvvet uygulayabilecek; istediği borçluya da uygulamayabilecek değildir. Kanunun tanıdığı bu yetkiyi hukuka ve anayasal temel hak ve ilkelere uygun olarak kullanılmalıdır. Her şeyden önce; icra müdürü, ölçülülük ilkesinin gereği olarak, tarafların menfaatlerini dengeleyerek kararını vermelidir. Borçlunun şahsına kuvvet kullanarak elde edeceği sonuç ile, kuvvet

¹¹⁰¹ Olgaç, *Cilt I*, s. 657: “Haciz memuru, borçlunun üzerindeki kıymetli evrak, altın, gümüş gibi şeyleri görürse, bunları kendisine vermesini emreder. Borçlu bu eşyayı sakladığı takdirde, şahsına karşı kuvvet kullanılır. **Fakat, haciz memuru borçlunun üzerinde görmediği şeyleri müccerret olabileceği düşüncesiyle hareket etmemesi ve borçlulara karşı cebir kullanmaktan kaçınması gerekir.**”

¹¹⁰² İİK m. 80/4 gereğince borçlunun şahsına kuvvet kullanılabilmesi için söz konusu maddede geçen değerli şeylerin saklandığının anlaşılması gerekir. Kanunun “anlama” tabirinin önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Yuk. § 12, II, B.

¹¹⁰³ İcra müdürünün kanundan kaynaklı olarak, borçluya üzerinde bulunan para, altın, gümüş gibi değerli eşyaların verilmemesi halinde zor kullanılabilmesini ihtar etmesine gerek yoktur. Başka bir deyişle icra müdürü borçlunun bu eşyaları teslim etmesini isteyip, yerine getirmediği takdirde zorla alabilir. Bununla birlikte, İİK m. 80/4’ün kişinin şahsına müdahale edilmesinin en son çare olarak düşünülmesi; müdahalenin sonuçlarından kaynaklı olarak icra müdürü yerine getirmelidir.

kullanmaması sonucunda elde edeceği sonuç arasında mukayese yapmalıdır. Bunun sonucunda da hangi değer yargısı korumaya daha layıksa ona göre işlem yapmalıdır.

Örneğin; borçlunun evine gittiğinde, onun sosyal ve ekonomik yaşamının kötü olduğunu görür ve yine borçlunun cebinde de bir şey sakladığını anlarsa; bunun para veya değerli bir şey olmadığı yorumu yapılabilir. İşte bu yorum kolaylıkla somut olay için yapılabiliriyorsa, artık borçlunun şahsına kuvvet uygulanması onun hayatına gereksiz bir müdahaleden öteye gitmez. Diğer taraftan; borçlunun şahsına kuvvet kullanılması sonucu elde edilecek değere göre karşılanmayacak kadar büyükse, yine kuvvet uygulanmayabilir. Borçlunun aile üyelerinden birinin veya bizzat borçlunun kalp hastası olması veya zor kullanmanın sonucu olarak sağlığı tehlikeye girebilecek olması halinde, zor kullanma yetkisi kullanılmayabilir. Bununla birlikte icra müdürü takdir yetkisini ne yönde kullanırsa kullansın, İİK m. 8 gereğince yaptığı işlemin gerekçesini yazmak zorundadır¹¹⁰⁴.

III. İİK m.82 ve İİK m. 83, HACZEDİLMEYEN MAL VE HAKLAR

Cebri icra hukukunda, icra müdürüne tanınan takdir yetkisinin en çok olduğu kısım belki de, haczedilemeyen mal ve haklar açısındanadır. İcra müdürünün haczedilmezlik konusunda, sınırları genel olarak kanun tarafından çizilmiş, takdir yetkisi olmalıdır/olmak zorundadır. Zira genel olarak takdir yetkisinin tanınmasının nedenlerinden birine bakılacak olduğunda, kanun koyucunun hayatın hızlı akışına fiili olarak, aynı hızda cevap verememesi gösterilebilir. Hayatın hızla günden güne değişmesi karşısında, bu değişimi yazılı kaynak olan kanunlarla aynı hızda takip etmek neredeyse imkansızdır. Kanun koyucunun somut olayda gerçekleşebilecek her ihtimali önceden görüp, bilip ve buna uygun çözümü kanunda düzenlemesi de imkansızdır¹¹⁰⁵. Haczedilmezlik konusunda da, borçlunun hangi malının, insan onuru ve diğer temel haklar düşünüldüğünde, vazgeçilmez olduğunun önceden kalem kalem sayılması mümkün değildir. Bu sayım kişilerin niteliği açısından farklılık gösterebileceği gibi aynı kişi için de hayatın hızla değişmesi karşısında değişiklik gösterebilir. İşte bu nedenlerle

¹¹⁰⁴ İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, söz konusu yetkisini neden o şekilde kullandığını gerekçesiyle birlikte açıklamak zorundadır. Bu konuda bkz. § 20, IV

¹¹⁰⁵ Doktrinde bu durum hakime takdir yetkisi tanınmasının nedeni olarak görülmesine dair bkz. Edis, s. 197; Buna benzer şekilde idare hukukunda da idareye takdir yetkisi tanınmasının bir nedeni olarak üstün kamu yararının gerçekleştirilmesi nedeni gösterildiğine dair bkz. Gözler, *Cilt I*, s. 950; Kaya, *Takdir Yetkisi*, s. 16; Başpınar, s. 65; Balta, *İdare Hukuku*, s. 86

cebri icra hukukunda haczedilmezliğe ilişkin kurallar konusunda, icra müdürünün takdir yetkisi tanınması zorunluluktur.

A. İİK m.82, Tamamı Haczedilemeyen Mal ve Haklar

1. Haczedilmeyen Mallar Konusunda İcra Müdürüne Takdir Yetkisi

Tanım Gereği Ve Zorunluluğu

Soyut kuralların somut olayların özelliğine göre her uygulanişında esneklik sağlamak adaletin gerçekleşmesi açısından uygulayıcıya takdir yetkisi tanınması zorunluluktur¹¹⁰⁶. Hayatın hızla değişmesi karşısında, bu değişime aynı hızda cevap veremeyen; bununla birlikte, sosyal ve ekonomik hayatı düzenleme zorunluluğu bulunan kanun koyucunun, kanunun uygulayıcısına takdir yetkisi tanınması gerekir¹¹⁰⁷. Cebri icra hukukunda her takibin niteliği, alacaklı ve borçlunun farklılıkları düşünüldüğünde, bu zaruret daha da artmaktadır. Gerçekten cebri icra hukuku başta takip talebinin alınmasından (İİK m. 58), buna karşılık ödeme emri gönderilmesine (İİK m. 61), haczin yapılmasından satışın yapılmasına ve paraların paylaştırılmasına kadar hep uygulamanın kendisidir. Hal böyle olunca, genel olarak takdir yetkisi tanıma zarureti, cebri icra hukukunda, icra müdürü için de geçerlidir. Kanun koyucunun emredici olarak, kanunun yapılış aşamasında her şeyi önceden bilip, tespit edip kanuna yazması mümkün değildir. Kanunun çıktığı gün için bu mümkün olsa bile, sonrası için yapılan düzenlemeler ihtiyacı karşılamayacaktır. İİK m. 82’de yer alan bazı fıkralar bu dediğimizi doğrular niteliktedir. Bunun için kanun koyucu genel çerçeveyi çok iyi, çizdikten sonra, cebri icra hukukunun uygulayıcısı olan icra müdürüne takdir yetkisi vermelidir¹¹⁰⁸.

Haciz; cebri, icra hukukunun en ciddi, en somut ve temel haklara en fazla müdahale edildiği aşamadır. Takibin başlarında, tebligat aşamasında ödeme emrinin tebliği (İİK m. 61) konusunda, borçlunun temel haklarına gözle görülür bir müdahale yoktur. Ancak iş, hacze gelindiğinde aynı şey söylenemez. Özellikle ev hacizlerinde, borçlunun özel hayatına, konut dokunulmazlığına, insan onuruna vb. müdahale edilmektedir. Takdir yetkisinin tanınması gereği/zorunluluğu ile hacizde borçlunun

¹¹⁰⁶ Edis, s. 197

¹¹⁰⁷ Edis, s. 198

¹¹⁰⁸ bkz. Yuk. § 1, II.

temel haklarına bu denli müdahale olması gerekliliği karşısında; icra müdürüne tanınan takdir yetkisinin sınırları iyi bir şekilde çizilmelidir.

6352 sayılı kanun ile İİK m. 82'ye bir fıkra eklenmiştir¹¹⁰⁹. İİK m. 82/4'e göre icra müdürü (haczi yapan memur) haczedilmezlik konusunda takdir yetkisine sahiptir. Buna göre, icra müdürü bir malın İİK m. 82 kapsamında yer alıp almadığını değerlendirmeli; sonuçta da, eğer bu kapsamda ise haczetmemelidir¹¹¹⁰. Kanun koyucunun bu fıkrayı eklemesinin nedeni; haczedilmezlik konusunda, Yargıtay uygulamasının icra müdürünün takdir yetkisi bulunmadığı yönünde gelişmesi idi¹¹¹¹. Cebri icra hukukunda hacizde icra müdürüne takdir yetkisi tanınması zorunluluğunu karşısında; Yargıtay'ın bu şekilde içtihat geliştirmesi¹¹¹² uygun değildir. Öncelikle, Yargıtay'ın bu uygulaması, takdir yetkisinin tanınması zorunluluğu gerçeğini yadsımaktadır. Yargıtay'ın bu uygulaması haczedilmezlik kuralının temel amacına da aykırıdır. Zira haczedilmeyen mal ve hakların getirilmesinin nedeni borçlunun insan onurunun korunması gereğidir¹¹¹³. Halbuki Yargıtay bu tutumu, sanki hukuka aykırılık malın haczedilmesi değil de, şikayet konusu olmaması gibi bir anlayışı yansıtmaktadır. Daha açık bir deyişle, borçlunun temel ihtiyacı olan bir malının haczedilmesi, bu işlemin şikayet konusu olup iptal olmasına kadar hukuka uygundur; eğer şikayete konu olup iptal edilirse de hukuka aykırıdır. Bu konuda hak kayıpları, şikayet süresinin çok kısa olması nedeniyle kaçırılmış olabileceğinden veya borçlunun kanunu bilmemesinden kaynaklanabilir. Her ne kadar kanunu bilmemek mazeret sayılmasa da,

¹¹⁰⁹ İİK m. 82/4'e icra müdürünün haczedilmezlik kuralı ile ilgili olarak, takdir yetkisi olduğuna dair hüküm; 6352 sayılı kanunun 16. maddesiyle eklenmiştir. buna göre icra müdürünün haczedilmezliğin belirlenmesi konusunda takdir yetkisi olduğu açık hükme bağlanmıştır. (Resmi Gazete Tarihi: 05.07.2012, Resmi Gazete Sayısı: 28344)

¹¹¹⁰ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

¹¹¹¹ Hükümet Gereçesi: "...Ayrıca, icra memurunun mal ve hakların haczi konusunda değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır." (Nakleden: Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Kanun*, s. 105, dn. 11)

¹¹¹² YHGK 10.06.2009, E. 2009/12-213, K. 2009/244, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 11.02.2013: "...2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 79/1 maddesi gereğince icra dairesinin, haciz talebinden itibaren en geç 3 gün içinde haczi yapması gerekir. Yine aynı kanunun 85/1 maddesi gereğince, icra müdürlüğünce, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta bulunan menkul malları ile gayrimenkullerinden ve alacak ve haklarından alacaklının ana para, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı, haczedilecektir.

Anılan her iki maddede yer alan ifadelerden ortaya çıkan sonuç, haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve icra memuruna, haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır."; Aynı şekilde bkz.:Yarg. 12. HD 07.09.1976, E. 1976/7071, K. 1976/8922, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 12.03.2013; Kaçak, *Cilt I*, s. 893, Yarg. 12. HD 27.06.2006, E. 2006/11103, K. 2006/14040

¹¹¹³ Kuru, *Cilt I*, s. 779; Kuru, *El Kitabı*, s. 438; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271

devletin tüm yetkili organları eliyle de hukuka uygun davranması zorunludur¹¹¹⁴. O halde; devletin, borçlunun bilgisizliğine sığınması ve hukuka aykırı bir işlem yapması düşünülemez. Bu nedenle; icra müdürü de en başta hukuk düzeni sınırları içinde, hacze konu olan malın, haczedilmezlik kapsamında olup olmadığını takdir ederek; borçlunun temel insan haklarına haksız bir müdahale olmasının önüne en başta kendisi geçmelidir. Bu ise, her somut olayın özelliğine göre soyut kuralların uygulanmasında esnek olanların yaratılması yani takdir yetkisi tanınmasıyla mümkün olur. Aksi durum kanunların somut olayın özelliklerinin göz ardı edilerek adaletsizliğe neden olur¹¹¹⁵.

Daha önce belirtildiği üzere icra müdürüne tanınması, sadece açık hükümle olmaz. Bunun dışında, belirsiz kavramlarla¹¹¹⁶ veya kanunun ifade tarzıyla da¹¹¹⁷ bu yetki verilebilir. Bu nedenle, 6352 sayılı kanundan önce de, icra müdürü İİK m. 82 konusunda takdir yetkisine haizdi, bugün için de takdir yetkisine haizdir. Sadece takdir yetkisi tanınması açıkça söylenmiş olduğu için artık konunun tartışılması mümkün görünmemektedir¹¹¹⁸.

2. İİK m. 82/1, Haczedilemeyen Mallar

Haczedilmezlik kuralı sadece İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş değildir. İİK m. 82/1-1’de diğer özel kanunlarda yer alan haczi caiz olmayan malları zikretmiştir. O halde hangi kanun olursa olsun bir malın haczedilemeyeceği belirtiliyorsa, söz konusu mal haczedilemez¹¹¹⁹.

1) Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya

Bu bent uyarınca, esasında icra müdürünün iki hususta takdir yetkisi vardır¹¹²⁰. İlk olarak icra müdürü borçlunun ekonomik faaliyetini sürdürmesinde; sermayesinin mi, yoksa bedeni çalışmasının mı ön planda olduğunun takdirini yapar. Eğer bedeni çalışması ön planda ise, bu sefer de mesleğini sürdürebilmesi için gereken eşyaların

¹¹¹⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 104; Özekes, *Temel Haklar*, s. 119; Özbudun, s. 123; Erdoğan, *“Demokrasi”*, s. 121

¹¹¹⁵ Bir hukuk kuralının nihai amacının adaleti sağlamak olduğu konusunda bkz. Aral, s. 31

¹¹¹⁶ § 3, IV

¹¹¹⁷ § 3, III

¹¹¹⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 272-273

¹¹¹⁹ Üstündağ, s. 184; Kuru, *Cilt I*, s. 825; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 274

¹¹²⁰ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 276

neler olduğunu takdir eder. Söz gelimi; bir avukatın bürosuna haciz için gidildiğinde büroda bulunan büro malzemeleri, kütüphane vb. bu türden eşyalardır. Bu ve buna benzer mesleklerde borçlunun mesleğini icra etmesi için gereken eşyalar haczedilmemelidir¹¹²¹. Buna karşılık; mesleğinde, sermayesi ön planda olan borçluların işyerlerinde bulunan eşyalar haczedilebilir. Ancak bu husus kanaatimizce şu şekilde anlaşılmalıdır. Borçlu her ne kadar ekonomik faaliyetini sermayesi ile yürütüyorsa da, bu durum, borçlunun her şeyinin haczedilebileceği manasına gelmemelidir. Borçlunun ekonomik varlığını sürdürebilmesi için zaruri olan hammadresi de borçlunun yeteri kadar güvence göstermesiyle haczedilmemelidir¹¹²². Aksinin kabulü borçluyu çalışamaz hale getirir. Bunun sonucunda da en başta çalışma hak ve hürriyeti (AY m. 49) nihayetinde de sosyal devlet ilkesi (AY m. 2) zarar görür. Örneğin, borçlunun elinde çok miktarda sermayesi var; ancak bu sermayesini aldığı bir işi yerine getirmek için kullanacaksa, icra müdürü bu malı haczetmemelidir. Zira borçlu yapacağı işin neticesinde, söz konusu sermayenin (hammaddenin) haczedilmesinden daha fazla bir gelir elde edebilir. Dolayısıyla da borcunu ödeyebilir. İcra müdürü, borçlunun borçlusuna emrederek, söz konusu sözleşmenin bedelini icra dairesine ödenmesini emrederek (İİK m. 89) hammaddenin haczinden daha fazla bedel alabilir. Böylelikle borçlunun taahhüdünü yerine getirememesine neden olunmaz; sonuçta da borçluya karşı bir takip daha yapılmasının önüne geçilmiş olunur¹¹²³.

¹¹²¹ Yarg. 12. HD 04.05.2006, E. 2006/6741, K. 2006/10112: “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişitarafından verilen 14.11.2005 tarihli raporda bir adet ECYD 3200 tipi yatay daire testere, bir adet ALPER marka şerit testere ve bir adet ALPER marka planya tezgahlarının borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimini ve mesleğini icra edebilmesi bakımından bunların haczinin doğru olmayacağını bildirmesine rağmen, mahkemece bilirkişi raporunun yanlış değerlendirilerek yukarıda açıklanan mahcuzları da kapsar şekilde haczedilmezlik şikayeti için tümünden reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (Nakleden: Kaçak, Cilt I, s. 905); Yargıtay bir başka kararında meslek gereği bir eşyanın haczedilebilir olup olmadığını değerlendirirken; söz konusu malın o meslek ile bağlantılı, olmazsa olmazı olmasını aramıştır: Yarg. 12. HD 29.06.1995, E. 9710, K. 9774, Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt V, Turan Kitabevi, Ankara 2006, s. 7181: “İİK’nun 82. maddesinde haczi caiz olmayan mallar ve haklar gösterilmiştir. Anılan madde kapsamında, ‘borçlunun zati ve mesleği için lüzumlu elbise ve eşyasının haczedilemeyeceği’ belirtilmiştir. Tebligat ve haciz yapılan adreslerden, borçlunun Eğitim Kitabevi’nde çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahcuz tabanca, borçlunun zati ve mesleği için lüzumlu, olmazsa olmaz nitelikte olan eşyaların değildir. Haciz yöntemine uygun satışı mümkündür.”

¹¹²² MK m. 879/2 hükmüne göre sigorta tazminatı taşınmazın eski hale getirilmesi koşuluyla kendisine ödenebilir. Medeni Kanunda yer alan bu hüküm söz konusu taşınmazın tekrar eski hale getirilmesini amaçlarken bunu malikin yeterli güvence göstermesine ve söz konusu maddenin birinci fıkrası gereği tüm rehin hakkı sahiplerinin rızasına bağlamıştır. Cebri icra hukukunda ise bahsini yaptığımız konu açısından bu şekilde bir yorum yapılması takibin alacaklının alacağını elde etmesi amacına daha iyi hizmet edebilir.

¹¹²³ Bu yorum halihazırda yürürlükte bulunan İcra ve İflas Kanunumuz için kolaylıkla yapılmayabilir. Gerçekten kanunumuza baktığımızda, İİK m. 82 ve İİK m. 89’un tam manasıyla bu anlamı

Bu bentte yer alan haczedilmezlik kuralına ilişkin olarak kanun İİK m. 82/2 ve İİK m. 82/3 ile özel sınır getirmektedir. Fıkralarda geçen özel durumların gerçekleşmesi halinde takdir yetkisi bu fıkralar esas alınarak kullanılmalıdır. Ancak bu konudaki incelemelerimizi bu fıkralarla ilgili ayrı başlıklar açtığımız için orada yapacağız¹¹²⁴.

3) Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri

İcra müdürüne takdir yetkisi veren bu bent¹¹²⁵, birkaç açıdan incelenmelidir. Öncelikle; bu bentte icra müdürünün iki farklı takdir yetkisi vardır. İlki: borçlunun ve aile üyelerinin ihtiyaç duyduğu eşyanın belirlenmesi; ikincisi: bu eşyanın birden fazla olması halinde hangisinin haczedilip, hangisinin borçluya bırakılacağı konusundadır. Diğer taraftan; bu bendin uygulamasında, özel sınırlara yer verilmiştir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken bu özel sınırlara riayet etmelidir.

İcra müdürünün bu bent uyarınca haczedemeyeceği eşyalar, borçlu ve aile üyeleri için lüzumlu eşyalardır. İcra müdürü insan onurunu, kişinin haberleşme hürriyetini, din ve vicdan hürriyetini, sosyal devlet ilkesini, ölçülülük ilkesini gibi temel hak ve ilkeleri gözeterek karar vermelidir. En başta, insan onurunun gereği olarak görülen eşyalar haczedilmemeli; bu konuda da tüm ilke ve haklar bu açıdan yorumlanmalıdır. Anayasal temel hak ve ilkeleri ihlal eden ve bunun nihai sonucunda da borçlu ve aile üyeleri için insan onuruna yakışır bir hayat standardının altında hayat sürmesine neden olan mal hacizleri yapılmamalıdır.

çıkarmadığı düşünülebilir. Ancak bugün için bu maddelerin anayasal temel hak ve ilkeler çerçevesinde yorumlanması gerekir. Çalışma hak ve hürriyeti anayasal temel hak ve ilkelerden biridir ve bu ilke esasında sosyal devletin bir gereği olarak ortaya çıkar. Sonuçta da insan onurunu sağlar. Hal böyle olunca kişinin, borçlunun, nihai olarak insan onurunu koruyan malları kolayca haczedilmesi düşünülmemelidir. Alacaklının da hakkını ihlal etmemek için, verdiğimiz örnek açısından düşünüldüğünde İİK m. 89'da yer alan ihbarname prosedürünün uygulanarak, bir çözüme gidilmelidir.

¹¹²⁴ İİK m. 82/2 için bkz. Aşa. § 25, III, A, 3; İİK m. 82/3 için bkz. § 25, III, A, 4.

¹¹²⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 277; Bu fıkranın 6352 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önceki hali için bkz.: Üstündağ, s. 179; Kuru, *Cilt I*, s. 789; Kuru, *El Kitabı*, s. 441

Borçlunun ve aile üyelerinin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi gereği; belli bir standartta yaşamayı gerekli kılar¹¹²⁶. Bu standart ise yaşadığımız zamandan bağımsız değildir. Borçlunun, bugün için, asgari şartlar altında sahip olması gereken şeyler, bunun sınırını oluşturur. Bu ise ortalama bir düzeyde alınacak esas gündeme getirmelidir. Diğer taraftan; standart belirlemede “zaman” kavramı işin içine girince, zamanla birlikte hayat koşullarının değişmesi ve bunun sonucunda da toplumun ihtiyaçlarının değişmesi kaçınılmaz olur. Öyleyse, yapılacak kanuni düzenlemeler esnek olmalı; bu esneklik sınırları içinde icra müdürü, takdir yetkisini kullanmalıdır. İşte burada da icra müdürü, bugün için nelerin insan onurunu sağlamak için asgari düzeyde olması gerektiğinin takdirini yapar. “Hangi eşyalar insan onurunu sağlar?” sorusunun cevabı, tahdidi olarak verilemez.

Borçlunun ve aile üyelerinin günlük kullanım eşyaları, gıda ve temizlik malzemelerinin bu kapsamda yer aldığından şüphe etmemek gerekir. Diğer taraftan; borçlunun bu eşyalarının haczedilemeyeceğini kabul etmekle, en azından temel ihtiyaçlarını karşılayacak kadar nakit parası da haczedilememelidir. Aksi halde, sanki korumanın bu sayılan eşyaların kendisine sağlandığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Halbuki burada korunan eşyaların mülkiyeti değildir. Geniş anlamda bakıldığında, burada asıl korunanın borçlunun insan onuruna yakışır bir hayat sürmesidir. O halde madem amacımız bu ise, borçlunun temel ihtiyaçlarını karşılayacak kadar nakit parası haczedilememelidir¹¹²⁷. Bu açıklamadan sonra, ne kadar paranın haczedilemeyeceği,

¹¹²⁶ AYM 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1967, Resmi Gazete Sayı: 12632: “insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerinin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.”

¹¹²⁷ Özkes, *Temel Haklar*, s. 199-200: “İcra hukukunda münferit bazı hükümlerin de eşitlik ilkesi karşısında tartışılması gerekir. Örneğin, borçlunun haline münasip evinin haczedilmezlik kapsamında sayılmasının insan onuru, sosyal devlet, kişiliğin korunması bakımından yerinde olduğu; ancak mevcut düzenlemenin (İİK m. 82/1-12) eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Konuyu açıklayabilmek için şu örnekten hareket edilebilir. Aynı takipte B ve C’nin ihtiyari takip arkadaşı şeklinde takip borçlusu olarak takip edildiğini kabul edelim. B’nin kendisi ve ailesi için ancak yeten, 200000 TL değerinde bir evi mevcuttur; C’nin ise, ev almak için tasarruf ederek biriktirdiği bankadaki hesabında 150000 TL bulunmaktadır. B’nin evi haczedilemezken, C’nin aynı amaca yönelik biriktirdiği parası haczedilebilecektir. Bunun, hem hukuki hem sosyal hem de ekonomik eşitsizlik meydana getirdiği açıktır. Bu düzenleme, ev sahibi olanları kirada oturanlara göre daha fazla serveti olanı, daha az olana göre korumaktadır. Bu eşitsizliği gidermek için, ya mesken, haczedilmezlik kapsamından çıkartılmalı ya da bu konuda daha dengeli bir düzenleme yapılmalıdır. Bizim önerimiz, meskenle ilgili haczedilmezliğin muhafazası, ancak herkese uyabilecek genel bir düzenlemenin yapılmasıdır. Bu bağlamda, borçlunun kendisi ve ailesinin sosyal durumuna göre, bir veya iki yıllık kira parası karşılığı evinin haczedilmemesidir. Bu kural kabul edildiğinde, ev almak için tasarruf edenle evi bulunan, kirada oturanla kendi evi bulunan, az parası olanla çok parası olan arasındaki ayrım kalkmış olacak; ayrıca herkesin sosyal durumunu da dikkate alınarak

sorusu gündeme gelebilir. Biz bu konuda borçlunun günlük yaşamını sürdürebilecek kadar, bir miktarda paranın bırakılması gerektiğini düşünüyoruz. Ne kadar bırakılacağı ise icra müdürünün takdirinde olarak belirlenmelidir. Bununla birlikte bugün için, bir insanın temel gıda ve temizlik eşyalarından çok daha fazlasını hak etmekte; yaşam standardı olarak belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle bizim burada bundan sonra vereceğimiz örnekler, bu açıdan düşünülmelidir. Biz bu noktada, vereceğimiz örnekleri bugün için bir insan için vazgeçilmez gördüğümüz türdendir. Borçlunun televizyonu, normal standartlar dahilinde cep telefonu ve bilgisayar gibi teknolojik aletler de bu kapsamda zikredilmelidir¹¹²⁸. Borçlu kendisine karşı takip yapılmadan önce, bu eşyaları kullanıyorsa; onun takibe maruz kalmasını bir cezalandırma aracına dönüştürür nitelikte, bu eşyaların haczedilerek elinden alınması cebri icra hukukun amacı ile bağdaşmaz. Zira cebri icra hukukunun amacı borçlunun cezalandırılması değil; borçlunun malvarlığından alacaklının alacağını karşılarken onun temel insan haklarını ihlal etmemektir¹¹²⁹. Ayrıca bu türden eşyalar kanaatimizce, borçlunun haberleşme hürriyetini sağlar¹¹³⁰. Bu eşyaların bedellerinin çok yüksek olması halinde ise, ancak bu takdirde alacaklının mülkiyet hakkı düşünülerek haciz yapılabilir. Ancak bu halde bile ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir¹¹³¹.

İcra müdürünün bu husustaki takdir yetkisine kanunun bu bendinin bir sınır getirdiğini görüyoruz. İİK m. 82/1-3'e göre: "*Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere...*" denilerek, hangi eşyalar hakkında icra müdürünün bu yetkisinin olmadığı belirtilmiştir. İcra müdürü bu malları borçlunun lüzumlu eşyası olarak görse bile, bu malların haczini yapmak zorundadır. Bu eşyaların kıymetinin fazla olması ve genel olarak bakıldığında

esnek bir değerlendirme yapılabilecektir. Diğer yandan da, borçlunun taşınmazı varken alacaklının alacağını elde edememe riski azalacak, borcunu ödemeyen borçlu da makul bir süre için en azından kira giderlerini karşılayarak, deyim yerindeyse hem kendisinin hem de ailesinin başını sokacak bir konut için yeterli geliri korunacaktır."; Yargıtay'ın bizim bu düşüncemize karşı olarak: "*İİK'nın 82. maddesinin 6. bendinde, 'borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacaklarının haczedileceği' kabul edilmişse de, burada öngörülen şey; biriktirilmiş veya borçlunun elinde bulunan gıda maddesi ile ısınma araç ve gereçlerinden ibarettir. Bu ihtiyacı karşılamak için parayı ayrılması gerektiği hususunda kanunda hüküm yoktur.*" (Yarg. 12. HD 18.11.1968, 10069/10535, Nakleden: Kaçak, Cilt I, s. 951)

¹¹²⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 279; Özkes, *Temel Haklar*, s. 174

¹¹²⁹ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39-40; Aslan, s. 274

¹¹³⁰ Özkes, *Temel Haklar*, s. 174

¹¹³¹ Ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan, oranlılık ilkesi gereği; yapılan müdahale ile korunmak istenen değer arasında açıkça bir oransızlık varsa bu durumun Anayasaya aykırı olduğuna dair bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155; Metin, s. 38; Hakyemez, s. 1313

borçlunun lüzumlu eşya kategorisinden çıktığını görebiliriz. Bununla birlikte; para için yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinden meseleye bakılması gerekir. Aksi halde borçlunun temel gereksinim maddelerini almasına engel olunarak, İİK m. 82/1-3'ün korumasından borçluyu mahrum bırakmış oluruz.

Bu bentte icra müdürüne tanınan, ikinci takdiri konu: borçlunun ve aile üyelerinin lüzumlu olan eşyalarının birden fazla olması halinde, bunlardan hangisinin haczedileceğidir. Zira maddeye bakıldığında, borçlunun bu eşyalardan birden fazlasına sahip olması halinde, bunlardan birinin haczinin yasaklandığı görülür. O halde icra müdürü, bu eşyalardan birini borçluya ihtiyacını karşılaması için bırakırken; diğerini ise alacaklının alacağını elde etmesi için haczeder¹¹³².

Burada asıl sorun, acaba aynı eşya olmasından maksat ne olmalıdır? Sadece iki eşyanın da aynı olması yeterli olmalı mıdır; yoksa bunların niteliklerinin farklı olması halinde aynı eşya mı sayılmalıdır? Başka bir deyişle, bir eşya borçlunun temel haklarından birinin yerine getirilmesine hizmet ediyorken, diğeri aynı yeterlilikte hizmet etmemekle birlikte bu hakkın özünü koruyorsa; acaba icra müdürü bu eşyalardan daha az nitelikli olanı borçluya bırakıp diğerini haczedebilir mi? Bu soruya verilecek cevap açısından kanaatimizce şu soru sorulmalıdır: iki eşyadan biri diğerini tam olarak ikame edebiliyor mu? Eğer bu soruya olumlu cevap verilebilirse, icra müdürü iki eşyadan birini haczedebilir. Aksi halde iki eşyadan biri, diğerini tam manada ikame etmiyorsa, bunlar söz konusu temel hakkı koruyabilecek aynı eşya değildir; haczedilmezlik kapsamındadır. Somutlaştırmak gerekirse; iletişim araçlarından televizyon ile radyo aynı eşya değildir. Zira radyo, televizyondan beklenen faydayı tam olarak sağlamaz. Bununla birlikte, televizyon radyodan beklenen faydayı, hatta daha fazlasını, sağlar. O halde bu örnekte borçlunun televizyonu, haberleşme hürriyetinin sağlanması açısından, haczedilemezken; radyonun işlevini televizyon da gördüğünden radyo haczedilebilir. Zira radyonun sağladığı haberleşme hürriyetini, televizyon tam manasıyla yerine getirmektedir. Başka bir örnek verelim: Konu yine haberleşme hürriyetine yönelik

¹¹³² Alacak borç ilişkisi nedeniyle taraflar arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden tesis edilmesinde, yasama organı da etkin bir şekilde faaliyette bulunur. Gerekli yasal düzenlemelerin çıkarılması ve bunların uygulanmasını tesis eder (Çiftçi, s. 235). İşte İİK m. 82/1-3 de bu amaca hizmet eden türdendir. Zira söz konusu bent ile bir taraftan belli malların haczi engellenerek, borçlunun temel hak ve hürriyetlerinin korunması sağlanmakta; diğer taraftan bu malların birden fazla olması halinde de bunlardan birinin haczedilmesi gerektiği belirtilerek, alacaklının mülkiyet hakkı korunmaya çalışılmaktadır. Böylelikle takibin her iki tarafının da menfaati korunurken, ortak bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

olsun. Bugün için borçlunun internet vasıtasıyla görüntülü konuşma yapması haberleşme hürriyetinin bir parçası sayılmalıdır. Televizyon ise yine toplu haberleşme sağlayan eşyalardan biridir. Acaba televizyon ile bu şekilde kullanılan bilgisayar birbiri yerine ikame edilebilir mi? Televizyondan beklenen faydayı, görüntülü konuşma yapabilecek bir bilgisayar yerine getirebilir. Zira internet bağlantısı olmadan görüntülü konuşma yapılabilmesi mümkün olmadığı için, bilgisayarın internete bağlı olması bugünkü teknoloji için şarttır. O halde kişi böyle bir bilgisayarla televizyonun sağladığı haberleşme hürriyetini gerçekleştirebileceği için, bilgisayar borçluda bırakılıp, televizyon haczedilebilir. Buna karşılık aynı örnekte, televizyon bilgisayarı tam olarak ikame edemez. Bu nedenle, televizyon bırakılıp, bilgisayarın haczedilmesi haberleşme hürriyeti açısından anayasaya aykırı olur. İcra müdürü takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmalıdır.

4) Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları

Bu bentte¹¹³³ yer alan düzenlemeye ilişkin takdir yetkisinin iki numaralı bent ile paralel düşünülmesi gerekir. Zira haczedilemeyen mal ve haklara bakıldığında borçlunun ekonomik hayatını devam ettirebilmesi için gereken türde eşyalardır. Bu bentte yer alan malların takdir ile ilgili İİK m. 82/3'te özel bir sınır getirilmiştir¹¹³⁴.

5) Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları¹¹³⁵: İcra müdürü bu bent uyarınca borçlu ve ailesinin idaresinde lüzumlu olup olmadığını, bu hayvanların yem ve yataklarının üç ay içinde ne kadar olacağının takdirini yapar.

¹¹³³ Üstündağ, s. 180; Kuru, *El Kitabı*, s. 441 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 270-272; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 279

¹¹³⁴ § 25, III, A, 4

¹¹³⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 802; Kuru, *El Kitabı*, s. 444; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 272; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 280

6) Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsül için lazım olan tohumluğu¹¹³⁶: İcra müdürü borçlu ve ailesinin iki aylık yiyeceğinin ne olduğunun takdirini yapar. Ayrıca borçlu çiftçi ise gelecek mahsül için ne kadar tohumluk lazım olduğunu da takdir eder.

7) Borçlu bağ, bahçe veya meyva veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ bahçe ve bu sanat için lüzumlu bulunan alet ve edevat

Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları¹¹³⁷: İcra müdürü bu bent uyarınca borçlunun sayılan işlerden biri ile uğraşması halinde, kendisi ve ailesi için zaruri bağ bahçe aletlerinin neler olduğunun takdirini yapar. Yine geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun ve ailesinin geçimleri için zaruri miktarı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklarının neler olacağının belirlerken takdir yetkisini kullanır.

8) Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar¹¹³⁸. İcra müdürü bu bent uyarınca ne kadar bir paranın lazım geldiğinin takdirini yapar.

9) Borçlunun haline münasip evi

İİK m. 82 kapsamında borçlunun haline münasip evi haczedilemez¹¹³⁹. Bugün için, taşınmaz malların değerinin büyük meblağlara ulaşması, taşınmaz malları alacaklının alacağını alması için başvurabileceği malvarlığı kalemleri içinde önemli bir hale gelmesine neden olmuştur. O kadar ki, başka yerde bulunan malların haczinin istinabe yolu ile yapılması kuralına; resmi sicile bizzat icra müdürünün yazması ile

¹¹³⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 803; Kuru, *El Kitabı*, s. 444; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 272; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 280

¹¹³⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 803-805; Kuru, *El Kitabı*, s. 444; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 273; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 281

¹¹³⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 808; Kuru, *El Kitabı*, s. 445; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 273; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 281

¹¹³⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 810; Kuru, *El Kitabı*, s. 446; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 273; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 281

doğrudan yapılabileceği kabul edilmiştir (İİK m. 79/2)¹¹⁴⁰. Alacaklı için değerinin yüksekliğinden ötürü haczedilip satılması cazip olan taşınmaz malların, borçlu için taşıdığı önem de yadsınamaz.

Taşınır bir malının, haczedilmesi ve bunun satılması sonucu borçlunun yaşadığı olumsuz duygu ile taşınmaz malının haczedilip satılması sonucu yaşadığı olumsuz duygu arasında fark olacaktır. Zira taşınmazın değeri nedeniyle, borçlunun ekonomik hayatındaki yeri, önem taşır. Borçlu için taşınmazın tek değerinin maddi değer olmadığı da bir gerçektir. Taşınmazın niteliğine göre, söz konusu taşınmaz, borçlu ve borçlunun aile üyeleri için daha farklı anlamlar taşıyabilir. Şüphesiz borçlunun evi bu kapsamdadır. Kişinin meskeni; kişi için çok özel bir alandır, o alan kişi için dokunulmazdır¹¹⁴¹. Bu nedenle, hukuk sistemleri kişinin özel hayatının önemli bir parçası olan konuta, ayrı bir önem atfetmişlerdir. Kişilerin insan onuru, kişi dokunulmazlığı, özel hayatı ve konut dokunulmazlığı ihlal edilmemesi için özel düzenlemeler yapılmıştır. Hukukumuzda konutun, değişik hukuk branşlarında korunduğunu ifade edebiliriz. Nitekim Anayasamızda, cebri icra ve ceza kanunumuzda korunmaktadır¹¹⁴².

Alacaklının borçlunun ekonomik değeri olan mal varlığı ile tatmin edilmesi ilkesi, borçluya ait konutu da bu kapsama sokmaktadır. Ancak konutun, borçlu ve özellikle takiple hiç alakası olmayan üçüncü kişiler için taşıdığı önem düşünüldüğünde koruma zorunludur (İİK m. 82/1-12)¹¹⁴³. Aksi halde, borçlunun insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi tehlikeye girer. Zira insan onurunun bir gereği de: kişinin dışarıdan bağımsız, içinde özgürce dilediğini yapabildiği bir konutunun olması ve bu hakkının korunmasıdır. O halde borçlu bile olsa bir konutta yaşama hakkına sahiptir¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁰ Üstündağ, s. 147; Kuru, *El Kitabı*, s. 365; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 268; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 233; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 137

¹¹⁴¹ Kişinin konutunun onun “küçük dünyası” olduğunun benzetmesi için bkz. Çınar, s. 470

¹¹⁴² Konut dokunulmazlığı AY m. 21’de düzenlenmiştir. Buna göre, kişinin yaşamının önemli bir bölümü anayasal koruma altına alınmıştır. Zira anayasal sistematik içinde, temel haklar içinde sayılan konut hakkının sınırlandırılması da AY m. 13’deki sınırlar çerçevesinde olmalıdır. Devletin tüm organları bu hak ile mukayyettir. Doğrudan bu hakkı ihlal etmeyeceği gibi edenleri de cezai müeyyidelerle cezalandırmalı; bu alanın korunmasını esaslı bir şekilde gözetmelidir. İşte bu nedenle, konu TCK m. 116’da da düzenlenmiştir. Buna göre suçun kanuni unsurlarının oluşması halinde, kişinin konut hakkını ihlal eden kişi cezalandırılacaktır.

¹¹⁴³ Kuru, *Cilt I*, s. 810; Kuru, *El Kitabı*, s. 446; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 273; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 281

¹¹⁴⁴ Konut dokunulmazlığının Anayasamızda temel hak olarak düzenlendiğine dair bkz.: Şimşek, s. 91; Çınar, s. 469; Şen, s. 128

Kanun koyucumuz da, bu hususta haczedilmez eşyalar arasında, “borçlunun haline münasip evi”ni sayarak, konuyu düzenlemiştir¹¹⁴⁵. Kural olarak borçlunun maddi değeri olan her türlü malı haczedilebilirken¹¹⁴⁶; bu kuralın bir istisnasını borçlunun haline münasip evi oluşturur (İİK m. 82/1-12). Hacze giden icra müdürü borçlunun evinin onun haline münasip olup olmadığının değerlendirmesini, takdirini yapar; sonuçta da, eğer evin bedeli borçlunun yaşam standardının üzerindeyse haczini yapabilir. Aksi halde borçlunun evi haczedilemez. Burada icra müdürü değerlendirme yaparken, borçlunun ekonomik durumunu dikkate almalıdır. Zira kanun kriter getirirken, **borçlunun hali** demektedir; bu hususta, dikkate alınması gereken kişinin borçlu olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca konutun niteliği gereği borçlu ile birlikte aile üyelerinin de yaşadığı göz önünde tutulduğunda, borçlu ve aile üyelerinin yaşam standardı düşünülerek karar verilmelidir¹¹⁴⁷. Borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi halinde bunun icra mahkemesinde şikayete konu yapabilme hakkının borçlu yanında aile üyelerine de tanınması bu düşüncenin bir ürünüdür¹¹⁴⁸. Konuya Yargıtay uygulaması açısından bakacak olursak, Yargıtay’ın “meskeniyet iddiasını” geniş yorumladığını söyleyebiliriz. Gerçekten Yargıtay; borçlunun bizzat oturmaması halinde¹¹⁴⁹, birden fazla taşınmazının bulunması halinde¹¹⁵⁰ yahut söz konusu ev tapuya

¹¹⁴⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 810; Kuru, *El Kitabı*, s. 446; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 273; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 281

¹¹⁴⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271

¹¹⁴⁷ Yargıtay meskeniyet iddiasının değerlendirilmesinde, borçlu ile birlikte ailesinin de dikkate alınması gerektiğine karar vermektedir. Yarg. 12. HD 20.09.2004, E. 14955, K. 19722, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7264: “İİK’nun 82/12 maddesi gereğince, borçlunun ‘haline münasip’ evi haczedilemez. Bir meskenin borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna borçlu ve ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir.”. Yargıtay aile kavramının ne olduğuna ise söz konusu kararının devamında “...buradaki aile terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar” şeklinde açıklamıştır. Görüleceği üzere, Yargıtay aile kavramını daha çok kan bağına veya sıhri hısımlığa değil de, aynı konut içinde yaşamaya bağlamaktadır. Gerçekten bu ifadeyi doğrular şekilde Yargıtay bir başka kararında, borçlunun kızı ve damadının da kendisi ile yaşamasından kaynaklı olarak, meskeniyetşikayetinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar için bkz.: İİD. 13.05.1954, E. 1988, K. 2307, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7284

¹¹⁴⁸ Özkes, *Temel Haklar*, s. 179

¹¹⁴⁹ Yarg. 12. HD 11.02.2005, E. 2004/25041, K. 2452; Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7257: “Bir taşınmazın satışının geçerli olabilmesi için satış işleminin tapu dairesinde gerçekleştirilmesi gerekir. alacaklı bankaya hitaben borçlu tarafından yazılan ve hiçbir hukuki sonuç doğurmayan ve ‘taşınmazın bir başkasına devrinin düşünüldüğüne’ ilişkin dilekçeler, ortada geçerli bir satış işlemi olmadığı sürece, meskeniyet şikayetinin esasının incelenmesine engel teşkil etmez. İcra mahkemesinin ret gerekçesinde yer alan, ‘borçlunun mahcuzda oturmamasına’ ilişkin diğer açıklama ise, meskeniyetşikayeti için bu yerde borçlunun bizzat oturması zorunlu olmadığından yerinde değildir.”; Aynı doğrultuda bkz.: Yarg. 12. HD 24.02.2003, E. 865, K. 3287, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7258

¹¹⁵⁰ Yarg. 12. HD 06.02.2003, E. 2002/29326, K. 2214, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7267: “Borçlunun birden fazla taşınmazının bulunması, meskeniyetşikayetine engel değildir. Bir başka anlatımla birden çok taşınmazın içinde, borçlunun mesken olarak tercih ettiği taşınmazı ile ilgili şikayetin esasının

kayıtlı olmasa¹¹⁵¹ bile meskeniyet iddiasında bulunulabileceğine karar vermiştir. Buna karşılık tapudaki kaydına “mesken” olarak kullanıldığının yazılması, İİK m. 82/1-12 şartlarının yerine gelmeksizin, doğrudan meskeniyet iddiasının dinlenebileceği manasına gelmez¹¹⁵². İcra müdürü borçlunun ve aile üyeleri için uygun olan konutunu haczedemezken, akla bu evin bedelinin çok yüksek olması halinde ne olacağı sorusu gelebilir. Başka bir deyişle, borçlu tüm emeğini ve enerjisini harcayarak aslında kendi yaşam standardının çok üzerinde bir ev almış ve yaşıyor olabilir. Bu durumda acaba ne olacaktır? Bu soruyu kanun koyucu, özel bir sınır getirerek yanıtlamıştır. Biz de çalışmanın bir sonraki başlığında bu konuyu inceleyeceğiz¹¹⁵³.

3. İİK m.82/2, Haczedilmezlik Konusunda Getirilen Özel Sınır I

Haczi talep edilen bir malın, haczinin mümkün olup olmadığını icra müdürü bu kapsamda takdir eder (İİK m. 82/4)¹¹⁵⁴. Bununla birlikte birinci fıkrada sayılan bazı malların takdirinde, İİK m. 82/2’de getirilen özel sınıra riayet edilmesi gerekir. Buna göre; “2, 3, 4, 5, 7 ve 12 numaralı bendlerdeki istisna, borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasırdır.” Bu fıkradan anlaşıyor ki; takibe konu alacak sayılan fıkralarda yer alan mallardan kaynaklanıyorsa, bu mallar haczedilebilir¹¹⁵⁵.

İlk olarak üst başlık olarak birleştirebileceğimiz; borçlunun çalışma hakkını koruyan 2, 4, 5, 7 fıkraları gereğince bu malların bedellerinin ödenmemesinden kaynaklı olarak icra takibi yapılırsa; bu malların da satılıp bedellerinden alacaklının alacağını karşılama için haczedilebilir. Örneğin, borçlunun büro malzemeleri (İİK m. 82/1- 2) haczedilebilir. İkinci olarak; üçüncü bentte sayılan, borçlu veya aile üyeleri için lüzumlu

incelenmesi zorunludur.”; Aynı doğrultuda bkz.: 12. HD 11.11.2003, E. 22650, K. 22284, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7257

¹¹⁵¹ Yarg. 12. HD 01.07.2004, E. 13582, K. 17466, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7264-7265: “Borçlunun meskeniyetşikayetine konu ettiği mahcuzun mutlaka tapuda kayıtlı olması zorunlu değildir. Bir başka anlatımla yasal süresinde olmak koşulu ile mesken olduğundan bahisle, ‘gecekondu’ ile ilgili olarak da meskeniyet şikayetinde bulunulabilir.”; Aynı yönde bkz.: 12. HD 20.06.2002, E. 12295, K. 13196, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7269

¹¹⁵² Yarg. 12. HD 09.02.2004, E. 2003/24807, K. 216, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7265: “Bir taşınmazın tapuda mesken olarak gösterilmiş bulunması, borçlunun meskeniyetşikayetinin kabulüne tek başına neden olmaz. Mercice, ‘İİK’nun 82/1-12. maddesi koşullarında haczolunan evin borçlunun haline münasip bir ev niteliğinde olup olmadığı ve ancak evin kıymetinin fazla olması halinde ise, bedelinden haline münasip bir yeri alabileceği miktar tesbit edilerek borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılması gerekeceği’nden bu hususta yöntemince yapılacak keşif ve bilirkişi raporundan sonra anlaşmazlığın çözümlenmesi gerekirken, eksik incelemeyle tapuda mesken olarak görüldüğünden bahisle şikayetin incelemesiz kabulü doğru görülmemiştir.”

¹¹⁵³ bkz. Aşa. § 25, III, A, 4.

¹¹⁵⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 272-273

¹¹⁵⁵ Üstündağ, s. 187; Kuru, *Cilt I*, s. 824; Kuru, *El Kitabı*, s. 449; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 274-275; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 283

eşya da bu kapsamda değerlendirilir. Eğer takip konusu olan alacak, bu lüzumlu eşyanın bedelinin ödenmemesinden kaynaklanıyorsa, bu eşyalar da haczedilebilir. Son olarak, borçlunun haline münasip evini düzenleyen on ikinci bent için de aynı özel sınır vardır. O halde alacak, evin bedelinden doğmakta ise, borçluya takip yapan alacaklı borçlunun evini haczettirebilecektir¹¹⁵⁶.

4. İİK m.82/3, Haczedilmezlik Konusunda Getirilen Özel Sınır II

Haczedilmeyen malların takdirinde kanunun getirdiği son özel sınır İİK m. 82/3'tür. Bu maddenin getirdiği sınırlamaya baktığımızda, belli malların değerlerinin çok yüksek olması halinde, bu malların değerlerinden borçlunun haline münasip olan kısmı ayrılmak şartıyla kalan kısım alacaklının alacağını karşılaması için haczedilip satılabilir¹¹⁵⁷. Kanun koyucu esasında, bu fıkra ile genel olarak İİK m. 82/1'e özel sınır getirirken; aynı zamanda icra müdürüne başka bir takdir yetkisi daha vermiştir. Buna göre, İİK m. 82/1'den kaynaklı, takdiri yetkisinin kullanılmasında; icra müdürü malın değerinin yüksek olduğunun takdirini yaptıktan sonra, borçlunun sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde tutarak, satıştan sonra uygun bir bedeli borçluda bırakmalıdır. Ne kadar bir bedelin borçlunun haline münasip olduğu ise ayrıca başka bir takdiri yetkidir. İcra müdürü borçlunun ve gerekirse aile üyelerinin sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde tutarak, ne kadar miktarın yeterli olduğunu takdir eder.

Kanunda getirilen bu özel sınır esasında hem haciz aşamasının hem de satış aşamasının konusudur. Gerçekten İİK m. 82/3 *“Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır”* demek suretiyle, bunu ortaya koymuştur. O halde hacze gelen icra müdürü bu malların bedelinin çok yüksek olduğunun takdirini yaptıktan sonra, söz konusu malı haczedebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, malın

¹¹⁵⁶ Yargıtay bu fıkranın uygulanmasını haklı olarak, sadece borcun kaynağının söz konusu mal olması ile sınırlamaktadır. Daha açık bir deyişle, borçlu alacaklıdan bir miktar para alıp, bu para ile haczi talep edilen eşyayı aldı ise; Yargıtay'a göre, bu eşyanın haczinin yapılması için, İİK m. 82/2'ye dayanılmaz. Yarg. 12. HD 22.05.1970, 5679/5525, Resmi Kararlar Dergisi, Yıl: 1970, Sayı: 6-7, s. 69-70: *“Hadisede, borç mahcuzun bedelinden doğmuş değildir. Alacaklının vermiş olduğu para, velev mahcuz gayrimenkulün (evin) satın alınmasında kullanılmış olsa dahi, bu durum istisnai hükmün (İİK m. 82 son fıkra hükmünün) uygulanmasını gerektirmez. Borçluyu İİK m. 82/12'nci madde uyarınca meskeniyet iddiasında bulunmaktan alıkoymaz.”* (Nakleden: Kuru, Cilt I, s. 824; Üstündağ, s. 187)

¹¹⁵⁷ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 274; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 283; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 142

değerinin çok yüksek olması halinde, haczin yapılmasının gerekliliğidir. Maddenin borçlu açısından koruyucu yönü ise satış aşamasında kendini gösterir. Satılan bu mallardan elde edilen bedelden borçlu için haline münasip kısmı ayrılır; sonrasında kalan miktar ile alacaklının alacağını alması sağlanır. Alacaklının alacağını karşılamak için kanunun bu yönde bir orta yol bulmaya çalışması, alacaklının hakkının da bu surette korunması sonucunda olmaktadır. Söz konusu mal her ne kadar borçlu ve aile üyeleri için lüzumlu ise de, malın değerinin yüksek olması nedeniyle alacaklının hakkının da korunması gerekir. Bu ise bu malların haczedilmesine; ancak sonuçta elde edilen bedelin bir kısmının alacaklının alacağını karşılamak için kullanılmasına neden olmuştur.

Burada şu sorunun cevaplanması gerekir: bu sayılan malların bedelinin fazla olması ne demektir? Kanaatimizce, burada yapılacak değerlendirme borçlunun ve aile üyelerinin gereksinimi karşılayacak nitelikten bağımsız düşünülemez. Ayrıca icrada ki malın satış şartlarını (malın %50 veya %40 oranla satılabileceğini) düşünerek takdir yetkisini kullanmalıdır.

İİK m. 82/1’de sayılan mallardan hangisinin değerinin yüksek olması halinde, yine de haczedilebileceğine gelecek olursak; İİK m. 82/1-2, 4, 7’de sayılan borçlunun ekonomik yaşamını devam ettirmek için gereken mallar ile borçlunun haline münasip evidir. Buna göre icra müdürü bu malların kıymetinin fazla olduğuna karar verirse, malları haczeder; sonrasında ise elde edilen satış bedelinden öncelikle borçlunun ve duruma göre aile üyeleri için gerekli kısmı ayırdıktan sonra alacaklıların alacağını alması için kullanır¹¹⁵⁸. Aile üyelerinin gözetilmesi kanun gereği; birinci fıkranın, dördüncü ve yedinci bentlerinde zorunludur. Bununla birlikte on ikinci bentte açıkça sayılmasa da evin niteliği gereği, borçlu ile birlikte aile üyeleri de düşünülmelidir. Zira konutun niteliği gereği burayı sadece borçlu kullanmaz. Onunla birlikte aile üyeleri de kullanır. Hal böyle olunca, mesken haczinin “haline münasip” olup olmadığının değerlendirmesinde borçlu ile birlikte aile üyeleri de dikkate alınmalıdır¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 274; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 283; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 142

¹¹⁵⁹ Yarg. 12. HD 20.09.2004, E. 14955, K. 19722, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7264

B. İcra Müdürünün Tamamı Haczedilmez Mallar Hakkındaki Takdir Yetkisinin Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi

Öncelikle şu belirlemeyi yapmakta fayda vardır. Cebri icra hukukunda amacımız; alacaklının alacağını temin etmek ve bu yapılırken de borçlunun temel haklarını korumak, ihlal etmemektir¹¹⁶⁰. İşte haczedilmezliğe ilişkin bu şekilde kuralların, kanun hükümlerinin olması bu yönü ile kaçınılmazdır. Aksi halde bu şekilde getirilmeyen istisna; borçlunun maddi değeri olan her malının haczedilebilir olması ana kuralının uygulanması sonucunu doğurur¹¹⁶¹. Bu ise, borçlunun ve hatta onun aile üyelerinin temel insan haklarının ihlal eder. Bu nedenle kanunlarımızda yeri geldikçe, özellikle de cebri icranın temel kanunu olan İcra ve İflas Kanunu'nda bu yönde kural olması zorunludur.

Haczedilmezliğe ilişkin kuralın olması zorunluluğu karşısında, acaba bunun kanun koyucu tarafından ihdasının yöntemi ne olmalıdır? İcra ve İflas Kanunu'nda, haczedilmezlik kuralı kazuist metotla mı belirlenmeli, yoksa çerçeve hüküm konularak mı belirlenmelidir? Biz bu soruya, İİK m. 82'nin değiştirilmesi zorunluluğu ile cevap vermek istiyoruz. Söz konusu maddeye bakıldığında, borçlunun iki aylık yiyeceğinden, tercih edeceği süt veren bir mandası veya ineğinden, borçlunun ihtiyacı olabilecek gelecek mahsul için tohumluğundan, borçlunun hayvanları için yem ve yatak ihtiyaçlarının karşılanmasından bahsetmektedir. Bugün içinse neredeyse büyük oranda bunların bir önemi kalmamıştır. Diğer taraftan bu nitelikte eşyaların haczedilmesi halinde bile muhafazası ayrı bir sorun teşkil edeceğinden, bu malların yine alacaklının menfaati için (İİK m. 85/6), başka bir mal ile alacağını alabiliyorsa, haczedilmemelidir¹¹⁶². Bununla birlikte kanunun çıktığı dönem itibarıyla bu mallar

¹¹⁶⁰ Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, s. 39-40; Aslan, s. 274

¹¹⁶¹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 267; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 271

¹¹⁶² İİK m. 85/1 gereği, borçlunun alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktarda malı haczedilir. İİK m. 85/6 gereği ise, icra müdürü alacaklı ve borçlunun haklarını mümkün mertebe telif edecektir. Bunun anlamı haciz yapılırken; icra müdürü hem alacaklının hem de borçlunun menfaatini düşünerek haczi gerçekleştirmelidir. Bu nedenle, alacaklının alacağını almasını kolaylaştıracak en uygun malı haczederken; borçlunun temel haklarına en az müdahalede bulunmalıdır. İşte söz konusu bentte de icra müdürü alacaklının alacağını karşılayabilecek başka mal varsa, öncelikle bunları haczetmelidir. Hayvanların hacizlerinin yapılması halinde bile, bunların muhafazası ve bakımı alacaklı ve hatta icra müdürü için ayrı bir sorun teşkil edebilir. Alacaklı için takip giderlerinin yükselmesi açısından, icra müdürü içinse yediemin bulup teslim etme konusunda problem olabilir. O halde bugün için artık bu tür malların haczinin yasaklanmasına, borçlunun başkaca haczedilebilecek mallar varsa, gerek yoktur. Zira İİK m. 85/6 bunu emreder. Diğer taraftan, bu malların borçlu için bugün vazgeçilmez nitelikte olduğu da düşünülmelidir. Sosyal ve ekonomik yaşamın tarım ve hayvancılıktan sanayiye kaydığı bir toplumda, bu türden mallar kişilerin ekonomik yaşamında önemli bir yer tutmamaktadır. Ayrıca amacımız borçlunun korunması olsa bile; bu kadar bir mal ile

toplum hayatında çok önemli bir yere sahip olabilir. Gerçekten, kanunumuzun çıktığı dönem itibarıyla tarım ve hayvancılığa verilen önem nedeniyle, borçluların bu türden eşyalarının korunması gerekmiş olabilir. Ancak bu koruma amacı yerinde olsa da, bunun yolu tek tek hangi malların haczedilemez olduğunun yazılması şeklinde olmamalıdır. Zira kanun aradan geçen zaman içinde kendini toplumun değişmesi ve gelişmesi karşısında yenileyemez. Ve zamanla uygulanmaz hale gelir¹¹⁶³.

Bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasının tek yolu kanunda hangi haklarının nasıl korunacağını tek tek yazılması değildir. Eğer kanun koyucu bu yönde bir metotla çalışırsa, bu sorun doğurabilir. İlk olarak; her temel hak ve somut olayın içinde beliren ona özgün özellik, kanuna yazılamayacağı için, bu şekilde karşılaşılan bir durumda, kanunun uygulayıcısına “acaba kanun koyucu bu hakkı bilinçli olarak mı kanun kapsamı dışında bıraktı?” sorusuna yanıt aramasına neden olur. Ve belki de bunun sonucunda, aslında kanun koyucunun iradesinin o somut olayda ortaya çıkan özel durumu da koruma varken, sırf kanuna açıkça yazılmadığı için, uygulayıcısı tarafından dışarıda bırakılmış olur. İkinci olarak; kanunu uygulayan kişileri hiçbir yorum yapmaksızın bir robot gibi kanunu yerine getiren kişilere dönüştür. Bu ise bu kişilerin yorum yapma yeteneğini ortadan kaldırıp, değişik olaylar karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiğini bilemeyen kişiler yetişmesine neden olabilir. Her konunun da fiilen kanunlarda düzenlenemeyeceği düşünüldüğünde, söz konusu somut olay çözümsüz kalır; yahut adalet anlayışına uymayan bir çözüm ile giderilir¹¹⁶⁴.

Bu değerlendirmelerden sonra; sonuç olarak, diyebiliriz ki, bugün cebri icra uygulamamızda haczedilmezlik konusunda takdir yetkisine ihtiyaç duyulmaktadır. Zira genel çerçeveyi çizen bir kanuni düzenleme bulunması kişilerin temel haklarının kanuni düzeyde garantisi olur. Ancak bu düzenleme kazuist metotla belirlenmemeli; esnek, çerçeve niteliğinde hükümler içermelidir. Bununla birlikte anlaşılabilirlikte ve kısıklıkta olmalıdır.

borçlunun korunduğu düşünülemez. Zira toplumun genel olarak refah düzeyi çok daha fazla bir korumayı gerektirmektedir.

¹¹⁶³ Özekeş, *Temel Haklar*, s. 116, 156

¹¹⁶⁴ Aral, s. 31

C. İİK m. 83, Bir Kısmı Haczedilemeyen Mal Ve Haklar

AY m. 49, çalışma hakkını ve çalışanları korumayı devlete bir yükümlülük olarak yüklemiştir. Buna göre devlet işçiyi koruyucu tedbirler almak zorundadır¹¹⁶⁵. Koruma ise çok yönlü olarak düşünülebilir. Gerçekten bugün itibarıyla iş hukukunda işçinin korunmasından maksat; işçinin ücretinin korunması, sosyal güvenlik haklarının korunması, işçinin yaşı itibarıyla veya cinsiyeti nedeniyle bir takım özel koruma tedbirlerinin bulunması gibi kapsamlı bir hal aldığını görmekteyiz.

İşçinin tüm mesaisini harcayarak kazanmayı hak ettiği ücretinin özel olarak korunması gerekmektedir. Zira işçi kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin geçimini elde ettiği bu gelir ile sağlayabilmektedir. Tüm mesaisini söz konusu işe harcadığı için, belki de başka bir geliri olmaz. Haliyle tek geçim kaynağı olan ücretin korunması gerekir¹¹⁶⁶. Cebri icra hukukunda da, borçlunun maaş ve ücret haczi diye kısaltabileceğimiz, İİK m. 83'te farklı isimlerle nitelendirilen özü itibarıyla bir kısım parası haczedilemez. Bununla birlikte İş Kanunu m. 35'te de işçinin ücretinin bir kısmının haczedilemez olduğu düzenlenmektedir. Konumuz itibarıyla İİK'da yer alan takdir yetkisi hallerini incelediğimiz için, İş Kanunu m. 35 incelememiz dışında kalmaktadır. Bu başlık altında, işçinin İİK m. 83 kapsamında icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken, ücret hakkının korunması incelenecektir¹¹⁶⁷.

İİK m. 83'ün başlığına baktığımızda, “Kısmen Haczi Caiz Olan Şeyler” ibaresine yer verilmiştir. Maddenin içeriğini incelemeye başladığımızda ortaya konacağı üzere, bu başlık maddeyi anlatır vaziyettir. Belli bir miktar ayrıldıktan sonra, kalan kısmının haczedilebilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla işçinin ücretinin tamamı değil; sadece, 83. maddede belirtilen kısmı ayrıldıktan sonra haczedilebilir¹¹⁶⁸.

İki fıkradan oluşan İİK m. 83 hakkında yapılacak incelemede, iki fıkranın da beraberce değerlendirilmesi gerekir. İlk fıkroda, icra müdürünün, işçi olan borçlunun

¹¹⁶⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 84; Özbudun, s. 151

¹¹⁶⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 629; Sarper **Süzek**, *İş Hukuku Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 408; Nuri **Çelik**, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 162; Ünal **Narmanlıoğlu**, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 309

¹¹⁶⁷ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 633: “Ücretin haczedilemeyecek miktarı konusunda İİK m. 83/2’de bir düzenleme getirilmekle beraber (haczedilecek miktar, ücretin dörtte birinden az olamaz), İş Kanunu m. 35, sonraki özel hüküm olması nedeniyle İİK m. 83/2 hükmü, İş Kanuna tabi işçilere uygulanmaz.”

¹¹⁶⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 831; Kuru, *El Kitabı*, s. 450; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 276

kendisi ve ailesinin geçimi için lüzumlu miktar ayrıldıktan sonra kalan kısmının haczedilebileceğini; ikinci fıkrada ise bu miktarın, söz konusu paranın (ücretin) 1/4'ünden az olamayacağı düzenlenmektedir. Sadece ilk fıkra okunduğunda; fıkranın sonunda yer alan –ebilir ifadesi bizi yanıltabilir. Zira sanki bu şekilde okuyunca; “icra müdürü, borçlu ve aile üyelerinin bakımı için lüzumlu olan miktarı ayırdıktan sonra kalan kısmın haczedilip haczedilmemesi konusunda takdir yetkisine haizdir” şeklinde bir algı oluşmaktadır. Ancak maddeyi iki fıkrası ile birlikte değerlendirdiğimizde, bunun böyle olmadığını anlıyoruz. Zira hemen ikinci fıkrada, bu miktarın ayrıldıktan sonra (borçlu ve ailesinin bakımı için lüzumlu miktar, İİK m. 83/1), kalan kısmının haczinin 1/4'ten az olamayacağı düzenlenmektedir. Başka bir deyişle; her ne kadar borçlunun ve aile üyelerinin geçimi için lüzumlu olan miktar ayrılıp kalan kısım haczedilecekse de, toplamda haczedilecek kısım toplam ücretin 1/4'ünden az olamaz¹¹⁶⁹.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanınan hal; “borçlunun ve aile üyelerini geçimi için lüzumlu miktarın” belirlenmesi konusundadır¹¹⁷⁰. Gerçekten İİK m. 83/1 “....*Borçlunun ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra...*” demek suretiyle, bunu ortaya koymuştur. İcra müdürü, bir işçinin veya memurun, maaşına veya ücretine haciz koymak için, öncelikle borçlunun ve aile üyelerinin geçinmeleri için zorunlu kısmı belirlemeli, takdir etmelidir. Bunun belirlenmesinde; şüphesiz, anayasal temel hak ve ilkelere uygun bir değerlendirme yapılması gerekir. En başta insan onurunun korunması için gereken temel ihtiyaçların gözetilmesi düşünülmelidir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında: “..*Mahkemece borçlunun aile nüfus tablosu celbedilip, kirada oturup oturmadığı da araştırılarak...*” demek suretiyle aile bireylerinin sayısının ve borçlunun kirada yaşayıp yaşamadığına vurgu yapmıştır¹¹⁷¹. Yine bir başka kararında da aile üyelerinin sayısı ile ailenin durumuna önem atfetmiştir¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 285

¹¹⁷⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 451; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 276

¹¹⁷¹ Yarg. 12 HD. 22.04.2005, E. 2005/5151, K. 2005/8721, Kaçak, *Cilt I*, s. 957

¹¹⁷² Yarg. 12 HD. 28.06.2002, 12550/14005, Kaçak, *Cilt I*, s. 957-958: “...İİK'nın 83. maddesinde borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürlüğünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra kalan kısım borçlunun maaşından haczedilebilir. İcra müdürünün takdirinin yerinde olup olmadığının borçlunun aile durumu ve ilgili nüfus kayıtları celbedildikten sonra

İcra müdürünün borçlunun ücretini veya maaşını haczederken sahip olduğu, lüzumlu miktarın belirlenmesi konusundaki takdir yetkisinin kanundan kaynaklı özel bir sınırı vardır. İcra müdürü takdir yetkisini bu özel sınıra riayet ederek kullanmak zorundadır. İİK m. 83/2'ye göre, icra müdürünün borçlunun ve aile üyelerinin geçinmeleri için lüzumlu miktarı ayırdıktan sonra, nihayetinde haczettiği miktar, toplam ücretin veya maaşın 1/4'ünden az olamaz. Kanun bu fıkra ile, icra müdürünün takdir yetkisini miktar hususunda sınırlamıştır. Buna göre icra müdürü, borçlunun ve ailesinin geçinmeleri için lüzumlu miktarı, söz konusu ücretin tamamı için görse bile, mutlaka en az 1/4'ünü haczetmelidir¹¹⁷³. Kanun, bu fıkra ile; alacaklıların mülkiyet hakkını koruyucu bir düzenleme yapmıştır. Borçlu kişi işçi veya memur olup, bu kişilerin tek geçim kaynağı maaşı veya ücreti olsa bile; kendilerine karşı yapılan icra takibinde, alacaklının alacağına kavuşması için, ücretin veya maaşın belli bir miktarı haczedilmelidir. İşte kanun bu miktarın 1/4'ten az olamayacağını ortaya koyarak, alacaklıyı koruyucu bir düzenleme getirmiştir.

İcra müdürüne kanunun kendisine tanıdığı bu takdiri yetkiyi kullanırken büyük bir iş düştüğü kanaatindeyiz. Zira kanunun; bir tarafta borçlunun ve onun aile üyelerinin menfaatini, bir tarafta da alacaklının menfaatini düşünerek getirdiği bu düzenlemenin, kanunun bu amacına uygun olarak kullanılması gerekir. İcra müdürü de, kanunun bu şekilde orta bir yol bularak sağlamaya çalıştığı menfaat dengesini, takdir yetkisini kullanırken sağlamaya özen göstermelidir. Özellikle ülkemiz şartlarında, ücret ve maaşların miktarını da gözeterek, borçlunun ve aile üyelerinin geçinmeleri için lüzumlu miktarı iyi belirlemelidir. Zira bu belirlemeyi, olması gerekenden daha eksik bir bedelle yaparsa, borçlunun ve aile üyelerinin geçinmeleri tehlikeye girebilir. Belirleme yapılırken; kanunda yazmasa da, icra müdürü ailede çalışan ve elde ettiği geliri ailesinin geçinmesinde sarf eden başka birey(ler) varsa, bunları da dikkate almalıdır. Zira bu madde sadece borçlu ve onun aile üyeleri değil, takibin alacaklısı da korunmaktadır. Aile üyelerinin geçimi, borçlu dışında başka bir kişinin elde ettiği gelirle de temin ediliyorsa, artık bundan sonra en azami hadden haciz yapılabilmelidir. Aksi halde bu sefer de icra müdürü alacaklının hakkını ihlal edecek şekilde takdir yetkisini kullanmış olur. Belirleme yaparken asgari ücret tarifesi esas alması da düşünülebilir.

incelenmesi gerekirken bu konuda araştırmak yapılmaksızın yasada yeri olmayan asgari ücret miktarı esas alınarak yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi isabetsizdir."

¹¹⁷³ Kuru, *Cilt I*, s. 833; Kuru, *El Kitabı*, s. 452; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 277; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 285

IV. İİK m.83/b, YAVRULU HAYVANLARIN HACZİ

İcra müdürüne haciz yaparken takdir yetkisi tanıyan hükümlerden birisi de, İİK m. 83/b'dir. Bu maddeye göre; *“Hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler.”* İcra müdürü bu maddeye göre; yavru hayvan haczedeceği zaman, bu hayvanların anaları tarafından bakılmaya muhtaç olup olmadığını takdir eder. Eğer bu hayvanların, bakıma muhtaç olduğuna kanaat getirdiyse (örneğin, yavru halen anasının sütü ile besleniyorsa) ya bunları haczetmemeli ya da beraber haczetmelidir. Kanun bunların birbirinden ayrı haczedilmesini yasaklamıştır¹¹⁷⁴.

V. İİK m.85, TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARIN HACZİ

İİK m. 85'te taşınır ve taşınmaz malların haczi düzenlenmiştir. Daha önce yeri geldikçe, İİK m. 85'i incelemiştik¹¹⁷⁵. Buradaki incelememiz, takdir yetkisinin hangi hallerde tanındığına yönelik olacaktır. İİK m. 85'e baktığımızda; altı fıkradan oluşan bu maddenin dört fıkrasında icra müdürüne takdir yetkisi tanımıştır.

İlk olarak; İİK m. 85/1, icra müdürünün haciz yaparken borçlunun ne kadar malını haczedeceği konusunda takdir yetkisi olduğunu düzenlemiştir. İcra müdürü, borçlunun alacaklının alacağını karşılamaya yetecek tutarda malının haczederken¹¹⁷⁶, bu malların miktarının ne kadar olduğunun takdirini yapacaktır. Şüphesiz bu takdir İİK m. 87'de düzenlenen kıymet takdirinden bağımsız değildir. İcra müdürü haczettiği malların kıymetini takdir etme yükümlülüğündedir (İİK m. 87). İcra müdürünün haczettiği mallar, alacaklının alacağını karşılamaya yetecek tutara ulaştığında, artık haciz uygulamasını bitirmelidir¹¹⁷⁷.

İkinci olarak; İİK m. 85/3'te icra müdürüne takdir yetkisi verilmiştir. Borçlunun mahcuz taşınmazı artırmaya çıkarılmadan önce, borçlu borcun itfasına yetecek taşınır

¹¹⁷⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, anaları ile aralarında ilinti kurulan yavruların da haczedilmiş sayılacağı yönünde karar vermiştir. 21. HD 12.02.2001, E. 831, K. 992, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7449: *“haczedilen iki adet ineğin davacıya ait olduğu kabul edilmekle birlikte, iki adet yavrunun durumu açıklığa kavuşturulmamıştır. Davacı ‘bu yavruların dana olduğunu’ ileri sürmektedir. Bu iki yavrunun, davacıya ait olduğu kabul edilen iki ineğin yavrusu olduğu kabul edildiği takdirde, haczedilen iki yavru yönünden de davanın kabulü gerekir.”*

¹¹⁷⁵ bkz Yuk. § 14, II

¹¹⁷⁶ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 288

¹¹⁷⁷ İİD. 27.04.1956, E. 2530, K. 2511, Olgaç, *Cilt I*, s. 728, dn. 3: *“İcra ve İflas Kanunun 85. maddesinin son fıkrası mucibi icra memurunun tarafların menfaatini mümkün olduğu kadar temin ile mükellef olduğu göz önünde tutularak tahsili istenen alacak ve takip masraflarını karşılayacak miktardan fazla borçlunun mallarına haciz konmasının doğru olmadığı düşünülmelidir.”*

mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse taşınmaz üzerinde haciz baki kalmak üzere önce gösterilen taşınır veya alacak da haczolunur (İİK m. 85/3)¹¹⁷⁸. İcra müdürü işte burada taşınmaz malı satmamak konusunda takdir yetkisine haizdir. İcra müdürü taşınmaz malın haczini yaptıktan sonra; borçlu, taşınmaz açık arttırmaya çıkarılmadan önce¹¹⁷⁹ vadesi gelmiş sağlam alacak veya borcu itfa etmeye yeter taşınır mal gösterirse, bu mallar da haczolunur. İcra müdürü borçlunun vadesi gelmiş alacak göstermesi halinde, bu alacakların, kanuni terimle, sağlam olup olmadığının takdirini yapar.

Sağlam alacak kavramı kanaatimizce; alacaklının alacağını karşılamaya yetecek miktarda, borçlunun elde edebileceği alacaklarıdır. Başka bir deyişle; icra müdürü borçlunun vadesi gelmiş olan alacağının olduğuna kanaat getirirse, söz konusu taşınmazın satışını yapmayabilir. İcra müdürü borçlunun kendisine göstereceği alacağın sağlam olup olmadığının takdirini yaparken; borçlu bunu nasıl ispat etmelidir? İcra müdürünün bir yargılama faaliyeti yapmaması ve kendisinin hakim olmaması nedeniyle¹¹⁸⁰, kanaatimizce, bu inceleme ispat kuralları niteliğinde olmamalıdır. Borçlunun alacağının olduğunu gösterir belgeler, alacağın sağlam olduğunu göstermesinde yeterli olmalıdır. Bu bağlamda İİK m. 68 ve 68/b’de sayılan belgelerin, kıyas yoluyla, burada da yeterli görülmesi gerekir. Zira itirazın kaldırılması yolunda kullanılan bu belgeler, esasında alacaklının alacak hakkının olduğuna tam bir ispat ile ispatlamamakta; söz konusu takibin, birazda süratle devam etmesi için, alacaklının hakkını gösterir nitelikte olmaktadır¹¹⁸¹. Başka bir deyişle; bu belgelere bakıldığında ilk anda alacaklının alacaklı olduğu kanaatine varılabilir. O halde bu belgelerin, İİK m. 85/3’te sağlam alacak olduğunun gösterilmesi açısından da yeterli olması gerekir.

Üçüncü olarak; İİK m. 85/5 haczi yapan icra müdürüne genel bir sınır çizmektedir. Bu sınırı çizerken de icra müdürüne takdir yetkisi vermektedir. Söz konusu fıkra göre, “*Hasılatı paraya çevirme masraflarını ve icabında muhafaza ve idare masraflarını tecavüz etmeyeceği muhakkak olan şeyler haczolunmaz.*” Bu hükme göre,

¹¹⁷⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 653

¹¹⁷⁹ “... Bu hükümde ehemmiyetli bir nokta da gayrimenkul arttırmaya çıkarıldıktan sonra borçlunun göstereceği menkulün haczedilerek paraya çevrilmesi için bir mecburiyet kalmamıştır. Çünkü gayrimenkulün hacizle satışa çıkarılmasına kadar alacaklı birçok masraf ve külfet ihtiyar etmiş ve hakkını alması yaklaşmış olduğu cihetle bu halde iken menkul malın haczine mecbur tutulmasında bir sebep kalmamıştır.” (TBMM Adalet Encümenin 1/28 sayılı Mazbatasından, Nakleden: Olgaç, *Cilt I*, s. 727-728)

¹¹⁸⁰ İcra müdürünün niteliği konusunda bkz. Yuk. § 2

¹¹⁸¹ Kuru, *Cilt I*, s. 321 vd.

icra müdürü haczini yaptığı malın satışı sonrasında elde edeceği bedel, bu malın paraya çevirme masraflarını, muhafaza giderlerini ve diğer masraflarını geçemeyeceği anlaşıyorsa, haczetmemelidir¹¹⁸². Esasında bu hüküm birazdan inceleyeceğimiz, İİK m. 85/6'nın özel bir halidir. Kanun tarafların menfaatlerini telif etmiş; sonuçta da, haczedilecek malların belli bir bedeli geçmesini aramıştır. Bu bedel, söz konusu malın takip giderlerini karşılamaya yeter miktardan daha fazla olmasını gerektirir. Eğer bir malın satışı sonrasında elde edilecek bedel; o malın satışı için gereken masrafları karşılamıyorsa haczedilmemelidir (İİK m. 138/2)¹¹⁸³. Kanaatimizce bu hüküm borçlu açısından bir parça genişletilebilir. Şöyle ki, söz konusu malın sonucunda elde edilebilecek bedel, takip giderlerini karşılamakla birlikte çok az bir miktarda bu değeri geçiyor; buna karşılık, bu malın yokluğu borçluya fazlasıyla zarar veriyorsa haczedilmeyebilir. Ancak bu genişletmenin çok sınırlı olması gerekir. Zira her malın haczi halinde, bu malın bir takip giderinin olacağı kuşkusuzdur. Haliyle söz konusu malın, takip giderinin olması veya malın değerinin yüksek olup, takip giderini fazlasıyla karşılıyorsa bu mal haczedilmelidir. Aksinin kabulü halinde alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olur.

Son olarak; İİK m. 85/6 icra müdürüne tarafların haklarını mümkün mertebe telif etme yükümlülüğü yükleyerek¹¹⁸⁴, takdir yetkisi vermiştir. Bu fıkraya göre doktrinde, icra müdürünün tarafların menfaat dengesinin tesis edilmesi görevi olarak nitelendirilen¹¹⁸⁵, bu görev, takdir yetkisi ile birebir ilişkilidir. Başka bir deyişle; bu hüküm doğrudan icra müdürüne takdir yetkisi tanımaz. Ancak menfaat dengesinin

¹¹⁸² Kuru, *Cilt I*, s. 635; Kuru, *El Kitabı*, s. 371; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 238; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 288

¹¹⁸³ Postacioğlu, s. 532; Üstündağ, s. 295; Ansay, *İcra*, s. 167; Kuru, *El Kitabı*, s. 627; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 346; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 387; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 258

¹¹⁸⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 288; Yarg. 12. HD 31.07.1987, E. 1986/6928, K. 2593, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7531: "haczedilen makinanın monte edilmiş olduğu fabrikanın tamamlayıcı bir parçası olduğu öne sürülmüştür. Bu yönden mercice bir araştırma yapılamamıştır. İİK'nun 85. maddesinin son fıkrası gereğince haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir. Bilirkişi aracılığıyla haczedilen makinenin, bağımsız olarak haczedilmesi durumunda fabrikanın çalışmasının durup durmayacağı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikayetin reddi yasaya uygun görülmemiştir."

¹¹⁸⁵ Çiftçi, s. 3 vd.

oluşturulabilmesi için, icra müdürünün haiz olduğu yetkilerden biri olarak karşımıza çıkar¹¹⁸⁶.

VI. İİK m. 87, KIYMET TAKDİRİ

İcra müdürü haczi gerçekleştirirken hacettiği malların kıymetini takdir ederek, haciz tutanağına yazar (İİK m. 87)¹¹⁸⁷. Borçlunun alacaklının alacağını karşılamaya yetecek kadar malının haczedilemesi gereğince (İİK m. 85/1)¹¹⁸⁸, kıymet takdirinin doğru yapılması son derece önemlidir. Başka bir deyişle; haczin bitme sınırı olan alacak miktarına ulaşan mal haczinin yapılmış olması doğru bir şekilde yapılan kıymet takdirinden ortaya çıkar¹¹⁸⁹. Zira gerçek eder bedelinden daha az bir bedelle yapılan kıymet takdiri neticesinde, borçlunun aslında daha fazla malı haczedileceği için, borçlunun mülkiyet hakkı ihlal edilir; bunun tersine, daha fazla bedelle kıymet takdir edilirse, alacaklının mülkiyet hakkı tehlikeye girer. Diğer taraftan, kıymet takdiri esas alınarak taşınırın satışı gerçekleştirilmekte (İİK m. 115); taşınmazlar için ise yasal zorunluluk olmakla birlikte (İİK m. 128/2), uygulamada neredeyse daha sonra kıymet takdir ettirilmeyip¹¹⁹⁰, hacizde yazılı bedel üzerinden satışa çıkarılması, kıymet takdirinin doğru yapılmasının başka bir haklı gerekçesini oluşturur.

İİK m. 87'nin icra müdürüne takdir yetkisi tanıdığı husus, esasında iki açıdan düşünülmelidir. İlk olarak, kıymet takdirinin bizzat kendisidir. İcra müdürü haczini yaptığı malın kıymetini takdir eder (İİK m. 87/ilk cümle)¹¹⁹¹. İkinci olarak; eğer icra müdürü gerekli görürse, hacettiği malın kıymetini bilirkişiye takdir ettirebilir. Burada da artık icra müdürünün takdir yetkisi, kıymet takdirini bizzat yapıp yapmamak konusundadır.

İİK m. 87'nin takdir yetkisi tanıyan ilk durumu aslında bu hususta pek açıklama yapmayı gerektirmemektedir. İcra müdürü kendi bilgi ve tecrübesiyle hacettiği malın kıymetini takdir edebiliyorsa, takdir ettiği bedelin kıymetini haciz tutanağına yazar. İkinci halde ise icra müdürü kendi bilgi ve tecrübesiyle söz konusu malın kıymetini

¹¹⁸⁶ İcra müdürünün takdir yetkisi ile, taraflar arasında menfaat dengesinin sağlanması hakkındaki ilişki için bkz. § 18, II, B, 2.

¹¹⁸⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 630; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 235; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 269

¹¹⁸⁸ Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 634; Kuru, *El Kitabı*, s. 370; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 237; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287-288

¹¹⁸⁹ Üstündağ, s. 153

¹¹⁹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 360

¹¹⁹¹ Kuru, *Cilt I*, s. 630; Kuru, *El Kitabı*, s. 367; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 235; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 269

malın özelliği nedeniyle takdir edecek yeterlikte değildir. Eğer icra müdürü somut olayda hacettiği mal açısından bu sonuca varıyorsa, artık bilirkişiye takdir ettirmelidir. Yargıtay kararlarına baktığımızda, “*özel bilgiyi gerektirip gerektirmemesi*” kriterinin dikkate alındığını görmekteyiz. Buna göre icra müdürü söz konu malın haczini yaparken; kıymet takdirinin yukarıda kısaca bahsettiğimiz önemi nedeniyle, doğru yapılması için özel bilgiyi gerektiren malların haczini bilirkişi vasıtasıyla yaptırmalıdır¹¹⁹². Eğer kendisi yapacaksa da kanaatimizce, bunu mümkün mertebe objektif verilere dayandırmaya özen göstermelidir. Örneğin mal borsada kayıtlı bir mal ise buradaki verilerden faydalanılabilir.

VII. İİK m. 88 vd., MAHCUZ MALLAR HAKKINDA MUHAFAZA TEDBİRLERİ

Cebri icra hukukunda takibin kesinleşmesiyle, alacaklının talebi doğrultusunda, borçlunun malvarlığına haciz konulur (İİK m. 78/1)¹¹⁹³. Daha sonrasında ise alacaklı takibin başarıyla sonuçlanması için, süresi içinde satış talebinde bulunması gerekir¹¹⁹⁴. Başka bir deyişle, borçlunun mallarına haciz konulmuş olması alacaklının hakkına kavuşması için yeterli olmaz. Dolayısıyla takibin hacizden sonraki aşamasına geçilip; haczedilen malların paraya çevrilmesi gerekir.

Haciz aşamasından paraya çevirme aşamasına kadar geçecek sürede haczedilen mallara ilişkin olarak bir takım tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu gereklilik bazen malın maddi niteliğinden kaynaklanır, bazen de malın hukuki niteliğinden kaynaklanır. Örneğin; söz konusu mal bozulabilecek cinsten ise, bu malın gerekli şartlarda korunması için tedbirler alınabilir. Malın soğuk hava deposuna konulması gibi. Ya da ikinci ihtimal; malın hukuki niteliği gereği olabilir. Örneğin; haczedilen mal taşınmaz

¹¹⁹² 12. HD 30.12.2004, E. 22062, K. 27468, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7552: “*Özel bilgiyi gerektirmediği hallerde, haczedilen menkuller üzerinde icra müdürü resen kıymet takdiri yapabilir. Somut olayda gözlendiği gibi; icra müdürlüğünün haciz sırasında 65000000000 TL değer tespit ettiği 2000 model Renault aracın muammen bedelinin kasko değerinden daha düşük olduğundan bahisle ihalenin feshine karar verilmesi doğru değildir. Zira, kasko edilecek meblağı gösterecek bedel, aracın gerçek ve rayiç olarak kabul edilemez.*” Yargıtay bir başka kararında da aynı gerekçe ile bilirkişi incelemesi ile kıymet takdiri yapılmasını uygun görmüştür. Bu karar için bkz. 12. HD 22.05.2000, E. 8037, K. 8307, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7557: “*İİK’nun 87.maddesi uyarınca icra müdürü malın kıymetini takdirinde bilirkişiye başvurabilir. Somut olayda, satışa yapılan uçakların değerlerinin icra müdürlüklerince kendileri tarafından yapıldığı bilirkişiye başvurulmadığı görülmektedir. İhale edilen menkul malların nitelikleri göz önüne alındığında uçakların değerlerinin uzman bilirkişilerce tespit ettirilmeden satışa çıkarılması usulsüzdür.*”

¹¹⁹³ Kuru, *Cilt I*, s. 619; Kuru, *El Kitabı*, s. 357; Pekcanıtez, Atalay, Özkes vd., s. 240

¹¹⁹⁴ Kanunumuz taşınır ve taşınmaz mallar ile ilgili olarak, satış isteme sürelerinde farklı süreler benimsemiştir. Taşınır için söz konusu süre hacizden itibaren altı ay; taşınmazlar için ise yine hacizden itibaren bir yıldır (İİK m. 106/1).

ise, borçlu haczedildikten sonra bu malı elinden çıkarmasına karşın tapuya şerh verilmesi düşünülebilir.

A. İİK m.88, Taşınır Hakkında

Haczedilen taşınırlara ilişkin olarak muhafaza tedbirlerini düzenleyen bu maddede, icra müdürüne takdir yetkisi veren üç hal vardır. Bunlar sırasıyla söz konusu maddenin 2, 4 ve 6. fıkralarındadır. Bu fıkraları incelemeye geçmeden önce, belirtmek gerekir ki, madde taşınır mallar ile ilgili olarak bir sınır getirmiştir. Şöyle ki, haczedilen para, altın, gümüş, hamiline ait senet, poliçe, diğer cirosu mümkün kıymetli evraklar gibi mallar İİK m. 88’de sayılan muhafaza tedbirlerine konu olmazlar. Zira bu malların muhafazası icra müdürü tarafından bizzat yapılır (İİK m. 88/1)¹¹⁹⁵.

İcra müdürünün taşınırların muhafazası hakkındaki 88. maddesindeki ilk takdir yetkisi, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre; diğer mallar (yani birinci fıkranın dışında kalan mallar) muhafaza altına alınır. Alacaklı isterse, borçlu veya üçüncü bir kişiye yediemin olarak bırakılabilir. Bu şekilde yediemine bırakılan mal, satış mahalline getirilmezse muhafaza altına alınabilir veya yediemin değiştirilebilir (İİK m. 88/2)¹¹⁹⁶. Bu fıkra göre, icra müdürü ilk olarak; söz konusu malın İİK m. 88/1 anlamında değerli eşya olup olmadığının takdirini yapar. Zira söz konusu fıkradan anlaşıldığı kadarıyla, burada sayılan mallar sınırlı sayıda değildir. İcra müdürü bu nitelikte bir mal olursa, bu malı bizzat muhafaza altına alır (İİK m. 88/1)¹¹⁹⁷. İkinci olarak, İİK m. 88/1’de sayılan mallardan başka bir mal olduğuna karar verirse; bu malı yediemin olarak borçlunun veya üçüncü bir kişinin elinde bırakabilir. İcra müdürünün bu konuda da takdir yetkisi vardır. Ancak bununla birlikte, icra müdürünün takdir yetkisini bu yönde kullanabilmesi için, alacaklının rızası gerekir¹¹⁹⁸. Yediemin olarak bu kişilerden birine bırakılan taşınır mal, satış mahalline getirilmezse, icra müdürü yediemin değiştirebilir veya malı muhafaza altına alabilir. Yine burada da icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Yediemin olarak bırakılan kişi, malı getirmese bile

¹¹⁹⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 636; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 159

¹¹⁹⁶ Kuru, *Cilt I*, s. 637-638; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289-291

¹¹⁹⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 636; Kuru, *El Kitabı*, s. 372; Pekcanitez, Atalay, Özkes, vd., s. 289; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 159

¹¹⁹⁸ Yarg. 12. HD. 19.02.2003, E. 2003/25688, K. 3271, Uyar, *Şerh Cilt V*, s. 7582: “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 borçlunun yedinde bırakılması doğru olmadığı gibi...”

muhafaza altına almayabilir veya yediemin değiştirmeyebilir. İcra müdürünün bu bentte sayılan takdir yetkisine, İİK m. 88/3 özel bir sınır getirmektedir¹¹⁹⁹.

İİK m. 88'in icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan ikinci durum, İİK m. 88/4'tür. Buna göre; icra müdürü, üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan bir mal hakkında da, muhafaza tedbiri alıp almamak hususunda takdir yetkisine haizdir. Bununla birlikte; söz konusu fıkra, bu takdiri yetkiye özel bir sınır getirmektedir. Eğer rehin edilen eşya, ticari işletme rehni kapsamında ise, bu malların muhafaza altına alınması ancak, söz konusu malın satışına karar verildikten sonra mümkün olur¹²⁰⁰.

Son olarak icra müdürüne İİK m. 88/6 gereğince takdir yetkisi tanınmıştır. Bu fıkraya göre: hukuken saklanmasına, muhafaza altında kalmasına gerek kalmayan bir mal hakkında; icra müdürü ilgililere uygun bir süre verip, bu sürede söz konusu malı almalarını ister (İİK m. 88/6)¹²⁰¹. Burada icra müdürünün iki konuda takdir yetkisi vardır. İlk olarak, “hukuken saklanmasına gerek olmayan halin” belirlenmesi; ikinci olarak da, eğer hukuken saklanmasına gerek duyulmayan bir mal olursa, bu halde ne kadar bir süre verileceği konusunda icra müdürünün takdir yetkisi vardır. İlk ihtimale, satış süresinin geçirilmesine rağmen satış talep edilmemesi (İİK m. 106/1) veya borçlunun borcunu alacaklıya ödemesi gibi haller örnek olarak verilebilir. İkinci ihtimalde ise, icra müdürü somut olay açısından, ilgililerin bu malı alabilmeleri için gerçek bir uygun süre olmasına özen göstermelidir.

B. İİK m.90, Diğer Haklar İçin

İİK m. 90 “*İcra dairesi haczedilen hakların muhafazasına ve alacaklardan günü gelenlerin tahsiline çalışır ve lazım gelen masrafların peşin ödenmesini isteyebilir.*” Bu madde icra müdürüne iki konuda takdir yetkisi vermektedir. İlk olarak, icra müdürü haczedilen hakların muhafazasına ve tahsiline çalışırken lazım gelen masrafların ne olduğu ve miktarının takdirini yapar. Örneğin; borçlunun bankada bonosu bulunursa bu bono ister bankada isterse icra dairesi kasasında muhafaza edilir. Bu halde, bononun vadesi geldiğinde protesto çektiirmek görevi icra dairesine aittir (İİK m. 90)¹²⁰². İcra

¹¹⁹⁹ İİK m. 88/3 “*Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz.*”

¹²⁰⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 292

¹²⁰¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 294

¹²⁰² Kuru, *Cilt I*, s. 772

müdürü bu halde takdir edeceği diğer masrafların yanında protesto çekilmesi için gereken bedelleri de dikkate alarak takdirini yapar. İkinci olarak; takdirini yapmış olduğu bu masrafların icra dairesine peşin yatırılıp yatırılmaması konusunda da icra müdürünün takdir yetkisi vardır.

C. İİK m. 92, Taşınmaz Malların İdare ve İşletmesi

İİK m. 92 haczedilen taşınmazın idaresinin ve işletmesinin nasıl olacağına dair getirilmiş bir hükümdür. Buna göre icra dairesi, haczedilen taşınmazın idare ve işletmesini yerine getirir. Bu maddenin icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan kısmı ise maddenin üçüncü fıkrasındadır. Buna göre taşınmazın idare ve işletmesi ile eklentilerinden zarar görme ihtimali olanlar için gereken tedbirleri icra müdürü alır (İİK m. 92/3)¹²⁰³. İşte bu tedbirlerin neler olduğunun belirlenmesi konusunda icra müdürü takdir yetkisine haizdir. Bununla birlikte almış olduğu tedbirler, taşınmazın idaresine ve işletmesine ile eklentilerinin korunmasına hizmet etmelidir. Ayrıca maddenin burada düzenlediği tedbirler, kanunun diğer maddelerinde yer verilmeyenlerdir. Başka bir deyişle, kanunda özel olarak belirtilen tedbirler varsa icra müdürü, bu madde kapsamında takdir yetkisini kullanmasına gerek yoktur. Örneğin, İİK m. 93 gibi. İkinci olarak; söz konusu taşınmaz rehinli ise, rehin hakkı sahibinin talebi ve işletmenin faaliyetine engel olmamak şartıyla, zarar görme ihtimali bulunan eklenti muhafaza altına alınır (İİK m. 92/3). İcra müdürü burada da eklentinin zarar görüp görmeyeceğinin takdirini yapar.

D. İİK m. 93, Mahsüllerin Toplanması Ve Borçlunun Hakkı

İcra dairesi haczedilen taşınmazın idare ve işletmesi için gereken tedbirleri alır (İİK m. 92)¹²⁰⁴. Bu tedbirlerden biri de özel olarak İİK m. 93'te düzenlenmiştir. Eğer haczedilen taşınmazda hasat zamanı gelmiş mahsul varsa, bunların toplanması için icra müdürü gereken tedbirleri alır (İİK m. 93/1)¹²⁰⁵. İcra müdürünün bu tedbirlerin neler olduğunu belirlemek konusunda takdir yetkisi vardır. Örneğin mahsüllerin toplanması için işçi tutulması tedbiri buraya dahildir. Kanaatimizce bu maddenin biraz geniş yorumlanması gerekir. Maddede sadece taşınmazın üzerindeki mahsüllerin toplanmasından bahsedilse de, ürünün paraya çevrilene kadar belli işlemlerden

¹²⁰³ Kuru, *Cilt I*, s. 652; Kuru, *El Kitabı*, s. 383; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 241; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 295

¹²⁰⁴ Kuru, *Cilt I*, s. 652; Kuru, *El Kitabı*, s. 383; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 241; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 295

¹²⁰⁵ Kuru, *Cilt I*, s. 663; Kuru, *El Kitabı*, s. 391

geçmesini gerektiriyorsa, bu tedbirlerin de alınması gerekir. Zira birçok üründe mahsullerin toplanması yeterli olmaz. Örneğin mahsul elma ise bunun toplanması, ambalajlanması, kolilenmesi, soğuk hava deposunda saklanması gerekebilir. Aynı şekilde, yurdumuzun özellikle Karadeniz Bölgesinde yetişen, fındık da bu şekildedir. Gerçekten fındık toplandıktan sonra belli bir takım işlemlerden geçerek satışa sunulabilmektedir. Hal böyle iken, icra müdürü haczettiği taşınmazda fındık bulunması halinde bunun toplanması ve sonrasında gereken işlemleri yapmak hususunda gereken tedbirleri almalıdır.

İkinci olarak; maddenin ikinci fıkrasında icra müdürüne takdir yetkisi tanıyan bir başka hal; icra müdürü topladığı mahsullerden veya bu mahsullerin gelirinden, borçlunun başka geçineceği yoksa, borçlunun ve ailesinin geçinmesi için yeterli miktarda ayırmasıdır (İİK m. 93/2)¹²⁰⁶. İcra müdürü bu fıkra gereğince, borçlu ve ailesinin geçinmesi için gereken miktarı takdir eder. Ayrıca mahsulden veya mahsulün bedelinden borçluya vermek konusunda da takdir yetkisini kullanır. Ne kadar bir miktarın verilmesi konusunda icra müdürü takdir yetkisine haiz ise de, bu takdir yetkisini borçlunun ve aile üyelerinin geçinebilmeleri sınırı içinde kullanmalıdır. Söz konusu maddeye bakıldığında, mahsullerden borçluya verilmesinin şartı olarak, borçlunun başka bir geçiminin olmaması öngörülmektedir. O halde başka bir geçim kaynağı bulunmayan borçluya ve ailesine ayrılacak kısım, onun bir sonraki hasat dönemine kadar yetecek nispette olmalıdır (İİK m. 82/1-6)¹²⁰⁷. Hatta kanaatimizce, icra müdürü mahsulleri toplamadan önce, borçlu ve ailesine yetecek kadar olduğuna baştan kanaat getirirse; bu mahsulleri hiç toplamadan borçlunun toplamaya izin vermelidir. Zira topladıktan sonra tüm mahsulün veya tamamına yakın bir kısmının borçluya verilmesi, İİK m. 85/6'ya aykırı olur. Yapılan masraflar ve borçluya verilenlerin maliyeti, satış sonrasında elde edilen gelirle karşılanmayabilir. İşte icra müdürü bu hususu da değerlendirip, takdir etmelidir.

E. İİK m. 94, İştirak Halinde Tasarruflar

İİK m. 94/3 “*Borçlunun zilyed bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki fevkalade zamanaşımı ile iktisabını istemek hakkının haczedilmesi halinde, icra dairesi zilyedliğin başkasına devrine mani olacak tedbirleri alır...*” İcra müdürüne takdir yetkisi tanıyan

¹²⁰⁶ Kuru *El Kitabı*, s. 662; Kuru, *El Kitabı*, s. 391

¹²⁰⁷ Postacıoğlu, s. 326

bu hükme göre; icra müdürü, borçlunun zilyetliğini haiz olduğu taşınmazın, zilyetliğini devretmesine mani olacak tedbirleri alırken¹²⁰⁸ bu tedbirlerin neler olabileceğinin takdirini yapar.

VIII. İİK m. 97/a, İSTİHKAK DAVALARINDA MÜLKİYET KARİNESİ

İcra müdürü taşınır bir malı borçlunun zannederek haczetmiş olabilir. Zira taşınırlarda zilyetlik mülkiyete karinedir (MK m. 985/1)¹²⁰⁹. Bu ise, hacizde borçlunun malvarlığının haczedilebileceği kuralına (İİK m. 85/1) aykırı olur. İcra müdürü hacze gittiğinde, borçlu dışında üçüncü bir kişinin malını haczedemez¹²¹⁰. Bununla birlikte; taşınırlarda mülkiyet karinesi nedeniyle ortaya çıkabilecek hatalı hacizlerin hukuk düzeni içinde telafi edilebilmesi gerekir. Kanun koyucumuz da, İİK m. 96 vd. maddelerde istihkak prosedürünü düzenlemiştir¹²¹¹. Konumuz itibarıyla burada İİK m. 97/a-1 hükmü incelenecektir.

İstihkak davalarında kanun İİK m. 97/a-1 ile bir karine kabul etmiştir. Bu karineye göre; taşınırın zilyedi onun maliki sayılır ve borçlu ile birlikte bir mala birlikte elinde bulunduranlar da bile, mal borçlunun sayılır¹²¹². Başka bir deyişle; söz konusu mal, borçlu ile birlikte yaşayan kişilerden birinin olsa bile, mal borçlunun sayılır ve haczedilebilir. Buna karşılık; eğer malın niteliği itibarıyla, üçüncü kişiye aidiyeti görülüyorsa, artık bu mal üçüncü kişinin sayılır ve haczedilmez. Esasında buraya kadar anlattıklarımız istihkak davasında tarafların ispat kurallarını yerine getirirken dayanabilecekleri karineye ilişkindi. Asıl sorun bu maddenin, daha doğrusu bu karinenin haciz yapılırken uygulanıp uygulanmayacağıdır? Daha açık bir deyişle; icra müdürü haciz yaparken bir malın niteliğinden kaynaklı olarak üçüncü kişiye ait olduğunu anlıyorsa, acaba bu malı İİK m. 97/a-1 uyarınca haczetmemeli midir?

Kanaatimizce bu hususta, icra müdürünün bu karineyi dikkate alabilmesi gerekir. Zira her ne kadar madde, istihkak davasını konu alıyorsa da; düzenlediği alan, temel haklara fazlasıyla müdahale edilebilen haciz aşamasıdır. Eğer bu karineyi icra

¹²⁰⁸ Kuru, *Cilt I*, s. 675; Kuru, *El Kitabı*, s. 400; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 247; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 299

¹²⁰⁹ Ayan, *Zilyetlik*, s. 102

¹²¹⁰ Hacze giden icra müdürünün borçlunun malvarlığını haczedebileceği konusunda bkz.: Ansay, *İcra*, s. 70; Postacıoğlu, s. 305; Üstündağ, s. 153; Kuru, *Cilt I*, s. 635; Kuru, *El Kitabı*, s. 371; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 239; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 287

¹²¹¹ Üstündağ, s. 209 vd.

¹²¹² Üstündağ, s. 211; Kuru, *El Kitabı*, s. 467; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 298; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 329; Yıldırım ve Deren- Yıldırım, s. 182

müdürü dikkate almayacak olursa; niteliği itibarıyla açıkça üçüncü kişiye ait olan bir malı haczedebilir. Bu ise takip konusu ile ilgisi bulunmayan bir kişinin en başta mülkiyet hakkını ihlal etmek manasına gelir. Buna karşılık; yine alacaklı söz konusu malın üçüncü kişiye değil de, aslında borçluya ait olduğunu basit bir şekilde ispatlarsa, bu da dikkate alınmalıdır. Aksi halde bu sefer de alacaklıyı iddiasını ispatlamak için mahkemeye başvurmasını zorunlu tutarsak; bu geçecek olan sürede, eğer mal gerçekten borçluya aitse, elden çıkarılması ile neticelenebilir. Böyle bir ihtimalde de alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olur. Alacaklının aksini ispat girişimi, daha öncede inceleme konusu yapıldığı gibi¹²¹³, çok basit nitelikte olmalıdır. Örneğin, üçüncü kişiye ait olduğu iddia edilen eşyanın, aslında borçluya ait olduğunu gösteren bir fatura gibi. Zira icra müdürü niteliği itibarıyla hakim değildir. Ayrıca yaptığı yargılama faaliyeti de değildir. Bununla birlikte, yapılan işin sonucunda temel haklara müdahale edilebileceğinden, hem de takiple hiç alakası olmayan birinin hakkı, icra müdürü bunu dikkate almalıdır. Daha baştan aksini kabul etmek ise, göz göre göre başkasına ait bir malın haczedilmesine neden olur. Bu ihlallerin yargılamaya neden olması da, yargının iş yükünü artıracığı için, icra müdürünün bu değerlendirmeyi öncelikle yapması yerinde olur.

Niteliği itibarıyla bir kişiye ait olduğu açık olmasından maksadımız; eşyanın üçüncü kişiye ait olduğu; “...kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı...” olmasından anlaşılır (İİK m. 97/a-1)¹²¹⁴. Örneğin, bir kürk mantoyu borçlunun eşine ait olduğu nedeniyle haczedememelidir¹²¹⁵. Bununla birlikte; icra müdürü, bu nitelikte eşyaların aidiyeti konusunda tereddüt ettiği takdirde, genel manada alacaklının mülkiyet hakkını korumak ve daha özelden de alacaklıya kanunun sağladığı İİK m. 97/a-1 karinesinden faydalandırmak için, haczetmek gerekir. Örneğin; söz konusu eşya, niteliği itibarıyla hem erkek hem de kadın için kullanılabiliriyorsa bu şekilde değerlendirme yapmak gerekir. Yine altın ziynet eşyalarının yatırım açısından, ülkemizde taşıdığı değer yadsınamaz. Dolayısıyla, her ne kadar borçlunun eşi olan kadına ait gibi görünse de; bu

¹²¹³ § 12, II, B.

¹²¹⁴ İİK m. 97/a-1 “Bir taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Borçlu ile üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde addolunur. Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibarıyla kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer.”

¹²¹⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 298

eşyalar da duruma göre haczedilebilmelidir. Örneğin: borçlunun evine haciz için gidildiğinde, borçlunun eşi olan kadına ait olduğu iddia edilen birçok bilezik bulunursa; icra müdürü borçlunun ve eşinin sosyal ve ekonomik yaşamı ile olayın diğer özellik ve şartlarını değerlendirerek, söz konusu eşyanın yatırım amaçlı olup olmadığına karar vermelidir. Bu türde eşyaların, miktarının, ziynet eşyası olarak kullanılmasının haddinden fazla olması şartıyla, İİK m. 97/a-1’de getirilen karineye (niteliği itibarıyla bir kimseye ait olabilme) istisna teşkil ettiğini düşünüyoruz.

IX. İİK m. 100, HACZE İŞTİRAK DERECELERİNİN TEŞKİLİ

Borçlunun mallarının satılıp tutarı vezneye girinceye kadar, diğer alacaklılar bu hacze iştirak edebilir (İİK m. 100/1)¹²¹⁶. Hacze iştirak edilebilmesi içinse, kanunun aradığı şartlara haiz olmak gerekir¹²¹⁷. Örneğin; ilk haciz ilamsız takibe dayanıyorsa, takip talebinden önce hacze iştirak etmek isteyen alacaklının aciz belgesi alması gerekmesi gibi (İİK m. 100/1-1)¹²¹⁸.

İİK m. 100/2 “*Bu suretle iştirak halinde icra dairesi müracaat üzerine aynı derecedeki alacaklıların bütün alacaklarına yetecek nispette ilave suretiyle hacizler yapar.*” Bu hükümle, kanunun icra müdürüne takdir yetkisi verdiğini görüyoruz. Gerçekten icra müdürü, hacze iştirak nedeniyle haczedilen malların alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde ilave hacizler yapar¹²¹⁹. Yapılacak bu hacizlerin, tüm alacakları karşılamaya yetecek miktarda olması, icra müdürünün takdir yetkisini ortaya koymaktadır. Zira icra müdürü haczettiği malın kıymetini de takdir ederek, ne kadar malın alacaklıların alacağını karşılamaya yeteceğinin takdirini yapmalıdır. Bununla birlikte; icra müdürünün ilave haciz yapabilmesi için, alacaklıların talepte bulunması gerekir. Kanun, ilave haciz yapılmasını alacaklıların müracaatına

¹²¹⁶ Üstündağ, s. 231; Kuru, *Cilt I*, s. 849; Kuru, *El Kitabı*, s. 460; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 282; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 313; Recep **Akcan**, *Hacze İştirak*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 46

¹²¹⁷ Kuru, *Cilt I*, s. 845; Kuru, *El Kitabı*, s. 457; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 280; Akcan, *Hacze İştirak*, s. 47 vd.; Ejder **Yılmaz**, “Hacze Takipli İştirak (Hacze Adi İştirak)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1-4, s. 271 vd., İnternet Erişimi İçin: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Yilmaz.pdf> Erişim Tarihi: 27.05.2013

¹²¹⁸ Üstündağ, s. 230; Kuru, *Cilt I*, s. 847; Kuru, *El Kitabı*, s. 459; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 281; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 315; Akcan, *Hacze İştirak*, s. 69; Yılmaz, “Takipli İştirak”, s. 284

¹²¹⁹ Üstündağ, s. 237; Kuru, *Cilt I*, s. 852; Kuru, *El Kitabı*, s. 461; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 283; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 317; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 204; Akcan, *Hacze İştirak*, s. 183; Yılmaz, “Takipli İştirak”, s. 311

bağlamıştır¹²²⁰. Başka bir deyişle, icra müdürünün takdir yetkisini kullanabilmesi için, alacaklıların talepte bulunması şarttır.

Kanunun bu maddesinin uygulanmasında; İİK m. 85/1’de yapılan yoruma uygun yorum yapılmalıdır. Her iki ihtimalde de borçlunun malının haczedilmesi gerekir. Haczedilen tutar, yapılacak kıymet takdiri (İİK m. 87) ile ortaya konulacağı üzere, alacaklıların alacağını karşılayacak kadar olmalı, bu tutardan eksik ya da fazla olmamalıdır. Zira her iki halde de alacaklıların ya da borçlunun hakkını ihlal etme riski bulunmaktadır.

X. İİK m. 112 vd. TAŞINIRLARIN SATIŞI

İİK m. 112 vd. maddelere bakıldığında; kanun koyucu haczedilen taşınır malların satışını düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme, İİK m. 112-122 arasındaki maddeleri teşkil etmektedir. Biz bu başlık altında icra müdürüne takdir yetkisi veren, İİK m. 112, 113, 114, 118, 119 maddelerini inceleyeceğiz.

A. İİK m. 112, Müddetler

İİK m. 112/1 “*Taşınır mallar satış talebinden nihayet iki ay içinde satılır.*” İcra müdürü satış talebinden sonra, borçlunun haczedilen mallarını satmak zorundadır. Kanun koyucu, icra müdürünün bu işlemini bir süreye bağlamıştır. 112. maddeye göre bu süre satış talebinden itibaren iki aydır¹²²¹. Kanun koyucu, icra müdürüne işlemin yapılmaya başlanacağı süreye ilişkin olarak takdir yetkisi vermiştir. İcra müdürü satış talebinden sonra, iki ay içindeki zaman diliminde, taşınır malların satışına ne zaman başlanacağı konusunda takdir yetkisine haizdir. İcra müdürü, bu yetkisini kullanırken; adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet etmeli; süreyi keyfi olarak kullanmamalıdır¹²²².

¹²²⁰ Kuru, *Cilt I*, s. 852; Kuru, *El Kitabı*, s. 461; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 283; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 317; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 204; Akcan, *Hacze İştirak*, s. 186; Yılmaz, “Takipli İştirak”, s. 311

¹²²¹ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 313; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 346; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 221

¹²²² İcra müdürü süreye ilişkin olarak takdir yetkisini kullanırken, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan, makul sürede yargılanma unsuruna riayet etmelidir. bu konuda bkz. Yuk. § 10, II; Ayrıca sürenin alacaklıyı koruyucu nitelikte olduğuna dair bkz. Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 221

B. İİK m. 113, Vaktinden Evvel Satış

Haczolunan taşınır mallar, kural olarak, alacaklının talebiyle satılır (İİK m. 106)¹²²³. Alacaklı hacizden itibaren taşınır malın satışını altı ay içinde istemelidir. Haczedilen malın satışını isteme hakkı kural olarak alacaklıda olsa da kanun borçlunun da satış talep edebileceğini düzenlemiştir (İİK m. 113/1). Buna göre, alacaklı talep etmeden de satış yapılabilir¹²²⁴. İcra müdürü bu hususta takdir yetkisini haizdir. Borçlunun talebi ile taşınır malı satabilir veya satmayabilir. Ancak her halde de yapacağı işlemin gerekçesini açıklamak zorundadır (İİK m. 8)¹²²⁵.

Kural olarak, satış alacaklının veya borçlunun talebiyle yapılırsa da, kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı malların satışını icra müdürü her zaman yapabilir (İİK m. 113/2)¹²²⁶. İcra müdürü bu hususta takdir yetkisine haizdir. Bir malın değerinin düşmesi, hem alacaklının hem de borçlunun zararına olan bir şeydir. İcra müdürü bu nitelikte bir mal varsa; alacaklı ve borçlunun talebi olmaksızın satış yapabilir. Ayrıca aynı husus muhafazası masraflı olan mallar için de geçerlidir. Zira muhafaza masrafları takip giderleri olarak ilk önce ödeneceğinden (İİK m. 138/2)¹²²⁷; malın satılması neticesinde elde edilen tutarın büyük bir kısmı muhafaza masraflarına sarf edilirse, alacaklı ve borçlu için söz konusu olumsuz sonuçlar burada da doğabilir. Alacaklı alacağını tam manada elde edemez ve borçlu da borcundan kurtulamaz. İşte icra müdürü malın muhafazasının masraflı olması veya malın kıymetinin süratle düşmesi halinde, alacaklı ve borçlunun talebi olmaksızın takdir yetkisini malı satabilme konusunda kullanabilir.

¹²²³ Üstündağ, s. 238; Kuru, *Cilt II*, s. 1174; Kuru, *El Kitabı*, s. 517; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 344

¹²²⁴ Haczedilen malın satışının yapılmasında en başta alacaklının menfaati olduğu düşünülmesinin haklılık payı muhakkaktır. Zira söz konusu mal, satılınca bunun bedeli alacağını talep ettiği icra dosyasına girecektir. Sonuçta da alacaklı alacağına kavuşur. Bununla birlikte, satışın yapılması ve hatta bir an önce yapılması borçlunun da menfaatine olabilir. Öncelikle borçlu borcundan kurtulur. Bu ise onunun malvarlığının pasif kısmında azalmaya neden olacağı için menfaatine bir durumdur. Diğer taraftan kesinleşmiş bir takip neticesinde, borçlunun malları haczedilmiştir. O halde takip masraflarının ve faizlerin daha fazla artmaması için, borçlunun malının bir an önce satılması borçlunun lehine olan bir durumdur.

¹²²⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 56; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 104

¹²²⁶ Kuru, *Cilt II*, s. 1174; Kuru, *El Kitabı*, s. 516; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 344

¹²²⁷ Postacioğlu, s. 532; Üstündağ, s. 295; Ansay, s. 167; Kuru, *El Kitabı*, s. 627; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 346; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 387; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 258

C. İİK m. 114, Arttırma Hazırlık Talepleri

Taşınır malların satışı kural olarak, açık arttırma yolu ile yapılır (İİK m. 114)¹²²⁸. Açık arttırma ile satışın yapılabilmesi içinse; arttırmanın yapılmasından önce bir takım hazırlıkların yapılması gerekir¹²²⁹. Bu hususlar İİK m. 114'te düzenlenmiştir. Bu yapılırken de icra müdürüne yer yer takdir yetkisi verilmiştir.

İlk olarak; İİK m. 114/2 gereğince, icra müdürü arttırmanın ilanının şekli, arttırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağını, ilgililerin menfaatlerine en uygun olacak şekilde takdir eder¹²³⁰. İkinci olarak; İİK m. 114/3 gereğince, gazete ile yapılacak ilanlarda, ilana satış şartnamesinin tamamı geçirilmeyip; satılan şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, bulunduğu yer gibi hususlar yazılır. İcra müdürü bu konuda hangi hususların önemli vasıf olduğunun takdirini yapar ve ilanda bu bilgilere de yer verir. Son olarak söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında; *“...Elektronik ortamda teklif verme,ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az on gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı gün sonunda sona erer.”* İcra müdürü bu fıkra uyarınca, ikinci ihale gününün belirlenmesinin süresi konusunda takdir yetkisine haizdir. *“... en az on gün...”* demek suretiyle bu ortaya konulmuştur.

D. İİK m. 118, Satış Bedelinin Ödenmemesi, İhale Farklarının Tahsili Sureti

Satışın peşin para ile yapılması kuraldır. Bununla birlikte icra müdürü müşteriye ödeme konusunda süre verebilir (İİK m. 118/1, c. 1)¹²³¹. İcra müdürünün bu hususta takdir yetkisine haizdir. Kanun icra müdürüne süre verip vermemek konusunda takdir yetkisi vermekle birlikte buna bir sınır koymuştur. Buna göre, icra müdürünün

¹²²⁸ Kuru, *Cilt II*, s. 1197; Kuru, *El Kitabı*, s. 526; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 313; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 346

¹²²⁹ Kuru, *Cilt II*, s. 1198; Kuru, *El Kitabı*, s. 526; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 314; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 347; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 222

¹²³⁰ Taşınmazların satışına ilişkin ilanda İİK m. 127/son gereğince, İİK m. 114/2 ve 3 fıkralarında yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay taşınmazlara ilişkin olarak verdiği bir kararında icra müdürünün takdir yetkisini kullanırken nelere dikkat etmesi gerektiğini şu kararı ile belirtmiştir. Yarg. 12. HD 07.04.2005, E. 4054, K. 7478, Talih Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt VI*, Turan Kitabevi, Ankara 2006, s. 9575-9576: *“İİK'nun 114/2. maddesi gereğince ilanın şekli, arttırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgillerin menfaatine en uygun olacak şekilde tayin ve takdir olunmalıdır. İcra müdürü bu takdirini kullanırken, taşınmazın tahmini değerini, niteliğin ve Türkiye genelinde alıcı çıkacak özellikte olup olmadığını gözetmek zorundadır. Satışın gerçekleştirilmesinde hem alacaklının alacağını tahsil etmesi, hem de, borçlunun borcunu ödemesi ve bu suretle tarafların karşılıklı menfaatinin dikkate alınması esastır.”*

¹²³¹ Üstündağ, s. 255; Kuru, *Cilt II*, s. 1210-1212; Kuru, *El Kitabı*, s. 530; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 316; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 353; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 226

müşteriye vereceği süre yedi günden fazla olamaz. İcra müdürü takdir yetkisini kanunun getirdiği bu özel sınıra riayet ederek kullanmalıdır.

Diğer taraftan; icra dairesi dışında tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir (İİK m. 118/1, c. 2). İcra müdürünün bu fıkraya göre tahsil ettiği paraları, bir sonraki çalışma gününün içindeki zaman diliminin hangisinde banka hesabına yatıracağı konusunda, kısa süreli de olsa, takdir yetkisi vardır.

E. İİK m. 119, Pazarlık Suretiyle Satış

Taşınır malların satışının açık arttırma yoluyla yapılması kural olup, kanun belli hallerde pazarlık yoluyla da satışın yapılabileceğini düzenlemiştir (İİK m. 119)¹²³². Kanunun pazarlık yoluyla satışı düzenlemesinin nedeni, açık arttırma yoluyla yapılacak olan satışların belli bir masrafının olmasıdır. Bununla birlikte; pazarlık suretiyle satış yapılabilmesi için, kanunda yazılı hallerden birinin olması ve icra müdürünün takdirinin bu yönde gelişmesi gerekir. İcra müdürü, kanunda sayılı nedenlerden birinin olması halinde, satışı pazarlık yoluyla yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisine haizdir. Başka bir deyişle, her ne kadar kanunda yazılı hallerden biri olsa bile, icra müdürü arttırma yolu ile satış yapabilir¹²³³. Örneğin tüm ilgililer pazarlıkla satışı istese bile, icra müdürü arttırma yoluyla satış yapabilir. Zira tüm ilgililerin istemesi, takibin tarafları ve diğer ilgililerinin menfaatine olmayabilir (İİK m. 85/6)¹²³⁴. Satışın arttırma yoluyla yapılması halinde, daha fazla bir bedelle satılacağı düşüncesi, özellikle takibin taraflarının menfaatine daha uygundur. O halde böyle bir ihtimal varsa icra müdürü takdir yetkisini pazarlık suretiyle satış yapılmaması şeklinde kullanabilir.

XI. TAŞINMAZLARIN SATIŞI

A. İİK m. 123, Satış Müddeti

İİK m. 123 “*Taşınmazlar, satış talebinden nihayet üç ay içinde icra dairesi tarafından açık arttırma ile satılır.*” Bu hükme göre; icra müdürü haczedilen

¹²³² Kuru, *Cilt II*, s. 1218; Kuru, *El Kitabı*, s. 534; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 317; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 354; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 228

¹²³³ Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 228

¹²³⁴ Özkes, *Temel Haklar*, s. 137; Çiftçi, s. 7

taşınmazları, satış talebiyle açık arttırma yoluyla satmak zorundadır¹²³⁵. Taleple birlikte satış yapılması zorunlu ise de, bu satışın ne zaman yapılacağı konusunda, icra müdürünün takdir yetkisi vardır. Kanun, icra müdürüne talepten sonraki üç ay içinde satış yapmasını yüklerken; bu üç aylık sürenin hangi zaman diliminde satış yapacağı konusunda takdiri yetki vermiştir. İcra müdürü bu yetkisini keyfi olarak kullanmayıp; en başta adil yargılanma ilkesinin bir unsuru olan, makul sürede yargılanmaya uygun olarak kullanmak zorundadır. Zira adil yargılanmanın bir gereği olarak makul sürede yargılanma ile makul sürede adalete erişimi içinde barındırır¹²³⁶. Hal böyle olunca, icra müdürü alacaklının hakkına kavuşması için, mümkün olan en kısa sürede, ancak her halde en geç üç ay içinde, taşınmazı açık arttırma yoluyla satmalıdır¹²³⁷.

B. İİK m. 124, Şartnamenin Açık Bulundurulması

Taşınmazların satışı açık arttırma yoluyla yapılır (İİK m. 123). Açık arttırma yapılmadan önce taşınmazın arttırma şartnamesi düzenlenir (İİK m. 124)¹²³⁸. İcra müdürü, bu hüküm uyarınca takdir yetkisine haizdir. İlk olarak; İİK m. 124/1 gereği, şartname hazırlanırken, icra müdürü taşınmaza ilişkin olarak en elverişli tarzda şartname hazırlamalıdır. “En elverişli” olan hususu belirlemek konusunda ise takdir yetkisi vardır. İcra müdürünün bu konuda dikkat edeceği bir kriteri ise madde, “taşınmazın bulunduğu yerin adetleri” olarak belirlemiştir. Buna göre, icra müdürü taşınmazın şartnamesini hazırlarken, taşınmazın bulunduğu yerin adetlerine dikkat ederek takdir yetkisini kullanmalıdır. İkinci olarak; İİK m. 124/2’ye göre, hazırlanan bu şartname icra dairesinde arttırmadan önceki en az on gün önce açık bulundurulur¹²³⁹. Bu süre on günden az olmamak üzere, icra müdürü tarafından takdir edilir. Söz gelimi icra müdürü şartnameyi herkesin görmesi için, arttırmadan on beş gün önce ilan edebilir. Bununla birlikte ilan süresi on günden az olamaz (İİK m. 124/2).

¹²³⁵ Üstündağ, s. 257; Kuru, *Cilt II*, s. 1247; Kuru, *El Kitabı*, s. 548; Kuru, Yılmaz ve Arslan, *İcra Ders Kitabı*, s. 327; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 355

¹²³⁶ Özkes, *Temel Haklar*, s. 123-124

¹²³⁷ Kanunda icra müdürüne getirilen bu süre, düzenleyici niteliktedir. İcra müdürünün bu süreden sonra işlemi yapması, işlemin geçersizliğini doğurmaz. Ancak bu durum icra müdürünün keyfi davranmasını da gerektirmez. İcra müdürünün satışı iki aydan sonra yapması (6352 sayılı kanunun 27. maddesi ile yapılan değişiklikten önce üç aylık bu süre, iki aydı) satışın geçersizliği sonucunu doğurmayacağına dair bkz. Yarg. 12. HD 26.01.2006, E. 2005/23638, K. 497, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9506: “Ayrıca ikinci ihalenin, satış kararı verildiği 8.6.2005, tarihinden itibaren 2 aylık süreyi aşacak şekilde yapılmış olması da tek başına ihalenin feshi sebebi sayılmaz...”

¹²³⁸ Kuru, *Cilt II*, s. 1276; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 330; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 359

¹²³⁹ Üstündağ, s. 258; Kuru, *Cilt II*, s. 1254; Kuru, *El Kitabı*, s. 559; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 330; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 359

C. İİK m. 126, Arttırma İlanı, Arttırma Hazırlıkları Ve İlgililere İhtar

Hacedilen taşınmazlar açık arttırma ile satılır. Birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat önceden ilgililere ihtar edilir (İİK m. 126/1). Bu ilan, birinci ihale tarihinden en az bir ay önce yapılır¹²⁴⁰. Eğer ilan edilen metnin esasa müessir olmayan maddi hatalardan kaynaklanması nedeniyle tekrarlanması gerektiğinde, ihale tarihi değiştirilmeksizin hata ilanen düzeltilir (İİK m. 126/2)¹²⁴¹. İcra müdürü bu hükümle, iki hususta takdir yetkisine haizdir. İlki; icra müdürü birinci ihale ile ilan günü arasında en az bir aylık süre bulunması sınırıyla, bu bir aylık süreden daha uzun bir ilan süresi de belirleyebilir. Başka bir deyişle; icra müdürü, ilan süresini bir aydan az belirlememek kaydıyla, takdir yetkisine haizdir. İkinci olarak; ilanda hata oldu ve bu hata esasa etkili olmayacak nitelikte ise, bu hususta icra müdürü, yapılan hatanın esasa müessir olup olmayacağının takdirini yapmalıdır. Bu takdiri sonucuna göre, yeniden ilan yapar yahut yapmaz¹²⁴².

İİK m. 126/3 yapılacak ilanın içeriğini düzenlemektedir. İlanını içeriğine baktığımızda yazılacak hususlardan birisi de, “*satılacak şeyin önemli vasıfları*”dır¹²⁴³. İcra müdürü bu fıkra uyarınca, önemli vasıfların neler olduğunun takdirini yapar.

İİK m. 126/4 gereğince de; ikinci ihalede elektronik ortamda teklif verme süresinin başlaması anına ilişkin olarak takdir yetkisi vardır. “...*İkinci ihalede elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az yirmi gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı...*” demek suretiyle ikinci

¹²⁴⁰ Yarg. 12. HD 01.02.2000, E. 796, K. 1291, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9600: “...öte yandan divanhanede, 14.06.1999 tarihinde, köyde ise 17.06.1999 tarihinde ilanların yapıldığı, satışın ise İİK’nun 126. maddesinde öngörülen ve resen nazara alınması gereken bir aylık süre geçmeden 24.06.1999 tarihinde yapıldığı görülmekle, sözü edilen hususta ihalenin feshini gerektirir.”; Yarg. 12. HD 01.02.2000, E. 512, K. 1338, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9601; Yarg. 12. HD 21.12.1999, E. 16193, K. 17021, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9601; Yarg. 12. HD 24.05.2004, E. 2004/9248, K. 2004/13112, Süphandağ, s. 587; Yarg. 29.11.2001, E. 19169, K. 20133, Kaçak, *Cilt I*, s. 1137-1138

¹²⁴¹ Kuru, *Cilt II*, s. 1275; Kuru, *El Kitabı*, s. 549; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 329; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 356

¹²⁴² Yargıtay bir kararında taşınmazın parsel numarasının hatalı gösterilmesini, esasa etkili olmayacak nitelikte hata olarak görüp, düzeltme ilanı ile düzeltilebileceği kararını vermiştir. Yarg. 12. HD 28.01.1991, E. 1990/13705, K. 874, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9619-9620

¹²⁴³ Kuru, *El Kitabı*, s. 552; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 328; Yarg. 12. HD 07.04.2005, E. 2005/4054, K. 2005/7478, Süphandağ, s. 586: “İİK’nun 114/2nci maddesi gereğince ilanın şekli, arttırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılp yapılmayacağı icra müdürlüğünce ilgililerin menfaatine en uygun olacak şekilde tayin ve takdir olunmalıdır. İcra müdürü bu takdirini kullanırken, taşınmazın tahmini değerini, niteliğini ve Türkiye genelinde alıcı çıkacak özellikte olup olmadığını gözetmek zorundadır. Satışın gerçekleştirilmesinde hem alacaklının alacağını tahsil etmesi hem de, borçlunun borcunu ödemesi ve bu suretle tarafların karşılıklı menfaatlerinin dikkate alınması esastır.”

ihalenin başlamasıyla arasında en az yirmi gün olmasını düzenlemektedir¹²⁴⁴. İcra müdürü burada, elektronik ortamda teklif verme ile ikinci ihale arasındaki sürenin yirmi günden az olmayacak şekilde, süresini belirleme konusunda takdir yetkisin haizdir.

D. İİK m. 128, Mükellefiyetler Listesi

İcra müdürü satışa başlamadan önce, taşınmaz üzerindeki hakları gösterir mükellefiyetler listesi hazırlar ve bu listeyi alacaklılar ile borçluya tebliğ eder (İİK m. 128/1)¹²⁴⁵. Taşınmaz üzerindeki bu haklar, taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyecek nitelikte ise tekrar kıymet takdiri yaptırılır (İİK m. 128/2)¹²⁴⁶. İcra müdürü hacizde yapılan kıymet takdirinden farklı olarak; taşınmazların satışında kıymeti bizzat takdir etmeyip, bilirkişiye takdir ettirir¹²⁴⁷. Bununla birlikte, icra müdürünün mükellefiyetler listesinde bulunan hakların takdir edilen kıymete (İİK m. 87) etkisinin olup olmadığının takdirini yapma yetkisi verilmiştir. İcra müdürü, yeniden kıymet takdiri yapılmasına, taşınmazın üzerindeki hakları gözeterek, gerek olup olmadığına karar verir.

İİK m. 128/4 “Satışa çıkarılan taşınmazda eklenti niteliğinde teşvikli mal varsa icra müdürlüğü bu malların kıymetini ayrıca takdir ettirir. Satıştan önce ilgili kurumlardan bu mallar üzerindeki vergi, resim, harç gibi yükümlülükler sorulur. Satış isteyen alacaklının talebi üzerine bu mallar satış dışında tutulabileceği gibi, üzerlerindeki vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları dikkate alınarak 129 uncu madde hükümlerine göre taşınmazla birlikte ihale de

¹²⁴⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 357; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 250

¹²⁴⁵ Üstündağ, s. 261; Kuru, Cilt II, s. 1291; Kuru, *El Kitabı*, s. 561; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 332; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 360

¹²⁴⁶ 12. HD 16.04.1997, E. 4371, K. 477, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9715: “...İİK’nun 128/2. maddesi uyarınca icra dairesi satışa konu gayrimenkulün kıymetini takdir ettirerek kıymet takdirine ilişkin raporu borçluya, alacaklılara ve diğer ilgililere tebliğ eder. Somut olayda icra dairesi, herhangi bir değer tespit yapmamış, satış şartnamesinde icra hakimliğince meskeniyet şikayetine esas olarak yapılan değeri belirtmiştir. Dolayısıyla yasal olarak değer takdiri yapılmayarak taşınmazın ihalesinin gerçekleştirilmesi doğru değildir.”

¹²⁴⁷ Üstündağ, s. 261; Kuru, Cilt II, s. 1297; Kuru, *El Kitabı*, s. 563; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 332; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 360; Yargıtay bir kararında bilirkişi olarak seçilecek kişilerin uzmanlık alanları göz önünde tutularak seçilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 12. HD 22.03.1994, E. 2598, K. 3651, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9717: “...Taşınmaz üzerinde bulunduğu iddia edilen yönünden de ayrıntılı bir değerlendireme yapılmadığı anlaşılmaktadır. İcra müdürünün seçmiş olduğu bilirkişilerin uzmanlık alanları dikkate alındığında, taşınmazın tüm niteliklerini değerlendirmesi mesleki kariyerde olmadıkları görülmektedir. Anılan rapora karşı, borçlunu vaki şikayetleri ise mercice hiçbir inceleme yapılmadan ‘satışa gerçek değerinin belireceği ve ihalenin feshi davasında dikkate alınabileceği’ gerekçeleri ile reddedilmiştir. Bu durumda taşınmazın nitelikleri, üzerinde muhtesatları nazara alınarak, söz konusu değerlendirmeleri yapabilecek kariyerde uzman bilirkişiler aracılığı ile yeniden kıymet takdiri yapıp, taşınmazın üzerindeki vefa hakkın kıymete etkisi de göz önünde tutulup, satışa esas değer tespit edildikten sonra...”

*edilebilir*¹²⁴⁸. ” İcra müdürünün, bu nitelikle malları, satış isteyen alacaklının talebiyle satış dışında tutabilme veya bu mallar üzerinde fıkra da sayılan maddi yükümlülüklerin olmasını dikkate alarak, taşınmazla birlikte ihale edebilme yönünde takdir yetkisi vardır.

E. İİK m.130 ve İİK m. 131, Ödeme Usulü ve Süre Verilmesi

İİK m. 130 gereğince, satış bedeli kural olarak peşin ödenir¹²⁴⁹. Bununla birlikte icra müdürü alıcıya süre verebilir¹²⁵⁰. İlk olarak; icra müdürünün, alıcıya süre verip vermeme hususunda takdir yetkisi vardır¹²⁵¹. Bununla birlikte; süre verecekse de, bu yetkisi on gün ile sınırlıdır. O halde, icra müdürü alıcıya satış bedelini ödemesi için süre verebilir; ancak bu süre on günden fazla olamaz¹²⁵².

¹²⁴⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 333; Yarg. 12. HD 02.06.2009, E. 2009/3563, K. 2009/11825, Süphandağ, s. 616

¹²⁴⁹ Üstündağ, s. 276; Kuru, *Cilt II*, s. 1333; Kuru, *El Kitabı*, s. 575; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 336; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364; Taşınmazın bedelinin nakit para şeklinde olması gerektiği konusunda, Yarg. 12. HD 16.01.1986, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9954: “*Taşınmazın peşin para ile satılmasına kara verilmiş olup, ihale bedelinin nakden ödenmesinin gerekmesine, teminat mektubunun ancak 134. Madde son fıkrasındaki halin mevcudiyetinde geçerli olacağına, ihale bedeli yerine ‘çek, teminat mektubu, ve senet verilemeyeceğine binaen’ ihalenin feshine karar verilmek gerekirken isteğin ret olması isabetsiz olduğu gibi...*”

¹²⁵⁰ Üstündağ, s. 276; Kuru, *Cilt II*, s. 1338; Kuru, *El Kitabı*, s. 576; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 336; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364; İcra müdürünün alıcıya süre vermesi halinde bu süre, ihale tarihinden itibaren başlar. Yarg. 12. HD 29.01.2004, E. 2003/23702, K. 1669, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9940: “*...Mercice, temyiz incelemesine konu şikayetle ilgili olarak, ‘ihalenin kesinleşme tarihinden sonra 10 gün içinde ödenmesi’ şeklinde karar verilmiş ise de, ödeme usulünün düzenleyen İİK’nun 4949 sayılı Kanunun 36. maddesi ile değişik 130. maddesinde ‘10 günlük sürenin ihale tarihinden itibaren başlayacağı’ dikkate alınarak, bu yöndeki şikayetin reddine karar vermek gerekirken...*”; Aynı şekilde bkz.: Yarg. 12. HD 29.01.2004, E. 2003/23702, K. 2004/1669, Süphandağ, s. 644

¹²⁵¹ İcra müdürü açıkça alıcıya süre vermediyse bu takdirde alıcı derhal yatırması gerekir. Aksi halde kişinin kanunda belirtilen süre içinde olsa bile ödeme yapması ihalenin feshi nedeni olur. Yarg. 12. HD 07.11.2005, E. 21409, K. 21372, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9939: “*...Olayda 30.03.2004 tarihinde yapılan ihalede icra müdürlüğünce ihale alıcısına ihale bedelini yatırması için herhangi bir süre verilmediği anlaşılmaktadır. ‘Hemen yapılması’ gereken ihale bedelinin, 07.04.2004 tarihinde ve 8 gün içinde yatırıldığı görülmektedir. Bu durum karşısında İİK’nun 118/2. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere icra dairesine talimat verilmesi gerekirken...*”

¹²⁵² İcra müdürünün taşınmazın bedelini ödemesi hususunda alıcıya on gün süre verebilir. Bu sürenin sonunda eğer bedel ödenmemiş olursa, ihalenin resen kaldırılması gerekir. Yarg. 12. HD 20.02.2006, E. 2005/26438, K. 3047, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9938: “*...İcra müdürü 10 günlük süreden sonra yeni bir ek süre vermişse, alıcı bu ek süre içinde satış bedelini ödese bile, icra müdürü madde 133’e göre ihale kararını kaldırmakla yükümlüdür.*”; YHGK 16.12.1971, E. 1970/690, K. 1971/757, Kaçak, *Cilt I*, s. 1158. Aynı şekilde eğer icra müdürü on günden daha az bir müddet verdiyse daha sonra bu süre dolmadan, ancak toplamda on günü geçmemek kaydıyla süre verebilir. İİD 01.10.1956, E. 4785, K. 4851, Uyar, *Şerh Cilt VI*, s. 9958: “*‘İhale bedelinin müşteri tarafından verilen on gün mehil zarfında ödenmemiş olmasından dolayı ihalenin feshi istenmiş ise de, satış memurluğunca İİK’nun 130. maddesi uyarınca, ihale tarihinden itibaren 20 günü geçmemek (6352 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önceki durum) üzere mezkur mehil uzatılabilir.*”; Yarg. 12. HD 20.02.2006, E. 2005/26438, K. 2006/3047, Süphandağ, s. 645

İkinci olarak eğer süre verdiğyse, para ödenene kadar taşınmazın idaresi icra dairesi tarafından idare edilir (İİK m. 131/1)¹²⁵³. İcra müdürü takdirinde olarak, satış bedelinin ödenmesi için ayrıca teminat isteyebilir.

F. İİK m.132, Sonradan Tesis Edilen Taşınmaz Mükellefiyetleri ve İpotekli ve Mahcuz Taşınmazların Kiralanmasında Hüküm

İİK m. 132/2 gereğince icra müdürünün takdir yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre; alacak taşınmaz ile temin edilip bundan sonra alacaklının rızası alınmaksızın taşınmaz üzerinde bir mükellefiyet tesis edilirse, bu durum alacaklının hakkına tesir etmez. Alacaklı bu haktan arı olarak taşınmazın satılmasını isteyebilir (İİK m. 132/1)¹²⁵⁴. Eğer bu şekilde bir talebi olursa icra müdürü taşınmazı satar, alacaklının alacağını öder. Geriye bir bedel kalırsa, tesis edilen bu hakkın kıymetini takdir ederek artan bedeli bu hakka tahsis eder (İİK m. 132/2)¹²⁵⁵. İşte icra müdürü, bu hakkın bedelini takdir etme hususunda, takdiri yetkiye haizdir.

G. İİK m. 133, İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili

Taşınmaz yapılan ihale sonucu alıcıya satılıp, alıcı bedelini derhal veya verilen süre içinde ödemezse; alıcıdan evvelki alıcının teklifi İİK m. 129 şartlarını haiz olması kaydıyla ihale edilmek üzere bildirilir. Eğer bu alıcıya ulaşılamaz veya ulaşıp üç gün içinde razı olduğuna dair beyan alınmazsa, taşınmaz yeniden arttırmaya çıkarılır. Bu arttırma yeniden tebliğ edilmez, ilgililere tebliğ edilmek suretiyle yetinilir. Ancak bu bildirim satıştan en az yedi gün önce yapılmalıdır (İİK m. 133/1)¹²⁵⁶. Başka bir deyişle, yapılan tebliğ ile satış arasında yedi gün olmak zorundadır. İcra müdürü bu hususta takdir yetkisine haizdir. Tebliğden sonra ile satış arasında yedi günden az olmamak üzere, süreyi belirler.

H. İİK m. 134, İhalenin Neticesi Ve Feshi

İcra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı, o taşınmazı iktisap etmiş olur (İİK m. 134/1)¹²⁵⁷. Bununla birlikte, ihale edilmesiyle birlikte ihalenin kesinleşmesine kadar belli bir süre geçeceği aşikardır. Zaten kanun koyucu da, bu hususu göz önünde tutarak; ihale kesinleşmeden ihale bedelinin alacaklılara

¹²⁵³ Kuru, *Cilt II*, s. 1428; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 340; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364

¹²⁵⁴ Kuru, *Cilt II*, s. 1300; Kuru, *El Kitabı*, s. 565

¹²⁵⁵ Kuru, *Cilt II*, s. 1301; Kuru, *El Kitabı*, s. 566

¹²⁵⁶ Üstündağ, s. 280; Kuru, *Cilt II*, s. 1384; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 365

¹²⁵⁷ Kuru, *Cilt II*, s. 1421; Kuru, *El Kitabı*, s. 598; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364

ödenmemesini (İİK m. 134/6)¹²⁵⁸ ve alıcıya taşınmazın tescil ettirilmemesini (İİK m. 135/1)¹²⁵⁹ düzenlenmiştir. Bu arada geçecek sürede ise, taşınmazın idaresi icra müdürüne ait bir iştir (İİK m. 134/1)¹²⁶⁰. Kanun, bunu hükme bağlayıp icra müdürüne yetki verirken; yetkisini takdiri olarak düzenlemiştir. Gerçekten icra müdürü taşınmazın idaresi için tedbirleri almak konusunda yükümlü ise de, hangi tedbirleri alacağı konusunda takdir yetkisine haizdir. Somut olayın özelliğine göre icra müdürü, taşınmazın korunması ve idare edilmesi için gerekli tedbirleri almalıdır¹²⁶¹.

§ 26. İHTİYATİ HACİZ BÖLÜMÜNDE (DOKUZUNCU BAP), İCRA MÜDÜRÜNE TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

I. İİK m. 262, ZABIT TUTMA VE HACİZ TUTANAĞININ TEBLİĞİ

İhtiyati haczi tatbik eden icra müdürü bir haciz tutanağı düzenler. Bu tutanakta haczedilen mallar ve bu malların kıymetleri gösterilir (İİK m. 262/1). Bu tutanak haciz sırasında hazır bulunmayan alacaklı ve borçluya üç gün içinde tebliğ edilir¹²⁶². Kanun bu hükümle icra müdürüne haciz tutanağını alacaklı ve borçluya tebliğ etmeyi zorunlu tutmuştur. Bununla birlikte, icra müdürü haczi yapmasından itibaren üç günlük sürenin hangi zaman diliminde tebliğ edeceği konusunda takdir yetkisine haizdir. İcra müdürü haczi yapmasını takip eden üç gün içinde takdirinde olarak herhangi bir zaman diliminde tebliğ eder.

İcra müdürü tutulan bu haciz tutanağını gerekmesi halinde üçüncü kişilere de tebliğ eder (İİK m. 262/2)¹²⁶³. Kanun icra müdürüne üçüncü kişilere tebliğ edip etmeme konusunda takdir yetkisi vermiştir. Söz konusu hacizden hakkı etkilenen üçüncü kişilerin varlığı halinde icra müdürü, ihtiyati haciz tutanağını bu üçüncü kişilere de

¹²⁵⁸ Üstündağ, s. 293; Kuru, *Cilt II*, s. 1498; Kuru, *El Kitabı*, s. 577

¹²⁵⁹ Kuru, *Cilt II*, s. 1341-1342; Kuru, *El Kitabı*, s. 577; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 336; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364

¹²⁶⁰ Kuru, *Cilt II*, s. 1428; Kuru, *El Kitabı*, s. 577; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 340; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 364

¹²⁶¹ Alınması gerekli tedbirlerin somut olay açısından uygun olması gerekir. Bu konuda bkz. Yarg. 12. HD 20.04.1994, E. 1994/15341, K: 1994/15993, Süphandağ, s. 650: “İİK’nun 135. maddesine göre ihale kesinleşmedikçe alıcıya teslim edilmez. İcra müdürlüğünce yapılan işlem anılan maddenin uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu itibarla bu husustaki işleme yönelik istemin temyiz kabiliyeti vardır. İcra müdürünün İİK’nun 92/3 ve İİK’nun 131. maddesine göre alacağı tedbirler gayrimenkulün icra dairesince idaresi çerçevesinde oluşturulmalıdır. Satışa konu fabrikanın, takibin ve ihalenin feshi davasının tarafı olmayan ehil kişi veya kişilerce, işletmenin niteliği ve özelliği de göz önünde tutularak verimli şekilde çalıştırılmasının sağlanması esastır. Somut olayda olduğu gibi ihale kesinleşmeden alıcıya teslim ve tahliye içeren biçimde işlem yapılması doğru değildir.”

¹²⁶² Kuru, *El Kitabı*, s. 891; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 511

¹²⁶³ Kuru, *El Kitabı*, s. 891; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 511

tebliğ eder. Üçüncü kişilerin hakkının etkilenip etkilenmediğini ise icra müdürü takdir eder. Kanun “....icabında üçüncü şahsa tebliğ eder” demek suretiyle bu yetkiyi vermiştir.

Kanunun bu hükmü alacaklı, borçlu ve icabında üçüncü kişiye ihtiyati haciz tutanağını tebliğ etme görevini yüklerken, bunun bir şartı olarak bu kişilerin haciz esnasında hazır bulunmamasını öngörmüştür. Buna göre icra müdürü gerek üç günlük takdir yetkisi kullanımında gerekse üçüncü kişiye tebliğ edilmesinin gerek olup olmamasında takdir yetkisini kullanabilmesi için, bu kişilerin haciz sırasında hazır bulunmaması gerekir¹²⁶⁴.

II. İİK m. 263, BORÇLU TARAFINDAN GÖSTERİLECEK TEMİNAT

İİK m. 263 belli şartlar dahilinde ihtiyati hacze konu olan malın borçlu veya üçüncü kişide kalmasına karar verebileceğinin yetkisini vermiştir. Söz konusu maddeye göre; “*Haczolunan mallar istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek ve bu hususu temin için malların kıymetleri depo edilmek veya icra memuru tarafından kabul edilecek esham ve tahvilat veya taşınır ve taşınmaz rehin veya muteber bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla borçluya ve mal üçüncü şahıs elinde haczolunmuşsa bir taahhüt senedi alınarak bu şahsa bırakılabilir.*” Bu maddeye bakıldığında icra müdürüne iki hususta takdir yetkisi verildiğini görüyoruz.

İlk olarak; icra müdürü haczedilen malın borçluda bırakılmasına karar verirken, borçlunun göstereceği teminatın yeterli olup olmadığının takdirini yapar. Kanun bunu “... icra müdürü tarafından kabul edilecek esham ve tahvilat veya taşınır ve taşınmaz rehin veya muteber bir banka kefaleti...” şeklinde ifade etmiştir. Aynı husus malın üçüncü bir kişi elinde haczedilmesi halinde de geçerlidir. Bununla birlikte istenen teminata kanun “*İstenilecek teminat her halde borç ve masraf tutarını geçemez*” diyerek sınır getirmiştir¹²⁶⁵. İcra müdürü bu sınır çerçevesinde teminat istemelidir.

İkinci olarak icra müdürüne borçlu veya üçüncü kişi teminat gösterse bile, icra müdürü malı bu kişilerde bırakmayabilir. Zira maddenin ifade tarzından bu yetkinin emredici değil, takdiri bir yetki olduğunu anlıyoruz. Söz konusu maddenin ilk cümlesi

¹²⁶⁴ Kuru, *El Kitabı*, s. 891-892: “İhtiyati haczin konulması (uygulanması) sırasında hazır bulunan alacaklı ve borçluya (ve varsa üçüncü kişiye), ayrıca haciz tutanağının tebliğine gerek yoktur. Bu halde, İİK’nun 264 ve 265’inci maddelerindeki yedi günlük süreler, ihtiyati haczin uygulandığı (konulduğu) tarihten itibaren işlemeye başlar.”

¹²⁶⁵ Kuru, *El Kitabı*, s. 893;

“...bırakılabilir” demektir. İcra müdürü gösterilen teminatın yeterli olduğunu takdir ettikten sonra, somut olayın özelliklerine göre, haczedilen malı bu kişilere bırakmayabilir¹²⁶⁶.

§ 27. KİRALAR HAKKINDA HUSUSİ HÜKÜMLER VE KİRALANAN TAŞINMAZLARIN TAHLİYESİ BÖLÜMÜNDE (ONUNCU BAP), İCRA MÜDÜRÜNE TANINAN TAKDİR YETKİSİ HALLERİ

I. İİK m. 270, HAPİS HAKKI İÇİN DEFTER YAPILMASI

İİK m. 270/3 “İcra dairesi üzerlerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar ve rehinleri paraya çevirme yoluyla takip talebinde bulunması için kiralayana on beş günü geçmemek üzere münasip bir mehil verir¹²⁶⁷.” Bu hükme göre; icra müdürü, kiralayana rehinleri paraya çevirmesi yoluna başvurabilmesi için süre vermek zorundadır. Bununla birlikte, bu sürenin ne kadar olacağı konusunda takdir yetkisi vardır. İcra müdürü, sonuçta on beş günden az olmak, ancak rehin yoluna başvurulması için somut olayda elverişli bir süre vermelidir.

II. İİK m. 276, KİRALANAN TAŞINMAZDA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS BULUNURSA

İİK m. 276/1 gereğince, alacaklının tahliyesini istediği taşınmazda, üçüncü bir şahıs bulunur ve bu kişi taşınmazı işgalini haklı gösterir resmi belge gösterirse, tahliye edilmez. Eğer göstermezse derhal tahliye edilir¹²⁶⁸. İcra müdürü üçüncü kişinin gösterdiği belgeyi inceleyerek, taşınmazı haklı bir nedenle işgal edip etmediğinin takdirini yapar. Başka bir deyişle, icra müdürü üçüncü kişinin bir hakka dayanarak taşınmazı işgal ettiğine kanaat getirirse, taşınmazı tahliye etmez.

İİK m. 276/2’ye göre, üçüncü kişi resmi belge ibraz etmemekle birlikte, tahliye mukavelesinden önceki bir tarihten beri taşınmazı işgal ettiği beyan eder ve icra müdürü de bunu taşınmazın bulunduğu yerde yaptığı araştırmadan anlarsa; tahliyeyi tehir eder

¹²⁶⁶ Somut olayda icra müdürü borçluya veya üçüncü kişiye teminat karşılığı söz konusu malı bırakabilir. Doktrinde ihtiyati haczin kesin hacze dönmesi halinde artık borçluya veya üçüncü kişiye bırakılmayacağı belirtilmiştir (Kuru, *El Kitabı*, s. 893).

¹²⁶⁷ Kuru, *Cilt II*, s. 2061; Kuru, *El Kitabı*, s. 760; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 385

¹²⁶⁸ Üstündağ, s. 252; Kuru, *Cilt II*, s. 2052; Kuru, *El Kitabı*, s. 756; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 382; Pekcanitez, Atalay, Özkes vd., s. 438; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 299

ve üç gün içinde durumu icra mahkemesine bildirir¹²⁶⁹. Bildirimin yapılmasının tehirden itibaren üç gün içinde olması, icra müdürüne takdir yetkisi verildiğine işarettir. İcra müdürü tahliyeyi ertelediğinden sonra, üç günlük sürenin hangi zaman diliminde icra mahkemesine bildireceğini belirleme konusunda takdir yetkisine haizdir.

¹²⁶⁹ Üstündağ, s. 252; Kuru, *Cilt II*, s. 2053; Kuru, *El Kitabı*, s. 756; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra Ders Kitabı*, s. 382; Pekcanitez, Atalay, Özekes vd., s. 438; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 300

SONUÇ

Toplumsal hayatın hızla değişmesi karşısında, toplumsal hayatı düzenleyen hukuk kurallarının da bu hıza uygun olarak kendini adapte etmesi gerekir. Zira toplumun değişmesi gerçeği karşısında yetersiz kalan kanunlar zamanla uygulanmaz hale gelirler. Bu durum ise esasında istenmeyen bir durumdur. Kanunların zamanın gerisinde kalmasında bir neden toplumun ve hayatın hızla değişmesi ve kanunların bu değişime ayak uyduramamasıdır. Kanun katı sınırlar içinde kendini yenileyemediği takdirde zamanın gerisinde kalır. Kanunlar ne kadar sıkı kurallar barındırırsa o ölçüde toplumun gerisinde kalmaları mukadderdir. Dolayısıyla yapılması gereken kanunun uygulayıcısına takdir yetkisi vermektir.

Bu zorunluluk cebri icra hukukunda çok önemlidir. Uygulama alanı fazla olan ve hayatla içiçe bir hukuk disiplininde katı kuralların mümkün mertebe az olması ve icra müdürüne takdir yetkisi verilmesi zorunludur. Kanun icra müdürüne sınırlarını belirleyerek takdir yetkisi vermeli; somut olaya en uygun, makul ve hakkaniyete uygun çözümü ondan beklemelidir. Zaten yapılan cebri icra hukukuna özgü şikayet yolu ile denetlenmesi mümkündür. Bu nedenle takdiri yetki tanınmasının hukuk devleti ilkesini yaralayan bir tarafı bulunmamaktadır. Aksine kanunun günün şartlarına uyum sağlayamaması nedeniyle, somut olaya adil bir çözüm bulunamazsa söz konusu durum daha adaletsiz sonuçlar doğuracaktır.

İcra müdürüne takdir yetkisi tanınması halinde bu yetkisini kullanmak zorundadır. Söz konusu yetki takdiri ise de, bu yetkinin kullanılıp kullanılmamasına yönelik değildir. Eğer işlem yine takdiri olarak bir fiilde bulunmamayı da barındırıyorsa, bu halde bile icra müdürü bir değerlendirme yapmak zorundadır. Örneğin bir malın haczedilmez olmasına karar verip haczetmemesi gibi. Dolayısıyla icra müdürünün takdiri yetkisi ile emredici yetkisi arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır. Yani icra müdürüne tanınan bu hal, bir haktan öte ödev niteliğindedir, yükümlülüktür.

Takdir yetkisi özünde bir serbestliği barındırır. Kanun icra müdürüne serbest bir alan bırakarak, takdir yetkisini kullanmasını sağlar. Bu serbestlik amaçlı bir serbestliktir. Başka bir deyişle, icra müdürünün kullandığı bu yetki keyfi olarak kullanılmayıp, verildiği amaç doğrultusunda kullanılmalıdır. Bu amaç en genel manada, somut olayda adaleti gerçekleştirmektir. İcra müdürü somut olayı en iyi bilendir. Kanun koyucu icra müdürünü belli ölçüde serbest bırakarak icra müdürünün adaletin gerçekleşmesine hizmet etmesini amaç edinmiştir. Adaletin gerçekleşmesi; bazen bir malın haczedilmesi veya haczedilmemesi ile olur, bazen ne kadar malın haczedileceğinin kararını vermekle olur, bazen haczedilen malın kıymetini tam ve eksiksiz takdir ederek olur bazen de haczedilen bir malın kıymetinin süratle düşüp düşmediğini takdir ederek olur. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bununla birlikte her ne sebeple olursa olsun, icra müdürü kendisine takdir yetkisi verilen bir halde, bu yetkisini kanunun kendisine verdiği amaç doğrultusunda kullanmalı, keyfi hareket etmemelidir.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, anayasal temel hak ve ilkeler kendisine ışık olacaktır. İcra müdürü anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü gereğince, anayasal normlarla bağlıdır. Kullandığı takdir yetkisi anayasal temel hak ve ilkelere aykırı olamaz. Bununla birlikte temel hak ve ilkelerin kaynağı sadece anayasamızda olmayabilir. AY m. 90 gereğince, uluslararası anlaşmaların usulüne göre onaylanarak yürürlüğe girenlerden, insan haklarına yönelik hükümler de uygulama alanı bulacaktır. Birçok anlaşmada benimsenen hak anayasamızda da kabul edilmekle birlikte, bu anlaşmalarda da icra müdürüne yol gösterecektir. Bu konuda belki de en çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Cebri icra hukukunun ve takip işlemlerinin niteliğine bakıldığında, anayasal temel hak ve ilkeler, cebri icra hukukunda daha çok borçlu ve onun aile üyeleri için vardır. Zira cebri icra hukukunun özünde cebir uygulama vardır. Devlet cebir uygulama yetkisini kendi tekelinde toplamıştır. Bu yetki kanunda gösterilen şartların yerine gelmesi halinde uygulanacaktır. Sonuçta da borçlunun temel haklarına müdahalede bulunulabilecektir. Bu nedenle, borçlunun temel hak ve hürriyetleri korunmalıdır. En başta insan onuru, vücut bütünlüğü, özel yaşamın gizliliği belli başlı korunması gereken haklardır. Bu haklara yönelik ihlaller birden fazla temel hak ve ilkeyi ihlal edebilir. Esasında bunun en temel nedeni tüm insan haklarının insanın daha onurlu bir hayat

sürmesi için var olmasıdır. Bu nedenle borçlunun insan onurunu ihlal eden bir müdahale, başka bir temel hak ve ilkeyi de ihlal etmesi kaçınılmazdır.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanırken, dikkate alacağı ilkeler veya dikkate alacağı taraf olarak sadece borçluyu göstermek, yanlış olmasa da eksiktir. Hatta bu bir açıdan önemli bir eksikliktir. Devlet takip işlemlerini yaparken, ne alacaklının vekilidir, ne de borçlunun koruyucusudur. O, sadece tarafların haklı taleplerini yerine getirir. Zira bizzat ihkak-ı hak yasaklanmıştır. Buna karşılık hak arama hürriyetini sağlama görevi devletin kendisindedir. Devlet bu haklı talebe karşı gereken işlemleri yapmalıdır. Bu nedenle, borçlunun temel hak ve ilkeleri korunurken aynı zamanda alacaklının da haklı talepleri geri plana itilmemelidir. Zira her ne kadar borçlunun haklarının kaynağı anayasaya, uluslararası sözleşmeye dayansa da, alacaklının hakkının kaynağı da anayasaya, uluslararası sözleşmelere dayanmaktadır. Cebri icra takibinin borçlunun haklarına yönelik olması ve bununla beraber onun haklarını ihlal etme potansiyelinin bulunması karşısında daha çok onun korunması gerekir gibi görünse de, alacaklının mülkiyet hakkının da korunması için gereken takip işlemleri etkin bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

Bu hususlar icra müdürünün takdir yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. O, takdir yetkisini kullanırken, ne borçlunun temel haklarını ihlal edecek, ne de alacaklının hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkını ihlal edecektir. Bu çatışan, karşı karşıya gelen değerler arasında bir orta yol bulacaktır. Şüphesiz bu zor bir iştir. Bununla birlikte her ne kadar zor da olsa devlet, yani icra müdürü bunu yapmak zorundadır. Hukuk düzeninin sınırları içinde, haksız çıkan tarafın bile söz konusu çözümün gerekçesi ile ikna edilmiş olması temel hedeftir. Yoksa her iki tarafın da takip neticesinde istediğinin olması değildir. Örneğin haciz her ne kadar hukuka uygun olsa da, borçlu için istenmeyen bir durumdur. Ancak haciz hukuk kuralları içinde yapılırsa, icra müdürü takdir yetkisini adalete uygun kullanırsa, hukuka uygun ve tarafları mutlu edecek bir işlem olur. Taraflar her ne kadar zarar görselerde, hukuk kuralları çerçevesinde işleme itiraz edemiyorlar ve işlemin gerekliliğine inanıyorlarsa, bu işlem hukuka uygundur.

İcra müdürü takdir yetkisini kullanabilmesi için kanunun buna izin vermiş olması gerekir. Aksi halde icra müdürünün kendisine yetki ihdas etmesi düşünülemeyeceği için, takdir yetkisi tanınmamasına rağmen bu yetkinin kullanılması hukuka aykırı olur. Diğer taraftan kanun takdir yetkisini tanıırken, bir takım özel sınırlar

koyabilir. İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken, anayasal temel hak ve ilkelere ve kanunla getirilen sınırlamalara uymak zorundadır. Örneğin borçlunun maaşını haczedecekken, sonuçta haczedtiği kısım, toplam maaşın 1/4'ünden az olamaz (İİK m. 83/2). İcra müdürüne kanun bu tarzda özel sınırlar getirdiyse artık icra müdürü bunlara da riayet etmek zorundadır.

İcra müdürünün takdir yetkisini kullanması denetime tabidir. İcra müdürünün takdir yetkisini hukuka aykırı kullanması halinde disiplin (İİK m. 13), tazminat (İİK m. 5) ve cezai sorumluluğu ortaya çıkabilir. Ayrıca takdir yetkisinin hatalı kullanılması cebri icra hukukuna özgü şikayet yolu ile de denetime tabidir. Zira “hadiseye uygun kullanılmayan” takdir yetkisi şikayet sebebidir. Somut olayın şartları ve durumu göz önünde tutulmadan veya yeterince tutulmadan kullanılan takdir yetkisi şikayete konu olacaktır. Yapılan işlemin gerekçesi icra mahkemesinde dikkate alınacak, icra müdürünün takdir yetkisi denetlebilcektir. Bu hal ve İİK m. 8 uyarınca da icra müdürü takdir yetkisini gerekçeli olarak kullanmak zorundadır. İcra müdürü gerekçesinde, takdir yetkisini neden o şekilde kullandığını açıkça belirtecek, taraflar da bundan gereken bilgiyi alacaklar ve buradan yeterince bilgi sahibi olurlarsa belki de şikayet yoluna başvurmayacaklardır. Dolayısıyla icra müdürü takdir yetkisini kullanırken, gerekçenin bu doyuruculukta olmasına dikkat etmelidir. Takdir yetkisini neden o şekilde kullandığını, başka bir çözüm tarzı benimsenebilecekken neden o çözümün benimsenmediğini açıkça yazmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat, *Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- Akad Mehmet, “Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 2; İstanbul, s. 11-20
- Akbulut Olgun, “Adil Yargılanma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Yıl: 1, Sayı: 1, İstanbul 2002, s. 175-208
- Akcan, Recep, *Hacze İştirak*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005
- Akın Levent, “Maaş ve Ücret Haczi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, Ankara 1995, s. 335-363
- Akın, İbrahim ve Tansu Akın, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikayet Yoluyla Denetimi*, Ankara 1997
- Akıllıoğlu Tekin, “İnsan Hakları I (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, İmaj Yayıncılık, Ankara 1995
- Akıllıoğlu Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 nolu Protokol 1. Maddeye Göre ‘Borç İçin Hapis Yasağı’ Kuralı”, *AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel Ankara-1Aralık 2001*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001, s. 3-12 (Borç İçin Hapis Yasağı)
- Akıllıoğlu Tekin, “1982 Anayasasında Temel Haklar”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 5-6, 1983-1984, s. 50-66 (Temel Haklar)
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, Beta Yayınevi, İstanbul Eylül-2011
- Akkan Mine, “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 6, Legal Yayınları, s. 29-68

- Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- Alan, Nuri, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu Ankara 10-11-12 Haziran 1982*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 31-61
- Aldabak Ersel, “İnsan Hakların Düşünsel ve Tarihi Kökenleri”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt III, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 205-220
- Aliefendioğlu, Yılmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açıdan Adil Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Mahkemesi’nin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 1993*, Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 28, Anayasa Mahkemesi Konferans Salonu, Ankara, s. 359-372 (Adil Yargılanma Hakkı)
- Aliefendioğlu, Yılmaz, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2002*, *Anayasa Yargısı* 19, s. 141-177 (2001 Değişikliği)
- Alpar, Erol, *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Danıştay Matbaası, Danıştay Yayınları No: 52, Ankara 1990
- Ansary, Sabri Şakir, *İcra ve İflas Usulleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1956 (İcra)
- Ansary, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara Üniversitesi Yayınlarından No: 142, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960 (Yargılama)
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2045- Hukuk Fakültesi No: 253, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975
- Arık, Kemal Fikret, “Yeni Hukukumuz ve Hakimin Faal Rolü”, *Adalet Dergisi*, Sayı 3, Ankara 1942, s. 257-280
- Armağan, Servet, *Anayasa Hukuku’nda Temel Haklar ve Hürriyetler (Din ve Vicdan Hürriyeti-Teori ve Pratik)*, Harran Üniversitesi Yayınları No: 2, Şanlıurfa 1996

- Arslan Ramazan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001
- Aslan Kudret, “Hacizde Sıra (Hacizde Tertip)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 2, Ankara 2005, s. 269-318
- Aşçıoğlu, Çetin, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Cilt: 8, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 154-161
- Aşık, İbrahim, “1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 18, s. 57-93 (Devlet Malları)
- Aşık, İbrahim, *İcra Sözleşmeleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006 (Sözleşme)
- Ataay, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965
- Atakan, Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1-2, İstanbul 2007, s. 59-136
- Atalay, Esra, “Yargısal Temel Haklar”, *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınlar No: 81, İzmir 1997, s. 437-453
- Atalay, Oğuz, “İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 1, Yaz 2004, s. 67-69
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2012
- Atar Yavuz, Ayan Mehmet, Karahan Sami, Sümer Haluk Hadi, Ulukapı Ömer, Arslan İbrahim, *Temel Hukuk Bilgisi*, Mimoza Yayınları, Konya 2006
- Atasoy, Ömer Adil, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu”, *Anayasa Yargısı 19- Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, 25-26 Nisan 2002, Falez Otel-Antalya, s. 123-139

- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınevi, Konya 2012
(Genel Hükümler)
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Mimoza Yayınevi, Konya 2012
(Zilyetlik)
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, Sevinç Matbaası, Türkiye ve Ortadoğu
Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 177, Ankara 1968/1970 (İdare Hukuku)
- Balta, Tahsin Bekir, *Kısa İdare Hukuku I*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1962, (Ders
Notları)
- Başözen, Ahmet, “İflas Tasfiyesinde Müflisin Mektuplarına El Konulması ve Müflisin
Özel Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Anayasal
Sorunlar”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Mart 2005, S. 1, Yıl: 8, s. 70-80
- Başözen, Ahmet ve Mehmet Üçer, ““Cessio Bonorum” Ya Da Bilinen İsmiyle
“Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato””, *Erzincan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 3-4, Aralık-2008, Erzincan, s. 209-266
- Başpınar, Recep, “İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması”,
Danıştay Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 1, Ankara 1971, s. 59-86
- Başpınar, Veysel, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara
2009
- Berkin, Necmeddin M., *İcra Hukuku Dersleri*, Hamle Matbaası, İstanbul 1969
- Bilge, Necip ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Yayınları No: 422, Sevinç Matbaası, Ankara 1978
- Birtek, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013
- Bulut, Nihat, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında
Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Atatürk’ün
125. Doğum Yılına Armağan, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2006, s. 15-26
- Centel, Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010

- Çağlayan, Ramazan, “Türk İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_2_8.pdf , Erişim Tarihi 17.10.2012, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003, s. 171-208
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012
- Çınar, Ali Rıza, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürümleri”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 4, Ekim 1991, s. 467-495
- Çiftçi, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- Demir Saldırım, Sibel, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011
- Demirdöven, Oğuzhan, “Özel Hukukta Hakimın Takdir Yetkisi ve Yargıtay Tarafından Denetlenmesi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt 1, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2010, s. 719-740
- Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku Cilt I*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1955
- Dikmen Caniklioğlu, Meltem, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 461-493
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011
- Durman, Okay, “Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku’nda Vatandaş-Devlet Eşitliği”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 2, Cilt: 2, s. 203-214
- Doğan, Erdal, *Müdafilik ve Sanık Hakları*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2006 (Müdafi)
- Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010 (Vatandaşlık)

- Doğan, İlyas, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2005, s. 51-59 (İnsan Onuru)
- Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1993
- Ekecik, Şükran, “Yargıtay Kararlarında Kıymet Takdirine Şikayetin İcra Mahkemesinde Reddinin İhalenin Feshi Davasında Fesih Sebebi Olarak Görülmesi”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 21, Yıl: 2012, s. 27-41
- Erdem, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara 2011 (Anayasa)
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012 (Demokrasi)
- Erdoğan, Mustafa, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Din ve Vicdan Hürriyeti Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Derleyen Murat Yılmaz, Ankara 2005, s. 23-35 (Din ve Vicdan)
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukuku ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003
- Fendoğlu, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY m. 13)”, *Anayasa Yargısı 19- Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, 25-26 Nisan 2002, Falez Otel-Antalya, s. 179-215
- Feyzioğlu, Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, *AIHS 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 Yayını, Ankara 2001, s. 15-35
- Gemalmaz, H. Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2009

- Gerçek, Adnan, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006
- Gilles, Peter, (Çeviren: Hakan Pekcanitez), “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Haklarının Korunması”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 1, İzmir 1996 (Ocak), s. 9-37
- Giritli, İsmet, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, *Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2002*, *Anayasa Yargısı* 19, s. 88-104
- Gök, Hasan, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2012, Sayı: 99, s. 151-164
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1999 (Anayasa Hukuku)
- Gören, Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, İstanbul 2007, s. 39-59 (Sınırlama)
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2007 (Anayasa Hukuku)
- Gözler, Kemal, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (Cilt I)
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (Cilt II)
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008 (Ders Kitabı)
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa Ekim-2008 (Hukuka Giriş)
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara 2005
- Günday, Metin, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990*, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 139-148

- Güner, Abdullah, “Medeni Hukukta Hâkimin Takdir Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı 5, Ankara 1952, s. 656-673
- Gürdoğan, Burhan, *Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Hukuku Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi*, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları No: 7, Ankara 1967
- Güriz, Adnan, “Adalet Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan*, Konya 1991, s. 59-73
- Hafızogulları, Zeki, “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 46, Sayı: 1-4, Ankara 1997, s. 1-40
- Hafızogulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2013
- Hakyemez, Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II*, İstanbul 2001, s. 1287-1137
- İmre, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949
- İmre, Zahit, “Türk Medeni Kanununa Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısındaki Durumu”, *Prof. Dr. Kemal Fikret Arık’a Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 153-194 (İktisadi Meseleler)
- İmre, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 39, Sayı: 1-4, s. 147-168 (Özel Hayat)
- Kaçak, Nazif, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt I*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 (Cilt I)
- Kaçak, Nazif, *İcra ve İflas Uygulamasında Şikayet*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004 (Şikayet)
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2009 (Yargılama)

- Karatepe, Şükrü, *Anayasanın 125. Maddesine Göre Yargı Denetiminin Bir Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi*, Danıştay Matbaası, İzmir 1989
- Karayaalçın, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S. 1-4, Ankara 1962, s. 251-275
- Karslı, Abdurrahim, *İcra Hukuku Ders Kitabı*, Alternatif Yayınları, İstanbul 2010 (İcra)
- Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, Alternatif Yayınları, İstanbul 2011 (Muhakeme)
- Kaya, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011 (Takdir Yetkisi)
- Kaya, Mine, “Özel Hukukta Özel Hayatın Korunması”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2006, s. 51-97 (Özel Hayat)
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012
- Kırışık, Fatih, Nizamettin Aydın, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı Sorunu”, <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/iibfd/article/viewFile/2514/2258>, Erişim Tarihi: 11.12.2012, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2002, C. 7, S. 2, s. 331-344
- Kocaoğlu, A. Mehmet ve S. Sinan Kocaoğlu, “İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Yaz 2007, s. 105-128
- Korkmaz, Kadir, “Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda kullanımı ve Yargısal Denetimi”, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/13_10.pdf , Erişim Tarihi 17.10.2012, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1-2, Ankara 2009, s. 241-252
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3253, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984
- Kühne, Hans-Heiner, (Çeviren: Hakan Hakeri) “Vatandaş Özgürlüğü ve Suçlu Özgürlüğü-Leviathan ile Bekçi Arasında Devlet, *Suç Politikası*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006

- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku Cilt I*, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1988 (Cilt I)
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II*, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1990 (Cilt II)
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku Cilt III*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993 (Cilt III)
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004 (El Kitabı)
- Kuru, Baki, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, *Makaleler*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006 (Haczedilmezlik)
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I*, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001 (Muhakeme Cilt I)
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001 (Muhakeme Cilt III)
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt V*, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001 (Muhakeme Cilt V)
- Kuru, Baki, “Ödeme Emri”, *Makaleler*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 521-537 (Ödeme Emri)
- Kuru, Baki, “Ödeme Emrine İtiraz”, *Makaleler*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 539-565 (İtiraz)
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 27. Baskı, Ankara 2013 (İcra Ders Kitabı)
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 (İcra Kanun)
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012
- Muşul, Timuçin *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010 (İcra)

- Muşul, Timuçin, *Tebliğat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Tebliğat)
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012
- Nomer, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Olgaç, Senai, *İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu Cilt I*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1974 (Cilt I)
- Olgaç, Senai, *İcra İflas Cilt II*, Yörük Matbaası, İstanbul 1974 (Cilt II)
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960
- Oytan, Muammer, “Yargılamanın, Yargılama Teknikleri İle Sınırlandırılması”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990*, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 149-158
- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013
- Özdemir, Kenan, “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, *Adalet Dergisi*, Eylül 2005, Sayı: 23, s. 1-35
- Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenilme)
- Özekes, Muhammet *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 (Temel Haklar)
- Özkan, Hasan, *İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999
- Özmumcu, Seda “İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı”, *Prof. Dr. Turgut Akıttürk’e Armağan*, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 489-514

- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3428, Güryay Matbaacılık, İstanbul 1986 (Medeni Hukuk)
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979 (Gerçek Kişiler)
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006
- Öztürk, Bahri, “1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı”, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Efser Erdem, Esra Alan Akcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özdem Özaydın, Özge Sırma ve Yasemin F. Saygılar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010
- Pekcantez, Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 753-791 (Hukuki Dinlenilme)
- Pekcantez, Hakan, *İcra-İflas Hukukunda Şikayet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1986 (Şikayet)
- Pekcantez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Pekcantez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Postacıoğlu, İlhan, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2901-Hukuk Fakültesi Yayın No: 643, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982
- Rado, Türkan, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı I”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 229-240
- Rehbinder, Manfred, (Çeviren: Turgut Kalpsüz) “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 3-4, Yıl: 1969, s. 271-287
- Ruhi, Canan, Ahmet Cemal Ruhi, *Tebliğat Hukuku Bilgisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

- Saldırım, Mustafa, *Cumhuriyet Savcısının Denetim Görevi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Serozan, Rona, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 239-254
- Sivrihisarlı, Ömer, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetimi Kapsamı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2379, İstanbul 1978
- Sungurtekin Özkan, Meral, “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, *Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 177-201
- Süphandağ, Yavuz, *İcra ve İflas Kanununda Uygulamalar*, Bilge Yayınevi, İstanbul 2012
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009
- Şen, Ersan, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, İstanbul 1996
- Şimşek, Oğuz, “Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı –Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım-”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Nisan 1998, s. 88-107
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2008/1, s. 95-129
- Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012
- Tanrikulu, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 66, Ankara 2006, s. 51-93
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2441, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978

- Tuğrul, Saim, İbrahim Orkun Atalay, “Mülkiyet Hakkının İşlevleri ve Sınırları”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı: 3, İstanbul 2004, s. 49-77
- Turan, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekçe”, *Yargıtay Dergisi*, C. 31, S. 3, s. 393-414
- Tutumlu, Mehmet Akif, *Hukuk Yargılamasında ve Gerekçeli Karar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007
- Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2007
- Umar, Bilge, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No: 04/38, İstiklal Matbaası, İzmir 1973 (Tarihi Gelişme ve Teori)
- Umar, Bilge, “Son (4949 Sayılı Yasa İle Getirilen) İİK Değişikliklerinin İdeolojisi Yönünden Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 17, Sayı: 50, s. 85-96 (Sınıfsal İdeoloji)
- Uyar, Talih *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt II*, Turan Kitabevi, Ankara 2006 (Şerh Cilt II)
- Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt IV*, Turan Kitabevi, Ankara 2006 (Şerh Cilt IV)
- Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt V*, Turan Kitabevi, Ankara 2006 (Şerh Cilt V)
- Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt VI*, Turan Kitabevi, Ankara 2006 (Şerh Cilt VI)
- Uzun, Ertuğrul, “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, Sayı: 7, 2007/2, s. 359-376
- Üstün, Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2004

- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar Cilt 1 Cüz 1*, Nur Ofset Matbaacılık
- Walker, Wolf-Dietrich, (Çeviren: Evrim Erişir) “Alman Hukukunda Cebri İcrada Temel Hakların İhlali ve Korunması”, *Doç. Dr. Haluk Konuralp Anısına Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII*, İlamsız İcra, 24-25 Ekim 2008, İzmir, s. 156-179
- Yavaş, Murat, “Maaş ve Ücret Haczi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 84, Ankara 2009, s. 93-120
- Yıldırım, M. Kamil, “İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1998/1-3, s. 98-115
- Yıldırım, M. Kamil, Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2012
- Yılmaz, Ejder, “Hacze Takipli İştirak (Hacze Adi İştirak)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1-4, s. 271-316, İnternet Erişimi İçin: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Yilmaz.pdf> Erişim Tarihi: 27.05.2013 (Takipli İştirak)
- Yılmaz, Ejder, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi’ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflas Suçları”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 493-502 (Borçlunun Sözleşme Yükümlülüğü)
- Yılmaz, Ejder, “Medeni Yargıda İnsan Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 1996, S. 2, s. 149-167 (İnsan Hakları)
- Yılmaz, Ejder, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 243-274, makalenin internet erişimi için: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-01/AUHF-2008-57-01-yilmaz-2.pdf>, erişim tarihi: 17.04.2013, (Usul Ekonomisi)
- Yılmaz, Ejder, Tacar Çağlar, *Tebliğat Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007

Yurtcan, Erdener, “Kişi Güvenliği, Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devletine İlişkin Başlıca Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, Yıl: 2008, Sayı: 1, s. 67-91 (Adil Yargılanma-Sorunlar)

Yurtcan, Erdener “Adil Yargılanma Hakkı”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 2, s. 24-26 (Adil Yargılanma)

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayını, İstanbul 1993 (nakleden Özbudun ve Erdoğan)

Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1989

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı: Volkan Özçelik

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 22.08.1989, Terme/SAMSUN

Medeni Durum: Bekar

Tel: +090 3522776666/38252

Faks: +90 3524380662

Elektronik Yazışma: volkan@erciyes.edu.tr , vozcelik.hukuk@gmail.com

Yazışma Adresi: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 38039 Melikgazi/KAYSERİ

EĞİTİM BİLGİLERİ

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	ERÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü	2013
Lisans	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2011
Lise	Akpınar Anadolu Öğretmen Lisesi	2007

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Kurum	Görev
2012-Halen	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL

İngilizce